

# El matrimonio igualitario en la República Argentina: impacto y perspectivas desde la mirada del Derecho Internacional Privado

Sara L. Feldstein de Cárdenas<sup>1</sup> y Luciana B. Scotti<sup>2</sup>

## Resumen

La reciente introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio homosexual o matrimonio gay a través de la Ley 26.618, publicada en el Boletín Oficial el día 22 de julio de 2010, modificatoria del Código Civil, se traduce en significativos cambios en materia del régimen internacional del matrimonio, desde la mirada del Derecho Internacional Privado, en particular a la hora de reconocer un matrimonio de este tipo celebrado en el extranjero, bajo una ley que también lo admite. En suma, la ley de “matrimonio igualitario” modifica el contenido del denominado orden público internacional argentino.

**Palabras clave:** matrimonio igualitario, orden público internacional, Derecho Internacional Privado, uniones homosexuales, Derecho Comparado.

## Abstract

Recent introduction of marriage between same sex, or gay marriage by Law 26,618, published in the Official Gazette on July 22, 2010, amending the Civil Code, results

---

<sup>1</sup> Abogada y doctora de la Universidad de Buenos Aires (área Derecho Internacional). Es Profesora titular regular de “Derecho Internacional Privado” en la Facultad de Derecho, UBA. Es directora y docente de la Maestría en Derecho internacional Privado y del Programa de Actualización en “Derecho de los Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo” (Facultad de Derecho, UBA). Es miembro permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Dirige el Instituto de Derecho Internacional Privado de la Universidad Notarial Argentina y del Colegio de Abogados de San Isidro. Es autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

<sup>2</sup> Abogada y doctora de la Universidad de Buenos Aires (área Derecho Internacional). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Profesora adjunta regular de “Derecho Internacional Privado” y de “Derecho de la Integración” en la Facultad de Derecho, UBA. Coordinadora y docente de la Maestría en Derecho internacional Privado y del Programa de Actualización en “Derecho de los Negocios Internacionales” y “Derecho Comercial Contemporáneo” (Facultad de Derecho, UBA). Es miembro permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. scottiluciana@yahoo.com

in significant changes in the system of international marriage, from the perspective of Private International Law, particularly in recognizing such a marriage celebrated in other country under a law that also supports it. In summary, the law of “equal marriage” changes the content of the international public order in Argentine.

**Keywords:** equal marriage, international public order, Private International Law, Homosexual unions, Comparative Law.

## Resumo

A recente introdução do casamento entre pessoas do mesmo sexo, casamento homossexual ou casamento gay, através da Lei nº 26.618, publicada no Boletim Oficial no dia 22 de julho de 2010, modificadora do Código Civil, se traduz em significativas mudanças em matéria de regime internacional do matrimônio, a partir da ótica do Direito Internacional Privado, em particular no momento de se reconhecer um casamento deste tipo celebrado no estrangeiro, sob uma lei que também o admite. Em suma, a lei do “casamento igualitário” modifica o conteúdo da denominada ordem pública internacional argentina.

**Palavras-chave:** casamento igualitário, ordem pública internacional, Direito Internacional Privado, união homossexual, Direito Comparado.

## I. Introducción

La reciente introducción del matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonio homosexual o matrimonio gay a través de la Ley 26.618, publicada en el Boletín Oficial el día 22 de julio de 2010, modificatoria del Código Civil, se traduce en significativos cambios en materia del régimen internacional del matrimonio, desde la mirada del Derecho Internacional Privado, en particular a la hora de reconocer un matrimonio de este tipo celebrado en el extranjero, bajo una ley que también lo admite. En suma, la ley de “matrimonio igualitario” modifica el contenido del denominado orden público internacional argentino. De esta delicada cuestión, nos ocuparemos en el presente trabajo.

## II. Noción del orden público internacional<sup>3</sup>

Para una destacada corriente doctrinaria constituye el tema más angustiante de la teoría general del Derecho Internacional Privado<sup>4</sup>. Para otros, “el orden público es una noción en extremo sutil, imprecisa e indeterminada que escapa a toda definición”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre este tema puede verse, de nuestra autoría: Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Scotti, Luciana B., “La actualidad del orden público internacional: una cuestión recurrente en el Derecho Internacional Privado Argentino”. En: *Suplemento Mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, N° 25, Diario Jurídico elDial: www.eldial.com, Albremática, fecha de publicación: 24 de noviembre de 2006.

<sup>4</sup> Jayme, E., *Methoden der Konkretisierung des Ordre Public im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1988, ídem, “Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado”, *Rev. Fac. Cs. Jcas. (Caracas)*, N° 82, 1991, pp. 218-219, esp. p. 232.

<sup>5</sup> Auto del TS (Sala I) de 24 de octubre de 1979, cf. González Campos, J.D. y Fernández Rozas, J.C., “Comentario al artículo 12. 3 Cc”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo I, Vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pág. 900.

Se han llegado a emplear expresiones tales como “caballo salvaje”, atribuida al Juez Burrough, que en 1824 fue el primero en identificar el concepto de orden público con el “de un caballo indomable en el que una vez que logras superar la tremenda dificultad de montarte en él, nunca sabes dónde te llevará”<sup>6</sup>.

No es cierto que en el área de nuestra disciplina la noción del orden público internacional sea un misterio, una suerte de magma<sup>7</sup>. Precisamente tal como veremos, sus contornos flexibles, su mutabilidad, y su polimorfismo o facultad camaleónica, hacen a su esencia, y son los rasgos que permiten su adaptación a la concreta realidad, aunque no ignoramos que son las que plantean el desafío permanente a la doctrina y la práctica jurídica.

Si bien existe cierta dificultad cuando se intenta aprehenderlo, abarcarlo conceptualmente, desde nuestra mira el desconcierto que provoca en algunos no nos afecta, dado que sabemos que se suele acudir al arbitrio del orden público internacional, cuando el derecho extranjero indicado por la regla de conflicto para solucionar la cuestión de derecho internacional privado, está en pugna, resulta incompatible, con la ley del juez que entiende en la causa. Dicho en otras palabras, la ley llamada por la norma de derecho internacional privado indirecta, debe contrariar de modo grave al derecho del juez para justificar la inaplicabilidad del derecho extranjero. Se trata de un remedio de carácter excepcional, que se configuró desde sus remotos orígenes en los estatutarios italianos para conseguir estructurarse con Federico Carlos von Savigny hasta alcanzar su precisa configuración actual.

Un detenido examen de la evolución doctrinaria de la noción de orden público demuestra que ya en el siglo XII, según Aldrico, cuando personas de distintos orígenes invocaban una contra la otra costumbres diferentes, el juez debía aplicar la costumbre que parecía superior y más ventajosa.

Bartolo en el siglo XIV, señalaba que los estatutos odiosos no podían tener efectos extraterritoriales, debiendo ser aplicados dentro de los límites de la ciudad que los había dictado. El estatuto inglés del mayorazgo solamente se aplica en Inglaterra, porque es un estatuto “odioso” a la legislación italiana, de forma tal que en materia sucesoria a los bienes inmuebles situados en Italia acceden no solamente el hijo mayor del causante, sino también los secundones y las hijas mujeres.

Savigny en 1849 sostuvo, que la aplicación obligatoria del derecho extranjero basada en la comunidad jurídica de los Estados cede cuando la ley extranjera contiene una institución desconocida o bien, contraría una ley del foro de las que él denomina normas rigurosamente obligatorias. Dice en este aspecto que “...Procede citar ahora

---

<sup>6</sup> “Public policy is a very unruly horse and once you get astride it, you never know where it will carry you”, cf., Murphy, K., “The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law”.

<sup>7</sup> La expresión “magma” fue tomada del interesante trabajo de Najurieta, María Susana “Orden Público Internacional y derechos fundamentales del niño”, *La Ley*, Sección Doctrina, 1997, pág. 1426.

una restricción a este principio de la aplicación de la ley extranjera. Ciertas clases de leyes, por su naturaleza especial, no admiten esa independencia de la comunidad del derecho entre diversos Estados. En presencia de estas leyes, el juez debe aplicar exclusivamente, el Derecho nacional, es decir, su propia ley, aun cuando nuestros principios exigiesen la aplicación del Derecho extranjero; de ahí se deriva toda una serie de importantísimas excepciones...<sup>8</sup>.

En el transcurso del siglo XX la doctrina alemana aportó lo que se ha llamado la cláusula de reserva, mediante la cual el legislador orienta al intérprete para poder determinar cuándo se encuentra ante una cuestión que habilite la inaplicación, la evicción del derecho extranjero. Dentro de tales condiciones, se establecen mediante criterios de bastante flexibilidad, una cláusula de reserva general y varias cláusulas de reserva especiales. Dicho en otras palabras, la cláusula de reserva funciona como una especie de válvula de seguridad destinada a tutelar principios morales y jurídicos indeclinables para el foro.

Por todo ello, cabe resaltar que en nuestros días, como otrora el orden público internacional representa un bastión, un valladar que suelen emplear los derechos estatales para evitar la perturbación de los principios fundamentales que le sirven de sustento. Sin embargo, desde nuestra mira, a pesar de esta necesaria intervención, de su justificación, resulta innegable que se observa desde el punto de vista práctico, que cuanto más se acude a su arbitrio, más se profundiza la brecha que nos aleja, separa de la armonía en las soluciones en el nivel internacional. De allí que un mundo globalizado tan proclive a la apertura hacia el exterior por parte de los Estados, exige inexorablemente flexibilidad en la determinación del orden público internacional.

### III. Algunas diferenciaciones conceptuales

Coincidimos plenamente con la doctrina argentina más autorizada cuando expresa ajustadamente “que el denominado orden público internacional, es en definitiva, el orden público del foro, es el conjunto de principios fundamentales e inderogables por voluntad de las partes, en que se asienta el orden jurídico local y que el juez que entiende en la causa debe invocar y utilizar para excluir la aplicación de un Derecho extranjero [...] que resulta lesivo a tales principios”<sup>9</sup>.

Sin embargo, para comprender mejor al orden público internacional, quizás sea de utilidad, abordar tangencialmente una cuestión que dentro del derecho internacional privado nos ha atraído antes de ahora como es el estudio del denominado “conflicto de civilizaciones”<sup>10</sup>. Ambas nociones se encuentran sutilmente entrelazadas.

---

<sup>8</sup> Savigny, Federico Carlos, *Sistema de Derecho Romano actual*, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1879, Vol. 6, pp. 32-38.

<sup>9</sup> Kaller de Orchansky, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991, pág. 356.

<sup>10</sup> Levi Strauss, M. emplea la expresión “choque de culturas”. En: *Race et historie*, Folio essais N° 58, 1989.

Así nos permitimos observar dos tendencias; la primera, la más próxima, “moderna o actual”, a las que nos hemos referido en trabajos anteriores<sup>11</sup>, y la segunda, que denominaremos “clásica o tradicional” se encuentra íntimamente vinculada con la doctrina de Savigny, y resulta relacionada con este trabajo. En efecto, el conflicto de civilizaciones se encuentra latente en el desarrollo de este autor en materia de orden público internacional. Precisamente la célebre “comunidad jurídica entre los Estados”, fundamento de la obligatoriedad en la aplicación extraterritorial del derecho extranjero, deriva de la pertenencia por parte de los Estados a una misma civilización: la occidental. Los pilares de esa comunidad jurídica son el derecho romano y el cristianismo, motivo por el cual esta comunidad se quiebra cuando el derecho extranjero carece de esa base de sustentación común, posibilitando recurrir excepcionalmente a las limitaciones en su aplicación, es decir, el orden público internacional. Pero está claro como el agua que la idea subyacente es la de impedir la penetración del derecho extranjero procedente de civilizaciones extrañas a la occidental, en especial -en el contexto histórico savigniano- la otomana. Baste para ello recordar las reflexiones que en materia de matrimonio le merece a este autor la cuestión de la “poligamia”.

Cuando la ley extranjera procede de un Estado de “distinto”, de “diferente” nivel de civilización o cuando esta ley pertenece a una “familia jurídica” que no ha alcanzado el mismo nivel de civilización, el recurso al orden público internacional será de empleo frecuente. Si la agresión tiene entidad, si la lesión tiene gravedad hasta conculcar, conmover los cimientos esenciales de la legislación de un Estado, su utilización queda justificada. Sin embargo, ello no es así cuando de lo que se trata es de esconder una mirada desconfiada hacia la legislación de otros Estados. No se está ante una cuestión menor. Todo lo contrario, esta delicada circunstancia parece producir un serio desequilibrio en el ámbito de la armonía y de la cooperación internacionales.

En síntesis, esta tendencia encierra la idea de que las leyes son el reflejo de las civilizaciones y el “admitir” en un Estado la aplicación de una ley extranjera implica el reconocimiento del nivel de civilización que ellas representan<sup>12</sup>. Precisamente, diremos que el “orden público internacional” es uno de los recursos con que cuentan los Estados para solucionar el tan inevitable como temido “Conflicto de civilizaciones”.

Por ello, consideramos imprescindible realizar estas aclaraciones para entender nociones, que tal como anticipamos se encuentran significativamente emparentadas.

#### **IV. Otras instituciones que limitan la aplicación del Derecho extranjero. Distinciones**

Existen otras excepciones o vallas a la aplicación del Derecho extranjero que no deben ser confundidas con el orden público internacional.

---

<sup>11</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara L., “El conflicto de civilizaciones. Una nueva mirada al Derecho Internacional Privado”, *Revista Plenario*, Año 4, Nº 35, AABA, 1997. También pueden verse de Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, *Derecho Internacional Privado, Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, Tomo 18, pág. 64.

<sup>12</sup> Ver Fernandez Rozas, José y Sanchez Lorenzo, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, 1993.

Uno de estos institutos es el **fraude a la ley**, por el cual el magistrado se encuentra inhibido de aplicar el derecho foráneo porque las partes han modificado los puntos de conexión o la naturaleza de los derechos con la intención de sustraerse a las disposiciones imperativas aplicables para regir una relación jurídica; de forma tal que los actos aislados son legítimos, pero en su conjunto producen un resultado prohibido por la ley<sup>13</sup>. Aunque para algunos doctrinarios el fraude a la ley no es más que un supuesto concreto del orden público internacional, pensamos que ello no es así ya que el fraude es un límite a la autonomía de la voluntad, siendo su efecto el de someter los actos realizados bajo el imperio de la ley que se ha intentado burlar, restableciendo el carácter imperativo de la norma aludida.

Otra distinción debe hacerse con respecto a las **normas de policía**, normas de aplicación inmediata o normas superimperativas. Estas son normas materiales o directas que exigen ser aplicadas inmediata y apriorísticamente sin necesidad de acudir a ninguna regla de conflicto<sup>14</sup>. En estos casos se aplica la norma imperativa sin importar siquiera que la solución del derecho extranjero sea más beneficiosa en el caso concreto.

Debido a excepcionales consideraciones, la norma que ha sido diseñada para regular típicas relaciones dentro del ámbito territorial, ve extender por estrictas razones de política legislativa, su dominio al ámbito extraterritorial. La relación es captada por la norma internacionalmente imperativa, que le es, apriorística y directamente aplicable.

Se está en presencia de ciertas disposiciones, que dentro del radio de su aplicabilidad, en razón de su objetivo particular acorde con determinadas políticas legislativas, deben ser aplicadas por voluntad del legislador cualquiera sea el derecho que normalmente rijan la relación de que se trate y su mera presencia excluye toda otra solución posible.

En suma, la distinción más importante es que al orden público internacional se arriba a través de la regla de conflicto, donde la ley extranjera es desplazada por ofender gravemente el derecho del juez; en cambio las normas internacionalmente imperativas se aplican independientemente de esa circunstancia.

La extraterritorialidad de la ley también puede ser trabada por el requerimiento de **reciprocidad**, que subordina en un Estado la importación de un derecho a la necesidad de que el Estado exportador de la norma admita a su vez la utilización del otro ordenamiento jurídico. Este principio fue adoptado por el art. 11 del Código Civil francés, y por el Código Civil italiano de 1865 y confirmado por el Código de 1942.

La **retorsión** por su parte, es un impedimento de hecho. Se produce cuando en las relaciones internacionales hay fricciones que hacen que se responda a un acto odioso de un Estado con otro de igual naturaleza.

---

<sup>13</sup> Cfr. Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas, Sara y Basz, Victoria, *Lecciones de Derecho internacional Privado. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1997, pág. 179 y ss.

<sup>14</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara, "Derecho internacional Privado". En: *Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, Tomo 18, pp. 64-65.

Goldschmidt considera que en el fondo la retorsión y la reciprocidad constituyen una sola institución ya que en ambos casos un Estado suspende la aplicación del Derecho extranjero, porque el Estado cuyo derecho el país se niega a aplicar, a su vez repudia la aplicación del Derecho patrio. La diferencia estribaría en que la retorsión es de carácter particular, concreto, y produce sus efectos a posteriori, en cambio la reciprocidad es general y establecida a priori.

Según este autor, el Derecho argentino desconoce ambos supuestos, al menos en sentido estricto<sup>15</sup>. Actualmente la doctrina está conteste en que estos principios utilitarios no deben ser aceptados en el Derecho Internacional Privado por carecer de base científico-jurídica.

También constituye una excepción al principio de extraterritorialidad el principio de la **lex rei sitae** para regular los bienes inmuebles. Es un resabio del sistema feudal que otorga una desmesurada competencia a la ley de ubicación de los bienes inmuebles. Un ejemplo de esta excepción es el art. 10 de nuestro Código Civil. La misma no debe asimilarse al orden público internacional ya que se trata de leyes meramente territoriales que tienen un fundamento distinto, pues en estas se aplica la ley de situación de las cosas y en el caso de la excepción de orden público, se aplica la ley del foro, que no siempre coincide con aquella<sup>16</sup>.

## **V. El orden público internacional en el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna**

Dijimos que el derecho extranjero no es aplicable cuando se opone al orden público del foro. Entonces, la primera confrontación necesaria será con la Constitución Nacional, ya que en ella se hallan los principios fundamentales de la comunidad argentina.

Sin embargo, la incompatibilidad del derecho extranjero con la Constitución Nacional no acarrea las consecuencias que trae aparejada la falta de compatibilidad entre aquella y la legislación interna, ya que el derecho extranjero nunca podría declararse inconstitucional o inválido, sino que simplemente se rechazará su aplicación<sup>17</sup>.

Cabe destacar que a partir de la reforma constitucional de 1994 se han incorporado nuevos derechos y principios a través, especialmente, del art. 75 inc. 22 que llevan a reformular el contenido del orden público internacional en la Argentina<sup>18</sup>. Por ello se

---

<sup>15</sup> Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pp. 167-168. Sin embargo, el autor admite su existencia en el Derecho de extranjería. Entre otros ejemplos cita al caso "Grona", quien -al tener diferencias económicas con el Estado argentino- logró que en 1963 se decretara el embargo de una aeronave argentina. Este acto hostil de la justicia italiana fue contestado por el Decreto-ley 9.015/63, que dictó la llamada "cláusula Grona", por la cual se autoriza al gobierno nacional a declarar la falta de reciprocidad con un país extranjero y sujetarlo a jurisdicción argentina.

<sup>16</sup> Puede ampliarse en Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000, en especial el capítulo referido al régimen internacional de los bienes.

<sup>17</sup> Cfr. Perugini, Alicia M. y Ramayo, Raúl, "Constitución Nacional, Derecho extranjero y orden público", 1978. En: *LL* 1978-D, p. 927.

<sup>18</sup> Feldstein de Cárdenas, Sara y Basz, Victoria, "El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional", en: *LL* 1995-E, Sec. Doctrina, p. 1127.

puede afirmar que todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República Argentina, ya sea que gocen de jerarquía constitucional o supralegal integran el contenido del orden público internacional, se trate de cláusulas operativas o programáticas, ya que en este caso no cabe hacer la distinción pues este instituto se compone de principios y no de normas<sup>19</sup>.

Pero si de la Constitución Nacional se puede decir que opera como primer filtro de la aplicación extraterritorial, no es menos cierto que la legislación que se dicte en su consecuencia, también contiene principios de orden público internacional.

En virtud de lo dicho, el Código Civil nos proporciona un principio general a través de las prescripciones del art. 14, si bien en su texto no se habla expresamente de orden público, su noción está implícita.

Dicho artículo prescribe diferentes hipótesis: Las leyes extranjeras no serán aplicables:

**Inciso 1º:** “*Cuando su aplicación se oponga al derecho público de la República*”, antes de aplicar una norma de derecho privado extranjero, el juez deberá ver si ella no contraviene los principios del derecho público argentino. El codificador da como ejemplo las leyes francesas que solo consideran los derechos civiles de sus nacionales, contrariando el art. 20 de la Constitución Nacional.

“...*al derecho criminal*”, se entiende que esta mención es redundante ya que se halla incluida en la expresión más amplia de “derecho público”.

“...*a la religión del Estado*”, esta expresión también ha sido criticada porque nuestra Constitución no instituye una religión del Estado, sino que consagra la libertad de cultos (art. 14 CN.)

“...*a la moral y buenas costumbres*”, se trata de un concepto impreciso. Vélez Sarsfield expresó en la nota del art. 530 que “en el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes divinas y humanas”.

Esta limitación concuerda con la prescripta en el art. 4º del Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo. De todas formas, en general las leyes extranjeras contrarias a la moral y a las buenas costumbres lo son también al derecho público o al espíritu de nuestra legislación (inc. 2º del art. 14 CC).

**Inciso 2º:** “*Cuando su aplicación fuese incompatible con el espíritu de la legislación de este Código*”. Esta última referencia se debe entender en el sentido de legislación nacional. Para la mayoría de la doctrina esta disposición constituye la cláusula

---

<sup>19</sup> Véase, al respecto, el trabajo de la Dra. María Susana Najurieta: “Orden Público Internacional y derechos fundamentales del niño”. En: LL 1997-B, Sec. Doctrina, p. 1436.



de reserva y la norma de orden público internacional adecuada. En ella, en definitiva, quedan comprendidos todos los supuestos del art. 14.

**Inciso 3º:** “*Cuando fueren de mero privilegio*”. Este inciso también quedaría subsumido en el inciso 1º que se refiere al derecho público ya que el art. 16 CN consagra la igualdad ante la ley y rechaza las prerrogativas de sangre, de nacimiento, los fueros personales y los títulos de nobleza.

**Inciso 4º:** “*Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos*”. Se trata de la consagración de la teoría del *favor negotii*, por el cual se rechaza la aplicación de la ley extranjera porque conduciría a negarle validez al acto. Su finalidad es amparar el tráfico nacional declarando válidos los actos jurídicos mediante la aplicación de la legislación argentina.

La doctrina es conteste en que es un error legislativo integrar dentro del orden público internacional un instituto que tiene otros fundamentos, aunque el efecto sea el mismo: limitar la aplicación del derecho extranjero.

## **VI. Los tratados de Montevideo de 1889 y de 1940**

Los Tratados de Montevideo mencionan el orden público en sus Protocolos Adicionales (art. 4º común). Ellos declaran que “las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”. Se suele cuestionar la inclusión de las instituciones políticas porque se encuentran comprendidas dentro de las leyes de orden público.

## **VII. La variabilidad y actualidad del orden público internacional argentino**

Existe coincidencia entre los autores acerca de la dificultad para dar una definición de orden público internacional. Precisamente porque es una noción confusa y **variable en tiempo y espacio**. Así, para Kaller de Orchansky, se trata de un conjunto de principios inspiradores de la organización del Estado y la familia que, de acuerdo con el orden moral y las buenas costumbres, asegura la realización de los valores humanos fundamentales. La naturaleza de estos principios es variable, puesto que un cambio de las circunstancias políticas y económicas o de las concepciones morales modifica el concepto de orden público<sup>20</sup>. Asimismo, este varía según el Estado de que se trate, ya que cada país tiene un orden público exclusivamente nacional. Esto no quiere decir que no existan principios universales y absolutos. Lo que sucede es que ellos pueden ser interpretados de forma distinta según las circunstancias históricas<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. Kaller de Orchansky, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1994, pág. 136 y ss.

<sup>21</sup> Cfr. Ramayo, Raúl y Perugini, Alicia M., “*Constitución Nacional, Derecho extranjero y orden público*”. En: *LL* 1978-D, pág. 927.

Por su parte, Pardo lo define como un conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local que se encuentran en estado subyacente y surgen como freno al Derecho extranjero que puede distorsionarlos<sup>22</sup>.

Boggiano explica que el orden público actúa como cláusula de reserva, que sintetiza los principios del Derecho argentino, frente a las soluciones del Derecho extranjero. Sin embargo, el autor reconoce la vaguedad que identifica a estos principios, lo que implica que sus límites se tornen imprecisos. También lo caracteriza como un concepto variable que depende de las transformaciones sociales y de las modificaciones políticas y morales<sup>23</sup>.

Smith denomina orden público al conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad, las cuales por afectar a la organización de esta no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni por la aplicación de las leyes extranjeras. Es un status fundamental querido por dicha comunidad y normativamente determinado por sus órganos representativos o de un modo consuetudinario<sup>24</sup>.

Por su lado, Goldschmidt, entre otros, hace una distinción digna de ser tenida en cuenta entre los autores que conciben al orden público como un conjunto de disposiciones y quienes lo entienden como un conjunto de principios. Para los primeros, forman parte de este instituto las disposiciones más importantes que conciernen a los aspectos vitales de la comunidad. En cambio, para los segundos, el orden público no está en las disposiciones sino que se halla en los principios que inspiran a las mismas. La elección entre una u otra teoría se vincula con la aplicación a priori o a posteriori, respectivamente, del orden público internacional, lo cual se desarrollará más adelante. Goldschmidt considera que se trata de un conjunto de principios y el Derecho extranjero se aplica en tanto no los conculque. Advierte que la otra postura permite desterrar casi por completo el Derecho extranjero, lo que convierte al orden público en un medio para aplicar el derecho propio<sup>25</sup>.

La mayoría de la doctrina coincide en afirmar el carácter realista y concreto del orden público internacional que responde a un **criterio de actualidad**, en el sentido que la legislación que se toma en cuenta como referencia para el juicio de compatibilidad es la imperante en el foro al momento en que el juez resuelve; aunque esta postura ha sido discutida por cierto sector de la jurisprudencia, como se verá más adelante.

De lo expuesto se puede concluir que el orden público internacional constituye una excepción, un freno a la extraterritorialidad, un límite local a la aplicación de las leyes extranjeras, en la terminología empleada por Savigny.

---

<sup>22</sup> Cfr. Pardo, Antonio J., *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Buenos Aires, 1976, p. 323.

<sup>23</sup> Cfr. Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, Tomo I, pág. 487 y ss.

<sup>24</sup> Cfr. Smith, Juan Carlos, "El orden público como concepto y como status social", 1963, Tomo 120. En: *LL*, pág. 1119.

<sup>25</sup> Cfr. Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1988, pág. 162 y ss.

## **VIII. El orden público internacional en el régimen internacional del matrimonio, de la separación personal y del divorcio vincular**

### *a) Régimen legal anterior a la Ley 23.515*

El art. 2° de la Ley 2.393 prescribía: “La validez del matrimonio, no habiendo ninguno de los impedimentos establecidos en los incs. 1°, 2°, 3°, 5° y 6° del art. 9°, será juzgada en la República por la ley del lugar en que se haya celebrado, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen”.

Se trata de una norma indirecta, una regla de conflicto que establecía como punto de conexión el lugar de celebración del matrimonio para juzgar sobre su validez. El último párrafo contempla el denominado “fraude inocuo”, que consiente que los contrayentes abandonen su domicilio actual para celebrar el matrimonio en otro país donde rige un derecho diferente, que ellos prefieren. Se anhela con ello obtener matrimonios válidos y no claudicantes. Por otra parte, esta norma contiene una diferenciación entre impedimentos de orden público interno, los cuales no afectan el matrimonio celebrado en el extranjero y los impedimentos de orden público internacional: consanguinidad, afinidad, ligamen y crimen (art. 9°, incs. 1°, 2°, 3°, 5° y 6°). Por ende, estos importan al orden público del Derecho Internacional Privado y su existencia le restará reconocimiento al matrimonio contraído en el extranjero que intente hacerse valer en la República.

Con respecto al impedimento dirimente de ligamen, cabe decir que, para la Ley 2.393, la unión nupcial solo se disolvía por la muerte de alguno de los esposos (art. 81); la ley 14.394 agregó la ausencia con presunción de fallecimiento (art. 31). Entonces, un matrimonio celebrado en Argentina que intentase ser disuelto en otro país, violaría el orden público internacional y dicha disolución no sería aceptada en nuestro país. Como así también el matrimonio extranjero, que podía disolverse por la ley del lugar de origen, no podría haberlo hecho en la República sino de acuerdo con las disposiciones legales argentinas (art. 82).

### *b) Régimen de la Ley 23.515. Interpretación jurisprudencial*

El art. 159 somete las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio al derecho del lugar de celebración y nuevamente consagra el mencionado “fraude inocuo”.

El art. 160 no reconoce los matrimonios celebrados en el extranjero, si median los impedimentos de los incs. 1°, 2°, 3°, 4°, 6° y 7° del art. 166 ya que son de orden público internacional y desplaza la aplicabilidad de la ley extranjera.

Al margen de las modificaciones terminológicas y sustanciales que han sufrido estos artículos con respecto al art. 2° de la Ley 2.393<sup>26</sup>, a los fines de este trabajo

---

<sup>26</sup> Véase, al respecto, el trabajo de las doctoras Sara Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz: “El Derecho Internacional Privado en la Ley 23.515”, *Revista Síntesis Forense* (1994, junio), N° 76, Colegio Público de Abogados de San Isidro.

importa destacar que esta ley ha introducido el instituto del divorcio vincular en el Derecho argentino, con lo cual **el principio de orden público internacional de la indisolubilidad del matrimonio ha perdido vigencia**.

En consecuencia, luego de la entrada en vigor de la Ley 23.515, un importante sector de la jurisprudencia, a la hora de reconocer un segundo matrimonio celebrado en el extranjero, previo divorcio obtenido en jurisdicción foránea, antes de la introducción legislativa del divorcio vincular en la República Argentina, colocó en el centro del análisis al orden público, considerando que se debe tener en cuenta sus caracteres definitorios ya mencionados: **su variabilidad y su actualidad**. Por ello se afirma que en materia matrimonial el orden público internacional ha sufrido una gran transformación en nuestro país puesto que el principio de la indisolubilidad del matrimonio ha sido sustituido por el de disolubilidad. Dicho principio fue incorporado a nuestro orden público a partir del caso Sejean<sup>27</sup> y luego fue reafirmado por la Ley 23.515.

En virtud de los caracteres de este instituto, se concluye que los principios que lo integran deben ser analizados al momento de resolver el caso y no según los principios vigentes al tiempo de sucederse los hechos. Esta es la doctrina que fluye de la sentencia dictada por Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1<sup>a</sup> el 5 de septiembre de 1994 en autos “**Saccone, Romeo A. v. Rodríguez, Elisa**”<sup>28</sup> y es la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 12 de noviembre de 1996 en el caso “**Solá, Jorge Vicente, s/suc. ab intestato**”.

Nuestro más alto Tribunal interpretó en este último caso que, de la conjunción del art. 13 del Tratado de Montevideo de 1940 y del art. 4º del Protocolo Adicional, la República Argentina puede reconocer o desconocer la validez del segundo matrimonio contraído en el territorio de otro Estado Parte, según sus principios de orden público internacional.

Finalmente, la Corte esboza el fundamento más contundente para reconocer validez al segundo matrimonio del causante: **el orden público internacional es un concepto eminentemente variable, que depende de los principios que sustentan la organización de cada Estado en una época determinada. Dentro de estos principios se hallaba el de la indisolubilidad del vínculo matrimonial. No obstante, la Ley 23.515, al admitir el divorcio vincular, privó de vigencia al principio mencionado**. En virtud de estos argumentos y del criterio de actualidad que caracteriza al orden público internacional, según el cual este **debe ser apreciado al momento de la intervención del juez del foro**, y no en la época en que se produjeron los hechos, la

---

<sup>27</sup> Caso Sejean: “S., J. B. c. Z. de S., A. M.”, fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 27 de noviembre de 1986. En: *Fallos de la Corte Suprema* 308-2268, LL 1986-E, 648. Aunque este pronunciamiento no resuelva una cuestión de Derecho Internacional Privado, es relevante tenerlo en cuenta en materia de orden público internacional ya que, a partir de este fallo, es admitido jurisprudencialmente por la Corte Suprema el principio de disolubilidad del matrimonio, aun antes de la sanción de la Ley 23.515.

<sup>28</sup> JA 1995-I, 492.

## **Corte Suprema concluyó que no existe interés actual en desconocer la validez de un matrimonio celebrado en el extranjero.**

Con posterioridad al caso Solá, la tendencia jurisprudencial mayoritaria distingue entre los casos de matrimonios celebrados en fraude a la ley argentina (bigamia internacional simple), y los casos de nulidad de un matrimonio extranjero, cuya validez es cuestionada por mediar un impedimento de ligamen, es decir un matrimonio anterior no disuelto legalmente, bajo ninguna ley y en ninguna jurisdicción (bigamia internacional doble). Por ende, el vínculo es bigamo tanto para el país de la celebración del segundo matrimonio, como para el nuestro.

Así lo destacó la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el caso “**M., L. s/sucesión**” del 21 de septiembre de 2001: “Corresponde distinguir, por un lado, la ineficacia extraterritorial del matrimonio extranjero celebrado con impedimento de ligamen y, por otro, los supuestos de nulidad e inexistencia del matrimonio. Constituyen categorías diversas, con caracteres que impiden toda asimilación; distinguiéndose en particular porque la nulidad se rige por la ley del lugar de celebración, en tanto la ineficacia extraterritorial se basa en la aplicación de la ley argentina. La nulidad tiene efecto internacional porque la sentencia que anula un matrimonio extranjero debe ser reconocida por los demás países, mientras el desconocimiento de eficacia solo tiene efectos en nuestro país; por otro lado, la nulidad está sujeta a legitimación activa y a la caducidad, las que no juegan en el otro caso. (...) Si bien luego de la sanción de la Ley 23.515 -que incorporó la posibilidad del divorcio vincular- la indisolubilidad del vínculo dejó de integrar el orden público interno, lo que el impedimento de ligamen protege no es la indisolubilidad sino el matrimonio monogámico, al impedir que se contraiga uno nuevo sin disolver previamente el anterior que pudiera tener uno o ambos contrayentes. Por lo tanto, dicho impedimento no es exclusivo de los regímenes que no admiten la disolución del vínculo sino común a todas las legislaciones que consagran el divorcio dirimente o disolutivo y, admitir lo contrario conduciría a la poligamia o poliandria, en tanto la monogamia integra el orden público internacional no es un criterio que admita discrepancias, tanto antes como después de la vigencia de la Ley 23.515”. En consecuencia, resolvió: “Si en el caso de autos, en que no solo no existe sentencia nacional o extranjera que hubiera disuelto el primer matrimonio del causante, sino que en vida de los esposos ni siquiera se inició alguna de las acciones admitidas por la Ley 2.393, corresponde concluir que la celebración del segundo matrimonio en el Paraguay configuraría incluso un caso de bigamia internacional doble ya que ni en la Argentina ni el Paraguay toleran la poligamia. Tampoco puede sostenerse que, al producirse la muerte de la cónyuge, quedó convalidado el segundo matrimonio”. “La bigamia ofende al orden público actual y la proyección de los efectos de los matrimonios celebrados en esas condiciones está expresamente contemplada en el art. 160 del Cód. Civil -t.o. Ley 23.515- según el cual no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero, si mediaren algunos de los impedimentos que la ley establece, entre los cuales se encuentra la subsistencia del matrimonio anterior. De esta manera con independencia de la nulidad o validez que pudiera afectar al vínculo según la ley de celebración, es evidente que no deben reconocerse efectos extraterritoriales al matrimonio celebrado en segundo término por el causante”.

En cambio, en aquellos casos en los que se había obtenido una sentencia de divorcio, previa al segundo matrimonio -como en “Sola”- la Sala I de la misma Cámara, en el caso “**N., D.C.P./sucesión ab-intestato**”, con fecha 15 de marzo de 2000, sostuvo que:

- La doctrina iusprivatista internacional es coincidente en señalar el carácter relativo y variable del orden público internacional u orden público en el sentido del Derecho Internacional Privado, como límite a la aplicación del Derecho extranjero, al reconocimiento o ejecución de una sentencia de ese origen o a la prestación del auxilio judicial internacional.
- El concepto de orden público ha de ser por su propia naturaleza elástico y flexible, en tanto relacionado con principios jurídicos.
- El orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un estado determinado.
- Consecuencia necesaria de la variabilidad del orden público es su actualidad. Es decir que, en caso de modificación del contenido del orden público, el juez debe tener en cuenta su estado actual.
- El espíritu que informa la legislación de un Estado tiene el dinamismo propio de lo viviente y avanza con la vida de una comunidad. Por ello, la legislación que se toma en cuenta como referencia a efectos del juicio de compatibilidad, es la que impera en el foro en el momento en que el juez resuelve.
- Dado que el orden público tiene por función la de defender los valores del Derecho propio contra el Derecho extranjero en sí aplicable, según las reglas del Derecho Internacional Privado y atento que tales principios pueden cambiar en el transcurso del tiempo, precisamente por su manera de ser, ellos son retroactivos. He aquí lo que se llama actualidad del orden público.
- A los efectos de resolver la legitimidad de quien se presenta como viuda de un segundo matrimonio del causante, es menester tener en cuenta la forma en que la Ley 23.515 ha modificado los principios que informan la legislación argentina en materia matrimonial. Es decir, que en la actualidad, ese orden público internacional argentino no constituye obstáculo, en los términos del art. 160 del Código Civil, para el reconocimiento del matrimonio celebrado por el causante en el exterior, al momento de encontrarse separado de su primer cónyuge en los términos del art. 67 bis de la Ley 2.393, disolviéndose posteriormente tal vínculo en los términos de la Ley 23.515.

- En similar sentido, se pronunció la Sala C de idéntico tribunal de alzada en “**A.C. s/suc. ab-intestato**”, de fecha 21 de septiembre de 2000: “Corresponde admitir la ampliación de la declaratoria de herederos en favor de la segunda esposa del causante, con relación a los bienes propios del causante, con fundamento en el principio de actualidad del orden público internacional”. En el caso, “la actora habría contraído matrimonio en la República del Paraguay sin estar disuelto el contraído en el país y, al celebrarse aquel, el marido declaró ser soltero. La validez de este segundo matrimonio no fue atacada en vida del causante. En tal situación, se está ante un caso simple de bigamia, que podría motivar la anulación del matrimonio si se promoviese la acción pertinente, pero -en tanto ella no sea ejercida y recaiga sentencia- no es posible desconocer el título de estado de familia resultante de la partida presentada, ya que no existen matrimonios nulos de pleno derecho sino que en todo caso la anulación debe ser judicialmente decretada, previa deducción de la acción por el legitimado activo. En este orden de ideas, el art. 239 del CCiv. no admite que la acción de nulidad sea promovida por el Ministerio Público, salvo en vida de ambos esposos, y establece que ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo”.

En similar inteligencia, debe citarse el precedente “**U., A. s/sucesión**” del 10 de abril de 2007, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el cual consideró que, siendo un caso análogo al precedente “Sola, J.V.” fallado en 1996, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida que declaró inválido el acto de matrimonio celebrado entre el causante y la hoy recurrente, y con ello su pretendida vocación sucesoria, excluyéndola de la declaratoria de herederos toda vez que el causante contrajo nupcias en el extranjero (Perú) en el año 1980 y que la contraente se encontraba divorciada en la Argentina bajo el régimen de la Ley 2.393 desde el año 1975, recién convirtiendo su divorcio en vincular en el año 1987 de conformidad con la nueva regulación dispuesta por la Ley 23.515, razón por la cual dicho matrimonio habría sido celebrado en fraude de la legislación argentina, pues las partes no poseían en ese momento aptitud nupcial, configurándose así el impedimento del artículo 166, inciso 6° del Código Civil. En este sentido la legislación aplicable, el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, dispone que, en el caso de matrimonio celebrado en otro país contratante con impedimento de ligamen, no impone a los otros países contratantes la obligación internacional de desconocerle validez, sino que deja librado al orden público internacional del Estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación. Por ello y toda vez que la modificación introducida por la Ley 23.515 admite la disolución del vínculo por divorcio, el actual criterio del orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero que es invocado en el foro en virtud de los derechos sucesorios reclamados por la cónyuge supérstite.

## **IX. Reconocimiento legal de las uniones de parejas homosexuales. Derecho Comparado**

En los últimos años los legisladores de los países occidentales se han ocupado de reconocer y regular el fenómeno de las uniones heterosexuales y homosexuales:

Dinamarca, Groenlandia, Islandia, Noruega, Suecia, Alemania, Canadá, Finlandia, Francia, Holanda, Hungría, Portugal, Bolivia, Brasil, Paraguay, el estado de Vermont (Estados Unidos de América); Aragón, Valencia, Cataluña (en España), el cantón suizo de Ginebra, Uruguay, la Ciudad de Buenos Aires, en la República Argentina, son solo algunos ejemplos

Las soluciones propuestas por estas normativas se caracterizan por su diversidad en grados, alcances, y contenidos.

Por un lado, se pueden diferenciar aquellas legislaciones sobre la materia que solo se ocupan de las uniones homosexuales. Entre ellas podemos mencionar, la normativa adoptada por Dinamarca, Noruega, Islandia, Finlandia, Suecia, Alemania, y Suiza. La doctrina más prestigiosa ha denominado a estas legislaciones que reservan sus disposiciones a las personas del mismo sexo, “modelo nórdico” y destacan que fue el modelo inicial, precursor<sup>29</sup>. En cambio, otras legislaciones han optado por regular en un mismo cuerpo normativo a las uniones homosexuales y heterosexuales. Como ejemplos de esta tendencia se pueden mencionar las leyes de Holanda, las leyes autonómicas de España y Portugal, y la Ley sobre Uniones Civiles del Estado de Vermont en Estados Unidos aprobada en el año 2000.

En efecto, la ley holandesa de 1997 fue la primera que rompió con el esquema del modelo nórdico. Esta normativa, si bien preveía efectos semejantes a los previstos en sus antecesoras, se apartaba en cuanto abría su ámbito de aplicación personal a las parejas heterosexuales. Además, en abril de 2001, Holanda dio un nuevo paso al aprobar la equiparación de las uniones de personas del mismo sexo con las de personas de sexo opuesto, convirtiéndose en la primera ley que reconoce el matrimonio homosexual. En efecto, en la materia que nos ocupa, Holanda ofrece un amplio abanico de posibilidades para las parejas tanto heterosexuales como homosexuales: el matrimonio, el partenariado, y la unión registrada.

Ahora bien, entre las legislaciones que están previstas para ambos tipo de parejas, los efectos que cada una de ellas prevé son disímiles. Incluso, algunas leyes como la de Cataluña de 1998 y la de Aragón de 1999 disponen diferentes efectos y reglas, según se trate de parejas heterosexuales u homosexuales. Así, nos encontramos que en la Ley Catalana de 1998, por ejemplo, la escritura pública es un requisito constitutivo para las uniones homosexuales, pero no para las heterosexuales. En este último caso, es suficiente la convivencia ininterrumpida por dos años o más para considerar a una pareja unión estable. En cambio, la única forma de constituir una unión homosexual es otorgando escritura pública. Asimismo, solo se reconoce el derecho de adopción a las parejas heterosexuales. Además, contiene normativa diferenciada en materia de derechos sucesorios, disolución, pensión periódica,

---

<sup>29</sup> Cfr. Quiñones Escámez, Ana, “Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de derecho internacional privado en la ley alemana (2000)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 101, N° 3, 2002, pág. 833 y ss.



extinción por defunción<sup>30</sup>. En relación con la Ley de Aragón, la única diferencia entre las parejas homosexuales y las heterosexuales es que las primeras no pueden adoptar.

Asimismo, se han diferenciado las denominadas uniones libres de las uniones legales. Las primeras serían las uniones de hecho, que existen sin un marco legal establecido, ya sea porque no están previstas en ningún cuerpo normativo (criterio negatorio) o porque este las prohíbe y sanciona (criterio sancionador). Por oposición, las uniones legales como su nombre lo indica se encuentran reguladas por una legislación específica: algunas legislaciones prevén solo algunas condiciones de fondo y/o forma para su formación y disolución, otras regulan -además- sus efectos y finalmente las más completas reglan toda la organización de la institución desde su nacimiento hasta su extinción. A tales fines algunas normativas crean reglas específicas y otras se remiten simplemente a las disposiciones para el matrimonio (criterio equiparador). Así, por ejemplo, la ley danesa de partenariados registrados reenvía directamente a las normas sobre matrimonio en lo que respecta al registro, efectos legales y disolución, y, en general, en todo en lo que no existe disposición en contrario.

Finalmente no podemos soslayar que el fenómeno ha sido aprehendido parcialmente para su regulación en materias particulares: seguros médicos, regímenes de pensiones, violencia familiar, beneficios de vivienda, impuestos, empleo, entre otros aspectos en países como, Nueva Zelanda, algunos estados de Estados Unidos, Sudáfrica, Australia, Argentina, Colombia, entre otros.

En suma, podemos decir que las legislaciones que reconocen expresamente las uniones homosexuales son: Alemania, Andorra, Australia, Austria, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Reino Unido, República Checa y Suiza, Andalucía, Navarra, el País Vasco, Aragón, Cataluña, Cantabria, Extremadura, la Comunidad Valenciana, California, el Distrito de Columbia, Nueva Jersey, Nuevo Hampshire, Oregón y Washington, entre otros. En Latinoamérica las uniones de parejas homosexuales tienen reconocimiento legal a nivel nacional en Colombia, Ecuador y Uruguay, así como a nivel local en la Ciudad de México, Coahuila, en el estado brasileño de Rio Grande do Sul, en la Ciudad de Buenos Aires, en Villa Carlos Paz y Río Cuarto (Córdoba), y en la Provincia de Río Negro<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Puede verse un análisis pormenorizado de la Ley Catalana de Uniones Estables de Pareja. En: Navarro Simon, Eva María, "Constitución de uniones de hecho heterosexuales en la ley catalana de uniones estables de pareja 10/1998 de 15 de julio", <http://porticolegal.com/articulos/> [consulta: marzo de 2009].

<sup>31</sup> Puede verse sobre este tema: Rodríguez, Mónica Sofía; Báez Peña, Vera; Scotti, Luciana Beatriz y Medina, Flavia Andrea, "Las uniones de pareja a la luz del Derecho Internacional Privado Argentino". En: Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Castellanos Ruiz, Esperanza (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, ISBN 84-7879-854-4, pág. 655 - 673, 854 páginas, Madrid, Colex, 2004; y Grosman, Cecilia (Dir.), *Revista de Derecho de Familia*, N° 30: *Familia y Derecho Internacional Privado*, ISBN 950-20-1645-9, pág. 151-169, 322 páginas, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005; y *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, N° 1, Diario Jurídico elDial: [www.eldial.com](http://www.eldial.com), Albremería, fecha de publicación: 28 de mayo de 2004.

## **X. El matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho Comparado**

Si bien las uniones homosexuales son antiguas, los intentos de incorporarlas legislativamente a través de la institución del matrimonio surgen recién a fines del siglo XX.

En efecto, el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido aprobado en varios países en la última década, estableciendo legalmente la equiparación con la institución matrimonial entre hombre y mujer, en sus requisitos y efectos. El primero de tales Estados fue Holanda en 2001, tal como ya mencionamos.

Dichas legislaciones responden, de un modo u otro, a la consagración de la igualdad ante la ley de todos los individuos, derecho que encontramos reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos y en la mayoría de las constituciones nacionales.

En tal sentido, cabe recordar que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos considera que el matrimonio es un derecho que asiste a todas las personas con independencia de su orientación sexual.

Por su parte, la Resolución N° 28/1994 del 8 de febrero del Parlamento Europeo invita a los Estados miembros a abolir todas las disposiciones legales que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, reclama iguales derechos para las uniones homosexuales y heterosexuales, incluyendo regímenes matrimoniales idénticos.

Los países que hasta la fecha equiparan el matrimonio entre personas del mismo sexo al matrimonio entre hombre y mujer son: Países Bajos (desde 2001); Bélgica (desde 2003); España (desde 2005); Canadá (desde 2005); Sudáfrica (desde 2006); Noruega (desde 2009); Suecia (desde 2009); Portugal (desde 2010); Islandia (desde 2010); Argentina (desde 2010); seis jurisdicciones de Estados Unidos<sup>32</sup>: Massachusetts (desde 2004), Connecticut (desde 2008), Iowa (desde 2009), Vermont (desde 2009), Nuevo Hampshire (desde 2010), Washington, D.C. (en vigor desde 2010); y México, D.F. (desde 2010).

Sin embargo, a la par, otros países, aun dentro de la civilización occidental, prohíben expresamente las uniones y matrimonios homosexuales. Son los casos de Letonia, Lituania, Polonia, Honduras, que han incluido tal prohibición expresa en sus Constituciones.

## **XI. La recepción legislativa del “matrimonio igualitario” en el Derecho argentino**

La discusión sobre el matrimonio homosexual, en el seno del Congreso de la Nación, comenzó en octubre de 2007, cuando la diputada Vilma Ibarra presentó un proyecto destinado a reconocer la igualdad entre homosexuales y heterosexuales.

---

<sup>32</sup> Estados Unidos de América aprobó en 1996 la Ley Federal para la Defensa del Matrimonio, en el que se define el matrimonio como la unión de un hombre con una mujer, por lo que a nivel federal las leyes no pueden reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo.

A su turno, debemos recordar que el 28 de diciembre de 2009 fue celebrado en la Argentina el primer matrimonio entre personas del mismo sexo, el primero en Latinoamérica. Alex Freyre y José María Di Bello lograron el 13 de noviembre que un tribunal de la Ciudad de Buenos Aires les diera un permiso de contraer matrimonio. Si bien se casarían el 1° de diciembre, una controversia judicial impidió el trámite. Finalmente pudieron contraer matrimonio en Tierra del Fuego, previo consentimiento de la gobernadora de esa provincia.

En este contexto, el 5 de mayo de 2010 la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción al proyecto, y en la madrugada del 15 de julio se aprobó en el Senado de la Nación, con 33 votos a favor, 27 en contra y 3 abstenciones. Así, la República Argentina se convirtió en el primer país de Latinoamérica en aprobar el matrimonio homosexual o “igualitario”, a nivel nacional.

La Ley 26.618, sancionada el 15 de julio de 2010, promulgada el 21 de julio y publicada en el Boletín Oficial al día siguiente, modifica varios artículos del Código Civil, de la Ley 18.248 (Ley del Nombre) y de la Ley 26.413 (Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas).

Todas estas modificaciones están encaminadas a adaptar la legislación vigente al reconocimiento del matrimonio entre personas de igual sexo.

En este sentido, el artículo 2° es la piedra angular de la reforma, ya que a través del mismo fue sustituido el texto del artículo 172 del Código Civil, que establecía que el matrimonio solo podía celebrarse entre un hombre y una mujer por el siguiente:

*“Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.*

*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.*

*El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles, aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente”.*

Por otro lado, a los fines de la aplicación de la reforma, la ley introduce una cláusula complementaria en su penúltimo artículo, según el cual todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Asimismo, los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Y cierra, concluyendo que ninguna norma

del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo (artículo 42).

## **X. Efectos de la nueva legislación sobre matrimonio en el Derecho Internacional Privado argentino**

La reciente y significativa reforma en materia de matrimonio incide, tal como adelantamos, en el régimen internacional del matrimonio. En particular, a la hora del reconocimiento de un matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero, siempre que la ley del lugar de celebración lo acepte.

Hasta la aprobación de la Ley 26.618, un principio fundamental del Derecho Argentino en materia de matrimonio, que formaba parte del contenido del orden público internacional argentino que limitaba la aplicación del Derecho extranjero era, junto con la monogamia, la heterosexualidad. Principio que se encontraba recogido en el artículo 172 del Código Civil.

La reforma legislativa estaría modificando, por ende, nuestro orden público internacional, sustituyendo aquel principio, por el de igualdad entre matrimonios de igual o distinto sexo (matrimonio igualitario).

Sin dudas, no es la primera vez que en esta misma materia, varía el contenido de la excepción de orden público internacional. Su actualidad y variabilidad según el lugar y la época ya encontraron aplicación relativamente reciente respecto del principio de indisolubilidad del matrimonio que fue reemplazado por el de disolubilidad a partir de la reforma de la Ley 23.515 que introdujo el divorcio vincular en nuestro país, respondiendo a una demanda de los argentinos que, en los hechos, desde hacía tiempo, obtenían divorcios en el extranjero para luego, volver a contraer nupcias, eludiendo la prohibición legal de nuestro ordenamiento jurídico.

Previamente, en el célebre caso “Sejean” del 27 de noviembre de 1986, la propia Corte Suprema de la Nación había reconocido el principio de disolubilidad del vínculo matrimonial.

Sin embargo, la situación no es ahora totalmente idéntica. El matrimonio homosexual fue resistido por amplios sectores, sobre todo en el interior del país, y no hubo un *leading case* como lo fue “Sejean” que motivó en gran medida la Ley de Divorcio, tampoco hubo un debate serio en toda la sociedad como el tema lo ameritaba, máxime teniendo incidencia en otras cuestiones tan relevantes como la adopción. Por el contrario, la iniciativa precipitada respondió a una embestida del oficialismo.

## **XI. Reflexiones finales**

El matrimonio, tradicionalmente considerado como una institución, en el mundo posmoderno se muestra como una construcción social y cultural. Por ello, la concepción del matrimonio difiere de cultura en cultura, de región en región y aun de país en país.

Definir qué entendemos por “matrimonio” en nuestros días es casi una misión imposible. Hace años, la institución matrimonial en Occidente se caracterizaba por constituir una unión indisoluble entre hombre y mujer, revestida de ciertas solemnidades, ya sea ante una autoridad civil o religiosa.

En cambio, hoy por hoy, la calificación de matrimonio depende de los alcances que le dé cada legislación nacional. Las diferencias en el concepto de “matrimonio” son muy agudas de un país a otro, aun cuando pertenezcan a la cultura occidental: algunos países lo configuran como una institución indisoluble, otros como una institución disoluble; algunos Estados lo limitan a la unión heterosexual, mientras que otros permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La evolución legal en una materia tan sensible como el Derecho de Familia debería responder siempre a un cambio en las convicciones y en los valores de la sociedad, la cual pierde, entonces, el interés en reaccionar contra la aplicación del Derecho extranjero, pues este ya no conculca los principios fundamentales que la sostienen.

¿Qué mejor opción, entonces, que indagar la opinión de la sociedad en una cuestión que atañe a los pilares esenciales de nuestro ordenamiento jurídico y dejar que el pueblo decidiera una modificación tan importante?

Una consulta popular en los términos del artículo 40 de la Constitución Nacional con un resultado favorable a la reforma, hubiera legitimado ampliamente el matrimonio entre personas del mismo sexo y hubiera confirmado las voces que indican que existe consenso en el pueblo argentino para esta trascendental reforma legislativa. Fue desde nuestra mira una nueva oportunidad perdida para que la ciudadanía se expresara por sí misma. Si ello hubiera sucedido, no quedarían dudas de que este conjunto de nuevos preceptos responden a principios fundamentales de nuestro Derecho, aceptados por la sociedad en su conjunto.

En efecto, la sociedad en su conjunto debe clamar por la sensibilidad del intérprete, más o menos propenso a mirar por encima de las fronteras estatales, más o menos abierto a la recepción de concepciones diferentes, pero siempre atento a la protección de los más caros principios que sostienen, que impregnan su sistema jurídico. Por ello, tal como se ha dicho, cabe afirmar que en materia de orden público internacional, el principio rector que domina esta delicada cuestión es el avance de la extraterritorialidad sobre la territorialidad, de la moderación sobre la discrecionalidad<sup>33</sup>.

Porque, si bien es cierto, no cabe conformarse con la cristalización de normas entendidas como inalterables, aisladas de la realidad circundante, adheridas a pensamientos anclados en el pasado, no lo es menos que resulta deseable una interpretación

---

<sup>33</sup> Cfr. Feldstein de Cárdenas, Sara y Rodríguez, Mónica, “Matrimonios en fraude a la Ley Argentina: Réquiem para una muerte anunciada”. En: *Revista de Derecho*, N° 30, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2009.

atinada por parte de los magistrados encargados de su aplicación, quienes, cuando acudan a la reserva del orden público internacional, sean conscientes de que no es un “caballo desbocado”, que no es un “magma”, ni un “misterio”, que no es una suerte de materia “amorfa e inasible” que admite la arbitrariedad, sino que se trata de un instrumento que les permite, si así lo desean, interpretar los valores que impregnan la sociedad en la que viven, la que legarán a las generaciones futuras<sup>34</sup>.

## **Bibliografía**

Biocca, Stella Maris; Feldstein de Cárdenas y Sara, Basz, Victoria, *Lecciones de Derecho internacional Privado. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1997, pág. 179 y ss.

Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, Tomo 1.

Carrascosa González, Javier, “Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI”. En: *Anales de Derecho, Universidad de Murcia*, N° 21, 2003, pp. 109-143

Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Bases culturales del derecho internacional privado de familia”, *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 13 de junio de 2005, Volumen N° 30, pp. 31-50

Feldstein de Cárdenas, Sara L., “El conflicto de civilizaciones. Una nueva mirada al Derecho Internacional Privado”, *Revista Plenario*, Año 4, N° 35, AABA, 1997.

Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.

Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, *Derecho Internacional Privado, Reformas al Código Civil*, Edición Abeledo Perrot, 1994, Tomo 18.

Feldstein de Cárdenas, Sara y Basz, Victoria, “El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional”, pp. 1128-1129. En: *LL 1995-E*, sec. Doctrina, pág. 1127.

Feldstein de Cárdenas, Sara y Basz, Victoria, “El Derecho Internacional Privado en la ley 23.515”, *Revista Síntesis Forense* (1994, junio), N° 76, Colegio Público de Abogados de San Isidro.

Feldstein de Cárdenas, Sara y Rodríguez, Mónica, “Matrimonios en fraude a la Ley Argentina: Réquiem para una muerte anunciada”, *Revista de Derecho*, N° 30, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2009.

---

<sup>34</sup> Véase Feldstein de Cárdenas, Sara, “El conflicto de multiculturalidad: réquiem para el orden público internacional en materia de familia”. En: *Derecho Internacional Privado - derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Asunción, ASADIP/CEDEP Editores, 2010.

Feldstein de Cárdenas, Sara, “El conflicto de multiculturalidad: réquiem para el orden público internacional en materia de familia”. En: *Derecho Internacional Privado - derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Asunción, ASADIP/CEDEP Editores, 2010.

Fernández Rozas, José y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, 1993.

Jayme, Erik, “Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado”, *Rev. Fac. Cs. Jcas. (Caracas)*, N° 82, 1991.

Jayme, Erik, “O Direito Internacional Privado e a Família no umbral do Século XXI”, *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito - PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Seleção de Textos da obra de Erik Jayme, Vol. 1, N° 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, pp. 99-109.

Jayme, Erik, *Methoden der Konkretisierung des Ordre Public im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg, C.F. Muller Publicaciones, 1988.

Kaller de Orchansky, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991.

Najurieta, María Susana, “Orden Público Internacional y derechos fundamentales del niño”. En: *LL 1997-B*, Sec. Doctrina, pág. 1436.

Navarro Simon, Eva María, “Constitución de uniones de hecho heterosexuales en la ley catalana de uniones estables de pareja 10/1998 de 15 de julio”, <http://porticolegal.com/articulos/> [consulta: marzo de 2009].

Pardo, Antonio J., *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Buenos Aires, Abaco, 1976.

Perugini, Alicia M. y Ramayo, Raúl, “Constitución Nacional, Derecho extranjero y orden público”. En: *LL 1978-D*, pág. 927.

Quiñones Escámez, Ana, “Eficacia extraterritorial de las uniones de pareja: nuevas normas de derecho internacional privado en la ley alemana (2000)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 101, N° 3, 2002, pág. 833 y ss.

Rodríguez, Mónica Sofía; Báez Peña, Vera; Scotti, Luciana Beatriz y Medina, Flavia Andrea, “Las uniones de pareja a la luz del Derecho Internacional Privado argentino”. En: Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Castellanos Ruiz, Esperanza (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, ISBN 84-7879-854-4, pp. 655-673, 854 páginas, Madrid, Colex, 2004.

Santos Belandro, Ruben, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Montevideo, Asociación de Escribanos de Uruguay, 2009.

Savigny, Federico Carlos, *Sistema de Derecho Romano actual*, Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1879, Vol. 6, pp. 32-38.

Smith, Juan Carlos, “El orden público como concepto y como status social”. En: *LL*. Tomo 120, 1963, pág. 1119.

*Artículo recibido: 31/03/2011*

*Aceptado para su publicación: 01/06/2011*