

El régimen internacional del matrimonio en el derecho de los países del cono sur del continente americano.

Beatriz Pallarés¹

A. Presentación.

1. La exposición tradicional del régimen de la familia en el Derecho internacional privado trasunta la concepción de la familia fundada sobre el matrimonio y la de éste como el de una institución de estructura única, que produce siempre similares efectos. En todo ello puede advertirse la innegable influencia que ha tenido en la ordenación legal de la familia en el derecho occidental, la concepción del “matrimonio cristiano”.

Este modelo tradicional, es producto de una larga evolución histórica que toma elementos procedentes del Derecho Romano y del Derecho canónico. Modelo que fue “recibido “ en las legislaciones civiles modernas cuando la regulación canónica dejó de ser la única aplicable a las cuestiones de matrimonio, tras la reforma protestante, y más significativamente después de la Revolución Francesa. El modelo de matrimonio condicionaba a su vez, el concepto de “familia”. Se trataba de un modelo tradicional de familia edificado sobre los principios de dependencia, autoridad marital, jerarquía y subordinación, que tenía su origen necesario en el matrimonio.²

Así es que durante el siglo XIX, el matrimonio – considerado base de la familia y elemento necesario para la paz social, experimenta un giro jurídico que hace del mismo una institución. Las partes adhieren libremente a un estado “civil”, a un conjunto reglado e imperativo de derechos y obligaciones marcadas por la ley. Ello repercutió en el Derecho internacional privado, orientado a defender la concepción tradicional del matrimonio a través del estatuto personal.³ Así es que, tradicionalmente el diseño jurídico del matrimonio se ha fundamentado en el tríptico que constituyen el principio de la monogamia, de la heterosexualidad y la exogamia reunidos en torno al vértice piramidal del consentimiento⁴. Esta concepción aparece sólidamente arraigada desde los orígenes de la institución, aunque el contenido conceptual de cada uno de esos elementos hayan variado en función de las concepciones sociales y jurídicas de cada período histórico.

Durante el siglo XX se produjo una crisis de este modelo tradicional de familia, y también en el modelo tradicional del matrimonio, crisis que se refleja en estos datos: 1. Los ordenamientos jurídicos experimentan durante el siglo XX, un fuerte proceso de laicización. Como resultado de ese proceso el derecho de familia comienza a perder su carácter moralizante. Por ello, en las formulaciones más modernas, el Derecho protege a la familia, en un sentido muy amplio y no exclusivamente a la familia fundada en el matrimonio. Los sistemas jurídicos se orientan en una línea protectoria de la familia, entendida como “una agrupación libre de personas distintas e iguales”. 2. El Derecho de familia y con él el Derecho matrimonial, pierde paulatinamente y en algunas áreas más que en otras, su tradicional carácter imperativo. Se permite que los interesados autoregulen sus relaciones privadas. Así, el derecho interviene sólo a falta de acuerdo entre los cónyuges. Por el contrario, el ordenamiento se centra más bien, en la protección jurídica pública de la familia, - beneficios fiscales, acceso a la vivienda, etc.- y no tanto en las relaciones entre particulares. 3. El “núcleo duro” del Dipr. de familia se concentra en torno del menor. Ello se va a corresponder con una estructura rígida e inderogable del Dipr. de los menores. El estatuto personal va perdiendo su función en el Dipr a favor de un estatuto relacional. 4. El modelo tradicional del matrimonio e liberaliza: se admite su disolución por mutuo consentimiento y su finalidad se “privatiza” separándose de la procreación. Se abandona el modelo del matrimonio como institución, con derechos y deberes perfectamente regulados, de modo imperativo. El modelo del *matrimonio-alianza* surgido con la revolución industrial es sustituido por el *matrimonio-fusión*, basado en la afinidad y complementariedad de los cónyuges, y orientado a la mutua felicidad de los

¹ Catedrática de Derecho Internacional Privado y Directora del Instituto de Derecho Internacional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, República Argentina.

² Carrascosa González, Javier. Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional Privado. Ed.Comares. Granada, 2000.p.77

³ Carrascosa González, Javier. Ob.cit.p.77

⁴ Espinar Vicente, p.26

mismos, en el que todas las demás consideraciones son secundarias- generación de la prole, cuestiones económicas, etc. En el matrimonio actual, lo importante no es el *estado* de las personas, sino las relaciones entre los cónyuges libremente configuradas. Por otra parte, el efecto más importante del matrimonio sobre el estado de las personas se concretaba en la limitación de la capacidad de obrar de la mujer casada. Esta limitación de la capacidad ha desaparecido de la mayor parte de los sistemas jurídicos occidentales y la aplicación de un derecho que contuviera estas restricciones, resultaría contrario al orden público de los países que han suscrito tratados internacionales que consagran principios de no discriminación. 5. Cabe por último señalar que aparecen *nuevas formas alternativas al matrimonio*. Vistas las cargas que supone la familia tradicional basada en el matrimonio, nace un nuevo modelo conocido como “matrimonio asociación”, en cuyo contexto, los sujetos, sean del sexo que fueren-, se asocian temporalmente para lograr juntos fines que ellos mismos eligen- compañía, satisfacción sexual, motivos económicos, etc.-. lo que hoy se denomina “parejas de hecho”.⁵

Si se admite que no hay un solo modelo de familia, los sistemas jurídicos nacionales deberían adecuarse a esta realidad. Así, se dejaría de considerar al matrimonio como una institución para considerarlo como una unión voluntaria de individuos. De esta manera se produciría un abandono de la idea de la institución o estado civil, acercándose a la idea del contrato libremente pactado en el que las partes fijan sus derechos y obligaciones.

Pese a al carácter siempre ejemplificador de la doctrina y la legislación europea contemporánea, al legislador sudamericano no le ha resultado fácil asumir que en la realidad jurídica de su país puedan tener lugar distintos modelos de matrimonio.

Una mirada que se detenga más allá de las normas del derecho internacional privado, para penetrar en la normativa matrimonial de fondo, mostrará una cierta uniformidad, que en la mayor parte de los casos resulta de la admisión del modelo matrimonial construido al margen de la historia de los pueblos.

La consagración en un sistema jurídico de un régimen matrimonial único, proyección jurídica de una noción de matrimonio que no sólo excluye las formas tradicionales prehispánicas de uniones⁶ sino también la libertad de pacto de los contrayentes, es una constante.

En el Derecho civil matrimonial hay escaso margen para la autonomía de las partes, y el reconocimiento de efectos a uniones no matrimoniales.

2. El DIPr. matrimonial es fuertemente impactado por las concepciones del derecho material del foro. Las normas relativas a la organización y protección de la familia, la celebración del matrimonio, las condiciones de su validez, la nulidad y la disolución del matrimonio han aparecido tan estrechamente relacionadas con la moralidad, la religión y los principios fundamentales de vida que prevalecen en un país dado, que su aplicación se ha considerado a menudo de orden público.

Las contradicciones normativas comunes en el Dipr suelen señalarse con mayor intensidad en esta materia, dado que muchas veces no se trata sólo de contradicciones normativas, sino de “conflictos de civilizaciones” en torno a la noción de la familia y del matrimonio.

La figura del orden público ha sido utilizada tradicionalmente para impedir las contradicciones intolerables entre el derecho extranjero conectado por la norma de conflicto (o el derecho extranjero aplicado para adoptar una decisión cuyos efectos se pretendan hacer valer en el foro) y los principios fundamentales del ordenamiento del foro.

Para restringir el juego excesivo del orden público, se ha recurrido a la distinción entre 1. la validez de aquellas situaciones que son contrarias a los valores fundamentales del foro y, por tanto, no pueden ser reconocidas y 2. los efectos jurídicos de tales situaciones.

3. En el desarrollo actual de la cuestión del orden público en materia de familia y matrimonio, será necesario recordar por una parte: la naturaleza variable de la noción de orden público, su carácter de excepción, la necesidad de que la incompatibilidad entre la solución extranjera y el principio

⁵ Carrascosa González, ob.cit., p.78

⁶ Así por ejemplo, el Código de la Familia de Bolivia, art. 160 y siguientes. Formas pre-matrimoniales indígenas y otras uniones de hecho.

local sea “manifiesta”. Por otra parte, será necesario también realizar una reconstrucción de los principios imperantes en materia del derecho de familia a partir de la inscripción de esta problemática en los tratados internacionales de derechos humanos de carácter universal.

En la reconstrucción de los principios integradores del orden público matrimonial no se podrá dejar de considerar la labor realizada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la organización de Estados Americanos (OEA) en la positivización de principios de protección de derechos mínimos. Así, en el ámbito americano se puede comenzar por considerar el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, cuyo art. 23, consagra a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado; reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tiene edad suficiente para ello y dispone que el matrimonio no podrá celebrarse sin el pleno y libre consentimiento de los contrayentes. A su vez, los Estados Parte en este Pacto se han comprometido a tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita por los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, reitera en el artículo 17 las mismas normas de protección a la familia. Sólo agrega - al reconocer el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia- el cumplimiento de “ las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que estas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta convención”.

En la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, aprobada por la Asamblea general de Las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular a asegurar en condiciones de igualdad a hombres y a mujeres el mismo derecho para contraer matrimonio; para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; etc.

La regulación internacional ha avanzado en la concreción de la intención de obtener unas reglas mínimas uniformes con la finalidad de eliminar prácticas contrarias a la dignidad de la persona humana, y en concreto de la mujer, existentes en ciertos países en desarrollo, que ya inspirara el Convenio de las Naciones Unidas de 1962 sobre consentimiento, edad mínima y registro de los matrimonios.

4. De la regulación internacional que pergeñan estos pactos se podría desprender la existencia de un “principio de alcance general” que se concreta en el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad en cuanto fundamento de la organización social. Al lado de ese principio general aparecen los demás elementos fundamentales para la configuración de cada sistema de Derecho de familia⁷.

En tal sentido puede hablarse de: a) Reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entendido en un sentido muy amplio, incluyendo el derecho a disolverlo (para, eventualmente, celebrar otro). b). Plena admisión de la igualdad jurídica de la igualdad jurídica de los contrayentes y de los cónyuges y de la igualdad jurídica entre los hijos, cualquiera que sea su filiación, c) Importancia primordial de la voluntad de las partes como criterio regulador de las relaciones en el ámbito de la familia, que surge por el reconocimiento de la libertad del individuo y el alcance otorgado al derecho al libre desarrollo de la personalidad. d). Separación conceptual entre matrimonio y familia, en el sentido de que el núcleo de la familia es el hijo y no el matrimonio, el cual en caso de existir, sólo afecta directamente a los cónyuges. e). Pérdida del carácter único del modelo tradicional de familia. f). Mantenimiento del carácter fundamental de la familia⁸.

⁷ Fernández Arroyo, Diego P. El matrimonio y las familias. Revista de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, n° 4.

⁸ Ob.y l.cit.

5. En la configuración de los principios generales del régimen de familia que surge de los tratados internacionales de derechos humanos, destacan muy claramente los principios de libertad, de igualdad y de no discriminación. También queda claro que el concepto de familia que se protege, no comprende exclusivamente a la familia basada en el matrimonio, por relevante que sea ese modelo en nuestra cultura.

La jerarquía internacional de la protección a distintos tipos de familia, igualmente acreedores de la protección estatal, no impedirá sin embargo el reconocimiento de que el matrimonio y la convivencia no matrimonial no son a todos los efectos realidades equivalentes y que no pueden entrañar idénticas consecuencias jurídicas. En nuestros sistemas jurídicos, la constitución del matrimonio conlleva la atribución de un particular estado civil para sus componentes y el establecimiento un concreto régimen legal de la convivencia, constitutivo de derechos obligaciones y expectativas jurídicas. Si en cambio nos planteamos la cuestión de los efectos jurídicos de las uniones no matrimoniales nos enfrentaremos en primer término con la dificultad de caracterizar el tipo de unión de que se trate, ya que los distintos sistemas jurídicos acogen realidades sociales diferentes y las regulan de forma muy distintas.

6. Las uniones no matrimoniales basadas en la voluntad común de los componentes no suscitan problemas relevantes en orden a su constitución. Sólo corresponderá tener en cuenta que algunos sistemas jurídicos prevén su inscripción en un Registro, a los fines de la prueba de su existencia y estabilidad. Esto también se vería facilitado si la voluntad de convivir maritalmente y con carácter estable se ha manifestado inicialmente en un pacto que regule las consecuencias económicas de la convivencia. Tampoco planteará problemas la disolución que se producirá sin la intervención de autoridad judicial cuando falte la voluntad común de mantener la convivencia. Así las cuestiones principales para el DIPr se suscitan por un lado, en torno a la autorregulación de la unión no matrimonial mediante pacto. Y en defecto de pacto, sobre ciertas pretensiones de índole patrimonial (respecto a la vivienda común, el régimen de los bienes adquiridos durante la unión, los gastos comunes, la responsabilidad de los convivientes frente a terceros, etc.) ejercidas tras la ruptura de la unión⁹

7. La falta de regulación legal de los efectos de las uniones extramatrimoniales, no puede conducir sin más a sostener la aplicación analógica de las soluciones previstas por el DIPr para causas matrimoniales. La familia no matrimonial constituye una realidad propia, por tanto, resulta más apropiado estar en cada caso a la ley aplicable a la concreta pretensión que se ejerce en el proceso.

El desplazamiento de la aplicación analógica de las reglas del matrimonio en materia de uniones no matrimoniales, según se ha considerado hasta aquí permite vislumbrar que se ha tenido en vista algunos tipos de uniones no matrimoniales que pueden ser asimilados a la unión matrimonial. Corresponde sin embargo, considerar especialmente la situación creada a partir de la aprobación en varios países europeos de normas que reconocen a las uniones homosexuales. Dichas disposiciones (ley danesa de 1989, noruega de 1993 y sueca de 1994) tienen como común denominador el requisito de que al menos uno de los contrayentes tenga la nacionalidad del domicilio del país en el cual se registra la unión, pero presentan algunas diferencias significativas en el alcance que le otorgan a la aplicación supletoria de las normas de DIPr. sobre matrimonio¹⁰.

La cuestión se planteará en torno a los efectos que puede o debe tener una unión no matrimonial de este tipo en los países que no disponen de una reglamentación similar. Si se pretende oponer el orden público habrá que tener en cuenta, además de su relatividad y excepcionalidad y de la vinculación interior, la propia idoneidad de los criterios retenidos para la fundamentación de la existencia de un principio de orden público.

8. Por otra parte, la exposición del régimen internacional del matrimonio en el derecho de los países del cono sur del continente americano supone considerar el entramado de convenios que

⁹ González Campos, Julio D. Derecho Internacional Privado, t.II, Oviedo, 1994, pag.170

¹⁰ Fernández Arroyo, D. P. El matrimonio y las familias. Revista de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, nº 4.

vinculan a estos países en materia de derecho internacional privado. Y ello sin más nos lleva a considerar, siquiera en breve referencia, las relaciones entre las normas internacionales y el derecho autónomo.

También me interesa recordar que si bien la regulación de un caso con elementos extranjeros relevantes puede ser distinta de la que se otorgue a un caso que carece del elemento de extranjería, ello no implica, ni mucho menos, que los preceptos y soluciones del Dopr. funcionen al margen de la lógica y de las concepciones del sistema o que se apoyen en parámetros conceptuales alternativos, específicamente estructurados para operar en este campo. Por el contrario las disposiciones del Derecho internacional privado deberán ajustarse a las exigencias constitucionales como todas las demás ramas del derecho y deberán proyectar, igual que las demás, los objetivos de política legislativa que respondan a la ideología que impregna la construcción del sistema¹¹.

La doctrina ha propuesto, partir de la reflexión sobre las relaciones que se establecen entre la Constitución y el Derecho internacional privado, en una búsqueda - que posiblemente no se agote allí- de los principios estructurales del sistema matrimonial, para considerar posteriormente, las relaciones que se establecen entre el Derecho internacional privado y el derecho de fuente interna, en una búsqueda de los principios generales del sistema en cada una de las cuestiones que plantea el derecho matrimonial.¹² En esa línea, la propuesta conduciría a examinar cómo se han reflejado en la normativa del derecho civil los principios constitucionales. Pero esta exposición a su vez requerirá de la consideración de la recepción de los Tratados Internacionales de Derechos humanos y de la jerarquía que cada sistema jurídico nacional les acuerde.

Tampoco resultan ajenos al tema de este trabajo, los procesos de reforma legislativa en que se encuentran comprometidos nuestros países. Con mayor o menos éxito, la mayor parte de los países del cono sur han enfrentado la tarea de reformar su legislación. En alguno casos, con éxito, en otros aún se aguardan los resultados. Así por ejemplo en Argentina, tiene estado legislativo un proyecto de Reforma del Código Civil, indicando- por ahora- solamente que es el último de la media docena que se han pergeñado en la última década. Brasil, acaba de aprobar un nuevo texto de Código Civil en el mes septiembre de este año. Pero un prolongado período de vacancia legislativa, prorrogable para más, tampoco permiten pronunciarse con alguna certeza respecto del momento en que efectivamente comience a aplicarse. (Incidentalmente tal vez resulte pertinente comentar que si algo tiene en común el derecho en el cono sur, es la pasión codificadora. Algunos países aún han logrado -como Perú- un nuevo código civil, otros – como Chile- han sancionado un Código de la Familia, en tanto que muchos otros, desde Puerto Rico a Argentina se mantienen en ese esfuerzo.

9. Los tratados internacionales, que integran el régimen internacional del matrimonio en el cono sur del continente americano, han sido producidos por distintas fuentes y difieren además en su jerarquía y ámbito de aplicación.

A los tratados de Derechos Humanos suscritos por la mayoría de los países sudamericanos se agregan los tratados de Derecho internacional privado, fundamentalmente el Código de La Habana y los Tratados de Montevideo.

Debe pensarse que parte de los países del cono sur se encuentran en el sistema de una de estas dos codificaciones, en tanto otros han sucripto a ambas y otros aún no pertenecen a ninguno de los sistemas.

En atención a ello, el análisis del derecho aplicable al régimen matrimonial de cada sistema jurídico nacional, debe ser precedido por la consideración de las normas de fuente internacional, determinando en cada caso su ámbito de aplicación.

A los efectos de la determinación de sus respectivos ámbitos de aplicación se distinguen los convenios de vocación universal¹³. Al señalar su ámbito de aplicación, se prescinde de la distinción entre estados contratantes y no contratantes. Se aplican tanto en las relaciones entre los

¹¹ Espinar Vicente, José M. El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado. Civitas, Madrid, 1996, p.22

¹² por todos p.v., Espinar Vicente, José M. Ob. y l.cit.

¹³ Estos se aplican con carácter general, sin condición de reciprocidad, en todos los supuestos y cualquiera que fuere la ley aplicable.

Estados signatarios como en las relaciones con terceros Estados, con Estados que no ostentan la condición de parte, por lo que los jueces de los países en que el convenio está vigente, no necesitan verificar el estado de ratificación del convenio, previo a su aplicación. Las normas convencionales se incorporan a los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados contratantes, constituyen su sistema de Derecho internacional privado, substituyendo las normas de Derecho internacional de fuente interna, autónoma. En consecuencia no existirá, en la materia regulada por los convenios universales, diferencia entre la regulación convencional y la general. Este carácter reviste la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de Nueva York de 1962.

El ámbito de aplicación de los tratados de Derecho privado se desprende de la interpretación de sus propias normas.

Los tratados que regulan de manera especial la cuestión matrimonial serán considerados al comenzar cada uno de los temas que integran tradicionalmente la exposición de la cuestión matrimonial: validez, efectos y disolución.

B. Validez del matrimonio

10. Para que pueda existir un matrimonio válido, cada sistema jurídico exige el cumplimiento de ciertos requisitos que considera esenciales: el consentimiento de los contrayentes, su capacidad para contraer matrimonio y la prestación del consentimiento en alguna forma predeterminada. Los sistemas jurídicos difieren en lo relativo a las condiciones que debe reunir un matrimonio para ser considerado válido. También difieren en la localización del derecho aplicable para indicar cuales son los requisitos legales para que se pueda celebrar validamente un matrimonio.

Para el Dopr. la determinación del derecho aplicable a la validez de los matrimonios plantea dos cuestiones. En primer lugar habrá que examinar si es una única ley la que decide respecto de la existencia de los requisitos indispensables para que exista un matrimonio valido. En segundo problema es el que plantea la designación de ese sistema jurídico.

La sumisión de todas las condiciones exigibles para la existencia de un matrimonio válido a un sólo sistema jurídico (*lex matrimonii*) es declarada sólo por algunos sistemas jurídicos. Y, aún en aquellos sistemas jurídicos que declaran la sumisión de la totalidad de las cuestiones a un sólo derecho, puede advertirse la necesidad de recurrir a la aplicación de otros derechos.

La identificación de la *lex matrimonii* con la ley del lugar de celebración es el más antiguo de los sistemas. El sistema de la *lex loci celebrationis* ha sido aceptado por gran número de países latinoamericanos, particularmente por todos los países vinculados por los tratados de Montevideo. Para otros sistemas, la ley personal de las partes es la indicada para regir las condiciones del matrimonio.

Otros países han desarrollado sistemas que son mezclas de los tipos básicos. La combinación de los sistemas de la *lex loci* y la ley personal, fue desarrollada ya en la Convención de La Haya de 1902, que seguía en principio el estatuto personal (ley nacional), pero la *lex loci* podía permitir la celebración del matrimonio cuando las prohibiciones de la ley personal estuvieran fundadas en motivos religiosos y cuando los impedimentos del derecho de fuente interna fuesen más rigurosos que los de la ley nacional.

Por otra parte cabe señalar la admisión generalizada del principio *del favor matrimonii*. Este favor sistemático por la validez y el reconocimiento frecuentemente choca con el realismo y la constatación de los hechos. Ante la imposibilidad de afirmar de antemano que la validez de un matrimonio sea en sí deseable, parece recomendable examinar pura y simplemente si las reglas de formación del matrimonio han sido respetadas.

C. Efectos del matrimonio

11. La celebración de un matrimonio válido produce consecuencias sobre las personas y los bienes de los cónyuges. La modificación del estado de los contrayentes que reclamará del sistema jurídico en el que esa unión se inserte, la regulación de las relaciones de cada uno de los miembros - derechos y deberes- y de las posibles limitaciones a la capacidad que puedan resultar de la unión matrimonial, así como de los problemas que suscita el aspecto económico.

Sin embargo, como quedó dicho, la denominación del tema como “efectos del matrimonio”, parecería resultar de una estructura matrimonial única que produce siempre los mismos efectos,

cuando por el contrario la historia y el derecho comparado demuestran la variabilidad de los sistemas en las distintas épocas de la vida de cada pueblo.

Por ello en el Dipr. El estudio de los efectos patrimoniales del matrimonio, debe partir de una noción amplia que no prejuzgue sobre la existencia de un concepto autónomo de régimen económico matrimonial ni una delimitación rígida del ámbito de aplicación de la ley designada para regir los problemas en cuestión.

Puede considerarse bajo la denominación de efectos patrimoniales del matrimonio a aquéllas incidencias que el hecho del matrimonio produce sobre el régimen de los bienes y obligaciones de los cónyuges. En contraposición, los restantes tendrían el carácter de efectos personales. Esta distinción no es clara ni puede considerarse universalmente aceptada: la caracterización de los efectos patrimoniales, a contraluz de los efectos personales y en tensión en aquellos aspectos en que ambos tienden a confundirse. Resulta difícil en cada ordenamiento interno y encuentra escollos insalvables desde una perspectiva general de derecho comparado. En efecto, situado en la intersección de, al menos tres categorías diferentes - el estatuto real, el estatuto personal y el régimen de las obligaciones -que, según los ordenamientos, inciden sobre él con distinta intensidad, el tema ofrece el aspecto de un auténtico “mosaico de legislaciones”, que se prolongan en el ámbito del Dipr, tanto si atendemos a los puntos de conexión seleccionados como si nos fijamos en las notas, a veces contrapuestas- unidad frente a escisión, mutabilidad frente a inmutabilidad- que lo caracterizan.

12. El régimen patrimonial del matrimonio deberá contener normas sobre la propiedad de los bienes que se aportan a la sociedad conyugal y su destino después de la celebración del matrimonio, a quiénes pertenecen los bienes que se adquieren durante el matrimonio, su administración, su goce o disfrute, su disposición; la graduación de las responsabilidades por las cargas del hogar, las deudas comunes y las propias de cada cónyuge; cómo finaliza el régimen y el destino de los bienes luego de operada la liquidación.

Si bien no existe la menor uniformidad en el derecho comparado, pueden distinguirse dos opciones claras en materia de organización de la titularidad y administración del patrimonio y de las rentas que generen cada uno de los cónyuges durante su convivencia: las partes pueden poner en común todas las ganancias que adquieran tras el matrimonio, o pueden conservar patrimonios separados. Cada una de ellas puede matizarse, aportando bienes privativos a la sociedad común o estableciendo un sistema societario en el que el marido y la mujer pueden participar de las ganancias del otro conservando la administración separada.

La variedad de las soluciones que sobre la cuestión proyecta el derecho de familia, se trasladará al derecho internacional privado en el que la diferente naturaleza de cada conjunto de relaciones puede conducir a la adopción de soluciones de conflicto independientes para cada una de ellas.

13. La localización del derecho aplicable al régimen patrimonial en el derecho internacional privado presentará un alto grado de complejidad.

La mayoría de las veces el caso matrimonial patrimonial se vinculará a varios ordenamientos jurídicos. Ello resulta de la misma complejidad del régimen matrimonial patrimonial que guarda estrecha relación con problemas tan diferentes como las relaciones entre los esposos, con terceros y los sistemas sucesorios. Precisamente el hecho de que el régimen de los bienes en el matrimonio experimente la atracción de categorías jurídicas tan dispares como las personas, los bienes y los contratos, explica la diversidad de soluciones que los distintos sistemas jurídicos otorgan al problema del régimen de bienes del matrimonio.¹⁴

Especialmente complejas resultarán las relaciones entre el régimen económico del matrimonio y el estatuto jurídico real de los bienes que quedan afectados por aquél régimen. El estatuto real rige la ley aplicable a las cosas consideradas *uti singuli*, determinado qué derechos pueden recaer sobre ellas y el modo en que éstos se perfeccionan. Por el contrario, la ley rectora del régimen matrimonial se refiere a las cosas consideradas *uti universitas*, esto es como parte de una masa o una unidad patrimonial. Las relaciones entre la cosa considerada en su estatuto singular y como

¹⁴ Carillo Salcedo, Juan Antonio, Derecho internacional privado, Tecnos, Madrid, 1983, pag.199.

integrante de un estatuto patrimonial, deben tomar en consideración que el estatuto real configura un límite a la eficacia del estatuto patrimonial del matrimonio. El derecho aplicable al régimen de bienes del matrimonio determinará los efectos del matrimonio sobre el régimen jurídico de real de las cosas, en la medida que esos efectos no sean incompatibles desde el punto de vista del estatuto real.

14. En el Derecho internacional privado como en el derecho interno, la determinación del régimen de bienes entre esposos está presidido por una primera cuestión que refiere a la posibilidad de que los esposos- por contrato- adopten un régimen matrimonial determinado.

15. En el derecho comparado se observa gran disparidad de criterios legislativos en orden al problema de “la libertad de estipulación” de los contrayentes.

En algunos sistemas jurídicos, en los que el establecimiento del régimen de bienes se confía a la libre estipulación de las partes, se articulan normativamente unos acuerdos tipo que son susceptibles de elección o modificación; y se adoptan unos límites imperativos, destinados a proteger los intereses de la familia, los de los herederos forzosos y los de los terceros. En ausencia del ejercicio de la autonomía, cada sistema considera que los cónyuges se casan de acuerdo con las condiciones de uno u otro de estos regímenes. Pero en el Derecho comparado no existe unanimidad en dos cosas muy importantes: en la determinación del modelo de régimen operativo en ausencia de capitulaciones, y en el establecimiento del contenido de cada uno de esos regímenes¹⁵.

Son distintos también los criterios de los derechos nacionales en lo que refiere a requisitos para la validez y eficacia del contrato matrimonial sobre bienes, y varían especialmente en lo que afecta a capacidad, forma y a la inmutabilidad de los contratos.

Los sistemas jurídicos autónomos también ofrecen variedad de soluciones en lo que refiere a la admisibilidad de las convenciones matrimoniales, el contenido de las estipulaciones y la enumeración de los bienes que pueden ser objeto de las mismas.

16. En el derecho internacional privado, la localización del derecho aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges será también influida por el juego de la autonomía.

Algunos sistemas nacionales impondrán el régimen jurídico aplicable, en tanto que en otros se posibilitará a los cónyuges la elección del derecho que regirá sus relaciones patrimoniales.¹⁶

Normalmente la elección se limita a una serie de posibilidades establecidas por el mismo derecho..

Otros sistemas en fin, permiten a los cónyuges establecer materialmente el régimen jurídico a que quedarán sometidas sus relaciones patrimoniales, en contratos nupciales.

Algunos sistemas de derecho privado prevén que la elección del régimen de bienes del matrimonio o el pacto de convenciones nupciales, sólo puede efectuarse antes de la celebración del matrimonio.

Otros en cambio admiten con mayor o menor amplitud la celebración de contratos entre cónyuges, así como el cambio del régimen aplicable con posterioridad al matrimonio.

La cuestión de la mutabilidad del régimen de bienes en el derecho privado se planteará con características propias en el Dopr. En esta perspectiva la cuestión de la mutabilidad alude a la posibilidad de cambiar la ley aplicable al régimen de bienes. Ese cambio puede operar por voluntad de los cónyuges o por decisión legal. En otros sistemas jurídicos (como en el argentino) no se prevé la posibilidad de modificar la ley aplicable al régimen de bienes, con ninguna de las dos técnicas enunciadas.

17. Con la expresión tradicionalmente utilizada “capitulaciones matrimoniales” se designa a aquellos negocios jurídicos de Derecho de familia en los que los otorgantes estipulan su régimen económico matrimonial o algún extremo relativo al mismo. Por lo tanto, constituyen una manifestación de la voluntad negocial de los cónyuges¹⁷.

Mediante estos pactos los cónyuges confeccionan un régimen específico sobre la titularidad de sus bienes, la administración de los mismos y la disolución de la eventual comunidad que instituyan, o

¹⁵ Espinar Vicente, ob.cit.

¹⁶ VER art. 3 de la Convención de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales.

¹⁷ González Campos, ob.cit..

bien simplemente incorporan como contenido de su voluntad uno de los regímenes previstos, con las modificaciones que deseen establecer.

En el Dipr las partes en ejercicio de la autonomía conflictual tienen la posibilidad de elegir el derecho aplicable al régimen patrimonial. Este principio de libertad de pacto recepcionado en algunos regímenes puede permitir mayor o menor libertad de elección.

La recepción de la autonomía material permite en algunos sistemas, que los cónyuges elaboren directamente las reglas a que se someterán sus relaciones patrimoniales.

Cabe incluso imaginar supuestos en que se combine el ejercicio de la autonomía conflictual, la designación del ordenamiento que se entiende aplicable, con la autonomía material, pactando dentro de los límites del ordenamiento escogido como aplicable, determinadas cláusulas o eligiendo uno de los varios regímenes que tenga establecidos el ordenamiento escogido como aplicable¹⁸.

18. En el ámbito del derecho internacional privado, el problema inicial de las capitulaciones es el de determinar si las partes poseen la facultad de designar el ordenamiento jurídico estatal que va a regir este negocio jurídico sobre los bienes de los cónyuges durante el matrimonio, ya que sólo admitida esta facultad podrán éstos estipular el régimen económico, en el ejercicio de la autonomía material reconocida por el ordenamiento designado.

Es preciso entonces determinar qué ordenamiento es el que atribuye a las partes la facultad de realizar las capitulaciones y cuales son los límites de esa facultad.

19. En el Derecho internacional privado habrá que tomar en cuenta la ley personal para determinar la capacidad general de obrar de los contrayentes. En segundo lugar, deberán concretarse los términos y alcance a la luz del ordenamiento susceptible de limitarla o expandirla. Finalmente habrá que estar a la ley que rige los efectos económicos del matrimonio para completar las especialidades que se exijan para la validez de los pactos y capitulaciones que se realicen.

No se desconoce sin embargo la complejidad de la cuestión y las dificultades que presenta su análisis. Como es obvio ello resulta de que , la capacidad para el otorgamiento de capitulaciones, aún cuando resulta en su conjunto definida como un instrumento propio del derecho de familia , no puede omitirse por otra parte, la circunstancia que la convención matrimonial, en sí, constituye un acto jurídico. Cabe entonces interrogarse acerca de la posibilidad de trasladar sin más la solución de conflicto en materia de capacidad para los actos jurídicos a este contexto. No parece razonable dejar de atender el derecho aplicable al régimen de bienes del matrimonio que contiene reglas más amplias o más estrictas para la capacidad sobre los actos capitulares que la ley personal. Si en último término aquél derecho es el que determinará la validez del régimen pactado, deberá también juzgar la capacidad de ambas partes para su otorgamiento.¹⁹

20. La validez formal de las convenciones matrimoniales, en tanto acto jurídico, se halla regida por la ley del lugar de su otorgamiento, con la eventual consideración del carácter “facultativo” de la regla *locus regit actum*.

En esta materia, según expresa González Campos, habrá de estarse a la norma que constituye la regla general en materia de actos jurídicos. Pero las exigencias de la seguridad jurídica en relación con las convenciones, por su eventual incidencia sobre los derechos de terceros, han determinado que en muchos ordenamientos estatales se requiera una forma solemne para este negocio jurídico y se condicione la validez de las capitulaciones al cumplimiento de la forma prescrita. En atención a ello, resulta que al igual que en el tema de la capacidad, no podrá sostenerse una opinión de carácter general. Deberá tenerse en cuenta el derecho aplicable al contenido de la capitulación. Y a este respecto deberá recordarse el juego de la *lex situs* como límite o condicionamiento de la aplicación del derecho aplicable al régimen de bienes, ya sea pactado o legal.

¹⁸ González Campos, ob.cit..

¹⁹ conf. González Campos, ob cit.

21. Para la doctrina contemporánea el recaudo de la autenticidad conforma una exigencia que atañe a la forma de las convenciones matrimoniales. La ley aplicable a la forma de las convenciones matrimoniales será competente para precisar si las mismas deben otorgarse por escrito, si han de revestir carácter solemne y auténtico y -finalmente- cuáles son las condiciones necesarias para que un acto sea reputado auténtico.

22. El régimen de la publicidad de las capitulaciones queda estrechamente ligado a las exigencias de inscripción registral.

En primer término cabe destacar que el instituto de la publicidad procura dotar de adecuada tutela a los terceros con los cuales uno o ambos esposos se vincularen legalmente. Por tanto, la falta de satisfacción de los requisitos de publicidad, no afectará la validez formal de la capitulación.

La única implicancia que acarrea generalmente la falta de publicidad, es la inoponibilidad de los términos de la convención a terceros.

La publicidad de las convenciones matrimoniales persigue una doble finalidad: proteger el interés de los esposos en cuanto atañe a la oponibilidad de la capitulación a terceros y -a la inversa- resguardar los derechos de los terceros con relación a una convención matrimonial cuyos términos son desconocidos. Se trata de normas de carácter “territorial”, dirigidos a resguardar los intereses de los esposos y/o de los terceros domiciliados o residentes en el país cuya legislación impone el recaudo de la publicidad e insusceptibles, como principio, de aplicación más allá del territorio del Estado en el cual la publicidad es requerida como condición de oponibilidad de las convenciones matrimoniales a terceros. Se trata de una problemática ajena a la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio y sometida a una solución de carácter “territorial”, en los términos expuestos.

23. La cuestión relativa a la determinación del momento en que pueden otorgarse las convenciones (sólo antes o también después de la celebración del matrimonio) y a la posibilidad de modificarlas después de contraído éste, ha conocido distintas respuestas en el derecho comparado. La diversidad jurídica existente en la materia, con la consiguiente frecuencia de conflictos de leyes, y la importancia de los intereses en juego, contribuyen a subrayar la importancia de la determinación del derecho competente²⁰

La doctrina internacionalista parece unificarse en torno a la afirmación de que es la ley rectora del régimen matrimonial la que decide acerca de la mutabilidad o inmutabilidad del régimen pactado²¹

24. Una convención matrimonial pactada antes de la unión es por definición un acuerdo de carácter condicional, en la medida que su eficacia depende de la celebración de las nupcias. Ahora bien, el derecho aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio puede prever un plazo, a partir de la celebración de la convención, dentro del cual el matrimonio deba concretarse bajo sanción de caducidad de aquella.

D. Disolución del matrimonio.

25. El divorcio, como causa de disolución del matrimonio que opera *inter vivos*, es una institución compleja, fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, por que el divorcio no sólo comporta la disolución del vínculo matrimonial, sino que, paralelamente, provoca efectos jurídicos en otros planos: régimen económico del matrimonio, relaciones personales de los cónyuges, alteración de los derechos hereditarios, posibles cambios de nombre, reestructuración de las relaciones paterno filiales con los hijos comunes, etc. En segundo lugar, el divorcio es una institución muy polémica: atacada con agresividad por algunos sectores, defendida radicalmente por otros. Arrastra una delicada evolución y histórica y fruto de ello, existen diversos modelos de divorcio, modos de entender el divorcio como causa de disolución *inter vivos* del vínculo matrimonial. Estos elementos repercuten en la regulación del divorcio en el Dpr.²²

²⁰ Aguilar Benitez de Lugo, ob.cit.

²¹ Aguilar Benitez de Lugo.ob.cit

²² Carrascosa González, ob. cit.p.181

26. En cuanto al ámbito material de aplicación de la ley del divorcio, se pueden distinguir dos tendencias. Por una parte, la aplicación de la ley que rige el divorcio también a los efectos que éste produce en otras instituciones, como la filiación, derechos hereditarios, efectos del matrimonio, capacidad nupcial, etc. De otra parte, la ley del divorcio se aplicaría solamente a la declaración del divorcio, dejando que los efectos que éste produce sobre otras instituciones, como la filiación, los efectos personales y patrimoniales, capacidad nupcial, queden regulados por la ley que se ocupa de cada una de esas instituciones.²³

27. El divorcio es como queda dicho, una institución polémica que ha ganado terreno en el mundo favorecida entre otras causas por la laicización del derecho. La evolución que ha experimentado es mucho más clara en países con tradición divorcista, que no es el caso de la mayoría de los países latinoamericanos.

En una primera etapa el divorcio fue considerado una sanción excepcional, consecuencia del incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte del cónyuge culpable. Este tipo de divorcio procura beneficiar al cónyuge inocente, pero desde luego se corrompe rápidamente por que no satisface las necesidades sociales. En una segunda etapa aparece el divorcio remedio, considerado como una consecuencia inevitable de la ruptura de la convivencia conyugal. El modelo tampoco resulta satisfactorio, porque la concesión del divorcio depende en buena medida del juez y del grado de investigación en la intimidad de la pareja. En una tercera etapa aparece el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges. Se suele fijar la obligación legal de resolver mediante acuerdo las consecuencias tanto personales como patrimoniales, del divorcio. La función del juez se reduce a la mera constatación de la voluntad de las partes. Su misión es controlar que los acuerdos entre cónyuges se ajusten a la ley. Un cuarto estadio se alcanza reconociendo el divorcio por voluntad de sólo uno de los cónyuges. Este modelo de divorcio reconoció formulaciones discriminatorias. En tanto que sus actuales formulaciones permitirían petitionarlo a cualquiera de los dos cónyuges.

E. Tratados de Derecho civil internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

28. En relación al ámbito de aplicación espacial del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 debe tenerse en cuenta que el Tratado fue ratificado por Argentina (11/12/1884), Bolivia (5/11/1903), Perú (4/11/1889), adhiriendo Colombia (2/12/1933). El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 es también un tratado común y abierto, aplicable en los territorios de Argentina, Paraguay y Uruguay.

Los tratados no contienen normas que determinen donde se han de desarrollar los supuestos de hecho para que resulte de aplicación las normas convencionales. Tampoco se puede observar una costumbre internacional, en virtud de jurisprudencias uniformes de los Estados vinculados, que origine aquella norma de delimitación del ámbito espacial de validez del tratado. Doctrinariamente²⁴ se ha elaborado el siguiente criterio: los tratados son aplicados por las autoridades de los Estados vinculados en casos que tengan un contacto de fondo y no sólo procesal con cualquiera de los demás Estados vinculados, con tal que el mismo tratado considere el contacto como determinante del derecho aplicable al supuesto (ámbito espacial pasivo). Queda a salvo no obstante, el caso de reconocimiento de sentencias de separación y divorcio de matrimonios celebrados en uno de los Estados vinculados dictadas por jueces de un Estado no vinculado, reconocimiento que ha de ser juzgado también por el Tratado. Así un matrimonio celebrado en Colombia que pretende ser disuelto por sentencia de divorcio de un juez mejicano (estado no vinculado) queda sometido, en cuanto a la validez o invalidez de la sentencia de divorcio, al tratado. Por ende, el derecho del domicilio conyugal (art. 13), en la Argentina, Bolivia y Perú, rige la disolubilidad del matrimonio colombiano. Además en estos tres países hay que considerar con

²³ Carrascosa González, ob. cit.p.182

²⁴ Goldschmidt, W. Derecho Internacional Privado. Depalma Bs.As.,1985.

jurisdicción internacional al juez del domicilio conyugal, en virtud de lo dispuesto por el art. 62 del tratado²⁵.

29. El artículo 11 del Tratado de 1889 dispone que la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar donde se celebra.

Atento que validez e invalidez son conceptos recíprocos, de esta conexidad lógica surge que el mismo derecho aplicable a la validez se aplica a la ausencia de validez (invalidez). Invalidez comprende, aquí, invalidez formal y substancial (consentimiento y capacidad).

El art. 13 del El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional (ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay) reitera sin modificaciones lo dispuesto en el art. 11 del tratado de 1889.

El derecho aplicable a la validez del matrimonio, la obligación internacional de reconocimiento, la cláusula especial de orden público y los impedimentos reciben la misma solución en ambos tratados. Ello justifica su tratamiento conjunto.

30. La norma contenida en la primera parte de los artículos 11 y 13 que adopta la *lex loci celebrationis*, ha sido vista como la expresión del principio del *favor matrimonii*. Este deseo de lograr matrimonios válidos ha guiado la adopción de un estatuto único para regir los aspectos de fondo y forma que hacen a la validez del matrimonio.

Las razones de orden práctico que siempre pueden esgrimirse en favor de la *regla locus regit actum*, en aplicación a la materia matrimonial suele encubrir un problema de eficacia extraterritorial de la unión matrimonial.

En cambio la sumisión a la *lex loci* de la capacidad y ausencia de impedimentos suscita cuestionamientos derivados de la fragilidad de la conexión elegida en orden a la vida del matrimonio.

De ello resulta que si bien de conformidad a esta cláusula, los Estados signatarios se obligan a reconocer la validez de los matrimonios contraídos de conformidad al derecho del lugar de la celebración, la segunda parte de la norma excepciona esta obligación.

31. El segundo párrafo de los artículos 11 y 13 expresa: "Sin embargo los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos: a) falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como *mínimum* 14 años cumplidos en el varón y doce en la mujer; b) parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo; c) parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos; d) haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge superviviente; e) el matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Los conceptos jurídicos que utiliza la cláusula especial de orden público son uniformes en el derecho de familia comparado de los Estados vinculados, por lo que no se han originado conflictos de calificaciones. En relación al impedimento de crimen podrán presentarse dificultades prácticas y procesales. Goldschmidt sostenía que la causal más importante y más compleja en el orden jurídico, es el impedimento de ligamen. Las causas de la edad y el conyugicidio implican principalmente problemas de hecho, ocurriendo lo mismo con respecto al parentesco y la afinidad por la equiparación de lo legítimo y lo ilegítimo. En cambio la disolución válida de un matrimonio anterior (impedimento de ligamen) constituye un problema jurídico, que debe resolverse conforme a las reglas del mismo tratado.

De conformidad a la normativa de ambos Tratados, si el matrimonio se contrajo válidamente según el país de la celebración, pero no cumplió con algunos de los requisitos de la cláusula especial- por que el derecho del lugar de celebración no lo exigió- cualquier estado signatario puede usar la facultad de desconocerlo. Pero si el matrimonio infringe no sólo la cláusula del tratado sino también los impedimentos de orden público del foro donde se pretende el reconocimiento del matrimonio, estos jueces ya no aplicarán una facultad internacional con fuente en el tratado sino

²⁵ Boggiano, Antonio, Derecho internacional privado. Abeledo Perrot, 3ªed.,Bs.As.,1991,t.I,pag.966

una obligación interna con fuente en la cláusula general de orden público, reconocida también por los Tratados: art. 4º del Protocolo Adicional a ambos Tratados.

El art. 4º del Protocolo Adicional contiene una cláusula de reserva que faculta a los Estados signatarios a dejar de aplicar las leyes de los demás Estados cuando sean contrarias a las instituciones públicas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

Celebrado un matrimonio en el territorio de uno de los países signatarios, con alguno de los impedimentos enumerados en la cláusula - ejemplo el de ligamen- el Tratado, no impone a los demás países contratantes la obligación internacional de desconocerle validez sino que deja librado al orden público internacional del país requerido la decisión que más convenga al espíritu de su legislación²⁶. Cabe también considerar la posibilidad de que la invalidez del matrimonio sea provocada por el mismo del derecho del lugar de celebración. Si el derecho del lugar de celebración contiene impedimentos más rigurosos que los enumerados en la segunda parte de los artículos 11 y 13, los jueces deberán respetar la solución del derecho del lugar de celebración del matrimonio, siempre que ésta resulte compatible con los principios de orden público del derecho del foro. En caso contrario, el orden público del derecho del foro podrá operar corrigiendo la invalidez provocada por la ley del lugar de celebración incompatible con esos principios de la *lex fori*.

32. El Tratado de Derecho civil internacional de Montevideo de 1889 no contiene normas que regulen la cuestión de los efectos de la invalidez del matrimonio. A efectos de integrar esta carencia de regulación se ha sostenido que la misma ley competente para señalar los requisitos indispensables para la validez del matrimonio, debe formular también las consecuencias de la infracción de esos requisitos²⁷.

Si la invalidez del matrimonio es provocada por el derecho del lugar de la celebración - siempre que ese derecho sea compatible con el orden público del foro- los efectos de la invalidez deberán desprenderse del mismo derecho que causa la invalidez.

Si en cambio, las objeciones a la validez del matrimonio resultan de la norma contenida en el segundo párrafo del art. 11 del tratado, los efectos de la invalidez deberán desprenderse del derecho del foro que así lo declara²⁸. La misma solución corresponde en supuestos en que la invalidez resulte del funcionamiento del orden público del foro.

El Tratado de 1940 a diferencia del anterior contiene norma de conflicto según la cual los efectos de la nulidad del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio conyugal (art. 15 inc.c).

33. Las reglas de jurisdicción internacional están establecidas en los arts. 62 y 59 de los tratados de 1889 y 1940 respectivamente, que disponen que los juicios sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio matrimonial.

El Tratado de 1889 dispone en el art. 8 que si el matrimonio carece de domicilio, se califica de domicilio conyugal el del marido. La aplicación de esta norma deberá ser contrastada con las recogidas en tratados internacionales que han reconocido la total equiparación de los cónyuges, sobre la base del principio de igualdad.

En el tratado de 1940 en cambio hay una nueva definición de domicilio conyugal.

El domicilio conyugal radica en el lugar donde los cónyuges viven de consuno. En defecto de esta convivencia localizada, hay que acudir al domicilio del marido (art. 8). La mujer casada conserva el domicilio conyugal, salvo la prueba de que haya constituido un nuevo domicilio en otro país (art. 9).

La delegación uruguaya hizo reserva de los artículos 9 y 59, por entender que conducirían al abandono del principio general domiciliario. La delegación peruana hizo reserva de su competencia judicial y legislativa en materia de personas, derecho de familia, relaciones personales conyugales y régimen de bienes en favor de nacionales peruanos.

²⁶ En tal sentido puede verse jurisprudencia de la Corte Argentina en caso Solá, J. CORTE SUP. 12/11/96.(J.A.3/12/1997)

²⁷ Goldschmidt, Boggiano, o.c.

²⁸ Goldschmidt, Boggiano, o.c.

La sentencia del foro del domicilio conyugal, fundada en el derecho del lugar de celebración será reconocida en los demás Estados ratificantes (si fue dictada de conformidad a las reglas del tratado). Sin embargo, es posible que alguno de esos estados no reconozca la invalidez declarada si ella se opone a sus principios de orden público. El desconocimiento de la sentencia extranjera en tales supuestos podrá fundarse en el art. 5º del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940²⁹.

34. El artículo 40, del Tratado de 1889, dispone que “Las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que adquieran posteriormente, en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación”.

Esta disposición no indica cuál es el derecho que debe regir fondo y forma de las capitulaciones. Goldschmidt observa que si se tiene en cuenta que las capitulaciones constituyen un contrato, como no es posible averiguar dónde hay que cumplirlo, habríamos de aplicar el derecho de los domicilios de los contrayentes (arts. 32 y 34 último supuesto); pero cabría también someter las capitulaciones al mismo derecho que rige el régimen de bienes en defecto de capitulaciones (v.art.41). En defecto de elección, operan los restantes puntos de conexión; domicilio conyugal fijado de común acuerdo (art. 41) o domicilio del marido al tiempo de contraerse el enlace (art. 42).

35. En los artículos 41 a 43 del mismo Tratado se encuentra la regulación prevista para supuestos de ausencia de capitulaciones. En defecto de capitulaciones especiales, en todo lo que ellas no hayan previsto y en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado de común acuerdo, antes de la celebración del matrimonio.

La forma de la estipulación del domicilio habrá de regirse por el derecho del lugar de la estipulación. Si no hubiesen fijado de antemano un domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al momento de la celebración del matrimonio.

El cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

El principio de la unidad de régimen del domicilio conyugal es sin embargo destruido por la aplicación de las prohibiciones de la *lex situs* (arts.40 y 41). La amplitud de la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes destruye las pretensiones de unidad del régimen convencional.

36. En relación al ámbito espacial. del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, debe recordarse que fue ratificado por Argentina (18/06/1956), Paraguay (29/01/1958) y Uruguay (12/11/1942).

El tratado de 1940 trae cambios importantes en lo que refiere a la determinación del derecho aplicable al régimen de bienes, pactado y legal.

Somete las capitulaciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes, al derecho del primer domicilio conyugal, en todo lo que sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes (art. 16).

La aplicación del derecho del primer domicilio conyugal (art. 16) permanece inalterable por un cambio de domicilio de los cónyuges (art.17).

Por otra parte la aplicación de la *lex situs* ha sido restringido a las cuestiones de carácter real, preservando de este modo la pretensión de unicidad del régimen aplicable al régimen de bienes.

E. Código de Bustamante.

37. Según informa la Secretaría General de la OEA los Estados Partes que depositaron los instrumentos de ratificación son: Bolivia (1932); Brasil (1929); Costa Rica (1930); Ecuador (1933); El Salvador (1931); Guatemala (1929); Haití (1930); Honduras (1930); Nicaragua (1930); Panamá (1928) República Dominicana (1929) y Venezuela (1932).

²⁹ Esta es al menos la opinión de Antonio Boggiano., Derecho Int. Privado, Abeledo Perrot. Tomo I, Bas.As., 2000.

Muchos de estos países ratificaron el Código con reservas³⁰.

La Sección Primera del Capítulo IV sujeta al estatuto personal, las “Condiciones Jurídicas que han de preceder a la celebración del matrimonio”.

A ese estatuto personal (que se determina conforme lo dispuesto por las reglas generales del Código³¹), queda sometido todo lo que refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, el consentimiento o consejo paterno, los impedimentos y su dispensa(art.36).

Antes de casarse, los extranjeros deberán acreditar, que han llenado estas condiciones según las exigencias de sus respectivas leyes personales. Podrán justificarlo mediante certificación de sus funcionarios diplomáticos o agentes consulares o por otros medios que estime suficiente la autoridad local, que tendrá libertad de apreciación (art. 37)

La legislación local es aplicable a los extranjeros en cuanto a los impedimentos que establezca y que no sean dispensables, a la forma del consentimiento, a la fuerza obligatoria o no de los esponsales, a la oposición al matrimonio, a la obligación de denunciar los impedimentos y las consecuencias civiles de la denuncia falsa, a la forma de las diligencias preliminares y a la autoridad competente para celebrarlo(art.38).

La forma también se rige por la ley del lugar de su celebración, pero los Estados signatarios cuya legislación exija la forma religiosa, podrán negar validez a los matrimonios celebrados por sus nacionales en extranjero, sin observar esa forma (art. 41).

Se reconocen los matrimonios celebrados - conforme al estatuto personal- por funcionarios diplomáticos o agentes consulares, en aquellos países donde las leyes lo admitan(art. 42).

38. Los Estados contratantes no quedan obligados a reconocer el matrimonio celebrado en cualquiera de ellos, por sus nacionales o por extranjeros, cuando ese matrimonio contraríe las disposiciones relativas a la necesidad de disolución de un matrimonio anterior, a los grados de consanguinidad o afinidad respecto de los cuales exista impedimento absoluto, a la prohibición de casarse establecida respecto a los culpables de adulterio en cuya virtud se haya disuelto el matrimonio de uno de ellos, y a la misma prohibición respecto al responsable de atentado a la vida de uno de los cónyuges para casarse con el sobreviviente, o a cualquier otra causa de nulidad insubsanable (art.40).

La forma de la estipulación del domicilio habrá de regirse por el derecho del lugar de la estipulación. Si no hubiesen fijado de antemano un domicilio conyugal, las mencionadas relaciones se rigen por la ley del domicilio del marido al momento de la celebración del matrimonio.

El cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

El principio de la unidad de régimen del domicilio conyugal es sin embargo destruido por la aplicación de las prohibiciones de la lex situs (arts.40 y 41). La amplitud de la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes destruye las pretensiones de unidad del régimen convencional.

39. La reglamentación de los efectos patrimoniales del matrimonio ha sido escindida del capítulo IV “del matrimonio, del título II De las personas. en el título IV del Código, el capítulo 3 trata “Del contrato sobre bienes en ocasión del matrimonio”.

Este contrato se rige por la ley personal de los contrayentes y en su defecto por la del primer domicilio matrimonial. Las propias leyes determinan, por ese orden el régimen legal supletorio a falta de estipulación (art.187).

Es de orden público matrimonial el precepto que veda celebrar capitulaciones durante el matrimonio, o modificarlas, o que se altere el régimen de bienes, por cambio de nacionalidad o de domicilio posteriores al mismo(188).

³⁰ Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, República Dominicana, Venezuela. Se destaca la reserva efectuada por Chile:...”de que ante el Derecho chileno y que ante los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”. El texto de la reserva es concordante con la Constitución chilena y la jurisprudencia que consagra la primacía del derecho nacional.

³¹ El Código e Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, en el Libro Primero, TítuloI De las Personas, consagra un complicado sistema de determinación del estatuto personal, con primacía del principio de la nacionalidad.

Tienen ese mismo carácter los preceptos que se refieran al mantenimiento de las leyes y de las buenas costumbres, a los efectos de las capitulaciones respecto de terceros y a su forma solemne(189).

La voluntad de las partes regula el derecho aplicable a las donaciones por razón del matrimonio, excepto en lo referente a su capacidad, a la salvaguardia de derechos legitimarios y a la nulidad mientras el matrimonio subsista, todo lo cual se subordina a la ley general que lo rige, siempre que no afecte el orden público internacional(art. 190).

Las disposiciones sobre dote y parafernales dependen de la ley personal de la mujer (191)

Es de orden público internacional la regla que repudia la inalienabilidad de la dote (192).

Es de orden público internacional la prohibición de renunciar a la sociedad de gananciales durante el matrimonio.

F . La Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de Nueva York de 1962.

40. Esta convención reglamenta la Declaración Universal de Derechos Humanos. Fue generada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y dirigida contra ciertas costumbres, antiguas leyes y prácticas referentes al matrimonio y a la familia considerándolas incompatibles con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración de los Derechos Humanos. Constituye un convenio universal y modifica el derecho interno, aplicándose el derecho modificado respecto a cualquier caso provenga o no de país ratificante. Sin embargo el Convenio no se aplicará a casos procedentes de países que no lo ratificaron o que no adhirieron a él, si entre ambos países rige otro tratado., como por ejemplo el de Montevideo.

Conforme a esta Convención universal, no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley. (art. 1). Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescripto por la ley, ha expresado su consentimiento sin haberlo retirado posteriormente.

G. Argentina.

41. Las normas argentinas de Dopr matrimonial se encuentran en el Código Civil, que en esta materia ha sido modificado por la ley 23.515. La reforma introducida por esta ley ha significado la superación del sistema de la ley matrimonial N° 2393 imperante en Argentina durante casi cien años. En la reforma se advierte una fuerte influencia de los Tratados de Montevideo, especialmente del Tratado de 1940.

En el art. 159, el Código Civil argentino, adopta la regla tradicional del derecho argentino en materia de matrimonio, sometiendo su validez formal y sustancial a la ley del lugar de celebración: “Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen”.

Sin embargo el artículo siguiente introduce una restricción importante al funcionamiento de principio general de la *lex loci celebrationis*. Expresa el art. 160: “No se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incisos 1,2,3,4,6,o 7 del artículo 166”.

El art. 166 del C.C. a su vez dispone:” Son impedimentos para contraer el matrimonio: 1) La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación. 2) La consanguinidad entre hermanos y medio hermanos. 3) el vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1º, 2ª y 4ª. el derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada. 4) La afinidad en línea recta en todos los grados. 5) Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años. 6) el matrimonio anterior mientras subsista. 7) Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

8) La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere. 9) La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca o de otra manera”.

42. Al imperio de la *lex loci* debe adicionarse entonces, la restricción impuesta por el derecho del foro que no admitirá la producción de efectos a matrimonios celebrados en el extranjero con impedimentos de parentesco, ligamen y conyugicidio.

Cabrá examinar si la que resulta de la aplicación del art. 160 constituye la única restricción que opone el derecho argentino al juego de la *lex loci*. O, dicho de otra manera, si dicha cláusula refleja cabalmente el orden público matrimonial o esa investigación debe realizarse al margen de la misma y recurriendo a los principios incorporados al sistema jurídico argentino, por normas convencionales o autónomas.

En lo que respecta al ámbito de la *lex loci*, se observa en primer término, que el art. 159 del Código Civil, a diferencia de sus fuentes (Tratados de Montevideo y el Código Civil de Uruguay) no enumera las materias comprendidas en el ámbito de la *lex loci*. De la sintética fórmula adoptada deberá desprenderse el ámbito material: cuestiones atinentes la capacidad, la forma del acto y la existencia y la validez del mismo.

Pero por otra parte deberá deslindarse el ámbito de la *lex loci* en relación al funcionamiento de la norma del art. 160 y de los principios de orden público

43. El consentimiento de los contrayentes constituye el verdadero presupuesto material para la validez del matrimonio. Sometida la reglamentación de las condiciones de validez intrínsecas de los matrimonios al derecho del lugar de celebración (art.159), éste es el derecho aplicable al consentimiento y el que ha de regir sus efectos cuando es sólo aparente, o de su imperfección a causa del error, o cuando no ha sido prestado libremente por quienes van a contraer matrimonio.

La respuesta que brinde el derecho del lugar de celebración deberá resultar compatible con los principios imperantes en el sistema jurídico del foro. No será admisible la solución fundada en el derecho del lugar de celebración que otorgue carácter matrimonial a uniones en las que no se ha garantizado el libre consentimiento de los contrayentes. Ni el rechazo de la validez del matrimonio fundado en la *lex loci* contraria a estos principios.

La construcción de la noción de matrimonio sobre el vértice de la existencia del consentimiento es un principio de orden público positivizado en tratados internacionales de alcance universal. Estos principios deben desprenderse en primer término de lo dispuesto en los Tratados incorporados a la Constitución Nacional argentina. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.23.3); como el Pacto de San José de Costa Rica (art. 17. 3) expresan literalmente “el matrimonio no puede contraerse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”. En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 los Estados partes asumen la obligación de garantizar- en condiciones de igualdad a hombres y a mujeres- el mismo derecho a contraer matrimonio, para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y pleno consentimiento.

De conformidad a estos principios, que se reflejan en el art. 172 del Código Civil, no habrá matrimonio sin pleno y libre consentimiento de los contrayentes. Por tanto el derecho argentino no podrá reconocer el matrimonio - aun si fuere válido para el derecho del lugar en el que se celebró- si no existió pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes.

En este marco, sólo cabe al Dopr. argentino preguntarse acerca de la ley aplicable a la forma de manifestarse el consentimiento y por la que resulta aplicable a los vicios del mismo.

El art. 172 del Código Civil dispone expresamente “Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente”.

De conformidad a este artículo, el consentimiento debe ser prestado personalmente por los cónyuges ante la autoridad competente para celebrar los matrimonios.

44. El artículo siguiente define el matrimonio a distancia como aquel en que el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para celebrar matrimonios del lugar en que se encuentre. Los artículos 173 y 174 califican como lugar de celebración del matrimonio al lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto. Calificado así el lugar de celebración, se lo localiza en el país donde actúa la autoridad competente ordinaria, donde se perfecciona el acto.

Las normas citadas reglamentan el matrimonio a distancia. Esta figura ya había sido introducida en el derecho argentino por la Convención de Naciones Unidas sobre el consentimiento, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, celebrada en Nueva York en 1962 y ratificada por Argentina por ley 18.444.

45. Según queda dicho, la capacidad para casarse y la ausencia de impedimentos se rige por la ley del lugar de la celebración. Este derecho desplaza en el derecho argentino la regla general que en materia de capacidad está contenida en los arts. 6,7 y 948 del Código Civil que indican como aplicable el derecho domiciliar.

Sometida la capacidad de hecho y de derecho a la ley del lugar de celebración, debe considerarse además que en todos los sistemas jurídicos la libertad de las personas para casarse queda sujeta ciertas a condiciones, o como se expresa usualmente a ciertos impedimentos.

Estas condiciones describen supuestos en que se encuentra comprometido el orden público matrimonial, atribuyendo distinto tipo de consecuencias a su violación, ya que el orden público no se considera comprometido por igual ante la violación de cualquiera de los impedimentos.

Así en el derecho argentino la aplicación de la ley del lugar de la celebración del matrimonio quedará excepcionada por la existencia de los impedimentos mencionados en los incisos 1,2,3,4,6 y 7 del art. 160, que funciona como una regla de aplicación inmediata que desplaza las soluciones indicadas por la *lex loci*. En jurisdicción argentina estos impedimentos del art. 160 se aplican aun cuando los contrayentes no estén domiciliados en el país.

La definición y alcance de esos impedimentos se rige también por la ley argentina³².

46. La invalidez de los matrimonios celebrados en el extranjero puede ser provocada por el derecho del lugar de celebración pero también por resultar afectada la norma de aplicación inmediata del art. 160 o la cláusula de reserva del orden público (art. 14 del C.C.). La invalidez constituye una sanción legal por el incumplimiento de los requisitos exigidos para la validez, por lo que no cabe sino aplicar a las consecuencias el mismo derecho que contiene esos requisitos.

La invalidez puede ser provocada por la ley del lugar de celebración que exige condiciones más rigurosas que el derecho argentino para la celebración de un matrimonio. Si esas condiciones más rigurosas son compatibles con el derecho argentino, en el foro argentino se deberá declarar la invalidez del matrimonio por aplicación del derecho del lugar de celebración.

La invalidez provocada por la cláusula de la *lex loci* contraria a los principios de orden público del derecho del foro, puede ser corregida en éste por recurso a la cláusula de reserva de orden público.

Por otra parte, el matrimonio válido según la ley del lugar de celebración puede resultar violatorio de alguno de los impedimentos mencionados en el art. 160 del C.C. o de principios de orden público tutelados por la cláusula general de reserva del art. 14 C.C.

47. A diferencia del tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, el Código Civil argentino reformado por la ley 23.515 no contiene norma relativa al derecho aplicable a los efectos de la invalidez de los matrimonios, debiendo procederse a la integración de esa carencia de regulación teniendo en cuenta que el mismo derecho que provocó la invalidez, *lex loci celebrationis*, deberá regir también los efectos de la invalidez (precisándola como nulidad, anulabilidad o inexistencia). Si la invalidez es provocada por la ley del lugar de celebración, ese será el derecho que deberá regir también los efectos de la invalidez.

Si la invalidez en cambio es provocada por la norma del art. 160 o por la cláusula de reserva del art. 14 del C.C., no será posible en tales supuestos desprender la reglamentación de los efectos de la invalidez de la *lex loci*, sino que habrá que recurrir al mismo derecho que causa la invalidez.

³² Boggiano, Antonio , ob.C.

Pero el texto del art. 160, al reproducir la fórmula de los Tratados de Montevideo, no autoriza la declaración de la invalidez de los matrimonios celebrados en el extranjero cuando contraríen las prohibiciones enumeradas, sino solamente su desconocimiento. Los efectos de este desconocimiento- que implica la privación de efectos propios al matrimonio celebrado en el extranjero- serán disciplinado por el derecho privado argentino.

48. En el Derecho matrimonial argentino el consentimiento matrimonial debe prestarse de acuerdo a una forma de exteriorización de la voluntad predeterminada por la ley. Se impone la forma civil con carácter solemne, con intervención necesaria de una autoridad pública.

La forma prescrita para la celebración del matrimonio, tiene carácter de requisito esencial para la validez de los actos celebrados En Argentina, el matrimonio se configura como un acto solemne al intervenir en su celebración una autoridad - Jefe de Registro Civil - ante la que se ha de prestar el consentimiento según la forma legalmente predeterminada.

De tal modo, en supuestos de matrimonios celebrados en Argentina, coincidirán el derecho que impuso la forma civil al acto y el derecho que la reglamenta (el derecho del lugar de celebración es a la vez, *lex causae* y *lex magistratus*).

Se excluye toda otra forma de celebración, así como por ejemplo los matrimonios consulares y los religiosos.

Sin embargo deberá examinarse esa problemática, ante supuestos de reconocimiento en Argentina de matrimonios celebrados en el extranjero.

49. Para el derecho argentino, el matrimonio celebrado en matrimonio argentino en un consulado extranjero es inválido Tampoco se ha autorizado a los cónsules argentinos en el extranjero a celebrar matrimonio.

Ante supuestos de matrimonios consulares celebrados en el extranjero, deben distinguirse dos hipótesis: que el país del lugar de celebración del matrimonio admita la celebración de matrimonios ante la representación diplomática o consular acreditada en ese país, o que los rechace como lo hace el derecho argentino.

En la primera hipótesis, tales matrimonios deberán ser reconocidos en la Argentina si han celebrados de conformidad al derecho del país al que pertenece la representación diplomática o consular. Ese derecho decide acerca de la existencia, nulidad, etc. También el derecho de ese país decidirá acerca de la validez del acto administrativo matrimonial.

En cambio si el derecho del lugar de celebración - al igual que Argentina - no admite la validez de los matrimonios consulares, tales matrimonios no serán reconocidos en Argentina, ni el lugar de la celebración, aun cuando podrá producir efectos propios en el país al que pertenece la legación diplomática o consular.

50. El derecho privado matrimonial del lugar de celebración del matrimonio decide si admite la forma religiosa o civil con carácter optativo, o una u otra con carácter obligatorio. La aplicación del derecho confesional a la forma matrimonial sólo es posible cuando ello es admitido por el derecho vigente en el lugar de celebración.

Similares consideraciones corresponde realizar en relación a las uniones consensuales y de hecho. El matrimonio por poder tampoco resulta admitido por el derecho argentino de fuente convencional e interna que requieren para la existencia del vínculo matrimonial, la prestación personal libre y plena del consentimiento matrimonial.

51. La prueba del matrimonio celebrada en el extranjero se rige por el derecho del lugar de celebración dispone el primer párrafo del art. 161 del Código Civil.

Es lógico que la misma ley que rige las condiciones de validez intrínseca del matrimonio se aplique también a su prueba, tanto a la prueba directa como a la supletoria.

Estos principios ya habían sido admitidos por doctrina y jurisprudencia anteriores a la reforma del Código Civil. La orientación material subyacente en el art. 159, y la consagración en tratados de jerarquía constitucional del derecho humano a contraer matrimonio deberán guiar la interpretación de la normativa relativa a forma y prueba de los matrimonios. Para fundar la aplicación de las

normas más favorables al reconocimiento de la validez formal de los mismos en el país, podrá recurrirse a la aplicación del art. 14. in. 4º del C.C.³³

52. No existen reglas materiales ni conflictuales referidas a uniones no matrimoniales.

53. Los efectos personales del matrimonio son regulados por el art. 162 del Código Civil que en su primer párrafo dispone que “las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los cónyuges viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de este se aplicará la ley de la última residencia.

El punto de conexión escogido -domicilio conyugal efectivo - es definido en la norma, sin resolver el problema del conflicto móvil que se puede plantear ante eventuales cambios de domicilio de un país a otro. No indicando la norma en que momento debe tomarse en cuenta el domicilio común de los cónyuges, se considera que se lo habrá de apreciar al momento en que se plantee una discusión o controversia sobre relaciones matrimoniales.

54. Las normas de jurisdicción internacional se encuentran en el art. 227 del C.C. que dispone que deberán intentarse ante el foro del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado.

55. El segundo párrafo del art. 162 C.C. dispone que “el derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, oportunidad y alcances del convenio alimentario, si lo hubiere se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario”.

El derecho del domicilio conyugal se aplica acumulativamente - en relación al monto de la cuota alimentaria- con el derecho del domicilio del demandado si este fuere más favorable

La normativa aplicable a la cuestión alimentaria debe ser considerada en relación a las normas de jurisdicción. En este punto el art. 228 C.C. establece la jurisdicción del juez de la separación, divorcio o nulidad (inc. 1), y a opción del actor, el juez del domicilio conyugal o del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiera con la residencia del demandado, si se planteara como cuestión principal (inc. 2).

Se advierte claramente que el legislador argentino ha querido favorecer al peticionante de alimentos confiriéndole una amplia gama de foros alternativos ante los cuales puede ocurrir. Este favor al peticionante de alimentos expresado en el art. 162, 2do. párrafo, se acentúa con la consagración de estos foros electivos.

56. El último párrafo del art. 162 dispone que las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entienda en la causa. Si se considera que las medidas urgentes alcanzan a los actos del matrimonio, se aplicará el art. 227 para la determinación del juez con competencia internacional. Pero esta norma no juega de manera excluyente.

57. El Código Civil argentino dispone que “Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio”.

La definición del punto de conexión se define como primer lugar de radicación efectiva del domicilio conyugal.

Con la recepción de los principios de unidad y permanencia, los bienes muebles e inmuebles son regidos por el derecho del primer domicilio conyugal, sin que la variación de éste incida en la determinación del derecho aplicable a los bienes adquiridos antes o después del cambio, y ya sea

³³ La Corte Suprema se ha expedido sobre la cuestión de forma y prueba de los matrimonios. Se citan especialmente los casos Kravetz, Linda (Fallos 294-91), Sanchez, Bartolomé (239-429).

que exista o no contrato nupcial. Además se ha restringido el imperio de la *lex situs* a las materias de estricto carácter real.

58. El régimen adoptado por la reforma al código civil argentino se caracteriza por la exclusión de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, debiendo atenderse además a las perturbaciones que puede provocar la aplicación extensiva de la *lex situs*.

En el Derecho privado argentino se impone imperativamente un régimen legal único. Paralelamente en el Dipr también está vedado el recurso a la autonomía en la elección de la ley aplicable al régimen de bienes, que ya sea legal o pactado resulta cometido - con carácter imperativo y permanente - al derecho del primer domicilio conyugal.

La necesidad de tomar en consideración el régimen legal vigente en el país de radicación de los bienes, es reconocida con distintos alcances en ambos tratados y también en el art. 163 C.C. La necesidad de armonización de las soluciones fundadas en distintos sistemas jurídicos, resulta acorde con el principio de efectividad. Ello conduce a admitir la razonabilidad de la recepción legislativa de los límites que -en materias de estricto carácter real- provienen de la ley del lugar de ubicación de los bienes.

59. Tanto el régimen convencional como legal de bienes del matrimonio, resulta excepcionado por la *lex rei sitae* en materias de estricto carácter real. Este límite señalado en el art. 163 del código civil marca la línea interpretativa que debe conducir a la armonización de esta norma con la del artículo 10 del mismo código, que dispone: “Los bienes raíces situados en la República, son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, a los derechos de las partes para adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar estos actos. El título, por lo tanto a, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República.”

La doctrina internacionalista sostiene que la *lex situs* debe regir: la calificación de las cosas y su inclusión en las distintas categorías, el régimen de creación de derechos reales, la forma modo, título de constitución de los derechos reales, facultades que involucra cada derecho real y el régimen de transmisibilidad. Sin embargo la interpretación literal del artículo 10 ha conducido a soluciones que destrozan el régimen domiciliario del art. 163. De esto resulta la conveniencia de considerar la relación entre ambas normas en relación a los aspectos particulares del régimen.

60. La última parte del art. 163 consagra el principio de permanencia del régimen.

La consagración de la regla de la inmutabilidad absoluta de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio agrava la rigidez del régimen de bienes del Dipr. De ella resulta la sujeción de las relaciones matrimoniales patrimoniales al derecho del primer domicilio conyugal, aun cuando los cónyuges hubiesen abandonado su domicilio para fijarlo en otro país.

La adopción del “derecho del primer domicilio conyugal” con carácter inmutable merece sin duda numerosas objeciones. Por una parte, produce el destrozamiento del sistema domiciliario del art. 162, con la consecuencia que los efectos personales del matrimonio van a resultar regidos por una ley y los patrimoniales por otra.

El 163 reproduce las soluciones adoptadas en los artículos 43 y 17 de los T.M. de 1889 y 1940, ignorando en cambio las soluciones contemporáneas que han mitigado sensiblemente el dogma de la inmutabilidad (como la convención de La HAYA de 1978) y la tendencia a someter al mismo derecho la reglamentación de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio.

Los efectos negativos de la permanencia o de la inmutabilidad hubieran podido ser contrarrestados por el juego de la autonomía de la voluntad, pero como queda dicho el 163 del C.C. no ha dejado resquicio alguno en su determinación inmutable del derecho aplicable.

Los efectos negativos de la permanencia o de la mutabilidad podrían ser contrarrestados por la previsión legislativa que permitiese a los cónyuges la adaptación del régimen patrimonial al derecho de nuevo domicilio constituido. La exigencia del acuerdo de partes dispararía la posibilidad de fraude.

61. La adopción del “primer domicilio conyugal” como punto de conexión, con miras a la determinación de la ley aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, ha suscitado reparos en la doctrina iusprivatista.

Por una parte y como ya se ha dicho la elección formulada por el legislador debilita notoriamente la homogeneidad del sistema de conflicto argentino, al someter los efectos “personales” (art.162, CC) y los efectos “patrimoniales” del matrimonio a leyes diferentes.

Por otra parte, y como ya se ha señalado, la localización del derecho aplicable al régimen de bienes en el derecho del primer domicilio conyugal puede perder la razonabilidad inicial por el mero transcurso del tiempo. El cambio de domicilio de los cónyuges por un tiempo prolongado debilita los lazos con el punto de conexión escogido para determinar la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, que puede carecer de toda vinculación actual y efectiva con el “centro de los intereses patrimoniales” de los cónyuges.

La excesiva rigidez de la solución impuesta por el art.163, CC , resulta agravada por cuanto el sistema de conflicto argentino no consagra, al menos explícitamente, la operatividad de “cláusulas de excepción” o de principios de que permitan en causas internacionales desplazar la aplicación de la ley del primer domicilio conyugal para permitir la aplicación de la ley que posea la vinculación más estrecha con el caso.

Con la localización efectuada de manera rígida en el art. 163, resultará que la ley argentina del primer domicilio conyugal debería ser aplicada a causas que han perdido todo contacto con el Argentina y que por el contrario, no será aplicado en causas en que los matrimonios han estado localizado en el país por largo tiempo, sólo por que un remoto (en el tiempo) primer domicilio conyugal estuvo radicado en el extranjero.

62. Analizados los criterios de conexión utilizados por las normas de conflicto de origen convencional e interno relativas al régimen patrimonial del matrimonio del sistema de conflicto argentino, cabe a continuación examinar el ámbito de aplicación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio. El matrimonio produce efectos personales, estrictamente considerados, pero también produce efectos de contenido económico que no necesariamente van a ser insertados en el régimen de bienes del matrimonio, ya sea este pactado o legal. Corresponderá entonces precisar cuáles son las materias que -comprendidas en el régimen patrimonial del matrimonio- serán regidas por el derecho del primer domicilio conyugal y cuáles efectos de contenido económico, que produce el matrimonio son ajenos a este régimen.

La ley aplicable al régimen matrimonial es “competente” para precisar a partir de cuando comienzan a desencadenarse los efectos patrimoniales del matrimonio, las implicancias de las nupcias sobre la composición del patrimonio de cada consorte, la caracterización de los bienes que ingresan al patrimonio de los cónyuges, la eventual conformación de una “comunidad” de bienes y la calidad de cada bien considerado individualmente, las facultades de los esposos respecto de los bienes propios y comunes -tanto en cuanto concierne a su administración como a su disposición- y los principios que gobiernan la responsabilidad de los esposos entre sí y frente a terceros.

El régimen patrimonial del matrimonio comprenderá su funcionamiento, disolución, liquidación y partición. Luego, competirá a la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio regular cada uno de dichos aspectos.

63. La ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, derecho del primer domicilio conyugal en el derecho argentino, determinará si los esposos pueden celebrar convenciones matrimoniales, así como la oportunidad y alcance de estas.

Es en el derecho del primer domicilio conyugal donde deben buscarse las soluciones en lo que refiere a administración y reparto de los bienes que integran el patrimonio conyugal, con las limitaciones que marcará la *lex situs*.

La eficacia de una convención matrimonial otorgada conforme al derecho extranjero del primer domicilio conyugal, requiere considerar la aplicación de la *lex rei sitae* impuesta imperativamente por el art. 10 del Código Civil, para supuestos que la convención tenga por objeto bienes inmuebles situados en el país.

64. Como queda dicho, en el Derecho internacional privado en primer lugar habrá que tomar en cuenta la ley personal para determinar la capacidad general de obrar de los contrayentes. En segundo lugar, deberán concretarse los términos y alcance a la luz del ordenamiento susceptible de limitarla o expandirla. Finalmente habrá que estar a la ley que rige los efectos económicos del matrimonio para completar las especialidades que se exijan para la validez de los pactos y capitulaciones que se realicen.

En esta inteligencia sería posible integrar el funcionamiento del estatuto domiciliario de los arts. 6,7 y 948 C.C. con el juego del régimen del primer domicilio conyugal.

65. En lo atinente a la forma de las convenciones, ni el art. 163 del Código Civil ni el art. 16 del Tratado de Derecho civil internacional de Montevideo de 1940 distinguen los aspectos formales de los que refieren a la validez intrínseca, al someter las convenciones nupciales al derecho del primer domicilio conyugal. La norma de conflicto convencional y la de fuente interna vinculan la forma a la ley aplicable al fondo del acto.

Por una parte ha de considerarse la aplicación de la regla *locus regit actum*, consagrada con carácter facultativo en los arts. 12 y 950 del Código Civil, para regir la cuestión de la validez formal de las convenciones nupciales.

Pero en el derecho argentino las solemnidades establecidas en el derecho del primer domicilio conyugal deberán ser respetadas, por cuanto ese derecho desplazaba la aplicación de la *locus regit actum* o de cualquier otro derecho que las partes pudieran escoger.

66. El régimen de la publicidad de las capitulaciones queda estrechamente ligado a las exigencias de inscripción registral.

En primer término cabe destacar que el instituto de la publicidad procura dotar de adecuada tutela a los terceros con los cuales uno o ambos esposos se vincularan legalmente. Por tanto, la falta de satisfacción de los requisitos de publicidad, no afectará la validez formal de la capitulación.

El sistema jurídico argentino ha omitido legislar la cuestión de la publicidad de las convenciones matrimoniales otorgadas en el extranjero.

67. El derecho internacional privado argentino se ha limitado a establecer la inmutabilidad del derecho aplicable al régimen de bienes, ante posteriores cambios de domicilio de los esposos (art. 163 C.C. art.43 del Tratado de Derecho civil internacional de Montevideo de 1889 y art.17 del Tratado de 1940).

Se puede entonces afirmar que en el derecho internacional privado argentino, el derecho del primer domicilio conyugal es competente para determinar cuándo los esposos se hallan facultados para celebrar una convención. Este derecho indicará si pueden otorgarlas antes, simultáneamente o incluso con posterioridad al matrimonio, así como el momento a partir del cual aquella convención comienza a desencadenar sus consecuencias.

68. La legislación argentina no prevé un plazo, a partir de la celebración de la convención, dentro del cual el matrimonio deba concretarse bajo sanción de caducidad de aquella. De conformidad a lo expuesto, tal esta cuestión debe juzgarse a la luz de la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio, pues a ella compete determinar en qué supuestos y con qué alcance, una convención matrimonial es apta para gobernar las relaciones patrimoniales entre los esposos.

69. Los contratos entre esposos deben ser regidos por el derecho que rige los efectos del matrimonio, por que son reglas especiales dictadas teniendo en cuenta la existencia de un lazo matrimonial (ej. prohibición de venta, revocabilidad de donaciones), en tanto que otros aspectos del contrato son sometidos como en el derecho privado a la autonomía de las partes.

La contratación entre esposos presentará problemas de notoria complejidad en orden a la determinación del régimen aplicable, por que como queda dicho no será posible inferir que necesariamente la ley aplicable al contrato será asimismo “competente” para apreciar si los cónyuges se encuentran dotados de capacidad para celebrar entre sí contratos o al menos, ciertos tipos de contratos.

Debe tenerse en cuenta en primer término que la legislación argentina impone limitaciones a los cónyuges para celebrar cierto tipo de contratos y tales normas exceden decididamente el ámbito de aplicación de la *lex contractus* ya que las mismas se dirigen a regular un aspecto de derecho matrimonial vinculado al contrato.

De aceptarse que la cuestión no queda captada por la *lex contractus*, resta determinar si para el sistema de conflicto argentino, las eventuales restricciones de los consortes para celebrar contratos entre sí son “calificadas” como un efecto *personal o patrimonial* del matrimonio. El resultado al cual se arribe permitirá determinar si la cuestión será regida por la ley reputada aplicable por la norma de conflicto correspondiente a uno u otro tipo de efectos. Si se repara que las limitaciones responden a la exigencia de evitar la introducción de un elemento de poder disolvente entre los consortes, a preservar el espíritu entre el marido y la mujer -que supuestamente difiere del ánimo entre contratantes- y a proscribir el posible abuso de un cónyuge sobre el otro, es manifiesto que aquellas deberán ser “calificadas” como un efecto personal del matrimonio. En sentido contrario se podrá argumentar que las restricciones a la aptitud negocial de los esposos atienden al imperativo de conservar la “integridad” del régimen de bienes al cual se hallan sometidos, con la consecuente “calificación” de las mismas como un efecto patrimonial del matrimonio³⁴.

En el derecho internacional privado argentino la escisión que produce el corte temporal efectuado en el art. 163 C.C. en la localización del domicilio conyugal, subraya la complejidad del tema.

70. El derecho argentino contiene un conjunto de disposiciones relativas a la disolución del vínculo matrimonial (art.213, CC) y del régimen patrimonial del matrimonio (art.1292, CC), por lo que será necesario examinar separadamente los supuestos de extinción del vínculo matrimonial y como consecuencia de ello del régimen de bienes, de las situaciones en que permaneciendo el vínculo sólo se disuelve el régimen matrimonial patrimonial.

Estas soluciones deberán desprenderse de las normas de conflicto que regulan la validez del matrimonio (art. 159, CC), la separación personal, la disolución de la unión (art. 164, CC) y los efectos patrimoniales del matrimonio (arts. 163, CC).

71.Una problemática especial la plantean los acuerdos disolutorios del régimen patrimonial del matrimonio desde la perspectiva del derecho argentino.

Impedidos los cónyuges- en el derecho argentino actual- de modificar la regulación jurídica patrimonial prevista por el legislador, la problemática del acuerdo disolutorio sólo podrá plantearse con interés para la práctica argentina, cuando localizado el primer domicilio conyugal en el extranjero, los acuerdos tengan por objeto bienes situados en el país.

Resultará entonces necesario distinguir el juego del derecho aplicable al acuerdo en cuanto instituto perteneciente a los efectos patrimoniales del matrimonio de las cuestiones en que va a interferir la *lex rei sitae*.

Respecto del instituto de la forma ya se han vertido algunas observaciones en torno a las posibilidades de aplicación de la ley del primer domicilio conyugal, o sea a la sumisión a la ley que rige el fondo de las exigencias formales, y al juego de la *lex loci*.

Cabe ahora tener en cuenta además el funcionamiento de las reglas de aplicación inmediata del sistema argentino en lo que respecta a la transferencia de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la Argentina. El análisis del art. 1211 del C.C. resulta inevitable en lo que respecta a la forma de los acuerdos, resultando de interés considerar además el juego de los convenios internacionales que pudieran incidir sobre la solución concreta del supuesto.

72. El artículo 227 del Código civil dispone que las acciones que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado.

La escasa relevancia otorgada a la “localización” de los efectos patrimoniales del matrimonio en el primer domicilio conyugal aparecen confirmadas por el propio legislador que si bien consideró que las relaciones patrimoniales entre esposos se “localizan” en el primer domicilio conyugal, no

³⁴ Radziminsky, ob. cit.

utilizó ese contacto al formular la norma sobre jurisdicción internacional en la materia en el art.227, CC.

Por tanto la localización del derecho del primer domicilio conyugal como aplicable al régimen de bienes, sin permitir su adaptación al sistema del actual domicilio, tendrá - además de los inconvenientes señalados- el efecto de producir la separación entre derecho aplicable y jurisdicción internacional. Los jueces argentinos competentes en razón de la actual radicación del domicilio del matrimonio en argentina, tal vez por la mayor parte de la vida del matrimonio, serán obligados por la norma del art. 163 a aplicar el derecho extranjero del primer lugar de localización del domicilio conyugal.

73. La ley 23.515 de reforma del Código civil, introdujo el divorcio vincular en Argentina. con anterioridad a su sanción no existían normas que indicaran el derecho aplicable a la disolución de los matrimonios. siendo competentes los jueces argentinos, éstos debían aplicar necesariamente el derecho argentino que no admitía otra causal de disolución que la muerte. Por otra parte tampoco se reconocían sentencias de disolución dictadas por tribunales extranjeros si el último domicilio hubiera estado radicado en Argentina o si el matrimonio se hubiere celebrado en el país.

El actual derecho matrimonial argentino contiene - en el art. 164 - una norma de conflicto que indica que “ la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges”.

El criterio localizador escogido “último domicilio conyugal” atiende presumiblemente a la causa del divorcio o al quebrantamiento objetivo del matrimonio que la ley supone localizados en ese lugar decisivo. El criterio parece adecuado tanto a la concepción del divorcio castigo como a la concepción del divorcio remedio.

74. También la norma de jurisdicción del art. 227 C.c. utiliza como contacto jurisdiccional al último domicilio conyugal, pero agrega “efectivo”. Pese a que el art. 164 se limita a expresar último domicilio conyugal, en atención a las fuentes de la norma, doctrina y precedentes jurisprudenciales, no corresponde sin embargo establecer diferencia alguna en la interpretación. Así, a la luz de la doctrina de la Corte Suprema, consagrada en los fallos “Vlasofv“(Fallos, 246-87) y “Jobke”(Fallos 291-540) última convivencia es la última e indiscutida convivencia efectiva.

El derecho del domicilio conyugal así calificado, decide respecto de las causales admitidas y del procedimiento para obtener la disolución del matrimonio. La aplicación del derecho del último domicilio conyugal sólo podrá ser desplazada cuando manifiestamente contraría los principios de orden público del derecho argentino (art. 14 C.C.).

H. URUGUAY³⁵

75. Conforme el art. 2395 C.C., la capacidad de las personas para contraer matrimonio, y la forma, existencia y validez del acto matrimonial, se rigen por la ley del lugar de su celebración. La falta de consentimiento de los contrayentes constituye un impedimento dirimente para el matrimonio (arts. 91.2 y 105 C.C.). Aquellos que no hayan cumplido dieciocho años no pueden prestar consentimiento válido; si se trata de hijos legítimos, necesitan el consentimiento expreso de sus padres y a falta de ambos el del ascendiente más próximo, tutor o curador especial (arts. 105 a 108 C.C.). Si se trata de hijos naturales reconocidos, se requiere el consentimiento del padre o madre que los haya reconocido con las formalidades legales, y de los dos si ambos los han reconocido; a falta de dichos padres, el del tutor o curador especial (art. 109 C.C.). En caso de igualdad de votos contrarios, se preferirá el favorable al matrimonio (art. 106.2 y 109.1 C.C.). “Cuando el consentimiento para el matrimonio se niegue por la persona o personas que deben prestarlo, habrá recurso ante el Juzgado competente, para que declare irracional el disenso” (art. 110 C.C.).

La edad mínima para contraer matrimonio es de catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer (art. 91.1 C.C.).

³⁵ La exposición relativa al régimen uruguayo se basa en el epígrafe redactado por Cecilia Fresnedo de Aguirre para la obra el Derecho Internacional Privado deL Mercosur, en prensa.

76. El matrimonio civil es obligatorio (art. 83 C.C.); recién luego de efectuado el mismo podrá procederse al matrimonio religioso (art. 84 C.C.). Previamente a la celebración del matrimonio, debe instruirse un expediente informativo para acreditar que los contrayentes se hallan desimpedidos y han cumplido los requisitos civiles del caso, ante el Oficial del Estado Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes.

Los impedimentos dirimentes para el matrimonio son la falta de edad requerida, la falta de consentimiento de los contrayentes, el vínculo no disuelto de un matrimonio anterior, el parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítima o natural, en la línea transversal el parentesco entre hermanos, el homicidio, tentativa o complicidad en el homicidio contra la persona de uno de los cónyuges, respecto del sobreviviente, y la falta de consagración religiosa cuando ésta se hubiese estipulado como condición resolutoria en el contrato y se reclamase el cumplimiento de ella en el mismo día de la celebración del matrimonio (art. 91 C.C.).

77. El matrimonio puede celebrarse por medio de apoderado con poder especial en forma (art. 100 C.C.), siempre que uno de los contrayentes esté domiciliado en el país, aunque ninguno de los dos se encuentre en su territorio. Si ninguno de los contrayentes se encuentra en el país ni tiene domicilio en él, no podrá celebrarse el matrimonio por apoderados por ser imposible la determinación de la circunscripción (art. 92 C.C.) donde debe ser celebrado³⁶.

El Derecho uruguayo no requiere que los contrayentes estén domiciliados en el país para la celebración en él de matrimonio válido. Basta que tengan residencia en Uruguay aunque esta sea pasajera y precaria; es decir que no es necesario que se den los elementos constitutivos del domicilio internacional. (art. 16 del Decreto-Ley N° 1.430, de 11/2/1879 de Registro de Estado Civil, art. 3 C.C.

78. Los cónsules y agentes diplomáticos extranjeros acreditados en Uruguay no pueden celebrar matrimonios en el territorio de la República, por estar expresamente prohibido por el art. 7 de la Ley N° 1.405 de 24/9/878 y contravenir además lo dispuesto en los arts. 83 y 2395 del C.C. A partir de la Ley 10.084 de 4/12/941 (Apéndice del C.C.), tampoco pueden hacerlo los agentes diplomáticos o consulares uruguayos acreditados en el extranjero; el art. 2395 establece que la forma del matrimonio debe sujetarse a la ley del lugar de su celebración. Cumplidos los requisitos que esta última establece, dicho matrimonio será reconocido como válido en Uruguay. Esta sólo podrá ser desconocida si dicho matrimonio afectara el orden público internacional uruguayo. Se considera nulo el matrimonio celebrado ante cónsul uruguayo acreditado en el extranjero, y ante cónsul extranjero acreditado en Uruguay, por contravenir los arts. 2395 C.C., art. 1 Ley de matrimonio civil obligatorio de 22/5/1885 y art. 7 Ley de 16/5/1878.

79. Prueba e inscripción registral del matrimonio.

Los matrimonios se inscriben en el Registro de matrimonios del Registro del Estado Civil (Decreto-Ley N° 1.430, de 11/2/879). Toda persona puede pedir certificados o testimonios de cualquiera de las actas del registro de Estado Civil, y la Dirección General de este Registro, los Oficiales del Estado Civil y los Concejos Departamentales estarán obligados a darlos. Estos certificados y testimonios harán plena fe respecto de los hechos que refieren, tanto en juicio como fuera de él (art. 54 de la Ley 13.318, de 28/12/964, modificativo del art. 20 de la Ley 1.430, de 12/2/879).

80. Inexistencia y nulidad del matrimonio. La existencia y validez del matrimonio también se rige por la ley del lugar de la celebración del mismo (art. 2395 C.C.). Tienen competencia internacional para entender en el juicio de nulidad los jueces del lugar de celebración (art. 2401 C.C.). La procedencia o extinción de la acción de nulidad se rige por la ley del lugar de celebración del matrimonio (JLC, Aladio, 9/2/1926, Matteo, RDJA, T. 30). Ejecutoriada la sentencia declarando la nulidad del matrimonio, el Juez actuante oficiará al registro para que se efectúe la anotación correspondiente (art. 207 C.C.).

³⁶ Alfonsín, Fiscal de la Hoz, 22/12/925, RDJA, T.30.

En principio, la nulidad del matrimonio tiene efectos retroactivos en todos los órdenes del matrimonio: personales, patrimoniales y en relación con los hijos.

Con respecto de los cónyuges, varían según que hayan obrado de buena fe o no al momento de la celebración del matrimonio; el conocimiento posterior es irrelevante. La buena fe se presume; la mala fe debe ser probada por quien la alega. "No obstante la mala fe por parte de ambos cónyuges, los hijos serán considerados siempre hijos legítimos" (art. 210 C.C.).

81. Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio matrimonial (art. 2396 C.C.), siempre que los cónyuges tengan establecido tal domicilio de común acuerdo (art. 9 Ley 10.783, de 18/9/946, de Derechos Civiles de la Mujer); en caso contrario, y si ambos tienen su propio domicilio en el mismo país, sus relaciones personales se rigen por la ley de éste último.

82. El art. 2396 del C.C. establece que "la ley del domicilio matrimonial rige ... la separación de cuerpos y el divorcio...". La conexión domicilio conyugal se interpreta, a partir de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer, N° 10.783 de 11/9/1946, como aquel fijado por los cónyuges de común acuerdo. Se ha considerado incluso que se produjo una "modificación implícita en el art. 2396 del Código Civil" (Alfonsín). A falta de domicilio común, cada cónyuge tiene domicilio propio. La interpretación mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia es que no existiendo domicilio común, es aplicable al divorcio la ley del Estado del domicilio del actor. El fundamento de esta interpretación es que en Uruguay la disolubilidad del matrimonio mediante el divorcio, es un principio fundamental de orden público internacional.

83. En virtud del art. 2401 del C. Civil, "Son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones". Como consecuencia de lo dicho en materia de ley aplicable, son competentes los jueces del Estado donde los cónyuges tengan su domicilio matrimonial. Pero cuando éste no existe por estar los cónyuges domiciliados en Estados diferentes, será competente el juez del Estado donde se domicilie el actor. Si bien esta es la solución aceptada en general por la jurisprudencia y doctrina, existen opiniones a favor del criterio del domicilio del demandado jueces uruguayos.

Si ninguno de los cónyuges se domicilia en Uruguay, no se aplica el derecho uruguayo ni son competentes los tribunales patrios, conforme a los arts. 2396 y 2401 C. C.

84. En caso de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges (art. 187 C.C.), ambos cónyuges deben tener domicilio en el país, aunque fuera separado y no común. Si ninguno de los dos tiene domicilio en el país, los jueces uruguayos no son competentes, ya que las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en el Apéndice del C. Civil "no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes" (art. 2403 C. C.). En los casos de divorcio por la sola voluntad de la mujer es competente el juez del domicilio de la mujer.

El procedimiento de reconocimiento de sentencia extranjera previsto en el art. 540 CGP corresponde sólo cuando la sentencia extranjera de divorcio se pretenda hacer valer en un proceso judicial. Si se quiere hacer valer para celebrar un contrato o un nuevo matrimonio, es suficiente que el escribano público o el Registro de Estado Civil respectivamente controlen los requisitos que para el reconocimiento exige el art. 539 CGP.

I. Paraguay³⁷.

85. La Constitución Nacional de Paraguay en el artículo 51 expresa: "La ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los requisitos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre los cónyuges".

³⁷ La exposición relativa al régimen paraguayo se basa en el epígrafe redactado por Roberto Ruiz Díaz Lambrano para la obra el Derecho Internacional Privado deL Mercosur, en prensa.

Por su parte el Código Civil dispone en el artículo 132 "*La capacidad para contraer matrimonio, la forma y validez del acto se regirán por la ley del lugar de su celebración*".

En el régimen anterior, el tema se encontraba reglado por la Ley del Matrimonio Civil del 2 de diciembre de 1898 en su artículo 2° determinaba la ley aplicable también por medio a la *lex loci celebrationis*. La disposición excluía expresamente de la esfera de la aplicación de la *lex loci celebrationis*, los matrimonios celebrados con los impedimentos establecidos en el artículo 9° inc. 1°, 2°, 3°, 5° y 6° de la L.M.C.

Conforme a la interpretación de Silva Alonso, constituirían disposiciones de orden público internacional vigentes por cuanto de acuerdo al artículo 2810 del Código Civil, la Ley del Matrimonio Civil de 1989 sólo quedó parcialmente derogada.³⁸

86. Los impedimentos de parentesco, consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación, sean legítimos o ilegítimos, la consanguinidad, entre hermanos o medios hermanos legítimos o ilegítimos, la afinidad en línea recta en todos los grados; ligamen, por subsistencia del vínculo matrimonial anterior; crimen, por haber sido autor voluntario o cómplice de homicidio de uno de los cónyuges, son situaciones que excluyen la regla o ley del lugar de celebración y son regidas por la ley territorial y constituyen impedimentos de orden público internacional.

En el artículo 132 del Código Civil se omite una mención específica similar, se hace sí expresa mención a la capacidad de las partes, a las formas y a la validez, puntos incluidos y englobados en el término validez.

Así pues, se afirma que la validez e invalidez de un matrimonio según el Código, se rige por la ley del lugar de celebración, entendiendo por validez tanto lo que hace a la capacidad, como a la falta de impedimentos y las formas.

87. El matrimonio celebrado con impedimentos que afecten al orden público internacional, aún siendo considerado válido por la ley del lugar de celebración, no sería admitido en función de las disposiciones que asumen este carácter, artículos 17 y 18 de la Ley N° 1/92 que derogaran los artículos 140, 141, 142 del Código Civil, y por tanto no admitido en el territorio nacional (Código Civil artículo 22 2do, párrafo).

Así pues, aun cuando la ley no se refiera expresamente a los impedimentos mencionados en los artículos 17 y 18 de la Ley N° 1/92, impedimentos de parentesco, ligamen o crimen, el matrimonio celebrado en contraposición a estas disposiciones no resulta válido en la República de Paraguay.

En efecto, conforme al artículo 17 la Ley N° 1/92 no pueden contraer matrimonio. 1) Los menores de uno y otro sexo que no hubiere cumplido dieciséis años de edad, excepto dispensa especial para casos excepcionales a partir de la edad de catorce años y a cargo del Juez en lo Tutelar del Menor; 2) Los ligados por vínculo matrimonial subsistente; 3) Los que padezcan de enfermedad crónica contagiosa y transmisible por herencia; excepto matrimonio in extremis o en beneficio de los hijos comunes; 4) Los que padezcan de enfermedad mental crónica que les prive del uso de la razón, aunque fuere en forma transitoria; y 5) Los sordomudos, ciego-sordos y ciego-mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

De acuerdo con el artículo 18 de la ley N° 1/92, no pueden contraer matrimonio entre sí: 1) Los consanguíneos en línea recta matrimonial o extramatrimonial y los colaterales de la misma clase hasta el segundo grado; 2) Los afines en línea recta; 3) El adoptante y sus descendientes con el adoptado y sus descendientes. El adoptado con el cónyuge del adoptante ni éste con el cónyuge de aquél. Los hijos adoptivos del mismo adoptante entre sí y con los hijos biológicos del adoptante; 4) El condenado como autor, instigador o cómplice del homicidio doloso, consumado, tentado o frustrado de uno de los cónyuges, respecto del otro cónyuge; y 5) El raptor con la raptada mientras subsista el rapto o hasta que hayan transcurrido tres meses desde el cese de la retención violenta.

88. La *lex loci celebrationis* establecida como regla en el artículo 132 se encuentra, por tanto, limitada en su esfera de aplicación por las normas de orden público internacional, para rechazar su aplicación se debe considerar con particular atención las modificaciones introducidas en el Código

³⁸ Silva Alonso, Derecho Internacional Privado, Editora Intercontinental, Asunción, 1999, p. 303

civil, especialmente en lo relativo a la disolución del matrimonio y delimitar el alcance del impedimento de ligamen contemplado por el Código.

La ley N° 45/95 ha admitido expresamente el divorcio y regló el procedimiento y condiciones para obtenerlo.

En cuanto a los requisitos de edad, de acuerdo al artículo 20 de la Ley 1/92: “Los menores a partir de los dieciséis años cumplidos y hasta los veinte años necesitan el consentimiento de sus padres o tutor para contraer nupcias. A falta o incapacidad de uno de los padres bastará con el consentimiento del otro. Si ambas fueren incapaces o hubieren perdido la patria potestad decidirá el Juez en lo Tutelar. Los hijos extramatrimoniales también menores requieren el consentimiento del padre o madre que le reconoció, o en su caso, de ambos. En defecto de éstos decidirá el Juez”. Pero, de conformidad al artículo 21 de la Ley 1/92 “Si los menores se casaren sin la necesaria autorización quedarán sometidos al régimen de separación de bienes hasta cumplir la mayoría de edad. El Juez fijará la suma que como cuota alimentaria podrá disponer el menor para subvenir a sus necesidades y las del hogar, la que será tomada a sus rentas si las hubiere, en su defecto, del capital. Al cumplir la mayoría de edad podrán optar por el régimen de bienes de su preferencia en las condiciones establecidas en el artículo 23 de la presente ley”.

89. La cuestión formal es sometida a la ley del lugar de celebración del matrimonio, conforme surge del citado artículo 132 del Código Civil “*la forma y validez del acto se regirán por la ley del lugar de su celebración*”.

90 . Al regular el régimen internacional de los bienes en el matrimonio, las disposiciones del Código Civil hacen una distinción entre matrimonios celebrados en el Paraguay y disueltos en el extranjero, y matrimonios celebrados en el extranjero pero disueltos en el Paraguay, ambas situaciones con bienes situados en la República.

El artículo 134 hace referencia al régimen de los bienes situados en la República de matrimonios celebrados en el Paraguay, situación que el Código hace regir por la ley territorial, siendo indiferente que tuvieren al tiempo de su disolución domicilio en el extranjero. “El régimen de los bienes situados en la República, de matrimonios contraídos en ella, será juzgado de conformidad con las disposiciones de este Código, aunque se trate de contrayentes que al tiempo de la disolución del matrimonio tuvieren su domicilio en el extranjero” (artículo 134 del Código Civil).³⁹

Del artículo 134 se desprende que, para los bienes situados en el Paraguay de matrimonios celebrados en la República, el domicilio en el extranjero que las partes tuvieren al momento de la disolución, no determina la ley aplicable, estos son regidos por nuestro código por aplicación de la ley de situación del bien, como desde luego constituye la regla en materia de bienes.

Se ha seguido la regla general que en materia de bienes establece el artículo 16 del C.C. “Los bienes cualquiera sea su naturaleza se regirán por la ley del lugar donde están situados, en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad, absoluta o relativa y todas las relaciones de derecho de carácter real, de que son susceptibles”.

91. En cuanto al régimen de bienes situados en la República de matrimonios celebrados en el extranjero y disueltos en la República, la primera parte del artículo 135 del Código Civil dispone que “Los que teniendo su domicilio y bienes en la República, hayan celebrado el matrimonio fuera de ella, podrán, a su disolución en el país, demandar el cumplimiento de las convenciones matrimoniales, siempre que no se opongan a las disposiciones de este Código y al orden público”.

La segunda parte del artículo 135 señala que “Podrá igualmente exigirse en la República el cumplimiento de las convenciones matrimoniales concertadas en el extranjero por contrayentes domiciliados en el lugar de su celebración, pero que al tiempo de la disolución de su matrimonio tuvieren su domicilio en el país, si aquellas convenciones no establecieren lugar de ejecución, ni contravinieren lo preceptuado por este Código sobre el régimen de los bienes”.

³⁹ El artículo 134 del C.C. es concordante con el artículo 134 del Código Civil y los siguientes artículos: 16, 189 a 192, 193, 194, 195 a 201, 202, 203 al 207, 208 al 216 de este Código; arts. 16, 17 tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940; arts. 40 a 43 del tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889.

92. Las convenciones o el régimen acordado de acuerdo al derecho extranjero, sobre bienes en la República, independientemente de que se tenga o no domicilio en la República, podrán ser cumplidos en el Paraguay, salvo que se encuentre afectado el orden público.

Por otra parte como hemos visto nada obsta a la ejecución de las convenciones celebradas en el extranjero, de acuerdo a la segunda parte del artículo 135, cuando la disolución se produjere en nuestro país y la jurisdicción sea el Paraguay, salvo las disposiciones de orden público.

De conformidad al artículo 132 "La capacidad para contraer matrimonio, la forma y validez del acto se regirán por la ley del lugar de su celebración", también la determinación de la falta de capacidad, de formas y de validez, deben ser determinados por la ley del lugar de celebración, salvo las disposiciones de orden público internacional.

La ley aplicable a los efectos de la nulidad, por otra parte, será la del domicilio conyugal, por cuanto se refiere a las consecuencias de la nulidad, es lo que dispone el artículo 166 del Código Civil: "La ley del domicilio conyugal rige la separación de los esposos, la disolución del matrimonio y los efectos de la nulidad del mismo".

En cuanto a la jurisdicción competente, de acuerdo al artículo 178 del Código Civil, "Corresponde al juez del domicilio conyugal conocer de la nulidad y sus efectos, si los esposos tienen domicilio en la República. Si el cónyuge demandado no lo tuviere en el país y el matrimonio se hubiere celebrado en él, la acción de nulidad podrá intentarse ante el juez del último domicilio matrimonial en la República."

93. El sistema admitido por el Código Civil Paraguayo en su artículo 189 es de la comunidad de bienes, con la posibilidad de acordar un régimen distinto, sin limitación, salvo las derivadas del orden público.

J . Brasil⁴⁰

94 . Según la ley brasileña, el matrimonio civil es compulsorio y por tanto su celebración es gratuita. Se admiten, así mismo, efectos civiles al matrimonio religioso en la forma de la ley. La realización de la ceremonia del matrimonio es un acto solemne y presupone un procedimiento de habilitación, en la forma determinada por la Ley de Registros Públicos, en el cual son presentados los documentos obligatorios y se promueve la publicidad al requerimiento a través de las publicaciones. Al final concedida la certificación de habilitación, pueden los cónyuges casarse en el plazo máximo de tres meses. El mismo procedimiento debe ser seguido antes del casamiento religioso, que además deberá ser registrado en el plazo de treinta días a contar de la celebración. La legislación reguladora de los derechos de familia en Brasil es federal, aplicable en todo el territorio nacional.

95 . No obstante, hay una tradición de reconocimiento a las uniones familiares no fundadas en el casamiento. Esa práctica fue expresamente protegida por la Constitución de 1988, que determinó que la familia es la base de la sociedad, contando con una protección especial del Estado (art. 226). En el párrafo tercero del citado artículo 226, la Constitución reconoció como entidad familiar la unión estable entre hombre y mujer, y en el párrafo cuarto las entidades familiares uniparentales. Así, hay tres modalidades de entidades familiares que gozan de entera protección del Estado, en igualdad de condiciones: la resultante de la celebración de matrimonio válido; la que surge de una unión estable y la familia monoparental. Con relación a los efectos de la unión estable, esta fue equiparada al matrimonio por la Ley 8971/94 y posteriormente por la Ley 9278/96.

96. El derecho internacional privado brasileño utiliza el domicilio como conexión central en el derecho de familia.

Pero en materia matrimonial juega también la regla general de la *lex loci celebrationis* para el acto. La *lex domicilii* queda consagrada como ley personal en el art. 7 ° de la Ley de Introducción al Código Civil.

⁴⁰ Se ha tenido presente de la bibliografía citada el epígrafe redactado por Nadia Araujo y Claudia Lima Marques para la obra el Derecho Internacional Privado de L Mercosur, en prensa.

La regla del domicilio aplicable por tanto a la capacidad, no es excepcionada en materia matrimonial. Los cónyuges deberán ser capaces para contraer matrimonio de conformidad al derecho de sus respectivos domicilios, en tanto que la validez del acto quedará sometida a la ley del lugar de celebración.

97. La validez del matrimonio ha sido regulada en el art. 7 ° de la Ley de Introducción al Código Civil. La lectura de su primer párrafo puede dar la impresión que fondo y forma quedan regidos por la ley local. No es esta sin embargo la interpretación mayoritariamente aceptada, que sigue en cuanto a la forma la ley del lugar de celebración, En tanto que las cuestiones relativas a la capacidad nupcial de los contrayentes se somete a su ley personal, que no siempre coincidirá con la del lugar de celebración.⁴¹

A falta de disposición expresa respecto del carácter de los impedimentos, la doctrina sostiene que el legislador brasileño, al modificar la introducción al Código Civil, con la Ley de Introducción de 1942, aun vigente, ha seguido la orientación consagrada en la Convención de La Haya de 1902 sobre conflictos de leyes en materia de matrimonio, y en el Código de Bustamante, arts. 36 a 38⁴². En esta interpretación, los cónyuges domiciliados en el exterior tendrán que obedecer su ley personal en los que hace a la capacidad para contraer matrimonio, inclusive los impedimentos allí establecidos, y también los primeros ocho impedimentos de la ley brasileña, considerados impedimentos dirimentes absolutos o públicos, que comprenden cuatro categorías jurídicas: incesto, adulterio, bigamia, y homicidio⁴³.

98. El párrafo segundo del artículo séptimo trata del matrimonio consular, que en Brasil es admitido con estrechos límites. Se admite solamente si ambos cónyuges fuesen extranjeros y de la misma nacionalidad, y bajo la forma establecida en la ley brasileña. Así si uno de los cónyuges, además de extranjero fuere de otra nacionalidad, el matrimonio en Brasil ante el consulado del país extranjero, en principio, es nulo. Asimismo, existe un plazo perentorio de dos años para aducir la nulidad, que se considerará subsanada si no fuere alegada en el plazo estipulado.

Así, puede sostenerse que en Brasil, como regla, los matrimonios celebrados en el territorio del país, son regidos por la ley brasileña, a excepción del matrimonio consular.

Los matrimonios celebrados en el exterior tienen validez en el territorio nacional, independientemente de cualquier formalidad, siendo reconocidas todas las formas de matrimonio debidamente comprobados según el derecho extranjero. El Tribunal de Río de Janeiro, siguiendo ese criterio, reconoció un matrimonio de hecho no registrado, proveniente de la antigua URSS.

Es oportuno señalar que si bien Brasil ha adoptado el criterio domiciliario para la determinación de la ley personal, subsisten algunas disposiciones que tienen su justificación en el criterio de la nacionalidad que regía las relaciones de familia hasta 1942.

Así, el elemento de la nacionalidad se manifiesta en la obligación de registrar los matrimonios entre extranjeros y brasileños. La ley brasileña impone imperativamente que se registre en Brasil el matrimonio realizado en el exterior, cuando unos de los cónyuges fueren brasileños. Para el matrimonio de extranjeros tal registro es facultativo, según lo ha decidido el Supremo Tribunal Federal en 1974 y el Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro.

99. SI bien el Derecho de familia en Brasil, aun hoy tiene su principal sede legal en el Código Civil de 1916, en las líneas de las grandes codificaciones del siglo XIX, sufrió importantes modificaciones con la entrada en vigor de toda una legislación especial y dispersa, iniciada por el estatuto de la mujer casada de 1962 (Ley 4121/62) por el cual la mujer dejó de ser relativamente incapaz y pasó asumir un papel independiente y no tutelado, tanto en las relaciones familiares como

⁴¹ Dolinger, Jacob, *Direito Civil Internacional*, vol. I, a FAMILIA NO Direito internacional Privado, 6ta.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.p.67

⁴² Dolinger, Jacob, *Direito Civil Internacional*, vol. I, a FAMILIA NO Direito internacional Privado, 6ta.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.p.70

⁴³ En ese sentido, véase el RESP 34.093-RJ, 1995, en el cual el Superior Tribunal de Justicia no reconoció un matrimonio realizado en el exterior, antes de la introducción del divorcio en Brasil, de un brasilero no divorciado y por lo tanto impedido de contraer nuevo matrimonio.

en las demás de la vida civil. La igualdad entre los cónyuges, sin embargo, solo encontró amparo legal con la Constitución de 1988, en el art. 226 p.º quinto, que eliminó la figura del marido como jefe de la sociedad conyugal. Así, los efectos personales del matrimonio deben ser examinados a la luz del nuevo ordenamiento constitucional brasileño, a ejemplo de lo que ya ocurrió en el capítulo anterior.

En Brasil, las obligaciones resultantes del matrimonio están enumeradas en el art. 231 del Código Civil, a saber: fidelidad recíproca, vida en común, asistencia mutua, y obligaciones de ambos en cuanto al sustento, guarda y educación de los hijos. Las prerrogativas antes establecidas, resultantes de la autoridad del marido, entonces jefe de la familia- representación legal, administración de los bienes comunes y bienes particulares de la mujer, el derecho de fijar el domicilio de la familia y proveer la manutención de la familia-, fueron casi eliminados con la consagración de la igualdad entre los cónyuges. De la misma forma, gran parte de los artículos referentes a los derechos y deberes de la mujer, resultantes de su situación de dependencia, también fueron derogados. Por lo tanto solo las situaciones en que se pueden medir los efectos personales del matrimonio, tanto en derecho interno como en Derecho Internacional Privado fueron preservados, como la cuestión relativa al nombre y al consentimiento conyugal.

En lo que concierne especialmente al Derecho Internacional Privado, tenemos la disposición que permite a la mujer agregar a su nombre los apellidos del marido, derecho ese que inclusive persiste aun después del divorcio, en la forma de la ley.

La cuestión del domicilio conyugal antes fijada de forma unilateral por el marido ahora resulta del ejercicio conjunto de los derechos y deberes por el hombre y por la mujer, en la forma determinada por la Constitución (art. 226 p.º quinto de la Constitución de 1988). En el ámbito del Derecho Internacional Privado, el derecho brasileño no contiene una disposición específica para regular las relaciones personales de los cónyuges, sometiendo la materia los preceptos del art. 7º de la Ley de Introducción, que utiliza el criterio del domicilio para la determinación de todas las cuestiones relativas al derecho de familia en general. La dificultad puede estar no en la aplicación de la regla de conexión, pero si en la forma de determinación del domicilio de matrimonio a ser utilizado por ella. El antiguo párrafo séptimo de la LICC, que decía que el domicilio conyugal era aquel del jefe de la familia, salvo en caso de abandono, fue derogado por la norma constitucional. De esta forma, no hay más una regla especial para esos casos.

Los arts. 31 y 33 del Código Civil califican el domicilio como el lugar de la residencia con ánimo definitivo, o alternativamente el punto central de los negocios. Es de notar que el párrafo 8º del art. 7º de la LICC permite la utilización del lugar de residencia siempre que el domicilio no pudiera ser determinado.

Jacob Dolinger advierte que la equiparación entre el hombre y la mujer, promovida por la Constitución de 1988, sepultó cualquier regla de D.º que no respete esa igualdad, tornando inconstitucionales varios arts. del Código de Bustamante, como por ejemplo el art. 24, que trata la misma situación del art. 7, p.º 7, y también del art. 43 del citado código.

Aun persisten las reglas sobre la necesidad de obtener el consentimiento del otro cónyuge (*otorga uxória*) para la práctica, por persona casada sobre cualquier régimen de bienes, de actos de disposición sobre inmuebles (inclusive locaciones de largo plazo), constitución de garantías y donaciones que vengán de alguna forma a comprometer o gravar tanto el patrimonio común del matrimonio como también los bienes reservados de los cónyuges (art. 235 y 242 del Código Civil brasileño). Los actos practicados sin consentimiento del otro cónyuge, si con ellos no concuerde el consorte o sus herederos, son pasibles de anulación por estos mismos interesados.

El matrimonio no produce modificaciones en la nacionalidad de los cónyuges según la ley brasileña, no siendo elemento atributivo de nacionalidad. Conserva, de esta forma, el extranjero casado con un brasileño su nacionalidad anterior.

De la misma forma, un brasileño casado con extranjero conserva inalterada su nacionalidad, aun si la ley personal del marido o de la mujer le atribuyen por el matrimonio otra nacionalidad. Tiene el extranjero casado con un brasileño solo el beneficio de reducción en el plazo de residencia exigido para la concesión de la naturalización, requisito este enteramente dispensado para los casados con diplomáticos brasileños por mas de cinco años.

100. En Brasil, la ley del domicilio regirá las cuestiones relativas al derecho de familia, en la forma prevista en la Ley de Introducción, pero con relación a la celebración del matrimonio, se seguirán las reglas del lugar de su realización, en lo que hace a la forma del acto. El matrimonio podrá ser invalidado o disuelto.

En el primer caso, cuando se trata de anulación, la ley aplicable será la del domicilio de los cónyuges o siendo distinto este domicilio, la ley del primer domicilio conyugal en los términos del párrafo tercero del artículo 7° , que contiene una regla especial al respecto. En ese sentido, nótese que el Código de Bustamante, en el art. 44, se refiere a la misma ley ya utilizada para el estatuto personal, en el caso de Brasil, la del domicilio, y en este caso específico, con domicilio distinto de los cónyuges, al primer domicilio conyugal.

101. El régimen legal aplicable a los bienes del matrimonio, en supuestos que los cónyuges no hicieren opción, será el de la comunión parcial, según la reforma introducida por la ley de Divorcio de 1977, ya que hasta ese momento se aplicaba la regla de la comunidad universal. Actualmente, para que el régimen sea de comunión universal o separación total de bienes, es necesario que los cónyuges hayan realizado la opción expresamente, a través de pacto prenupcial. El pacto, si es realizado en Brasil, solo podrá ser hecho antes de la celebración del matrimonio a través de escritura pública. No obstante, no hay obstáculo a que el pacto se realice en el exterior, donde entonces deberán ser seguidas las normas pertinentes del lugar del acto.

Es de mencionar, que en los casos de separación de total de bienes, la decisión 337 del STF dispone que a pesar de las características inherentes al régimen de la separación se comunican los bienes adquiridos en la constancia del matrimonio si resultaren del esfuerzo común. Eso, porque tal precepto es utilizado también para los casos de disolución y unión estable. Nótese que el artículo 258 del Código Civil brasileño determina la obligatoriedad de la separación de bienes cuando el hombre contare con mas de sesenta años y la mujer mas de cincuenta, o también si el viudo o viuda aun estuviere pendiente de la partición de los bienes del matrimonio anterior, y por fin aquellos dependan de autorización judicial, como por ejemplo el matrimonio de menores.

El régimen legal brasileño se caracteriza por la comunidad de todos los bienes adquiridos con posterioridad a la celebración del matrimonio, excluyéndose, por tanto, del patrimonio común los bienes que cada uno poseía antes de casarse, o recibiera por donación o por herencia.

Otra característica del sistema brasileño es la inmutabilidad del régimen de bienes a partir de la celebración. Además de eso, el sistema es también unitario, por lo que apenas una ley regirá el régimen de bienes. La única excepción al principio de la inmutabilidad está contemplada en el párrafo 5° de la Ley de Introducción, que permite al extranjero, en el momento de su naturalización y con la anuencia expresa de su cónyuge proceder al cambio de régimen, para el régimen legal brasileño (de comunión parcial). Es de notar que este dispositivo se hacía mas seguido en la época de la anterior introducción al Código Civil, cuando el estatuto personal era regido por la ley de la nacionalidad.

La regla de Derecho Internacional Privado Brasileña sobre el régimen de bienes del matrimonio no es la misma aplicable a la celebración del acto. En cuanto acto seguirá la *lex celebrationis*, el régimen de bienes depende de otros factores. Así, si los cónyuges tienen el mismo domicilio, la ley de éste regirá el régimen de bienes del matrimonio, aunque el lugar de celebración sea otro. No obstante, si los cónyuges tuvieren distinto domicilio, el artículo 7 párrafo 4° de la ley de Introducción del Código Civil contiene una norma especial que determina ser aplicable al régimen de bienes la ley del primer domicilio conyugal. La aplicación del citado artículo ya fue objeto de análisis por los tribunales, innumerables veces.

102. Brasil admite la disolución de matrimonios válidamente celebrados desde 1977, en que se modificó la constitución a fin de admitir la disolución del vínculo conyugal.

En los casos de divorcio pueden contemplarse tres hipótesis:

a) matrimonio realizado en el exterior y disuelto en el exterior. En este caso, para producir efectos en Brasil, primero se registra el matrimonio, para que, con posterioridad a la homologación de la sentencia extranjera de divorcio por el Supremo Tribunal Federal, pueda ser registrada en el Registro Civil de las personas naturales competente.

b) matrimonio realizado en Brasil y el divorcio en el exterior. Será necesaria la homologación de la decisión también en el STF. En este caso, ya existirá en registro competente y no será objeto de análisis por el STF ninguna cuestión relativa a la validez del acto, persistiendo, solamente, la necesidad de homologación.

c) matrimonio realizado en el exterior y la disolución operada en Brasil. La validez del acto será analizada por el juez brasileño, pero el divorcio se realizará directamente ante el juez competente por el domicilio del requirente que aplicará su propio derecho. Es menester señalar, que en esta hipótesis, el matrimonio extranjero deberá ser registrado en Brasil si hubiere brasileños. En caso contrario, se procederá al análisis de la validez del acto según la regla *locus regit actum*.

103. El artículo 7° de la Ley de Introducción, contiene en su párrafo 6° la redacción introducida por la Ley de Divorcio brasileña de 1977, que establece la necesidad de observancia del plazo previsto en la ley brasileña para la conversión de la separación judicial en divorcio, lo mismo en los casos de divorcio realizados en el exterior si uno o ambos cónyuges fuesen brasileños.

104. Una cuestión controvertida se da cuando la posibilidad del divorcio realizado en el extranjero dispone sobre la partición de bienes situados en Brasil, pues la ley brasileña de competencia internacional tiene norma expresa acerca de la exclusividad de la justicia brasileña para proceder a la partición de cualesquiera bienes situados en el territorio nacional. En decisión en la sentencia extranjera n° 2446, el STF denegó la misma sobre la alegación de que la justicia paraguaya no podía decidir sobre la partición de los bienes situados en Brasil. No obstante, a partir de 1982, ese criterio fue modificado, pasando el STF a aceptar tales particiones realizadas en el exterior, pues entendió que no había incompatibilidad con la ley procesal brasileña.

K. Perú

105. El Código civil peruano vigente, contiene disposiciones de derecho internacional privado en el LIBRO X, cuyo título I se destina a disposiciones generales.

A los efectos de nuestra exposición resulta útil retener que los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que, por motivo de necesidad nacional, se establecen para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras. (art. 2046)

El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si éstos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro, aplicándose, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado. (Artículo 2047).

Los jueces aplicarán únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado. (Artículo 2048), excluyéndose su aplicación sólo resulte incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres, aplicándose en tal supuesto las normas del derecho interno peruano. (Artículo 2049)

106. Conforme al artículo 2062.- Los tribunales peruanos son competentes para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales, o a las relaciones familiares, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

1. Cuando el derecho peruano es aplicable, de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado, para regir el asunto.
2. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República.

107. El principio domiciliario es recogido por el art. 2068, (del título III, Ley aplicable) y artículo 2070 que sigue la misma solución para cuestiones de estado y capacidad de la persona natural.

Al regular la validez del matrimonio, la capacidad de los contrayentes así como los requisitos esenciales del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por las leyes de sus respectivos domicilios. (Art. 2075 La nulidad del matrimonio se rige por la misma ley a que está sometida la condición intrínseca cuya infracción motive dicha nulidad y los vicios del

consentimiento, como causas de nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del lugar de la celebración. (Artículo 2079), en tanto que los efectos de la nulidad del matrimonio se rigen por la ley del domicilio conyugal, excepto los referentes a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio(art. 2080).

108. La forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración. Artículo 2076. -

109. Conforme al artículo 2077, los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales, se rigen por la ley del domicilio conyugal. Si los cónyuges tuvieren domicilios distintos, se aplica la ley del último domicilio común.

110. El régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los cónyuges en cuanto a los bienes adquiridos antes o después del cambio. (Artículo 2078). -

111. El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rige por la ley del domicilio conyugal. (Artículo 2081). -

El artículo siguiente dispone que las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas. La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.

112.La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana. (Artículo 2094).-

L. CHILE.

113 .Chile es ratificante del Código Bustamante, que se aplica en Chile en forma supletoria, a falta de disposición en contrario del derecho interno o en los casos que el derecho chileno se remite expresamente al derecho internacional., o a los principios del Derecho internacional, ya que la Corte Suprema Chilena a resuelto en forma reiterada que los preceptos e ese código tienen el carácter de “verdaderos y definidos principios de derecho internacional”

En el derecho chileno interno las relaciones de familia, el matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos, la nulidad del matrimonio, los efectos del matrimonio respecto a las personas de los cónyuges así como los efectos del matrimonio respecto de los bienes de los cónyuges son sometidos en principio al estatuto personal.

Una breve consideración sobre el punto se hace necesaria, ya que a diferencia del derecho de los demás países del cono sur, no acepta la ley del domicilio.⁴⁴

En materia de Estatuto personal Chile ha adoptado una solución mixta: por una parte se consagra el sistema de la territorialidad, la ley chilena se aplica a todos los habitantes de la República (art.14.C.C.), fuera de Chile se inclina por la ley chilena para regir el conjunto de materias que constituyen el estatuto personal de los chilenos (art. 15 del C.C.). Nada dice de la ley aplicable a los extranjeros que no se domicilian en Chile.

114. En lo que hace al derecho aplicable a la validez del matrimonio⁴⁵, en el derecho chileno se hace necesario distinguir entre los matrimonios celebrados en Chile y aquéllos que se celebran en país extranjero.

⁴⁴ Guzmán Latorre, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1989.pg.451.

⁴⁵ En la exposición e sigue la información vertida en ob.cit. pags. 463 y ss.

- a) matrimonios celebrados en Chile: De la interpretación armónica de los artículos 14 del C., 1 y 16 de la Ley de Matrimonio Civil, se desprende que la única forma válida de celebrar matrimonio en Chile, cualquiera sea la nacionalidad de los contrayentes, es ante el oficial del registro competente y cumpliendo las demás formalidades prescritas por la ley.
- b) Matrimonios celebrados en el extranjero. El primer inciso del artículo 15 de La ley matrimonial chilena expresa que: el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno. Este artículo resulta e aplicación indistintamente a chilenos y extranjeros. Sin embargo si un chileno o chilena contrajese matrimonio en país extranjero, contraviniendo de algún modo a las leyes chilenas, la contravención producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiera producido en Chile. Lo expresado respecto de la validez se aplica también a la ausencia de impedimentos, con el límite del orden público chileno, que al parecer es concebido como un conjunto de disposiciones respecto a la capacidad y estado.

115. La **forma** del matrimonio en principio parece quedar sometida a la ley loci celebraciones. Así por ejemplo se aceptará como válida la forma religiosa del matrimonio celebrado en país cuyo régimen jurídico lo admita como válido. Sin embargo las formas no solemnes presentan otro tipo de cuestiones, que se vinculan a la calificación del instituto.

La aplicación del art.15 del C.C. indicaría el reconocimiento del matrimonio consensual si este es admitido en el lugar de su celebración. Sin embargo doctrina y jurisprudencia chilenas han sostenido que el reconocimiento de la validez de estos matrimonios iría en contra de la legislación chilena por cuanto el 102 del C.C. al definir el matrimonio expresa: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos de procrear, y de auxiliarse mutuamente” y el art.1443 C.C. agrega que el contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil.

Así en la opinión doctrinaria que se viene exponiendo⁴⁶ el matrimonio es un contrato solemne, y lo que la ley chilena entiende por matrimonio (calificación fori) es lo que deberá regirse por la ley del lugar de su celebración, reforzando esta opinión los artículos 18 y 1701 de C.C.. El primero dispone que “en caso que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de estas en el país en el que hubieren sido otorgadas”. El art. 1701 agrega que “la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en los que la ley requiere esa solemnidad y se mirarán como no ejecutados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumentos públicos...”

116. La prueba del matrimonio aparece en principio regida por la misma ley que rige la forma del matrimonio. Sin embargo corresponde efectuar algunas precisiones en orden a la aceptación en el derecho chileno de los matrimonios consulares que aparecen receptados en el art. 42 del Código de Bustamante:” en los países en donde las leyes lo admitan, los matrimonios contraídos ante los funcionarios diplomáticos o agentes consulares de ambos contrayentes, se ajustarán a su ley personal, sin perjuicio de que les sean aplicables las disposiciones del artículo cuarenta”.

Atento lo precedentemente expresado respecto del estatuto personal en el derecho chileno, corresponderá distinguir entre los matrimonios celebrados en territorio chileno por agentes diplomáticos o consulares extranjeros en territorio chileno o en el extranjero:

- a) Los matrimonios celebrados en territorio chileno en la sede de un agente diplomático, no sólo es nulo sino inexistente, pues el art.1 de la ley de Matrimonio Civil dice que el matrimonio que no se celebre de acuerdo con sus disposiciones no produce efectos civiles, cualquiera sea su valor ante la ley personal de los contrayentes.
- b) Matrimonios celebrados fuera de Chile por agentes diplomáticos o consulares extranjeros, serán reconocidos en Chile si la ley local los autoriza.

Similar al régimen argentino.

⁴⁶ Ob.cit. p.463

LL. Reflexiones finales.

117. En el siglo pasado, las codificaciones internacionales, (especialmente de los Tratados de Montevideo en Argentina, Paraguay y Uruguay) influyeron de manera muy acusada en el desarrollo del Derecho Internacional Privado matrimonial de los países de la región.

En el derecho matrimonial de la mayoría de estos países pervive la visión tradicional de matrimonio y familia del derecho decimonónico. Esta exposición se ha trasladado al Derecho Internacional Privado, donde se reprodujeron en el ámbito internacional, los mismos rígidos esquemas.

Así es como la legislación matrimonial – aún vigente - no ha dado suficiente recepción a los principios que surgen de los Tratados Derecho Humanos ratificados por la totalidad de los países de la región.

Al hilo de esa regulación internacional y del reconocimiento de los principios tutelados por los tratados, se hace insostenible la aplicación literal de las normas aplicables al régimen matrimonial de inspiración tradicional, aún vigente en algunos países que - como Argentina-, no han actualizado su derecho matrimonial.

La recepción de los principios de los Tratados de Derechos humanos ha generado - y esta tendencia seguramente se acentuará en el futuro- , soluciones tendientes a armonizar el respeto de derechos humanos fundamentales con la aplicación de las rígidas normas civiles negatorias de los principios de libertad e igualdad. Es deseable que la labor jurisprudencial sea seguida por la renovación de la legislación civil que actualice la reglamentación del matrimonio y la familia.