

## ASUNTOS QUE PASAN A LAS COMISIONES DE ESTUDIO CREADAS EN EL PUNTO I

### I

La Subcomisión, compuesta por los señores:

- Dr. D. G. Swanenburg de Veye (Holanda);
- Dr. Dietrich Heinecke (República Federal de Alemania);
- Dr. Prof. Jeffrey Talpis (representante tanto del notariado canadiense como de la Universidad Naval);
- Dr. M. E. Vesci (Italia)

presenta al término de sus trabajos el siguiente comunicado, resultante de una perfecta identidad y unanimidad de intentos y conclusiones:

La indagación de si las leyes de un estado deben o no pronunciarse a favor de la institución del divorcio es materia que no entra en la específica competencia profesional de los escribanos y del notariado. En el transcurso de intercambios de opiniones entre los componentes de esta Subcomisión, se ha podido deducir para aquellos estados en los cuales la institución del divorcio está vigente desde hace muchos años y que están en camino de modificar las leyes en lo que a él se refiere, que hay una tendencia general sobre las causas adoptadas, dando fundamento a la demanda principal para otorgar preeminencia, cuando no la exclusividad al requisito objetivo de la ruptura del vínculo matrimonial antes que al requisito subjetivo de la culpa además de la precisa tendencia (de la primera derivante) de admitir el divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges.

En cada caso cualquiera sea la causa por la cual se pronuncia el divorcio, se ha tomado en cuenta que puede existir el acuerdo entre cónyuges que están en vía de divorcio, acerca de las relaciones y acuerdos patrimoniales que les atañen, incluyéndose los que se re-

fieren a los alimentos y mantenimiento correspondientes y es en este sentido que nosotros auspiciamos pueda desarrollarse más ampliamente la actividad notarial en forma paralela a aquella de la autoridad judicial: tanto por intermedio de la estipulación preventiva de actos y hechos sujetos a "condición" o a las sucesivas homologaciones del juez del divorcio como a través de la estipulación sucesiva de actos realizados por mandato expreso en este sentido por parte del juez del divorcio.

En cuanto al tema que se refiere el derecho internacional privado y con especial referencia a las convenciones internacionales entre los estados, auspiciamos:

- a. En materia procesal la introducción de la posibilidad de iniciativas también notariales de obtener la declaración judicial de ejecutividad de sentencia extranjera de divorcio que tenga validez en el ordenamiento correspondiente.
- b. La presencia del representante de la Unión Internacional del Notariado Latino como Miembro permanente frente a cada conferencia o comisión internacional, la cual tenga entre sus objetivos la preparación de convenciones entre estados o "modelli di leggi" (modelos de leyes) en cuanto a nivel de conclusión, una fundamental aplicación de las leyes y de los tratados es deber y labor de los escribanos.

## II

La Comisión III ha producido dos despachos en el tema específico sometido a su consideración:

- 1) Propuesto por la Delegación española.
- 2) Propuesto por la Delegación argentina con el apoyo parcial de la Delegación uruguaya.

El primero contiene una serie de iniciativas muy interesantes, algunas muy novedosas, que por esa misma circunstancia requieren detenido estudio.

El segundo sigue los lineamientos propuestos por Coordinador Internacional y se ajusta a la interpretación del derecho vigente en las legislaciones que admiten el domicilio, como base para la determinación de la Ley aplicable y la jurisdicción competente.

La Delegación argentina no cree que deba procederse en esta circunstancia a la votación de esas ponencias.

Lo dificultoso de los problemas que plantea el divorcio, el peligro en adoptar decisiones que pudieran ser precipitadas, la atención minuciosa que requiere todo lo vinculado a la familia, a los hijos y a los demás efectos derivados del divorcio, exigen un meditado estudio del tema.

Ello no es posible aquí, por cuanto el trabajo de la Delegación española, al igual que el de los demás países, ha llegado a conocimiento de los delegados integrantes de esta Comisión simultáneamente con la apertura de este Congreso.

Ello es motivo suficiente para que se posponga la adopción de una resolución en favor de una o de otra ponencia.

Lo prudente es derivar su estudio profundo a una comisión para que en el próximo congreso se fije el pensamiento de los países miembros de la UINL, con verdadero conocimiento de las iniciativas propuestas por la Delegación española.

En mérito a que en el seno de este primer Plenario se ha creado la comisión que se encargará del estudio de los temas vinculados al D.I.P., es correcto derivar a la misma el estudio y la elucidación de los problemas que dicha ponencia plantea.

#### 4. PROPUESTA DE LA REPRESENTACION ESPAÑOLA

*(Juan Vallet de Goytisolo, Roberto Blanquet  
Uberos y Vicente L. Simó Santonja)*

A fin de armonizar en lo posible la contraposición de los sistemas de normas de conflictos continental-europeo y anglo-americano se propone: la competencia alternativa con las limitaciones que después se expresarán de las siguientes leyes:

- a) La nacional que fue considerada como ley de matrimonio.
- b) La del último domicilio permanente del matrimonio.

Para los casos excepcionales de que alguno de los cónyuges sea apátrida, sin residencia fija o refugiado por lo cual no pueda tener lugar la aplicación de la ley del último domicilio común ni de la ley nacional, sin que tampoco pueda determinarse cuál fue la ley de su matrimonio, se propone supletoriamente la aplicación de:

- a) La ley nacional o la del último domicilio permanente del otro cónyuge si éste fuese el demandado.
- b) La ley nacional del cónyuge demandante si en su país hu-

biese tenido su domicilio permanente en algún momento el matrimonio y en él lo tuviese el demandante por lo menos desde un año antes a la interposición de la demanda; o, aunque se diese solamente esta última circunstancia, si el demandado fuese apátrida o de domicilio indeterminado o lo hubiera cambiado después de haber dado lugar a la causa de divorcio o separación invocada.

- c) La ley del domicilio del demandante si éste coincidiera con el último del matrimonio o con el del demandado.

No obstante lo indicado en la propuesta anterior, se propone reconocer la facultad de rechazar el *pleno* reconocimiento del divorcio a los estados cuando afecte a personas ligadas a él, por vínculo de nacionalidad o de domicilio permanente.

Esta facultad se circunscribe a los supuestos de haberse aplicado una ley diferente a la propia en el caso de que ésta no reconozca el divorcio o no lo admita por las causas determinantes o de que lo rechace por motivos de orden público o de fraude de la ley.

Para resolver el conflicto de jurisdicciones se propone la aceptación alternativa:

- a) De las jurisdicciones competentes según la ley nacional.
- b) De las jurisdicciones competentes según la ley del país del domicilio.

Sin perjuicio de admitirse la posibilidad de rechazo o no reconocimiento de la resolución por el Estado donde radique el domicilio o por el Estado por cuya ley nacional se rijan los cónyuges, cuando sus leyes respectivas no admitan para el caso contemplado el divorcio si éste hubiese sido dictado por la otra jurisdicción.

Lo expuesto en esta propuesta incluye también los diferentes tipos de divorcio o separación legislativos, canónicos, administrativos o voluntarios reconocidos por la ley nacional competente o por la del país del domicilio permanente.

No obstante la facultad de rechazo prevista en las propuestas segundas y párrafo segundo de la tercera, y con el fin de atenuar sus efectos se propone: que pueda producirse la conversión del divorcio, no admitido por el país que efectúa el rechazo, en separación de bienes, o viceversa, de la separación de bienes desconocida en uno de los ordenamientos en juego, en divorcio por él reconocido o admitido.

No podrá invocarse como competente la ley cuyo vínculo de conexión con la persona que reclama el divorcio haya tenido lugar después de producido el hecho invocado como causa de divorcio.

Tratándose de divorcio voluntario, éste no podrá ser solicitado sino a partir por lo menos de un año a contar de la adquisición de la nueva nacionalidad o el nuevo domicilio determinante de la ley invocada si la anterior no admitiera el divorcio con carácter voluntario.

También con el fin de paliar la inseguridad contractual que en los países regidos por la ley nacional pueda ocasionar la contratación por divorciados que se mantienen en ese estado y, especialmente, si han verificado nuevas nupcias, y asimismo en lo referente al problema de la validez de éstas, dimanante de una ley nacional distinta se propone: la adopción de la excepción de protección nacional en virtud de la cual ningún contrato pueda ser anulado fundándose en una incapacidad no reconocida por la *lex loci contractus*.

La pensión alimenticia deberá fijarse por la ley del divorcio sin perjuicio de que la mujer pueda reclamarla mayor, si le corresponde ya sea conforme la ley nacional del marido o la del país del domicilio de éste al producirse el divorcio si coincidiere con el del último domicilio del matrimonio.

La capacidad de uno y otro cónyuge para reconocer hijos naturales concebidos después del divorcio debe regularse por la ley personal de quien efectúa el reconocimiento sin perjuicio de que la excepción de orden público de la *lex fori* pueda significar un impedimento de ámbito territorial para la eficacia de tal reconocimiento.

La capacidad de un divorciado para adoptar deberá regirse por su ley personal sin perjuicio de las limitaciones que puedan surgir de la ley personal del adoptado.

Se propone que la posibilidad de rechazar la validez de las segundas nupcias por razón de orden público quede circunscripta:

- a) Tratándose de la ley nacional de cualquiera de los cónyuges las nuevas nupcias de personas sometidas a la ley o domiciliadas en el territorio nacional.
- b) Tratándose de la ley del país del domicilio conyugal, respecto de las contraídas por quienes en él habían residido ya casados, antes de divorciarse.

En cambio, en cualquier otro caso se propone que no pueda invocarse la excepción de orden público frente a las nuevas nupcias

de divorciados con anterioridad de adquirir vínculo alguno de conexión con el Estado de que se trate, sin perjuicio del impedimento matrimonial que el anterior matrimonio pueda producir conforme a la legislación de éste aplicable a las nuevas nupcias si éstas están sometidas a su propio ordenamiento.

En lo relativo a la custodia de los hijos, administración y disposición de sus bienes y a su patria potestad, se propone:

1. Para las medidas preliminares y urgentes, deberá estimarse competente la *lex fori* si en su país tienen los hijos la residencia aunque sea circunstancial.
2. En cuanto a todo lo demás se propone la competencia:
  - a) De la ley del matrimonio.
  - b) De no poder precisarse ésta, de la que al declararse el divorcio fuese la común ley personal de ambos padres.
  - c) De no poderse aplicar tampoco este criterio por la ley personal del cónyuge que ostentase la patria potestad al declararse el divorcio en caso de ser inocente o de ser ambos culpables.

La aplicación del principio de protección de los nacionales debe dar lugar, cuando se den sus supuestos, a que el notario autorizante de un acto o negocio en que los hijos menores estén representados, pueda esfumar, en principio, que su representación corresponde al padre, salvo prueba en contrario, o bien que otra cosa resulte de la sentencia de divorcio válida según la *lex fori*.

Con el fin de evitar que determinadas crisis matrimoniales desemboquen en el divorcio, se propone a los países miembros de la Unión que aconsejen a sus respectivos Estados que se permita siempre que, después de contraído el matrimonio, puedan otorgarse capitulaciones matrimoniales o contrato de matrimonio, modificando el anterior régimen patrimonial o el régimen legal, para poder pactar la separación de bienes y liquidar la sociedad conyugal, o bien que simplemente pueda autorizarse la posibilidad de esta liquidación entendiéndose a partir de entonces el matrimonio en separación de bienes.

La liquidación de la sociedad conyugal deberá regirse por la misma ley reguladora del régimen económico matrimonial, que asimismo será la competente para determinar la pérdida o no de las ganancias por el cónyuge culpable en su caso.

En los regímenes que apliquen la excepción de orden público al divorcio vincular los efectos patrimoniales de éste, deben poderse reconducir a los que se producen en ellos en los supuestos de separación de cuerpos, aplicando a la liquidación del régimen económico matrimonial las normas de liquidación previstas en la misma ley para la separación de cuerpos admitida por ella.

Igualmente la ley del régimen de bienes de la sociedad conyugal deberá determinar las reglas de administración de los bienes mientras la liquidación se realiza y también aquellas formalidades a las que deberá sujetarse el cónyuge a quien corresponda dicha administración de los bienes comunes en tanto no se halle finiquitada su liquidación.

Para los actos en que el divorciado realice alguna adquisición satisfaciendo el precio con dinero, en mano o a crédito, y para los sucesivos actos de disposición de dichos bienes o de cualquier otro adquirido después del divorcio, se propone que no se considere necesaria la previa liquidación de la sociedad conyugal, salvo que conste secuestro judicial o anotación registral, de los que resulte la afectación de tales bienes a las consecuencias de dicha liquidación.

Se propone que a todos los efectos, inclusive los sucesorios, el criterio del *favor matrimonii* respecto de los hijos, en virtud del cual la nulidad del matrimonio no impide que se produzcan a favor de ellos los mismos efectos que producirían de ser válidos, sean extendidos en el ámbito del derecho internacional, de modo que: en todo caso los hijos habidos de estas anteriores nupcias se reputen legítimos aunque viva el anterior cónyuge del bñubido cuando la validez de las nuevas nupcias sea aceptada por cualquiera de las siguientes leyes: La ley del nuevo matrimonio, la ley del divorcio, la ley personal de cualquiera de los cónyuges o la ley del foro.

La ley de la sucesión de un divorciado no puede ser otra que aquélla que al causarse la sucesión sea su propia Ley personal.

El conflicto de calificaciones que puede plantearse en cuanto a los derechos viduales del cónyuge inocente en las nupcias disueltas u objeto de separación, o del cónyuge de las ulteriores nupcias, entre esta ley personal del causante y la ley del régimen de bienes del matrimonio disuelto o separado, se estima debe resolverse, conforme a las proposiciones emitidas en el Congreso de Munich, con el mayor respecto para los derechos adquiridos, si así hubieran de estimarse, conforme a cualquier ley en cualquier momento vigente que haya tenido alguna conexión con el matrimonio o la sucesión de que se trate.

## 5. PROPUESTAS DE LAS REPRESENTACIONES ARGENTINA

(*Francisco Ferrari Ceretti*) y URUGUAYA (*Doella Terra Corbo*)

Atento el orden propuesto por el Coordinador Internacional sobre este tema en cuanto a los criterios aconsejables para los países miembros de la U.I.N.L. se propone:

- 1) *Capacidad personal de los divorciados.*
  - a) *la capacidad para contratar* de los divorciados resultará de la efectiva disolución del régimen matrimonial con la pertinente distribución y adjudicación de los bienes que la integran, resultantes de la resolución o del acto extrajudicial otorgado en el extranjero, según el derecho en él vigente.
  - b) *la capacidad nupcial* — La aptitud para contraer nuevas nupcias por los divorciados resultará del carácter que la legislación del lugar de la celebración de esas ulteriores nupcias atribuya a los efectos de la resolución del divorcio.
- 2) *Validez o no de las nuevas nupcias. Supuestos en que incide o no la excepción del orden público.*
  - a) *Validez de las nuevas nupcias.* La validez de las nuevas nupcias se analizará a través de la ley que regula la capacidad para contraer matrimonio.
  - b) *Supuestos en que incide o no la excepción del orden público.* La excepción del “orden público” internacional podrá hacerse valer cuando la resolución extranjera de divorcio contravenga las normas locales en materia de jurisdicción competente y ley aplicable.
- 3) *Situación de los hijos respecto a su persona y a la patria potestad.*
  - a) las relaciones paterno-filiales en cuanto a la calificación de su filiación, se regirán por la ley de celebración del matrimonio y la patria potestad, sus bienes y los demás derechos y obligaciones, serán resueltas por la ley personal de los padres.
  - b) los hijos del matrimonio disuelto conservarán todos los derechos que las leyes les acuerden respecto a su persona y los padres la patria potestad siempre que no hayan incurrido en causales que motiven la caducidad de ese derecho.

c) en cuanto a los hijos de la nueva unión, si el matrimonio se hubiera contraído en fraude a la ley, sólo tendrán los derechos que las leyes les acuerden si es que fueren reconocidos por sus padres u obtubieren el reconocimiento en el pertinente juicio.

4) *Régimen económico matrimonial y capacidad patrimonial.*

El régimen económico matrimonial se regirá por la ley que regule dichas relaciones con anterioridad al divorcio, en todo lo que sobre materia de estricto carácter real no esté prohibido por la ley del lugar de su ubicación.

En cuanto a los bienes muebles que tengan ubicación permanente también serán regidos por esa ley.

Los casos de muebles que siguen a su propietario serán regidos por la ley personal de éstos.

En cuanto a la capacidad patrimonial, está contemplada en el 1) inciso a) de esta ponencia.

5) *Problemas de conflicto jurisdiccional y de valor extraterritorial de las resoluciones.*

a) cuando existan convenios internacionales, las cuestiones que se susciten deberán resolverse de acuerdo a ellos.

En su defecto se aplicarán las normas de derecho internacional privado nacionales del Estado donde se pretendan hacer valer.

b) Las resoluciones dictadas por jueces o autoridades con competencia internacional y que estén ajustadas a las normas de la "lex fori", tendrán plena validez en el lugar en el que se dictaron y en los países donde pretendan hacerse valer.

c) las medidas urgentes que conciernan a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y al de la tutela o la curatela, se rigen, en cada caso, por la ley del lugar en donde residen los cónyuges, padres de familia y tutores o curadores.

6) *Incidencia del fraude de Ley.*

Las resoluciones extranjeras de divorcio carecerán de eficacia si el proceso se hubiera incoado en fraude a la ley con relación al país en el que se pretenda su reconocimiento o ejecución.

7) *La excepción de protección nacional.*

Se recomienda su aplicación, como un medio que asegure la validez de los actos y negocios jurídicos y proteja la buena fe de los terceros.

8) *Calificación de la ley personal.*

Cuando se habla de la ley personal, se hace referencia a la de la nacionalidad o a la del domicilio, según sea lo que determinen las leyes de los distintos países.

La representación uruguaya suscribe la adjunta proposición de la Delegación argentina con las siguientes reservas:

- a) el numeral 3), apartado c), por los fundamentos expuestos en el numeral 6)'.  
b) el numeral 6), al considerar que el fraude a la ley: a) quita seguridad a las resoluciones judiciales, porque su noción se integra como un elemento subjetivo, cuya prueba es difícil de suministrar, quedando librada a la apreciación judicial; b) solamente se ha aceptado, principalmente por la jurisprudencia, en función del derecho local que se pretende burlado; c) ha sido expresamente rechazada por los más modernos textos codificados, por lo que proponemos; que sea eliminado en las resoluciones de este Congreso (art. 21 Título Preliminar CC Portugués).
- c) el numeral 7) por entender que la excepción de la "Protección Nacional" debe desecharse, en virtud de que significa un privilegio basado exclusivamente en interés de los nacionales del Estado que lo hace valer.