

DIVORCIO

MATRIMONIO CON FRAUDE A LA EXPECTATIVA

Dr. Fernando J. Diaz Ulloque
Profesor Titular de Derecho Internacional
Público y Derecho Internacional Privado.

No es necesario insistir en la trascendencia que tiene el problema del divorcio en el Derecho Internacional Privado. Y si bien, *prima facie*, en nuestro país el asunto, aunque trascendente, sería de fácil solución por el carácter indisoluble que nuestra legislación otorga al vínculo matrimonial (lo cual es reconocido unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina), en la práctica surgen no pocos inconvenientes por la apreciación casuística que se hace en ciertos casos, de los términos de la ley. Al respecto, el Art. 7 L.M.C. dice: “La disolución en país extranjero, de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no lo fuere a las de este Código, no habilita a ninguno de los cónyuges a casarse”.

Vico, afirma que la imposibilidad de un nuevo matrimonio que consagra el Art. 7 L.M.C., sólo se refiere al caso de que se pretenda contraer nuevas nupcias en el país, más no cuando el nuevo matrimonio tenga lugar en el extranjero. En realidad esta tesis fue sostenida antes por Machado y por otros tratadistas, y se basa fundamentalmente en una aplicación analógica del antiguo art. 165 del C.C. (sustituido por el Art. 7 L.M.C.) y de su nota (Vico, “Derecho Int. Privado, 6^o edición. Bs. As. 1967, págs. 326 y 327).

Romero del Prado, coincidiendo con Vico, dice: “Se argumenta con el art. 6^o L.M.C. a “contrario sensu” art. 2^o y 9^o de la misma, art. 6, 7 y 139 C.C., y haciéndose resaltar la diferencia entre el art. 165 del Código con el art. 7 de la Ley de Mat. Civil”. Agregando luego, “Estamos con esta opinión” (Romero del Prado, *Der. Int. Privado* Ed. Assandri, Córdoba a 1961, T. 2^o, pág. 306). Es claro que Romero del Prado da a entender (y en esto se equivoca) que Vico también admite el nuevo matrimonio en la República, aunque destacando que debe ser reconocido en la Argentina. Vale decir el reconocimiento del nuevo matrimonio del divorciado.

Por su parte, Borda, afirma (*Manual de Der. de Familia— Ed. Perrot—*

Bs. As. 1972, pág. 238) “Puede presentarse dos hipótesis distintas: a) que el casamiento y el divorcio hayan tenido lugar en países divorcistas; b) que el casamiento se haya celebrado en un país donde el vínculo es indisoluble y el divorcio en otro. a) La primera hipótesis no ofrece ninguna dificultad, siempre, claro está, que el Juez que pronunció el divorcio sea competente. El Matrimonio era disoluble según la Ley del lugar de celebración y fue disuelto en ese mismo país o en otro cualquiera que también admita el divorcio, y cuyos Tribunales eran competentes para entender en la causa. Tales actos son perfectamente válidos y los cónyuges puedan contraer nuevos matrimonios válidos tanto en el exterior como en nuestro país. b) Algo más delicada es la segunda hipótesis, pero la solución debe ser la misma. En el caso del matrimonio argentino, es natural que nuestros jueces examinen, además de la competencia del Tribunal las causales en que se funda el divorcio; pero aquí no se trata del matrimonio argentino, de cuyo régimen legal son custodios los jueces nacionales, sino de uno celebrado en el extranjero. Y si un Tribunal competente de otro país lo declara disuelto, no podemos nosotros discutir la validez de tal pronunciamiento, ni erigirnos, en defensores de un Orden Público que no es el nuestro”.

Por su parte Goldschmidt (Der. Int. Privado 3º ed., Depalma, Bs. As. 1977, pág. 299) dice: En el Derecho Internacional Privado Interno se advierte que la lucha entre antidivorcistas y divorcistas no terminó con una victoria plena de la primera que habría conducido al rechazo de todo divorcio, cualquiera que hubiese sido el país de la celebración del matrimonio, y cualquiera que hubiese sido la ideología de aquel. El Derecho Internacional Privado Interno se limita a proteger los matrimonios argentinos. Sólo en esta hipótesis existe el “contacto” con el propio país que el Orden Público reclama (“Binnenbeziehung”). Se entiende por matrimonio argentino desde luego, al matrimonio celebrado en la Argentina.

Guastavino se expresa de la siguiente manera (Notas al Código Civil Arg. ed. Lajouane— 1899— pág. 354): “El Código con la redacción de nuestro ilustre Codificador, tenía —antes de su reforma por las leyes de matrimonio de 1888 y 1889— su art. 165 concebido así: “El matrimonio disuelto en territorio extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes de la República Argentina, no habilita para casarse a ninguno de los cónyuges”. Este artículo era más comprensivo que el 164 actual (Art. 7 L.M.C.) Abrazaba todos los casos, así de matrimonios contraídos en la República y disueltos en el extranjero, como los contraídos fuera del territorio argentino y disueltos también

en el extranjero, declarando para todos que tal disolución, no conforme a la ley argentina, no habilita a ninguno de los cónyuges a casarse. El Art. 164 (Art. 7-L.M.C.) actual no ha admitido esta generalidad y ha limitado la capacidad de los cónyuges al caso en que el matrimonio declarado disuelto hubiese sido celebrado en la República. Evidentemente esto importa dejar sometidos los otros casos a la regla general, que establece, que los matrimonios se juzgan por las leyes del lugar de su celebración, lo que importa decir que es válido el matrimonio de que tratamos”.

Llerena, por su parte afirma (“Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino” Bs. As. 1899— J. Peuser T 1^o, pág. 364): “resumiendo lo expuesto y de conformidad con los arts. 6 y 14 C. C. 2 y 9 de la L.M.C., y con la Jurisprudencia universalmente admitida, resulta: 1^o—Que el matrimonio celebrado en la República Argentina no puede disolverse en el extranjero con el efecto de habilitar a las partes a contraer otro en la República; 2^o— Si disuelto en el extranjero un matrimonio contraído en la República, las partes contraen un segundo matrimonio en el extranjero, ese segundo matrimonio será nulo en la República; 3^o—El matrimonio contraído en el extranjero y disuelto allí mismo por causas no reconocidas en la República no habilita a las partes para casarse en la República; 4^o— El matrimonio contraído fuera de la República después de la disolución del primer matrimonio contraído en el extranjero con arreglo a las leyes del país en que se contrajo el primero, será válido en la República.

Pensamos, sin embargo, que el divorcio debe ser rechazado en la Argentina en todos los casos. Es decir aún cuando el anterior matrimonio se hubiese celebrado en el extranjero y allí también el nuevo matrimonio, este no podría admitirse en nuestro país. Creemos que no solo nuestro Derecho Internacional Privado protege a los matrimonios argentinos celebrados en la República (en razón de que únicamente en esta hipótesis se produce “el contacto con el propio país que el Orden Público reclama”) sino que protege la indisolubilidad de cualquier matrimonio, en cualquier parte donde se hubiere celebrado. En efecto, se produce un agravio a nuestro orden público al pretender dar validez aquí al nuevo vínculo. Validez que determinaría, entre otras cosas la legitimidad de los hijos del segundo matrimonio. Por otra parte, como lo reconoce el Maestro Goldschmidt (ob. cit. pág. 297): “la comunidad Argentina ha dado múltiples pruebas de su convicción antidivorcista”.

El orden público en este caso no puede ser un Orden Público específico, limitado a la concepción del divorcio y del nuevo matrimonio, salvo que el problema surja con respecto al derecho divorcista absoluto de los

países signatarios de los Tratados de Montevideo que tienen un orden público especial para estos asuntos (1889: Art. II; 1940; Art. 13— Tratado de Der. Civil Internacional), pero fuera del ámbito de los tratados de Montevideo el artículo 14 inc. 2 debe regir en todo su plenitud. Lo contrario nos llevaría a admitir la bigamia, o el matrimonio entre personas del mismo sexo por ejemplo, nada más que por que el caso no tiene contacto con la República.

Pero es que lo tiene, como el caso del nuevo matrimonio en el extranjero de divorciados de un matrimonio anterior también extranjero, por el SOLO MOTIVO de invocar aquí su validez.

En este asunto tan importante del divorcio habría que recordar otra situación que ha sido, en mi criterio, aceptadamente resuelta por la doctrina. Me refiero al caso de la aplicación a estas cuestiones del concepto del “fraude a la expectativa”. En efecto el mismo Goldschmidt al proclamar la indisolubilidad del matrimonio argentino, dice” se entiende por matrimonio argentino, desde luego, el matrimonio celebrado en la Argentina. Pero el fin propuesto requiere necesariamente que se equipare a este matrimonio, el con fraude a la expectativa se celebra en el extranjero” (obra cit., pág. 299).

En ese mismo orden de ideas se expide el Profesor de Der. Int. Privado de la Facultad de Derecho de Bs.As. Dr. Horacio Sanguinetti, cuando comentando un casamiento de este tipo dice (LA LEY, miércoles 29 de septiembre de 1971: “Parece claro el propósito fraudulento en expectativa, ya que la razón primordial del traslado —“la expansión espacial” que apunta la doctrina del fraude— era dejar abierta la posibilidad del divorcio vincular previendo una futura desaveniencia. Así lo hacen, en efecto muchas parejas que pretenden eludir la indisolubilidad que impone nuestra ley, propósito cada día más difícil, como consecuencia del cero jurisprudencial que progresivamente va acosando a los divorcios fraudulentos. En realidad la ley 2393, por art. 2º, dispensa de la obligación de su propio art. 17. Es decir, aunque los contrayentes (hubiesen dejado sus domicilios para no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen), el matrimonio es igualmente válido. Si bien la ley manda contraer nupcias en el domicilio de alguno de los contrayentes, no existe sanción para quienes lo hagan en otro sitio. La sanción normal debería ser la nulidad del acto. Pero por el principio del “favor matrimonial”, y quizá contemplando la condición de los hijos que eventualmente se procreen, no existe nulidad. En el fondo, paradójicamente, la sanción radicaría en la VALIDEZ. En atar a los cónyuges que intentaran reservarse la perspectiva del divorcio con lazos indisolubles.

Como si fuera poco, debemos recordar que el 3º Congreso Nacional del Derecho Civil, celebrado en Octubre de 1961 en Córdoba, resolvió que tal matrimonio “con fraude a la expectativa”, había de estimarse a los efectos del Art. 7 de la L.M.C., como celebrado en la Argentina, resultando, por ende, indisoluble por divorcio vincular.

Es claro que a la situación contemplada por los Dres. citados y por el mencionado Tercero Congreso Nacional de Derecho Civil, habría que agregar otras. Hasta ahora nadie lo ha propuesto, entendemos que hacerlo es lo novedoso de la presente nota. Se trata del caos de un matrimonio cuando uno de los contrayentes estaba anteriormente casado en el extranjero y se había divorciado en un país que no admite el divorcio vincular. De acuerdo con la tesis expuesta al comenzar este trabajo, aunque se hubiese hecho el divorcio en país que admite el divorcio vincular, los cónyuges así divorciados no pueden casarse en la Argentina, ya que proclamamos el rechazo de todo matrimonio de divorciados (en cualquier parte y en cualquier forma), por imperio del Art. 14 C.C. Pero los que admiten en nuevo matrimonio cuando el casamiento fue en el extranjero y el divorcio también en el extranjero (donde hubiere divorcio vincular) tendrían que agregar otro caso de validez de un matrimonio impuesta como sanción a un fraude a la expectativa.

En efecto como señalara recién, residiendo los contrayentes en la Argentina no podrían casarse aquí aun con el criterio de los que admiten el casamiento de los casados y divorciados en el extranjero porque el matrimonio del contrayente anteriormente casado no había sido disuelto “ad vinculum”. Pero de acuerdo con el criterio aludido podría gestionarse su disolución en un país que admitiera el divorcio vincular (Ej. México) trámite —por cierto— fácil, y así se podría celebrar aquí el nuevo matrimonio. El no hacerlo, y casarse los contrayentes a México (donde la simple sentencia de separación equivale a un divorcio “ad vinculum”) significa un fraude a la ley, en expectativa, porque a los contrayentes les hubiera sido harto sencillo obtener el divorcio del contrayente casado, y casarse luego ambos aquí, lo que no lo hacen casándose en el extranjero (en un país divorcista) con el evidente propósito de dejar una puerta abierta para la disolución. Esto, en nuestro concepto equivale al caso de quienes, sin impedimento alguno, se casan en el extranjero (en un país divorcista), cometiendo un fraude a la expectativa. La sanción debe ser la indisolubilidad del matrimonio. Si no se admite la indisolubilidad absoluta que propiciamos, por lo menos esto sería, una contribución a la estabilidad del vínculo matrimonial.