

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

*IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA ELABORADA POR TRATADISTAS DEL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, FRENTE A NORMAS CIVILES QUE, EN
LA ÉPOCA EN QUE FUERON SANCIONADAS Y PUESTAS EN VIGENCIA, NO*

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

**CONTEMPLABAN EL "ASENTIMIENTO CONYUGAL" PRESCRIPTO POR EL
ARTÍCULO 1277 DEL CÓDIGO CIVIL(*) (431)**

OSVALDO H. ORLANDO

SUMARIO

I. Introducción. II. La cuestión sub examen. III. La ley competente. IV. Tipo legal de la norma indirecta. V. Naturaleza del pacto nupcial. VI. Teoría del uso jurídico. VII. El punto de conexión. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Si se acepta la validez y eficacia de una convención matrimonial celebrada por extranjeros en el país de su domicilio, ante notario público, las relaciones obligacionales que son consecuencia de tal pacto no deben ser Juzgadas a la luz del artículo 6º de la L.M., toda vez que la remisión que esta norma hace, regulando que si se trata de inmuebles ha de aplicarse la "lex sitae", no alcanza a comprometer aquellas relaciones personales de los esposos, pues con ello no se afecta al orden público argentino.

Esta concepción se alza contra la aparente vigencia de dicha norma, que en el caso que tratamos agota el pensamiento del jurista, no facilitándole una interpretación más amplia, más rigurosa y por ende más justa en lo que concierne a sus alcances.

Según dictamen publicado en Revista del Notariado en pág. 1599 del número 743, a pesar de reconocerse la fuerza de la doctrina, se concluye por la "observancia de la ley" sin otra alternativa que respetarla.

El suscripto concibió un dictamen en disidencia y ahora lo presenta confiado en poder contribuir con su trabajo al gran edificio de la jurística. Subraya que los civilistas en materia de derecho internacional privado deben apoyar, por lo menos parte de sus criterios, en la valiosa obra de los iusprivatistas, para lograr la realización de un derecho justo.

II. LA CUESTIÓN "SUB EXAMEN"

Ante un escribano público de Avignon (Francia) dos cónyuges franceses sometieron los bienes del patrimonio de la sociedad respectiva, al régimen de separación puro y simple, formalizando el pacto el 16/3/53. Esta circunstancia se hizo constar en el mandato que la cónyuge otorgó a un tercero el 23/9/74, a fin de que su representante vendiera un inmueble sito en la República Argentina. La titular dominical lo había adquirido en Buenos Aires, por escritura del 25/7/74, compareciendo como casada, sin datos en lo que atañe a la existencia del pacto nupcial

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ni al origen del dinero mediante el cual pagaba el precio.

El 16/5/75 el apoderado de la misma otorgó en Buenos Aires una escritura aclaratoria, señalando que tal adquisición la había formalizado su mandante bajo el régimen de separación de bienes puro y simple, manifestando que tal exteriorización la realizaba a fin de posibilitar a la titular la disposición del bien inmueble, sin necesidad de que el marido fuese obligado a prestar el consentimiento exigido por el artículo 1277 del Código Civil.

III. LA LEY COMPETENTE

Para el caso "sub examen", la aplicación lisa y llana del artículo 6º de la L. M., comporta no sólo un acto de injusticia, sino también la determinación de una arbitrariedad, acompañados por una clara tergiversación de criterios propios del derecho internacional privado.

Como no se trata sólo de amparar la situación al calor de la aplicación del principio de razonabilidad, es oportuno recordar que en eventos como el que plantea la situación, la vigencia de otros preceptos legales puede reforzar el criterio jurídico de una sana doctrina.

En el firmamento del derecho universal, y en nuestro caso del derecho argentino, brillan todavía algunas estrellas cuya materia desde hace tiempo está apagada.

Es una falacia suponer que el único camino que conduce a la realización de la justicia es el de la observancia de una norma, cuando el efecto querido por la misma desnaturaliza su razón de ser. Por lo pronto, puede convenirse sin mengua de la verdad en que, en la época en que cobró vigencia de ley de matrimonio, el artículo 6º de dicha regulación no previó el caso del asentimiento conyugal, y que hoy mal puede aprovecharse el jurista de su normatividad para afectar un derecho legalmente adquirido por los cónyuges franceses, que viven en su país y pactaron en el mismo acerca de sus relaciones patrimoniales como cónyuges.

La luz jurídica de dicha prescripción no ilumina el acto sometido a la esfera de su influencia, pues el hecho determinante está ubicado fuera del radio de acción del foco normativo. Felizmente el derecho civil es antiguo, y como tal, de gran riqueza. Por ello sus entrañas suelen facilitar el paso a otras concepciones paralelas más acordes con situaciones que merecen amparo.

Veamos. El art. 1220 dice: "La validez de las convenciones matrimoniales, hechas fuera de la República, será juzgada por las disposiciones de este Código respecto a los actos jurídicos celebrados fuera del territorio de la Nación." A su vez, el art. 1205 (para nosotros de vital importancia) sostiene: "Los contratos hechos fuera del territorio... serán juzgados... su naturaleza y obligaciones... por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados".

Si las partes han dejado su domicilio para apartarse (ex profeso) del dictado de su legislación, han entrado por ello en la esfera del fraude, y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los efectos son distintos.

El art. 4º de la L.M. dice: "El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera que sean las leyes del país en que el matrimonio se celebró", y el 6º: "Los bienes raíces son regidos por la ley del lugar en que estén situados."

Ahora bien: ¿Cuál es la ley del lugar? Ley del lugar es el conjunto de disposiciones atinentes al acto y conductas de que se trata.

Margarita Argúas sostiene que, celebrada una convención nupcial en el extranjero, sus cláusulas deben surtir efectos en la República aún con respecto a los bienes inmuebles situados en ésta, mientras no se afecte el ordenamiento local de los derechos reales (arts. 2503 y concord. del Cód Civil) o a los derechos de los cónyuges (administración y disposición de bienes inmuebles) o por ejemplo, a la institución de la legítima, si se produjera la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de ellos pero se aplicará el art. 6º, respecto de inmuebles sitos en la R.A - de modo excluyente a toda otra ley - cuando los cónyuges no hayan celebrado convención nupcial (parte tomada del dictamen citado). Intentaremos reforzar la opinión de la doctora Argúas apoyándonos en consideraciones profundas de la teoría normológica.

La cuestión pertenece al campo de acción y captación del derecho internacional privado, más que por la nacionalidad de la propietaria, por el lugar de celebración del pacto, o aún por la "lex domicilii", todo ello sin echar en saco roto los impactantes artículos 6º de la LM. y 10 del Cód. Civil.

Abordaremos el tema al calor que irradia la teoría trialista del derecho, es decir, influidos por consideraciones atinentes no sólo al orden normativo, sino también al orden social y al orden de valores que intentamos resguardar, sin alejarnos de la realidad y sin enredarnos en los tules que tantas veces dificultan el cauteloso paso del crítico.

IV. TIPO LEGAL DE LA NORMA INDIRECTA

El estudio de la norma jurídica nos lleva a intentar subsumir los hechos concretos dentro del tipo legal. Este, ostenta una característica positiva; un contrato de venta en vías de formalizarse por escritura pública que, aparentemente, podría requerir - por aplicación de los arts. 6º L.M. y 1277 del Cód. Civil - el asentimiento conyugal.

Tratándose de una norma que remite a otra, conforme al punto de conexión que hace las veces de "trampolín", ha de tenerse en cuenta que el ordenamiento que se aplicará se reducirá a determinadas cuestiones, es decir, a los hechos descriptos por el tipo legal al que obviamente se circunscribe toda consecuencia jurídica, tratada por la norma. Ello es así, sostiene Werner Goldschmidt, porque responde a la tesis de la denominada "restricción de la consecuencia jurídica por el tipo legal que tiene la norma indirecta"(1)(432).

Una vez operada la subsunción de los hechos en el tipo legal de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

norma indirecta - por supuesto sin reparar en el espíritu que debe gobernar su interpretación - deben regularse los hechos conforme a la consecuencia jurídica que tienen la o las normas del derecho declarado aplicable (cuyos tipos legales coinciden con o se subsumen en el tipo legal de la norma indirecta).

Nos habíamos preguntado: ¿Cuál es la ley del lugar? Pues no es una sola disposición legal, sino el conjunto de disposiciones que regulan la situación. Por esto es que necesitamos resaltar que, si la norma indirecta declara aplicable el derecho propio, la elección del conjunto de normas es presidida por la "totalidad lógica del ordenamiento jurídico patrio", dentro, claro está, del derecho internacional privado. (Goldschmidt, op. cit.).

Tal ordenamiento lógico corresponde al ser de la comunidad regulada.

"A contrario sensu", si es que debe aplicarse el derecho extranjero, no es necesario aplicar su totalidad, sino sólo una parte del mismo. Lewald, inspirado por Zitelmann, distingue tres clases de normas indirectas: las que designan la ley que debe regir el efecto jurídico de una determinada situación; las que destacan la ley que fija las condiciones de un determinado efecto, y las que ponderan la ley que fija las condiciones del efecto como tal. Entendemos que nuestro caso y su norma indirecta preponderantemente están comprendidos por el primer tipo de normas indirectas.

Las cuestiones que plantea el derecho internacional privado se relacionan a todas luces con la norma problemática. Como ésta presupone numerosos interrogantes, Pillet aconseja la protección jurídica de los derechos adquiridos (concepto éste que ha permitido sostener a ciertos juristas que nadie puede explicarlo, lo que me induce a pensar que ello bien puede ser cierto, pero no menos cierto es que si bien el derecho adquirido es un instituto que no puede explicarse, por lo menos, en busca de la defensa de la sustancial libertad humana puede perfectamente comprenderse). Wilhelm Dilthey en su Introducción a las ciencias del espíritu, nos refiere el método de la comprensión para aprehender los conceptos atinentes a las ciencias de la cultura.

En el derecho internacional privado se pone en tela de juicio, por lo menos, la aplicación de dos derechos. El problema de las calificaciones surge de la presencia de dos ordenamientos que sirven a dos instancias definidoras. Si se ha de definir un contrato (por ejemplo: el pacto nupcial), no será suficiente entenderlo como un acuerdo de voluntades sino también especificar qué tipo de convención es, cómo juega la aptitud de cada parte, qué límites tienen sus derechos, sobre todo respecto de bienes inmuebles que, siendo aparentemente gananciales, son en realidad propios de la cónyuge titular, al no mediar la existencia de una sociedad conyugal, conforme al régimen aceptado referente a la separación de bienes pura y simple.

Al conocerse que los cónyuges tienen su domicilio constituido en Francia, tampoco se ve comprometido el "interés familiar" argentino (en tal mérito: el aspecto que nos interesa deja de ser sustancial a nuestro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho en materia de régimen inmobiliario, pues ni el bien deja de ser inmueble, ni las modalidades propias de su transferencia están afectadas, ni se vulneran prescripciones relativas a las formas instrumentales ni se compromete el derecho de terceros). Por todo esto, en la definición de uno o varios términos, deben incluirse los objetos a que se hace referencia, siendo insuficiente exponer conceptos abstractos(2)(433).

Al derecho argentino le interesa preponderantemente el régimen familiar de los bienes de la sociedad conyugal argentina (por ejemplo: matrimonios argentinos, entre argentinos y aquí domiciliados). Una cosa es determinar el régimen de un bien inmueble y otra cosa es saber la incidencia que pueden tener determinadas facultades de un cónyuge que "strictu sensu" no tiene sociedad con otro. Por ello, la teoría analógica de la "lex civilis causae" - patrocinada por Despagnet - Valery - Martin Wolff, Pacchioni y otros - sostiene que hay que separar rigurosamente los puntos de conexión por un lado y el tipo legal por otro. Aquéllos deben definirse con arreglo al derecho del juez (o notario) que conoce el pleito (consulta). El tipo legal, en cambio, debe definirse concordantemente con el derecho civil declarado aplicable por el punto de conexión de la norma indirecta, de cuyo tipo legal se trate. Para nosotros, insistimos, el punto de conexión es la ley del lugar de celebración y no la "lex sitae" del inmueble, toda vez que las relaciones entre los cónyuges se refieren a derechos obligacionales; y aún en el caso que se refiriera a derechos reales, éstos permanecen intangibles frente a las pretensiones de un cónyuge de un matrimonio extranjero que se domicilia en el extranjero, haciendo aplicable el art. 4º de L.M. y nunca el 6º a pesar de su claridad, a la que juzgamos de aparente ya que el legislador no tuvo en miras ni el pacto nupcial de los interesados ni nunca el asentimiento conyugal, cuando redactó la disposición de que se trata. Además, insistimos, no existiendo sociedad conyugal, el bien adquirido por la cónyuge es propio y no ganancial, no siendo materia de consulta, ni al parecer del caso, la posible existencia de hijos menores, ya que dicho inmueble no es hogar conyugal. ¿De qué vale entonces aplicar abstractamente la "lex sitae" frente a las circunstancias fácticas y a los valores en juego predeterminados por un sector social que inmediatamente no afecta al orden público argentino?

¿Como calificar el o los puntos de conexión?, ¿con arreglo a qué ley: la argentina o la francesa? He aquí que por sobre un criterio lógico que niega reclamando un asentimiento inocuo, debe primar la razón lógica del interprete que afirma. El tipo legal debe ser visto a la luz del art. 4º de la ley de Matrimonio. El artículo 10 del Código Civil no se refiere a los contratos obligacionales, por lo que, no estando alterado el régimen de los bienes como derechos reales, el notario argentino debe tener presente el derecho francés en materia de derechos personales matrimoniales en lo referente al patrimonio afectado.

Por lo menos, en parte, el método es el analítico - analógico. En auxilio de las posibles "lagunas" que pueda producir la teoría de la "lex civiles

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

causae", que intenta solucionar el problema de la calificación, debe el jurista recurrir, aconseja Goldschmidt(3)(434), al método sintético - judicial.

Sociológica y normativamente, el análisis exige el cuidado de distinguir no sólo a los contratos obligacionales de los derechos reales sino también la diferenciación entre el derecho matrimonial personal y el patrimonial (arts. 160 y 161 a 163 del Cód. Civil). De igual modo en lo que respecta a los arts. 3º, 4º, 5º y 6º de la L.M. En materia de calificación debe actuarse con cautela, puesto que distintos derechos civiles delimitan ambos campos de modo diverso. El problema se agudiza cuando se sabe que la norma indirecta no puede crear su propio objeto.

Savigny menciona los hechos fácticos de una relación jurídica. Ciertos autores de prestigio como Rabel, Martín Wolff y Beckett, entre algunos más, sostienen que el objeto del tipo legal de la norma indirecta es una mera relación de vida de una situación fáctica. De esta suerte, el tipo legal escapa al prejuzgamiento.

Lewald - citado por Goldschmidt - sostiene que el objeto del tipo legal es una "situación fáctica" problemática. Si ésta se halla enfocada por el tipo legal, la consecuencia jurídica de la norma indirecta indica el ordenamiento jurídico aplicable. El artículo 6º de la L.M. refiere a que en materia de inmuebles corresponde aplicar la "lex sitae", pero nuestra materia es la convención nupcial y no el inmueble que desea enajenar la cónyuge. Dicha convención acuerda prácticamente la inexistencia de la sociedad conyugal de tal modo que la aptitud de la cónyuge se determina por el pacto y su derecho propio, y no por las prescripciones referentes al previo asentimiento de su marido que pasa a ser inoperante. ¿No hemos enfocado la situación fáctica con certeza? ¿Olvidamos que el tipo legal delimita el sector social regulado por el derecho declarado aplicable? ¿Y que dicho sector es inmediatamente ajeno a nuestro derecho?

Así, adquiere importancia el tema de la teoría de la "restricción de la consecuencia jurídica por el tipo legal". Entonces, como el bien inmueble no debe sustraerse al tráfico negocial, la aplicación de la "lex loci celebrationis" resulta suficientemente coherente, toda vez que el marido podría oponer sus derechos en virtud del alcance que le confiere el pacto. El bien le pertenece a su mujer como propio y no tiene la característica de ser el hogar conyugal. Ello es "realidad" y a esa situación no puede enfrentársela abstractamente con la imposición de la norma contenida en el art. 6º de la L.M.

Si se trata, por ejemplo, de la norma indirecta referente al derecho matrimonial personal, no resulta aplicable el derecho general del marido, sino que es aplicable el derecho nacional del mismo, sólo en lo que atañe a los efectos personales del matrimonio. Estos términos, por otro lado, se definen en virtud de uno u otro derecho, según la doctrina de la calificación que se entienda acertada. Es decir, que lo personal para el derecho extranjero, puede ser en su ordenamiento, lo patrimonial para el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho argentino. ¿Qué pasaría, insistimos, si el marido negase su asentimiento, y al ser demandado por la cónyuge interviniese un tribunal francés? Pensamos que el derecho que nos preocupa y la realización de la justicia (no existiendo sociedad conyugal) no debe conducirnos al escepticismo ni a un modo de razonar errabundo. La ciencia se encarga de destruir el concepto nada, y al negar la nada construye el mundo del ser; por esto insistimos en que no debe confundirse el modo (que es el medio de transmitir un derecho real sobre un inmueble) con la causa que es el contrato y la relación obligacional antecedente al acto de enajenación.

Por qué desconocer el pacto? ¿Cuál es el valor jurídicamente protegido si nos decidimos por la aplicación del art. 6º de la L.M.? ¿Por desconocer nuestras costumbres impedimos a un extranjero que realice un contrato en el país?

La doctrina ve en tal caso un resabio de feudalismo, ¡pero no olvida que ya en el siglo XIII, la Ley de Partidas contenía normas esclarecedoras al respecto!(4)(435)

La convención nupcial es un contrato "sui generis" que carece en principio de lugar de ejecución. De tal pacto dimanar derechos de propiedad (expresado este concepto en el sentido que le confiere el derecho constitucional), y el derecho de propiedad está amparado por la Constitución Nacional y por el mismo art. 3º, último punto del primer párrafo, del Cód. Civil.

Al no mediar beneficio para el cumplimiento del derecho local decidimos deambular con la crítica a cuestas, llevando el pensamiento al hontanar de las normas indirectas que ponderan el punto de conexión representado por la "lex loci celebrationis".

Si por vía indirecta - abstracta - adoptamos el criterio de amparar en este caso los hipotéticos derechos del marido, adoptando nuestra legislación, no sólo nos enfrentaremos con el efecto que provoca el principio del fraccionamiento en la aplicación de un régimen legal (habrá o coexistirán tantos sistemas de bienes en el matrimonio cuantos países existen, si se trata de inmuebles) sino también que defenderemos aquello que los cónyuges legal y legítimamente no desearon defender. ¿Qué lugar de cumplimiento pudieron presuponer los cónyuges que tendría o podría tener su pacto? Al no deber aplicarse los arts. 6º ni el 1209 ni el 1210, débese recurrir a las clarificantes normas de los arts. 4º de la L.M. y 1205 del Cód. Civil. La nota inserta por Vélez Sársfield al art. 1205, citando al juriconsulto Story, nos impulsa a recomendar su nueva lectura atento sus asideros científicos.

En lo referente a si es posible manifestar el origen del dinero omitido en la escritura de adquisición, sin perjuicio de algunas argumentaciones legales, tenemos presente un fallo de la Cámara Civil 2ª que resolvió favorablemente, siempre que se trate de una compra realizada por una mujer casada - separada de hecho - . Con mayor razón si esta persona puede invocar su estado matrimonial en miras a la seguridad del tercero que adquiere(5)(436).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La SCPBA sostiene: La prohibición de no alterar el régimen de los bienes que determina el art. 1218 no es absoluta, ya que sólo alcanza a los "contratos" que alteran los principios del orden público del estatuto "personal y matrimonial" de los esposos(6)(437).

Así como el estado de divorciado con disolución del vínculo constituye un derecho adquirido (no puede ser afectado por leyes posteriores), el estado de los cónyuges franceses puede perfectamente ser "visto" de modo similar en mérito al efecto de la separación patrimonial(7)(438).

Otros fallos de importancia sostienen que los hechos y actos jurídicos que son causa fuente productora de derechos en las relaciones civiles, se hallan regidos por la ley vigente al celebrarse el contrato, no pudiendo ser alterados por leyes posteriores(8)(439).

No deseamos ahora entrar en la polémica de los "derechos adquiridos", pero nos preocupa jurídica, social y axiológicamente saber si nuestro derecho puede decirles a los cónyuges en cuestión, sin menoscabar el espíritu de un país en expansión y en desarrollo: "Si uno de ambos llegase a adquirir un inmueble en Argentina, no piensen que tal bien lo poseerán como propio de cada uno, pues en este país, aunque ustedes se hayan casado en otro que acepta el contrato nupcial que invocan, ustedes tienen formada la sociedad conyugal por más documentación idónea que resguarde sus derechos".

V. NATURALEZA DEL PACTO NUPCIAL

También entendemos que el pacto nupcial, más que una relación, denota una situación jurídica - lo destacamos porque lo que en aquélla aparece con fluidez, en ésta se configura como algo permanente (por lo menos mientras perdura) - . Esta situación objetiva es permanente, pues las facultades que de ella derivan son susceptibles de ejercitarse indefinidamente, sin que por ello se pueda esfumar la aptitud de cada uno ni su emplazamiento. En tal mérito y al valor jurídico resguardado, la Dra. Argúas sostiene que una convención nupcial celebrada en el extranjero puede tener cumplimiento eventual en la República, pero esto - aunque la convención tuviese cláusulas no aceptadas específicamente por la ley local (art. 1217) - no impediría su cumplimiento o su reconocimiento, salvo que las mismas contravengan el orden público, etc., y lo mismo aunque por medio de tales disposiciones se enajenasen bienes inmuebles situados en la República, salvo, claro está, los impedimentos conocidos. La jurista sostiene que aceptar que los inmuebles, ante un pacto nupcial, se rigen por la "lex sitae", aunque el acto no altere tales impedimentos, puede traer complicaciones que no se previeron y fueron ajenas a la voluntad de los cónyuges(9)(440).

La situación planteada en nuestro caso no descarta el sometimiento del inmueble al régimen de los derechos reales amparados perfectamente por la "lex sitae", en cuanto a lo que son éstos en sí. Pero ello no significa una incidencia sobre las relaciones estrictamente patrimoniales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los esposos, sus poderes, su aptitud o capacidad, y los efectos en los actos de disposición y administración fijados por el pacto, respecto de uno y otro conforme a la "lex loci celebrationis".

Aunque de modo parcial, Amancio Alcorta y Llerena, salvo ciertas diferenciaciones, coinciden en que el régimen de bienes - en estos casos - se rige por el contrato nupcial sin distinción respecto de muebles e inmuebles (art. 161), pues la ley de la materia no hace distinciones. Carlos A. Vico, en su Tratado de Derecho Internacional Privado, arguye que las convenciones matrimoniales carecen de lugar fijo de ejecución o cumplimiento. La disposición del art. 6º de la L.M., a la que Vico califica de territorialista o feudal, no armoniza con el régimen del Código, pues no se trata de los derechos reales en sí, propios de los inmuebles, que siempre están subordinados a la ley de situación, sino de saber a quién pertenecerán en propiedad cuando llegue el momento de la disolución matrimonial, o de quién tiene derecho sobre ellos, pues el pacto se refiere al manejo de tales bienes y no al régimen de los derechos reales.

La doctora Argúas, fuente informante de tales opiniones, agrega que el art. 6º de la L.M. debe ser aplicado siempre que no se interponga una convención nupcial, señalando que tal es el criterio del Código Civil (conjunto de normas del Derecho Internacional Privado aplicables al caso) al discriminar los efectos en los arts. 161 y 162.

Esta materia había sido tratada con justicia en la Partida 4ª, ley 24, título II (Siglo XIII), citada por Vélez Sársfield en la nota al título sobre la sociedad conyugal, lugar en el cual explica con buen acopio doctrinal. Observaciones vinculadas a la realidad argentina en materia de no uso de convenciones matrimoniales, y donde ¡dio cuenta del motivo por el cual se había apartado del criterio de la legislación extranjera!! Luego de explicitarse al respecto, la doctora Argúas resalta la sabiduría del contenido de esa ley de Partidas, qué, por cierto - afirma -, es necesario mencionar al tratar la ley reguladora de los derechos patrimoniales de los cónyuges en la sociedad conyugal, haya o no convención, y que es menester reconocer es citada habitualmente por los estudiosos que se ocupan del tema, lo cual evidencia el profundo conocimiento de la condición humana que demostraron los redactores de la norma al dar preeminencia a la voluntad primera de las partes en punto a sus disposiciones para luego de muertos, o en lo relativo a la división de lo que hubieran ganado de consuno, evitando las alteraciones de esa voluntad que pudiera resultar del simple cambio territorial(10)(441).

El doctor Díaz de Guijarro sostiene: "...en cuanto ese interés familiar ha encontrado satisfacción por el emplazamiento en el estado o porque la convención no incide sobre el estado, lo que es estrictamente pecuniario queda librado a la voluntad exclusiva de los interesados... los derechos pecuniarios son consecuencia de ese estado, existiendo completa independencia del mismo, por lo cual la ley no puede limitar sin caer en injusticia, la voluntad de los particulares en cuanto hace a sus bienes propios, desde que sólo se ven comprometidos intereses particulares"(11)(442).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

VI. TEORÍA DEL USO JURÍDICO

Volviendo al pensamiento de W. Goldschmidt, consideramos que desde el punto de vista de los valores en juego, la teoría del uso jurídico determina la aplicación del método sintético judicial, y la teoría de la "lex civilis causae", con el auxilio del método analítico - analógico, la manera de ser que tiene el derecho en función de la justicia. Por ello es conveniente tributar respeto al derecho extranjero que no conculque nuestro ordenamiento público. Así, nos abocamos al problema de la hipotética solución que hubiera dado al caso la regulación legal francesa. Sin llegar al extremo de que el notario deba obedecerla "tanquam cadáver", hemos de recordar que el derecho extranjero es un hecho, aunque notorio, y Goldschmidt afirma que ese hecho es la sentencia probable del juez extranjero (o, se nos ocurre, dictamen probable del notariado de Francia...)

Gattari, entre otras consideraciones, entiende que el autor de la teoría normológica, quiere expresar que sentencia probable es la resolución que dictaría el juez extranjero en el caso sometido ahora al juez argentino, y que no sería otra que la que ese mismo magistrado extranjero dictó con anterioridad en casos similares que al ser preexistentes no ofrecen dudas, sino, al contrario, la certeza plena, tal como se entiende en toda cosa juzgada(12)(443). Si llegasen a mediar "bases desconocidas", Goldschmidt apela a la "imaginación" que reclama la hora actual y al tratamiento trialístico del problema. Desde el punto de vista del prejuicio y de la psiquis, en nuestro mundo han dejado de existir los "países lejanos" y el extranjero es evidentemente "algo más" que una persona extraña que le importa poco de nosotros. Tampoco nosotros podemos olvidar a Juan Bautista Alberdi con su profético apotegma. Nosotros necesitamos seguir poblando el país o facilitando ciertos medios "políticos" para lograr algunos fines loables.

La "Cuarta Recomendación del X Congreso Internacional del Notariado Latino" dice: "Se estima que el notariado debe prestar al no nacional la especial atención que demanda su peculiar situación".

La Primera Jornada Notarial Rioplatense declaró: "...2º) Que, con referencia a las personas debemos considerar especialmente el estado, la capacidad y las relaciones de familia, en que rige preferentemente la ley del domicilio... 5º) Que en las obligaciones se comprueba un estatuto complejo de validez internacional, dado por elementos como: celebración - ejecución - naturaleza, pero existiendo gran libertad para aplicar la autonomía de la voluntad para sujetarse a distintas leyes nacionales, por la falta de incidencia sobre los derechos de la soberanía estatal, que no se halla afectada".

VII. EL PUNTO DE CONEXIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Mientras Savigny, de lleno, se dedicaba en la primera mitad del 8º volumen de su Sistema del derecho romano actual al estudio del derecho internacional privado, y para tal fin se adentraba concienzudamente en la ciencia contemporánea de la materia, los juristas del derecho civil actual (salvo, por ejemplo, Zitelmann, Martín y Maury) tratan las normas de colisión solo ocasionalmente - cuando tropiezan con ellas al conocer su materia - pero sin llegar a recurrir al auxilio científico de las profundas elaboraciones del derecho internacional privado.

Ese adverso factor termina por incidir en la labor de la judicatura y así se explica que en una cuestión tan fundamental como es la que deriva del derecho sucesorio, existan disímiles interpretaciones(13)(444).

Al mediar dificultades con la interpretación de las normas de colisión del derecho internacional privado, cobra importancia la interpretación judicial qué, asistida por principios del derecho natural, puede iluminar con mayor intensidad la zona de lo que es justo y equitativo. El derecho natural también debe ser tomado en cuenta a fin de ampliar los alcances en la interpretación del derecho convencional, y es un principio propio de esa esfera jurídica el que ordena, en caso de duda, resolverse por la validez de un acto jurídico, lo que equivale en nuestro planteo a dar validez a la posibilidad fáctica, pues deben protegerse los derechos bien adquiridos.

Goldschmidt acota respecto del art. 10 del Cód. Civil que existe una restricción de suma importancia en el contenido de la norma, puesto que no se refiere a la capacidad de constituir, transferir o cancelar derechos reales, ni tampoco a las formas en que tales derechos se establecen, transfieren o cancelan, sino que señala a las cosas "ut singuli", es decir, que el patrimonio matrimonial no puede verse afectado por tal prescripción.

En virtud de lo considerado y sometido a crítica, el punto de conexión - interpretado como medio técnico para determinar la norma indirecta que ha de remitirnos al derecho aplicable - es el que trasunta la norma del artículo 1205 del Cód. Civil (sin perjuicio de lo prescripto por el artículo 10 del Cód. Civil, cuyo tipo legal restringe la consecuencia jurídica al caso de transmisión de inmuebles "ut singuli" y a la defensa misma del sistema de los derechos reales, pero sin regular el sistema de los contratos causa).

Ni el art. 10 del Cód. Civil, ni el art. 6º de la L.M. (cuya norma no llega a enervar el derecho que nace del pacto nupcial) pueden regular la situación planteada, no sólo teniendo en cuenta la voluntad de las partes, sino tomando en consideración que el pacto fue celebrado en el extranjero y está referido a una universalidad de bienes, sin lugar predeterminado de cumplimiento.

El art. 1271 del Cód. Civil viene en auxilio del criterio sustentado por nosotros, debido al carácter de propio que atribuimos al inmueble (que no es domicilio de la sociedad conyugal). El art. 161 no hace distinción respecto a la calidad o naturaleza de los bienes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El art. 4° de la L.M. establece el gran principio dentro del régimen matrimonial. El artículo 6° de la L.M. no se refiere al caso del asentimiento conyugal, toda vez que a la época de su sanción este instituto no era conocido como es interpretado por la concepción moderna del derecho, en nuestro tiempo. Tampoco se refiere al caso en que medie pacto nupcial, lo que sí está predeterminado en el art. 5°, aunque sólo respecto de los bienes muebles.

El art. 4° de la L.M. se vincula al art. 1220 del Cód. Civil con la debida y lógica remisión al artículo 1306. La doctora Argúas recuerda que el codificador cita en dos notas los párrafos 242 y 280 de la obra *Conflicts of law - de Story -*, que según el doctor Vico, precisamente no se refieren a bienes.

VIII. CONCLUSIONES

Si el cónyuge se negase a prestar su asentimiento por cualquier razón que invocase, la mujer podría accionar contra su marido al verse perjudicada por la norma argentina contenida en el art. 6° de la L.M. En tal caso teniendo su domicilio en Francia, ¿qué probable sentencia dictaría el tribunal francés que conociese en el pleito, que no sea la más lógica, humana y justa?

Pero si las dudas aún dificultaran el alcance de la interpretación del jurista o del crítico, entiendo que aun puede recurrirse al art. 3° del Cód. Civil que remite a la Constitución Nacional, protegiendo un derecho legítimamente adquirido por los cónyuges franceses, no obstante las implicancias de la concepción de Roubier vinculadas a la aplicación inmediata de la ley nueva, porque los criterios clásicos no hacen presuponer que sean desacertados por ser así tradicionales, es decir, por ser simplemente clásicos. Antes, al contrario, un criterio clásico puede ser perfectamente actual y justo (por su contenido axiológico y jurídico de universalidad). Si nadie puede explicar lo que es un derecho adquirido, por lo menos puede ser capaz de comprenderlo, ya que las instituciones en el mundo de la cultura - no en el mundo de la naturaleza - mucho más se comprenden que se explican.

Si en los ámbitos de los derechos civil y comercial es un dilema hoy aplicar la teoría de los derechos adquiridos, aún perduran los conceptos de Pillet, que ampara tales facultades ante la problematicidad de toda norma indirecta y de un derecho dificultosamente codificado.

Por todo esto nuestra concepción pretende defender la libertad humana, amparando a los cónyuges de los efectos de un sistema legal que, interpretado "a contrario sensu", puede fácilmente conducir a la realización de la injusticia.

Al poder asirme tanto a la teoría trialista del derecho como a la apelación a las ideas de eminentes iusprivatistas, tratando de extraer de las normas argentinas el néctar de su sabiduría, he intentado receptar la bondad de un acto jurídico, realizado por un extranjero en nuestro país,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

facilitándole el ejercicio de sus derechos a los que veo amparados por la Constitución Nacional, por el Código Civil y por la propia Ley de Matrimonio, conforme a las normas relacionadas, toda vez que nuestra soberanía queda incólume, nuestro orden público inalterable, las buenas costumbres y la moral sin mancillarse e inmune el régimen de los derechos reales.