

LA UNIÓN CONVIVENCIAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

SOME CONSIDERATIONS ABOUT DOMESTIC PARTNERSHIPS IN THE LIGHT OF ARGENTINE INTERNATIONAL PRIVATE LAW.

Carlos E. Echegaray de Maussion¹

“Con respecto a la cuestión de las relaciones, mi visión general es que la libertad significa libertad para todos. La gente debería ser libre de entrar en cualquier tipo de relación que quieran”.
Dick Cheney

RESUMEN:

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en 2015 se introdujo en el sistema legal argentino el instituto jurídico de la unión convivencial, siendo regulada en el mismo desde la doble concepción de derecho interno y de derecho internacional privado.

El objetivo de este trabajo es hacer algunas consideraciones de dicho instituto desde la óptica del Derecho internacional privado y de los problemas que las normas que lo regulan sobre jurisdicción y derecho aplicable pueden acarrear en su interpretación y aplicación y proponer la discusión de una reforma de la norma reguladora del derecho aplicable acorde a las necesidades actuales del tráfico jurídico.

ABSTRACT

With the enactment of the new Civil and Commercial Code of the Argentine Republic (CCC) in 2015, the legal concept known as domestic partnership was introduced into the Argentine legal system, and it was organized both from the perspective of domestic law and international private law.

The goal of this paper is to provide various considerations as regards such legal concept in the light of both international private law and the problems that the norms regulating such concept may involve in terms of competence and applicable law, for interpretation and

¹ Profesor titular de Derecho Internacional Privado Universidad Blas Pascal, Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Salta. Córdoba, República Argentina. Córdoba (R.A) carlosechegaraydemaussion@gmail.com

applicability purposes thereof. Besides, this work seeks to open debate for a reformulation of the norm regulating applicable law tailored to the current needs of legal workload.

PALABRAS CLAVE: unión convivencial, tratados internacionales, CCCN, jurisdicción, derecho aplicable.

KEY WORDS: domestic partnership, international treaties, CCC, competence, applicable law.

I. Introducción

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en 2015 se introdujo en el sistema legal argentino el instituto jurídico de la unión convivencial² (UC), siendo regulada en el mismo desde la doble concepción de derecho interno³ y de derecho internacional privado⁴.

Si tenemos en cuenta que las UC no se encontraban reguladas en el Código de Vélez Sarsfield, su incorporación introdujo una importante innovación que respondió y responde a las necesidades y a la realidad de la familia del siglo XXI.

El objetivo de este trabajo es hacer algunas consideraciones de dicho instituto desde la óptica del Derecho internacional privado y de los problemas que las normas que lo regulan pueden acarrear en su interpretación y aplicación.

II. Antecedentes

En las últimas décadas, hemos asistido en el mundo a múltiples e importantes cambios entre los que se destacan el importante desarrollo de la tecnología, la globalización mundial, la mayor movilidad de las personas que se desplazan de un Estado a otro por diversas razones como por ejemplo cuestiones familiares, laborales, e incluso académicas, los movimientos migratorios, los desplazamientos involuntarios por motivos bélicos y a lo que hay que sumar el aumento de las parejas o matrimonios mixtos que suelen proceder de diferentes, culturas, etnias o religiones.

Estas cuestiones han modificado los patrones clásicos del modelo familiar, al considerar a la familia como una institución que se adapta al contexto social. Así, el arquetipo básico por excelencia en las sociedades tradicionales, compuesto por los padres y los hijos y/o la familia extensa, ha dejado paso, en las sociedades industrializadas, a un aumento de familias monoparentales y homoparentales.

El paulatino abandono del componente religioso, como parte importante del esquema de estructuración familiar y social, ha liberado a los matrimonios de su carácter duradero, lo que ha facilitado la aparición de distintos tipos de familias y al establecimiento de UC entre personas de igual o distinto género.

2 Las UC también son llamadas uniones de hecho, uniones estables, unión de personas libres, concubinato y matrimonios de hecho según distintas fuentes legislativas.

3 Artículos 509 y ss del CCCN

4 Artículos 2627 y 2628 del CCCN

"Las uniones de hecho son una realidad compleja y variopinta en el Derecho Comparado, algunos sistemas consideran contraria al orden público la convivencia extramatrimonial; en otros, es una institución asimilada al matrimonio; y en la mayoría, aunque dicha convivencia es lícita, no puede ser asimilada al matrimonio, no constituye un estado civil y solo se le reconocen efectos sustanciales en el marco de las relaciones patrimoniales."⁵

Está claro que no existe en el Derecho comparado unanimidad sobre su concepto o caracterización, ya que justamente estas uniones se caracterizan por su heterogeneidad en cuanto al modo en que han sido reconocidas limitando su existencia a parejas de distinto sexo o admitiéndolas para las del mismo sexo; o permitiendo y regulando situaciones bilaterales o multilaterales al reconocer uniones constituidas por más de dos personas.

Vemos que en la nueva regulación consagrada por el CCCN se reconocen expresamente las familias constituidas por dos personas de igual o distinto sexo y que optan por no contraer nupcias, otorgándole protección a su situación de hecho basada en principios de solidaridad, de igualdad entre sus integrantes, de interés superior del menor y de identidad, por mencionar algunos.

III. La unión convivencial. Concepto.

La UC puede ser definida como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo, exigiéndose además que se cumplan determinados requisitos legales.⁶

Como lo enseña Aída Kemelmajer de Carlucci, *"existe un derecho a no contraer matrimonio; o sea, al lado de la libertad positiva (casarse) se ubica la libertad negativa, de manera que contraer matrimonio no es un deber u obligación. La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado ni las radicales consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que éste conlleva contra su voluntad. En otras palabras, el ordenamiento no puede imponer a los particulares la celebración de un matrimonio, del mismo modo que no puede prohibirlo"*⁷

Pero a pesar del importante avance que ha implicado su incorporación en el CCCN, se trata de un vínculo que parte de una situación de hecho y en el cual por lo general no existe un acto jurídico que formalmente le dé inicio como sucede en el matrimonio, situación ésta que puede acarrear complicaciones.

Asimismo, no es extraño que pueda darse el caso de una pareja que inicia su convivencia en un Estado y que luego se traslada a otro donde pretendan que su unión sea reconocida y que además el derecho de su nueva residencia les brinde soluciones ante eventuales dificultades que puedan presentarse al momento de su disolución.

Este traslado de un país a otro y el requerimiento de reconocimiento y amparo de la UC nos lleva al campo del derecho internacional privado y es dentro de este campo donde pueden surgir algunos problemas como el de saber qué Estado tiene aptitud para juzgar

⁵ FERNÁNDEZ ROSAS, José C. y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho internacional privado. Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 8° ed., pág. 434.

⁶ Los convivientes deben ser mayores de edad, no estar unidos por vínculo de parentesco en línea recta o colateral hasta el segundo grado, ni afinidad en línea recta, no deben tener impedimento de ligamen y la convivencia debe ser superior a dos años.

⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. LA LEY 2014-E, 1267.

esos casos, cuál será el derecho internacional privado que lo regulará y para la hipótesis que se pretenda hacer valer una unión constituida en el extranjero como se deberá proceder en ese caso en concreto.

“Toda disputa que se suscite entre las partes de una relación internacional en la que no se hubiese previsto de antemano ningún método alternativo de solución de eventuales controversias, muy probablemente concluirá por plantearse ante los tribunales de alguno de los Estados nacionales vinculados al caso.

Hemos de analizar, pues algunas de las diferentes facetas que presenta este supuesto. El primer interrogante que cabrá plantearse en estos casos se referirá a la jurisdicción competente. Esto es, la determinación del tribunal ante el cual ocurriremos a plantear el litigio (fórum), casi inmediateamente, una segunda inquietud nos llevará a preguntarnos sobre el derecho de fondo aplicable al conflicto (ius).”⁸

IV. Derecho internacional privado convencional: tratados vigentes en la materia

“La inclusión del instituto de la UC en el sistema jurídico argentino es la consecuencia de un cambio cultural significativo, cuyos fundamentos se encuentran en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Numerosos instrumentos internacionales han consagrado derechos vinculados a la familia, así la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su art. 16 dispone que las personas tienen el derecho a casarse o formar una familia y se reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad⁹. A su vez, el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰ consagra dicho derecho de igual manera en cuanto consagra el derecho a que el matrimonio se base en el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes.”¹¹

A su vez, los principios de libertad, igualdad y no discriminación en materia de familia están consagrados en otros textos tales como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 17, que reafirma el principio de no discriminación¹² y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979.

Por su lado, la República Argentina, a través de la reforma constitucional de 1994, ha reconocido jerarquía constitucional a dichos instrumentos internacionales (art. 75 inc. 22 CN).

Dentro del ordenamiento jurídico argentino, la protección legal de las uniones de hecho se puede fundar en el artículo 14 bis de la CN que determina la protección integral de la familia y en los artículos 16 y 19 del mismo cuerpo que receptan la igualdad ante la ley y el derecho a la intimidad, respectivamente.

⁸ UZAL, María Elsa. Derecho Internacional Privado. Thomson Reuter LA LEY, Buenos Aires, 2016, pág.194.

⁹ Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

¹⁰ 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán 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. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

¹¹ PDREYZIN DE KLOR, Adriana. Derecho Internacional Privado actual. Zavallia, Buenos Aires, 2015, pág. 212

¹² 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

En cuanto a las fuentes convencionales específicas de la materia, como son los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 no contienen una regulación al respecto.

Por su parte en el ámbito universal específico, la Conferencia de la Haya¹³ ha tratado el tema desde 1987, habiendo comenzado a trabajar con el derecho aplicable para con posterioridad ampliarlos a los temas de jurisdicción y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

*"A su turno, la nota de la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de mayo de 2000 concluyó principalmente que a) El fenómeno de la cohabitación escapa a toda suerte de generalización; b) Los países europeos pueden dividirse en tres grupos: aquellos en los que la cohabitación está establecida como una realidad consolidada, para los que constituye un fenómeno naciente, y para los que prácticamente no existe; c) Las respuestas legales a la cohabitación fuera del matrimonio en los derechos nacionales son totalmente diversas; d) La importancia del fenómeno y la variedad de soluciones y consecuencias legales atribuidas constituye un desafío para el derecho internacional privado; e) El tema debe ser mantenido en el orden del día de la Conferencia. Sin embargo, es todavía prematuro pensar en una nueva convención sobre la cohabitación fuera del matrimonio o los aspectos de derecho internacional privado del partenariado registrado"*¹⁴.

En 2013 y atendiendo a la mayor cantidad de individuos que convivían sin casarse o en parejas registradas y a la evolución de la ley y la jurisprudencia a nivel nacional e internacional se retomó el tema con más ímpetu.

Entre sus conclusiones, podemos citar *"como interesante aquella según la cual la problemática encontraría solución si se posibilitara la de registración de las mismas, en los distintos estados donde pretendan desplazarse o generar relaciones"*¹⁵.

*Cabría destacar, que el concepto de familia considerado en los mencionados tratados, y cuya protección propugnan, no se limita a las familias originadas a partir de la unión matrimonial, estableciendo que son igualmente acreedoras a la protección estatal, aquellas familias constituidas por medio de uniones de hecho."*¹⁶

V. Derecho internacional privado de fuente autónoma: el Código Civil y Comercial de la Nación

Como ya anunciáramos, el código velezano, que estuvo vigente hasta el 31 de julio de 2015, no contenía ningún precepto sobre las UC, aunque si existían algunas leyes especiales que las regulaban parcialmente y les reconocían ciertos efectos jurídicos.

13 Con 85 Miembros (84 Estados y la Unión Europea) de todos los continentes, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental de carácter mundial. La Conferencia, crisol de diversas tradiciones jurídicas, elabora instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades mundiales, al tiempo que garantiza su seguimiento. El mandato estatutario de la Conferencia consiste en trabajar en pos de la "unificación progresiva" del Derecho Internacional Privado. Ello implica encontrar enfoques reconocidos internacionalmente para cuestiones como la competencia de los tribunales, el Derecho aplicable, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en numerosos ámbitos diferentes, desde el Derecho bancario o comercial hasta el procedimiento civil internacional, y desde la protección de la niñez y de los adultos a las cuestiones matrimoniales y del estatus personal. Con el paso de los años, en cumplimiento de su mandato, la Conferencia se ha ido transformando poco a poco en un centro de cooperación judicial y administrativa internacional en materia de Derecho internacional privado, en particular en los ámbitos de la protección del niño y de la familia, del procedimiento civil y del Derecho comercial. La vocación última de la Organización consiste en trabajar por un mundo en el que, a pesar de las diferencias entre sistemas jurídicos, las personas tanto físicas como jurídicas puedan beneficiarse de un alto nivel de seguridad jurídica.

14 SCOTTI Luciana B. Manual de Derecho Internacional Privado. Thomson Reuters LA LEY, Buenos Aires, 2017. pág. 376

15 <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/cohabitation>

16 GRESELIN, Lorena y ACOSTA Juan F. El derecho internacional privado como instrumento de armonización para la problemática de las uniones de hecho en el MERCOSUR. [elDial.com DCFC/28/11/2008](http://elDial.com/DCFC/28/11/2008).

No había en consecuencia ninguna norma ni de atribución de jurisdicción internacional ni de derecho aplicable por lo que su regulación introdujo una importante y saludable innovación.

En los fundamentos al CCCN los autores del capítulo de Derecho internacional privado¹⁷ expresan que la UC se trata de una categoría amplia, que ensancha el concepto de la unión civil, sin exigir requisitos, en una aproximación a la regulación de las uniones no matrimoniales del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay¹⁸, comprensiva de situaciones de hecho que exhiben una obvia precariedad formal.

Por su lado, el sistema del CCCN en el título 4 referido al DIPr. se estructura bajo dos líneas claramente diferenciadas, tratando cada una de ellas un aspecto diferente de cada instituto comenzando con el tema de la jurisdicción¹⁹ y continuando con el del derecho aplicable²⁰ y así será abordado por nosotros.

El método seguido tiene por finalidad facilitar al operador jurídico la búsqueda de las normas aplicables a la situación privada internacional regulada.

VI. Jurisdicción

El artículo 2627 establece que: *Las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado.*

El presente artículo regula la jurisdicción directa de los jueces argentinos y ordena al juez ante quien se presenta un caso con elementos conectados a distintos ordenamientos nacionales, que lo analice para determinar si su Estado es competente o no en la esfera internacional evaluando así el juez su propia competencia con vistas a asumir o no jurisdicción en el caso concreto y poder resolverlo.

La norma otorga jurisdicción internacional a los jueces del lugar donde se domicilien o hubieran domiciliado efectivamente los convivientes de manera concurrente con los jueces del domicilio o residencial habitual del demandado.²¹

El término domicilio efectivo común debe interpretarse como aquel lugar de efectiva e indiscutida convivencia de las partes²² siendo éste uno de los presupuestos de las UC; por otro lado lo que debe entenderse por domicilio y residencia habitual del demandado surge de lo dispuesto en el art. 2613 CCCN²³.

17 Dres. Adriana S. DREYZIN DE KLOR, Marcelo IÑIGUEZ, María Susana NAJURIETA y María Elsa UZAL.

18 El proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay fue aprobado convirtiéndose en ley con fecha 07 de octubre de 2016. El proyecto original sufrió modificaciones en la etapa parlamentaria quedando redactado de la siguiente forma, con el agregado de dos incisos finales. Artículo 27. (Uniones no matrimoniales): 1) La capacidad de las personas para constituir las, la forma, la existencia y la validez de las mismas se rigen por la ley del lugar donde han sido registradas o reconocidas por autoridad competente. 2) Los efectos derivados de estas uniones no matrimoniales se rigen por la ley del Estado en donde se pretendan hacer valer. 3) La disolución de las uniones no matrimoniales se rige por la ley del domicilio común de las partes. Cuando las partes tuvieren domicilios en Estados diferentes, la disolución de la unión no matrimonial se regirá por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor. <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/4019167.PDF>

19 La función esencial que reconocen las normas de jurisdicción internacional es determinar si los tribunales de un Estado son o no son competentes para conocer de un litigio o asunto internacional, es decir si son competentes para entender en un supuesto que presenta vínculos entre dos o más Estados. DREYZIN DE KLOR, Adriana. Op. cit. pág. 102.

20 Una vez determinada la jurisdicción corresponde identificar el derecho aplicable a la relación ius privatista internacional.

21 Lo regulado en el art. 2627 concuerda a su vez con el art. 719 del CCCN que reza: En los conflictos derivados de las uniones convivenciales, es competente el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor,

22 (art. 2621, in fine, CCyC)

23 Artículo 2613: Domicilio y residencia habitual de la persona humana. A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene:

“La jurisdicción del foro para decidir un caso multinacional se funda principalmente en las relaciones o contactos del caso con el foro. En primer lugar habrá que ver la relación de las partes de la controversia con el foro. También la relación de las circunstancias de hecho y las situaciones que sirvan de causa a la controversia y la relación entre el objeto de la pretensión con el foro. Además habrá que examinar la relación entre el foro y el derecho aplicable al caso (fórum et jus).”²⁴

En el caso concreto de las UC el CCCN establece en forma expresa dos foros particulares, satisfaciendo así la premisa apuntada por el maestro Boggiano al expresar como bases para determinar la jurisdicción internacional las relaciones o contactos del caso, o de las partes de la controversia, o la relación entre el objeto de la pretensión con el foro.

La norma citada constituye un foro general de carácter personal y concurrente por lo que los interesados y por cualquier motivo que fuere, podrán optar por los jueces de uno u otro país entre los ya mencionados a lo que puede sumarse por ser principio general el foro de los jueces del domicilio del demandado²⁵, estas alternativas de opción facilitan el acceso a justicia y evitan su denegación a través de un criterio de apertura de varios foros posibles.

VII. El derecho aplicable

El artículo 2628 determina que *la unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer*, esto significa que las normas del lugar donde se discutan los efectos y consecuencias de una UC van a regir la capacidad de las personas para constituirlos, la necesidad o no de alguna forma para su celebración o registro, su eventual inscripción, la existencia, el tiempo de convivencia, los derechos y obligaciones de las partes y los efectos de esas uniones.

La opción elegida por el legislador ha abandonado el punto de conexión que habían previsto los proyectos anteriores²⁶, que se habían inclinado por el domicilio de los convivientes como contacto optando esta vez, como ya lo enunciáramos, por el del lugar donde surtiría o se pretendiera que surtiera efectos la convivencia; esto conlleva que más allá del reconocimiento que reciba la unión en el país donde se encuentra el domicilio común, cuando se intente desplegar sus efectos en otros Estados, será el derecho de éste —y no el del domicilio— el que regule los mismos.²⁷

a) su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él; b) su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia.

24 BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 7ª edición, Buenos Aires, 2016, pág. 103.

25 El foro del la residencia habitual del demandado es un principio general consagrado en el CCCN en el art. 2608 y que ordena que excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado. Encuentra su fundamento en la efectividad de la sentencia ya que es seguramente el lugar donde el demandado posea bienes para ejecutar la sentencia en caso de incumplimiento, garantiza al demandado su acceso a la justicia y la defensa adecuada de sus intereses y asimismo facilita aspectos procesales como las notificaciones al demandado, la obtención de pruebas, la posible traba de medidas cautelares, etc.

26 “El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 regulaba las uniones no matrimoniales, sometiéndolas al derecho del domicilio común de las partes (art. 107). Esta disposición parte del presupuesto de calificar estas uniones en la categoría “estado civil”. En tal sentido, esta calificación 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 éste 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... para regular la relación.” Fresnedo de Aguirre, Cecilia, “Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, ps. 313-344, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123/5/cnt/cnt14.htm>.

27 UZAL, María Elsa. Lineamientos de la reforma del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Lorenzetti, Ricardo L., “Suplemento Especial - Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, LA LEY, 2015, pág. 247.

Así, cuando estas pretendan desplegar efectos en otros Estados, estos efectos dependerán de la regulación de ese Estado y siguiendo el mismo razonamiento cuando estas uniones pretendan desplegar efectos en nuestro país serán aplicables las reglas del derecho de fondo contenidas en los arts. 509 a 528 del CCCN.

El fundamento de esta norma es que la determinación de la ley aplicable en el sentido indicado se ha realizado a fin de evitar indeseables planteos de orden público al tiempo de la judicialización de estos casos²⁸, "se trata de una protección especial, porque tal como lo precisan sus fundamentos, la familia con base en el matrimonio heterosexual clásica debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como por ejemplo, las fundadas a partir de una UC, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina —y en menor medida, en la jurisprudencia— como "familia ensamblada")".²⁹

El texto puede parecer conciso y de fácil interpretación, sus fundamentos razonables y sus objetivos loables, pero consideramos que pueden producirse dificultades a la hora de su aplicación y que se podrían haber buscado otras soluciones a nuestro criterio mejores.

Frente a la postura elegida por el CCCN se levantan distintas interpretaciones a la norma en cuestión, entre las que encontramos la que considera que el punto de conexión para determinar el derecho aplicable no está constituido por el domicilio efectivo común, sino por el lugar donde se pretenda hacer valer la unión que puede coincidir o no con el lugar de la efectiva convivencia.³⁰

Para otros autores será la ley vigente del lugar en donde se la pretende hacer valer, esto es el lugar donde la pareja convivió de manera efectiva.³¹

Otra parte de la doctrina representada por el profesor Hooft sostiene que la norma de conflicto debe ser apta para conectar con un derecho extranjero y de acuerdo a como está redactada la norma, el reconocimiento quedaría subordinado a los jueces del Estado donde se localiza el domicilio compartido de los convivientes o al de los jueces del país donde se encuentra el domicilio del demandado.³²

Por su lado el maestro Antonio Boggiano al tratar el tema expresa que el punto de conexión utilizado consiste en el lugar de reconocimiento, es decir, en el lugar que interese que se reconozca la UC y agrega que ese lugar es el lugar de efectividad conforme al célebre caso "Nottebohm" en el cual se aplicó el criterio de la conexión más estrecha, genuina y efectiva para reconocer el derecho a conferir la nacionalidad a una persona en un caso en concreto.³³

28 UZAL, María Elsa. Op. cit. pág. 247

29 IÑIGUEZ, Marcelo. Relaciones de familia en el derecho internacional privado, LA LEY. Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia. Buenos Aires, diciembre de 2014, pág. 146.

30 SOTO Alfredo M. Comentario al Código Civil y Comercial de la Nación, en la obra de ALTERINI, Jorge H. (Dir.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. 2ª Edición actualizada y aumentada, Thomson Reuters- La Ley, Buenos Aires – 2017, T.XI pág. 1030.

31 SAUCEDO, Ricardo J. Comentario al artículo 2628 del Código Civil y Comercial de la Nación, en la obra de Clusellas Eduardo Gabriel (coord.), Buenos Aires, 2015, T.8 pág. 884.

32 HOOFT Eduardo, Comentario al artículo 2628 del Código Civil y Comercial de la Nación, en la obra de Bueres Alberto J., Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, T.6 pág. 447.

33 El caso Nottebohm se refiere a una decisión de la Corte Internacional de Justicia de La Haya del 6 de abril de 1955, donde se determinaban los criterios por el cual Guatemala podía rechazar válidamente la nacionalidad de Liechtenstein que invocaba en su favor Friedrich Nottebohm, un nativo de Alemania establecido en Guatemala entre 1905 y 1943. Esta decisión resultó relevante en el Derecho internacional respecto de los criterios que rigen el reconocimiento de la nacionalidad efectiva de una persona.

En la realidad de los hechos, la solución dada por el CCCN se inclina por un criterio territorialista ya que dispone que se va a aplicar el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer la UC y principalmente sus efectos, o sea que, en tanto, la unión se haga valer en nuestro país nuestros jueces van a determinar sus condiciones y efectos de acuerdo con la ley argentina y con los requisitos de la misma.

Lo positivo si se quiere de esta solución es que permite reconocer los efectos de la UC en el territorio nacional no pudiendo los jueces recurrir a la institución desconocida o a los principios de orden público internacional para negar el reconocimiento ya que siempre que se reclame el mismo en nuestro país se deberá aplicar el derecho argentino.

Creemos sin embargo, que no ha sido la mejor opción la consagrada por el CCCN ya que en vez de seguir el criterio conflictualista³⁴ para determinar el derecho aplicable a través de algún contacto razonable ha preferido evitar problemas a futuro haciendo, como ya adelantamos, que en vez de aplicar un derecho extranjero a la situación en concreto se aplique siempre el derecho nacional cuando en nuestro país se discuta la validez o los efectos de una UC.

Desde nuestra humilde opinión, la solución consagrada por el legislador en este caso en concreto no nos satisface, no solo como ya hemos enunciado, porque se aparta del método consagrado por el CCCN para las demás instituciones reguladas sino porque puede llegar a desconocer efectos a relaciones jurídicas internacionales nacidas bajo el amparo de otro derecho o darles uno distinto no previsto o pensado por las partes.

Dicho esto pensamos que la norma debe contener otra solución que funcione de forma alternativa dando la posibilidad que el derecho que en última instancia regule sus condiciones y efectos no sea solamente el derecho argentino por ser en la Argentina donde se pretende hacer valer sino por ejemplo el del lugar de su registración si la hubiere o el del lugar donde los convivientes hayan convivido desde el origen de la convivencia hasta su traslado a la República.

Asimismo y al respecto, cierta parte de la doctrina considera que las UC constituyen un estado dentro de las categorías de los estado de familia del derecho civil de familia por lo que al enrolarse en esa postura *"habilita 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 para regular la relación"*³⁵. *"Además del argumento anterior, es un principio aceptado sin reparos el del reconocimiento de los derechos válidamente adquiridos conforme al orden jurídico fundante 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"*³⁶.

34 "La norma de conflicto se caracteriza por dar solución al caso mediante la elección indeterminada del derecho material nacional o de un derecho material extranjero. Lo típico de la norma de conflicto radica en su elección alternativa e indeterminada del derecho aplicable, eventualmente extranjero. Mediante dicha elección se localiza el caso multinacional, indicándose el derecho competente para solucionarlo." BOGGIANO, Antonio. Op. cit. pág. 47.

35 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, "Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, ps. 313-344, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039014> y en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt14.htm>.

36 Conforme FRESNEDO DE AGUIRRE, C. Op. cit.

En el derecho comparado las soluciones a esta situación son diversas y quizás escasas, ya que pocos países han consagrado normas de DIPR que regulen la UC entre los que se destaca la legislación alemana que consagra que la celebración, los efectos generales y patrimoniales, la disolución de una UC registrada, se regulan por las disposiciones materiales del Estado de registro³⁷; y en consecuencia, esta ley ha escogido el “lugar de registro” de la unión como punto de conexión.

VIII. A modo de conclusión

La simple posibilidad fáctica de que las personas que conforman estas uniones de pareja se trasladen más allá de las fronteras en las que fueron constituidas, que requieran su reconocimiento o que soliciten su disolución en otro Estado, exige la regulación de normas de derecho internacional privado.

Es importante tener en cuenta que no estamos solamente frente a una evolución social, fáctica, cultural, con respecto a la pareja y la familia, sino que somos protagonistas de nuevas situaciones, enfoques y principios consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos.

La incorporación de la UC en el CCCN introdujo una importante innovación que respondió y responde a las necesidades y a la realidad de la familia del siglo XXI por lo que su inclusión es altamente elogiosa.

La respuesta que el codificador ha dado a la problemática del juez competente es apta y se adecua a los lineamientos modernos en la materia al ampliar las posibilidades jurisdiccionales a fin de garantizar el acceso a la justicia.

Sin embargo, como ya hemos manifestado, la solución que ofrece el legislador para determinar el derecho aplicable a una UC nos parece insuficiente por los motivos ya apuntados.

Consideramos que la norma tal cual está redactada no satisface las necesidades del DIPR del siglo XXI y que la misma debiera ser revisada y actualizada de acuerdo al sino de los tiempos.

Las alternativas de solución son varias y hemos intentado bosquejar algunas sin pretender imponer una sobre otra o determinar cuál sería la más conveniente y apta pero con el absoluto convencimiento de la necesidad de revisión por parte de los estudiosos de la materia.

37 En el artículo 17 b de la Ley introductoria al Código Civil alemán el legislador alemán ha establecido normas especiales en materia de conflictos para los matrimonios homosexuales y las parejas registradas disponiendo que su constitución, efectos generales y patrimoniales, así como su disolución se rigen por las disposiciones sustantivas del Estado en el que se registran (apartado 1 del artículo 17, junto con el subapartado 4 de la Ley introductoria al Código Civil alemán, EGBGB, en su caso). Si existen parejas registradas o matrimonios entre personas del mismo sexo entre las mismas personas en diferentes Estados, el matrimonio o la pareja celebrados en último lugar es vinculante desde el momento de su celebración (apartado 3 del artículo 17b junto con el apartado 4 EGBGB, si procede). Las normas de conflicto de leyes aplicables a las parejas heterosexuales registradas en el extranjero son controvertidas. <http://www.coupleurope.eu/es/germany/topics/8-Qu%C3%A9-estipula-la-ley-con-respecto-a-la-propiedad-de-parejas-de-hecho-registradas-y-no-registradas/>

BIBLIOGRAFÍA

- AZAR, M.C. (2010) Las obligaciones alimentarias internacionales derivadas de uniones de hecho en Revista de Derecho de familia y de las personas. Buenos Aires, LA LEY, Año 2 N° 2.
- BOGGIANO, A (2016). Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 7° edición.
- CALÁ M.F. (2012) Reflexiones sobre el problema de las convivencias de pareja en el derecho internacional privado en Cartapacio de Derecho. Revista Virtual de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1397>
- DREYZIN DE KLOR, A. (2015) Derecho Internacional Privado actual. Buenos Aires: Zavalía.
- ESPÍNAR Vicente, J.M. (1996). El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado. Madrid. Civitas
- FERNÁNDEZ ROSAS, J. C. y Sánchez Lorenzo, S. Derecho internacional privado (2019). Navarra: Civitas - Thomson Reuters, 8° ed.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (2008). Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt14.htm>.
- GRESELIN, Lorena y ACOSTA Juan F. (2008). El derecho internacional privado como instrumento de armonización para la problemática de las uniones de hecho en el MERCOSUR. Disponible en: http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/tcdNP.asp?id=4077&id_publicar=6655&fecha_publicar=28/11/2008&camara=Doctrina
- HOOFT E. (2017). Comentario al artículo 2628 del Código Civil y Comercial de la Nación, en BUERES Alberto J., Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, Hammurabi.
- IÑIGUEZ, Marcelo. (2014). Relaciones de familia en el derecho internacional privado, en LA LEY. Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia. Buenos Aires, La Ley.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2014). Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino en LA LEY 2014-E, 1267.
- KORNIUSZA, C. C. Mage. D. M. (2018). Uniones convivenciales y DIPR. Disponible en https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/2018_07_11-43-CN-Tema-I-Korniusza-Mage.pdf
- LORENZETTI, R. L. (2015) Suplemento Especial - Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires, LA LEY.
- MEDINA, F. A. (2017). El matrimonio y las uniones convivenciales en el ámbito internacional. su regulación en el código civil y comercial unificado. Buenos Aires. RCCyC, 53. Cita Online: AR/DOC/2128/2017.
- PALLARÉS, B. (2007) El régimen internacional del matrimonio en el derecho de los países del MERCOSUR. La influencia del derecho internacional privado convencional en los derechos nacionales, en Revista de Derecho de Familia. Buenos Aires. Lexis-Nexis, N° 30.
- SAUCEDO R. J. (2015). Comentario al artículo 2628 del Código Civil y Comercial de la Nación en Clusellas Eduardo Gabriel (coord.), Buenos Aires.
- SCOTTI L. B. (2017). Manual de Derecho Internacional Privado. Buenos Aires. Thomson Reuters LA LEY.
- SOTO A. M.(2017). Comentario al Código Civil y Comercial de la Nación, en Alterini J. H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Buenos Aires. 2° Edición. Thomson Reuters LA LEY.
- TEITELBAUM H. (2017). Convivencias y uniones convivenciales. Implicancias en la actividad notarial. La caja de pandora.. Ser o no ser. Disponible en: <http://www.jnb.org.ar/40/images/trabajos40jnb/tema2/T2-TEITELBAUM-Convivencias-y-uniones.pdf>
- UZAL, M. E. (2016). Derecho Internacional Privado. Buenos Aires Thomson Reuters LA LEY.
- UZAL, M. E. (2015). Lineamientos de la reforma del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación en Lorenzetti, R. L., Buenos Aires. Suplemento Especial. Código Civil y Comercial de la Nación. LA LEY.

