



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

**“EL MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO”.**

Alumnos: Daniela Andrea Núñez Jeria.
María Fernanda Oyarce Guzmán.

Profesor Guía: Doña Carmen Gloria Pérez.

Profesor Informante: Don Donald Fox.

Valparaíso-Chile
2010

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCION.	1
CAPÍTULO PRIMERO:"APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA COMPETENTE"	
1.- Breves nociones sobre los conflictos de leyes.....	5
2.- Extraterritorialidad de la ley.....	7
3.- Formas de la aplicación de la ley extranjera.....	9
4.- Limitaciones a la aplicación de la ley extranjera.....	10
a) Doctrina del Interés Nacional.....	10
b) El Fraude a la Ley.....	12
c) El Orden Público.....	14
Primer Sistema: Competencia absolutamente normal. La ley de orden público se identifica con la ley general (sistema de Pillet).....	20
Segundo Sistema: La ley de orden público tiene una competencia excepcional y exorbitante.....	22
(i) Doctrina de Savigny.....	22
(ii) Doctrina de Bartin.....	24
(iii) Doctrina de Niboyet, o del mínimun de equivalencia de las instituciones jurídicas.....	25
(iv) Doctrina italiana.....	27
d) El Reenvío.....	28
CAPITULO SEGUNDO:"EL DERECHO APLICABLE A LA CELEBRACIÓN DEL ACTO MATRIMONIAL"	
5.- Ley aplicable a la forma o requisitos extrínsecos del matrimonio.....	30
6.- El principio "Lex Locus Regit Actum".....	30
a) Matrimonios solemnes.....	30
b) Matrimonios consensuales.....	32
7.- Sistema chileno sobre derecho matrimonial aplicable.....	33
8.- Situación jurídica de algunos matrimonios especiales.....	35
a) Matrimonio consensual.....	36

b) Matrimonio religioso.....	37
c) Validez de un matrimonio celebrado ante funcionarios diplomáticos o Consulares.....	38
9.- Ley aplicable a los requisitos de fondo o intrínsecos del matrimonio.....	40
Derecho Comparado.....	41
10.- Sistema chileno.....	42
11.- Excepciones a la regla "lex locus regit actum".....	43
a) Exigencia de la unión de un hombre y una mujer.....	43
b) Matrimonios poligámicos.....	45
c) Matrimonios homosexuales y uniones bisexuales.....	47
12.- Matrimonios nulos por haber sido celebrados con violación de impedimentos dirimentes.....	49
13.- Matrimonios celebrados sin consentimiento libre y espontáneo.....	53
a) Consentimiento libre y espontáneo.....	54
b) Convención de 1964 sobre el consentimiento para el matrimonio.....	55

CAPÍTULO TERCERO: "DERECHO APLICABLE A LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO"

14.- Efectos del matrimonio.....	57
15.- Matrimonios celebrados en Chile.....	58
16.- Matrimonios celebrados en el extranjero.....	60
17.- Alimentos.....	62
18.- Régimen de bienes.....	64
19.- Terminación del matrimonio.....	68
20.- Reconocimiento de sentencias extranjeras.....	77
CONCLUSIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

- INTRODUCCION -

Si existe alguna institución que podríamos llamar transversal en la historia de la humanidad, esta es el matrimonio. La unión de un hombre y una mujer -vínculo que posee finalidades tanto en el orden biológico, económico y familiar- desde siempre ha generado, además, el interés de los Estados por regularlo. Surgen entonces los conflictos de leyes o de sistemas, cuando el valor de la celebración (o disolución) de uno de estos vínculos, se pretende hacer valer en otro país diverso a aquél en que ha sido configurado o desecho.

Pero, siendo el matrimonio como instituto, la base de esta memoria, el tema que ocupará nuestro análisis será el estudio doctrinario, legal y jurisprudencial de aquellas normas de la nueva Ley de Matrimonio Civil que regulan aspectos de Derecho Internacional Privado.

En efecto, la consecución del objetivo planteado exigirá el repaso de varios conceptos antes de entrar de lleno al fondo del asunto: como por ejemplo el tema de los conflictos de leyes, su evolución, clases, doctrinas, etc. Enseguida, y con la misma finalidad, se repasarán conceptos relacionados con la extraterritorialidad de la ley, las formas de aplicación de la ley extranjera, las diversas limitaciones existentes para dicha aplicación, como ser el interés nacional, el fraude a la ley, el orden público. Justamente, en ese estado de desarrollo de este trabajo, es donde ya podemos ingresar derechamente al estudio de las normas que rigen el acto matrimonial, con la finalidad de verificar, en los supuestos que iremos entregando, la legislación aplicable.

Sin entrar a reflexionar en profundidad sobre el tema - ya que ello será objeto del cuerpo del trabajo-, es necesario comprender que el repaso de conceptos generales de Derecho Internacional Privado que se anuncia, actúa como una sombra protectora del desenvolvimiento mismo del tema, ya que sólo a partir de allí se estará en condiciones de comprender, lo conflictivo que puede llegar a ser el casi doméstico contrato de matrimonio. Es decir, y tal como lo señaláramos al inicio

de esta Introducción, el matrimonio es una institución no sólo transversal a todas las sociedades, sino que incluso está arraigada en el inconsciente colectivo y forma parte de la aprehensión primera que efectúa el intelecto humano. Comúnmente nacemos ya en un ámbito familiar constituido y, sobre todo en Chile, donde en gran parte de su vida republicana ha existido el principio casi sacramental de don Andrés Bello de "constitución cristiana de la familia"¹.

A partir de allí, nos relacionamos a diario con esta institución, de manera que resulta ser común y familiar. En tal sentido, cuesta imaginarse que dicha institución o contrato, pueda dar origen a tantos conflictos de leyes, a tantas variadas opiniones y decisiones, sobre todo cuando la insertamos en el ámbito propio del Derecho Internacional Privado. Pero es cierto, dichos problemas se generan, aparecen y se manifiestan como nunca, cuando nos situamos frente a contrayentes de nacionalidad diversa, frente a contrayentes connacionales pero que pretenden casarse en país extranjero, contrayentes regido uno por el estatuto personal y otro por el estatuto territorial o, en fin, contrayentes que se casan bajo modalidades excepcionalmente aceptadas en el mundo (piénsese en el matrimonio únicamente religioso reconocido con pleno valor en ciertos países musulmanes).

Entonces, en una primera aproximación al tema, la cuestión del matrimonio no pareciera generar demasiada controversia en cuanto a su regulación dentro del ordenamiento jurídico interno en un Estado determinado. Así, si un matrimonio se celebra entre chilenos, en Chile, no existiendo impedimento alguno para ello y ante autoridad competente, tanto los elementos subjetivos como objetivos pertenecen a la soberanía nacional. Ahora, si a ese matrimonio le introducimos un elemento ajeno a nuestro derecho, entonces la cuestión se complica, generándose una duda normativa en cuanto a la legislación aplicable a ese

¹ No estamos señalando que don Andrés Bello le otorgaba preeminencia al matrimonio religioso por sobre el contrato civil, sino que retratando el hecho objetivo que uno de los principios fundantes o inspiradores del Código Civil, junto con el de buena fe, autonomía de la voluntad, libre circulación de la propiedad, es el de constitución cristiana de la familia. Ello se comprueba con las normas originales de filiación que contemplaba nuestro Código Civil, donde se daba casi exclusiva importancia al hijo nacido dentro del matrimonio (piénsese en los hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos, de dañado ayuntamiento, etc.).

matrimonio. Estos elementos podrían ser, entre otros, la nacionalidad de los contrayentes, el lugar de celebración del matrimonio, el domicilio, residencia o habitación actual de los cónyuges, el lugar en que se produzcan los efectos personales o patrimoniales del matrimonio, el lugar en que se solicita la disolución del mismo, etc. y es aquí donde el Derecho Internacional Privado entra en acción, pues supone precisamente un matrimonio conectado con ordenamientos jurídicos de Estados diversos.

Obviamente, toda esta serie de problemas nos interesan mayormente cuando se presentan en Chile o con chilenos, y es allí cuando comenzamos a valorar con mayor grado de precisión el estudio de esta materia. Para ello, es preciso entonces no sólo tener presente aquellos principios y conceptos generales de Derecho Internacional Privado, sino que se hace imperioso, aterrizar todos esos conocimientos en un cuerpo legal preciso: la Ley de Matrimonio Civil.

En Chile, el matrimonio siempre ha disfrutado de un estatus potente en la sociedad; es la fuente de la familia tradicional, es un sacramento que revela cierta religiosidad en nuestra idiosincracia y ha sido fuente de detallada reglamentación legal. Tan es así que ya en el 1884 se dictó la primera Ley de Matrimonio Civil (una de las pocas que en Chile no tienen número, ya que entró en vigencia antes de la aparición de nuestro Diario Oficial) y en la que se trasladan todos aquellos principios, ideas y normas con que Bello la había pincelado en el Código Civil. Esta Ley de Matrimonio Civil rigió los destinos del país en materia matrimonial hasta el año 2004, en que se la reemplazó por una nueva que lleva el número 19.947, llamada "Nueva Ley de Matrimonio Civil". Pero como los conflictos de leyes, en la interacción de sujetos y personas no estaba tan desarrollado en el siglo XIX como hoy en día, la antigua ley fue dejando muchas dudas y fue generando variados vacíos que debieron ser llenados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de nuestros Tribunales.

Es por todo ello que, estando en presencia de un nuevo estatuto, de corte modernista y que de seguro ha recogido la evolución social de nuestro país y el constante flujo de

personas en nuestro territorio, se hace interesante y a la vez necesario, estudiar si toda esta experiencia ha sido recogida en dicha normativa, con el objeto final de verificar si hoy por hoy, los potenciales conflictos internacionales de corte privado que se podrían suscitar en Chile, cuentan en la nueva Ley de Matrimonio Civil con apoyo, reconocimiento y solución.

La presente memoria se dividirá en tres capítulos más la Introducción y las pertinentes conclusiones. El capítulo primero, se referirá a ciertos aspectos netamente de Derecho Internacional Privado como es el tema de los conflictos de leyes y de aplicación de la ley extranjera y las limitaciones que existen para la aplicación extraterritorial de la misma, como el orden público y el fraude a la ley. El capítulo segundo ingresa ya en la temática matrimonial, analizando algunos aspectos sustantivos de la referida institución, como ser los requisitos de fondo y forma y, fundamentalmente, la ley aplicable a estos requisitos. De igual manera, se estudiará la situación de ciertos matrimonios especiales, sobre todo, a la luz del Derecho comparado, dando amplia validez al principio "*lex locus regit actum*". Por último, el capítulo tercero, persigue establecer y dar a conocer todas aquellas normas que contempla nuestra Nueva Ley de Matrimonio Civil, que tienen incidencia en el campo del Derecho Internacional Privado, o que persiguen en forma anticipada dar solución a un posible conflicto de leyes. De esta manera, se cierra el círculo del estudio que persigue esta memoria, que ha sido, precisamente, el análisis de un ámbito tan especial, contractualmente hablando y sus disposiciones y principios generales de Derecho Internacional Privado.

CAPÍTULO PRIMERO:
"APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA COMPETENTE"

1.- BREVES NOCIONES SOBRE LOS CONFLICTOS DE LEYES.

Frente a hechos positivos con puntos de conexión en el extranjero, el problema acerca de cuáles son las consecuencias jurídicas que deban tener estos hechos sólo puede resolverse determinando primeramente cuál es el ordenamiento jurídico de donde debe tomarse la respuesta a aquélla cuestión. La determinación es, precisamente, misión del Derecho Internacional Privado o "Derecho de Colisión" como lo llama el tratadista Martín Wolff.²

Una de las materias más importantes y fundamentales del Derecho Internacional Privado son, precisamente, los conflictos de leyes, especialmente, si consideramos que la citada rama del Derecho tiene por objeto la solución de ellos, toda vez que existan legislaciones concurrentes o divergentes aplicables, formulando reglas para dicho efecto.

Como sucede con la mayoría de las materias importantes y trascendentales, esta no hace excepción en cuanto al grado de complejidad a que están afectas.

Las opiniones de los tratadistas son casi unánimes en el sentido de que estudiar los conflictos de leyes es enfrentarse con una de las materias más difíciles del Derecho.

Así, por vía ilustrativa, citamos la opinión de Guy Coquille quien expresa que su estudio constituía "un laberinto sin hitos y un alambique de los cerebros"³.

Estamos en presencia de un conflicto de leyes cuando una misma situación jurídica está ligada a dos o más legislaciones, entre las cuales debe escogerse la que debe ser aplicada.

El conflicto de leyes está constituido por la reunión de dos elementos⁴:

² WOLFF, Martín, "Derecho Internacional Privado", Madrid, Editorial Labor S.A., 1936, pág. 46.

³ COQUILLE, Guy, "Anotaciones y comentarios de la doctrina de Nivernais", 1605, Título III, párrafo 8º, pág. 116.

⁴ WOLFF, Martín, nota 2, pág. 46.

a) Una relación jurídica determinada, como un contrato, un matrimonio, etc., y

b) Ciertos factores que posibilitan la aplicación de varias leyes como serían la nacionalidad, la situación, el domicilio, la voluntad de las partes, etc.

La denominación "conflicto de leyes", no obstante que la generalidad de los países la emplean, en especial los anglosajones, ha sido blanco de críticas.

Fiore⁵ y Bustamante⁶, califican de inadecuada la expresión por cuanto las leyes emanadas de distintas soberanías no combaten entre sí para obtener el triunfo, puesto que las leyes tienen fuerza obligatoria en un Estado extranjero en virtud de la tolerancia de su legislación.

Por su parte Niboyet agrega: "Emanando cada una de las legislaciones de un poder soberano, no puede haber conflicto entre ellas. Ni la ley nacional fuera de un país ni las leyes extranjeras dentro de él, pueden imponerse, de manera que estrictamente no puede haber conflicto de leyes. Para que una ley extranjera se aplique en un país, es necesario que el poder soberano de dicho país así lo decida. Sería preferible en consecuencia hablar de imperio de leyes en el espacio más bien que de conflictos de leyes"⁷.

Se puede pensar que las críticas son más bien de índole teórica, desde que, obviamente, no se trata de que las leyes combatan entre sí para lograr el triunfo una de ellas, así como tampoco se está desconociendo el poder soberano de cada uno de los Estados, sino que debido a la existencia de una Comunidad Jurídica de Naciones en que los intereses de un Estado están en contacto con intereses de otro Estado se genera una concurrencia de dos o más normas de Derecho Positivo cuya aplicación o cumplimiento simultáneo resulta imposible e incompatible. Entonces frente a esta imposibilidad e incompatibilidad, y con la finalidad de armonizar las relaciones existentes, reaccionan los Estados consintiendo en

⁵ FIORE, Pascuale, "Derecho Internacional Privado o principios para resolver los conflictos entre las leyes civiles, comerciales, judiciales y penales de los diversos Estados", versión española anotada por don Alejandro García Moreno, 2ª edición, Centro Editorial de F. Góngora, Valencia, 1965, pág. 195.

⁶ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio, "Derecho Internacional Privado", Edición Cultural, La Habana, 1934, pág. 104.

⁷ Citado por DUNCKER BIGGS, Federico, "Derecho Internacional Privado", 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1962, pág. 332.

sujetarse a la decisión de una norma extraña. Además, es necesario agregar que lo usual del término y la aceptación generalizada de tratadistas y legislaciones hacen, prácticamente muy difícil el cambio de denominación, por lo cual debemos optar por quedarnos con él.

Finalmente, sobre este punto, cabe expresar que cada nación se da sus leyes, ordinariamente aplicables sólo en su territorio. Por excepción, los jueces de un Estado aplican leyes de otro, o declaran la existencia de derechos nacidos al amparo de otra soberanía legislativa. Nacen, de esta manera, los conflictos de leyes cuya razón de ser en el orden internacional es "la falta de un organismo supranacional que dé reglas generales y obligatorias anteriores al conflicto"⁸.

2.- EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY.

"Cada país tiene sus leyes y sus Tribunales, pero los intereses humanos, se entrelazan en todo el globo y las relaciones jurídicas se anudan constantemente entre personas de una y otra nación, así por el comercio como por otros motivos de familia o de intereses"⁹.

Como consecuencia de ello, el hombre se ha encontrado en la imperiosa necesidad, desde hace mucho tiempo, de reconocer que las leyes atraviesan la frontera y que en una enormidad de casos y circunstancias, las de una región se aplican en otras, por los Tribunales o fuera de ellos. Desde luego, debemos dejar establecido que el Derecho no es solamente obra de la legislación por cuanto existe otro poder del Estado, que administra justicia y que en cada controversia decide lo que el Derecho requiere, contiene o manda¹⁰.

Como muy bien lo expresara el tratadista Fiore, "toda soberanía puede regular con sus propias leyes los derechos privados de las personas y las relaciones jurídicas de las familias sujetas a su autoridad, y los negocios o actos jurídicos que tengan su origen o hayan de realizarse en el

⁸ MONSÁLVEZ, Aldo, "Del cumplimiento en Chile de las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros", Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., Santiago, 1997, pág. 13.

⁹ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio, "3ª Conferencia de Derecho Internacional Privado", La Habana, 1928, pág. 53.

¹⁰ WOLFF, Martín, nota 2, pág. 48.

territorio en que impone, aun cuando las relaciones jurídicas que de ellos se derivan se desarrollen en territorio extranjero, con tal que no se perjudiquen los intereses ni los derechos legítimos de la soberanía territorial ni del orden público"¹¹.

Para mayor comprensión de la regla dada por el tratadista, conviene señalar que la soberanía territorial tiene en nuestra época una base distinta de la que tenía en tiempos feudales y que se conserva aún en aquellos Estados que continúan estructurados bajo el carácter y espíritu feudalista¹². El Estado moderno constituye un organismo jurídico y su misión fundamental es la tutela del Derecho. La soberanía conserva todavía su carácter territorial, lo cual debemos entenderlo no en el sentido de que tenga la propiedad del suelo o el derecho eminente sobre las personas que habitan en el territorio sino en el sentido de que ejerce el *imperium*, la *auctoritas* y la *jurisdictio* sobre el territorio. Ahora, los derechos que tienen las personas se encuentran protegidos por la ley, pero ellos no deben ser considerados como una concesión del legislador, sino como facultades de la personalidad humana.

La actividad de las personas no es posible centralizarla dentro de los límites territoriales del Estado a que pertenece, sino que lleva aparejada la tendencia a ampliarse hasta los más extensos confines. Sin romper los lazos que lo ligan a su país, se siente y considera todo hombre como ciudadano del mundo, y no sólo entra en relaciones con extranjeros de países diferentes, sino que atiende a distintos negocios de diversa naturaleza en todos los puntos del planeta y adquiere bienes y transmite y dispone de su propiedad por actos entre vivos o por causa de muerte. De esto ha emergido de hecho el consorcio internacional, así como de la multiplicación de las relaciones entre las personas que se establecen en ciudades nace su consorcio civil.

No cabe duda, entonces, que todas las relaciones no pueden regirse por la misma ley como tampoco puede ser

¹¹ FIORE, Pascuale, nota 5, pág. 107.

¹² FIORE, Pascuale, nota 5, pág. 108.

indiferente aplicar a un pueblo las leyes hechas por otro. Siguiendo a Montesquieu concluyamos en que cada sistema legal debe ser propio de cada pueblo, puesto que debe referirse a los usos, a las tradiciones, a la cultura, a las costumbres, etc. Las leyes deben estar, además, relacionadas con la finalidad que se propuso el legislador, y con los intereses que a través de ellas se pretende proteger; y no puede admitirse que la competencia legislativa de los Estados deba ejercitarse dentro de los límites de sus fronteras territoriales.

Por otro lado, al Estado le corresponde conservar el organismo político y todo aquello "*quod ad statum rei publicae spectant*" (que pertenece a la cosa pública del Estado). En consecuencia, la aplicabilidad de las leyes extranjeras no será posible en aquello que al aplicarlas menoscabe la conservación del Estado y los intereses generales de la comunidad política¹³.

3.- FORMAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA.

La ley extranjera puede ser aplicada en dos formas distintas: directa e indirectamente¹⁴.

Estamos en presencia de la aplicación directa de la ley extranjera cuando las partes contratantes se sujetan a una ley que no es la del país donde ellas residen o donde se ejecutará el acto jurídico; claro está que con la salvedad de que esas disposiciones voluntarias no pueden contravenir las leyes de orden público del país donde se celebra dicho acto jurídico. Ello es, precisamente, la limitación que sufre la aplicación en forma directa de la ley extranjera en cuanto no se conforme con la regla señalada.

En cambio, se aplica indirectamente la ley extranjera cuando el juez al conocer de un litigio se ve en la obligación por los principios de Derecho Internacional Privado, que

¹³ FIORE, Pascuale, nota 5, pág. 108.

¹⁴ BARTIN, Etienne, citado por ROMERO DEL PRADO, Víctor, "Derecho Internacional Privado", Córdoba, Ediciones Assandri, 1961, pág. 42.

informan su legislación, de aplicar la ley extranjera para el fallo del juicio¹⁵.

4.- LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA.

a) Doctrina del Interés Nacional.

Existe en numerosas legislaciones una suerte de correctivo al principio de imperatividad del estatuto personal conocido con el nombre de "doctrina del interés nacional"¹⁶.

Dicha doctrina es establecida con relación a la normal aplicación de la regla de conflicto reguladora de la capacidad que se expresa a través de otra regla de conflicto, constituyéndose en una excepción tendiente a otorgar validez a aquellos actos negociales en los que una de las partes resulta incapaz de acuerdo a su estatuto personal, pero capaz, según el ordenamiento jurídico del contratante. Se encuentra dirigida específicamente a la capacidad para celebrar contratos o bien a la capacidad para emitir una declaración cambiaria.¹⁷

Puede establecerse con carácter general, ya que el contenido material de las distintas legislaciones cambia, que su elemento natural de actuación resulta del derecho obligacional. Respecto a este tema, sólo haremos referencia a esta doctrina en su relación con el orden público, su posible asimilación, y en caso contrario cuáles son las diferencias de esencia y estructura que de él lo separan.

Para algunos autores, la doctrina del interés nacional no sería más que una modalidad de la llamada "excepción de orden público", pero limitada en cuanto a sus alcances¹⁸.

Pese a tan autorizada doctrina, se encuentra más presente entre los autores de Derecho Internacional Privado, el criterio expuesto en forma clara por don Alfonso Calvo Caravaca¹⁹, en el sentido de que ni la consideración de la

¹⁵ ROMERO DEL PRADO, Víctor, "Derecho Internacional Privado", Córdoba, Ediciones Assandri, 1961, pág. 41.

¹⁶ ROMERO DEL PRADO, Víctor, nota 15, pág. 41.

¹⁷ ROMERO DEL PRADO, Víctor, nota 15, pág. 42.

¹⁸ BARTIN, Etienne, citado por ROMERO DEL PRADO, Víctor, nota 15, pág. 42.

¹⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso, "La técnica normativa de la doctrina de interés nacional", Revista

doctrina del interés nacional como una regla de conflicto con los puntos de conexión subsidiarios ni la caracterización de la misma como una ley de policía del mercado local atentan contra su carácter de institución autónoma.

Siguiendo a dicho autor, no cabe duda y eso es fácilmente comprobable, que surge la idea de la asimilación entre las dos cuestiones (el interés nacional como regla de conflicto o como ley de policía). Para aquellos autores que son partidarios de la asimilación, la doctrina del interés nacional representaría una cláusula de reserva especial, que establecería el estándar mínimo de nivel de capacidad que se le reconocería al extranjero que contratase en el Estado del foro y que le situaría, para esta materia concreta, en pie de igualdad con los nacionales²⁰.

Su naturaleza de cláusula de reserva estaría dada por la utilización de una conexión subsidiaria, y la especialidad por su referencia a una regla de conflicto más general, de la que se presenta como una excepción. Es decir que a la conocida excepción de orden público general, cabe reconocer una excepción de la excepción que constituye la doctrina del interés nacional.

El fundamento de la doctrina del interés nacional es la protección de la buena fe negocial y actúa como un dispositivo de seguridad para el tráfico jurídico importado y el propio y por tanto en aquellos casos que el orden jurídico propio se vea lesionado por el derecho de importación, obra como válvula de seguridad oponiéndose a su aplicación.

El orden público es un remedio excepcional de aplicación únicamente cuando falta un mínimo de equivalencia de legislaciones, lo que supone una investigación de cuáles son los principios fundamentales de la ley del foro y una comparación entre ésta y el ordenamiento extranjero del que surge algo más que una mera discrepancia; lo que surge es una verdadera incompatibilidad²¹.

española de Derecho Internacional, vol. XXXIV, curso 1975/76, edición 1979, pág. 126.

²⁰ RAAPE, Luis, "Problemas de Derecho Internacional Privado", Recueil des Cours, 1934-IV, tomo 30, pág. 464.

²¹ NIBOYET, Jean-Paulin, "Tratado de Derecho Internacional Privado Francés", Recueil Sirey, 1944, París, pág. 495.

Buen ejemplo de lo expresado resulta del artículo 2283 del "Proyecto Francés de Derecho Internacional Privado", el que preveía que el juez únicamente podía negarse a la aplicación del derecho extranjero cuando este fuese manifiestamente incompatible con el orden público francés.

El orden público tiene un contenido indeterminado, en tanto que la doctrina del interés nacional no. En tanto que la actividad del juez en el caso de la excepción de orden público es discrecional ya que efectúa una actividad de valoración personal, en el caso de aplicación de la doctrina del interés nacional, el juez simplemente compara las leyes en conflicto, la personal y la que sea menos restrictiva respecto a la capacidad con el objeto de favorecer la validez del negocio jurídico. Además, el momento de realización del acto en el caso de la doctrina del interés nacional, en tanto que en la aplicación del orden público se efectúa a posteriori.²²

b) El Fraude a la Ley.

También esta institución es un remedio excepcional como el orden público y un impedimento como aquél para la aplicación de la ley extranjera. Cabe cuando se ha producido un manejo voluntario de las normas de colisión con el objeto de no aplicar la ley del foro que normalmente hubiese correspondido a la relación jurídica de que se trata.

Algunos autores tienden a asimilar la noción de fraude y orden público y consideran que aquél no es sino un simple caso de éste²³.

Fruchelli y Ferrer disienten del concepto señalado, por cuanto para ellos, la naturaleza de las dos instituciones, es esencialmente distinta y la operatividad de ambas, también difiere²⁴.

En lo que sí se asimilan es en el resultado final, es decir la no aplicación del derecho extranjero.

Hemos dicho que la operatividad del orden público comienza a desarrollarse cuando media una acción incompatible

²² NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 497.

²³ BARTIN, Etienne, nota 18, págs. 45 y sgtes.

²⁴ FRUCHELLI, H. y FERRER, H., "El Orden público", Edit. Abdeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 15.

con el orden jurídico que tutela. En el caso de fraude a la ley, la ley extranjera no quebranta en modo alguno el orden público de otro país, pero debido al manejo voluntario de los puntos de conexión se aplica una ley que normalmente no debía haberse aplicado, burlando de tal manera a la *lex fori* correspondiente. El punto de conexión se ha convertido en un negocio jurídico.

Este acto realizado con intención maliciosa, por el cual se evita la aplicación de la ley competente para obtener un fin ilícito, alterando los puntos de conexión y consiguiendo así la aplicación de otra ley que le asegure la obtención de un resultado más favorable a su pretensión, admite la existencia de actos que respetan el texto legal, pero eluden su aplicación y controvierten su finalidad. La intención de quien realiza el acto, por tanto, es dolosa pues viola la ley persiguiendo un propósito ilícito.

En el derecho internacional privado esto es disvalioso porque se usa una ley con distinto fin alterándose los puntos de conexión para eludir la aplicación de la ley competente por otra más favorable al resultado que se desea obtener. Así las partes mudan su domicilio, cambian de nacionalidad, trasladan de lugar un bien, etc.²⁵

Se manifiesta como una anomalía, como una desviación que atenta contra el fin de la norma, la que se desnaturaliza porque se convierte en un instrumento para alcanzar un resultado no querido y ni tal vez previsto por el legislador. Niboyet la define como el remedio necesario para evitar que la ley pierda su carácter imperativo²⁶.

Goldschmidt, a su vez, la define como la característica negativa del tipo legal de la norma indirecta, es decir aquella cuya inexistencia se requiere para que la norma actúe²⁷.

Existen en doctrina distintas posturas: Una corriente que lo rechaza: Foster, Lorenzen, Miaja de Muela, Alfonsín.

²⁵ BARTIN, Etienne, nota 18, págs. 47.

²⁶ BARTIN, Etienne, nota 18, págs. 47.

²⁷ BARTIN, Etienne, nota 18, págs. 47.

Una corriente que lo acepta: Fernández Rosas, Pillet, Niboyet, Vico.²⁸

Sus efectos se relacionan con su sanción, que consiste en tener por no efectuada la maniobra y aplicar el derecho que se intentó evadir negando todas las consecuencias derivadas de la acción fraudulenta.

Respecto de la víctima del fraude, el punto de conexión no se realizó y se niegan las consecuencias derivadas del fraude.

Respecto del país cuya ley se invoca, defender el foro de una ley contraria al espíritu de su legislación y conservar la imperatividad de la *lex fori*.

Respecto de terceros países, si asimilan el fraude al orden público deben procurar restablecer el imperio de la ley violada. Si le reconocen autonomía deben sancionarlo y aplicar la ley eludida²⁹.

c) El Orden Público.

No en todos los casos en que la norma de derecho internacional privado da competencia para regular una determinada relación jurídica a la ley de un país extranjero, es ésta susceptible de aplicarse. Por el contrario, son frecuentes los casos en que determinados obstáculos se oponen a que la situación se rija por esa legislación normalmente competente. Uno de estos obstáculos -obstáculo que se encuentra admitido en todos los sistemas de normas conflictuales- es el que se conoce con los nombres de "orden público" o "*public policy*". Vico, refiriéndose a este punto, manifiesta: "La regla de conflictos, por su propia estructura generalmente indirecta, crea al legislador que la sanciona como al juez que la hace entrar en acción una situación de inseguridad y de duda³⁰."

Se ha dicho acertadamente que la norma de colisión supone un salto en el vacío porque supone la remisión a un derecho

²⁸ BARTIN, Etienne, nota 18, págs. 47.

²⁹ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 498.

³⁰ VICO, Carlos, "Curso de Derecho Internacional Privado", Bs. Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1967, pág. 195.

extranjero cuyas disposiciones no se conocen perfectamente, las cuales pueden tener incluso una orientación e inspiración muy distinta a las que primitivamente pudo tener en cuenta el legislador que indicó como más justa esa legislación foránea para resolver el caso.

Todo esto obliga a tomar medidas de garantía y explica que en el fondo de toda norma de derecho internacional privado se halla implícita una cláusula de reserva, porque la norma extranjera declarada competente por la regla de conflictos puede hallarse en abierta pugna con principios morales, sociales o jurídicos esenciales para el Estado en cuyo territorio ha de ser aplicada. En tales casos, el Estado pone una valla a la aplicación de la ley extranjera: el orden público"³¹.

La verdad es que el orden público nos hace entrar en una materia de total importancia. Cada país posee su propio Derecho Internacional Privado y su propio sistema de ponerlo en práctica. Pero supongamos que entre varios países no existe conflicto alguno ni cuanto a la ley aplicable ni en cuanto a la calificación. Aun así, y no obstante esta uniformidad, el obstáculo del orden público puede presentarse en algunas oportunidades; y en ello cada vez que la ley extranjera aplicable en virtud de lo dispuesto por las normas conflictuales, es contraria a las instituciones fundamentales del país en que va a recibir aplicación, o a sus principios, costumbres o intereses jurídicos, morales o sociales en tal grado, que aceptar la aplicación de dicha ley significaría dar a la cuestión debatida una solución injusta, inconveniente o peligrosa.

Se hace, pues, necesario que los tribunales puedan, en estos casos, eliminar o descartar esa ley extranjera por ser contraria al orden público del país en que se pretende aplicar.

Así, por ejemplo, supongamos que nos encontramos en Italia antes del año 1971 (año en que se aprobó en dicho país una ley que permite el divorcio con disolución de vínculo).

³¹ VICO, Carlos, nota 30, pág. 198.

Supongamos también que un matrimonio belga pide el divorcio en Italia.

El juez italiano sabe que, en virtud de sus principios de relación, debe aplicar la ley belga en una cuestión de estado de súbditos belgas, pues en Italia, en efecto, se aplica a esta cuestión la ley nacional de los cónyuges. Ahora bien, Italia no admite el divorcio con disolución del vínculo por estimarlo peligroso y contrario al buen orden de la familia. En consecuencia, los italianos no pueden divorciarse. Cabe, entonces preguntarse si el juez italiano podrá divorciar a los belgas, es decir, si pueden éstos gozar en Italia de más derechos que los italianos mismos.³²

"Este divorcio -dice Niboyet- ¿no tendría como consecuencia la de conceder un privilegio a la calidad de belga sobre la del italiano, disminuyendo por lo tanto la fuerza de la ley italiana y quebrantando su autoridad? ¿Puede admitirse que el juez italiano diga a dos cónyuges italianos que no pueden divorciarse y que, momentos más tarde, conceda el divorcio a los belgas?"³³.

Precisamente para evitar que el juez italiano aparezca contradiciendo y desautorizando sus propios principios fundamentales de organización social es que se recurre a la noción del orden público.

Basado en la misma noción, aun cuando en Francia se permite a los extranjeros obedecer a su ley nacional, no se permite a aquellos cuya legislación autoriza la poligamia, casarse con dos o tres mujeres en territorio francés, sin haber disuelto previamente los anteriores matrimonios.

El orden público es un concepto esencialmente problemático. "La posesión de un concepto, de una definición del orden público, es tarea de suyo complicada, irrealizable si se aspira a lograr una noción rígida preceptiva y al mismo tiempo, material"³⁴. Pillet, por su parte, dice que "el acuerdo

³² VICO, Carlos, nota 30, pág. 198.

³³ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 381.

³⁴ AGUILAR NAVARRO, Mariano. "Lecciones de Derecho Internacional Privado", Madrid. Artes Gráficas Clavileño, 1964, pág. 153.

unánime acerca del principio de orden público cesa desde el momento en que es necesario precisarlo"³⁵.

Los autores no formulan un concepto científico y acabado de esta expresión, debido a que, seguramente, no existe en el Derecho noción más difícil de definir y que haya dado lugar a más interpretaciones que ésta; y ello debido a la imprecisión y a la mutabilidad de los conceptos en que descansa. El orden público se presenta variable, relativo, movedizo, de modo que escapa a la posibilidad de concretarlo en los límites de una fórmula matemáticamente exacta. Todos los que han estudiado el concepto de orden público coinciden en afirmar que se trata de una noción sumamente enigmática, imprecisa, un tema en que todo es discutible, un recurso desesperado para explicar lo que se ofrece como anormal, contradictorio. Aubry dijo sarcásticamente que el orden público cumplía en el Derecho Internacional Privado la misma función que el sistema nervioso en la medicina: la de explicar lo que no se sabe o no se quiere explicar³⁶.

Mancini ideó la siguiente noción de orden público: "El orden público comprende en todo país, en la amplia acepción del término, el respeto de los principios superiores de la moral humana y social, como son comprendidos y observados en el país, los usos y hábitos, los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana y las libertades a las que las instituciones positivas, ni ningún gobierno ni los actos de la voluntad humana podrían aportar derogaciones válidas y obligatorias para esos Estados. Si las leyes positivas de un Estado, una sentencia extranjera o los actos y contratos realizados en el extranjero violan estos principios o estos derechos, cada soberanía, lejos de aceptar estos ultrajes a la naturaleza y a la moralidad humana, podrá, a justo título, negarle todo efecto y toda ejecución en su territorio. También cabe rechazar las instituciones económicas incompatibles con el orden establecido."³⁷

³⁵ PILLET, Antoine, "Principios de Derecho Internacional Privado", París, 1929, pág. 406.

³⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, "Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, pág. 441.

³⁷ MANCINI, citado por AGUILAR NAVARRO, Mariano, nota 34, pág. 157.

Pillet, por su parte dice: "Cuando se pronuncia el nombre de leyes de orden público en el Derecho Internacional Privado, alúdese al principio más evidente de nuestra ciencia, y al mismo tiempo, a aquel cuya definición y análisis son los más difíciles. Lo que hay de evidente en esta materia es lo siguiente: nadie duda que la obligación que pesa sobre un Estado de admitir en su territorio la aplicación de leyes extranjeras tiene un límite, y que este límite se encuentra en el punto en que la ley extranjera tuviera por consecuencia comprometer la acción de cualquier principio que el Estado juzga indispensable para la salvaguardia de la sociedad particular que representa. Ante una necesidad tan imperiosa, no existe ni sentimiento de cortesía, ni obligación internacional."

"Las relaciones internacionales solamente son lícitas mientras se mantienen inofensivas, y dejarían de serlo si tendieran a hacer aplicar en un territorio leyes que se juzgan incompatibles con la seguridad, el buen orden, las instituciones sociales del Estado. En este dominio, las leyes del Estado interesado son doblemente obligatorias: lo son para los nacionales, y lo son igualmente para los extranjeros en la persona de aquel en quien se den las condiciones de hecho que provocan la aplicación de la ley"³⁸.

Para Despagnet, por esta expresión "orden público", vaga y mal definida como la cosa misma que designa, es necesario entender "el conjunto de reglas legales que, dadas las ideas particulares admitidas en un país determinado, son consideradas como referentes a los intereses esenciales de dicho país, sea que se trate de intereses religiosos, morales, políticos o económicos"³⁹.

"Las leyes de orden público -dice Bevilacqua- son aquellas que en un Estado establecen los principios cuya manutención se considera indispensable a la organización de la vida social según los preceptos del Derecho, o son las que conciernen directamente a la protección de la organización del

³⁸ PILLET, Antoine, nota 35, pág. 158.

³⁹ DESPAGNET, Frantz, "Precisiones de Derecho Internacional Privado", Ediciones Quintín Alfonsín, París, 1886, pág. 577.

Estado, consideradas desde el punto de vista político, económico y moral"⁴⁰.

Audinet define el orden público diciendo que "es el conjunto de disposiciones legales o de instituciones que en un Estado tienen por objeto regular y defender los derechos de la sociedad y sus intereses generales, considerados en sus diversas relaciones: intereses religiosos, morales, políticos, económicos, de policía y tranquilidad pública"⁴¹.

"El juez no podrá aplicar el Derecho extranjero -expresa Fusinato- cuando dicha aplicación redundase en un resultado que estuviese en pugna con el Derecho Público del Estado y con aquellas leyes de derecho privado que el legislador ha dictado con propósitos que evidente y principalmente se refieren a la moral o al interés político, social y económico"⁴².

"El orden público -dice Foiget- comprende todas aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador en resguardo del interés superior de la colectividad o de la moral social"⁴³.

El profesor Albónico define el orden público como "la organización estimada necesaria en un país determinado para el correcto y normal funcionamiento de la sociedad"⁴⁴.

El profesor Ramírez Necochea expresa que "la noción de orden público se encuentra ligada a la organización institucional básica y a las ideas morales, políticas, sociales y económicas, que se consideren fundamentales en un país determinado"⁴⁵.

Finalmente es necesario recordar el concepto desarrollado por Bustamante, quien dice: "Son, pues, leyes de orden público internacional todas las que tienen por objeto el Estado y forman su Derecho hasta el punto de que infringidas o dejar de aplicarlas equivale a lesionar la soberanía y a destruir sus fundamentos cardinales."

⁴⁰ BEVILACQUA, citado por ROMERO DEL PRADO, Víctor, nota 15, pág. 577.

⁴¹ AUDINET, citado por MUÑOZ HÖRZ, Carlos, "Del orden público en relación con el Derecho Internacional Privado", Valparaíso, Imprenta de la Armada, 1937, pág. 4.

⁴² FUSINATO, citado por ROMERO DEL PRADO, Víctor, nota 15, pág. 577.

⁴³ FOIGNET, citado por DUNCKER BIGGS, Federico, "Derecho Internacional Privado", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967, pág. 411.

⁴⁴ ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando, "Derecho Internacional Privado Chileno", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950, pág. 26.

⁴⁵ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, "Síntesis de Derecho Internacional Privado Chileno", Santiago, Imprenta El Imparcial, 1966, pág. 93.

"Nos referimos al Derecho del Estado en la acepción que venimos dando a estos términos y no en la que pudieran tener en el lenguaje corriente. No entendemos por ellos, ni toda la legislación positiva de una nación, ni meramente el Derecho orgánico de sus poderes fundamentales. Los preceptos que se inspiran en la necesidad de que el Estado exista y se mantenga; los que señalan las condiciones de su vida; los que regulan el ejercicio de sus facultades; los que prescriben el campo de acción en el espacio de su Derecho positivo; los que protegen la observancia de éste, imponiendo sanciones penales al infractor; los que determinan las formas que han de seguirse para el restablecimiento del orden perturbado en la esfera privada y en la esfera pública; los que establecen principios morales, jurídicos, políticos, religiosos y económicos de tal trascendencia que el legislador no se cree facultado para dispensar de su cumplimiento, entran todos en lo que venimos señalando con el nombre de Derecho del Estado y son todos de orden público internacional"⁴⁶.

En cuanto a la naturaleza jurídica del orden público, podemos constatar la existencia de dos sistemas bien definidos: uno, que considera que la ley de orden público tiene una competencia normal; y otro, que hace de ella una noción exorbitante, cuya intervención constituye una excepción a la ley competente.⁴⁷

a) PRIMER SISTEMA: Competencia absolutamente normal. La ley de orden público se identifica con la ley general (sistema de Pillet).

Tal como lo hemos visto en párrafos anteriores, para Antoine Pillet la ley posee dos caracteres de gran importancia: la generalidad y la permanencia. Este autor aplica estos caracteres al Derecho Internacional Privado y sostiene que la continuidad de la ley envuelve su

⁴⁶ BUSTAMANTE, Antonio Sánchez de, nota 6, pág. 191.

⁴⁷ BUSTAMANTE, Antonio Sánchez de, nota 6, pág. 192.

extraterritorialidad, y que su generalidad envuelve su territorialidad⁴⁸.

Ahora bien, debido a la necesidad de establecer una armonía entre las leyes de los diversos Estados, no pueden éstas conservar al mismo tiempo ambos caracteres, sino que es necesario sacrificar uno de ellos.

Examinando el fin social de las leyes -que no puede ser otro que la protección de las actividades particulares o la garantía del orden público- y buscándoles su máximo de eficacia en el área internacional, Pillet las divide en permanentes y generales. A las primeras les reconoce, como hemos dicho, un efecto extraterritorial, como único medio de impedir que los interesados eludan sus principios; en tanto que a las segundas las estima necesariamente territoriales, porque no es sino en esta forma que ellas pueden llenar el fin social que se tuvo en vista al dictarlas⁴⁹.

Ahora bien, según Pillet, las leyes de orden público son, precisamente, las leyes que, para cumplir con su objeto social, exigen la generalidad de su aplicación, con sacrificio del carácter de permanencia.

Son leyes de orden público, según este autor, "las que se refieren, sobre todo, a la comunidad; que aprovechan igualmente a todos; que están escritas en interés de todos y no solamente en interés de cada uno"; aquellas cuyo fin social es realizar un orden necesario, un arreglo fijo e invariable, arreglo al cual deben someterse nacionales y extranjeros; aquellas cuya aplicación ha de beneficiar a la comunidad entera y no a ciertos individuos de ella⁵⁰.

Luego, "entre la idea de orden público y la de generalidad existe una verdadera e indivisible relación"⁵¹. No existen, pues, leyes generales por una parte, y de orden público por otra: son las mismas. Cuando una ley es general, es que es de orden público; y cuando una ley es de orden público, es que tiene que ser general para que pueda llenar su objeto social.

⁴⁸ PILLET, Antoine, nota 35, pág. 160.

⁴⁹ PILLET, Antoine, nota 35, pág. 160.

⁵⁰ PILLET, Antoine, nota 35, pág. 168.

⁵¹ PILLET, Antoine, nota 35, pág. 169.

"Resulta de aquí -dice Niboyet, al analizar esta doctrina- que cuando se recurre a la noción del orden público, el objeto a realizar por la ley exige su generalidad; y si mediante ésta se realiza dicho objeto, la competencia de esta ley será perfectamente normal". Y agrega: "La ley de orden público no es una ley destinada a vencer a una ley extranjera. ¿Qué otra ley podría aplicarse cuando su objeto exige que sea general? La ley de orden público no es solamente la ley competente, sino la única ley competente"⁵².

Así por ejemplo tomemos la ley chilena anterior que prohibía el divorcio. ¿Por qué razón lo prohibía? "Porque su objeto consiste, según la concepción chilena, en mantener la integridad de un cierto patrimonio familiar, considerado como intangible". Ahora bien, si tal es el objeto de la ley chilena, no cabe duda de que se trata de una ley general y hay que evitar, en consecuencia, todo cuanto la contradiga. El juez chileno aplica una ley que es, según Pillet, la ley "normalmente competente". No podía concebirse que el juez italiano aplicara otra ley en esta materia.

Resumiendo, para Pillet existe una coincidencia entre la idea de orden público y la de generalidad de la ley; además, la competencia de la ley de orden público tiene un carácter absolutamente normal⁵³.

b) SEGUNDO SISTEMA: La ley de orden público tiene una competencia excepcional y exorbitante.

(i) Doctrina de Savigny.

Para Savigny el juez debe determinar para cada relación jurídica el Derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación, sin distinguir si este Derecho es el de su país o el de un Estado extranjero. Para llegar a esta conclusión, el autor adoptó como punto de partida la idea de la comunidad jurídica entre los Estados de Occidente, Estados que entran frecuentemente en contacto, que, en general,

⁵² NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 382.

⁵³ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 383.

admiten iguales principios y que han alcanzado un grado similar de civilización.⁵⁴

Sin embargo, estima que, en ciertos casos, debe primar la ley del Estado cuyo juez está conociendo del asunto, aunque la naturaleza de las diversas relaciones jurídicas exija la aceptación de una ley extranjera.

Savigny considera que la comunidad de las legislaciones de los pueblos civilizados -base del Derecho Internacional Privado- ofrece dos excepciones en las cuales la ley de un país resulta inaplicable en otro: cuando se trata de leyes de una naturaleza positiva, rigurosamente obligatoria (basadas en un motivo moral, o de interés general, político, económico, policíaco o de seguridad), y cuando se trata de instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en otro y que, por consiguiente, no pueden pretender en él la protección de los tribunales (muerte civil, esclavitud, poligamia).⁵⁵

Dice Savigny: "Procede citar ahora una restricción a este principio de la aplicación de la ley extranjera. Ciertas clases de leyes, por su naturaleza especial, no admiten esta independencia de la comunidad de derecho entre diversos Estados. En presencia de estas leyes, el juez debe aplicar exclusivamente el Derecho nacional, es decir, su propia ley, aunque nuestros principios exigiesen la aplicación del Derecho extranjero; de ahí se deriva toda una serie de importantísimas excepciones"⁵⁶.

Del análisis de su doctrina y de la lectura de esta afirmación podemos desprender que para dicho autor el orden público es -como dice Niboyet- "un remedio contra la aplicación de la ley extranjera que, normalmente, debiera intervenir", concepto que se advierte en las palabras "aun cuando nuestros principios exigiesen la aplicación de la ley extranjera"⁵⁷, y que este remedio es algo absolutamente excepcional; constituye una mera excepción a las reglas que prescriben la aplicación de un Derecho extranjero.

⁵⁴ SAVIGNY, Federico Carlos de, citado por NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 384.

⁵⁵ SAVIGNY, Federico Carlos de, citado por NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 384.

⁵⁶ SAVIGNY, Federico Carlos de, citado por NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 385.

⁵⁷ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 385.

Ahora bien, como excepción que es, el orden público deberá limitarse lo más posible, de acuerdo con la finalidad que con él se pretenda alcanzar.

Tomemos un ejemplo: un individuo es súbdito de un país en donde pueden contraerse varios matrimonios sin que ninguno de ellos deba ser disuelto. Este individuo, sin embargo, no podrá casarse nuevamente en un país de régimen monogámico; será necesario prescindir de su ley, porque su matrimonio poligámico, al ser excesivamente contrario a las concepciones del país donde pretende volver a casarse, no puede ser autorizado.

Hay, en este caso, un defecto de comunidad jurídica entre las leyes en conflicto.

"Sobre esta idea de la comunidad jurídica -dice Niboyet- se ha formado toda una Escuela, a la cual se han afiliado varios jurisconsultos, sucesores de Savigny", entre los que podemos citar a Ludwig von Bar y a Etienne Bartin. Este último ha escrito uno de los más profundos estudios que se han publicado acerca del orden público; la idea de comunidad jurídica, adoptada por este autor como punto de partida, recibe un amplio desarrollo⁵⁸.

(ii) Doctrina de Bartin.

"Para Bartin -dice Niboyet- las relaciones jurídicas entre los Estados suponen la existencia de un cierto número de aspectos comunes, una comunidad de derecho, consecuencia de su grado de civilización. Entre un país de civilización adelantada y otro de civilización rudimentaria, es imposible que exista una comunidad de derecho"⁵⁹.

Ahora bien, dicha comunidad es el punto de partida de todo el Derecho Internacional. En efecto, de ella brotan, según Bartin, dos ramas: el Derecho de Gentes y el Derecho Internacional Privado. "Por tener ciertos países el mismo grado de civilización, es por lo que observan en sus respectivas reglas el Derecho de Gentes; y por estar situados,

⁵⁸ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 386.

⁵⁹ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 386.

igualmente, a un nivel semejante, es por lo que pueden aplicar sus respectivas leyes; ésta es la segunda rama, el Derecho Internacional Privado"⁶⁰.

El Derecho Internacional Privado, según Bartin, supone un vínculo jurídico, el cual resulta de "una presunción de comunidad internacional" entre los Estados. Esta presunción, "cuyas reglas de derecho de gentes y de conflictos de leyes no son más que las consecuencias, descansa simplemente en la igualdad de civilización de los países a quienes se aplica". En consecuencia, cuando esta igualdad desaparece, la presunción desaparece conjuntamente con sus dos consecuencias; ya no habrá Derecho de Gentes ni reglas de solución de conflictos de leyes.

De acuerdo con esta tesis, para que las leyes de un país extranjero puedan aplicarse, es necesario, pues, que estos Estados tengan las mismas reglas de derecho de gentes y que exista una cierta comunidad en cuanto a sus reglas de conflictos de leyes. Solamente cuando existan esas dos condiciones, el Derecho Internacional Privado podrá funcionar normalmente, si falta una de ellas, el funcionamiento se detiene.

En resumen, según Bartin las relaciones entre los Estados suponen una comunidad de derecho derivada de su grado de civilización; entre los Estados situados, en este aspecto, a un nivel semejante, es posible que cada uno de ellos aplique las leyes extranjeras, en virtud de una presunción de comunidad internacional entre ellos, que requerirá la existencia de unas mismas normas de derecho de gentes y una cierta comunidad respecto a las pertinentes normas de conflictos. En este supuesto, el Estado podrá aplicar leyes extranjeras; en otro caso, esta aplicación será evitada por la excepción de orden público.

(iii) Doctrina de Niboyet, o del mínimun de equivalencia de las instituciones jurídicas.

⁶⁰ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 387.

Según Niboyet, para poder hablar de orden público es preciso que se trate de una hipótesis en la que, normalmente, debiera aplicarse la ley extranjera. Resulta que hay casos en que la aplicación de esa ley extranjera competente es difícil, peligrosa y perjudicial para la colectividad, debiendo, por lo tanto, evitarse a toda costa. Ante esta situación, el Estado debe recurrir a una medida que él llama de "legítima defensa, de defensa social, un remedio". Y este remedio -obstáculo que colocará ante la ley extranjera para evitar aplicarla- no es otro que la noción del orden público⁶¹.

Ahora bien, dicho autor sostiene que para que esta noción funcione no es necesario encontrarse ante legislaciones de países entre las cuales no exista una verdadera comunidad de derecho o, mejor dicho, entre un Estado de legislación rudimentaria y otro de legislación más civilizada, toda vez que el remedio del orden público funciona aun entre países que tienen la misma civilización y, en hipótesis, hasta una civilización idéntica. "El orden público que se invoca en la práctica cotidiana -dice- interviene en las relaciones de países que, en cuanto a civilización, están tan adelantados los unos como los otros, pero que, a veces, han reglamentado de un modo diferente ciertas instituciones"⁶².

Así, no puede sostenerse que en España, por ejemplo, exista una civilización inferior a la de Italia, o viceversa, y, no obstante, sucede a menudo que no puede aplicarse la ley italiana en España, ni la española en Italia.

Según Niboyet, para que pueda aplicarse una ley extranjera es preciso que entre los países exista, no de una manera general, pero sí sobre cada punto determinado (divorcio, reclamación de alimentos, etc.), "un *mínimum* de equivalencia de legislaciones". Siempre que ese *mínimum* de equivalencia jurídica falte, no puede aplicarse la ley extranjera y debe recurrirse, entonces, al remedio del orden público. En esa forma, por ejemplo, si un matrimonio francés solicita el divorcio vincular en Italia, se le negará; y no porque en Francia e Italia haya un defecto total de comunidad

⁶¹ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 388.

⁶² NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 390.

jurídica -muy por el contrario- sino que, porque mientras el matrimonio en Italia tiene una base confesional, en Francia está fundado sobre una idea de orden puramente civil. No existe, pues, en este caso el *mínimum* de equivalencia jurídica necesaria para poder aplicar la ley extranjera.

El defecto de comunidad jurídica, entre dos países ha de graduarse, por lo tanto, en cada caso concreto planteado⁶³.

Hasta este momento hemos opuesto dos concepciones del orden público: la que considera que la ley de orden público tiene una competencia normal, y la que hace de ella una noción exorbitante, cuya intervención constituye una excepción a la ley competente.

Pero hay, además, un sistema intermedio que pudiera llevar a error acerca de su naturaleza; ha sido defendido por los representantes de la Escuela de la personalidad del Derecho, o sea, de la Escuela Italiana, principalmente por Mancini y Fiore, y, más tarde, por Weiss⁶⁴.

(iv) Doctrina italiana.

Según la Escuela Italiana Moderna, las leyes son, en principio, personales y no territoriales. Habiéndose hecho éstas para las personas -el elemento principal del Estado-, teniendo en consideración una serie de características propias de la idiosincracia, es natural que deban regir a los nacionales dondequiera que se encuentren. Estas leyes nacionales del individuo poseen, pues, una competencia normal, absoluta, universal. Pero como no es posible someter a ella a todas las relaciones jurídicas, este principio, que parece a primera vista absoluto, reconoce tres excepciones que ya conocemos: la autonomía de la voluntad, la forma de los actos jurídicos y el orden público.⁶⁵

Por lo tanto, Mancini, Fiore y Weiss conciben el orden público como una excepción a la competencia de la ley nacional. Pero se ha hecho notar que esta excepción no tiene para ellos, a pesar de las apariencias, la misma naturaleza

⁶³ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 390.

⁶⁴ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 391.

⁶⁵ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 391.

que la de un remedio exorbitante, destinado a impedir que se produzca un mal. En efecto, aunque en la doctrina italiana el orden público internacional sea una excepción, la verdad es que es una "excepción permanente", porque, en casi todas las materias en que esta Escuela hace intervenir la noción del orden público, la ley nacional del individuo "no se aplica nunca ni será teóricamente susceptible de aplicarse".

En la medida en que esta Escuela aplica, a determinadas materias, la ley territorial (leyes de policía, penales, constitucionales, de procedimiento, relativas a inmuebles, etc.), es imposible hablar de excepción, puesto que esta ley siempre se aplica a ellas; en consecuencia, se trata "de la intervención de un verdadero principio". Así, por ejemplo, según esta doctrina, los inmuebles se someten a la ley del lugar de su ubicación, esto es, a la *lex rei sitae*, sin que sus sostenedores conciban que se pueda aplicar en tal materia una ley distinta. La competencia de la *lex rei sitae* es, pues, "absolutamente normal".⁶⁶

En definitiva, esta doctrina se fusiona con las que hemos examinado. No hay, así, más que dos concepciones del orden público: el orden público como noción normal y el orden público como noción exorbitante o remedio⁶⁷.

d) El Reenvío.

Como cuarta limitante a la aplicación de la ley extranjera, el reenvío es el conflicto negativo de legislaciones, es decir, es cuando las legislaciones concurrentes a una determinada relación jurídica se niegan competencia.

Es el conflicto negativo de legislaciones porque en principio las legislaciones a las cuales se les atribuye competencia para conocer de una relación jurídica controvertida, niegan y rechazan esta competencia y se la endosan a un tercer Estado, pudiendo ser ese tercer Estado el Estado enviante de otro Estado.

⁶⁶ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 391.

⁶⁷ NIBOYET, Jean-Paulin, nota 21, pág. 391.

Se debe señalar que hay legislaciones que lo aceptan y otras que lo ignoran; los que lo justifican lo hacen ya sea, por la integridad del derecho, porque en la aplicación de las normas se consideran también a las normas conflictuales, por si invita a la aplicación de la lex fori (ley del tribunal), porque dan consistencia a la soberanía, porque se asegura la uniformidad de la solución de los conflictos, porque permite al juez aplicar su ley material, etc; en tanto, los que se oponen señalan que constituye un atentado a la soberanía de los Estados.

CAPITULO SEGUNDO:

"EL DERECHO APLICABLE A LA CELEBRACIÓN DEL ACTO MATRIMONIAL"

Después de haber efectuado un análisis breve de los conflictos de leyes y de las limitantes a la aplicación de la ley extranjera, es preciso entrar a conocer ahora como juegan o interactúan todos esos principios y normas en el ámbito de un particular tema: el matrimonio.

5.- LEY APLICABLE A LA FORMA O REQUISITOS EXTRÍNSECOS DEL MATRIMONIO.

Se analizará, a continuación, la definición de la ley aplicable a la celebración de matrimonios en lo que respecta a aquellas solemnidades, o requisitos formales que son exigidos ya sea para determinar su existencia, como su posterior validez. Será entonces el ordenamiento legal el que a través de sus normas, nos señalará qué clase de matrimonios tendrán efectos dentro de su territorio, circunstancia que no es menor ya que existe una variedad de consecuencias que pueden alegarse o invocarse en un territorio, sobre la base de un matrimonio celebrado en un Estado extranjero.

6.- EL PRINCIPIO "Lex Locus Regit Actum".

Este principio, básico en Derecho Internacional Privado, consagra la suficiencia, validez y eficacia de la ley local, Nacional o territorial, como reguladora de los actos que se ejecutan y celebran en dicho territorio. Quiere decir, en síntesis, que *"la ley del lugar rige el acto"*.

Respecto de las solemnidades que se exigen para la celebración del matrimonio, existen en el Derecho universal dos grandes vertientes de pensamiento:

a) MATRIMONIOS SOLEMNES.

Existe una gran cantidad de legislaciones en el mundo, que exigen que el acto matrimonial cumpla con determinados

imperativos que se han instaurado en consideración a la naturaleza misma del acto. Así, y según la investidura de aquél ante quien se contrae, el matrimonio puede ser:

(i) *Matrimonio laico*: matrimonio que se celebra solamente ante un determinado funcionario estatal. Este es el sistema que se aplica mayoritariamente en los países del mundo, es decir, el acto exige la presencia activa de un representante del organismo estatal⁶⁸. Paralelamente a este en los mismos países existe el matrimonio religioso, pero no se le da el efecto civil que el matrimonio laico posee. Era el caso de Chile antes de la reforma de 2004.

(ii) *Matrimonio religioso*: matrimonio que se celebra y contrae ante una determinada autoridad espiritual reconocida por el Estado, dependiendo del culto que ejerza, y que lleva impuesto los ritos formales y sacramentales del mismo y que disfruta de plenos efectos civiles. Como ejemplo de este sistema podemos citar fundamentalmente a países con una fuerte presencia musulmana, como Marruecos, Chipre. Se debe destacar que estos matrimonios al tener pleno reconocimiento civil, disfrutan de su eficacia incluso en sede extraterritorial.⁶⁹

c) *Matrimonio laico o religioso*: sistema dual y alternativo que se aplica en aquellos países en que los contrayentes pueden elegir libremente si celebran el uno o el otro, pudiendo entonces ser celebrado ante un juez civil, ante un ministro del culto que practiquen los contrayentes o, incluso, ante una determinada autoridad administrativa. Como ejemplo de países en que este sistema es aplicado, podemos citar algunos estados de Estados Unidos, España, Noruega, Suecia, Portugal, Brasil y, en general aquellos países pertenecientes al Common Law. Es necesario destacar que ambos matrimonios disfrutan de los mismos efectos civiles y pueden ser igualmente invocados con idénticos alcances.

Grecia es hoy día también un ejemplo de este sistema, aun cuando hasta antes de 1982 se inscribía en los países que sólo aceptaban el matrimonio religioso ante un sacerdote

⁶⁸ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, "Derecho Internacional Privado", Editorial Legal Publishing, Santiago, 2007, pág. 141.

⁶⁹ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, nota 68, pág. 141.

ortodoxo. Posterior a esa fecha, y por una modificación legal introducida en su Código Civil, Grecia adscribió al sistema que hace optativo para los contrayentes el matrimonio religioso y el civil.⁷⁰

b) MATRIMONIOS CONSENSUALES.

Como una aplicación casi de la autonomía de la voluntad, existen países, escasos eso sí, en que se permite acordar un matrimonio por el simple consenso de la voluntad de los contrayentes sin que para darle eficacia se exija la presencia de algún ministro de fe o autoridad⁷¹. Se cita como ejemplo típico aquellos casos en que el vínculo matrimonial puede acreditarse por la cohabitación y que rige en ciertos estados de Estados Unidos. Aquí también se aplica una suerte de "posesión notoria", pues otra de las formas en que puede acreditarse la voluntad matrimonial, es por medio de la reputación de casado. Este sistema en aquellos estados se conoce como "common law marriage" y representa un estatus personal voluntario, en que un hombre y una mujer, sin haber contraído formal matrimonio en sede civil o religiosa, se presentan de consuno, voluntaria y espontáneamente frente a la sociedad, como marido y mujer.

Pero volviendo al tema central de este párrafo, en lo referente a la ley aplicable a las formalidades externas del matrimonio, existe en Derecho Privado un criterio que podría denominarse clásico y que responde al principio o dogma latino de que "la ley del lugar rige el acto" (*lex locus regit actum*). Este criterio, puede decirse, es el que recibe mayor aceptación en la legislación universal.⁷²

Paralelamente a este sistema de aplicación general, existe otro, en que las solemnidades del matrimonio, es decir, la validez formal del mismo, se determina por el apego a la ley personal de quienes lo contraen. Siendo así, es decir, teniendo prevalencia la ley de la nacionalidad de los

⁷⁰ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, nota 68, pág. 141.

⁷¹ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, nota 68, pág. 142.

⁷² AGUIRRE VELOSO, Patricio, "El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pág. 296.

contrayentes, se posibilita el reconocimiento y validez de los matrimonios religiosos por sobre las ceremonias civiles⁷³.

Regularmente estos sistemas alternativos que dan preeminencia a la ley personal, se aplican en aquellos países en que la nacionalidad de sus individuos se determina por vínculo sanguíneo más que por una circunstancia territorial. Se puede citar aquí el caso español, en que se posibilita que un nacional de dicho país pueda contraer matrimonio en país extranjero, con un connacional o extranjero, con apego a su ley nacional (estatuto personal) o con apego a la ley del país en que se encuentra (estatuto territorial). La única excepción que hace la legislación española, es que las formalidades del matrimonio se rijan por la ley personal del contrayente extranjero del español.⁷⁴

7.- EL SISTEMA CHILENO SOBRE DERECHO MATRIMONIAL APLICABLE.

En el presente párrafo estudiaremos cuál es el sistema que sigue nuestro ordenamiento jurídico para, en caso de conflicto de leyes, definir cuál es el estatuto legal aplicable en un evento matrimonial. Cabe argumentar que el artículo 102 del Código Civil define el matrimonio como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente."

Para analizar este tema, es conveniente distinguir:

a) En caso que el matrimonio se celebre en Chile, y cualquiera sea la nacionalidad de quienes lo contraigan, se aplica íntegramente la ley chilena. Claro es a este respecto el artículo 14 del Código Civil, que señala: "*La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros*".

b) Ahora, en el caso que el matrimonio se celebre en país extranjero, la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena, N° 19.947 de 2004, expone en su artículo 80 inciso 1°, que los "*requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que*

⁷³ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 297.

⁷⁴ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 297.

establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer."

La nueva Ley de Matrimonio Civil en este sentido nada innovó respecto de lo que señalaba la ley que reemplazó, esto es, que las formas externas del matrimonio se regirán por la ley del país en que el matrimonio se celebra, dando aplicación entonces a aquél principio que hemos comentado anteriormente en cuanto a que para el legislador chileno "la ley del lugar rige el acto". Esta norma legal tiene su razón de ser, tiene su fundamento; en efecto, aparece como lógico que la ley del mismo lugar en que los contrayentes viven y donde desean casarse, sea la ley que mejor conocen y esto les permitirá cumplir de mejor manera con las formalidades establecidas y que deben cumplirse, regularmente, en el mismo instante en que se celebra el matrimonio. Hay involucrado aquí también un elemento de seguridad jurídica y de protección de los contrayentes y de los terceros, pues es lógico que el matrimonio produce efectos "públicos" (por así decirlo), de manera que requiere el respaldo estatal. Será el mismo Estado, entonces, que aportó el sustento legal para la celebración del matrimonio, el que posteriormente lo proteja y dé seguridad a las partes y a los terceros.⁷⁵

No obstante que en una apreciación general, e incluso de fondo, hemos sostenido que la nueva ley de matrimonio civil mantuvo la solución dada en la ley primitiva, hubo en la redacción de la norma que se ha citado, una sutil modificación que, sin embargo, no es menor. Recordemos el antiguo artículo 15 inc. 1º de nuestra ex Ley de Matrimonio Civil: "*El matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad a las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno*". De una manera secundaria esta disposición reconocía el principio "*lex locus regit actum*", desde el momento que

⁷⁵ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 298.

reconocía el imperio y eficacia del matrimonio contraído en territorio extranjero cuando se apegaba a la respectiva ley territorial. No obstante incurría en una omisión, pues al dar imperio a "las leyes del mismo país", existió la discusión de si el legislador se estaba refiriendo tanto a las normas que establecían requisitos de fondo o si también de forma. La solución pasó por uno de los principios de hermenéutica, en cuanto a que "donde el legislador no distingue, no le es lícito al intérprete distinguir", de suerte que si nada se decía al respecto, el legislador se estaba refiriendo a ambos. El nuevo estatuto matrimonial civil chileno, cierra definitivamente la discusión.

En la práctica entonces debemos concluir que si en Chile se celebra un matrimonio, las formalidades del mismo son las que establece imperativamente nuestra legislación, sin distinción en cuanto a la nacionalidad de quienes lo celebran; en la otra cara de la moneda, sólo serán válidos en Chile, los matrimonios contraídos en el extranjero cuando se hayan apegado en su celebración a las formalidades allí exigidas, caso en el cual deberemos estar atento a las siguientes consecuencias:

(i) Que si se celebra un matrimonio en el extranjero, con estricto apego a la ley del país, de manera que es válido en el mismo, y que de haber sido celebrado en Chile sería nulo por vicios formales, deberá necesariamente ser considerado como eficaz en Chile.

(ii) Que si se celebra un matrimonio en el extranjero, con omisiones de requisitos legales de manera que está viciado de nulidad en dicho lugar, pero que sería válido de haberse celebrado en Chile, deberá necesariamente ser considerado como ineficaz en Chile.

8.- SITUACIÓN JURÍDICA DE ALGUNOS MATRIMONIOS ESPECIALES.

Pareciera que el principio de "*lex locus regit actum*" tuviera sólo importancia práctica o que fuera de fácil aplicación. A pesar de ello, perfectamente puede entrabarse la solución en la aplicación del principio a casos

verdaderamente complejos, como los que se tocarán a continuación:

a) Matrimonio consensual.

El objetivo es dilucidar básicamente si es posible reconocer en Chile valor legal a aquél matrimonio contraído en territorio extranjero en el que no se ha observado ninguna formalidad especial, en el entendido que en dicho país se reconoce valor al simple acuerdo de los contrayentes de vivir juntos. Se trataría de aquellos matrimonios simplemente consensuales, a los que ya nos hemos referido. Podemos agregar aquí el caso del estado de Texas en Estados Unidos, donde el acto matrimonial está exento de requisitos externos y se considera casados a aquellos que de común acuerdo aceptan dicho estatus, que vivan juntos con posterioridad al acuerdo y que exterioricen social y públicamente su carácter de casados⁷⁶.

En este escenario, una aplicación estricta e incluso superficial del principio "*lex locus regit actum*", conduciría a pensar de manera lógica que dichos matrimonios, plenamente aceptados y eficaces en su país, deberían ser reconocidos igualmente válidos en Chile. No obstante, la opinión mayoritaria de la doctrina opta por la solución inversa en el sentido que no se le debe reconocer validez en Chile porque técnicamente dichas uniones no son "matrimonios". Para ello se debe tomar en consideración que en nuestro sistema jurídico el matrimonio es un acto jurídico, un contrato solemne, lo que se encuentra reconocido incluso en su definición del artículo 102 del Código Civil. De esta manera, se argumenta, ningún juez chileno podría darle el valor o la nomenclatura matrimonial a una simple unión de hecho que no se basa en un contrato o convención regulada por la ley y sujeta a formalidades objetivas externas. La teoría de la prueba ayuda a fundar aún más estas argumentaciones. En efecto, se señala que el artículo 18 del Código Civil expone: "*En los casos en que las leyes chilenas exigieren*

⁷⁶ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 296.

instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas"; mientras que el artículo 1701 inciso 1° del Código Civil preceptúa: *"La falta de instrumento público no puede suplirse con otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no ejecutados o celebrados aun cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público dentro de cierto plazo, bajo una cláusula penal: esta cláusula no tendrá efecto alguno"*. De acuerdo al profesor Diego Guzmán Latorre, ambos artículos confirmarían esta posición.⁷⁷

b) Matrimonio religioso.

Otra manifestación del apego en nuestro país a la doctrina *"lex locus regit actum"*, es el reconocimiento del matrimonio que se contrae en país extranjero en sede exclusivamente religiosa o de culto, siempre que su celebración se haya apegado, a las normas imperativas que rigen dicho culto religioso y el Estado respectivo reconozca en su legislación, plena eficacia a dichos matrimonios. En la jurisprudencia nacional encontramos rasgos de esta doctrina. En efecto, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia de 29 de Octubre de 1951, mediante la cual se revocó la dictada en primera instancia en juicio de nulidad de matrimonio caratulado *"Mustakis Dragona, George con Kotsilini, Helena G."*, declarando nulo un matrimonio celebrado en Grecia ante un sacerdote de la Iglesia Ortodoxa que, de conformidad con la normativa eclesiástica, carecía de competencia para celebrarlo, en razón de no corresponder al territorio jurisdiccional de la parroquia al del domicilio, residencia o habitación de alguno de los contrayentes. La Corte, sobre la base de informes periciales de derecho griego, concluyó que la legislación positiva griega no contempla otra forma de matrimonio que la sancionada por la

⁷⁷ GUZMÁN LATORRE, Diego "Tratado de derecho internacional privado", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pág. 463.

Iglesia Ortodoxa y que conforme a las leyes de esta Iglesia, a semejanza de las de la Iglesia Católica Apostólica Romana, el matrimonio que allí se trataba era nulo. En consecuencia al declarar nulo el matrimonio por haberse infringido las normas eclesiásticas relativas a la validez formal del mismo, se reconoció de manera implícita la vigencia del principio antes citado⁷⁸.

Siguiendo con este análisis, el hecho de que se haya agregado expresamente a la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena, una norma concerniente a los matrimonios religiosos, no viene a alterar en ningún aspecto las conclusiones precedentes, haciendo la salvedad eso sí, que tal disposición contempla requisitos solamente si estamos en presencia de un matrimonio celebrado en Chile, no siendo extensibles a los matrimonios contraídos en el extranjero, imponiéndoles, por ejemplo, que dicho matrimonio se homologue ante las autoridades civiles si dicha legislación extranjera nada contempla al respecto, pues lo contrario implicaría evidentemente una vulneración al principio analizado y significaría una extensión extraterritorial de la ley chilena.⁷⁹

c) Validez de un matrimonio celebrado ante funcionarios diplomáticos o Consulares.

No es extraño hallar en los diferentes sistemas jurídicos, que los Estados otorguen atribuciones en ámbitos matrimoniales a sus representantes diplomáticos, fundamentalmente agentes consulares e, incluso, representantes de legaciones diplomáticas acreditadas ante Estados extranjeros. No es el caso de nuestra legislación nacional, el entregar este tipo de facultades a sus representantes consulares, a los que por disposición explícita de las normas chilenas, se le desconoce cualquier homologación con oficiales de registro civil o de ministros de fe para actos ejecutados en el extranjero, no obstante lo

⁷⁸ GUZMÁN LATORRE, Diego, nota 77, pág. 464.

⁷⁹ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 297.

cual se hace necesario analizar este tema de enorme importancia en Derecho Internacional Privado. Para ello, la clásica distinción, de matrimonios celebrados en Chile y celebrados en el extranjero:

- En el caso de los matrimonios celebrados en territorio chileno, no hay dos opiniones: carece de validez legal el matrimonio celebrado en Chile ante agentes diplomáticos o consulares, no obstante que sean extranjeros los contrayentes y que su legislación nacional reconozca validez a los mismos. En Chile, el único matrimonio válido, es el que se celebra de acuerdo con la ley chilena. Así lo confirmó la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 28 de Agosto de 1934, en causa caratulada "Benois con Mettais", mediante la cual se confirmó la sentencia de primera instancia que declaró nulo un matrimonio celebrado en Chile, entre dos chilenos hijos de franceses, en dependencias de la Legación de Francia ante el Ministro de ese país en Chile. El Tribunal consideró que se debió cumplir con las leyes chilenas y no francesas como ocurrió en este caso⁸⁰.

- Tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero, es preciso subdistinguir si dicho matrimonio fue celebrado ante funcionarios chilenos o extranjeros.

(i) Funcionarios chilenos: "Si los funcionarios eran chilenos, el matrimonio en Chile carece de validez, pues la legislación nacional les niega dicha competencia, así, y atendiendo al hecho de que las facultades de un funcionario público chileno no pueden ser otras que las que le otorga la ley chilena, en conformidad al artículo 7° de la Constitución Política que sienta el conocido aforismo de que "en Derecho Público las autoridades sólo pueden hacer aquellos actos para los que están expresamente facultadas", sancionando con la nulidad el exceso de atribuciones, y siendo los agentes diplomáticos o consulares funcionarios públicos, éstos están sujetos a esta disposición legal y, como al intervenir en calidad de oficial civil en la celebración de matrimonios se han excedido en sus atribuciones, los actos realizados más

⁸⁰ GUZMÁN LATORRE, Diego, nota 77, pág. 464.

allá de ellas, es decir, los matrimonios otorgados ante ellos, son nulos".⁸¹

La jurisprudencia nacional respalda esta afirmación. En efecto, así ha fallado la Corte Suprema en sentencia de 26 de Septiembre de 1953 en causa caratulada "Sepúlveda Godoy, Manuel con Santis, Genoveva", en la que acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto, declarando inexistente el matrimonio celebrado ante cónsul de Chile en París por considerar que dicho funcionario carecía de competencia para intervenir en la celebración, de acuerdo con la normativa imperante a la fecha.⁸²

El tema, sin embargo, se hace un poco más engorroso si el ordenamiento extranjero les reconoce a los funcionarios extranjeros dicha atribución, pues en este caso la aplicación del principio "*lex locus regit actum*" parece exigir el reconocimiento de su validez. A pesar de ello, la doctrina nacional se inclina por negarles valor, fundado en que la atribución de competencias a los funcionarios públicos es una cuestión de derecho público, respecto de la cual el ordenamiento extranjero no puede intervenir, debiendo en cambio aplicarse la legislación nacional, para asignarles o denegarles valor a estos matrimonios.

(ii) Funcionarios extranjeros: Por su parte tratándose de funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros, la cuestión se resuelve con arreglo al principio "*lex locus*", esto es, el matrimonio es válido en Chile sólo si la legislación del lugar de celebración les reconoce validez a los matrimonios celebrados ante esta clase de funcionarios.

9.- LEY APLICABLE A LOS REQUISITOS DE FONDO O INTRÍNSECOS DEL MATRIMONIO.

En este punto es preciso referirse a la definición de la legislación aplicable en lo concerniente a las exigencias de fondo, o requisitos internos del matrimonio.

⁸¹ GUZMÁN LATORRE, Diego, nota 77, pág. 465.

⁸² GUZMÁN LATORRE, Diego, nota 77, pág. 466.

a) Derecho Comparado.

En la legislación comparada, las exigencias internas que regularmente encontramos pueden resumirse en la diferencia de sexo de los contrayentes, en la ausencia de error o fuerza que vicien el consentimiento, y en la falta de impedimentos.

El primer requisito, sin embargo, no tiene ya la característica indispensable y absoluta que tuvo hasta hace pocos años, puesto que hay países que aceptan el matrimonio entre homosexuales, por ejemplo, Holanda, incluso en Estados Unidos.

Los impedimentos también se refieren a distintos aspectos tales como la edad mínima, que varía entre los 12 y los 21 años; al parentesco; a cierto tipo de enfermedades; a la impotencia; o incluso a la diferencia de religiones, como se contempla en los derechos hebreo y musulmán.⁸³

Los contrastes que existen entre las diversas legislaciones acerca de los requisitos de fondo del matrimonio, imponen la necesidad de determinar la legislación que se va a aplicar a dichos requisitos.

En cuanto a la legislación aplicable en esta materia hay países que regulan los requisitos de fondo del matrimonio por la ley personal de los esposos, y otras que se remiten a la ley del lugar de celebración. Los primeros se basan ya sea en la nacionalidad, como Francia, Alemania, Portugal, Austria y Suecia, o en el domicilio de los contrayentes como Inglaterra, Austria y Canadá. Si estos factores de conexión son distintos, se aplica a cada uno de los cónyuges su propia ley personal.

En todos estos eventos, sin embargo, la vigencia de la ley personal puede ser limitada cuando vulnera el orden público local. Tal cosa ocurre por ejemplo, si la ley personal prohíbe el matrimonio por diferencias de raza o religión.

Otro tanto ocurre cuando en el caso de un divorcio vincular, reconocido por el derecho local, no lo es por la ley personal de alguno de los cónyuges, que sigue

⁸³ GUZMÁN LATORRE, Diego, nota 77, pág. 466.

considerando al vínculo respectivo como no disuelto; en este caso, el derecho local puede desconocer este impedimento para el matrimonio, por razones de orden público. Por el contrario, y con el mismo fundamento, el país que no acepte la poligamia puede impedir que se casen en esa forma, en su territorio, las parejas facultadas para ello por su ley personal. La ley del lugar de celebración se aplica en varios países de América Latina, en EEUU, China, Suiza, Rusia, India, etc.

El Código de Derecho Internacional Privado, en lo que a esto respecta, sujeta a los contrayentes a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paternos, a los impedimentos y a su dispensa.

Por su parte, los *Tratados de Montevideo de 1940*⁸⁴, disponen que la capacidad para contraer matrimonio, las formalidades y la validez del acto, se rigen por la ley del lugar de su celebración; pero cualquier Estado contratante puede negarse a reconocer el matrimonio celebrado en otro de ellos, en los casos en que no se respeten sus reglas relativas, entre otras, a la edad mínima, al parentesco o al matrimonio anterior no disuelto.

10.- SISTEMA CHILENO.

La nueva Ley de Matrimonio Civil posee características inéditas en relación con su antecesora; por mencionar un ejemplo, en lo que concierne a las solemnidades no se limitó a establecer que la competencia de la ley del lugar de celebración del matrimonio comprende los requisitos de fondo del mismo sino que agregó expresamente ciertas novedades; en el marco de la ley antigua ello pudo inferirse sin mayores dificultades de su texto. En efecto, la solución contemplada en el nuevo estatuto legal, es similar a la contenida en el estatuto derogado, esto es, que la ley competente tratándose de requisitos internos del matrimonio también es la ley del

⁸⁴ Suscritos el 19 de marzo de 1940 y que tratan diversas materias de Derecho Internacional Privado, aprobados en Chile en el año 1960 bajo el gobierno de don Jorge Alessandri Rodríguez.

lugar de celebración de éste. Así se desprende del artículo 80 inciso 1° de la nueva ley. Por tanto, y tal como ocurría en la ley anterior, cualquiera fuese la nacionalidad de los contrayentes, el matrimonio celebrado en Chile sólo se considerará válido si se ha cumplido íntegramente con lo prescrito en la ley nacional en materia de requisitos de fondo. Por otra parte, el matrimonio celebrado en el extranjero para ser considerado válido en Chile, deberá haber cumplido, en principio y por regla general, únicamente con los requisitos de fondo exigidos por la ley extranjera, debiendo reconocerse efectos al mismo en nuestro país, incluso en el evento de que no se cumplan a su respecto las exigencias prescritas por el ordenamiento jurídico chileno.⁸⁵

Sin perjuicio de lo expresado, la norma en referencia que da lugar a la íntegra aplicación de la ley extranjera en lo referente a los requisitos de fondo del matrimonio, tiene sus excepciones y es precisamente en este ámbito donde la nueva ley saca ventajas.

11.- EXCEPCIONES A LA REGLA "lex locus regit actum".

En muchas situaciones la aplicación en estricto rigor de la regla que la ley del lugar rige el acto, se contrapone con las rigideces y exigencias de nuestro propio sistema. He aquí los casos.

a) Exigencia de la unión de un hombre y una mujer.

La nueva Ley de Matrimonio Civil, en su artículo 80 inc. 1°, establece una norma de carácter imperiosa, que se alza como una regla excepcional a la solución genérica y que consiste en que un matrimonio para producir efectos en nuestro país, únicamente debe consistir en la unión de un hombre y una mujer, sea cual fuere el lugar en que el matrimonio se hubiera celebrado y sin tomar en cuenta para nada la nacionalidad de aquellos que lo han contraído. De esta forma no se podrá invocar en Chile y no producirá efecto

⁸⁵ GUZMÁN LATORRE, Diego, nota 77, pág. 467.

alguno, el matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo, aun cuando en el país de su celebración sea considerado válido.

El antiguo estatuto matrimonial chileno no contemplaba una disposición como la que se comenta, no obstante lo cual la jurisprudencia de nuestros Tribunales había llegado a idéntica conclusión. En efecto, nuestra Corte Suprema adoptó el mismo criterio por medio de la interpretación de una de las limitaciones a la aplicación de la ley extranjera que analizáramos en el segundo capítulo de esta Memoria, esto es, el orden público. Este principio implica que, una vez determinado por el juez de foro, que de conformidad con las normas de conflicto de su propio ordenamiento una cuestión relativa al tráfico externo debe ser resuelta aplicando el derecho extranjero, dicho juez constata que el contenido de esa legislación aplicable no contraviene de algún modo el orden público, porque en ese caso podrá rechazar la aplicación de esas normas. Con lo cual se ha sostenido que un matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo no puede ser reconocido en Chile, cualquiera sea el valor que se le atribuye en el país en que se contrajo⁸⁶.

De esta manera, la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena, al llevar a su contenido una disposición como la que se analiza, no ha hecho otra cosa que explicitar un principio de orden público presente en nuestro ordenamiento aún antes de su emisión, cuestión que contribuye, quizás, a evitar discusiones en torno a su incierto contenido. Igualmente es necesario hacer presente que la anterior inclusión no debe ser considerada como una restricción a la posibilidad que el juez estime que el contenido de otras normas de legislación extranjera, diferentes a las que admitan matrimonio entre personas del mismo sexo, contravienen el orden público chileno. “Una interpretación en este sentido sería completamente ajena a los fundamentos que motivaron la incorporación de la norma, así como la noción misma de orden

⁸⁶ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 301.

público, en particular a la indeterminación y variabilidad de su contenido".⁸⁷

La agregación explícita de esta normativa, se justifica porque en nuestro país se considera al matrimonio en su esencia, como la unión de un hombre y una mujer, y no permite ningún otro tipo de unión. Esto está íntimamente relacionado con los fines del matrimonio, principalmente procrear y formar una familia, y la unión de personas del mismo sexo no puede conseguir ese fin, o por lo menos el de procrear. Así, por tanto, en nuestra legislación se excluyen las uniones poligámicas y las uniones homosexuales.

b) Matrimonios poligámicos.

En su sentido exacto, la "poligamia" implica el matrimonio de un varón con varias mujeres; por su parte, "poliandria" es la unión matrimonial de una mujer con varios maridos⁸⁸.

En aquellos países en que la religión musulmana está fuertemente arraigada, se permite la poligamia, eso sí, sujeta a variadas condiciones que la hagan factible, como por ejemplo: matrimonio poligámico con un máximo de cuatro mujeres; y que todas tienen el mismo tratamiento que la primera.

Culturalmente se ha venido en explicar el fenómeno de la poligamia desde la perspectiva demográfica, como un fenómeno relacionado con la densidad poblacional. En efecto, pues debido a costumbres religiosas, se permite la poligamia en atención a que el número de mujeres es superior al número de hombres, y por tanto, si las mujeres quisieren formar familia, y estar acompañadas por un marido, ese marido debe ser compartido por varias mujeres. Hemos encontrado al respecto esta opinión: "La solución que ofrece el Islam, a este respecto, es el permiso para que el hombre infeliz e insatisfecho contraiga matrimonio por segunda vez, y viva con su nueva esposa abiertamente y de modo responsable,

⁸⁷ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 301.

⁸⁸ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 301.

cumpliendo igualmente sus obligaciones con la primera mujer y con la segunda. El Islam sugiere esta solución porque no puede tolerar nunca la hipocresía en las relaciones humanas. No puede aceptar como lícita y moral la actitud de un hombre casado por la ley con una mujer y que mantiene, en realidad, intimidades y relaciones secretas ilimitadas. Por otra parte, se opone frontalmente al adulterio y no puede disculparlo.”⁸⁹

Varios autores de ascendencia y raíz islámica, han esgrimido diversos argumentos en defensa de la poligamia, entre ellos citamos la siguiente opinión: “Comentario legal sobre la poligamia en el Islam” señala: “Por tanto, percibimos con claridad que la poligamia no contradice ni anula el principio general islámico de igualdad y no discriminación entre sexos, sino que lo apoya y lo desarrolla, haciéndolo real, y ello porque si las mujeres musulmanas carecieran de esta posibilidad, quedarían en una situación social que limitaría severamente sus posibilidades de realizar sus necesidades naturales (biológicas) y sus derechos humanos fundamentales, tales como los matrimoniales y el derecho a formar un hogar donde ser esposa, madre y señora”.⁹⁰

Una visión de la realidad comparada en el Derecho Internacional, nos arroja como conclusión ineludible que muy pocos países permiten estos tipos de matrimonios, ya que con la permisión de la poligamia, se va en un sentido contrario a lo que es la esencia del matrimonio, esto es, la unión entre un hombre y una mujer, y no de un hombre con varias mujeres, aunque esto, claro está desde nuestra visión occidental del tema. La poligamia se opondría así, a la igualdad entre hombres y mujeres, y en una dimensión valórica, incluso podemos considerar que ofendería a la dignidad de la mujer.

La otra forma de matrimonio plural que hemos indicado, la Poliandria, esto es, una mujer que se vincula matrimonialmente con varios hombres, es ilegal en casi todas las legislaciones del orbe. En la actualidad sólo se

⁸⁹ Artículo “La Poligamia en el Islam. “Un permiso condicional y no un artículo de fe ni una cuestión de necesidad”. Página Web <http://usuarios.lycos.es/nurislam/Poligamia.html>.

⁹⁰ AL HUSEINI, Saleh, “Comentario legal sobre la poligamia en el Islam”. Revista Verde Islam año 1995. Página Web www.webislam.com

continuaría celebrando en algunas regiones del Tíbet y Asia Central.⁹¹

En nuestro país, no hay discusión alguna que estas fórmulas matrimoniales no son reconocidas ni validadas, por contravenir lo que la Corte Suprema ha denominado Orden Público Familiar y por no ajustarse a la calificación jurídica del matrimonio que es de carácter monogámico, según la definición del art. 102 del Código Civil.

Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 80 de la Nueva ley de Matrimonio Civil reconoce validez al matrimonio celebrado en país extranjero cuando se celebra en conformidad con las leyes del mismo país, y produce en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, agrega “siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer”.⁹²

c) Matrimonios homosexuales y uniones bisexuales.

Aparece hoy en día como habitual reconocer la existencia, en varios países del orbe, de uniones matrimoniales basadas en la unión de personas del mismo sexo, vínculo que presenta muchos puntos en común con el matrimonio tradicional. Aunque no todos los países han calificado estas uniones como matrimonios, sí se han preocupado por sus consecuencias jurídicas (en algunos países se las denomina simplemente “uniones civiles”). No es menor el tema en Derecho Internacional Privado, ya que estas uniones civiles, no teniendo el carácter de “matrimonio” podrían tener efecto y validez en Chile, cuando se celebren estos contratos con apego a las leyes de su país.

Vínculos de esta especial categoría se reconocen como verdaderas uniones en varios países, tales como Suecia, Islandia, Noruega, Hungría, Dinamarca, y algunos estados de los Estado Unidos de Norteamérica; sin embargo, no es raro encontrar ciertas limitaciones importantes como es el hecho de que no puedan los contrayentes adoptar a un menor. Sin

⁹¹ AL HUSEINI, Saleh, idem nota 90.

⁹² AL HUSEINI, Saleh, idem nota 90.

embargo, si se le reconocen determinados efectos como lo relativo a los derechos provenientes de un seguro social que se otorga en beneficio de la pareja sobreviviente, como si se tratara de un viudo o una viuda. Respecto de Chile, digamos que se debe tener presente que el Derecho Interno no contempla ni menos regula esta clase de uniones, por lo que un juez chileno podrá desconocerlas fundado en el orden público interno, como también, según el profesor Aldo Monsalvez, “debería considerar la calificación jurídica de la uniones conyugales o matrimoniales, las que deben efectuarse vía *lex fori* por mandato del Artículo 5° del Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, que corresponde a que la unión debe ser entre un hombre y una mujer; como por lo demás, lo exige el artículo 80 de la Nueva Ley de matrimonio Civil. Esta calificación prevalece a la territorial o la establecida por la legislación del país de origen o de donde procede la unión”.⁹³

Los diversos autores estiman que lo señalado, no debería convertirse en una barrera para aceptar algunas consecuencias jurídicas derivadas de la unión homosexual, legalmente reconocida por la legislación extranjera, y admitir que la parte sobreviviente pudiese recibir una pensión o los derechos de sucesión previstos para el cónyuge sobreviviente por el derecho local. Ello constituye una de las manifestaciones del denominado “efecto reflejo” del orden público, también conocido como “efecto atenuado” del orden público, según el cual la institución propiamente tal no es reconocida por contrariar la moral, valores o cultura (como ocurre con los matrimonios poligámicos), pero que por justicia se aceptan determinados derechos como la obligación alimenticia.⁹⁴

Conforme lo que se ha venido expresando, aparece que la mayoría de los sistemas jurídicos aceptan solo el matrimonio monogámico, entre un hombre y una mujer, rechazando, por consiguiente, las uniones homosexuales. Para ellos, el

⁹³ MONSALVEZ MULLER, Aldo, “Derecho Internacional Privado”, Universidad internacional SEK, Santiago, 2006, pág. 153.

⁹⁴ YAÑEZ ROJAS, Eugenio, “Moral Social, no sexual: un par de comentarios”, año 2005, en www.uai.cl/prontus_uai

matrimonio se concibe como el núcleo central de la familia teniendo por finalidad la procreación y preservación de la especie humana, lo que no es posible obtener con las uniones unisexuales (excepción hecha de los métodos asistidos de fertilización). La cultura cristiana occidental inspira, en estos países, el matrimonio monogámico.

Encontramos apoyo jurisprudencial para esto que se viene analizando. En efecto, nuestra Corte Suprema se pronunció sobre esta materia en el considerando N°8 de la sentencia del 14 de Diciembre de 1992, en la que expuso la siguiente consideración: "Que sin perjuicio de lo antes señalado, es de toda evidencia que no pueden reconocerse en Chile aquellos matrimonios que contravengan el orden público chileno, cualquiera que sea el valor que se les atribuya en la legislación del país en que se contrajo. Así, por vía de ejemplo, en Chile no podrá invocarse respecto de una persona residente en Chile un matrimonio múltiple (bigamia) o contraído por personas del mismo sexo, puesto que ello vulnera la esencia de esta institución e introduce un factor de desquiciamiento en la constitución de la familia dentro de la concepción judeo-cristiana que inspira nuestra legislación sobre la materia".⁹⁵

12.- MATRIMONIOS NULOS POR HABER SIDO CELEBRADOS CON VIOLACIÓN DE IMPEDIMENTOS DIRIMENTES.

La regla fundamental en esta materia está dada por lo que dispone al efecto el inc. 2° del artículo 80 de la nueva Ley de Matrimonio Civil, que indica que son aplicables a los matrimonios celebrados en el extranjero las exigencias impuestas por los artículos 5, 6 y 7 de la misma ley. Se trata de la aplicación extraterritorial de la ley chilena, en lo relacionado a los llamados impedimentos dirimentes, en lo que constituye una importante atenuación de la aplicación del principio "*lex locus regit actum*". Al respecto, cabe señalar que la doctrina nacional distingue entre impedimentos dirimentes e impedimentos prohibitivos, los primeros importan

⁹⁵ YAÑEZ ROJAS, Eugenio, *idem* nota 94.

la anulación del matrimonio, mientras que los segundos impiden a la persona en quien concurre contraerlo lícitamente, pero no obstan a su validez una vez contraído, acarreando otro tipo de sanciones. En efecto, la aparente amplitud de la solución prevista por el legislador en el inciso 1° de la norma comentada, viene a ser restringida por esta disposición, pues el matrimonio celebrado en el extranjero sólo producirá efectos en Chile si, además de cumplir con la legislación del lugar de su celebración, los cónyuges lo han contraído libres de cualquiera de los impedimentos que la legislación nacional contempla. El fundamento de la aplicación extraterritorial de la ley chilena nuevamente es el orden público. El legislador consideró que la celebración de un matrimonio en que alguno de los contrayentes se encuentre afectado por algún impedimento, es contrario al orden público familiar, razón por la cual su validez debe ser rechazada, incluso si ella es inobjetable de acuerdo con el ordenamiento del lugar de su celebración⁹⁶.

Dicha referencia excepcional, también era posible hallarla en el antiguo estatuto especial matrimonial, aunque de una manera diversa. En efecto, el artículo 15 N° 2 de la Ley de 1884 disponía: *"... si un chileno o chilena contrajere matrimonio en país extranjero contraviniendo a lo dispuesto en los artículos 4°, 5°, 6° y 7° de la presente ley, la contravención producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere cometido en Chile."*

Las modificaciones en torno a su establecimiento alteran, en ciertos aspectos, la fundamentación dada por los comentaristas de la ley antigua en relación con tres materias que han sido objeto de controversia, las que analizaremos a continuación:

(i) El primer caso se relaciona con la situación de aplicabilidad de las normas relativas a los impedimentos dirimentes, a un matrimonio celebrado en el extranjero entre un chileno soltero y un no nacional divorciado. Al respecto, las opiniones en doctrina se encuentran divididas, algunos consideran que tal matrimonio es nulo por aplicación del

⁹⁶ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 303.

artículo 15 inciso 2° de la antigua ley, el que en su opinión no distinguía en qué cónyuge debía concurrir el impedimento y el artículo 120 del Código Civil, cuyo contenido obstaba a la disolución de un matrimonio en el extranjero cuando tal no habría sido posible conforme a la legislación chilena. Sin embargo, la opinión mayoritaria se pronunciaba sobre la validez del matrimonio, fundado en que el artículo 15 en su inciso 2° se refería expresamente al chileno, quien en el supuesto comentado es soltero, así como en la circunstancia que el extranjero, con arreglo a la legislación aplicable, también lo es, sin que proceda a su respecto aplicar la ley chilena.⁹⁷

Claro está que la discusión hoy en día es meramente dogmática, ya que la agregación en la Ley 19.947 del divorcio como causal de terminación del matrimonio, y la consiguiente derogación del artículo 120 del Código Civil suprimen toda controversia en esa materia.

Más allá de lo que se ha indicado, es posible considerar que la modificación en materia de aplicación de los impedimentos dirimentes, al matrimonio celebrado en el extranjero, por parte de la Ley 19.947, amplía el campo de aplicación de tales exigencias. Al permitir la declaración de nulidad del matrimonio que se celebra en el extranjero contraviniendo la reglamentación respectiva, se está haciendo aplicable la ley chilena con prescindencia de la nacionalidad de los cónyuges, lo que conduciría a sostener que la referida aplicación extraterritorial procede incluso tratándose de un matrimonio celebrado entre extranjeros, supuesto no comprendido en los términos de la antigua ley. Ciertamente que las críticas relativas a la excesiva pretensión territorial del legislador chileno en esta materia pueden intensificarse a partir de una interpretación como ésta, no obstante se cree que ése es el sentido y alcance que debe darse a la norma en estudio.

(ii) Otra materia objeto de discusión y controversia es que la nueva Ley de Matrimonio Civil no contiene disposiciones que permitan dilucidar la aplicación al chileno

⁹⁷ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 303.

que se casa en el extranjero, de los impedimentos impedientes o prohibiciones. Siendo así, una parte de la doctrina considera que, no obstante referirse la norma a disposiciones que contienen impedimentos dirimentes, tratándose de matrimonios celebrados en el extranjero en que uno o ambos cónyuges sean chilenos, debe aplicarse también a éstos últimos las normas relativas a los impedimentos impedientes o prohibiciones. La razón principal es la aplicación extraterritorial de la ley nacional a los chilenos en el extranjero, dispuesta por el artículo 15 N° 1 del Código Civil, cuando habla de "en lo relativo al estado de las personas", referencia que se ha entendido hecha al estado civil, y que incluiría toda la regulación relativa al matrimonio en cuanto acto jurídico constitutivo del estado civil de casado, comprendiéndose en ella las prohibiciones establecidas por el Código Civil.

Algunos autores como, el profesor Ramón Ramos Pazos, agregan como fundamento lo dispuesto por el artículo 36 del Código de Bustamante "Los contrayentes estarán sujetos a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paterno, a los impedimentos y a su dispensa". Por el contrario, quienes sostienen que dicha interpretación es errada, argumentan que el artículo 15 del Código Civil cede, por aplicación del principio de especialidad, ante lo dispuesto por el artículo 15 (actual 80 de la Nueva Ley).

(iii) Por último, en lo que se refiere al tercer aspecto de controversia en la antigua ley de matrimonio civil, esto es, la aplicación o no en el extranjero del impedimento que afecta el matrimonio entre adoptante y adoptado, de conformidad con artículos 27 de Ley N° 7.613 y 18 de la Ley N° 18.793, el problema se plantea porque el artículo 15 de la antigua ley hacía aplicable únicamente los impedimentos contenidos en los artículos 4° a 7° de la misma ley, sin resolver la situación de impedimentos como los mencionados, consagrados en otros textos legales. Somarriva era de opinión que la omisión (que en realidad no es tal puesto que la leyes de adopción mencionadas son posteriores a la matrimonio civil) se salva aplicando el artículo 15 del Código Civil,

conforme al cual los impedimentos que la ley chilena contempla en materia de adopción son también aplicables al chileno que contrae matrimonio en el extranjero⁹⁸.

En este sentido, hay que tener claramente presente, que los estatutos legales adoptivos antes individualizados, fueron derogados por la ley 19.620, que entró en vigencia el 27 de Octubre de 1999, y que suprimió toda forma de adopción no constitutiva de estado civil, de manera que actualmente los adoptados estarán siempre comprendidos en el impedimento relativo a los descendientes. Con todo la Ley 19.620 mantuvo la vigencia de las normas contenidas en las leyes derogadas, en lo tocante a los efectos de la adopción. Es relevante el inciso final del artículo 6 de la nueva Ley de Matrimonio Civil, en el que se contiene el impedimento de parentesco, en el sentido de disponer que "Los impedimentos para contraerlo (matrimonio) derivados de la adopción se establecen por las leyes especiales que la regulan".

Siendo así, es posible estimar con mucho fundamento, que la ley antes comentada ha agregado al artículo 6° de la Ley 19.947, por vía de la remisión, los impedimentos contenidos en las leyes 7.613 y 18.703, con lo cual deben entenderse comprendidos entre aquellos cuya infracción hace procedente la declaración de nulidad de un matrimonio celebrado en el extranjero, de conformidad con la ley chilena, en los términos previstos por el artículo 80 inciso 2° de la nueva ley.

13.- MATRIMONIOS CELEBRADOS SIN CONSENTIMIENTO LIBRE Y ESPONTÁNEO.

El último inciso de la disposición legal que venimos analizando, esto es, del artículo 80 de la Ley 19.947, viene a desconocer eficacia en nuestro país a los matrimonios celebrados en el extranjero en que falte el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes. Señala: "Tampoco valdrá en Chile el matrimonio que se haya contraído en el

⁹⁸ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, "Derecho de Familia", Editorial Jurídica de Chile, 1963, pág. 74.

extranjero sin el consentimiento libre y espontáneo de los contrayentes”.

La historia fidedigna del establecimiento de esta disposición legal, aporta antecedentes de interés. En efecto, esta norma, que constituye una novedad, fue incorporada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, sobre la base de la propuesta presentada por el profesor Barros, quien la incluyó teniendo en consideración que en algunos sistemas jurídicos es admitido el matrimonio celebrado sin la intervención de la voluntad de alguna de las partes. Al igual que lo señalado precedentemente a propósito de la diferencia de sexos, se estima que se trata de la explicitación de una exigencia que, aún habiendo siendo contemplada en forma expresa, era igualmente aplicable. En efecto, la concurrencia de la voluntad de los contrayentes manifestada sin mediar coacción, es un requisito que de no cumplirse respecto de un matrimonio celebrado en el extranjero, incluso en el evento que la legislación del lugar no lo exigiere, autoriza al juez del foro a negarle validez en Chile, por oponerse al orden público. Por lo anterior, lo señalado en materia de diferencia de sexos, en relación con las consecuencias que se siguen de incluir una exigencia derivada de la aplicación de un principio de orden público, resulta plenamente aplicable a esta materia. En relación con este requisito, se estima que la determinación de su concurrencia deberá efectuarse con arreglo a lo dispuesto por el artículo 8° de la Ley 19.947, pues ese es, precisamente el contenido que a esta exigencia de orden público se da en nuestro ordenamiento.⁹⁹

a) Consentimiento libre y espontáneo.

Por “consentimiento” debemos entender lo que naturalmente comprendemos en base a este concepto en el ámbito jurídico, es decir, una concurrencia de voluntades alcanzada de manera libre y espontánea. De igual manera, los contrayentes, deben tener capacidad para decidir y obrar en

⁹⁹ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 305.

forma consciente, respecto del matrimonio. La importancia que tiene la voluntad de los futuros cónyuges, es el que los une un fin común que es, precisamente, contraer matrimonio, procrear, formar una familia, y en definitiva, lograr todos aquellos objetivos que persigue el vínculo matrimonial. La ley de matrimonio civil, expresa que el consentimiento debe ser libre y espontáneo y que se debe tener una voluntad seria y responsable.

La circunstancia de libertad del consentimiento, implica que el mismo debe estar desligado de todo tipo de presiones y que en el ámbito mental la decisión es verdadera y real. Esta determinación nace del convencimiento interno y propio de la persona, para llegar a unirse en este vínculo matrimonial sin restricciones. La voluntad espontánea, se refiere a que la decisión que se tome, no se vea dirigida por una situación predeterminada, es decir, que no este sometida a ningún tipo de vicio¹⁰⁰. Lo anterior se desprende de la Convención de 1964, que se pronunció precisamente sobre esta materia, es decir, sobre el consentimiento para el matrimonio.

b) Convención de 1964 sobre el consentimiento para el matrimonio.

La trascendencia del consentimiento en el ámbito matrimonial, específicamente en cuanto a su celebración, es incuestionable. Incluso existe una convención especializada en este tema, que es de 1964 y fue ratificada por Chile en ese mismo año. En su artículo 1º señala: “No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y ante testigos, de acuerdo con la ley”.¹⁰¹

Este principio normativo internacional, encuentra su desarrollo interno en el artículo 2 de la nueva Ley de

¹⁰⁰ El consentimiento libre y espontáneo tiene íntima relación con el “ius conubii” del derecho romano que es la capacidad jurídica para celebrar las justas nupcias.

¹⁰¹ Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y registro de los matrimonios. Entrada en vigor 9 de Diciembre de 1964. Página web <http://www2.ohchr.org/spanish/law/matrimonio.htm>

Matrimonio Civil cuando señala: “La facultad de contraer matrimonio, es un derecho esencial inherente a la persona humana”, es decir, en nuestro sistema jurídico, el *ius conubii* es visto, como un derecho inherente a la persona humana, si tiene edad para ello. El *ius conubii* de derecho pasa a transformarse en una facultad o mejor dicho, en una libertad, al reconocerlo como una libertad fundamental de la persona humana¹⁰². Por tanto, la relación del *ius conubii* con el consentimiento, se da porque al ejercer dicha libertad se está expresando la voluntad libre y espontánea de las personas que contraen matrimonio y también aquellos que no lo contraen al negarse a tal acto.

Lo verdaderamente trascendental en todo esto, es el hecho que el acto matrimonial carecerá de valor ante la ley en caso que los contrayentes no expresen la voluntad de aceptar el vínculo en forma plena y libre. Así vemos, que la voluntad no puede faltar en la celebración del matrimonio y que se debe expresar ante el funcionario correspondiente, según lo establezca cada país con sus propias regulaciones.

¹⁰² BARRIENTOS, Javier, “Nuevo derecho matrimonial chileno: ley número 19.947: celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, pág. 193.

CAPÍTULO TERCERO:
"DERECHO APLICABLE A LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO"

14.- EFECTOS DEL MATRIMONIO.

Cuando se habla de los efectos de algún acto o contrato, se pretende analizar el conjunto de derechos y obligaciones que nacen para las partes, en la especie, para ambos cónyuges como consecuencias del matrimonio, entre los cuales se pueden distinguir:

Los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges: llamados también relaciones personales, caracterizado por un contenido preponderantemente no patrimonial, entre ellos se incluyen deberes como el de fidelidad, socorro, ayuda mutua o asistencia, respeto recíproco, protección recíproca, auxilio y expensas para la litis, y derecho y deber de vivir en el hogar común.

El Régimen matrimonial o régimen de bienes del matrimonio: efecto o consecuencia de contenido claramente patrimonial, entendido como "el estatuto jurídico que regula los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y sus relaciones con terceros".

La filiación matrimonial.

Los derechos hereditarios.

Trasladando estos temas al ámbito del Derecho Internacional Privado, interesa determinar la ley aplicable a tales efectos, es decir, suponiendo la existencia de un matrimonio válido, determinar conforme a qué legislación el juez del foro deberá resolver las controversias que se sometan a su decisión y que se refieran a alguno de estos derechos u obligaciones.

De esta manera, resulta indispensable definir y cuestionarse si, tratándose de un matrimonio de extranjeros celebrado en el extranjero, que luego llegan a domiciliarse en Chile, el régimen matrimonial existente entre ambos será el contemplado por la legislación nacional o por una extranjera; o si las infracciones al deber de fidelidad entre cónyuges chilenos que se hayan casado en Chile, pero se

encuentren viviendo en el extranjero, deben ser ponderadas de acuerdo a la ley chilena o extranjera.

Como hemos venido observando, la nueva Ley de Matrimonio Civil chilena, consagra disposiciones de conflicto en materia de derechos y deberes de los cónyuges y régimen matrimonial. El criterio de conexión escogido por el legislador en la nueva ley es el lugar de celebración del matrimonio, por ende la regulación se estructura sobre la base de la distinción entre matrimonios celebrados en Chile o en el extranjero.

Siendo así, se pasará a estudiar a continuación la manera de solución prevista en materia de efectos personales, como el deber de fidelidad, y patrimoniales, como el régimen matrimonial, sobre la base del criterio adoptado por el legislador.

15.- MATRIMONIOS CELEBRADOS EN CHILE.

Según lo que establece el actual artículo 81 de la nueva Ley de Matrimonio Civil, "Los efectos de los matrimonios celebrados en Chile se regirán por la ley chilena, aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile", la redacción amplísima de la norma comentada, que no distingue entre efectos personales y patrimoniales, y que lo dicho se aplica aun si los cónyuges son extranjeros y residen en el extranjero.

Es preciso considerar que la incorporación en el contexto de la nueva normativa de esta disposición, ha venido a llenar un vacío en esta materia, pues la antigua ley no contenía disposición alguna que se refiriera, de manera explícita, a la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que a pesar del vacío, la doctrina afirmó que, por la vía de interpretación de artículo 14 del Código Civil y 15 inciso 1° de la antigua Ley de Matrimonio Civil, debía concluirse que la ley aplicable en Chile en lo relativo a los efectos personales del matrimonio era la ley chilena, sea que el matrimonio hubiera sido celebrado en nuestro país o en el extranjero y sin consideración a la nacionalidad de los cónyuges. Por lo demás, debe agregarse la posibilidad de

encontrarse en el supuesto del artículo 15 N° 2 del Código Civil, toda vez que ambos cónyuges hubieran sido chilenos, caso en el cual la ley nacional se aplicaría incluso si los cónyuges se encuentran domiciliados en el extranjero.

En lo que se refiere al contenido del artículo 81 de la Ley 19.947, es importante acotar su alcance, a fin de evitar una interpretación que desnaturalice su función de derecho internacional privado. Al realizar una primera lectura de la norma se podría interpretar que el legislador pretendió invadir el ámbito de la soberanía legislativa de terceros Estados, disponiendo la aplicación extraterritorial de la ley chilena siempre que se trate de un matrimonio celebrado en Chile. De esta forma, un matrimonio de extranjeros celebrado en nuestro país, por este solo hecho, del lugar de celebración del mismo, quedaría vinculado a las normas patrias chilenas, imponiéndose a los jueces de aquellos Estados en que dichos cónyuges habitaren, la obligación de aplicar la ley chilena. Sin embargo, ésta no puede ser la correcta interpretación de lo prescrito en el mencionado artículo 81.¹⁰³

En el contexto del espíritu de la nueva ley, la circunstancia que el matrimonio se haya celebrado en Chile vincula de tal manera a esta relación jurídica con nuestro ordenamiento que, más allá de la nacionalidad de los cónyuges y de su actual residencia, dispone la aplicación del derecho chileno para la resolución por un juez nacional cualquier controversia relativa a los efectos personales emanados de aquella.

En síntesis, del enunciado literal de la norma en estudio se desprende que el legislador chileno impide que, tratándose de un matrimonio de extranjeros celebrados en Chile, se invoque posteriormente ante los tribunales nacionales un derecho extranjero, como podría ocurrir si los cónyuges, con posterioridad a la celebración del matrimonio, cambiaran su residencia a un país extranjero y, de conformidad a las normas de derecho internacional privado de ese país, los efectos del matrimonio se rijan por "la ley de

¹⁰³ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 309.

la nacionalidad de los contrayentes”, (ejemplo de lo anterior sería la ley italiana de derecho internacional privado, que hace aplicable a las relaciones personales entre cónyuges la ley nacional común o, si las nacionalidades son diferentes o hay más de una en común, la ley del Estado en la cual la vida conyugal se localiza de manera preponderante.) o se rijan por “la ley del domicilio efectivo”(como ocurre en caso de la legislación argentina, en la cual las relaciones personales se rigen por la ley del domicilio efectivo o, en caso de duda sobre éste, por la de su última residencia).¹⁰⁴

Por último, es preciso considerar que, no obstante lo claro que podría parecer, lo señalado en el artículo 81 de la nueva ley se torna relevante, precisamente en los supuestos de matrimonios celebrados en Chile en que uno o ambos cónyuges sean extranjeros, pues si ambos son de nacionalidad chilena, la aplicación de las leyes patrias en materia de efectos personales del matrimonio no puede ponerse en discusión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 N° 2 del Código Civil.¹⁰⁵

16.- MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO.

Previamente es útil considerar que originalmente el proyecto, contenía normas de conflicto acorde con las modernas tendencias del derecho internacional privado, sin embargo, durante su tramitación en el Congreso ellas fueron suprimidas, perdiendo de esta forma una oportunidad de acercar nuestro ordenamiento al estado actual de la disciplina.

Conforme a lo que se proponía en el proyecto original, se puede vislumbrar lo siguiente: “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley del domicilio común. Si los cónyuges residieren en países diferentes, se entenderá como domicilio común el lugar donde los cónyuges habitaron permanentemente con anterioridad, si uno de ellos conserva allí su residencia habitual. En defecto de estas reglas, se aplicará la ley de

¹⁰⁴ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 312.

¹⁰⁵ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 312.

la nacionalidad común de los cónyuges. Si no pudieren aplicarse las normas anteriores, las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges se regirán por la ley del país con el que éstos estén o hayan estado más cercanamente relacionados, a estimación prudencial del tribunal”.

No obstante, el resultado final del nuevo cuerpo normativo en lo relativo a los derechos y deberes personales del matrimonio celebrado en el extranjero (incluyendo acá los efectos patrimoniales), fue que se prescindió de una regulación específica y detallada, como la señalada en la propuesta, que determinaba el derecho aplicable sobre la base de factores de conexión diversos, previstos en forma alternativa, mediante los cuales se pretendía hacer aplicable en este aspecto el ordenamiento con el que efectivamente se vinculara la institución matrimonial de manera más estrecha.

Entre los argumentos más trascendentes invocados por aquellos que no estaban de acuerdo con las disposiciones que finalmente no se agregaron, se encuentran: “la dificultad de aplicar la norma por su complejidad, derivada en especial de la existencia de factores de conexión múltiples y alternativos”, y “lo inconveniente que implicaría exigir al juez nacional la aplicación de un derecho extranjero, por la dificultad que significa estudiar legislaciones distintas a la propia”. Estos razonamientos demuestran un grado de desconocimiento en lo referido al método conflictual presente en el medio nacional, ignorándose que es consustancial a esta técnica de reglamentación de las relaciones jurídicas del tráfico externo la posibilidad de aplicación de un derecho extranjero. Por lo demás, una regulación como la propuesta no es desconocida en el derecho comparado. La disposición propuesta tiene sólo valor histórico, y la norma aplicable en Chile es otra, en desmedro de una adecuada regulación de los efectos del matrimonio celebrado en el extranjero”.¹⁰⁶

Siendo así, la institución en análisis se reglamentó en el ya mencionado artículo 80 inciso 1º, el cual dispone: “Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el

¹⁰⁶ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 313.

matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer."

Esta disposición, nos traslada hacia idéntica solución que se conseguía bajo la antigua ley, en el sentido que tratándose de un matrimonio celebrado en el extranjero, cualquiera sea la nacionalidad de los cónyuges, los efectos en Chile de tal matrimonio, se regirán por la ley nacional. Esta solución, se ve reafirmada, en el caso que ambos contrayentes sean chilenos, por lo prescrito en el artículo 15 del Código Civil:

"A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.

"2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos."

17.- ALIMENTOS.

En esta materia, se debe señalar que el artículo 82 de la nueva Ley de Matrimonio Civil, contiene una norma que, en el evento de encontrarse uno de los cónyuges domiciliado en Chile y el otro domiciliado o residente en el extranjero, asegura al cónyuge que detente la calidad de acreedor de la obligación alimenticia, la posibilidad de exigir su cumplimiento ante los tribunales chilenos y de conformidad con nuestra legislación. Esta disposición formó parte de la propuesta originalmente presentada, y en ese contexto, tuvo por finalidad facilitar el cobro de los alimentos debidos entre cónyuges, por la vía de la aplicación de un criterio expansivo de la jurisdicción y legislación chilenas, operando como correctivo a la flexibilidad adoptada al momento de determinar la legislación aplicable a los efectos del matrimonio. Efectivamente, de acuerdo con la propuesta original era posible que un juez chileno se viera en la obligación de aplicar la legislación extranjera en lo

relacionado a los efectos, incluido entre éstos la obligación de alimentos, y teniendo en cuenta que la regulación contenida en dicha legislación extranjera podría haber dificultado hasta la imposibilidad de obtener alimentos, se consideró conveniente contemplar la facultad, para el evento de encontrarse uno de los cónyuges domiciliado en Chile, de exigir alimentos ante los tribunales chilenos y de conformidad con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Se configuraba así una especie de derecho de opción, pues de acuerdo con el tenor literal de la norma, ésta no se oponía al ejercicio de la acción respectiva en el extranjero, en este caso de conformidad con la ley extranjera.

La finalidad que se tuvo en vista al agregar la norma señalada, carece de eficacia práctica bajo la vigencia del texto legal aprobado, pues al haberse eliminado el artículo 85, que contenía la propuesta original del proyecto en materia de efectos del matrimonio, desapareció también la posibilidad de aplicarse en Chile una ley que no sea la chilena en esta materia. En efecto, sea que el matrimonio se haya celebrado en Chile, por disponerlo el artículo 81 de la Ley 19.947, sea que haya sido celebrado en el extranjero, de acuerdo con la solución a la que ha arribado sobre la base del artículo 80 inciso 1° segunda parte, la legislación aplicable en materia de efectos es la chilena y, ciertamente, la única jurisdicción competente, la nacional. Todavía más, estimamos que la mantención del artículo en estudio introduce un factor de distorsión en el sistema de derecho internacional privado nacional, pues podría llevar a sostener, erradamente a nuestro parecer, que en el supuesto que contempla, sólo procede demandar ante tribunales chilenos y conforme a la ley chilena, si uno de los cónyuges registra domicilio en nuestro país, en circunstancias que una solución más acorde con los principios que inspiran el referido sistema exige solamente habitación en el territorio de la República. Por lo anterior, resulta aconsejable prescindir de la norma en comento, sin perjuicio de sugerir su pronta eliminación del texto de la ley, pues sin ella un cónyuge podrá de todos modos demandar en Chile los alimentos que el otro se encuentre obligado a proporcionarle,

independientemente del lugar en que hayan celebrado el matrimonio y de la nacionalidad de los contrayentes.¹⁰⁷

18.- RÉGIMEN DE BIENES.

En este párrafo analizaremos las normas de la nueva Ley de Matrimonio Civil, en lo tocante al régimen que regula los bienes.

a) Matrimonios celebrados en Chile. La disposición que rige al efecto es la del artículo 81 de la Ley 19.947, ya comentado a propósito de los efectos personales. De acuerdo con su tenor literal amplio, en esta materia es aplicable la ley chilena "aunque los contrayentes sean extranjeros y no residan en Chile". En consecuencia, por el hecho de contraer matrimonio en nuestro país, los cónyuges quedarán vinculados a la legislación nacional en lo tocante al régimen de bienes del matrimonio, sin que puedan pretender la aplicación por un juez chileno de normas extranjeras sobre el particular.

Esta solución, que no llama la atención tratándose de cónyuges chilenos, pues es plenamente concordante con el sistema del Código Civil en materia de estatuto personal (artículo 15 N° 2 Código Civil), resulta en cambio cuestionable ante supuesto de matrimonios en que uno o ambos cónyuges son extranjeros, pues de acuerdo con lo prescrito por la disposición comentada, éstos quedarán obligados por la ley chilena incluso si con posterioridad a la celebración del matrimonio trasladan su residencia a un tercer Estado. Siendo así, les quedaría prohibido, por ejemplo reemplazar el régimen patrimonial vigente al amparo de la ley chilena, por uno contemplado por la extranjera, circunstancia que puede encontrarse ampliamente justificada en la mayor vinculación de los cónyuges con el ordenamiento del Estado de su actual residencia y la escasa o la nula relación con el ordenamiento de nuestro país. Creemos que en esta materia se ha podido incluir una solución como la prevista en el sistema español, en el que se asegura la efectiva vinculación de los cónyuges con el ordenamiento que regirá los efectos de su matrimonio.

¹⁰⁷ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 317.

Así, el artículo 9 del Código Civil español prescribe lo siguiente “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio... Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de nacionalidad o de residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo de otorgamiento”.¹⁰⁸

Sin embargo, se debe considerar que esta forma de solucionar el tema, recoge la misma que la doctrina formulara bajo la vigencia de la antigua ley, fundándose para ello en el artículo 14 del Código Civil: “La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”, ante la ausencia de una disposición como el artículo 81 de la nueva ley. Con respecto a la posición doctrinal se estima que la solución propuesta era solamente aplicable a los matrimonios en que ambos cónyuges eran chilenos, por aplicación del artículo 14 si los cónyuges se encontraban actualmente en nuestro país, o del artículo 15 N° 2 en caso contrario, y en el caso de un matrimonio en que uno o ambos cónyuges eran extranjeros, esto último teniendo como fundamento la territorialidad de la ley chilena dispuesta por el mencionado artículo 14, la que como se desprende claramente de su tenor literal, en particular del empleo como factor de conexión del concepto de “habitación”, no resultaba aplicable si los cónyuges ya no se encontraban en el territorio de la República, circunstancia en la que habrían podido válidamente reemplazar el régimen de bienes adquirido de conformidad a la ley chilena, por otro contemplado por la legislación extranjera, sin que hubiera resultado lícito

¹⁰⁸ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 317.

desconocerlo en nuestro país. No obstante lo anterior, el artículo 81 de la Ley 19.947 impide una interpretación como la expresada anteriormente.

b) Matrimonios celebrados en el extranjero. En este particular aspecto la nueva ley de matrimonio civil en nada ha alterado la regulación existente bajo la vigencia de la antigua ley, que en todo caso no se encuentra contenida en la Ley de Matrimonio Civil, sino en el Código Civil. El artículo 135 inciso segundo del Código Civil, de acuerdo con su redacción actual "...Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyugal o régimen de participación en los gananciales, de lo que se dejará constancia en dicha inscripción" , constituye una norma de derecho internacional privado que, al menos en apariencia, no reviste carácter conflictual, pues no se limita a designar un derecho como competente para regular la materia, sino que contiene una solución de fondo aplicable de manera directa. Así, frente a la necesidad de determinar el régimen de bienes de un matrimonio celebrado en el extranjero, la disposición comentada prescribe que en nuestro país éste será el de separación total de bienes, salvo que los cónyuges inscriban ese matrimonio en Chile y pacten en ese acto sociedad conyugal o participación en los gananciales, en los términos indicados en dicha norma.

Sin embargo, si bien esta norma reviste en alguna medida un contenido material, es al mismo tiempo constitutiva de una regla de conflicto, pues al prescribir el régimen de bienes aplicable a esta especie de matrimonios, está de manera implícita ordenando a su respecto la aplicación de la ley chilena. Lo anterior toda vez que es evidente que cualquiera sea el régimen asignado o pactado, éste se regirá únicamente por la ley chilena.¹⁰⁹

La disposición del segundo inciso del artículo 135 del Código Civil debe ser entendida de acuerdo con su tenor literal, esto es que tratándose de un matrimonio celebrado en

¹⁰⁹ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 318.

el extranjero, cualquiera sea la nacionalidad de los contrayentes, el régimen de bienes legal de los cónyuges en Chile será el de separación total de bienes, reconociéndoles eso sí la posibilidad de sustituir dicho régimen por alguno de los dos restantes que nuestra legislación contempla. Sobre este punto cabe precisar que la inscripción requerida no constituye una exigencia para el reconocimiento de la validez del matrimonio, sino únicamente para permitir la sustitución del régimen legal previsto por la norma. Por ende, si un matrimonio no se ha inscrito en nuestro país, el produce plenos efectos, considerando a los cónyuges como separado de bienes.

Cabe hacer presente que algunos autores han sostenido que la disposición indicada es sólo aplicable cuando uno o ambos cónyuges sean extranjeros, atendido el hecho que siendo ambos chilenos la norma aplicable es el artículo 15 N° 2 del Código Civil, razón por la cual, la falta de un pacto contrario, el régimen de bienes de esos cónyuges sería el de sociedad conyugal. Sin ahondar en los argumentos a favor de esta posición, señalamos que el tenor literal del artículo 135 inciso segundo, así como su carácter especial respecto del artículo 15 (pues se refiere a un efecto en particular derivado de las relaciones de familia) conducen a refutar la interpretación mencionada. Es más, incluso de aceptar la aplicación del artículo 15 del Código Civil, podría sostenerse que la norma del artículo 135 inciso segundo del Código Civil es derecho nacional y no extranjero, quedando comprendida dentro del concepto de "leyes patrias", de la primera de las disposiciones aludidas.¹¹⁰

Por último, la norma del art. 135 modificada por la Ley 18.802 produjo inquietud de la doctrina en torno a dos cuestiones interpretativas: su aplicación a los cónyuges que han contraído matrimonio en el extranjero y se encuentran transitoriamente en nuestro país y el problema de la vigencia temporal del régimen matrimonial aplicable. En relación con el primero de los problemas, los autores se han pronunciado

¹¹⁰ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 319.

mayoritariamente por su aplicación, sea que los cónyuges pasen a domiciliarse o, al menos, residir en Chile.

Como argumento se esgrime el cambio de redacción de la norma, que suprimió la exigencia de “pasar a domiciliarse en Chile” con lo cual quedaría demostrada la intención del legislador de comprender en el supuesto de la norma a los llamados “extranjeros transeúntes”. A lo anterior debiera agregarse, el amplio alcance que en nuestro ordenamiento adopta el principio de territorialidad de la ley, consagrado en el artículo 14 del Código Civil, conforme al cual, salvo excepción expresa en contrario, la ley chilena se aplica a quienes se encuentran actualmente en territorio nacional un instante siquiera. Respecto a la segunda cuestión analizada, se reduce a determinar si el régimen aplicable como consecuencia de lo dispuesto por el artículo 135 inciso segundo del Código Civil, rige o no retroactivamente, esto es afectando las relaciones entre los cónyuges y respecto de terceros desde la celebración del matrimonio; o si por el contrario, tales efectos se producen sólo desde que los cónyuges han ingresado al territorio nacional o desde que han celebrado el pacto de sociedad conyugal o participación en los gananciales, en su caso.

Estimamos como correcta la posición mayoritaria, que rechaza la aplicación retroactiva del régimen, por considerar que no existe fundamento legal que la justifique, teniendo en consideración el carácter excepcional que se reconoce a este alcance del efecto temporal de la ley.¹¹¹

19.- TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO.

Cuando se habla de “terminación del matrimonio”, se debe considerar la finalización del vínculo matrimonial ocurrida como consecuencia de la muerte real o presunta de uno de los cónyuges, de la sentencia firme de divorcio o nulidad de matrimonio.

a) El caso de la muerte, ya sea presunta o real de uno de los cónyuges. La Ley 19.947 no contiene norma alguna

¹¹¹ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 319.

referida al derecho aplicable a esta materia, manteniendo el silencio de la legislación anterior. Creemos que corresponde aplicar la norma de conflicto que podríamos llamar común o general, contenida en el artículo 14 del Código Civil y, en su caso, el artículo 15 del mismo cuerpo legal. De esta forma, importante es distinguir si se trata de un matrimonio de extranjeros o si al menos uno de los cónyuges es chileno. En el primer caso, extranjeros, la ley chilena sólo será aplicable si la disolución del matrimonio es sometida a la consideración de un juez nacional, ejemplo, en la solicitud de declaración de muerte presunta presentada por un extranjero en Chile. Incluso si el cónyuge desaparecido es extranjero y el desaparecimiento se ha verificado presuntivamente en el extranjero, la única ley competente para resolver el asunto en Chile es la ley chilena. En caso contrario a esta última hipótesis, la ley competente será la extranjera y los tribunales nacionales deberán reconocer valor a la terminación declarada conforme a ella por un juez extranjero.

Rearándose de chilenos, la ley chilena será siempre aplicable, como consecuencia de la extraterritorialidad de la ley nacional en lo relativo al estado civil de los chilenos, del cual forma parte el matrimonio y la disolución. Lo anterior no quiere decir que se pretenda la aplicación de las leyes patrias por parte de los tribunales extranjeros, sino que, en caso de disolución del matrimonio por muerte real o presunta de uno de los cónyuges, ella sólo producirá efectos en nuestro país si se encuentra de acuerdo con la normativa vigente en Chile sobre el particular.¹¹²

b) En caso de Divorcio. Esta es la materia que representa una mayor novedad en la Ley 19.947. Contemplando ésta por primera vez en nuestra historia legislativa, el divorcio vincular como causal de terminación del matrimonio.

Bajo la vigencia de la antigua Ley de Matrimonio Civil la institución no se encontraba regulada en ella, sino en el Código Civil. Así, el artículo 120 del Código Civil disponía: "El matrimonio disuelto en territorio extranjero en

¹¹² AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 320.

conformidad a las leyes del mismo país, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes chilenas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge” y artículo 121 del mismo Código, señalaba por su parte que: “El matrimonio que según las leyes del país en que se contrajo pudiera disolverse en él, no podrá, sin embargo, disolverse en Chile, sino en conformidad a las leyes chilenas”, en síntesis la interpretación del primer artículo es que en nuestro país sólo era posible solicitar la disolución de un matrimonio de conformidad a la ley chilena, en la que no se preveía el divorcio vincular, lo anterior incluso si el matrimonio se hubiera celebrado en el extranjero y de acuerdo a tal normativa se permitiera el divorcio como causal de disolución del vínculo.

Respecto al artículo 121 del Código Civil, este dice relación con el evento que la disolución del matrimonio se hubiera solicitado y concedido en un Estado extranjero, la ley aplicable era la extranjera, con la importante limitación que si esa disolución no hubiera resultado procedente a la luz de la legislación nacional, ella producía efectos restringidos en Chile, pues no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en nuestro país, mientras el otro cónyuge estaba con vida.

Se puede dar por sentado que se trataba de normas establecidas para garantizar el carácter indisoluble del matrimonio, elevado por el legislador a la categoría de principio de orden público. Así, es plenamente justificado que la Ley 19.947 haya derogado ambas disposiciones, pues ha desaparecido el que fuera su objeto de protección.

El nuevo estatuto legal del matrimonio en Chile, se ha tenido que ocupar de definir el derecho aplicable al divorcio, cuestión de la que se hace cargo en el artículo 83 inciso 1: “El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción” y en el artículo 84: “La ley que rija el divorcio y la nulidad del matrimonio se aplicará también a sus efectos”. Del contenido de ambas disposiciones se colige que la legislación competente para resolver las cuestiones relativas a la terminación del matrimonio por divorcio es la misma aplicable

en materia de efectos, y dicha legislación, según lo expuesto en materia de alimentos, no es otra que la chilena. En ella queda claramente demostrado que la alusión en la norma a “la ley aplicable a la relación matrimonial” debe entenderse hecha a la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Al referirse a la relación matrimonial, la disposición inicialmente propuesta quería señalar, sin dar lugar a discusión, a la ley aplicable a los efectos del matrimonio, que como se ha dicho, podía ser tanto chilena como extranjera, distinguiéndola así de aquella aplicable a los requisitos necesarios para su celebración. Incluso ante la posibilidad de variación de esa ley competente, por la inclusión de circunstancias de conexión mutables como el domicilio de los cónyuges, exigía la incorporación de lo que se denomina un factor de determinación temporal expresado en la frase “al momento de interponerse la acción”.¹¹³

A mayor abundamiento, la analizada desaparición del artículo 85 de la propuesta inicial y, consecuentemente de la posibilidad de aplicación de una ley extranjera en materia de efectos, torna de difícil inteligencia el factor de conexión empleado por la norma, el que pareciera aludir a la ley aplicable en un ámbito desconocido de matrimonio. No obstante ello, creemos que a la luz de una interpretación como la indicada, no debiera incurrirse en confusiones: sin consideración al lugar de celebración del matrimonio o a la nacionalidad de los cónyuges, y cualquiera sea el momento en que se interponga la acción, toda vez que esta última se ejerza ante un tribunal chileno, la ley aplicable al divorcio, tanto en lo relacionado a su solicitud como a las causales y ejercicio de la acción y efectos, será siempre la ley chilena.¹¹⁴

Es preciso considerar muy acertadamente, que la elección de una ley aplicable distinta en materia de divorcio, respecto de aquella aplicable en materia de nulidad, fue justificada por cuanto esta última obedece a causales coexistentes al momento de su celebración, por lo que resulta

¹¹³ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 322.

¹¹⁴ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 323.

apropiado hacer aplicable la ley que rige ésta, mientras que el primero se funda en causales sobrevinientes que pueden encontrarse mayormente vinculadas con el ordenamiento de un Estado distinto a aquel en que se celebró.

Por último, la Ley 19.947 conlleva en una norma particular, la designación del derecho aplicable en materia de efectos del divorcio. El artículo 84 dispone en lo pertinente que: "La ley que rija el divorcio... se aplicará también a sus efectos" Al respecto, ya se ha establecido que esa ley será siempre la chilena. El origen de esta norma se encuentra en la propuesta del profesor Barros, aunque su texto inicial fue modificado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, alterando su redacción y suprimiendo una segunda parte de la disposición que prescribía "Lo dispuesto en el artículo 3 (actual artículo 82) se extiende a los cónyuges divorciados o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo". Con esa última frase, la propuesta pretendía asegurar la aplicación de esta parte de la legislación chilena, relativa a la posibilidad de aplicar la ley chilena en materia de alimentos entre cónyuges, aun tratándose de matrimonios por divorcio o declaración de nulidad conforme a una legislación extranjera. Sin embargo se consideró por la Comisión, que del tenor literal de la frase se deduciría la existencia de la obligación de alimentos entre cónyuges anulados o divorcios, situación no prevista en nuestra legislación, sin que obste a esta afirmación lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 66 de la Ley 19.947, que se limita a considerar las cuotas de la compensación fijada por el juez como alimentos, sin identificar ambas obligaciones. Dice esta disposición: "Si el deudor no tuviere bienes suficientes para solucionar el monto de la compensación mediante las modalidades a que se refiere el artículo anterior, el juez podrá dividirlo en cuantas cuotas fuere necesario. Para ello, tomará en consideración la capacidad económica del cónyuge deudor y expresará el valor de cada cuota en alguna unidad reajutable."

"La cuota respectiva se considerará alimentos para el efecto de su cumplimiento, a menos que se hubieren ofrecido

otras garantías para su efectivo y oportuno pago, lo que se declarará en la sentencia.”

C) El caso de la Nulidad. Aquí se debe tener presente el derecho aplicable a los requisitos de celebración del matrimonio, pues la nulidad de matrimonio será siempre consecuencia de la inobservancia, al momento de su celebración, de los requisitos externos exigidos para su validez. Es posible afirmar que como regla general, la legislación aplicable en materia de nulidad de matrimonio será la propia del ordenamiento del lugar de celebración del mismo. En consecuencia, tratándose de un matrimonio celebrado en el extranjero cuya validez es controversia ante tribunales chilenos, las normas con arreglo a las cuales el juez nacional deberá resolver el asunto serán las contenidas en la legislación extranjera que corresponda. Con todo, habrá que tener consideración de las situaciones de excepción previstas por nuestro derecho en esta materia, en que la ley chilena resulta aplicable extraterritorialmente, según lo ya expuesto.

De esta manera, en el caso de un acto matrimonial celebrado fuera de Chile, en que se contravenga de algún modo la normativa nacional relativa a los impedimentos dirimentes o en que no concurra el consentimiento libre y espontáneo de ambos contrayentes, las normas con arreglo a las cuales resultará posible alegar y obtener la declaración de nulidad de matrimonio serán tanto las extranjeras, pues es la solución general de aplicación de la ley del lugar de celebración se mantiene, como las nacionales, ampliándose de este modo las posibilidades de fundar una pretensión en ese sentido. No incluimos entre estas excepciones la posibilidad prevista en la Ley 19.947 de privar de efectos a un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo, pues en este caso más que una cuestión de invalidez del matrimonio, se trata de un problema de inexistencia del mismo.¹¹⁵

De igual modo, es imperioso considerar que, conforme se indicará en materia de requisitos para la celebración del

¹¹⁵ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 324.

matrimonio, es posible que incluso tratándose de matrimonios celebrados válidamente en el extranjero, respecto de los cuales no se vulneren las normas excepcionales de aplicación extraterritorial de la ley chilena, un juez nacional les niegue eficacia en nuestro país por contravenir el orden público chileno. En estos casos, también serán aplicables las normas del ordenamiento nacional en materia de nulidad, pues si bien la excepción de orden público en derecho internacional privado no es sinónimo de nulidad, su aplicación puede conducir a ella, toda vez que, rechazada la aplicación de la legislación extranjera competente por ser contraria al orden público, se aplicarán las normas de la ley nacional en su carácter de *lex fori*.

Lo que se ha señalado anteriormente, se considera con respecto a las normas de carácter material aplicables a la nulidad del matrimonio (entre las que se comprenden las que consagran las causales, titularidad y prescripción de la acción) pues en lo relacionado a las normas procesales, siempre que la acción de nulidad sea ejercida ante los tribunales chilenos, la única ley aplicable será la chilena, conforme al principio mayoritariamente aceptado en derecho internacional privado, que la ley que rige al proceso es la *lex fori*.

En lo que a efectos se refiere, de igual manera se debe aplicar el artículo 84 de la nueva ley, conforme al cual la ley aplicable es la misma que rija la nulidad. La designación de esta última no se encuentra determinada en forma expresa en el texto de la ley. Dice este artículo: "La ley que rija el divorcio y la nulidad del matrimonio se aplicará también a sus efectos."

Con todo, de acuerdo con lo expresado precedentemente, es posible concluir que dicha ley será aquella con arreglo a la cual se declara la nulidad, esto es, la del lugar de celebración del matrimonio, excepción hecha de aquellos supuestos en que se aplica siempre la ley chilena.

En consecuencia, resulta posible que los efectos de la nulidad queden regidos por la ley extranjera, con lo que se configura una importante excepción a lo preceptuado por el inciso tercero del artículo 16 del Código Civil "...Pero los

efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas". Al respecto podemos observar que, bajo la vigencia de la ley antigua, la inexistencia de una norma como la del artículo 84 nos conducía a la necesaria aplicación de la ley chilena en esta materia, como consecuencia de lo dispuesto por la norma del Código Civil recién mencionada.

En lo relativo a los alcances de la nulidad de que trata la norma en comento, ellos serán los contenidos en el N° 3 del capítulo V de la Ley 19.947 (que se refiere a la nulidad del matrimonio), así como en el N° 1 del capítulo VII de la misma (reglas comunes a los casos de separación, nulidad y divorcio). Cabe tener presente que a diferencia de lo que ocurre en materia de divorcio, tratándose de la nulidad es posible la aplicación de una ley extranjera. En este caso, los efectos de la nulidad serán en principio los que se prevean en la ley extranjera aplicable, aunque en caso de controversia acerca de la inclusión de ciertas consecuencias jurídicas en la categoría de efectos de la nulidad, el juez nacional deberá resolver conforme a lo que en nuestra legislación se considera como tales, pues se trata de un problema de calificación, la que en opinión de la mayoría de la doctrina debe ser efectuada conforme a la *lex fori*.¹¹⁶

El estudio de la regulación en lo referente a la nulidad matrimonial nos lleva a la institución del "matrimonio putativo".

Desde la perspectiva del derecho internacional privado, interesa determinar si ella se aplica a los matrimonios declarados nulos con arreglo a una legislación foránea, esto es, los celebrados en el extranjero. Tratándose de matrimonios declarados nulos conforme a la ley chilena, no hay duda que se aplican las normas pertinentes en cuanto a la putatividad del matrimonio. Un primer estudio de las normas que regulan el matrimonio putativo en nuestro ordenamiento parece exigir concluir que las normas nacionales relativas a esta institución no resultan aplicables a los matrimonios anulados por aplicación de una legislación extranjera. Si de

¹¹⁶ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 325.

acuerdo con el artículo 84, en relación con el artículo 80 de la nueva ley, los efectos de la nulidad se rigen por la ley del lugar de su celebración, en el supuesto en estudio, las normas nacionales que rigen la nulidad de matrimonio, entre las cuales se incluyen las de sus efectos, resultan excluidas por la legislación extranjera, que ha sido designada como competente por el propio ordenamiento jurídico chileno.

Siendo así, la putatividad del matrimonio nulo y los efectos que a éste se reconozcan quedarán enteramente entregados a las normas extranjeras. Este razonamiento podría confirmarse con la consideración que la exigencia contenida en el artículo 51 de la nueva ley en orden a que el matrimonio para ser considerado putativo debe haber sido celebrado o ratificado ante oficial del Registro Civil, sólo puede ser cumplida, tratándose de matrimonios celebrados en nuestro país, con lo cual quedaría demostrada la intención del legislador de restringir la aplicación de esta figura a estos últimos.

Sin embargo, entre los autores se discrepa de opinión en tal sentido, estimando por el contrario que sin perjuicio que un matrimonio haya sido declarado nulo de conformidad con una legislación extranjera, que no contemple entre sus normas una institución análoga al matrimonio putativo previsto por la legislación nacional, deben reconocerse en Chile los efectos que la normativa nacional atribuye a un matrimonio inválido de esta naturaleza, suponiendo que se cumplen todas las exigencias que ésta impone, a excepción de la intervención del oficial del Registro Civil.¹¹⁷

Se funda esta posición en la consideración que la institución del matrimonio putativo en nuestro ordenamiento jurídico forma parte del orden público familiar, teniendo en especial consideración su finalidad de protección de los intereses de aquellos que, de buena fe, han considerado como legítimo un matrimonio inválido. Asimismo, en lo dispuesto por el artículo 80 inciso 1° segunda parte de la nueva ley, en cuanto a que el matrimonio celebrado en el extranjero cumpliendo con la legislación respectiva, "producirá en Chile

¹¹⁷ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 326.

los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno...".

Por tal razón, en el evento que la legislación extranjera aplicable no reconozca efectos al matrimonio nulo, en los términos de los artículos 51 y 52 de la Ley 19.947, la regulación contenida en estas disposiciones recuperará su competencia, como consecuencia de la aplicación de la excepción de orden público, en su dimensión positiva. Si la legislación extranjera reconoce la institución, las normas aplicables serán las contenidas en ella, pues el efecto del orden público es excepcional, manteniendo en ese supuesto su vigencia la aplicación de la regla *locus regit actum*.¹¹⁸

Cuando se encontraba vigente la antigua Ley de Matrimonio Civil del año 1884, la jurisprudencia tuvo al oportunidad de pronunciarse sobre este punto, resolviendo que los efectos del matrimonio celebrado en el extranjero eran tanto los del matrimonio válido como los de uno nulo. En sentencia de la Corte Suprema de 7 de Junio de 1984 se acogió recurso de casación interpuesto, dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia que declaró putativo un matrimonio celebrado en el extranjero, sin perjuicio de lo cual de su contenido se desprende el reconocimiento de la institución del matrimonio putativo respecto de esa clase de matrimonios. El rechazo a la demanda se debió simplemente a que en opinión de la Corte, no se cumplían los requisitos de buena fe y justa causa de error exigidos por la legislación nacional. Con todo, forzoso es reconocer que la situación al amparo de la antigua Ley de Matrimonio Civil no era la misma que la actual, pues en aquella no existía una disposición como el artículo 84 de la Ley 19.947.¹¹⁹

20.- RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS.

Que en el nuevo sistema jurídico/legal del matrimonio, se haya incorporado una disposición que expresamente reconoce en nuestro país a sentencias dictadas por tribunales

¹¹⁸ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 327.

¹¹⁹ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 328.

extranjeros también en una novedad de la Ley 19.947 respecto de la ley de 1884. Lo anterior no significa que bajo la vigencia de esta última no existieran normas que regularan la materia, sino que éstas se encontraban fuera del ámbito de dicho texto legal. Con todo, debe tenerse en consideración que el legislador de la nueva Ley de Matrimonio Civil sólo reglamentó el reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros en materias de divorcio y nulidad, dejando fuera las que pudieren ser pronunciadas en otros aspectos derivados de la relación matrimonial.

En la reglamentación prevista, el legislador incluyó normas especiales que han venido a completar las generales existentes, aportando elementos de juicio que deben ser tomados en consideración por los tribunales al momento de resolver el exequátur de una resolución extranjera.

En primer lugar, la norma del inciso 2° del artículo 83 aplica las reglas generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil, las que, en síntesis, condicionan el reconocimiento de lo resuelto por un tribunal extranjero en nuestro país a la aprobación concedida por la Corte Suprema mediante el procedimiento de exequátur. Esta aprobación, por su parte, se concederá de conformidad con lo estipulado en los tratados suscritos y ratificados por nuestro país, en defecto de éstos, al principio de reciprocidad, y finalmente al cumplimiento de ciertos requisitos mínimos destinados a asegurar la regularidad internacional de la sentencia.

Entre estos requisitos, cabe destacarse el que no se opongan a la jurisdicción nacional y que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Al respecto, prevaleció la opinión del redactor de la propuesta, quien consideró conveniente mantener la normativa existente por estimar que las referidas reglas han sido aplicadas por nuestro máximo tribunal de manera consistente con los principios de derecho internacional privado, en particular con la noción de orden público internacional.

No obstante lo dicho, la nueva Ley no se contenta con expresar lo obvio, pues incluye exigencias particulares para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, aunque éstas sólo resultan aplicables tratándose de sentencias de

divorcio, según se desprende claramente de su tener literal. En los incisos tercero y cuarto del artículo 83, se dispone que no se reconocerá valor en Chile al divorcio:

- decretado por un medio distinto a una resolución judicial.

- decretado por resolución judicial obtenida en fraude a la ley.

- que se oponga de otra manera al orden público chileno.

El primer aspecto indicado, no tiene ninguna relación con el reconocimiento de sentencias extranjeras y resulta prácticamente improcedente su incorporación, pues se trata justamente de un divorcio que no es consecuencia de una sentencia. Como quedara establecido en la discusión legislativa, la idea que subyace en la norma es privar de efectos a la figura de la repudiación prevista en algunos ordenamientos. Incluso en ausencia de una norma como ésta la solución habría sido la misma, rechazar el valor en nuestro país de ese divorcio no judicial. Los argumentos son, de una parte, que a lo que se reconoce valor en nuestro país es a sentencias extranjeras y no a otras actuaciones privadas, aunque con arreglo a un ordenamiento extranjero puedan producir similares efectos a aquellos, y de otra, que como se ha indicado, en materia de divorcio la ley aplicable es siempre la chilena.¹²⁰

Claro que el asunto en discusión podría tener más interés en lo que respecta al posible reconocimiento de disoluciones matrimoniales decretadas por una autoridad religiosa extranjera. En este evento, el tenor amplio de la norma en estudio privaría de efectos a dicha decisión, por no ser constitutiva de una resolución judicial. Incluso estimándose que esta norma no es aplicable, pues de acuerdo con la historia de su establecimiento su finalidad era una distinta, creemos que la aplicación de las reglas generales sobre la materia nos conducen a idéntica solución, pues sólo está previsto en nuestro ordenamiento el reconocimiento de efectos a decisiones de órganos jurisdiccionales extranjeros, como puede desprenderse al examinar la normativa pertinente.

¹²⁰ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 330.

En consecuencia, si bien es posible la celebración de un matrimonio en el extranjero válidamente ante una autoridad religiosa y conforme a las disposiciones de ese mismo carácter, no sería posible su disolución, con efecto en nuestro país, por parte de esa misma autoridad, siendo necesario o bien el pronunciamiento de un tribunal del Estado extranjero que se trate, o bien su solicitud ante los tribunales chilenos.¹²¹

El segundo de los aspectos indicados, está relacionado con la privación de efectos del divorcio, no obstante haber sido decretado por sentencia judicial, si esta última ha sido obtenida en fraude a la ley. En este punto conviene precisar que la noción de fraude a la ley envuelta en la disposición que se analiza, difiere de la que es propia del derecho internacional privado. La finalidad de esta norma, según se indica por sus redactores, es evitar que ejerciendo la acción ante un tribunal extranjero, se eludan los requisitos impuestos por la legislación chilena en materia de divorcio, particularmente los plazos de cese de convivencia. Para ello se niega valor a la sentencia extranjera que decreta el divorcio, sobre la base de una compleja fórmula que constituye una presunción de derecho de la intención fraudulenta.

Dicha fórmula es la siguiente, se presume que hay fraude si el divorcio es decretado por sentencia extranjera y los cónyuges han estado domiciliados en Chile, con anterioridad a la sentencia dentro de un período variable, tres o cinco años, según haya o no entre ellos acuerdo en torno al tiempo que ha durado el cese de la convivencia. Si están contestes en que el cese ha durado a lo menos tres años, hasta la fecha de la sentencia, el período es de tres años; si no hay acuerdo en cuanto a la duración del cese, es de cinco. En consecuencia, por el solo hecho de haber estado los cónyuges domiciliados en nuestro país durante algún tiempo dentro del período que corresponda, nuestro ordenamiento reputa fraudulenta cualquier resolución de divorcio extranjera.

¹²¹ AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 331.

Los cónyuges quedan así privados de acudir ante tribunales extranjeros, en el entendido que pretendan hacer valer las resoluciones dictadas por ellos en Chile. Esta solución tan rígida puede conducir a soluciones injustas, pues es perfectamente posible concebir matrimonios que, no obstante su domicilio en Chile dentro del período establecido por la norma, hayan luego cambiado éste a un Estado extranjero, sin intención fraudulenta, forzándoselos en ese caso a solicitar el divorcio ante los tribunales chilenos, para que éste produzca efectos en nuestro país.

Lo anterior resuelta más grave toda vez que la norma comentada no admite la posibilidad para los cónyuges de demostrar una efectiva vinculación con el Estado extranjero que justifique el ejercicio de la acción de divorcio ante sus tribunales. Todavía más, la disposición no distingue según el lugar de celebración del matrimonio ni la nacionalidad de los cónyuges, de manera que podría tratarse de un matrimonio celebrado en el extranjero entre extranjeros, los cuales, por haber estado domiciliados en nuestro país, quedarán comprendidos en el supuesto, condicionando la eficacia del divorcio decretado entre ambos a la jurisdicción nacional.

Por último, la disposición adolece de un defecto de concordancia, pues los plazos de tres y cinco años mencionados precedentemente no coinciden con los establecidos como tiempo mínimo de cese de convivencia exigidos para hacer procedente el divorcio con arreglo al artículo 55 de la nueva ley, esto es uno o tres años, correspondiendo en cambio a plazos que fueron propuestos durante la tramitación del proyecto, en definitiva reemplazados por los mencionados, con lo cual la exigencia de no haber registrado domicilio en nuestro país resulta desmedida, si se tiene en cuenta que la intención de la norma es evitar que se burlen los plazos establecidos.

De acuerdo a lo anterior, y conforme se encuentra redactada la norma en comento, se constituye como una importante excepción a las normas generales en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras, pues podrá tratarse de una resolución que cumpla con todos los requisitos exigidos por la legislación nacional, incluso contenidos en

un tratado, y ser privada de efectos como consecuencia de lo expuesto. Asimismo, es una confirmación evidente que para el legislador nacional es perfectamente posible que la nulidad o divorcio de un matrimonio, incluso celebrado en Chile y entre chilenos, se solicite ante tribunales extranjeros, con lo que se resuelve uno de los problemas del derecho procesal internacional, la determinación de la llamada jurisdicción internacional. De otra forma no se entendería la preocupación del legislador de evitar que se burlen las disposiciones de la ley, solicitando la terminación del matrimonio ante una jurisdicción extranjera.¹²²

Finalmente, en lo que atañe con el no reconocimiento de validez de sentencias que de otra manera se opongan al orden público chileno, la incorporación de esta norma tuvo por la finalidad protegerse respecto de legislaciones extranjeras con diferencias demasiado profundas con las legislación nacional; no obstante lo cual es una reiteración de lo previsto por las normas del Código de Procedimiento Civil, que ya admitían el rechazo fundado en esta causal. Se rechaza una interpretación en el sentido que esta disposición venga a echar por tierra la restricción, en el ámbito del derecho internacional privado, del contenido del orden público al denominado orden público internacional, excediéndose, en cambio al contenido del orden público interno. Una solución como ésta, contraria a los principios del derecho internacional privado mayoritariamente aceptados, no puede haber estado en la mente de los legisladores, como por lo demás aparece de lo expresado durante su discusión.

¹²² AGUIRRE VELOSO, Patricio, nota 72, pág. 332.

CONCLUSIONES.

El nuevo sistema civil matrimonial chileno, está plagado de normas de dudosa efectividad que acarrearán más de algún inconveniente en el ámbito de los conflictos de leyes. Pero las críticas que puedan formularse, no desvirtúan el mérito principal de la nueva ley: Acoger el deseo mayoritario del pueblo, de que exista una ley que permita el divorcio vincular.

Sobre este último punto, se han dado argumentos que aluden a "los partidarios del divorcio", expresión engañosa que se refiere a quienes aceptan que haya la posibilidad de disolver un matrimonio definitivamente fracasado.

Nadie es partidario del fracaso; sólo se busca un remedio para el caso en que éste se produzca, y que pueda o no ser utilizado según el libre pensamiento de cada cual.

Es indudable que la ley tiene defectos que esperamos se vayan corrigiendo en el futuro; las prácticas y realidades sociales, la jurisprudencia y la labor legislativa, irán produciendo las adaptaciones que sean necesarias.

Nuestra tarea, desde este lugar, ha sido explicar la ley y señalar los eventuales espacios de conflicto.

Una adecuada regulación de la institución matrimonial exige comprender los problemas que se presentan desde la perspectiva del derecho internacional privado, esto es, aquellos que derivan de la presencia de elementos extranjeros en la relación jurídica matrimonial, que vinculen al matrimonio con ordenamientos jurídicos de distintos Estados. Durante la tramitación del proyecto destinado a reemplazar la Ley de Matrimonio Civil de 1884 en el senado, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento incorporó el que llegaría a ser el capítulo VIII de la Ley 19.947, en que se contienen normas de conflicto relativas a los requisitos para la celebración del matrimonio, sus efectos y terminación, además de disposiciones que regulan el reconocimiento en nuestro país de sentencias dictadas en el extranjero en materia de divorcio y nulidad.

La reglamentación contenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil sobre la materia no presenta diferencias

sustanciales con respecto a la de 1884, manteniéndose en general sus soluciones, las cuales se estructuran sobre la base de una concepción en exceso conservadora, conforme a la cual se dispone la aplicación de la ley chilena en la gran mayoría de los casos, sin consideración a la vinculación efectiva de la relación jurídica matrimonial con nuestro ordenamiento, apartándose de este modo de las modernas tendencias doctrinarias y de derecho comparado en la materia. Son excepción a la mantención de la normativa existente las disposiciones relativas al divorcio vincular, no obstante lo cual en su regulación también se aprecia el recelo del legislador conflictual, en orden a admitir la aplicación de una legislación extranjera. La conservación de esta tendencia se impuso a pesar que la propuesta original sobre este punto admitía una solución más abierta, acorde con el estado actual de la disciplina.

Finalmente, debe tenerse en consideración que, si bien la regulación unitaria de las cuestiones de derecho internacional privado derivadas de la institución matrimonial, así como el mejoramiento de la redacción de algunas normas que habían dado lugar a controversias bajo la vigencia de la ley anterior, son avances que merece reconocerse a la Ley 19.947, en su texto es posible advertir disposiciones oscuras y de difícil comprensión, como las relativas al derecho de alimentos y al fraude a la ley en materia de sentencias dictadas en el extranjero, que exigen una modificación urgente, a fin de evitar dar lugar a interpretaciones que pudieran contrariar el espíritu de la legislación nacional. Esta labor, como asimismo la de adecuar definitivamente la normativa a las tendencias actuales del derecho internacional privado, permitiendo la aplicación de aquel ordenamiento con el cual el matrimonio se encuentre efectivamente vinculado más estrechamente, incluso si éste es uno extranjero, son las tareas pendientes que deberán abordarse en el futuro.

BIBLIOGRAFÍA

ALBÓNICO, Fernando, "El Derecho Internacional Privado ante la jurisprudencia chilena", Santiago, Editorial Nacimiento, 1959.

BELLO, Andrés, "Obras Completas", Tomo VI.

DUNCKER BIGGS, Federico, "Derecho Internacional Privado", Santiago, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1962.

SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio, "3ª Conferencia de Derecho Internacional Privado", 1936, La Habana.

FIORE, Pascuale, "Derecho Internacional Privado o principios para resolver los conflictos entre las leyes civiles, comerciales, judiciales y penales de los diversos Estados", versión española anotada por don Alejandro García Moreno, 2ª edición, Centro Editorial de F. Góngora, 1965.

MONSÁLVEZ, Aldo, "Del cumplimiento en Chile de las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros", Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1997.

CALVO CARAVACA, Alfonso, "La técnica normativa de la doctrina de interés nacional", Revista española de Derecho Internacional, vol. XXXIV, curso 1975/76, edición 1979.

RAAPE, Luis, "Problemas de Derecho Internacional Privado", Recueil des Cours, 1934-IV, tomo 30.

NIBOYET, Jean-Paulin, "Tratado de Derecho Internacional Privado Francés", París, Recueil Sirey, 1944.

FRUCHELLI, H. y FERRER, H., "El Orden público", Buenos Aires, Editorial Abdeledo Perrot, 1987.

VICO, Carlos, "Curso de Derecho Internacional Privado", Bs. Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1967.

AGUILAR NAVARRO, Mariano. "Lecciones de Derecho Internacional Privado", Madrid. Artes Gráficas Clavileño, 1964.

GOLDSCHMIDT, Werner, "Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952.

DESPAGNET, Frantz, "Precisiones de Derecho Internacional Privado", París, Ediciones Quintín Alfonsín, 1886.

ROMERO DEL PRADO, Víctor, "Derecho Internacional Privado", Córdoba, Ediciones Assandri, 1961.

MUÑOZ HÖRZ, Carlos, "Del orden público en relación con el Derecho Internacional Privado", Valparaíso, Imprenta de la Armada, 1937.

ALBÓNICO VALENZUELA, Fernando, "Derecho Internacional Privado Chileno", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950.

RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, "Síntesis de Derecho Internacional Privado Chileno", Santiago, Imprenta El Imparcial, 1966.

BUSTAMANTE, Antonio Sánchez de, "Derecho Internacional Privado", La Habana, Edición Cultural, 1934.

AGUIRRE VELOSO, Patricio (2006) El Nuevo Derecho Chileno del Matrimonio. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

GUZMÁN LATORRE, Diego (1997) Tratado de derecho internacional privado. Santiago de Chile. Editorial Jurídica.

OTRO MATERIAL CONSULTADO:

Artículo "La Poligamia en el Islam. "Un permiso condicional y no un artículo de fe ni una cuestión de necesidad". Página Web <http://usuarios.lycos.es/nurislam/Poligamia.html>.

Al Huseini, Saleh, "Comentario legal sobre la poligamia en el Islam". Revista Verde Islam año 1995. Página Web www.webislam.com

Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y registro de los matrimonios. Entrada en vigor 9 de Diciembre de 1964. Página web <http://www2.ohchr.org/spanish/law/matrimonio.htm>