



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia
UNIONES MATRIMONIALES Y NO MATRIMONIALES. SU CONTINUIDAD JURÍDICA A TRAVÉS DE
LAS FRONTERAS

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, , 2008, pp. 313-344

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

UNIONES MATRIMONIALES Y NO MATRIMONIALES. SU CONTINUIDAD JURÍDICA A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS*

Cecilia FRESNEDO DE AGUIRRE**

SUMARIO: I. *Cuestiones metodológicas: derecho comparado y derecho internacional privado.* II. *Pluralidad de ordenamientos jurídicos y diversidad de categorías.* III. *La categoría matrimonio en el derecho internacional privado.* IV. *Categorías relativas a diversos tipos de uniones no matrimoniales o matrimoniales homosexuales.* V. *Ausencia o insuficiencia de normas específicas de derecho internacional privado, y el consiguiente problema de calificación.* VI. *La continuidad jurídica a través de las fronteras.* VII. *Límites a la continuidad jurídica.* VIII. *Conclusiones.*

I. CUESTIONES METODOLÓGICAS: DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Este estudio tiene como objetivo analizar y ensayar soluciones prácticas para algunos de los problemas que, con relación a las distintas formas de uniones matrimoniales y no matrimoniales, resultan de la pluralidad de sistemas jurídicos que coexisten en el mundo, frente a la necesidad de las personas de que se les reconozca continuidad a las relaciones jurídicas que ellas entablan, cuando las quieren hacer valer a través de fronteras jurídicas.

* La autora agradece muy especialmente la invitación a participar en el número conmemorativo de los 60 años de la creación del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, y felicita a sus autoridades y a las del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

** Profesora de Derecho internacional privado en las facultades de derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay.

Ello se hará de forma abierta y flexible, sin encasillamientos rígidos y formalistas, recurriendo básicamente a las herramientas metodológicas que nos ofrece el derecho internacional privado (DIPr.), pero sin desdeñar por cierto las del derecho comparado. Recurriremos al DIPr. clásico y su teoría general como mecanismo para solucionar los conflictos de leyes que derivan de los supuestos antedichos, a sus desarrollos materialmente orientados y a su aptitud para promover la armonía internacional, sin descuidar la cohesión interna de los Estados. A la finalidad de lograr el objetivo descrito, se incursionará en el estudio de las similitudes y diferencias entre algunos sistemas jurídicos contemporáneos, sus instituciones jurídicas, sus reglas y soluciones con respecto al tema que nos ocupa, que es propio del derecho comparado.¹ Se recurrirá al análisis del derecho comparado no sólo como disciplina académica e instrumento de la ciencia jurídica, sino también como fuente de información útil acerca del derecho extranjero, como herramienta interpretativa y en definitiva como un medio auxiliar en la solución de los conflictos de leyes.²

II. PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS Y DIVERSIDAD DE CATEGORÍAS

La existencia de múltiples ordenamientos jurídicos diferentes, sumado a ese otro dato de la realidad que es el tráfico jurídico externo³ o *commercium internacional*,⁴ requiere del DIPr. la respuesta a tres interrogantes básicos: 1o. ¿Ante los jueces de qué Estado voy a plantear mi pretensión?; 2o. ¿Qué ley resulta aplicable a la cuestión plantea-

¹ Boer, Th. M. de, "The missing link. Some thoughts on the relationship between private international law and comparative law", en Boele-Woelki *et al.* (eds.), *Comparability and Evaluation. Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration in Honour of Dimitra Kokkini-Iatridou*, KTMC Asser Instituut-The Hague, 1994, pp. 15-25, 16 y 23.

² Boer, Th. M. de, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

³ Elisa Pérez Vera (*Derecho internacional privado*, 4a. ed. rev., Madrid, UNED, 1993, t. I, p. 18) dice con respecto al tráfico jurídico externo que es una "noción que entraña, como causa y como efecto, el intercurso de personas, objetos e intereses por encima de las fronteras geojurídicas".

⁴ Herbert, Ronald, "Sobre objeto y método del derecho internacional privado", *Objeto y método en el derecho internacional privado*, 2a. ed., Montevideo, FCU, 1990, p. 100.

da, cuando esta tiene un escenario interetático o afecta a más de un orden jurídico?; y 3o. ¿Será reconocida y ejecutada la sentencia que ha sido dictada en un Estado, en otros Estados?

A partir de 1989⁵ se observa en las legislaciones nacionales de los distintos Estados europeos, primero, y luego también los de otras regiones, como Latinoamérica, las más diversas soluciones en cuanto a la regulación de las uniones matrimoniales y no matrimoniales, heterosexuales u homosexuales. Asimismo, la estructura de las categorías que abarcan dichas uniones, así como sus denominaciones y alcances varían de un derecho a otro.

Si bien en la mayoría de los países la categoría matrimonio se reserva exclusivamente para las parejas heterosexuales,⁶ existen algunas excepciones, como es el caso de la ley española núm. 13/2005 de 1 de julio de 2005, por la que se modifica el Código Civil español en materia de derecho a contraer matrimonio, agregándose un segundo párrafo al artículo 44, que dice: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. También el derecho holandés habilita el matrimonio entre dos personas del mismo sexo.⁷

En algunos países, como los escandinavos y Alemania, se crea una categoría especial, en general denominada “sociedad registrada”, que comprende las uniones entre personas del mismo sexo. En otros países, como Francia y Bélgica, se crea un tipo legal diferente al matrimonio, que comprende tanto las uniones entre personas del mismo sexo como las heterosexuales. La recientemente aprobada ley uruguaya núm. 18.246, de 18 de diciembre de 2007, sobre “unión concubiniaria”, adopta esta última solución.⁸

⁵ Ese año entró en vigor en Dinamarca la Ley núm. 372, de 7 de junio de 1989, sobre Sociedad Registrada.

⁶ Boele-Woelki, Katharina y Fuchs, Angelika (eds.), *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*, Antwerp, Intersentia, 2003, p. V.

⁷ El artículo 30.1 del título 5 (matrimonio) del Código Civil holandés (1 de abril de 2001) dispone: “A marriage may be entered into by two persons of a different or of the same sex”.

⁸ El artículo 2o. establece: “A los efectos de esta ley se considera unión concubiniaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas —cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente,

Cuando una pareja homosexual o heterosexual, calificada por el orden jurídico fundante como matrimonio, unión registrada, unión concubinaria, o de alguna otra manera, cruza fronteras jurídicas, la cuestión escapa a las normas materiales nacionales o autónomas y reclama la atención del DIPr.⁹

III. LA CATEGORÍA MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. *En el DIPr. uruguayo y los Tratados de Montevideo*

En el DIPr. autónomo uruguayo, así como en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 se prevén cuatro categorías con relación al matrimonio, sus condiciones, consecuencias y disolución: matrimonio (artículos 2395, Código Civil, 11 y 13 de los Tratados de Derecho Civil de 1889 y 1940, respectivamente), relaciones personales entre los cónyuges (artículos 2396, 12 y 14, respectivamente), relaciones patrimoniales entre los cónyuges (artículos 2397, 40 a 43 y 16 a 17 respectivamente) y divorcio (artículos 2396, 13 y 15 respectivamente). El fundamento de esta opción legislativa quedó plasmado ya en las Actas de 1889,¹⁰ en el siguiente párrafo:

La naturaleza íntima del matrimonio, las vinculaciones personales que establece y las consecuencias trascendentales que produce han impulsado, pues, al legislador a colocarlo en una categoría especial, facilitando su celebración, aceptando el contraído en país extranjero y haciendo de ese solemne contrato la piedra angular de todas las relaciones de familia.

sin estar unidas por matrimonio entre sí, y que no resulte alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1o., 2o., 4o. y 5o. del artículo 91 del Código Civil”.

⁹ Boele-Woelki, Katharina y Fuchs, Angelika (eds.), *Legal Recognition...*, cit., nota 6, p. V. Asimismo, afirman las autoras, es necesario tener en cuenta las normas referidas a los derechos humanos y, en el ámbito europeo, las del derecho europeo.

¹⁰ Actas y Tratados celebrados por el Congreso Internacional Sudamericano de Montevideo, Montevideo, Tipo-Litografía “Oriental”, 1889, p. 548.

La categoría matrimonio comprende en su alcance extensivo, en las tres fuentes referidas, la capacidad de las personas para contraerlo, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, pero no sus consecuencias (personales y patrimoniales) ni su disolución, cuestiones éstas que han sido objeto de regulación en las otras categorías referidas.

La inclusión de la capacidad de las personas para contraer matrimonio dentro del ámbito de aplicación de la categoría matrimonio, implica excluirla del ámbito de la categoría capacidad (artículos 2393 del Apéndice y lo. de ambos Tratados), estableciéndose una capacidad especial, la cual no se regulará ya por el régimen general que rige la capacidad de las personas físicas, es decir por la ley de su domicilio, sino por la ley que regula el matrimonio, es decir, la del lugar de su celebración.¹¹ La capacidad nupcial en general comprende de todo lo referido a los impedimentos físicos (como la falta de edad), los familiares (como el grado de parentesco), la subsistencia de un vínculo matrimonial anterior no disuelto legalmente;¹² también la heterosexualidad o no de los contrayentes.

La inclusión en el alcance extensivo de esta categoría matrimonio de las formas del acto matrimonial, se basa en lo que Alfonsín¹³ llama una “norma de derecho privado internacional casi universal”, según la cual “la forma del matrimonio se regula... por la ley del lugar de la celebración del matrimonio”.

Las normas de DIPr. vigentes en Uruguay no establecen ninguna formalidad preceptiva sino que dejan franca a la ley del lugar de ce-

¹¹ Cuando se discutió el punto en el Primer Congreso de Montevideo (*ibidem*, p. 549) se descartó el sometimiento de la capacidad nupcial al régimen general de la capacidad por considerarlo inadecuado. Se sostuvo que dado el “gran interés público en estimular y propagar la institución matrimonial”, no era de extrañar que “con ese objeto, la capacidad de los contrayentes salga fuera de su ley general”. Regulando la capacidad de los contrayentes por la ley reguladora de la categoría matrimonio, es decir, la del lugar de su celebración, se facilitaría la celebración y validez del matrimonio.

¹² Alfonsín, Quintín, *Sistema de derecho civil internacional*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, núm. 832-4, 1961, pp. 472-476.

¹³ Alfonsín, Quintín, conferencia “Los matrimonios diplomáticos y consulares en el Uruguay”, FCU, Servicio de Documentación Jurídica, junio de 1971, ficha núm. 46, p. 4.

lebración del matrimonio el establecer qué formas deberá revestir el mismo para ser válido. Es decir que optan por la solución indirecta o formal de indicar cuál es el derecho internacionalmente competente para establecer las formalidades que correspondan. Esta ya había sido la solución adoptada en el Congreso de Montevideo de 1889.¹⁴ No se excluye a priori ninguna forma de matrimonio, por lo que en principio se aceptará cualquiera que admita la ley internacionalmente competente (la del lugar de celebración): consensual, religioso, civil, por carta, por apoderado, etcétera.¹⁵ Tampoco se podría excluir la ausencia de formas, cuando esta modalidad (matrimonio consensual) fuera admitida por el derecho del Estado de la celebración de dicho matrimonio.¹⁶ La excepción a dicha eficacia extraterritorial ampliamente reconocida se produciría cuando el reconocimiento en el país de un determinado matrimonio celebrado en el extranjero contraviñera el orden público internacional de dicho Estado.

El DIPr. uruguayo y los Tratados de Montevideo no exigen que los contrayentes tengan su domicilio o residencia en el lugar de celebración para que puedan casarse conforme a la ley local, por lo que podrán hacerlo válidamente en un Estado distinto del de su domicilio o residencia, siempre —claro está— que cumplan con todos los requisitos constitutivos de la ley del lugar de celebración.¹⁷ Lo mismo cabe decir con respecto a la nacionalidad, que resulta jurídicamente irrelevante al efecto. Así, si dos personas domiciliadas o con residencia en un país extranjero, cualquiera sea su nacionalidad, quisieran contraer matrimonio en Uruguay, bastará con que se encuentren en

¹⁴ Véase *Actas y Tratados...*, *cit.*, nota 10, pp. 549 y 550: “Respecto a las formas mismas del matrimonio, no existe cuestión alguna fundamental, pues la doctrina y la legislación están de pleno acuerdo en admitir que ellas deben ajustarse a la ley del lugar donde el acto se celebra, de suerte que, por esa misma ley, deben decidirse todas las contestaciones referentes a la existencia y validez del matrimonio”.

¹⁵ *Cfr.* Alfonsín, *Sistema...*, *cit.*, nota 12, núm. 898, pp. 549 y 550.

¹⁶ En este sentido se pronuncia la profesora española Paloma Abarca Junco en la obra coordinada por Pérez Vera, Elisa, *op. cit.*, nota 3, p. 107.

¹⁷ El domicilio mencionado en el artículo 92 del C. C. uruguayo es “determinativo de la circunscripción en que debe celebrarse el matrimonio”, entendiéndose por tal “indistintamente como el domicilio, o como la morada o vivienda de los contrayentes, aunque sea transitorio”, por lo que debe interpretarse en forma amplia y a los solos efectos señalados; Alfonsín, *Sistema...*, *cit.*, nota 12, núm. 905, p. 556.

nuestro país para que puedan celebrar aquí matrimonio válido, incluso cuando se hubieren trasladado a esos solos efectos.¹⁸

2. *En el DIPr. autónomo de otros países americanos y europeos*

A modo de ejemplo y con los fines de mostrar las similitudes y las diferencias que ofrece el DIPr. nacional o autónomo de los diversos países, se mencionan algunas de estas normas, sin pretender por cierto hacer un relevamiento exhaustivo ni un análisis de cada una de ellas.

El artículo 159 del Código Civil argentino (reformado por la ley 23.515)¹⁹ establece que la categoría matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración. Incluye en su alcance extensivo “las condiciones de validez extrínsecas e intrínsecas”. A diferencia de sus fuentes —los Tratados de Montevideo y el Código Civil uruguayo—, la norma argentina no define el alcance extensivo de la categoría a texto expreso, pero se infiere que comprende las “cuestiones atinentes a la capacidad, la forma del acto, la existencia y la validez del mismo”.²⁰ No exige que los contrayentes se domicilien en el país de celebración, ni la nacionalidad de éste.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 556-557. Esta interpretación se funda, entre otras, en el artículo 16 de la Ley de Registro de Estado Civil (Decreto-Ley núm 1.430 del 11 de febrero de 1879) que establece: “Los... matrimonios... se inscribirán en el registro de la sección en que se hayan verificado, aun cuando los interesados sean vecinos de otro lugar, guardándose siempre las formalidades establecidas”; en la disposición administrativa del 24 de abril de 1919, que confirma otras del 13 de noviembre de 1885, “que permite fijar domicilio accidental a los efectos del matrimonio”, así como la del 25 de junio de 1889 que dispone que “se tenga como domicilio el declarado por los interesados”. Esa también ha sido la interpretación de la jurisprudencia uruguaya. Vista Fiscal de Julián de la Hoz, *RDJA*, 3 de junio de 1926, t. 30, p. 318, citado por Matteo, Vivien, *Jurisprudencia de derecho internacional privado*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1993, pp. 46 y 47.

¹⁹ Véase, sobre el tema, Pallarés, Beatriz *et al.*, “Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños. Argentina”, en Fernández Arroyo, Diego P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 720-728.

²⁰ *Idem*.

En el DIPr. brasileño,²¹ la ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio es la del domicilio de los contrayentes, el que puede ser común o diferente.²² El acto matrimonial, en cuanto a las formalidades de celebración y a los impedimentos para contraerlo, se rige por la ley del lugar de su celebración. La nacionalidad tiene cierta relevancia, ya que la ley exige el registro en Brasil de los matrimonios celebrados en el extranjero, cuando uno de los contrayentes es brasileño. Para los extranjeros tal registro es facultativo.²³

En el DIPr. paraguayo,²⁴ la categoría matrimonio está regulada de forma similar a como lo hace el DIPr. argentino y uruguayo: su alcance extensivo comprende la capacidad para contraerlo, la forma y la validez del acto, y la ley aplicable es la del lugar de su celebración (artículo 132 del Código Civil).

En el DIPr. venezolano²⁵ se establece que “la capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el derecho de su respectivo domicilio” (artículo 21).

La ley austriaca de derecho internacional privado²⁶ dispone que la forma de la celebración del matrimonio celebrado dentro del territorio nacional se rige por las normas internas, mientras que el celebrado en el extranjero se rige por el estatuto personal de cada uno de los futuros esposos; es suficiente no obstante con observar las reglas de forma del lugar de celebración del matrimonio. Las condiciones

²¹ Araujo, Nádia de *et al.*, “Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños. Argentina”, en Fernández Arroyo, Diego P. (coord.), *op. cit.*, nota anterior, pp. 728-730.

²² A diferencia de lo que ocurre en Argentina y Uruguay, la capacidad nupcial en Brasil no fue incluida en el alcance extensivo de la categoría matrimonio, como capacidad especial, sino en la categoría general capacidad, regulada en el artículo 7o. de la Lei de Introdução ao Código Civil.

²³ Araujo, Nádia de *et al.*, “Dimensión...”, en Fernández Arroyo, Diego P. (coord.), *op. cit.*, nota 21, pp. 728-730.

²⁴ Ruiz-Díaz Labrano, Roberto, “Dimensión autónoma de los sistemas mercosureños, Argentina”, en Fernández Arroyo, Diego P. (coord.), *op. cit.*, nota 19, pp. 730-733.

²⁵ Ley de Derecho Internacional Privado, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, año CXXV, mes X, núm. 36.511, 6 de agosto de 1998.

²⁶ Ley Federal del 15 de junio de 1978 (IPR-Gesetz), *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, núm. 304, 7 de julio de 1978, p. 1729, sección III A, §16 y §17.

de la celebración del matrimonio así como las de su anulación se rigen, para cada futuro esposo, por su estatuto personal.

En el DIPr. italiano²⁷ se regula la capacidad matrimonial y las demás condiciones para contraer matrimonio por la ley nacional de cada uno de los contrayentes al momento del matrimonio. En cuanto a la forma del matrimonio, dispone que este será considerado válido en Italia por la ley del lugar de celebración, o por la ley nacional de por lo menos uno de los cónyuges al momento de la celebración, o por la ley del Estado de común residencia en ese momento.

El DIPr. suizo²⁸ establece que será reconocido en Suiza el matrimonio válidamente celebrado en el extranjero.

IV. CATEGORÍAS RELATIVAS A DIVERSOS TIPOS DE UNIONES NO MATRIMONIALES O MATRIMONIALES HOMOSEXUALES

1. *Panorama en Europa*

La “convivencia no matrimonial” ha sido ampliamente reconocida jurídicamente en los países europeos, los que la han regulado de forma similar al matrimonio. Al respecto, advierte Alonso Pérez que “la aplicación del principio de igualdad y de no discriminación ha adquirido en materia de matrimonio y de parejas de hecho una nueva dimensión que aún no ha sido percibida en toda su intensidad”.²⁹

Pueden encontrarse algunas variantes en las legislaciones nacionales europeas en cuanto a la regulación de las uniones no matrimoniales, pero resulta importante señalar que mientras en los años noventa la discusión se centraba en si las parejas del mismo sexo debían o no ser reconocidas legalmente, actualmente —al menos en Europa— el debate se focaliza en la cuestión de si es adecuada o no la igualdad absoluta entre las parejas homosexuales y las heterosexuales.³⁰

²⁷ Ley núm. 218 del 31 de mayo de 1995, artículos 27 y 28.

²⁸ Ley Federal de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987, artículo 45.1.

²⁹ Alonso Pérez, José Ignacio, *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea*, Barcelona, J. M. Bosch, 2007, <http://vlex.com/vid/444492>.

³⁰ Boele-Woelki, Katharina y Fuchs, Angelika (eds.), *Legal Recognition...*, *cit.*, nota 6, p. V.

En general, las legislaciones que prevén expresamente alguna forma de unión no matrimonial, les reconocen consecuencias jurídicas similares al matrimonio. Así, el registro de dicha unión constituye un impedimento para celebrar matrimonio o registrar otra unión, y la unión se disuelve por muerte de uno de sus miembros o por decisión judicial. Asimismo, “todo lo que se refiere a obligaciones alimentarias, régimen impositivo y patrimonial, derechos de habitación, pensiones, seguros, inmigración, etcétera, está regulado de una manera prácticamente idéntica al matrimonio”.³¹

Existen no obstante algunas excepciones, por ejemplo, con relación a la adopción. En general, los países que han incorporado en sus ordenamientos jurídicos la figura de la unión civil de parejas homosexuales no las habilitan para adoptar niños, aunque algunas sí permiten la adopción por uno de los integrantes de la unión, de los hijos del otro.

Veremos a continuación cuáles son las categorías previstas en los ordenamientos jurídicos de algunos países europeos en materia de uniones no matrimoniales, su denominación y sus efectos jurídicos.

A. *“Relación o asociación registrada” entre dos personas del mismo sexo*

Varias son las legislaciones que contienen una categoría denominada “sociedad registrada” entre dos personas del mismo sexo, con iguales efectos que el matrimonio, aunque a veces con algunas excepciones.

Así, por ejemplo, Dinamarca³² prevé la categoría “relación registrada” y exige como condiciones para registrarse que una de las par-

³¹ Véase, sobre este punto, Fernández Arroyo, Diego P., “Nuevos elementos del derecho internacional privado de la familia en Europa”, *Temas de derecho internacional privado y de derecho comunitario*, Universidad Católica del Uruguay, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, 1997, serie Congresos y conferencias núm. 17, pp. 71-88, esp. p. 83-4 (nota 32), donde el autor hace referencia a las leyes danesa de 1989, noruega de 1993 y sueca de 1994.

³² Act on Registered Partnership, núm. 372, 7 de junio de 1989 y enmiendas, seccs. 1 y 2.2.

tes tenga residencia habitual en Dinamarca y nacionalidad danesa, noruega, sueca, islandesa, holandesa³³ o finlandesa,³⁴ o que ambas partes hayan tenido su residencia habitual en Dinamarca durante los dos años inmediatos anteriores al registro. Le extiende básicamente los mismos efectos del matrimonio,³⁵ aunque excluye lo dispuesto en la ley danesa sobre adopción, prevista para los esposos.³⁶ No obstante, permite que uno de los integrantes de la relación registrada adopte a los hijos del otro, salvo que dicho niño sea un hijo adoptivo proveniente de otro país. Noruega,³⁷ Suecia,³⁸ Islandia³⁹ y Finlandia⁴⁰ aprobaron normas muy similares a la danesa, previendo la misma categoría, requisitos para su constitución y efectos.

El Código Civil holandés prevé dos categorías: la “relación registrada”⁴¹ y el “matrimonio”.⁴² La primera puede celebrarse entre personas del mismo o de diferente sexo. La norma hace hincapié en que no se puede estar vinculado con más de una persona a la vez a través del instituto de la relación registrada. Las personas vinculadas por una relación registrada tampoco pueden estar al mismo tiempo casadas. La relación registrada debe constituirse mediante un instrumento de registro de la relación, redactado por el Registro de Nacimientos, Fallecimientos, Matrimonios y Relaciones Registradas. Los interesados deben notificar a dicho Registro la residencia de una de las partes e información acerca de su estado civil. La categoría “matrimonio”, también prevista en el Código Civil holandés, comprende el celebrado por dos personas de diferente o del mismo sexo.

³³ Establecido por Orden ministerial núm. 929/2001.

³⁴ Establecido por Orden ministerial núm. 198/2002. El ministro de Justicia puede agregar otras, siempre que tengan una legislación equivalente a la danesa en materia de relaciones registradas.

³⁵ *Op. cit.*, nota 32, seccs. 2.1, 3 y 5.

³⁶ *Ibidem*, sección 4.1.

³⁷ Act on Registered Partnership, núm. 40, 30 de abril de 1993 y enmiendas.

³⁸ Act on Registered Partnership, núm. 1117, 23 de junio de 1994 y enmiendas.

³⁹ Act on Registered Partnership, núm. 87, 12 de junio de 1996 y enmiendas.

⁴⁰ Act on Registered Partnership, 950/2001 y enmiendas.

⁴¹ Artículo 80a del Código Civil, 1 de enero 1998.

⁴² Artículo 30 del Código Civil, 1 de abril 2001.

B. “*Relaciones de vida registradas*”

El derecho alemán⁴³ regula en forma más detallada que otros esta institución jurídica, reservada para las personas del mismo sexo. La relación se constituye mediante declaración recíproca, personal y en presencia de la otra parte de su voluntad de establecer una relación de vida. Dicha declaración no puede estar sujeta a ninguna condición o limitación. Ella deviene efectiva cuando se realiza ante autoridad competente. La ley establece los impedimentos habituales, como el de parentesco y el de la existencia de vínculo anterior no disuelto, entre otros.

C. “*Cohabitación legal*”

Esta categoría, prevista en el derecho belga,⁴⁴ refiere a la situación de vida en común de dos personas que hayan hecho una declaración de cohabitación legal, mediante un escrito presentado ante el oficial de estado civil de su domicilio común. Este último verifica que las dos partes cumplan con las condiciones legales y registra la cohabitación legal.

D. “*Pacto de solidaridad*” y “*concubinato*”

El derecho francés⁴⁵ prevé dos categorías: el “pacto civil de solidaridad” (Pacs) y el “concubinato”; ambas incluyen las uniones heterosexuales y las homosexuales. El primero es definido como un contrato entre dos personas físicas mayores, del mismo o de diferente sexo, para organizar su vida en común. Los impedimentos son los habituales de parentesco o estar ya unido por un vínculo de matrimonio o de pacto civil de solidaridad. En cuanto a las formalidades necesarias para constituirla, las partes deben hacer una declaración conjunta ante la escribanía del tribunal de instancia del lugar donde ellas fijen su

⁴³ Ley sobre Relaciones de Vida Registradas del 16 de febrero de 2001.

⁴⁴ Código Civil, libro III, Loi instaurant la Cohabitation Légale, 23 de noviembre de 1998, artículos 1475-1479.

⁴⁵ Código Civil, cap. XII. Du pacte civil de solidarité et du concubinage, Ley núm. 99-944, 15 de noviembre de 1999, artículos 515.1-515.8.

residencia común, la cual inscribe dicha declaración en el correspondiente registro. El concubinato se define como la unión de hecho, caracterizada por una vida en común estable y continuada, entre dos personas del mismo o de diferente sexo, que viven en pareja.

2. *Panorama en América Latina*

En nuestra región se observa una evolución similar —aunque más tardía— a la acaecida en Europa, en el sentido de incorporar a los ordenamientos jurídicos institutos como las uniones civiles, que buscan darle un marco jurídico a situaciones de hecho que siempre han existido, aunque no siempre han sido objeto de reconocimiento jurídico.

A. *“Unión civil”*

La ley núm. 1004 aprobada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 12 de diciembre de 2002 es la primera aprobada en América Latina sobre el punto. Regula la figura de la “unión civil”, la cual permite la formalización de las parejas homosexuales mediante su inscripción en el Registro Público de Uniones Civiles, para lo cual deberán demostrar mediante dos testigos, por lo menos, su convivencia anterior por un periodo no inferior a dos años, domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como una residencia de por lo menos dos años de antigüedad a la fecha en que se solicita la formalización de la pareja. Se trata de un acto a celebrarse ante el oficial público, formal y solemne, aunque no igual al de los matrimonios heterosexuales.

La ley legaliza “la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual”.⁴⁶ Se trata de una figura jurídica distinta al matrimonio y al concubinato que se denomina “unión civil”, y que puede estar integrada por personas del mismo o de distinto sexo. La ley otorga a los integrantes de la pareja un tratamiento similar al de los cónyuges, produciendo los mismos efectos con relación a algunas cuestiones como la cobertura de asis-

⁴⁶ Artículo 1 de la Ley 1004 del 14 de noviembre de 2006.

tencia médica, derechos laborales, etcétera. No se les reconoce en cambio la posibilidad de adoptar niños ni derecho a la herencia.

También se prevén las causales de disolución de la “unión civil”, incluyéndose entre otras el mutuo acuerdo, la voluntad unilateral de uno de los miembros de la unión civil y la muerte de uno de ellos. Los contrayentes podrán solicitar constancia escrita tanto de la inscripción en el Registro como de la disolución del vínculo.

Los impedimentos para formalizar esta unión refieren a la edad y al parentesco: no pueden ser menores de edad, si uno o ambos estaban casados deben previamente divorciarse, si celebraron antes otra unión civil deben disolverla, etcétera.

B. “Unión concubinaria”

Más recientemente, en Uruguay se aprueba la Ley de Unión Concubinaria,⁴⁷ que define esta institución como “la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas —cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulte alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1o., 2o., 4o. y 5o. del artículo 91 del Código Civil”⁴⁸ (artículo 2o.). Si bien la ley regula esta nueva institución jurídica de

⁴⁷ Ley núm. 18.246 de 18 de diciembre de 2007.

⁴⁸ Artículo 91. “Son impedimentos dirimentes para el matrimonio: 1o. La falta de edad requerida por las leyes de la República; esto es, catorce años cumplidos en el varón y doce cumplidos en la mujer. 2o. La falta de consentimiento en los contrayentes. Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito son hábiles para contraer matrimonio, siempre que se compruebe que pueden otorgar consentimiento. La comprobación se hará por informe médico aprobado judicialmente. 3o. El vínculo no disuelto de un matrimonio anterior. 4o. El parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o natural. 5o. En la línea transversal, el parentesco entre hermanos legítimos o naturales. 6o. El homicidio, tentativa o complicidad en el homicidio contra la persona de uno de los cónyuges, respecto del sobreviviente. 7o. La falta de consagración religiosa, cuando ésta se hubiere estipulado como condición resolutoria en el contrato y se reclamase el cumplimiento de ella en el mismo día de la celebración del matrimonio”.

forma similar al matrimonio, existen algunas diferencias destacables.⁴⁹ No existe un acto solemne constitutivo de la unión concubinaria, como en el matrimonio, sino que se trata de una situación de hecho —“la convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria”—que, cuando cumple con los requisitos del artículo 2o., “genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley” (artículo 1o.). Configurada la “unión concubinaria”, “los concubinos se deben asistencia recíproca personal y material. Asimismo están obligados a contribuir a los gastos del hogar de acuerdo a su respectiva situación económica” (artículo 3o.).

La ley faculta a “los propios concubinos, actuando conjunta o separadamente”, o a “cualquier interesado”, a promover “la declaratoria judicial de reconocimiento de la unión concubinaria” (artículo 4o.). Dicho reconocimiento judicial se tramita por el proceso voluntario regulado en los artículos 402 y siguientes del Código General del Proceso (artículo 6o.) y se inscribe en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección de Uniones Concubinarias (artículos 12 y 13). La unión concubinaria existe y surte los efectos que le asigna la ley aún cuando no se haya tramitado su reconocimiento judicial y posterior registro, lo cual como se dijo es una mera facultad de los concubinos.⁵⁰ Cuando existe declaratoria de reconocimiento judicial, ésta determina, entre otras cuestiones, la fecha de comienzo de la unión (artículo 5o.). La ley regula los efectos patrimoniales (artículo 5o.) y personales (artículo 3o.), los derechos y obligaciones de seguridad social (artículos 14 a 21), los derechos sucesorios (artículo 11) y la disolución de la unión concubinaria (artículos 8o. a 10).

En cuanto a la aplicación en el tiempo de ley 18.246, si bien ésta no regula el punto a texto expreso, nuestra jurisprudencia ha entendido que “si bien la ley no es retroactiva, corresponde la aplicación inmediata, reconociendo las uniones anteriores a la norma y que cumplan con los requisitos exigidos por la propia ley”.⁵¹

⁴⁹ Véase, sobre este punto, Rivero, Mabel y Ramos, Beatriz, *Unión concubinaria. Análisis de la Ley 18.246*, Montevideo, FCU, 2008, pp. 32-35.

⁵⁰ Ello surge de la interpretación armónica de los artículos 1o., 4o. y 9o. de la Ley. Cfr. *ibidem*, p. 45.

⁵¹ Sentencia núm. 1225 del 17 de abril de 2008, Juzgado Letrado de Familia de 23er. Turno (Estrella Pérez), que resuelve, en proceso voluntario, “declarar judicial-

V. AUSENCIA O INSUFICIENCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Y EL CONSIGUIENTE
PROBLEMA DE CALIFICACIÓN

En general se le ha prestado poca atención a las cuestiones propias del DIPr. al regular los nuevos institutos jurídicos referidos a las uniones no matrimoniales heterosexuales u homosexuales. Es el caso por ejemplo de Dinamarca y Noruega.

En Suecia, en cambio, se ha dispuesto como vía para regular dichas cuestiones, la extensión de la aplicación de muchas de las normas de DIPr. sobre matrimonio a las relaciones registradas.⁵²

Por su parte, la Ley Introductoria al Código Civil alemán (artículo 17 b) regula expresamente algunas cuestiones de DIPr., disponiendo que la formación de la sociedad registrada, sus efectos generales y patrimoniales, así como su disolución, se rijan por las disposiciones sustantivas del Estado donde dicha sociedad fue registrada. Las cuestiones relativas a alimentos y sucesión se regularán por la ley designada como aplicable por las respectivas reglas generales, pero si la sociedad no adquiere derechos alimentarios y sucesorios conforme a estas, se aplicará en lo pertinente a dichas cuestiones la ley del lugar de registro de la sociedad.

1. *Falta de regulación específica en el DIPr. vigente en Uruguay*

El DIPr. uruguayo vigente es ajeno a la referida realidad, ya que no prevé como categoría autónoma específica ninguna forma de unión no matrimonial. La ley 18.246 regula situaciones domésticas, sin incursionar en ninguna de las cuestiones atinentes al DIPr. Ello plantea un problema de calificación, ya que deberá determinarse si la relación no matrimonial (relación de vida calificada jurídicamente en

mente el reconocimiento de la unión concubinaria existente entre J. M. y A. F. desde agosto de 1994. Teniéndose presente los bienes adquiridos por el esfuerzo común” y oficia para su inscripción en el registro respectivo; *La Justicia Uruguaya*, t. 137, año 2008, suma 137090.

⁵² Jänterä-Jareborg, Maarit, “Registered Partnerships in Private International Law: The Scandinavian Approach”, en Boele-Woelki, Katharina y Fuchs, Angelika (eds.), *Legal Recognition...*, *cit.*, nota 6, pp. 137-158, esp. p. 140.

varios ordenamientos jurídicos como unión civil, relación o asociación registrada, pacto de solidaridad, cohabitación legal o unión concubinaria) fundada en un ordenamiento jurídico extranjero, es calificable dentro de algunas de las categorías previstas en el sistema de DIPr. que resulte aplicable al caso en el Estado donde aquella se pretenda hacer valer (en el caso de Uruguay, Apéndice del Código Civil, Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 o de 1940).

2. *Calificaciones posibles en categorías más generales*

A. *Calificación en la categoría “estado”*

Teniendo en cuenta el cuadro de categorías que ofrece el Apéndice del Código Civil, una posibilidad de calificación de las uniones no matrimoniales sería en la categoría “estado”, prevista en el artículo 2393. Lo mismo cabe afirmar con respecto al Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (artículo 1o.), aunque no así en lo que concierne al de 1889, que en su artículo 1o. sólo prevé la categoría “capacidad”.

Es de suponer, considerando la época en que fueron concebidas estas normas, que esta interpretación del alcance extensivo de la categoría “estado” no fue siquiera imaginada por el codificador nacional Vargas Guillemette ni tampoco por los delegados al Segundo Congreso Sudamericano celebrado en Montevideo en 1939-1940 o por el profesor Alfonsín.

Hoy día la realidad social ha evolucionado y son muchas las parejas que conviven sin formalizar su relación a través del matrimonio, por lo que en el ámbito de los derechos nacionales se han instrumentado soluciones a veces legislativas, otras solamente jurisprudenciales, para satisfacer las necesidades de las personas en cuanto a los efectos jurídicos de esta realidad social.⁵³ Por las mismas razones, el DIPr.

⁵³ Véase, sobre el tema, Rivero, Mabel y Ramos, Beatriz, *op. cit.*, nota 49, pp. 17 y 18.

debe dar respuesta a los conflictos de leyes y jurisdicciones que la misma plantea.⁵⁴

La propuesta de calificación de las uniones no matrimoniales en la categoría “estado” ha sido planteada ya, en la doctrina mexicana, por los reconocidos profesores Pereznieto Castro y Silva Silva,⁵⁵ quienes sostienen que “el concubinato” “forma parte del estado civil de las personas, aun cuando no exista una ley que expresamente así lo califique”. Y agregan: “En nuestra opinión, el concubinato sí califica dentro del estado civil de las personas, pues debemos considerar que es una situación en la vida del ser humano acogida por el derecho, en la que se fijan y reconocen deberes y derechos entre los concubinos y su familia. Implica, por tanto, un estado personal y familiar que forma parte del estado civil de las personas”.⁵⁶ Lo anterior es extensible a otras categorías previstas en los diversos ordenamientos jurídicos, tales como unión civil, pacto de solidaridad, o relación registrada.

Como consecuencia de la calificación propuesta, la ley reguladora del concubinato o relación jurídica equivalente sería la del domicilio de los concubinos. Las cuestiones sometidas a dicha ley serían la determinación de cuándo se configuran los supuestos para que la unión constituya un concubinato, las relaciones entre los integrantes de la

⁵⁴ Así se ha considerado en el grupo de trabajo que tiene a su cargo la elaboración de la nueva Ley nacional de DIPr en Uruguay. El borrador del Proyecto de Ley contiene —en su estado actual, que no ha sido definitivamente aprobado por el grupo— la siguiente propuesta de norma: “Artículo 27. Uniones no matrimoniales. 1. La ley del lugar de la constitución de las uniones no matrimoniales rige la capacidad de las personas para constituir la, la forma, la existencia y la validez de las mismas. 2. Los efectos derivados de las uniones no matrimoniales se rigen por la ley del Estado en donde se pretendan hacer valer”.

⁵⁵ Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford University Press, 2000, pp. 108-109.

⁵⁶ Distinta es la opinión de Rivero, Mabel y Ramos, Beatriz, *op. cit.*, nota 49, pp. 54-60, esp. p. 59, donde afirman: “creemos por lo tanto que la situación de los concubinos no crea un estado civil de tal, más allá de lo que sociológicamente pueda observarse en ese grupo humano”. No obstante, más adelante reconocen la existencia de un concepto más amplio de estado civil: “a nuestro parecer, cuando hablamos de concubinato y estado civil, podemos aceptar que ello no significa la situación de una persona dentro de la familia sino dentro de la sociedad, lo cual sería el concepto amplio que adopta parte de la doctrina al referirse al estado civil”.

pareja y la de éstos con su familia, la disolución del vínculo que los une y las consecuencias de la misma.

B. *Otras calificaciones posibles*

La jurisprudencia uruguaya no ha aceptado tradicionalmente la calificación del concubinato como un estado civil. El tema del concubinato *more uxorio* o de la mera unión no matrimonial y de sus efectos patrimoniales ha sido resuelto por la vía de considerarlo una sociedad de hecho o de reconocer a una de las partes derechos patrimoniales mediante la invocación de la teoría del enriquecimiento sin causa.

No hemos encontrado ningún caso de DIPr. en la materia, ya que las sentencias recaídas refieren todas a casos domésticos. No obstante, si lleváramos la línea de razonamiento manifestada en dichos casos al ámbito del DIPr., habría que calificar este tipo de uniones, ya sea como contratos, en el sentido de acuerdo de voluntades tendiente a producir efectos jurídicos, ya sea como relaciones cuasicontractuales. Esos efectos jurídicos no han sido reconocidos expresamente por nuestra legislación, pero sí por la jurisprudencia.

En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido el nacimiento de derechos patrimoniales entre los concubinos, los cuales pueden servir de base a acciones entre ellos o entre uno de ellos y los herederos del otro. Pero aquí tenemos dos problemas: el primero refiere a qué tipo de relación no matrimonial puede generar consecuencias patrimoniales y el segundo es cuál es el fundamento jurídico de los derechos reconocidos.

En cuanto al primer problema, tradicionalmente, nuestra jurisprudencia fue restrictiva en la admisión de reclamaciones patrimoniales derivadas del concubinato y exigió que el mismo tuviera características similares al matrimonio.

El TAC 7o., en sentencia núm. 135 de 5 de agosto de 1992 (Rodríguez Caorsi, Troise, Harriague),⁵⁷ ha expresado:

⁵⁷ TAC 7o., *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXIII, caso 209, p. 78.

Las reclamaciones patrimoniales exigen una relación concubinaria *more uxorio*. Ello quiere decir un vínculo de pareja muy fuerte, conocido, trascendente y extenso. Debemos admitir la distinción entre amantes estables y concubinos. Porque en verdad sólo un vínculo muy fuerte puede justificar el reclamo pecuniario por enriquecimiento sin causa. Ello porque si la sociedad de hecho (que es su consecuencia) tiene tales efectos, debe fundarse en un estrecho vínculo concubinario. Cuando la relación es irregular, parcial, sin cohabitación estable, la sociedad (que es un hecho) se vuelve equívoca y por ello es difícil que sirva de sustento, además al enriquecimiento sin causa.

Más recientemente y en forma progresiva, la jurisprudencia ha ido admitiendo una interpretación más amplia de las relaciones no matrimoniales, como generadoras de derechos. El TAC 4o., en sentencia núm. 46 de 28 de marzo de 2001 (Larrieux, Turell, Tobia),⁵⁸ entiende suficiente “que exista la unión o relación sexual entre un hombre y una mujer caracterizada por continuidad, permanencia y exclusividad, lo que permite distinguirla de la relación de ‘amante’ cuando esta se caracteriza por la nota de inestabilidad, accidentalidad o fugacidad”.

Y el TAF 1o., en sentencia núm. 5 de 7 de febrero de 2000 (Martínez, Battistella, Monserrat),⁵⁹ admite un concepto aún más amplio, no limitándolo al concubinato *more uxorio* que requería tradicionalmente “comunidad de mesa, techo y lecho” y apariencia de matrimonio. En esta concepción basta que se llenen ciertas pautas tales como “la existencia de una relación afectiva entre las partes; que se complementa con las relaciones íntimas de la pareja que tiene una determinada duración en el tiempo que son notorias y de carácter exclusivo”.

En cuanto al segundo problema, el TAF 2o., en sentencia núm. 219 de 29 de noviembre de 2000 (Pérez Manrique, Silbermann, Viña De Prigue),⁶⁰ dice:

Respecto al concubinato no existe previsión legal, debiéndose estar en consecuencia a un criterio amplio, lo que llevó a la jurisprudencia a re-

⁵⁸ TAC 4o., *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXII, caso 156, p. 89.

⁵⁹ TAF 1o., *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXI, caso 153, p. 81.

⁶⁰ TAC 2o., *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXI, caso 155, p. 81.

currir a institutos como el de la sociedad de hecho o el del enriquecimiento sin causa para cubrir el vacío legal, exigiéndose la prueba necesaria y sin presunciones de especie alguna, de la existencia en el caso de los elementos configurativos de tales institutos.

La situación cambia a partir de la entrada en vigor de la ley 18.246 ya referida, al reconocer esta expresamente la categoría “unión concubinaria” desaparece la laguna que a nivel normativo existía en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Ahora bien, volviendo al tema del DIPr., parece evidente que nuestra jurisprudencia irá avanzando por el camino de reconocer la existencia, validez y efectos a las diversas formas de uniones no matrimoniales constituidas en el extranjero. En cuanto a las consecuencias patrimoniales de las uniones no matrimoniales, el fundamento por el cual la jurisprudencia uruguaya ha reconocido derechos a los concubinos no ha sido nunca considerar tal relación como un “estado civil”, sino como una sociedad de hecho entre dos sujetos del mismo o de distinto sexo, que puede dar lugar a reclamaciones por enriquecimiento sin causa al disolverse la misma.

Y en ese caso, el tema de calificación que todo el problema de las uniones no matrimoniales plantea al internacional privatista, se desplaza de la categoría “estado” a la categoría actos jurídicos que es la que regula las relaciones contractuales y cuasicontractuales, especialmente el enriquecimiento sin causa y la sociedad de hecho.

La ley aplicable a una sociedad de hecho, dentro del sistema de DIPr. del Apéndice del Código Civil, sería la del domicilio común al tiempo de la celebración del contrato. Y ello con base en el siguiente razonamiento: en principio, si la relación de “sociedad de hecho” que llamamos “unión no matrimonial” se considera contractual, la misma no tendría un lugar de cumplimiento, por lo cual deberíamos ir al domicilio del deudor al tiempo de la celebración (artículo 34 lit.c del TDCI Montevideo 1889, al que se remite el artículo 2399 CC). En este caso debería ser el domicilio común al comenzar la relación de concubinato.

Podría plantearse qué sucedería si no existiera domicilio común. En primer lugar, si los “concubinos” vivieran separados, la existencia de la relación misma podría estar en entredicho. Y en segundo lugar, parece evidente que no podríamos tomar como domicilio el de uno

solo de ellos, ya que no es admisible que la ley aplicable sea diferente según cuál sea el “socio” que reclama. La doctrina en general encuentra una solución uniforme en la disposición del artículo 40 del TDCI Montevideo 1940, que generalizó la solución particular que con relación al contrato de permuta daba el Tratado de 1889: cuando no es posible determinar el lugar de cumplimiento al tiempo de la celebración del contrato, la ley reguladora es la del lugar de celebración. Ello nos llevaría en la especie al primer domicilio común de la pareja que concretara una “unión no matrimonial”.

Si consideráramos la base de la reclamación patrimonial como cuasicontractual (enriquecimiento sin causa), el artículo 38 del TDCIM de 1889 nos remitiría al lugar donde ocurrió el hecho generador, y este no podría ser otro que el lugar del domicilio común de la pareja.

Advirtamos entonces que no existiría una solución discordante con la solución de ley aplicable que podría surgir si calificamos a la unión no matrimonial dentro de la categoría “estado”, ya que la misma también nos remitiría al domicilio de las partes.

VI. LA CONTINUIDAD JURÍDICA A TRAVÉS DE LAS FRONTERAS

1. *Necesidad de las personas*

Existe un dato de la realidad que resulta insoslayable: “siendo la estructura del mundo jurídico a nivel planetario, parcelada”, la “continuidad (jurídica) de la relación jurídica otorgada por su calificación como tal por el sistema interno, no va en principio más allá de los límites de la vigencia de éste”. Es en ese contexto que aparece el DIPr. como “la disciplina jurídica cuya finalidad específica es la de resolver el problema de la discontinuidad frente a las exigencias fácticas de las relaciones humanas”,⁶¹ que transponen fronteras jurídicas y requieren el reconocimiento de las mismas cuando ello ocurre.

Como bien señalan Ruiz-Rico Ruiz y Casado:⁶²

⁶¹ Herbert, Ronald, *op. cit.*, nota 4, pp. 93-118, esp. p. 103.

⁶² Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel y Casado Casado, Belén, “Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales”, *Revista Crítica de*

Los juristas no somos ni debemos ser sujetos apegados a una estricta y férrea metodología, sino que tenemos el deber moral de estar atentos a lo que la sociedad reclama en cada momento, y por qué lo reclama, para, a partir de ahí, buscar los cauces técnicos para dar respuesta a esas demandas sociales o para orientarla y excepcionalmente corregirla.

Y a continuación afirman que mientras la mayoría de los juristas se afilian a la tesis de la diferenciación de las dos instituciones —matrimonio y unión no matrimonial—, a nivel social parece existir la convicción contraria, es decir, que aunque son fenómenos distintos, deben ser objeto de una casi total equiparación en cuanto a su régimen jurídico. Y concluyen afirmando algo que resulta innegable a la luz del análisis del derecho comparado: “que esta misma tendencia equiparadora ha quedado ya plasmada, de forma callada pero imparables, en múltiples textos legales” estatales y en la jurisprudencia. Con respecto a aquellos, baste mencionar algunos ejemplos: la sección 3 de la ley dinamarquesa ya citada, que le atribuye a las sociedades registradas los mismos efectos que al matrimonio, aunque con alguna excepción. De igual forma, la sección 3 de la ley noruega, la sección 5 de la ley islandesa y la sección 8 de la ley finlandesa, ya referidas, entre otras.

Lo antedicho es lógico dado que resulta incuestionable que el matrimonio ya no es el único modelo de convivencia reconocido por diversos ordenamientos jurídicos, lo cual implica “poner en discusión el contenido de la formación social más elemental de la sociedad” y plantea serios problemas de DIPr. respecto del reconocimiento de matrimonios y otras formas de uniones no matrimoniales celebrados en el extranjero.⁶³

2. *La respuesta del derecho internacional privado*

El DIPr. no necesariamente garantiza en todos los casos la continuidad jurídica de las relaciones jurídicas fundadas en un ordenamiento jurídico extranjero. Por el contrario, la función del DIPr. es

Derecho Inmobiliario, núm. 685, septiembre-octubre de 2005. Extracto en <http://vlex.com/vid/328787>.

⁶³ Alonso Pérez, José Ignacio, *op. cit.*, nota 29.

establecer en qué condiciones se le reconocerá o no continuidad jurídica a cada relación. Ello dependerá básicamente de la política legislativa de cada Estado⁶⁴ o grupo de Estados⁶⁵ en cada materia, la cual se manifiesta en la norma de DIPr. a través de su punto de conexión y sienta la regla general al respecto. Eventualmente se podrá luego recurrir a los mecanismos de ajuste del sistema de conflicto —general, abstracto y apriorístico— que éste mismo prevé, cuando el resultado al que se arriba tras su aplicación práctica se aparta de dichas políticas. Esos mecanismos⁶⁶ estarán destinados a ampliar o restringir el criterio general.

A. *Validez y eficacia internacional del matrimonio*

Desde el punto de vista del DIPr. autónomo uruguayo y de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, el matrimonio válido conforme a la ley del lugar de celebración (ley internacionalmente competente conforme a dichas fuentes normativas) es internacionalmente válido y eficaz. En otras palabras, el DIPr. uruguayo establece condiciones amplias tendientes a facilitar la continuidad jurídica de los matrimonios celebrados en el extranjero. Las condiciones mínimas que exige para tal reconocimiento es que se hayan cumplido los requisitos establecidos en la ley del lugar de celebración, independientemente de que éstos no coincidan con los del derecho material interno uruguayo. Ese reconocimiento amplio puede tener, no obstante, algunas limitaciones tendientes a proteger la cohesión interna frente a la armonía internacional, como la excepción de orden público internacional, los cuales se analizan más adelante. De todas formas, como se verá, ellos se interpondrán al reconocimiento de la eficacia extraterritorial, pero no a la validez del matrimonio celebrado en el extranjero.

⁶⁴ Cuando se trata de DIPr autónomo o de fuente interna.

⁶⁵ Cuando se trata de normas convencionales bilaterales o multilaterales.

⁶⁶ En especial, la calificación, los derechos adquiridos, el reenvío, la cuestión previa y la armonización.

B. *Validez y eficacia internacional de las uniones no matrimoniales*

a. *Validez conforme al derecho aplicable*

La calificación propuesta en el apartado anterior —en la categoría “estado”— habilita a reconocerle validez a las uniones no matrimoniales fundadas en el derecho del domicilio de los integrantes de la pareja, cuando este sea un derecho extranjero que sí las admita, las regule de manera específica y les reconozca consecuencias jurídicas. Y esto es así porque dada esa calificación, la ley del domicilio de las personas de cuyo “estado” se trate sería la internacionalmente competente —según el DIPr. uruguayo vigente— para regular la relación.

b. *Reconocimiento de los derechos adquiridos*

Además del argumento anterior, es de principio el reconocimiento de los derechos válidamente adquiridos conforme al orden jurídico fundante. Este mecanismo ha sido, por otra parte, expresamente regulado en el artículo 7o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979, CIDIP-II), ratificada por Uruguay,⁶⁷ que establece que si una determinada situación fue válidamente creada “de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenga(n) una conexión al momento de su creación”, deberá ser reconocida en nuestro país, salvo, obviamente, que sea contraria a nuestro orden público internacional, interpretado en forma restrictiva y conforme a la Declaración de 1979, como se verá.

⁶⁷ Por tratarse de una convención universal, la misma se aplica siempre que el Estado del juez sea parte de la misma, aunque los demás Estados involucrados en el caso no lo sean. Véase, a este respecto, Goldschmidt, Werner, “Normas generales de la CIDIP-II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano”, *Anuario Jurídico Interamericano 1979*, Washington, OEA, p. 150, y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Curso de derecho internacional privado. Parte general*, Montevideo, FCU, 2001, t. I, p. 179.

c. Incidencia de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes

A pesar de algunos avances en la normativa vigente y en la jurisprudencia con relación al matrimonio, la regulación de esta categoría en Uruguay y en la región sigue siendo la tradicional, la cual se basa —como explica Beatriz Pallarés—⁶⁸ “en el tríptico que constituyen el principio de la monogamia, de la heterosexualidad y la exogamia reunidos en torno al vértice piramidal del consentimiento”. Parece evidente que dicha regulación no se ajusta a las “nuevas formas alternativas de matrimonio” y a los nuevos modelos de familia.

Debe tenerse en cuenta que no se trata solamente de una evolución social, fáctica, cultural, con respecto a la pareja y la familia, sino de nuevos enfoques y principios consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, Pallarés⁶⁹ señala que esos principios en materia de familia son el de libertad, igualdad y no discriminación, y que están consagrados en textos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de ONU, del 16 de diciembre de 1966, artículo 23, en cuanto consagra el derecho a que el matrimonio se base en el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes; la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969), artículo 17, que reafirma el principio de no discriminación; y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, ONU, 18 de diciembre de 1979.

En consecuencia, cuando en Uruguay se analiza, ya sea en sede judicial, administrativa u otra, la posibilidad de reconocerle o no eficacia a una de estas nuevas formas de pareja o familia —jurídicamente reconocidas y reguladas en algunos derechos extranjeros— a la luz de los principios fundamentales del orden público internacional uruguayo, debería tenerse en cuenta que Uruguay es parte de los referidos tratados de derechos humanos, y que por tanto los principios

⁶⁸ Pallarés, Beatriz, “El régimen internacional del matrimonio en el derecho de los países del Cono Sur del Continente Americano”, *Jornadas de derecho internacional*, Washington, OEA, Secretaría General-UNAM, 2002, pp. 181-233, esp. pp. 181-182.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 185.

de libertad, igualdad y no discriminación con relación al régimen de la familia están incorporados positivamente al orden jurídico uruguayo.

Fernández Arroyo,⁷⁰ al analizar las tendencias europeas en la materia, plantea que bien podría priorizarse el “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”.

d. Institución análoga

La excepción de institución desconocida habilita al juez a no aplicar el derecho extranjero que resulta aplicable en virtud de la norma de conflicto, cuando éste contenga una institución jurídica o un procedimiento desconocido por el sistema jurídico del juez. Claro que como toda excepción al normal funcionamiento del sistema de conflicto, este mecanismo es de interpretación restrictiva. Debe aplicarse dentro de los límites que el propio sistema de DIPr., en nuestro caso, establece como condición para que el juez pueda recurrir a esta excepción: que no exista en su ordenamiento jurídico instituciones o procedimientos análogos, equivalentes a los del derecho extranjero aplicable (artículo 3o. de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr.). Sólo en esa hipótesis, es decir luego de descartar la analogía, podrá el juez dejar de aplicar el derecho extranjero regularmente aplicable.

Con respecto a las distintas formas de uniones no matrimoniales y matrimoniales, hetero u homosexuales, previstas en los diversos ordenamientos jurídicos extranjeros, habría que descartar la existencia de una institución análoga en el ordenamiento jurídico del juez. Ello parece difícil, desde el punto de vista uruguayo, luego de la aprobación de la ley 18.246, y será imposible si se aprueba el texto proyectado de la nueva ley nacional de DIPr.

⁷⁰ Fernández Arroyo, Diego P., “Nuevos elementos...”, *cit.*, nota 31, pp. 75 y 83.

VII. LÍMITES A LA CONTINUIDAD JURÍDICA

1. *La regla general establecida por la norma de conflicto*

Conforme al DIPr. uruguayo autónomo,⁷¹ cuando se han cumplido todos los requisitos de la ley del lugar de celebración del matrimonio, este será, en principio, internacionalmente válido y eficaz. En consecuencia, la validez y la eficacia de ese matrimonio serán reconocidas no sólo en el Estado donde se celebró sino en Uruguay y en los demás Estados cuyo DIPr. así lo establezca.

Si se trata de dos Estados parte del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 o de 1940, el Estado receptor —es decir, aquel donde se invoca la validez del matrimonio— deberá reconocer dicha validez si se cumplieron los requisitos establecidos por el respectivo tratado, es decir, los de la ley del lugar de celebración del matrimonio. Ello es preceptivo. Si el matrimonio celebrado válidamente conforme al derecho del lugar de celebración cumple además con las condiciones materiales mínimas establecidas en los incisos segundos de los artículos 11 y 13 respectivamente de los Tratados de 1889 y de 1940,⁷² ningún Estado parte del respectivo Tratado podrá oponerle la excepción de orden público internacional para desconocer su validez y eficacia, ya que prima la norma especial del inciso 2 de los artículos 11 y 13 frente a la norma general del artículo 4o. de los protocolos adicionales a los Tratados.⁷³ El referido inciso segundo faculta a los demás Estados parte a desconocer la validez de un matrimonio celebrado en un Estado parte del Tratado cuando, a pesar de haberse cumplido los requisitos de la ley del lugar de celebración, no se hubiera hecho lo propio con estos requisitos mínimos que enumeran los Tratados en los artículos 11 y 13, inciso 2. Esta in-

⁷¹ Artículo 2395 del Código Civil.

⁷² Dichas normas establecen que “los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de alguno de los siguientes impedimentos”, y a continuación son enumerados. Estos refieren la edad mínima de 14 años, el varón, y 12, la mujer; grado de parentesco; haber dado muerte al cónyuge, y la existencia de un matrimonio anterior no disuelto legalmente.

⁷³ Alfonsín, *Sistema...*, *cit.*, nota 12, núm. 900, p. 551-2 y Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 290.

terpretación se basa en la letra clara de las normas de referencia, en cuanto establecen que los Estados “no quedarán obligados a reconocer”, lo que significa que puede desconocerlo, pero también puede admitirlo. Ese eventual desconocimiento tendrá efectos exclusivamente territoriales.

Ahora bien, si el matrimonio es válido conforme a la ley del lugar de su celebración, y por tanto válido internacionalmente, y además cumplió con los requisitos del inciso 2 de los artículos 11 o 13 respectivamente, ningún Estado parte del Tratado podrá desconocer su validez alegando que afecta su orden público internacional. Y esto es así porque los Estados parte del Tratado acordaron reconocer aquel matrimonio que, al margen de cuáles sean los requisitos materiales de la ley nacional del Estado donde se celebró, no adolece de ninguno de los impedimentos previstos en la norma del Tratado.⁷⁴

Sin perjuicio de la claridad de las disposiciones analizadas, Goldschmidt⁷⁵ parece adoptar una interpretación distinta, sosteniendo que la norma del inciso 2 es preceptiva, es decir que si un matrimonio se halla viciado de alguno de los impedimentos allí previstos, aunque cumpla con los requisitos de la ley del lugar de celebración, debe ser desconocido por los demás Estados parte del Tratado, por tratarse de impedimentos dirimentes. Nos parece claramente más ajustada a derecho la interpretación de Alfonsín, porque es fiel a la letra de la norma, y es de principio —recogido expresamente en el artículo 17 del Código Civil— que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.

2. *El orden público internacional*

Las normas nacionales materiales que regulan las condiciones de validez del matrimonio⁷⁶ son de orden público interno, es decir, no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes; deben cum-

⁷⁴ Esta posición ha sido defendida por Alfonsín, *op. cit.*, nota anterior, p. 552, y también por Pallarés, Beatriz, “El régimen internacional...”, *cit.*, nota 68, pp. 181-233, esp. p. 197.

⁷⁵ Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional...*, *cit.*, nota 73.

⁷⁶ Código Civil, artículos 83 y ss.

plirse por todos aquellos que pretendan celebrar matrimonio válido en el territorio del Estado que las dictó.⁷⁷

Pero no todas las condiciones y requisitos exigidos por la ley del lugar de celebración pueden ser consideradas de orden público internacional, concepto mucho más restringido que comprende sólo aquellos principios fundamentales en los que el Estado asienta su individualidad jurídica.⁷⁸ Y dichos principios varían no sólo de un lugar a otro sino también a lo largo del tiempo.

Así, por ejemplo, antes de la aprobación de la Ley 18.246 era previsible que los jueces uruguayos consideraran que el carácter heterosexual del matrimonio constituía un principio del orden público internacional uruguayo, pero esta apreciación no puede permanecer estática en el tiempo. Más allá de la evolución que el tema ha tenido en el derecho comparado, no parece factible que con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley uruguaya referida, la heterosexualidad de las parejas pudiera ser invocada como principio de orden público internacional. Ello sin dejar de tener presente que el ordenamiento jurídico uruguayo, al igual que otros mencionados *supra*, distingue y regula separadamente dos categorías: el matrimonio —que sólo puede ser heterosexual— y la unión concubinaria —que puede ser heterosexual u homosexual—.

Cabe insistir en que los principios de orden público internacional no coinciden necesariamente con las normas de orden público interno en materia de validez del matrimonio. Por el contrario, la identificación de aquellos debe hacerse necesariamente, como lo ordena con fuerza de interpretación legal preceptiva, conforme la Declaración uruguaya de 1979, es decir, con un criterio restrictivo.

En consecuencia, para que las autoridades uruguayas actuantes puedan desconocer eficacia a un matrimonio válidamente celebrado conforme a la ley del lugar de celebración, o una unión no matrimonial válida conforme al lugar de su constitución, ésta deberá ofender “en forma concreta grave y manifiesta normas y principios esenciales de orden público internacional” en los que el Estado uruguayo asienta su individualidad jurídica. Se trata de una “autorización excepcio-

⁷⁷ Alfonsín, *Sistema...*, *cit.*, nota 12, núm. 835-6, pp. 476-478.

⁷⁸ Véase Declaración de Uruguay efectuada en 1979, con ocasión de la CIDIP-II en Montevideo.

nal” para que “en forma no discrecional y fundada” los jueces declaren no aplicables los efectos de la ley extranjera competente.

La sentencia núm. 372 de la SCJ, de 17 de octubre de 1997 (Cairolí, Marabotto, Torello, Alonso De Marco, Mariño),⁷⁹ menciona como ejemplo de orden público uruguayo, “el carácter monogámico del matrimonio”, reconociendo que “el orden público tal como corresponde a una sociedad y a una época varía con el movimiento de las ideas de cada sociedad”. Otro principio fundamental de orden público internacional es sin duda el libre consentimiento de ambos contrayentes. No lo son, en cambio, las formalidades exigidas en cada ordenamiento.

También podría ocurrir que la causal de nulidad de un matrimonio celebrado en el extranjero, previstas en la ley de ese Estado extranjero, contravinieran principios fundamentales del orden público internacional uruguayo. Sería el caso de que el orden jurídico fundante considerara nulo un matrimonio por pertenecer los contrayentes a etnias o religiones diferentes. En ese caso, precisamente por razones de orden público internacional, las autoridades uruguayas podrían reconocer validez y eficacia a ese matrimonio.⁸⁰

VIII. CONCLUSIONES

Las legislaciones nacionales han ido regulando las uniones matrimoniales y no matrimoniales, heterosexuales u homosexuales, de diversas formas, denominando de manera distinta las respectivas categorías y dándoles un alcance no siempre coincidente.

Cuando una pareja homosexual o heterosexual, calificada por el orden jurídico fundante como matrimonio, unión registrada, unión concubinaria, o de alguna otra manera, cruza fronteras jurídicas, la cuestión escapa a las normas materiales nacionales o autónomas y reclama la atención del DIPr.

⁷⁹ LJU, núm. 13.476. Véase, en particular, el considerando IV. Adviértase que la Corte no distingue con claridad el orden público interno del internacional, ni mucho menos cita la Declaración de 1979. Cita, no obstante, la opinión de Alfonsín. Nótese que el caso en cuestión no presenta elementos de internacionalidad, al menos en cuanto puede interpretarse a partir de la sentencia.

⁸⁰ Alfonsín, *Sistema...*, *cit.*, nota 12, núm. 870, p. 512.

Sin embargo, son pocos los ordenamientos jurídicos que regulan especialmente las cuestiones propias del DIPr. que se plantean con relación a los nuevos institutos jurídicos referidos a las uniones no matrimoniales heterosexuales u homosexuales, y a las formas no tradicionales de uniones matrimoniales previstos en algunos derechos. Algunos lo hacen por la vía de la analogía, extendiéndoles las normas regulatorias del matrimonio tradicional, y otros a través de una norma de conflicto específica.

En consecuencia, en los casos de ausencia o insuficiencia de las normas de DIPr. específicas, se plantea un problema de calificación, ya que deberá determinarse si la relación en cuestión, calificada jurídicamente por el orden jurídico fundante —extranjero— como unión civil, relación o asociación registrada, pacto de solidaridad, cohabitación legal, unión concubinaria o matrimonio homosexual, es calificable dentro de algunas de las categorías previstas en el sistema de DIPr. que resulte aplicable al caso en el Estado donde aquella se pretenda hacer valer. La continuidad jurídica que este último le reconozca a dicha relación es una necesidad de las personas, a cuya respuesta debe abocarse el DIPr. Este no necesariamente les garantiza en todos los casos la continuidad jurídica. Por el contrario, su función es establecer en qué condiciones se le reconocerá o no continuidad jurídica a cada relación, lo cual dependerá básicamente de la política legislativa de cada Estado.