

*46° Convención Notarial del
Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Tema 3: Nómades digitales y Ciudadanos Globales.

Coordinadoras: Esc. María Marta Herrera y Cecilia Korniusza.

Título: **”Cambios del estado civil y de los regímenes patrimoniales matrimoniales en los casos con elementos extranjeros: práctica notarial, diferentes supuestos”**

Autora: María Marta L. HERRERA

Teléfono: 1541653991

mariamartaherrera@gmail.com

TEMA 3: NÓMADES DIGITALES Y CIUDADANOS GLOBALES.

Coordinadoras: Esc. María Marta Herrera y Cecilia Korniusza.

Tema 3: Nómades digitales y Ciudadanos Globales.

Coordinadoras: Esc. María Marta Herrera y Cecilia Korniusza.

Título: "**Los cambios del estado civil y los regímenes patrimoniales matrimoniales en los casos con elementos extranjeros y la práctica notarial: diferentes supuestos**" Autora: María Marta L. HERRERA

CONCLUSIONES

1. Al calificar las partidas expedidas por registros civiles o autoridades similares extranjeras, el notario analiza la validez en segundo grado del instrumento, y el juicio negativo solamente obsta su eficacia en el país.
2. Las partidas de nacimiento, defunción, matrimonio, etc, en tanto instrumentos públicos, son eficaces en la República Argentina, si se presentan legalizadas o apostilladas, y son debidamente traducidas en el país. La inscripción de partidas extranjeras es voluntaria y con efectos declarativos, de conformidad con la legislación vigente. En todos los casos deberá calificarse que la eficacia de las mismas no obste el orden público internacional argentino.
3. La validez del matrimonio se rige por el derecho del lugar de celebración (validez de primer grado). El derecho argentino facilita el reconocimiento internacional (*favor matrimonii*) y **ninguna norma exige la inscripción previa en Argentina como condición para que el matrimonio sea válido o produzca efectos jurídicos en el país**. La posibilidad de registración previa sustanciación de una información sumaria judicial, no es un requisito constitutivo del derecho.
4. El estatuto personal y las relaciones de familia deben juzgarse siempre bajo una perspectiva de derechos humanos. Los matrimonios celebrados en el extranjero y las sentencias de divorcio dictadas por jueces argentinos o por los jueces extranjeros competentes, así como las convenciones matrimoniales que rigen los efectos patrimoniales del matrimonio, **son eficaces de manera inmediata en el territorio nacional** y no deben quedar supeditados a rigores o controles administrativos que obstruyan la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.-
5. El notario argentino puede autorizar escrituras de cambio de régimen patrimonial de matrimonios celebrados en el extranjero, a cuyo fin podrá requerir cooperación del notario de la jurisdicción de destino del documento en cuanto a la ley aplicable y actividad de registración. Un notario extranjero puede autorizar escritura de cambio de régimen patrimonial matrimonial de un matrimonio celebrado en Argentina, si se dan los supuestos que prevé la ley interna argentina, que a estos fines es de orden público, La escritura así autorizada tiene vocación registral en el Registro Civil local correspondiente al lugar de celebración del matrimonio si se presenta apostillada o legalizada y traducida.

INTRODUCCION:

Como consecuencia de la globalización y la consecuente circulación de personas, bienes y cosas, lo que implica también en el caso de la persona humana, la circulación de sus relaciones familiares y estatuto personal, el notario al desarrollar su actividad habitual puede ponerse en contacto con tres tipos de documentos extranjeros, que le exhiben sus requirentes, a saber: a) documentos judiciales (i.e. sentencias de disolución de sociedad conyugal o declaratoria de herederos); b) documentos administrativos: como partidas de nacimiento, defunción, matrimonio, etc. ; c) documentos notariales: aquellos que tienen fuente notarial (i.e.: de cambio de régimen patrimonial matrimonial). Frente a cualesquiera de estos tres tipos de documentos extranjeros, el notario local debe controlar el cumplimiento de los siguientes requisitos de validez extrínseca, en forma previa a conferir eficacia extraterritorial al mismo, a saber:

- a) **Autenticidad del documento** (requisito similar al establecido en el artículo 518 CPCCN):
Es decir, el documento extranjero debe encontrarse debidamente autenticado y legalizado o apostillado, y, en su caso, traducido;
- b) Que en su elaboración, se haya **cumplimentado lo establecido por la legislación del país emisor del documento**; sin perjuicio de la presunción *iuris tantum* de legalidad establecida respecto de la validez que otorga la legalización, en el caso de los instrumentos públicos otorgados en el extranjero del cumplimiento de las normas vigentes en los mismos. Dependiendo de la fuente convencional aplicable, el requisito de la legalización se encontrará cumplimentado con la inclusión de la *apostille*¹ o con la firma del cónsul argentino acreditado en el Estado del cual emana el documento respectivo.²
- c) Que exista **competencia internacional del autor del documento**: Este punto guarda relación con lo dispuesto por el artículo 517, inciso 1 CPCCN. Debe recordarse, sin embargo, que la jurisdicción del escribano es directa y concurrente, y surge en cada caso concreto en virtud del requerimiento que le hace la parte interesada.
- d) Que se **haya dado cumplimiento del orden público internacional del receptor del documento**: el documento público extranjero que intente hacerse reconocer ante el escribano argentino, no debe violentar el orden público internacional argentino.
- e) **Estabilidad del documento**: El presente requisito guarda relación con el carácter de cosa juzgada de las sentencias extranjeras que busquen reconocerse o ejecutarse en la República Argentina. En este punto, debe aclararse también que los actos notariales son básicamente revocables y que nunca gozarán de un status jurídico similar al de la cosa juzgada material, pudiendo sí asemejárselo a la cosa juzgada formal.

¹ Convención por la cual se suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. La Haya, 5 de octubre de 1961, aprobada por Ley 23.458. Con referencia a la apostille, debe mencionarse específicamente que se está tratando de implementar la *apostille electrónica*, encontrándose la misma en este momento en etapa experimental.

² Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo 1889 y 1940, artículos 3-4. Con relación a la fuente interna, ver específicamente la nota a pie de página 49.

f) Comprensión del documento: Este requisito está vinculado a las necesidades de traducción a la lengua del escribano del documento extranjero.

Verificados estos extremos, corresponderá el reconocimiento que le otorga validez y probatoria o ejecutoria restringida, al instrumento público extranjero, sin necesidad de intervención judicial.

Se coloca así al documento extranjero auténtico en el mismo plano que el documento nacional auténtico, en virtud de los procedimientos de calificación notarial y de autenticación y legalización ya referidos, y siempre y cuando, en el aspecto sustancial, el documento no atente contra el orden público internacional que constituye el límite a la aplicación del derecho extranjero.

Ahora bien, con relación a las reglas aplicables al fondo del acto o negocio jurídico instrumentado, el notario deberá proceder a realizar una calificación reducida, teniendo en consideración el derecho que resulte aplicable al mismo, de conformidad con la fuente interna o convencional aplicable. En efecto, el artículo 2.594 del Código Civil y Comercial de la Nación – en concordancia con el artículo 31 de la Constitución Nacional-, establece el orden de prelación de aplicación de las normas en los casos con elementos extranjeros, y dispone: *“Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”*. La República Argentina, para la que constituye materia de este trabajo, la fuente convencional por antonomasia está constituida por el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, y su homónimo de 1940.

Asimismo, no está demás recordar que, en materia de calificación de los documentos públicos extranjero, la actividad notarial difiere en cuanto al procedimiento y resultado de la actividad jurisdiccional, ya que el notario debe entrevistarse con las partes, recibir sus manifestaciones, asesorarlos jurídicamente, y, luego, autorizar el acto auténtico que sea más adaptado a sus necesidades. Consecuentemente, el procedimiento y el valor probatorio de las sentencias y los actos auténticos notariales difieren. Estas cuestiones deberán tenerse en cuenta al momento de llevarse adelante la actividad notarial calificadora, teniendo en vista, además, la seguridad jurídica como faro que debe iluminar toda esta actividad.

En efecto, la sentencia y el acto auténtico notarial son frutos de procedimientos que tienen diferentes características y diferentes operadores, dotados de disímiles facultades, por cada ordenamiento local, aunque ambos gozan de autenticidad y emanan de un funcionario público. Estas circunstancias hacen conveniente que, sin perjuicio de la libre circulación de sentencias que se propicia desde los espacios integrados, cada vez con mayor frecuencia, en el caso de actos auténticos, la circulación se someta al control de los notarios locales del Estado de destino, que se limitará a una simple atestación de conformidad de que el acto sea completo, o de denegar la atestación en el caso de que fuere de imposible utilización y/o, aún, autorizarlo a completar y adaptar el acto a los fines perseguidos.

En efecto, el notario autorizante de la escritura –y con independencia de quien lo elija– tiene el deber «ex lege» de controlar la legalidad del negocio formalizado. La autorización del instrumento público por el notario cumple una función múltiple al imponerse al notario la obligación dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales; de velar para que el otorgamiento se adecue a la legalidad, así como por la regularidad formal y material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, se tutelan, a la vez, numerosos intereses. Dicha autorización notarial protege, en primer lugar, a las partes contratantes y también de los terceros. La actividad fedante es desplegada con imparcialidad. A su vez, la libertad elección del notario demuestra la práctica es óptimo para asegurar la ágil y eficiente prestación de la función pública.

Dicho lo anterior, nos adentramos concretamente a los desafíos que plantean en el quehacer notarial, el reconocimiento y conferimiento de eficacia de partidas expedidas por los registros civiles extranjeros, así como sentencias de divorcio y cualquier otro documento público por medio del cual pretenda un otorgante legitimar su actuación o acreditar su estado civil o identidad. En esa actividad el notario desarrolla un rol de calificación jurídica que deriva en el conferimiento de eficacia extraterritorial del documento público extranjero (**rol pasivo de la función notarial en el ámbito del derecho internacional privado notarial**), que lesiona a la soberanía nacional de la misma forma en que lo hace una sentencia dictada por tribunal extranjero, de lo que se deriva la importancia de su análisis y estudio.

1. REGIMEN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA Y LA ACTIVIDAD NOTARIAL EN EL ROL PASIVO:

1.1 NACIMIENTOS Y FALLECIMIENTOS ACAECIDOS EN EL EXTRANJERO. CAPACIDAD DE LA PERSONA HUMANA. ROL PASIVO DEL ACTIVIDAD NOTARIAL:

La prueba del nacimiento y la muerte de la persona humana se materializa, según se regula en nuestro ordenamiento civil, por medio de las partidas expedidas por el Registro Civil, sin perjuicio de que puedan utilizarse otros medios cuando ello fuere conducente³.

Cuando el nacimiento o el deceso tuvieron lugar en el exterior, rige para el hecho jurídico lo establecido por la normativa vigente en el lugar donde ha acaecido, por aplicación del art. 2649 CCYCN. De tal manera que será por el instrumento público que se determine en esa jurisdicción, que se tendrá por probado el acaecimiento de mismo. Serán generalmente partidas o certificados, expedidas por autoridades públicas, competentes según disposiciones del Estado de acaecimiento, las que podrán expedir los instrumentos que así lo acrediten y tendrán eficacia extraterritorial en la medida en que se cumplan los recaudos de forma externa (legalización o apostilla y traducción), exigidos por el Estado de recepción.

³ La Cámara Nacional de Apelaciones de Gualeguaychu, Entre Ríos, 28/12/2018, in re “Galindo Juan José y otra c/ Galindo María Gabriela s/ suc ab intestato”.-

Estos certificados o partidas serán objeto de reconocimiento en forma directa o bien mediando un procedimiento judicial de tipo de información sumaria, que determine la no afectación de los principios de orden público internacional del Estado de recepción. Este último mecanismo es el que establece la Ley de Registro Civil, para la inscripción de los cambios de estado y fallecimiento de toda persona cuyo nacimiento ha sido inscripto en el mismo. Sin perjuicio de que también prevé la posibilidad de inscribir en la sección de “documentos extranjeros”, aquellas partidas que correspondan a nacionales de otros países, que requieran esa inscripción.

Pero sin perjuicio de ello, y a todo evento, recordamos que la inscripción tiene efecto declarativo, no constitutivo, y su falta de realización no acarrea sanción alguna, es decir que la eficacia extraterritorial del documento público extranjero que prueba el nacimiento, fallecimiento, ausencia con presunción de fallecimiento, etc. cualquier persona humana, no se ve afectado por su falta de inscripción. La validez del instrumento se juzgará por la ley del lugar de instrumentación, y quien alegue su invalidez, deberá probarla.

De ello se desprende que cualquier funcionario judicial, administrativo o un notario ante quien se presente una partida de este tipo, a los efectos de legitimar un planteo o el otorgamiento de un acto jurídico, podrá reconocer plena eficacia extraterritorial a la información que emane de esa partida, para emplazar relaciones filiatorias y de familia, o la cancelación de derechos reales, como, por ejemplo, el usufructo, cuando ha fallecido el usufructuario.

Distinto es el problema operativo que se plantea para obtener esa partida de defunción, por ejemplo, en algunas jurisdicciones como Estados Unidos, pero esto es ajeno a este trabajo.

No está de más recordar, sin embargo, que últimamente el criterio ha variado un poco en sede judicial, pues no son pocos los fallos recientes que, antes de tener por acreditado un deceso o vínculo filiatorio a los efectos de iniciar una sucesión, requieren la previa inscripción en el Registro Civil de la partida respectiva. Entendemos que tal posición es inadmisibles y atenta contra los derechos personalísimos y constitucionales de las personas⁴.

En el mismo sentido, corresponde tener presente lo dispuesto por el art. 2633 CCYCN que dispone que: *“Las condiciones del reconocimiento (del hijo) se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto. La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio. La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo.”*

Párrafo aparte merece lo dispuesto por los artículos 2634 y 2637 CCYCN, que expresamente consagran el reconocimiento directo al que ya nos hemos referido en este trabajo, sin ningún tipo de registración previa en el país, del emplazamiento filial constituido en el extranjero, aún por técnicas

⁴ En contra, el tribunal requirió la previa inscripción de la partida de defunción para tener por acreditado el deceso acaecido en el extranjero, en autos: JOBARETH, Ebrima Kebba s/ sucesión ab intestato, Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 74, Expediente 066794/2016.

de reproducción asistida, con fundamento en el derecho constitucional y el interés superior del niño. El art. 2634 dispone: *“Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”* Y el art. 2637 también establece: *“Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado. A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República.”*. Finalmente, con relación a la ausencia con presunción de fallecimiento se establece en el art. 2619 CCYCN, que: *“Para entender en la declaración de ausencia y en la presunción de fallecimiento es competente el juez del último domicilio conocido del ausente, o en su defecto, el de su última residencia habitual. Si éstos se desconocen, es competente el juez del lugar donde están situados los bienes del ausente con relación a éstos; el juez argentino puede asumir jurisdicción en caso de existir un interés legítimo en la República.”*. Será de aplicación para declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente (art. 2620 CCYCN). Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables del ausente se determinan por el derecho del lugar de situación o registro de esos bienes (art. 2620 CCYCN).

En la fuente convencional, el Tratado de Montevideo de 1889, regula el instituto en el artículo 10, pero el Tratado de Montevideo de 1940, mejora la regulación establece: *“La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio. No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión”*, y el art. 12, dispone: *“Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes del ausente, se determinan por la ley y del lugar en donde esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía.”*.

De lo transcripto se deduce la coherencia entre la fuente interna y convencional.

En los autos “*Aldeco, Juan Carlos s/ sucesión*”⁵, la Cámara Civil, Comercial de Minas, Paz y Tributario de Mendoza de 5ª Jurisdicción estableció que el vínculo filiatorio esgrimido por una de las presentantes no se encontraba acreditado pues, en los autos, la pretensa heredera sólo había acompañado prueba documental (partida de nacimiento en la que la madre declaraba que el padre era el causante y la autoridad emisora había incluido una leyenda de exclusión de responsabilidad por su contenido) que no era suficiente, según las leyes argentinas, para acreditar la filiación denunciada respecto del causante, si se tiene presente que la entidad que inscribió el nacimiento invocado insertó una leyenda en el documento correspondiente que decía “ *no certifica la veracidad de las declaraciones formuladas* ” en el certificado.⁶

En lo relativo a la **capacidad y restricción de la capacidad de la persona humana**, en la fuente interna rige lo establecido por el art. 2616 CCYCN, norma de conflicto, que elige el clásico punto de conexión flexible del domicilio, con las ventajas y desventajas que ello plantea en su aplicación. La norma dispone: “*La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio. El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida.*” Hasta aquí, se mantienen los criterios tradicionales de la legislación anterior, y su interpretación doctrinaria y jurisprudencia, en concordancia con la fuente convencional.

A su turno, el art. 2617 dispone para las personas con capacidad restringida: “*La parte en un acto jurídico que sea incapaz según el derecho de su domicilio, no puede invocar esta incapacidad si ella era capaz según el derecho del Estado donde el acto ha sido celebrado, a menos que la otra parte haya conocido o debido conocer esta incapacidad. Esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios.*”

Esta última es una exclusión que debe ser especialmente tenida en cuenta por los notarios, en atención a que las materias excluidas hacen al objeto de su actividad instrumentadora en forma especial, y la incapacidad de la parte podrá ser invocada, aunque hubiera sido capaz según el derecho del Estado en donde haya celebrado actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios.

En la fuente convencional, el Tratado de Montevideo de 1889, regula el instituto en el artículo 1, 19, 20, 21 y 22. Y el Tratado de Montevideo de 1940, dispone en los artículos 1, 2, 25 a 28.- En materia de actuación notarial tendrá especial relevancia lo establecido por los art. 22 del Tratado de 1889 y 28 del Tratado de 1940, de manera tal que la actuación de los tutores o curadores respecto de bienes

⁵ APJD 13/03/2012 y www.diprargentina.com del 04/06/2013.

⁶ Ello por aplicación analógica al caso de lo dispuesto por los arts. 16 y 17 del Tratado de Montevideo de 1889 y los arts. 20, 21 y 22 del Tratado de Montevideo de 1940, que disponen que en caso de filiación legítima, los derechos y obligaciones concernientes a dicho estado se rige por el la Ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos. Y, siguiendo a Vico, agrega el tribunal que la filiación en el orden internacional, se rige por la ley personal, con las limitaciones de procedentes del orden público internacional. En el caso, siendo que la filiación se invocaba para tener efectos en Argentina, la actora debió haber cumplimentado las normas argentinas que rigen el instituto, lo que no realizó, y sin que ello implique negarle validez al certificado ni negarle el carácter de hija del causante, sino que el certificado presentado no era suficiente conforme el derecho argentino, para acreditar el parentesco de manera tal de ser declarada heredera en el sucesorio

inmuebles ubicados en el país, se regirán por las leyes del domicilio de los incapaces, siempre y cuando sus disposiciones no afecten el orden público internacional argentino, salvo las cuestiones de estricto carácter real, que se rigen por la *lex rei sitae*.

De manera tal que la acreditación del carácter de tutor o curador, así como las facultades del mismo se regirán por aquella ley en tanto y en cuanto las mismas no dispongan estándares de control de actuación y protección de intereses de las personas de capacidad restringida inferiores a los nacionales, porque esta situación, podría afectar el orden público internacional argentino. Así, por ejemplo, puede ser que deba ser respetada la ley del domicilio del incapaz que no requiriese una autorización judicial expresa para la actuación de su representante legal en la Argentina a los efectos de disponer un inmueble, siempre y cuando exista un control judicial posterior de esa actuación o un deber de rendición de cuentas frente a la autoridad de control de la actuación del curador o tutor. Si las normas del domicilio del incapaz no previesen este control judicial o administrativo anterior o posterior a la actuación del curador o tutor, las mismas no serán aplicables al caso y, en consecuencia, deberá tramitarse una autorización judicial ante el juez del lugar en donde se ubique el inmueble en la República Argentina, a los efectos de obtener la autorización para su disposición por el curador o tutor, pues las normas extranjeras aplicables irritarían el orden público internacional argentino al desproveer de un régimen de contralor de actuación en pos de la protección para el incapaz en su persona y en sus bienes. Y, en el mismo sentido, si la norma del domicilio del incapaz, permitiese o estableciese la actuación del mismo en cualquier acto de disposición de los bienes de su patrimonio, cualquiera fuere el grado de la restricción de su capacidad, dicha norma deberá ser cumplimentada en el país por el notario autorizante (aunque no lo fuere en casos análogos totalmente locales), pues ello implica respetar los derechos fundamentales de dicho otorgante en cumplimiento de los tratados internacionales de los que es parte la República Argentina.

1.2 MATRIMONIO: EXISTENCIA Y PRUEBA. INSCRIPCIÓN DE PARTIDAS EN EL REGISTRO CIVIL. ROL PASIVO DEL ACTIVIDAD NOTARIAL:

Las disposiciones sobre matrimonio de la fuente interna, establecen que *“La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen. No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los artículos 575, segundo párrafo y 403, incisos a), b), c), d) y e). El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio”.* (artículo 2622 CCYCN).

De la norma se deduce que el matrimonio celebrado en el extranjero es plenamente eficaz en la República Argentina, y produce directamente el cambio del estado civil de las personas, sean los contrayentes nacionales o extranjeros, salvo que su reconocimiento afecte el orden público internacional argentino.

Así, la reciente jurisprudencia de los autos “*L.L.M. u otro s/ inscripción de sentencias*”, de la Cámara Civil y Comercial, Laboral y Minero de General Pico, La Pampa, del 01 de abril de 2022⁷, ya referida en este trabajo, negó la eficacia extraterritorial a los efectos de su inscripción en el Registro Civil de La Pampa, de un matrimonio celebrado en España en el que uno de los contrayentes no estuvo presente en el acto de celebración del matrimonio y compareció por poder. El Tribunal sostuvo que “... *Se confirma la sentencia que rechazó la demanda de inscripción del acta certificada de un matrimonio celebrado en España, en un supuesto donde uno de los contrayentes no se encontraba presente en el acto y su consentimiento fue prestado mediante apoderado por escritura pública. Ello así, al concluirse que en el caso y por tratarse de un matrimonio a distancia, correspondía aplicar la Convención sobre el "Consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios", de Nueva York. Y según ésta, no se acepta en ningún supuesto el matrimonio por poder, pues la Convención sólo autoriza el denominado "matrimonio a distancia" o sin comparecencia personal.*”

En el mismo sentido, se ha sostenido que los Tribunales argentinos no pueden dar por válido un matrimonio civil celebrado ante un cónsul extranjero, aún cuando a la época de la celebración, no existiere autoridad de la religión que profesaran los cónyuges.⁸

La norma del art. 2662 CCYCN se aplicará en ausencia de tratados internacionales que vinculen a los estados involucrados en el asunto — conf. art. 2594 CCYCN—. Así, por ejemplo, en la especie los Tratados de Montevideo de Derecho civil de 1889 y 1940 establecen en los arts. 11 y 13 respectivamente que la capacidad para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez de aquel se someten a la ley del lugar de su celebración. Es decir, si el matrimonio se ha celebrado en un Estado parte y aquel cumple con los requisitos de ese lugar entonces, en principio, el matrimonio deberá ser reconocido y desplegará sus efectos en los demás Estados partes. El segundo párrafo de estos artículos contiene una cláusula especial de orden público por la que se faculta a los Estados partes a desconocer el matrimonio celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado alguno de los siguientes impedimentos: a) falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimo 14 años cumplidos en el varón y doce en la mujer; b) parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo; c) parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos; d) haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite; e) el matrimonio anterior no disuelto legalmente. Más adelante nos detendremos en este artículo.

Sin embargo, en la actualidad, estas normas deberán ser interpretadas y aplicadas a la luz de los derechos humanos recogidos en los tratados de derechos humanos y en nuestra Constitución Nacional.

⁷ ERREJUS, Errepar on line, <https://ius.errepar.com/sitios/ver/html/20220615131624343.html>

⁸ Fallos Tomo 17 pág. 357, sentencia del 28/06/1889.

El matrimonio se prueba por los medios dispuestos por la ley del lugar de celebración, sin que sea exigible más formalidad que la relativa a la autenticación del documento público que así lo acredite con la correspondiente legalización o apostilla, sólo si la ley del lugar de celebración establece este medio de prueba. No puede exigirse su registración en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas cuando los contrayentes son extranjeros o cuando son argentinos que han contraído matrimonio; sin perjuicio de que para los nacionales argentinos la Ley del Registro Civil y Capacidad de las Personas 26.413, exige la inscripción del cambio de su estado de familia y del hecho de su muerte, aunque no prevé sanción alguna en caso de incumplimiento. Esta circunstancia, sumada al carácter “declarativo y no constitutivo” de la inscripción, nos permite sostener que la partida de un matrimonio celebrado en el extranjero, debidamente legalizada o apostillada y traducida, en su caso, es plenamente eficaz para probar ese acto jurídico y las relaciones que de él se derivan, independientemente de su inscripción o no en Registro Civil local, por orden judicial y previa información sumaria, la que no puede ser exigida para hacer desplegar esos efectos probatorios al documento público extranjero.

El notario no obstante lo anterior, deberá analizar la partida y desconocer la eficacia extraterritorial del matrimonio si resulta afectado el orden público internacional argentino (i.e. los contrayentes no tienen edad núbil, se casaron por poder, se casaron violando el principio de monogamia o impedimento de parentesco, etc).

La misma regla aplica a los instrumentos públicos que prueban el divorcio dispuesto en el extranjero, de un matrimonio nacional o no. En efecto, la registración de la documentación pública relativa al matrimonio y divorcio, celebrado y decretado en el extranjero, respectivamente, es voluntaria para los ciudadanos extranjeros, quienes deben seguir a esos fines, las normas de la Ley del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, la cual dispone la inscripción en el Registro del Estado Civil en la Sección de Documentos extranjeros, por orden judicial. En este sentido interpretativo, se expresó en autos “*F. D. A. c/ A. B. M. s/ divorcio por presentación unilateral*”⁹, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, en un fallo del 31 de agosto de 2021, que dispuso: *1.-La exigencia de la previa inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Acta de Matrimonio foránea a los fines de que el matrimonio celebrado en el exterior por el actor ‘surta efectos jurídicos en Argentina’ no resulta procedente, pues es la ley del país en el que se celebró el matrimonio -en la especie la de Broward, de la localidad de Miramar, Estado de Florida, EEUU- la que determina su existencia, su validez y los elementos a partir de los cuales el vínculo ha de probarse, debiendo ser reconocido como tal en territorio argentino conforme el art. 2622 del CCYCN, máxime cuando dicho documento se encuentra apostillado y no se ha cuestionado su validez por parte interesada.*

⁹ Cita: MJ-JU-M-134538-AR|MJJ134538|MJJ134538

2.-Si el matrimonio celebrado en el extranjero resulta válido conforme la ley aplicable a tal fin, dicha unión es por tanto eficaz en el territorio nacional, con independencia de que se encuentre o no inscripto en la República Argentina, lo cual torna improcedente el requisito de su previa inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas para reputarlo existente y válido, pues la norma del art. 107 de la Ley 14.078 de Buenos Aires resulta facultativa y no obligatoria para las partes. 3.-No existe ninguna norma de orden público que impida el reconocimiento en el territorio argentino del matrimonio celebrado en un país extranjero, cuando aquél es existente y válido conforme el derecho aplicable, esto es, conforme el derecho del lugar de celebración que, en la especie, es el derecho del condado de Broward de la localidad de Miramar, Estado de Florida, EEUU.

Así también se expresó, por sentencia del 30 de junio de 2020, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Provincia de Buenos Aires ¹⁰, que dispuso que art. 77 de la ley 26.413 (en el mismo sentido, art. 107 de la ley provincial 14.178) que regula el registro de matrimonios celebrados en el extranjero, no es una norma internacionalmente imperativa y la falta de inscripción del matrimonio -la cual, conforme la propia letra del artículo en ciernes, resulta ser facultativa para las partes y de ningún modo obligatoria-, no puede de ningún modo impedir el reconocimiento en el territorio nacional de la existencia y validez de un matrimonio celebrado en el extranjero.

Ahora bien, ante la imposibilidad de probar la celebración del matrimonio conforme las normas de la *lex loci celebrationis*, no habrá otra opción que recurrir a las normas de prueba supletoria de la *lex fori*, conforme lo decidido por la jurisprudencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de esta jurisdicción.¹¹ También así lo dispuso la Cámara de Apelaciones de La Plata en un fallo de 1940, que estableció que las circunstancias de la Guerra Civil Española que hacían imposible acceder a los medios de comunicación con las autoridades de aquel país, no podían ser un obstáculo para admitir la prueba supletoria del estado civil, autorizada en ese entonces por el art. 179 de CC¹².

En el fallo “*Hing Teng Tang*”¹³, siguiendo los principios de prueba de matrimonio según la ley del lugar de celebración, se tuvo en cuenta que en 1912 los matrimonios y las defunciones en la República Popular China no se inscribían en el Registro Civil, pues este no existía, y eran anotados por el miembro más antiguo de la familia cuando las personas se casaban, cambiaban entre sí unos papeles colorados con sus respectivas firmas y luego comunicaban el acto a su familia respectiva, con lo que el acto quedaba perfeccionado. De esta forma, se tuvo por probado el matrimonio y se ordenó a pagar una cuota alimentaria al esposo.

¹⁰ Id SAIJ: FA20010045

¹¹ JA 1957, Tomo 1, pág. 215.

¹² LL T22, pág. 400, fallo 11313.

¹³ Gaceta del Foro Año IX N°2439 del 19/5/24, pag-216.

En el caso “*Smart de Parsosn, Elizabeth*”¹⁴, se tuvo por probado el matrimonio celebrado en Escocia, de conformidad con las reglas del common law, *per verba praesenti*, motivo por el cual el matrimonio se declaró válido en el país. Basado en las reglas de la ley 2393, el tribunal entendió que la posesión de estado es admitida para probar la existencia del matrimonio celebrado en el extranjero, cuando la ley que los rige, o sea la del lugar de su celebración, le reconoce eficacia y validez a esa posesión de estado.

1.3 CONVENCIONES MATRIMONIALES Y REGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL. ROL PASIVO DEL ACTIVIDAD NOTARIAL:

Con relación a la actividad notarial en el rol pasivo, a los efectos de reconocer eficacia extraterritorial de documentos públicos que regulen las relaciones patrimoniales entre los esposos (ahora también extensible a las uniones convivenciales, llegado el caso), es necesario formularse las siguientes preguntas:

1.3.1 ¿debe un notario argentino reconocer la validez y eficacia de los convenios prenupciales celebrados por el otorgante que requiere su intervención profesional? ¿cuál será el alcance de los convenios a la luz de la legislación nacional, cuando se trate de la adquisición, modificación, transferencia y extinción de derechos reales sobre inmuebles, por transmisión inter vivos o por mortis causae? ¿tendrá trascendencia la fecha de adquisición del derecho real?

La respuesta a esta cuestión hoy es indudablemente afirmativa. Con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la cuestión era opinable, pero ya la Dra. Margarita Arguas, en un meduloso trabajo sobre el particular, había sostenido que: “... *La redacción de una convención o contrato matrimonial significa por parte de los cónyuges o futuros cónyuges la elección de un criterio de unidad en el régimen de los bienes que ellos aportan o que pueden adquirir más adelante mientras dure la unión; hay una voluntad expresada con respecto a la totalidad de los bienes; entonces, reconocer o aceptar que los bienes inmuebles deben quedar sometidos a la ley del lugar de su situación, es decir, a la posibilidad de distintos regímenes, podría traer complicaciones que no se previeron y que fueron ajenas a la voluntad de los contratantes. Esta situación no descarta el sometimiento de esos inmuebles al régimen de los derechos reales regulados por la ley del lugar de situación, en cuanto a los derechos reales en sí, aceptados por la misma. Por ejemplo, estimo que no se podría mediante una convención celebrada en el extranjero establecer otros derechos reales que los enumerados en el artículo 2503 del Código. También quedarían sometidas a la ley local las medidas de publicidad e inscripción. De todos modos, ellas no significan una incidencia sobre las relaciones estrictamente pecuniarias de los esposos, poderes del marido, si los mismos resultan de la convención, capacidad de la mujer y actos de disposición o de administración de uno o de otro fijados en aquélla, según lo dispuesto por la ley extranjera de acuerdo con la cual ella se celebró y*

¹⁴ Gaceta del Foro T°80, 28/5/1959, pag-191

mientras no se afecten las disposiciones correlativas de la legislación local en cuanto éstas se consideren de orden público...”.¹⁵

Y en relación con el reconocimiento de las convenciones matrimoniales en los casos de transmisión *mortis causae* de bienes, ya existía un leading case de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos “*M.S. s/ sucesión ab intestato*”.¹⁶ Se trataba de un causante que celebró capitulaciones matrimoniales y contrajo matrimonio en la República Oriental del Uruguay, país del que también eran nacionales y en el que tenían domicilio ambos cónyuges.

Las capitulaciones referían a un inmueble adquirido por el causante luego de la celebración del matrimonio e inscripto a su nombre en nuestro país, el que debía ser tenido como propio entre los cónyuges. Fallecido el Sr. M, se dictó declaratoria de herederos en Argentina, a favor de su cónyuge y de sus hijos de un anterior matrimonio, quienes pidieron que el bien se inscribiera como propio del causante (heredando todos ellos en porciones viriles el dominio), a lo que se opuso la cónyuge supérstite que pedía el tratamiento del bien como de naturaleza ganancial de ambos. La Cámara aplicó al caso el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 y la ley uruguaya referida al régimen patrimonial matrimonial de oficio (CIDIP IV sobre Normas de Derecho internacional privado). La validez de las capitulaciones invocadas por los hijos fue juzgada a la luz del primer domicilio conyugal – que estuvo en Uruguay-, y, por tanto, se ordenó la inscripción del dominio del inmueble por porciones viriles entre los herederos.

El momento oportuno para reconocer estas convenciones será cuando el cónyuge adquiera bienes en el país, aunque nada obsta que se los relacione y se los incorpore al protocolo al momento de vender el bien o inmueble de que se trate, siempre que de conformidad con la fecha cierta del instrumento público extranjero se permita colegir en forma fehaciente el régimen patrimonial matrimonial aplicable para disponer del mismo.

1.3.2 ¿cuál es la naturaleza jurídica del asentimiento conyugal exigido por los artículos 456 y 470 del CCYCN desde la óptica del derecho argentino en los casos de matrimonios celebrados en el extranjero y su vinculación con la función notarial?

Los artículos 456 y 470 del CCYCN regulan lo relativo al asentimiento conyugal para los actos de disposición de ciertos bienes y derechos, incluyendo inmuebles. Durante mucho tiempo se discutió si las normas regulatorias del asentimiento conyugal correspondían a derechos personales o derechos de estricto carácter real, en los casos de disposición de bienes y cosas registrables.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria terminó por entender que esas disposiciones se refieren a una cuestión de relación personal entre los esposos, concretamente a las relaciones jurídicas de contenido patrimonial que se establecen entre los cónyuges como consecuencia de la celebración del matrimonio, y no corresponden a las cuestiones de estricto carácter real reguladas exclusivamente

¹⁵ ARGUAS, Margarita; *op. cit.*

¹⁶ ED 162-594,

por las normas nacionales (*lex rei sitae*) en los casos de otorgamiento de actos de constitución, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en el país, que puedan ser requeridos a notarios locales. Se aplican, en principio, en forma exclusiva a los casos de matrimonios locales y no a los casos con elementos extranjeros. Al no regular una cuestión de estricto carácter real, no parece que su aplicación sea exigible en el caso de vendedores casados bajo un régimen patrimonial matrimonial distinto, el vigente en el lugar de su primer domicilio conyugal, que puede no exigir el asentimiento en los actos dispositivos de bienes y cosas registrables.

Por esa razón, a los fines de dilucidar la necesidad de contar con ese asentimiento, los notarios debemos recurrir a las convenciones matrimoniales, y en su defecto, a la ley del primer domicilio conyugal y, si ella exime de dicha exigencia, no debemos requerir el asentimiento al transferirse los bienes .

Sin embargo, la doctrina notarial entiende que el acto de disposición de un bien inmueble en el que se encuentra radicado el hogar conyugal al momento de la venta y que implica un traslado desde el extranjero de los cónyuges, al territorio nacional, existan o no hijos menores o incapaces, puede configurar un problema de otra índole: la doctrina coincide en que, al tratarse de una cuestión en la que el orden público internacional se encuentra comprometido, deberá requerirse el asentimiento conyugal, aunque la ley extranjera aplicable (la convención matrimonial o la ley del primer domicilio conyugal) no lo exija.

En virtud del carácter controversial del tema, y sobre la base de lo establecido por la legislación de fondo y las normas registrales aplicables, destacamos que si bien entendemos que el derecho del primer domicilio conyugal puede eventualmente eximir a los cónyuges de prestar el asentimiento conyugal para los actos de disposición de los bienes y derechos comprendidos, una buena práctica notarial implicaría —a los fines de evitar responsabilidades profesionales y planteamientos posteriores— que el mismo sea igualmente prestado en los términos de la mencionada norma cuando el inmueble en cuestión sea en ese momento sede del hogar conyugal del disponente y su familia.

Y si, no obstante ello, el escribano luego de haber calificado las circunstancias del caso y analizado la legislación aplicable al régimen patrimonial matrimonial del disponente, optase por no requerir el asentimiento conyugal al autorizar un acto dispositivo de bien inmueble registrable será de buena práctica, al menos, hacer manifestar al disponente acerca de la innecesariedad de cumplimentar lo prescripto por el artículo 456 CCYCN, en virtud de que dicha norma no resulta de aplicación en su caso por estar alcanzado por otro régimen patrimonial matrimonial, y como atestación notarial referir las normas de fuente interna, convencional y extranjeras, y los datos de la convención matrimonial que así lo autorizan (cuestión de prueba de derecho extranjero).¹⁷

¹⁷ Siendo que el primer domicilio conyugal es una especie de domicilio, entendemos que a los fines de su constitución deberán respetarse los requisitos establecidos por la ley vigente del lugar donde el mismo pretenda establecerse.¹⁷ Así, a nivel local, la jurisprudencia nacional¹⁷ ha sostenido un criterio que entendemos aplicable al análisis que venimos realizando, al tener que calificar el concepto de domicilio y sostener que: "...Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Sup., en sus precedentes "Vlasov" (Fallos 245:87) y "Jobke" (Fallos 291:540), a los efectos de

Por lo expuesto, a los fines de acreditarse la constitución del primer domicilio conyugal, deberá demostrarse el cumplimiento del derecho del Estado en donde el mismo se pretende constituido. Es decir que, a esta altura, nos encontramos frente a un problema de información y prueba del derecho extranjero.

1.4.4 FUENTE CONVENCIONAL: TRATADOS DE MONTEVIDEO:

El régimen patrimonial matrimonial y la validez de las convenciones matrimoniales, han sido incluidos en los dos Tratados de Montevideo de 1889 (arts. 40 y 41) y de 1940 (arts. 16 y 17).

Básicamente, el Tratado de 1889 establece que las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los que tuvieran al tiempo de celebrarlas y de los que adquirieran posteriormente; en defecto de capitulaciones especiales, y en todo lo que ellas no hubieran previsto, las relaciones de los esposos sobre dichos bienes se regían por la ley del domicilio conyugal que ellos hubieran fijado de común acuerdo antes de la celebración del matrimonio. En los dos artículos se expresa de modo preciso que el régimen, ya sea el de las capitulaciones o el del domicilio conyugal, se aplicará en "todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes".

Si no se hubiese fijado de antemano un domicilio conyugal, las relaciones patrimoniales se regirán por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio (art. 42); en el artículo 43, que es concordante con el artículo 17 del Tratado de 1940, se dispone que el cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio.

El Tratado de Derecho Civil de 1940, en el artículo 16, que es de un elogiado tecnicismo, dispone que *"las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes"*.

2. ROL ACTIVO Y EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO:

El artículo 2625 del CCYCN dispone un orden de prelación a los efectos de determinar la ley aplicable a los efectos patrimoniales derivados del matrimonio. En primer lugar, habrá de estar a lo establecido por las convenciones matrimoniales que pudieran haber celebrado los esposos, y en segundo lugar y en forma supletoria, se deberá estar a lo regulado por la ley del primer domicilio conyugal si estos no las hubieran celebrado aun estando habilitados para ellos, recurriendo al sistema residual de esa jurisdicción.

Sobre el particular, ha dicho la doctrina que *"...En el Código Civil, aparte de regularse el sistema local, diríamos, de la sociedad conyugal en cuanto entendamos que el matrimonio, además de*

calificar el domicilio conyugal ha de atenderse de modo particular a la "convivencia indiscutida de los esposos" puesto que "comunidad conyugal es la efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges que caracteriza el domicilio conyugal". Destacó, a esos efectos, la relevancia de la "convivencia estable y efectiva". Que lo hiciera a los fines de la jurisdicción internacional no modifica la cuestión, dada la indudable vinculación existente entre los puntos de conexión de las normas indirectas y los criterios fundan de jurisdicción internacional empleados en las normas respectivas...CNCiv, Sala I, 20/04/1995, en autos M., S. Lexis N° 35030968.

asociar o vincular dos existencias o vidas, significa asimismo una sociedad de intereses patrimoniales con cargas comunes, se ha previsto y reconocido el derecho de celebrar convenciones, tanto en el orden interno como fuera de los límites del país...”.¹⁸

En efecto, las convenciones matrimoniales, también llamadas “Capitulaciones”, “Contratos de matrimonio”, “Contratos nupciales”, etc.,¹⁹ son reconocidos como “contratos especiales”, que se celebran con ocasión del matrimonio, referidos al patrimonio y a las facultades de administración y disposición de los bienes conyugales o de las pertenencias de cada uno de los esposos.²⁰

Se trata de acuerdos del tipo de “pacto de familia”, atípicos y accesorios del matrimonio, motivo por el cual si éste no existiera, no tendrían razón de ser.²¹

Fassi y Bossert los definen como “(...) *convenciones que celebran los esposos, ejercitando las facultades que les confieren los distintos sistemas de derecho positivo, para establecer o modificar el régimen matrimonial, para hacerse donaciones, y para determinar los bienes aportados.*”²²

En consecuencia, celebrado el acuerdo con anterioridad a que los cónyuges hubieran contraído nupcias, su vigencia queda condicionada a la celebración de un matrimonio válido.

Las convenciones matrimoniales deberán ser celebradas con los recaudos de forma y fondo de la ley del primer domicilio conyugal, pero, para tener eficacia en Argentina, y en tanto documentos públicos, deberán ser presentadas apostilladas o legalizadas y traducidas al notario. No será necesaria su inscripción en el Registro Civil, para tener eficacia, no obstante que, si se inscribieran, previamente deberá inscribirse la partida de matrimonio extranjero.

Así, dispone la norma mencionada: “*Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.*

¹⁸ Seguimos en estos acápites lo expresado en HERRERA, María Marta Luisa, QUARANTA COSTERG, Juan Pablo. Régimen de las convenciones matrimoniales en el derecho internacional privado desde la perspectiva notarial, pag. 43-75, EN: Revista del Notariado Nro.901, CABA, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, julio-septiembre 2010, pág. 113.

¹⁹ De las denominaciones referidas, la más común es la primera. La denominación de Capitulaciones Matrimoniales (incluida en el Tratado Civil Internacional de Montevideo de 1889) ha caído en desuso, a pesar de que autores como VIDAL TAQUINI las reivindican para referirse a las *prematrimoniales*. Contrato de matrimonio es una mala traducción del derecho francés, que se refiere a *Contrat de mariage*.

²⁰ Según ARGÜAS, “Cabe decir que esta materia del régimen de los bienes de la sociedad conyugal ya se había tratado antes, en el siglo XIII en la partida 4ª, ley 24, título 11, citada por el codificador Vélez en su nota al título de la sociedad conyugal donde explica, con acopio de doctrina y de observaciones propias, vinculadas con la realidad local en materia del no uso de convenciones matrimoniales, por qué se ha apartado, al tiempo de redactar el Código, de la legislación extranjera, que en su casi totalidad las había incorporado al régimen de la sociedad conyugal.”. Al respecto, puede consultarse ARGÜAS, Margarita; *op. cit.*

²¹ DREYZIN DE KLOR, Adriana y otra, La protección de la vivienda familiar y el régimen de bienes del matrimonio en el derecho internacional privado, Revista de derecho de Familia Nro. 80, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág.117 y ss.

²² FASSI, Santiago C. y BOSSERT, Gustavo A.; *Sociedad Conyugal*; Buenos Aires, Astrea, 1977, Tomo I, pág. 98 y ss.

En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros.”

La sujeción del régimen matrimonial de bienes al derecho del primer domicilio conyugal, contribuye a otorgar transparencia,²³ previsibilidad e inmutabilidad al mismo, sometándolo a una sola ley, la que no podrá ser alterada con posterioridad por los contrayentes a través del cambio del domicilio conyugal. En el caso que mude la legislación del país en el cual se ha establecido el primer domicilio conyugal, será la legislación de dicho Estado la que deberá resolver los problemas de derecho transitorio que pudieran plantearse, definiendo las nuevas características y alcance de la misma

Lo novedoso que introduce el legislador de 2015, es que, en caso de mudanza del matrimonio a la Argentina, los esposos podrán celebrar convenciones matrimoniales por escritura pública, aunque la norma refiere a instrumento público, por ante notario nacional y de acuerdo a las disposiciones de la ley argentina para los casos locales, de esta forma se nacionaliza el matrimonio extranjero por mudanza. En este caso sí, por la localización de ese matrimonio extranjero y para cumplimentar las normas nacionales para los casos nacionales, será necesario que previamente se inscriba el matrimonio extranjero por oficio en el Registro Civil de la jurisdicción del domicilio de los esposos, para luego poder cumplir con el requisito de inscripción en dicho organismo, de las convenciones matrimoniales. Luego, este documento público modificatorio de las reglas patrimoniales del matrimonio, podrá ser presentado ante autoridades extranjeras que serán quienes, en definitiva, juzgarán su eficacia extraterritorial en el país de destino.

Las cuestiones de estricto carácter real deben entenderse en forma restrictiva, y como que se refieren, exclusivamente, al régimen de creación de derechos reales, calificación de bienes y su inclusión en diversas categorías (muebles o inmuebles, por accesión, etc.), y los regímenes de publicidad y registración de los derechos sobre los bienes.

En caso que sean los esposos que contrajeron matrimonio en Argentina, los que lo cambien en el extranjero, de conformidad con lo que admite el sistema de fuente interna y siempre y cuando a esos fines otorguen la correspondiente escritura pública, sí deberán inscribir esa convención matrimonial en el Registro Civil, como marginal al acta matrimonial correspondiente.

La ley del primer domicilio conyugal, a falta de convención, es la que rige los aspectos patrimoniales del matrimonio, tanto para los bienes muebles como los inmuebles, adoptando así lo dispuesto por el Tratado de Montevideo de 1940, siendo éste régimen inmutable frente a los eventuales cambios de domicilio de los cónyuges.

Por último, debe recordarse que, para todas las cuestiones que sean reguladas por el derecho aplicable a las convenciones matrimoniales y a los efectos patrimoniales del matrimonio en general, deberá tenerse en cuenta el control general del orden público internacional que surge del art. 2600 CCYCN.

²³ En el mismo sentido, puede consultarse CLARIA, Eduardo Alfredo; *op. cit.*; especialmente pág.. 62.

Por ello, si la aplicación de las normas remitidas, provocarán soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público internacional, deberían ser excluidas.

A modo de ejemplo se deberá corroborar que en las convenciones que efectuaran las partes se hayan respetado los derechos fundamentales de aquellas y que no se haya producido un desequilibrio por el cual alguno de aquellos quedara en una situación desventajosa respecto del otro.

Los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1989 y 1940 contienen disposiciones para regular estos aspectos y estas deberán aplicarse cuando los estados vinculados al caso sean parte en aquellos (ver art. 2594 CCYCN). En el de 1889 se admiten las capitulaciones matrimoniales para regir las relaciones entre los esposos (art. 40 del Tratado de 1889) y se establece un régimen subsidiario: en primer lugar, hace regir tales aspectos por la ley del domicilio conyugal que hubieran fijado los cónyuges de común acuerdo, previo a la celebración del matrimonio; luego, si no se hubiera fijado ese lugar se establece que se regirán por la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Por último, se fija la inmutabilidad del derecho a aplicar en caso de que los cónyuges cambiaran su domicilio (arts. 41 y 42 del Tratado de 1889). Es de destacarse que todas estas disposiciones han sido criticadas por nuestra doctrina.

El Tratado de 1940 establece que el derecho del primer domicilio conyugal será el que regulará tanto las convenciones matrimoniales como el régimen patrimonial del matrimonio en general, en defecto de aquellas. Se fija el límite para la aplicación de ese derecho en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes (art. 16 del Tratado de 1940). También en este instrumento se asienta el principio de inalterabilidad del derecho aplicable en virtud del cambio de domicilio de los cónyuges (art. 17 del Tratado de 1940).

Por último, podemos plantearnos el siguiente interrogante **¿Puede un notario público argentino autorizar una escritura pública que tenga por objeto la modificación a una convención matrimonial cuando es requerido a esos fines por un matrimonio cuyo primer domicilio conyugal se encuentra en un Estado que permite la celebración de convenciones matrimoniales y no ha mudado su domicilio al país?**

La respuesta es positiva. En efecto, tal como se desprende de la normativa analizada, es el derecho del primer domicilio conyugal el que establece las características y alcance del régimen de bienes del matrimonio. Por lo demás, el operador del derecho que intervenga en esta cuestión deberá tener en consideración que las legislaciones de los países que aceptan estas convenciones contienen, normalmente, un régimen básico que, por supuesto, se aplica supletoriamente para el supuesto de falta de celebración de aquéllas. Y que generalmente, la regulación del instituto no siempre es coincidente en el derecho comparado, existiendo diferencias respecto de la validez de las convenciones: **a)** en cuanto a la *oportunidad de su celebración*: antes, durante y/o después de la celebración del matrimonio; **b)** en cuanto a la *mutabilidad de su contenido*: en la mayoría de los países se admite la modificación de una convención anterior.

; c) en cuanto a su *objeto*: éste puede ser amplio o restringido (ej.: República Dominicana que no admite la afectación de derechos sucesorios). Por todo ello, además, entendemos que en todos estos casos, el notario requerido debería analizar cuál es la norma vigente en el territorio del país del primer domicilio conyugal de los requirentes al respecto –cuestión de prueba de derecho extranjero-, con la finalidad de cumplimentar no solo los recaudos de forma del lugar de otorgamiento, que por su sola intervención están garantizados, sino además los recaudos de fondo que puedan ser exigidos en el país donde deban ejecutarse esas convenciones.

Es decir que el notario interviniente deberá sujetarse a lo establecido por el derecho del primer domicilio conyugal en cuanto a la posibilidad de modificación de las convenciones matrimoniales celebradas a su amparo, así como todo lo referente al contenido de la misma, periodicidad –en su caso-, etc. En el mismo sentido, el notario argentino requerido deberá instrumentar el acto por escritura pública, y analizará la capacidad de los otorgantes teniendo en consideración que, si conforme la ley del primer domicilio conyugal el otorgante es capaz para contraer matrimonio y celebrar ese tipo de convenciones, entonces deberán ser considerados capaces a los fines del otorgamiento.

Por lo demás, el notario autorizante deberá cuidar de no incluir manifestaciones o disposiciones contrarias a la moral, las buenas costumbres o el orden público, desde la perspectiva argentina, y desde la perspectiva del derecho aplicable al régimen matrimonial patrimonial de los requirentes, de manera que las nuevas disposiciones sean operativas bajo dicha ley. De ahí la conveniencia de requerir opinión legal de profesional de esa jurisdicción, así como la utilidad de propiciar el intercambio de información sobre los distintos regímenes patrimoniales, a través de los colegios notariales u organismos centralizados.

En virtud de lo expuesto, una cuestión de buena técnica notarial exigirá que se deje constancia del primer domicilio conyugal de los otorgantes en la escritura.

Finalmente, resaltamos que el régimen de publicidad de terceros sobre la existencia de esta modificación al convenio anterior podría verse afectada, ya que se trata de un acto público otorgado en un país diferente al del domicilio de los cónyuges, por lo que el notario deberá advertir a los otorgantes acerca de la conveniencia de que se reproduzcan el acto en esa jurisdicción, a los fines publicitarios.