

LA REFORMA INTERNACIONAL IUSPRIVATISTA DE LA LEY MATRIMONIAL 23.515

Alejandro Aldo MENICOCCHI

*A la memoria de Werner GOLDSCHMIDT.
A la memoria de Clementino MENICOCCHI,
a cien años de su nacimiento.*

La ley matrimonial Nº 23.515 introduce una reforma verdaderamente importante en nuestro Derecho de Familia, no solamente en el Derecho Privado sino también en el Derecho Internacional Privado. Es plausible que el legislador haya comprendido la estrecha vinculación entre ambas ramas jurídicas. Así, nuestro "viejo" Derecho de Familia, producto del espíritu católico español que acompañó la conquista de Granada (1), poco tiene que ver con los valores, la normatividad y la realidad social actuales; paralelamente, van desapareciendo de nuestro DIPri. las relaciones de secuestro y las normas de policía. En los párrafos que siguen, nos referiremos a las normas de DIPri. introducidas por la nueva ley, señalando algunos de sus problemas y dejando abiertos algunos interrogantes a la respuesta doctrinaria y jurisprudencial.

1. Ambito espacial y temporal de la ley.

La nueva ley pasa a integrar el sistema internacional jusprivatista de fuente interna y su ámbito de aplicación espacial se delimita por exclusión de lo que no corresponda a la órbita de los tratados de Montevideo (2). En tal sentido, el régimen no convencional se orienta hacia una armonización con las fuentes internacionales, y especialmente con la más joven, esto es, el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 (3). En cuanto al ámbito temporal, la ley no establece ninguna regla en especial, por lo que habremos de estar con lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Código Civil.

2. Validez del matrimonio.

Los actuales artículos 159 y 160 del Código Civil, siguiendo los lineamientos de los tratados de Montevideo (1889, art. 11; 1940, art. 13), el Código de Vélez (art. 159)

- (1) LAFAILLE, Héctor (Dr), *Curso de Derecho Civil - Derecho de Familia* (Compilado por por Pedro Frutos e Isauro Arguello), Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1930).
- (2) V. *Régimen de Matrimonio Civil y Divorcio* - Ley 23.515. Revisado y comentado por Eduardo A. ZANNONI (Bs. As., Astrea, 1987); T.p.v. *Ley de Divorcio Nº 23.515* (Bs. As., Bregna, 1987); CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Nuevo Derecho Internacional Privado de Fuente Interna* (En: Zeus, Nº 8296 y 9297, del 10 y 27 de julio de 1987, respectivamente); GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5ª edición, (Bs. As., Depalma, 1985, págs. 53 y ss.); BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., T. I. (Bs. As., Depalma, 1983, págs. 351, 357 y passim).
- (3) CIURO CALDANI, Miguel Angel, op. cit., pág. 3.

y el ahora derogado art. 2 de la ley 2.393, someten las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio al Derecho del lugar de celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen. Con una fórmula ya conocida en nuestro sistema, el legislador continúa siendo indulgente con respecto al fraude a la ley, en miras a la obtención de matrimonios válidos (4). El límite está impuesto por el orden público (entendido aquí como conjunto de disposiciones) impuesto por el art. 160. En efecto, se mantienen la consanguinidad “vertical”, —sin límites— y “horizontal” —hasta medio hermanos—, la afinidad en línea recta en todos los grados, el ligamen, el conyugicidio, innovando con respecto a la adopción.

Con respecto a esta última, cabe distinguir los vínculos resultantes de la adopción plena, de los de la adopción simple: los primeros subsisten mientras que los segundos cesan si ésta se revoca. La fórmula que adopta la ley es la del “no reconocimiento”, es decir, el matrimonio celebrado en el extranjero mediando alguno de los impedimentos reseñados, no será reconocido en la República, entendiéndose que tal actitud sólo producirá efectos en nuestro territorio.

Por nuestra parte, hubiésemos deseado mantener el sistema de la ley 2393, sin introducir el impedimento —irremediable— de la adopción plena, teniendo en cuenta, sobre todo, la constante “apertura” del régimen de familia y la flexibilización de los valores que lo orientan. También estimamos que la técnica deseable era la de mantener en un solo artículo —al igual que en el derogado art. 2 de la ley 2.393 y sus correspondientes en los Tratados de Montevideo— los citados preceptos, sobre todo si tenemos en cuenta que, de mantenerse la numeración del Código Civil, los “espacios” disponibles eran más bien, escasos, como a continuación señalaremos.

3. Prueba

La prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por el Derecho del lugar de celebración, reza el art. 161. La introducción del precepto es plausible, y, en lo atinente a la relevancia procesal, concuerda con el art. 2 de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo (1889-1940).

La segunda parte de la disposición analizada enarbola una cláusula de orden público internacional divorcista, técnicamente mal ubicada y que, en todo caso, debiera haberse introducido en otro artículo, dentro de la economía que señalamos anteriormente (5).

En cuanto a su contenido, volveremos oportunamente.

4. Relaciones personales.

Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio efectivo.

(4) GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 290.

(5) Ciuco Caldani opina que la ubicación correcta hubiera sido en un artículo específico, siendo correcto el N° 159 (op. cit., pág. 5).

El mismo artículo (Nº 162) nos da la calificación, entendiéndose por tal aquel en que los cónyuges viven de consuno.

Se vuelve al régimen del Código de Vélez y se armoniza con el DIPri. de fuente convencional (art. 12, 1889; art. 14, 1940). El respeto al elemento extranjero exigía la derogación del art. 3 de la ley 2.393, que operaba una relación de “secuestro” al someter los derechos y obligaciones personales de los cónyuges a las leyes de la República, mientras permanezcan en ella (6).

La ley de la última residencia funciona como punto de conexión subsidiario, en caso de duda o desconocimiento del domicilio efectivo.

5. Alimentos

La reforma relaciona a los alimentos con las relaciones personales de los cónyuges. La decisión es feliz y permitirá terminar con las controversias acerca de la naturaleza del derecho alimentario. Esperemos también que se proyecte este carácter hacia todo el Derecho Privado, siendo la norma internacional ejemplarizadora.

El derecho a percibir alimentos, así como su admisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, se rigen por la ley del domicilio conyugal. Con esto se procura mantener el marco social y económico vivenciado por los cónyuges en el matrimonio. Sin embargo, la norma establece un punto de conexión alternativo de connotación valorativa, con respecto al monto de los mismos, puesto que se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario.

6. Medidas urgentes

Concluye el art. 162 estableciendo que el “Derecho del país del juez que entienda en la causa” rige las medidas urgentes. La regla guarda analogía con los artículos 24 y 30 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, respectivamente.

7. Régimen de bienes

El artículo 163 de la normativa analizada se orienta en forma feliz hacia el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 (art. 16), sometiendo las convenciones matrimoniales y las relaciones entre los esposos con respecto a los bienes al Derecho del primer domicilio conyugal. Con ello se procura evitar que el cónyuge débil se vea defraudado en su situación patrimonial debido a imprevistos cambios domiciliarios. De esta manera, se “cristaliza” el contacto del régimen de bienes del matrimonio en el Derecho del primer domicilio conyugal. Pese al carácter terminante de la disposición entendemos con Ciuro Caldani que “...en cuanto al punto de conexión “domicilio conyugal” sea calificable con el criterio consagrado en el artículo 200, según el cual los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de la residencia de la familia, y en tanto haya equili-

(6) Para Boggiano se trata de una norma de policía (op. cit., pág. 352).

brio real en la vida de los cónyuges, podrá ir haciéndose lugar a la consideración de la vida siguiente de la pareja. De este modo, en el futuro podrá elegirse el Derecho del domicilio conyugal al tiempo de la adquisición de los bienes o la ley del domicilio conyugal actual" (7).

El citado precepto, al igual que el Tratado de Montevideo de 1940, no incluye dentro de la conexión "primer domicilio conyugal" todo lo que, en materia de estricto carácter real, está prohibido por la ley de situación de los bienes.

Finalmente, se establece la inalterabilidad del Derecho aplicable para regir las relaciones patrimoniales entre los esposos, sea con respecto a bienes adquiridos antes o después del cambio de domicilio. De esta manera, se intenta resolver el problema del cambio de estatutos.

El régimen actual es sin duda superior al establecido por los artículos 4, 5 y 6 de la ley 2.393, que establecía el principio de mutabilidad con respecto a los bienes muebles (existiendo, en consecuencia, un régimen diferente por cada cambio domiciliario) y el del fraccionamiento con referencia a los inmuebles (imponiendo tantos sistemas como bienes en diferentes países tuviera el matrimonio).

8. Separación personal y disolución del matrimonio

También en forma análoga el Tratado de Montevideo de 1940 (art. 15), la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges. Agrega además que ello será "...sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 161" que, como hemos observado, contiene una norma de orden público internacional de carácter divorcista. En virtud de esta última disposición —técnicamente mal ubicada y, ciertamente, sin grandes posibilidades de aplicación—, la regla de la ley 2.393 por la cual "los matrimonios argentinos no pueden ser disueltos por un estado extranjero y, paralelamente, los tribunales argentinos no pueden disolver un matrimonio extranjero", se ha transformado en una regla de proyección ecuménica según la cual "los tribunales argentinos competentes pueden disolver cualquier matrimonio", sea este celebrado en país con o sin divorcio vincular.

9. Jurisdicción

El art. 227 establece que las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del **último domicilio conyugal efectivo** o ante el del **domicilio del cónyuge demandado**:

En principio, se sigue el criterio del derogado artículo 104 de la ley matrimonial, al establecer la jurisdicción del juez del domicilio de los cónyuges, con el reiterado calificativo de "efectivo". Siguiendo a Ciuro Caldani, estimamos que el carácter de domicilio efectivo se debe a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en

(7) CIURO CALDANI, op. cit., pág. 7.

en el caso "Vlasov, E.C. de" del 25-III-1960" (8). Se agrega, además, que la acción podrá intentarse ante el domicilio del cónyuge demandado, al igual que en los Tratados de Derecho Civil Internacional (art. 56), y se abandona la jurisdicción concurrente de los tribunales argentinos, cuando existía matrimonio celebrado en nuestro país y un último domicilio en éste.

Uno de los aspectos más sorprendentes de la ley ha sido, como ya hemos observado al analizar el art. 162, el problema alimentario. Aquí se establece una multiplicidad de puntos de conexión que evidencian la preocupación del legislador de allanar el camino a quien pretende una prestación de tal índole. Se establecen, en el artículo 228, la jurisdicción del juez que hubiere entendido en el juicio de separación personal, divorcio vincular o nulidad (inc. 1º) y, a opción del actor, el juez del domicilio conyugal, el del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere coincidido con la residencia del demandado, si se planteara como cuestión principal (inc. 2º).

El art. 161 declara competentes a los jueces argentinos para disolver un matrimonio celebrado en la República, cuya separación haya sido decretada en el extranjero.

10 Algunos problemas generales de la norma indirecta.

El **fraude a la ley** tendrá, debido a la adopción del divorcio vincular, mucho menos protagonismo que en el régimen de la ley 2.393. No obstante, podrá asomar en las cuestiones de índole patrimonial, debido a que nuestro sistema matrimonial no se decide aún entre el régimen institucionalista y el contractualista. La adopción del divorcio vincular asimila el matrimonio a un contrato, pero el régimen de bienes se orienta hacia la institucionalidad. Aún están proscriptas las convenciones prenupciales; el "primer domicilio conyugal" consolida —quizás en demasía—, el contacto para el régimen patrimonial, y aún queda por resolver —tarea que queda librada a los jueces— los casos de los matrimonios celebrados en el extranjero en fraude a la ley y su incidencia en la sociedad conyugal ahora legitimada.

El **orden público** ha experimentado un vuelco tan trascendental, en especial con el precepto del art. 161, segundo párrafo, que se puede intentar explicarlo como un fruto de la reacción al sistema derogado. Sin embargo, y aunque parezca una opinión demasiado arriesgada, estimamos que nuestro orden público internacional antidivorcista ya había cedido con anterioridad a la vigencia de la ley que analizamos, debido al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Sejean Juan B. c. Zaks de Sejean Ana M." del 27-II-1986 (9). En tal sentido, estimamos que luego de aquel "leading case" un juez argentino podría haber reconocido una sentencia de un tribunal extranjero declarando el

(8) Ibidem, pág. 2 del Nº 8291.

(9) V. El Derecho, T. 121, pág. 522 y ss., con comentario de Germán BIDART CAMPOS "La Corte Suprema y el Divorcio Vincular"; T.p.v. BOGGIANO, Antonio "Ultima Ratio Regum", en El Derecho, T. 121, pág. 909 y ss..

divorcio vincular de un matrimonio celebrado en nuestro país. Este giro del orden público incrementa las posibilidades de **reconocimiento de una sentencia extranjera** atento a los requisitos de fondos exigibles. (Ciuro Caldani).

11. Nuestra opinión

El régimen instaurado por la ley 23.515 en materia de DIPri. merece, en general, su aprobación. Se ha superado la conexión de secuestro en lo atinente a las relaciones personales de los esposos; se ha sometido el régimen de bienes a la ley del domicilio evitándose el excesivo fraccionamiento que imponía la aplicación de la "lex situs"; la solución de fondo, como así también la jurisdiccional, en materia alimentaria, merecen nuestro más sincero elogio. Por otra parte, resulta ventajoso el armonizar la fuente interna con la convencional. Sin embargo, merecen observaciones, v.gr., la ubicación del segundo párrafo del art. 161, atento a que no guarda relación alguna con el primer apartado, y la declaración de orden público divorcista que, además de ser innecesaria, marca un vuelco tan drástico en los valores que inspiran nuestro sistema que evidencia una carencia de madurez jurídica, y lo que es más grave aún, en normas "internacionales". También merece reparos la "laguna" en que se ha dejado el problema de los matrimonios en fraude a la ley, pero, por el momento no podemos arrimar opinión alguna, ya que estimamos debe ser objeto de otro trabajo. Sirvan estas notas para alentar la investigación jurídica, que en materia de Derecho Internacional Privado, como enseñaba el ilustre maestro recientemente desaparecido, debe estar guiada por el respeto al elemento extranjero.