**LECCIÓN 8**

**CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO**

Según opinión de Moreno Rufinelli ¨nuestro Código Civil parte tácitamente del supuesto de que toda persona puede contraer matrimonio a no ser que exista una prohibición explícita de la ley \_ prohibición que se denomina desde el punto de vista técnico jurídico impedimentos. Estas exclusiones de derecho deben a su vez fundarse en una cuestión de Orden Público. Podemos entonces decir que la capacidad es la ausencia de impedimentos.

El Código Civil de la República del Paraguay establece varias limitaciones para prever situaciones que atente contra el orden público general los cuales están taxativamente enunciado en dicho cuerpo legal.

**LA CAPACIDAD**. **Régimen Internacional**

La problemática que se establece es que ley es aplicable al régimen matrimonial.

La norma de conflicto aplicable relativa a la capacidad para la celebración del matrimonio se halla en el Código Civil en el art.132 referente a “La capacidad para contraer matrimonio, la forma y la validez del acto se regirá por la ley del lugar de su celebración”. Según ella la capacidad para este acto se rige por la ley del lugar de su celebración y aunque el código no lo establezca expresamente debe entenderse de la ley del lugar de celebración resulta aplicable siempre que no existan impedimentos capaces de afectar el orden público.

Los problemas que se debaten a luz del Derecho Internacional Privado sobre lo que importa en cuanto a la capacidad para contraerlo o pueden derivar según hemos visto, tanto en cuestión de índole formal como de cuestiones de naturaleza substancial como los impedimentos dirimentes.

En ambos casos interesan dilucidar los efectos que ocasiona la ausencia de capacidad para producir como efecto la nulidad como consecuencia de la falta de observancia de las exigencias de orden público o normas imperativas o la anulabilidad por la inobservancia de aspectos que no ocasionan directamente la nulidad pero que pueden conducir a ella. En ambas situaciones o cuestiones que atañen a nuestra materia se analiza la validez o invalidez del matrimonio a la luz de la legislación aplicable que corresponda, según hemos indicado en nuestra legislación se establece la “lex loci celebratonis”. De lo expuesto se deduce que la validez o la determinación de su validez en

cuanto en la existencia de un matrimonio de acuerdo a nuestro ordenamiento civil se rige por la ley del lugar de celebración que rige la capacidad, la falta de impedimentos y las formas esenciales lo cual indica que si el lugar de celebración se encuentra fuera de la Republica, la ley aplicable al análisis de la capacidad será aquel lugar pero sujeto a que no afecte las disposiciones de orden público internacional relacionados a los impedimentos que pueden ser puestas como oposición a la validez del matrimonio según la ley del lugar de celebración, como sería el de parentesco, más los ya señalados precedentemente.

De acuerdo a lo expuesto la capacidad que determina la validez del matrimonio se encuentra sujeta a la ley del lugar de celebración, pero su validez conforme a la legislación foránea, no supone necesariamente la admisión de validez en la Republica cuando se realiza con impedimentos considerados dirimentes y contrarios a normas de orden público internacional del ordenamiento jurídico paraguayo.-

**FORMAS MATRIMONIALES**

Al hablar de los actos jurídicos en general, nos hemos referido a las formas como el conjunto de solemnidades que deben observarse al tiempo de la celebración de un acto.

Entonces dijimos que las formas constituyen un elemento del acto jurídico, que no siempre es indispensable para la existencia del mismo. Más todavía. Dijimos que, por regla general, las formas no hacen parte del acto. Que sólo por excepción y cuando la ley expresamente así lo dispone, esas formas constituyen parte del acto jurídico.

En la oportunidad, recordamos que los actos en que las formas son parte esencial del acto se denominan actos solemnes, que constituyen una excepción en derecho moderno.

**CLASIFICACION DEL MATRIMONIO SEGÚN SUS FORMAS**

Desde el punto de vista de las formas que adopte, los matrimonios pueden ser:

1. Matrimonios consensuales y formales
2. Matrimonios civiles y religiosos
3. Matrimonios comunes y excepcionales: Entre éstos, se cuentan los matrimonios diplomáticos, los militares y los celebrados a bordo de buques;
4. Matrimonios entre presentes y entre ausentes: Entre éstos han de mencionarse los matrimonios por poder y por correspondencia.

**MATRIMONIOS CONSENSUALES Y FORMALES**

**Consensual:** requiere el consentimiento de los celebrantes, cuando este consentimiento es suficiente por sí solo para tener por perfeccionado el matrimonio, éste se denomina consensual.

Esta forma de matrimonio se da ya sólo en Escocia, la Unión Soviética y, hasta 1933, en el Estado de Nueva York, en los Estados Unidos.

El matrimonio **“solo consensu, per verba de presente”**, no requiere para su validez la observancia de ninguna formalidad, es suficiente el mutuo consentimiento, la voluntad recíproca del hombre y la mujer, que declaran tomarse mutuamente por esposos.

Otras formas del matrimonio consensual son el matrimonio **“por verba de futuro subsecuente copula”**, que se contrae con la promesa de formalizarlo en el futuro y por consumación, e igualmente el contraído por notoriedad pública, semejante al usus del Derecho Romano.

**Formal:** es formal el matrimonio en que el consentimiento de los otorgantes debe prestarse ante un oficial público o ante quien ejerce esas funciones, como un pastor o ministro religioso.

El matrimonio formal reviste modalidades muy diversas. De ordinario consiste en un procedimiento ante el oficial público que tiene por objeto prevenir el matrimonio entre personas impedidas, hacer público el vínculo que se ha de contraer, asegurar la autenticidad del consentimiento y registrar el matrimonio.

**MATRIMONIOS CIVILES Y RELIGIOSOS**

Si la forma se regulara por la ley del lugar donde el matrimonio se celebró, él sería internacionalmente válido. Salvo que el Estado a cuya nacionalidad pertenecieran los contrayentes exigiera forma religiosas exclusivamente.

Hipótesis prevista en el art. 41 del Código BUSTAMANTE: “*Se tendrá en todas partes como válido en cuanto a las formas el matrimonio celebrado en las que establezcan como eficaz las leyes del país en que se efectúe. Sin embargo, los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa, podrán negar la validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero sin observar esa forma”.*

**Civil:** El matrimonio se denomina civil o laico cuando se contrae ante un oficial público, representante del Estado.

Cuando la ley personal de los contrayentes prescribe la forma religiosa, como ocurre con el Código Civil helénico, art. 1367, el matrimonio no puede ser válidamente celebrado para la ley personal en los Estados donde es obligatorio el matrimonio civil.

Si, compelidos por la ley local, los celebrados optaran por la forma civil, el matrimonio carecería de validez internacional con arreglo al sistema de su ley personal.

**Religioso:** se denomina religioso cuando se celebra ante el ministro del culto respectivo y produce efectos civiles. Para que produzcan tales efectos, la ley del Estado aplicable debe remitirse a un derecho religioso personal (canónico, musulmán, hebreo, etc.), según ocurre con el art. 76 del Código Civil español, o a un concordante que regule los efectos civiles del matrimonio religioso, como ocurre en Italia después de los Acuerdos de Letrán, con el Vaticano, subscriptos el 11 de febrero de 1929.

Sólo podría llevarse a cabo un matrimonio diplomático en forma religioso en el caso de un nuncio, ante el cual contrajeran nupcias dos súbditos del Estado Vaticano. En este caso, las investiduras del diplomático y el ministro de culto se confundirían, pues los nuncios son reconocidos desde el punto de vista diplomático, como representantes de un Estado y, al mismo tiempo, invisten facultades de pastores. Naturalmente, ello ocurriría siempre que el nuncio fuese un eclesiástico y no un laico.

**MATRIMONIOS COMUNES Y EXCEPCIONALES**

**Comunes:** son aquellos que se llevan a cabo ante el oficial público o el ministerio de culto en las condiciones ordinarias.

**Excepcionales:** son aquellos que se llevan a cabo en circunstancias especiales. Ellos son: **los matrimonios diplomático, militares y los llevados a cabo a bordo de barcos.**

**Matrimonios diplomáticos;** son los llevados ante los agentes diplomáticos o consulares de un Estado por los nacionales de ese país en el extranjero.Así, dos paraguayos pueden celebrar matrimonio ante que el Paraguay tiene destacado en el lugar de celebración. El acto habrá de llevarse a cabo de acuerdo con la ley nacional, puesto que los agentes diplomáticos o consulares sólo tienen jurisdicción respecto de sus connacionales y como funcionarios públicos solo pueden aplicar las formas establecidas por su país.

El Código de BUSTAMANTE establece en su art. 42 que los matrimonios diplomáticos o consulares deben llevarse a cabo con arreglo a la ley personal; pero es obvio que por tal ley sólo puede entenderse la ley nacional, a pesar de lo que dice el art. 7, de cada Estado contratante aplicará como ley personal la del domicilio, la de la nacionalidad o la que adopte su legislación interior.

**Matrimonios militares;** suelen ser consecuencia de la guerra y consiguiente ocupación de territorios por efectivos militares. Ciertos Estados convienen en reconocer los matrimonios efectuados por militares de fuerzas de ocupación celebrados según las formas en rigor en el Estado ocupante.

**Matrimonios llevados a cabo a bordo de barcos;** se reconocen los efectuados a bordo de barcos en aguas jurisdiccionales por oficiales de fuerzas armadas de un ejército en campaña.

**MATRIMONIO ENTRE PRESENTES Y AUSENTES**

**Presentes:** el matrimonio es un acto que se lleva a cabo estando presentes los contrayentes, es lo que se llama matrimonio entre presentes, que es la forma común de llevarse a cabo el acto.

**Ausentes:** es posible que el acto se realice sin que las dos personas otorgantes se encuentren en presencia la una de la otra.

Así ocurre en el matrimonio que se celebra por **poder.** En esta clase de actos, quien otorga el consentimiento por uno de los contrayentes es un apoderado investido de facultades suficientes para el efecto. También es posible suponer que ambos contrayentes se hagan representar por apoderados.

Esta clase de matrimonios es perfectamente posible en la República del Paraguay, el acto está autorizado por el art. 80, inc. I, de la Ley Nº 1266/1987, Del Registro del Estado Civil. El consentimiento debe expresarse en el caso por el mandatario.

**REGIMEN INTERNACIONAL DE LAS FORMAS DEL MATRIMONIO**

Dos soluciones se han propuesto para la regulación de las formas del matrimonio en el orden internacional.

1º es la de la ley personal de los contrayentes, por la cual debe entenderse la ley nacional de los mismos.

2º es la de la ley del lugar de celebración del acto.

Los tratados de MONTEVIDEO no hacen excepción alguna a la regla **“locus regit actum”**, en materia de forma de matrimonio. La ley del lugar de celebración **(locus regit actum)** como regla para la forma del matrimonio es la solución más generalmente admitida en doctrina. Ello es perfectamente explicable. La mayoría de los juristas explica la imposibilidad de celebrar un matrimonio en un estado con arreglo a la ley de otro.

Además, el sistema permite a los contrayentes usar una fórmula común a ambos.

Por otra parte la regla asegura mayor estabilidad jurídica al acto, pues el matrimonio válido en el lugar de celebración será, de ordinario, internacionalmente eficaz.

De ahí que la solución haya sido recomendada por el Instituto de Derecho Internacional en las reuniones de Heidelberg y Luasana, así como por la conferencia de La Haya de 1894.

Ello explica, igualmente, el favor de que ha gozado la solución en el Código Panamericano y en los Tratados de Derecho Civil de Montevideo.

**DERECHO NACIONAL. CODIGO CIVIL PARAGUAYO:** El nuevo Código Civil, siguiendo la tradición establecida por el Código de VELEZ SARSFIELD, somete las formas del matrimonio a la ley del lugar de celebración del acto, en el art. 132, donde se expresa que la capacidad para la celebración del matrimonio, la forma y la validez del acto se regirán por la ley del lugar de celebración.

**DERECHO NACIONAL. TRATADO DE MONTEVIDEO:** Los tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, en los arts. 11 y 13, legislan la cuestión, estableciendo que la capacidad de las personas, la forma del acto se rigen por la ley del lugar donde se celebra. Los tratados no prevén excepciones a la regla **“lex loci celebrationis”.** Aceptada en forma absoluta, la regla **“locus regit actum”** tratándose de las formas matrimoniales, se eliminan todas las disputas en torno a la validez y nulidad de los matrimonios **“in fraundem legis”**, o los celebrados por agentes diplomáticos o consulares o de acuerdo a la ley personal de los contrayentes, sin observar la ley local.

**CODIGO PANAMERICANO O DE BUSTAMANTE:** El Código Panamericano opta, igualmente, por la aplicación de la regla **“locus regit actum”** a las formas matrimoniales, contemplando sin embargo excepciones a la norma. Esas excepciones se refieren a los Estados cuya legislación exija formas exclusivamente religiosas y a los matrimonios diplomáticos o consulares.

Tratan la cuestión los arts. 41 y 42, que expresan respectivamente: **“ART.41.-** *Se tendrán en todas partes como válido en cuanto a la forma el matrimonio celebrado en la que establezcan como eficaz las leyes del país en que se efectúe. Sin embargo, los Estados cuya legislación exija una ceremonia religiosa, podrán negar la validez a los matrimonios contraídos por sus nacionales en el extranjero sin observar esa forma****”****.*

**“ART. 42.-** *En los países donde las leyes lo admiten, los matrimonios contraídos ante los funcionarios diplomáticos o agentes consulares de ambos contrayentes se ajustarán a su ley personal, sin perjuicio de que les sean aplicables las disposiciones del Art.40****”****.*

**VALIDEZ INTERNACIONAL DE MATRIMONIO**

La validez del matrimonio, no habiendo impedimento, se juzgara por la "Ley del lugar en que se haya celebrado "aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las formas y leyes que en el rigen-

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1940.

Título xv-Del Matrimonio.

Art.13 Primer Párrafo. La capacidad de la personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo se rige por la ley del lugar en donde se celebra.

Art.132.C.C.P. La capacidad para contraer matrimonio, la forma y validez del acto se regirán por la ley del lugar de su celebración.

**Validez del matrimonio**

Para que pueda existir un matrimonio válido, cada sistema jurídico exige el cumplimiento de ciertos requisitos que considera esenciales: el consentimiento de los contrayentes, su capacidad para contraer matrimonio y la prestación del consentimiento en alguna forma predeterminada. Los sistemas jurídicos difieren en lo relativo a las condiciones que debe reunir un matrimonio para ser considerado válido. También difieren en la localización del derecho aplicable para indicar cuáles son los requisitos legales para que se pueda celebrar válidamente un matrimonio.

Para el Derecho Internacional Privado la determinación del derecho aplicable a la validez de los matrimonios plantea dos cuestiones. En primer lugar habrá que examinar si es una única ley la que decide respecto de la existencia de los requisitos indispensables para que exista un matrimonio valido. En segundo problema es el que plantea la designación de ese sistema jurídico.

La sumisión de todas las condiciones exigibles para la existencia de un matrimonio válido a un sólo sistema jurídico (lex matrimonio) es declarada sólo por algunos sistemas jurídicos. Y, aún en aquellos sistemas jurídicos que declaran la sumisión de la totalidad de las cuestiones a un sólo derecho, puede advertirse la necesidad de recurrir a la aplicación de otros derechos.

La identificación de la lex matrimonii con la ley del lugar de celebración es el más antiguo de los sistemas. El sistema de la lex loci celebrationis ha sido aceptado por gran número de países latinoamericanos, particularmente por todos los países vinculados por los tratados de Montevideo. Para otros sistemas, la ley personal de las partes es la indicada para regir las condiciones del matrimonio.

Otros países han desarrollado sistemas que son mezclas de los tipos básicos. La combinación de los sistemas de la lex loci y la ley personal, fue desarrollada ya en la Convención de La Haya de 1902, que seguía en principio el estatuto personal (ley nacional), pero la lex loci podía permitir la celebración del matrimonio cuando las prohibiciones de la ley personal estuvieran fundadas en motivos religiosos y cuando los impedimentos del derecho de fuente interna fuesen más rigurosos que los de la ley nacional.

Por otra parte cabe señalar la admisión generalizada del principio del favor matrimonii. Este favor sistemático por la validez y el reconocimiento frecuentemente choca con el realismo y la constatación de los hechos. Ante la imposibilidad de afirmar de antemano que la validez de un matrimonio sea en sí deseable, parece recomendable examinar pura y simplemente si las reglas de formación del matrimonio han sido respetadas.

**TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE MONTEVIDEO 1889.**

**Ámbito espacial de aplicación**

Es un tratado común y abierto, aplicable en los territorios de la Argentina (ratif.11-XII 1984), Bolivia (ratif.5-XI-1903) Colombia (adhesión: 2-XII-1933) y Perú (retif: 4-XI-1889) El Tratado Internacional es común, y no universal por que los Estados ratificantes y adherentes no han suprimido sus normas de fuente interna de derecho civil internacional. Sin embargo el Tratado no contiene norma alguna que determine precisamente donde se han de realizar los supuestos de hecho para que aquel resulte aplicable. Tampoco se puede observar una costumbre internacional, en virtud de jurisprudencias uniformes de los Estados vinculados que origen aquella de delimitación del ámbito espacial de validez del tratado.

**OBLIGACION INTERNACIONAL DE RECONOCER LA VALIDEZ DE MATRIMONIO CELEBRADOS CON ARREGLO AL TRATADO**.

Los Estados vinculados por el tratado quedan internacionalmente obligados a reconocer la validez de los Matrimonios celebrados en su ámbito espacial de aplicación si son válidos según la LEX CELEBRATIONIS (art.11 parr 2° a contrario sensu).

Esta obligación de derecho internacional público haría surgir una responsabilidad internacional de los Estados vinculados por el tratado en todo supuesto de violación lo decisivo radica en determinar que actos violatorios se pueden imputar al estado mismo (VERDUSS)

El derecho público interno de cada estado decide que personas se consideran órganos representativos suyus. El Estado podría ser internacionalmente responsable por actos de sus órganos administrativos; así, la Argentina, por decisiones de sus cajas de jubilaciones, Instituto Nacional de Previsión Social, Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, Dirección General Impositiva.

Esta responsabilidad podría derivar también de sentencias de sus tribunales violatorios del tratado. Los Tribunales a pesar de ser independientes de otros órganos del Estado no son independientes del Estado mismo, de aquí que este deba responder por sentencias que violen el Tratado.

Otra cuestión difícil radica en saber si una sentencia interna que viole un tratado internacional puede quedar justificada por un principio de derecho internacional público distinto de las leyes de orden público internas a que alude el artículo 4 del protocolo adicional. En fin, una ley interna podría también provocar una violación de una obligación internacional de fuente convencional o consuetudinaria. Empero, todavía resultan exactas las palabras del Melchim según las cuales todas las violaciones del derecho internacional público en materias D.I.P.r no han ocasionado " el más ligero fruncido de cejas de un diplomático su deber de actuar ante violaciones del derecho internacional público en materias de D.I.Pr."Institucionales".

Clausula Especial de orden público.

Esta cláusula especial de orden público impide a la lex fori rechazar un matrimonio valido según la lex causae (les celebrationis) si no se infringen las normas límite de la cláusula especial. La lex fori debe comparar la validez del matrimonio a la luz de la cláusula especial y con miras a la cláusula general. Si el matrimonio valido en el estado de celebración no conculca la cláusula especial límite, la lex fori debe reconocer el matrimonio.

Si el matrimonio invalido según la lex fori celebrationis no infringe la cláusula especial límite, la lex fori debe reputar inválido el matrimonio según la lex causae salvo que esta conculque la cláusula general de orden público. Si el Matrimonio valido en el Estado de celebración infringe la cláusula especial de orden público la lex fori puede reconocerlo si a pesar de violar la cláusula especial de orden público, del Tratado no ataxa la cláusula general de orden público de la lex fori.

Matrimonio valido en el Estado de celebración no ofensivo de la cláusula especial de orden público.

La lex fori no puede invocar su cláusula general de orden público (art.4 protocolo adicional), para invalidar Matrimonios validos según la lex celebrationis, sino ofenden la cláusula especial convencional no podría la lex fori, por otros impedimentos que los contemplados en la cláusula especial, invalidar el matrimonio.

**IMPEDIMENTOS**

Al hablar de este punto debemos tener en cuenta y llevar muy presente que el mismo se refiere hace referencia al obstáculo jurídico, según el autor Ramón Silva Alonso.

No podemos continuar sin antes hacer mención que en cuanto el régimen internacional debemos tener en cuenta que existen dos sistemas muy reconocidos en esta materia en cuanto a los impedimentos que son los siguientes a) la ley personal de los contrayentes y b) la ley del lugar de celebración. De estos dos sistemas los europeos han adoptado el régimen personal enmateriade impedimento, mientras que los países americanos han adoptado el régimen del lugar de celebración.

Régimen internacional de los impedimentos. Ley personal

Hay algunos que sostienen que el matrimonio es algo muy privado e íntimo que solo incumbe a los futuros esposos y no de ser una ley la que limite su forma de celebración, pero se debe tener en cuenta que la misma afecta a toda una sociedad y más aún si afectan el orden público.

Se debe sin embargo, tener en cuenta que la conocida “lexlocicelebrationis” trae aparejada la facilidad de crear un fraude a la ley debido a que fácilmente las personas contrariando una disposición de su ley local contraen matrimonio en el extranjero donde no tienen los mismos impedimentos. Esta implica la aplicación de una ley extraña que bien podría violar ciertas normas de orden público.

Régimen Internacional de impedimentos. Ley del lugar de celebración.

Según el libro del autor Ramón Silva Alonso este régimen es preferible para regular los impedimentos ya que cuenta con notorias ventajas que la hacen deseable para los Estados americanos que la han adoptado en importante medida.

Las ventajas que ese régimen representa son las siguientes:

1. Facilita la celebración de los matrimonios, pues allana obstáculos que existirían probablemente para la ley personal de los esposos
2. Permite la unificación del régimen de impedimentos para la celebración del acto, siendo así que la ley personal de los cónyuges puede ser diversa para cada uno de ellos.
3. Facilita la tarea del Oficial del Registro civil, por cuanto se trata de la aplicación de una ley que conoce y maneja.

Es importante tener en cuenta la clasificación de los impedimentos:

1. Impedimentos físicos: se refiere la falta de capacidad para contraer matrimonio por razón de edad de las personas, en los Estados donde se fija la edad mínima. Mientras legislaciones como la nuestra requiere la autorización de los representantes legales si los contrayentes son menores de edad

Hay otras legislaciones que prohíben expresamente el matrimonio entre individuos del mismo sexo, de los impotentes, de los dementes, los epilépticos, los alcohólicos, los toxicómanos, etc.

1. Impedimentos familiares: por lo general las legislaciones occidentales la aplican para evitar el matrimonio entre parientes en línea recta por consanguinidad o afinidad sean legítimos o ilegítimos, así como los hermanos y medios hermanos.
2. Impedimento de ligamen: este impide el matrimonio de una persona casada con otra, en tanto no se disuelva el vínculo primero. Determinadas legislaciones como la nuestra exigen la muerte de uno de los esposos, en tanto que otras admiten la disolución del lazo por el divorcio llamado vincular. Este impedimento de ligamen se da en las legislaciones occidentales, preocupadas por preservar la monogamia.

Impedimentos de Orden Publico Internacional.

Los impedimentos establecidos por la ley de un Estado son de orden público. Ellos no son objeto de renuncia, mejor dicho deben ser acatados por quienes contraen matrimonio de acuerdo con la misma ley.

Cuando hablamos de impedimentos de orden público internacional nos referimos a aquellas que deben ser observadas con imperatividad, aun cuando se trate de actos sujetos a una ley extranjera porque como se sabe la ley nacional lo que busca la ineludible observancia dentro de las frontera.

Este impedimento es de vital importancia ya que aun cuando el matrimonio este sujeto a una legislación extranjera la misma debe estar acorde dentro de las fronteras.

Como así también desechan algunos impedimentos establecidos por leyes extranjeras que no pueden ser observados dentro de sus fronteras.

Los impedimentos los encontramos en el art. 140 de nuestro Código Civil enumerado a continuación:

1. Los ascendientes y descendientes en línea recta;
2. Los hermanos;
3. Los afines en línea recta;
4. El adoptante y sus descendientes con el adoptante y sus descendientes;
5. El adoptado con el cónyuge del adoptante ni este con el cónyuge de aquel.

Todos estos son de orden público y los mismos deben ser acatados dentro de nuestras fronteras. Igualmente se debe tener en cuenta que no todos estos son considerados como impedimento de orden público internacional mientras no vaya contra la legislación vigente.

**Matrimonio IN FRAUDEM LEGIS.**

Por lo regular la ley del lugar de celebración del régimen de los impedimentos facilite el fraude a la ley, porque cómodamente dos personas podrían ir a contraer matrimonio en el extranjero eludiendo impedimentos que obstaban la unión en su país de origen. Tal sería un ejemplo de bigamia esta no unido aun la misma seria nula

Régimen en cuanto la legislación nacional e impedimentos publico interno

Las mismas se encuentran contempladas en nuestro Código Civil coma si también en la ley Nro. 1/92

Debemos tener muy en cuenta que la regla o principio es “lex loci celebrationis”.

**EFECTOS**

El artículo 133 del Código Civil nos da la solución sobre la ley que rige los efectos del matrimonio, al decir: Los derechos y deberes de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio matrimonial. Esta disposición tiene por fuente el Art. 14 del Tratado de Montevideo de 1940 que suprimió la segunda parte del Art. 12 del Tratado de Montevideo de 1889, tiene también por fuente el Art. 135 del Anteproyecto de Gásperi y el Art. 3ª de la Ley del Matrimonio civil.

Los efectos jurídicos del matrimonio son fundamentalmente de dos órdenes, personal, en cuanto se refieren a las relaciones personales entre los cónyuges entre si y patrimonial que alude a las relaciones económicas que derivan del vínculo generado entre los cónyuges.

Los efectos del matrimonio son regidos por la ley personal de los esposos, pero debemos distinguir si se trata de lay personal del domicilio o de la nacionalidad. El CC lo resuelve a través del Art. 133 Los derechos y deberes de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio matrimonial, los que agrega otra necesaria determinación, cual es el domicilio matrimonial utilizado como elemento de conexión por la norma de conflicto citada.

El Art. 155 del CC indica que el Domicilio conyugal será establecido o cambiado de común acuerdo entre el marido y la mujer…. Por su parte en la reforma parcial del CC efectuada por Ley Nº 1/92 dispuso el Art. 14 primera parte: Se considera domicilio conyugal el lugar en que por acuerdo entre los cónyuges estos hacen vida en común, y en el cual ambos gozan de autoridad propia y consideraciones iguales,. Queda así derogado el Art. 53 de la ley del Matrimonio Civil del 2 de diciembre de 1989 que concedía al marido la facultad de fijar la residencia o domicilio conyugal, que adicionaba, salvo cuando ella hiciera peligrar la vida o la salud física de la mujer. La evolución y adecuación de la regulación civil precepto constitucional de igualdad del hombre y la mujer, otorga a ambos la responsabilidad de constituir domicilio conyugal. En el caso de separación, este será el último domicilio en la cual los cónyuges vivieron de consuno.

El tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 en el Art. 8º Indica que el domicilio de los cónyuges existen donde viven de consuno. En su defecto se reputa tal el del marido. El Art. 9º del mismo tratado dispone la mujer separada judicialmente o divorciada conserva el domicilio del marido mientras no constituyan otro. La mujer casada abandonada por su marido, conserva el domicilio conyugal, salvo que se compruebe que se ha constituido por separado, en otro país, domicilio propio.

Posteriormente, la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Domicilio de las Personas Físicas, dispuso en su Art. 4º que el domicilio de los cónyuges será aquel en el cual estos vivan de consuno sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar domicilio en la forma prevista en el Art. 2do...

De acuerdo a lo expuesto, la solución legal de determinación del domicilio, en base al principio de igualdad es la de establecimiento de común acuerdo entre los cónyuges, pero en caso de separación habrá que determinar cuál es el domicilio conyugal a los efectos de la ley, lo que se resuelve considerando como domicilio, el ultimo domicilio en que los esposos vivieron en común.

Se ha destacado que el CC con la redacción dada el Art. 133 de que los derechos y deberes de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio matrimonial, retoma como norma de conflicto el buen camino en el establecimiento de reglas de derecho internacional privado, que se produjera con la Ley del Matrimonio Civil adoptada de la ley Argentina, mas por un error de trascripción que por intención real de los legisladores.

Al respecto, Bibolini en la nota al Art. 160 de su Anteproyecto de Código Civil para la República Argentina, expresa: El artículo 160 del CC fue sustituido por el tercero de la ley de matrimonio, nunca se dijo por qué, al contrario, en el Senado se manifestó que no se hacía otra cosa que reproducir las disposiciones del Código, en ese como los tres artículos siguientes. Parece pues, que no fue deliberada la profunda alteración que el sistema del Código experimentara.

En cuanto al alcance de la expresión, derechos y deberes interpretamos que deben ser aquellos que resultan de las previsiones existentes en el libro I, Titulo III Capítulo V de este Código que se ocupa de los derechos y obligaciones de los esposos.

Sobre los efectos personales en las relaciones personales, también se advierte la diferencia existente en los sistemas que aplican la ley personal del domicilio, la mayoría de las legislaciones americanas y las legislaciones europeas.

En los casos en que los cónyuges fueras nacionales del mismo Estado durante el matrimonio y posteriormente uno adquiera la nacionalidad de otro Estado, se aplicará la ley de Estado de su nacionalidad común más reciente, siempre que el otro cónyuge aun sea nacional de ese Estado y en los casos en que los cónyuges fueran nacionales de Estados distintos antes de contraer matrimonio y su nacionalidad no haya cambiado después del mismo, o cuando fueran nacionales del mismo Estado antes de contraer matrimonio pero la nacionalidad de uno de ellos haya cambiado posteriormente: la ley del Estado de su residencia habitual conjunta más reciente. Por último, en los casos en que no tengan una residencia habitual conjunta durante el matrimonio, la ley aplicable será del Estado que tenga una vinculación más estrecha en los cónyuges.

**EFECTOS PERSONALES**

Por efectos personales debe entenderse las relaciones conyugales de los contrayentes referidos a sus personas, aun cuando repercutan sobre sus bienes, como sucede con la obligación alimentaria, por oposición a los efectos patrimoniales referidos exclusivamente a los bienes de los cónyuges.

El código civil establece: Art. 133.- los derechos y deberes de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio matrimonial.

El Tratado de Montevideo dice al respecto: “los derechos y deberes en cuanto a los cónyuges en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales, se rigen por la leyes del domicilio conyugal”.

Sólo hacen excepción a esta regla las medidas de urgencia que el tratado sujeta a la ley de residencia, como lo establece el artículo así: “Las medidas de urgentes que conciernen a las relaciones personas entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad, y al de tutela o curatela, se rigen en cada caso, por la ley del lugar donde residen los cónyuges, padres de familia y tutores y curadores”

**EFECTOS PATRIMONIALES**

Los efectos patrimoniales del matrimonio constituyen el conjunto de relaciones de carácter económico que emergen de la unión.

**NULIDAD DEL MATRIMONIO**

La nulidad matrimonial es la invalidación de un matrimonio porque en su celebración han existido o se han producido vicios o defectos esenciales que impiden que el mismo pueda surtir efectos. La nulidad matrimonial supone que el matrimonio no ha existido y no puede surtir efectos. Se diferencia del divorcio, por cuanto en este último se disuelve un matrimonio válido por voluntad de uno o ambos cónyuges.

El matrimonio, como acto jurídico, se halla al igual que los demás, sometidos a las nulidades. Estas constituyen una sanción impuesta por la ley, por haberse realizado el acto, con trasgresión de normas fundamentales.

El Recurso de nulidad es aquel que procede contra la sentencia con violación las formas procesales o por haberse omitido tramites esenciales o incurrido en error.

Las condiciones constitutivas del matrimonio, intrínsecas y extrínsecas, se rigen por la Ley del lugar de celebración. Por lo tanto el matrimonio que es válido en el lugar de de su celebración es internacionalmente válido. A la inversa, si se han violado condiciones constitutivas en el lugar de celebración, el matrimonio es internacionalmente inválido, por más que según nuestra Ley es válido. Estas afirmaciones en relación a la validez o invalidez internacional del matrimonio chocan con el hecho de que el matrimonio no siempre es juzgado por los jueces del estado donde se contrajo. Si el juez o tribunal competente para juzgar la validez o invalidez del matrimonio fuese solo del lugar de su celebración, la aplicación exclusiva de la LEX FORI

no sería perturbada por ninguna excepción de orden público internacional y por ninguna norma de procedimiento.

La intervención Lex fori (Ley de domicilio conyugal), con sus condiciones y prohibiciones de orden público internacional, justifican que el juez que entiende en la causa decrete el desconocimiento de la validez del matrimonio, desconociendo que en principio, sólo tenía fuerza dentro del territorio donde se dictó sentencia. Resulta así que será nulo el matrimonio que se haya celebrado violando principios de orden público en el Estado donde se lo juzga, aunque no fuere así en el estado donde fue celebrado.

La nulidad absoluta del matrimonio celebrado con impedimento de ligamen, parentesco o crimen, no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaran algunos de esos impedimentos.

Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimento, también hace a las relaciones personales la cohabitación y la fijación del lugar de residencia familiar.

Estas relaciones personales de los cónyuges dependen de la validez del matrimonio que las genera, pero su determinación no influye en la determinación de la Ley aplicable.

Según el Tratado de Montevideo de 1940: La ley del domicilio conyugal, rige los efectos de la nulidad del matrimonio contraído con arreglo al Art. 13. (LEY DEL LUGAR DE CELEBRACION).

Art. 13. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo se rige por la ley del lugar en donde se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de algunos de los siguientes impedimentos:

a) La falta de edad de algunos de los contrayentes, requiriéndose como mini-mum catorce años cumplidos en el barón y doce en la mujer;

b) El parentesco en línea recta por consanguinidad o por afinidad, sea legitimo o ilegitimo;

c) El parentesco entre hermanos legítimos e ilegítimos;

d) El hecho de haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite (sobreviviente); y

e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

Corresponde al JUEZ DEL DOMICILIO CONYUGAL: conocer la nulidad y sus efectos, si los esposos tienen domicilio en la Rca. Si el cónyuge demandado no lo tuviere en el país y el matrimonio se hubiere celebrado en él, la acción de nulidad, podrá intentarse ante el juez del ULTIMO DOMICILIO, en la Rpca.

c) Los efectos de la nulidad del matrimonio contraído con arreglo al artículo 13.

La ley que regula las condiciones constitutivas del matrimonio, es la única que puede decidir, acerca de la validez o invalidez internacional del matrimonio.

a) Si la nulidad proviene de la inobservancia de un requisito de forma, la nulidad será juzgada por la ley del lugar de celebración.

b) Si se trata de un impedimento de edad, parentesco, ligamen subsistente, la nulidad será pronunciada, de acuerdo a la LEY DEL TERRITORIO, según el sistema que se acepte.

La nulidad del matrimonio debe regularse por la misma ley a que esté sometida la condición intrínseca o extrínseca que la motive.

La coacción, el miedo y el rapto como causas de nulidad del matrimonio se rigen por la ley del lugar de la celebración.

Se aplicará la ley personal de ambos cónyuges, si fuere común; en su defecto la del cónyuge que haya obrado de buena fe, y, a falta de ambas, la del varón, a las reglas sobre el cuidado de los hijos de matrimonios nulos, en los casos en que no puedan o no quieran estipular nada sobre esto los padres.

**REGIMEN INTERNACIONAL DE LOS BIENES EN LA FAMILIA**

Los efectos patrimoniales del matrimonio constituyen el conjunto de relaciones de carácter económico que emergen de la unión.

**1º COMUNIDAD DE BIENES**: este régimen se caracteriza por la existencia de una masa común que se compone de bienes indivisos que pertenecen a los esposos por mitad que ordinariamente debe quedar en estado de indivisión en tato dure el matrimonio. Se denomina comunidad a esta masa. Los bienes comunes son administrados conjunta o indistintamente. Los bienes no comprendidos en la comunidad son denominados propios, y cada cónyuge conserva la libre administración y disposición de los mismos.

**2º PARTICIPACION DIFERDIA:** en este régimen cada cónyuge administra, disfruta y dispone libremente tanto de sus bienes propios como de los gananciales. Pero al producirse la extinción del régimen, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en las ganancias obtenidas por el otro, durante la vigencia del mismo. Las ganancias, si las hubiere, se distribuirán por la mitad entre ambos cónyuges. Para determinar las ganancias se atenderá a la diferencia entre el patrimonio incivil y el patrimonio final de cada cónyuge.

**3º SEPARACION DE BIENES:** en este régimen desde el momento de su constitución le corresponde a cada cónyuge el uso, administración y disposición de sus bienes.

En materia internacional, el régimen de bienes dentro del matrimonio puede adoptar las siguientes características.

**a. Ley nacional del marido:** es frecuente en las legislaciones del continente europeo el que la mujer adquiera la nacionalidad el marido. Siendo la ley nacional del matrimonio la de la nacionalidad del marido, ésta ha de regir los bienes dentro del matrimonio.

**Ley del lugar de celebración del matrimonio:** se ha propuesto también para regir los bienes dentro del matrimonio la ley del lugar de celebración del mismo.

**c.Ley del domicilio matrimonial:** por asimilación del aspecto patrimonial del matrimonio a los contratos y al lugar de su ejecución, se ha propuesto este sistema, en el que el lugar de ejecución sería el del domicilio patrimonial.

El segundo congreso de Montevideo (1940) que dice: “Siendo el domicilio matrimonial el lugar de residencia personal de los casados, por tiempo indefinido y el foco de su actividades industrial, mercantil o profesional tienen que ser forzosamente reputado en el silencio de las partes como el único elegido para determinar la existencia , composición y desenvolvimiento de la asociación conyugal y el único por consiguiente, cuya ley debe regir todas sus relaciones pecuniarias desde el instante mismo del matrimonio”.

El tratado suscrito por nuestro país de Montevideo de 1940 que reproduce el de 1889, reúne ciertos caracteres:

•Otorga amplia eficacia a la voluntad de las partes, con la sola restricción del orden público del lugar de situación.

•Establece un régimen único para muebles e inmuebles

•A los efectos de la disolución, auspicia la inmutabilidad del régimen frente a cambios de domicilio.

En cuanto a nuestras leyes:

LEY 1/92

Art. 23.- El régimen patrimonial del matrimonio podrá ser estipulado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, que se ajusten a las disposiciones de esta ley.

Art. 24.- A falta de capitulaciones matrimoniales o si éstas fuesen nulas o anuladas, el régimen patrimonial será el de comunidad de gananciales bajo administración conjunta.

CODIGO CIVIL

Art. 134.- El régimen de los bienes situados en la República, de matrimonios contraídos en ella, será juzgado de conformidad con las disposiciones de éste Código, aunque se trate de contrayentes que al tiempo de la disolución del matrimonio tuvieren su domicilio en el extranjero.

En este caso bienes en la república, casados en Paraguay, pero que al tiempo de la disolución tengan domicilio en el extranjero, se regirán por las disposiciones del Código Civil Paraguayo. (Del primer domicilio conyugal)

Art. 135.- Los que teniendo su domicilio y bienes en la República, hayan celebrado el matrimonio fuera de ella, podrán, a su disolución en el país, demandar el cumplimiento de las convenciones matrimoniales, siempre que no se opongan a las disposiciones de éste código y al orden público.

Bienes y domicilio en la República pero casados en otro país---podrán demandar al tiempo de la disolución el cumplimiento de las convenciones matrimoniales, siempre que no se opongan al código y al orden público.

Podrán igualmente exigirse en la República el cumplimiento de las convenciones matrimoniales concertadas en el extranjero por contrayentes domiciliados en el lugar de su celebración, pero que al tiempo de la disolución de su matrimonio tuvieren su domicilio en el país, si aquellas convenciones no establecieren lugar de ejecución, ni contravinieren lo preceptuado por éste código sobre el régimen de los bienes.

Bienes y domicilio al momento de contraer matrimonio en otro país pero que al tiempo de la disolución tengan domicilio en nuestro país: Podrán también exigirse en la República el cumplimiento de las convenciones matrimoniales realizadas en

El extranjero por contrayentes domiciliados allí, pero que al tiempo de la disolución tengan domicilio en Paraguay, siempre y cuando las convenciones no contravengan las disposiciones del Código Civil sobre el régimen de los bienes.

**LECCIÓN 9**

**LA SEPARACIÓN PERSONAL Y EL DIVORCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

La separación personal de los esposos y el divorcio, ruptura o disolución del vínculo matrimonial ante la internacionalización de la actividad de la persona y movilización de los cónyuges, son temas que interesan al Derecho Internacional Privado.

Las regulaciones de las relaciones de familia están influenciadas por varios aspectos que determinan la política legislativa de cada ordenamiento jurídico estatal, por ejemplo la moral y las costumbres y la cultura religiosa, condicionan la adopción de sistemas que no admiten la disolución del vínculo, los que establecen una flexibilización del mismo y los que los aceptan con mayor amplitud. Las instituciones contempladas tradicionalmente son la simple separación de los esposos y el divorcio.

Los ordenamientos jurídicos estatales difieren en lo que se refiere al alcance de la separación, así como las condiciones o exigencias para que se convierta en divorcio, situación que a su vez lleva a considerar si el cumplimiento de las condiciones, requiere o no de una intervención judicial, y si es o no por sí misma constitutiva de un nuevo estado o posición social.

La mayor diversidad se da en el alcance con que son regulados estas instituciones, así como los efectos de la separación personal y su conversión en divorcio. También varían las causales que permiten la disolución del vínculo y los efectos que su declaración tiene para cada uno de los cónyuges divorciados.

Los que aceptan la disolución por mutuo consentimiento, difieren en cuanto al tiempo que debe pasar para efectuar la presentación. Otros sistemas admiten que se produzca por la manifestación de voluntad de uno solo de los cónyuges (como la ley uruguaya, que solo autoriza a la mujer o el repudio rabínico). Algunas legislaciones exigen la expresión de causa y la determinación del cónyuge culpable, otras exigen solamente la manifestación de la falta de armonía o voluntad de continuidad.

Asimismo, hay muchas diferencias en cuanto al procedimiento a seguir. En la mayoría de las legislaciones, por estar vinculado al orden público, se requiere la intervención judicial y la del representante público. En otras legislaciones, es la autoridad religiosa que tiene la potestad de disolver un matrimonio (estado de Israel).

**LA SEPARACION CONYUGAL. LEY APLICABLE. JURISDICCION COMPETENTE.**

“Separación conyugal” es la expresión que se utiliza para referir a la separación de hecho, que se produce por el cese de la convivencia conyugal, por lo que la sentencia pone fin a una de las obligaciones fundamentales del matrimonio, que es la convivencia. En nuestro país, el Código Civil legisla la separación de cuerpo.

Art. 166 del Cod. Civil. “La ley del domicilio conyugal rige la separación de los esposos, la disolución del matrimonio y los efectos de la disolución del mismo”. Utiliza el mismo elemento de conexión – domicilio conyugal – por el cual nuestro sistema hace regir el divorcio, según surge del artículo citado y del artículo 3º de la ley 45/91 (Art. 14 de la Ley 1/92 - Se considera domicilio conyugal el lugar en que por acuerdo entre los cónyuges estos hacen vida en común, y en el cual ambos gozan de autoridad propia y consideraciones iguales. Una y otro podrán ausentarse temporalmente de mismo para atender funciones públicas, o en el ejercicio de sus respectivas profesiones o por intereses particulares relevantes. A pedido de parte el juez puede suspender el cumplimiento del deber de convivencia cuando ponga en peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges, o la actividad económica que uno de ellos del cual dependa el sostenimiento de la familia).

Por lo dispuesto en el Art. 167 del Cod. Civil, y consecuente con el sistema adoptado, “los esposos pueden, cualquiera sea el país donde celebraron su matrimonio, separarse judicialmente de cuerpos por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, después de transcurridos dos años de vida marital. De este derecho gozaran igualmente los menores emancipados por el matrimonio, pero solo después de dos años de cumplida la mayoridad de ambos esposos.

La única condición para la separación personal por mutuo consentimiento, es que no se podrá plantear sino después de que haya transcurrido dos años de vida marital, lo que no significa que no se podrá requerir la separación, pero invocando las causales que lo autorizan. Conforme al Art. 5º de la Ley 45/91, a diferencia de la separación de cuerpo, para el divorcio por mutuo acuerdo, debe transcurrir tres años de matrimonio.

La ley autoriza la conversión de la separación de cuerpo en divorcio en el Art. 9º: “Los cónyuges que antes de la vigencia de la presente ley hayan obtenido sentencia que declaro la separación de cuerpos podrán presentarse al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de turno solicitando que se le declare el divorcio con el alcance del Art. 1º de esta ley. El mismo derecho tendrá uno de los cónyuges cuando hubiere transcurrido mas de dos años de la sentencia firme”.

La separación de cuerpo o personal requiere la presentación a una audiencia ante el juez. Esta audiencia, no debe ser considerada –en especial en situaciones en que existen elementos de Internacionalidad- como presencia personal, ya que podrá ser representado por poder especial hábil. No tiene sentido que el juez escuche por separado las razones de los cónyuges, cuando se trata de un procedimiento de común acuerdo, sin embargo el Art. 168 dispone que: “El Juez escuchara separadamente a los dos cónyuges, dentro del plazo de treinta a sesenta días, para que confirmen o no su voluntad de separarse”. La homologación del acuerdo se producirá si se ratifican, pero si cualquiera de las partes se retracta o guarda silencio, se rechazará. (Art. 169 del Cod. Civil “El Juez homologara el acuerdo si se ratificaren ambos cónyuges, dentro del plazo que se les fuere señalado. Si cualquiera de ellos se retractare, o guardare silencio, se rechazara el pedido de separación”.

La separación puede ser demandada unilateralmente por cualquiera de los cónyuges, de mediar las causales previstas en Artículo 170 del Código Civil, que dice: “La separación de cuerpos podrá ser demandada por cualquiera de los cónyuges por las siguientes causas: a) El adulterio; b) La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, y el homicidio frustrado, sea como autor o como cómplice; c) La conducta deshonrosa o inmoral de uno de los cónyuges, o su incitación al otro al adulterio, prostitución u otros vicios y delitos; d)La sevicia, los malos tratamientos y las injurias graves; e) El abandono voluntario y asistencia para con el otro o con sus hijos, o que, condenado a prestar alimentos, se hallare en mora por mas de dos meses consecutivos sin justa causa; y f)El estado habitual de embriaguez o el uso reiterado de drogas estupefacientes, cuando hicieres insoportable la vida conyugal”.

En caso de urgencia, el juez, incluso antes de la promoción de la separación de cuerpo, podrá decretar la separación personal de los esposos y autorizar a la mujer a residir fuera del domicilio conyugal o disponer que el marido lo abandone (El Art. 171 del Cod. Civil dispone: “Promovida la demanda de separación, o antes de ella en caso de urgencia, el Juez podrá, a instancia de parte, decretar la separación personal de los esposos, autorizar a la mujer a residir fuera del domicilio conyugal, o disponer que el marido lo abandone. Podrá también determinar, en caso de necesidad, los elementos que debe prestarse a la mujer, asi como las expensas para el juicio. Habiendo hijos menores, las partes recurrirán al juez tutelar para solicitar las medidas que correspondan”. Esta disposición discrimina la situación del hombre, presuponiendo que sólo la mujer puede reclamar situaciones de urgencia. Es una protección adecuada en caso de violencia familiar). El Juez podrá determinar, en caso de necesidad, los alimentos que deben ser prestados a la mujer y para cubrir las expensas del juicio (Art. 173 del Cod. Civil “la acción de separación quedara extinguida por la muerte de una de las partes; pero si ella estuviere iniciada y fuere prejudicial de otra relativa al patrimonio, podrá continuar a este solo efecto por los herederos del fallecido, o contra ellos. También podrá proseguirla el cónyuge demandado o sus herederos, cuando la imputación en que se funde importe daño para el honor de aquel). La situación de los hijos menores se regirá por el régimen especial para los mismos (Art. 175 Cod. Civil “Existiendo hijos menores, se remitirá copia de las actuaciones al Juez Tutelar, una vez dictada la sentencia que haga lugar a la separación”). El Régimen de prueba es amplio (Art. 172 del Cod. Civil “Toda clase de prueba será admitida en este juicio, con excepción de la confesión y el testimonio de los ascendientes y descendientes de los cónyuges”) y la sentencia deberá expedirse sobre la culpabilidad de uno o ambos cónyuges (Art. 174 Cod. Civil “En los casos previstos en el articulo 170 la sentencia se pronunciara sobre la culpabilidad de uno o ambos cónyuges).

El esposo inocente conservará los derechos inherentes a su calidad de tal, que no sean incompatibles con el estado de separación. El culpable perderá las utilidades que le correspondieron por la convención matrimonial. Solo podrá pedir alimentos al otro, si no tiene suficientes recursos.

La separación personal o de cuerpo, puede ser revocada en cualquier momento, de conformidad al Art. 176 del Cod. Civil: “Los cónyuges podrán, de común acuerdo, hacer cesar los efectos de la sentencia de separación con una expresa declaración al juez, o con el hecho de la cohabitación”. La última expresión, en lo relacionado con la separación de bienes, no tiene sentido por tratarse de una relación personal, dice: “En ningún caso la reconciliación perjudicara los derechos adquiridos por terceros durante la separación o antes de ella”.

En cuanto a la jurisdicción competente para las acciones de separación de cuerpo, la ley aplicable a la separación es la del domicilio conyugal. (En ámbito de los Tratados de Montevideo, tanto el de 1889 como el de 1940, determinan que la jurisdicción en materia matrimonial se rige por la ley del domicilio conyugal (Tratado de 18899, Art 62, Tratado de 1940, Art 59).

En lo que se dispone con relación al divorcio de forma expresa en el Art 17 de la Ley No 45/91 “Sera competente el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del ultimo domicilio conyugal o del demandante, a elección del actor”, por lo que en cuanto el régimen de separación personal la jurisdicción se debe guiar por el mismo principio. Este principio estaba reconocido en la Ley del Matrimonio Civil del 2 de diciembre de 1989, en el Art 104:”Las acciones de divorcio y nulidad del matrimonio deben intentarse en el domicilio de los cónyuges. Si el marido no tuviere su domicilio en la Republica, la acción podrá ser intentada ante el juez del último domicilio que hubieran tenido en ella, si el matrimonio se hubiese celebrado en la Republica”.

En Argentina, la Ley 23515 dispone en su artículo 227 del Código Civil que:”Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos propios del matrimonio, deberán intentarse ante el Juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado”. El domicilio conyugal para la determinación de la jurisdicción es seguido por el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 en su Art. 15 “La Ley del domicilio conyugal rige: a) La separación conyugal”. Con relación a la jurisdicción específicamente, el Art. 59 establece que “Los juicios sobre nulidad del Matrimonio, divorcio, disoluciones y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten a las relaciones de los esposos, se iniciaran ante los jueces del domicilio conyugal. Si el juicio se promueve entre personas que se hallen en el caso previsto en el Art. 9º, será competente el Juez del último domicilio conyugal”.

**REGIMEN DEL DIVORCIO EN LA LEY DEL MATRIMONIO CIVIL EN EL CODIGO CIVIL**

La sanción y promulgación del Código Civil de Paraguay, introdujo cuestiones que implicaban una modificación relativa respecto al orden público internacional con relación al divorcio vincular. El Art. 163 del Cod. Civil dispuso: “El matrimonio valido celebrado en la Republica no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos”, la que sustituía a lo dispuesto en el Art. 81 de la Ley del Matrimonio Civil de 1989 “El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de unos de los esposos”. La diferencia que radica en el Código hace una alusión específica a que los matrimonios no disolubles eran los celebrados en la República.

La norma contenida en el Art. 163 del Cod. Civil en concordancia con lo que establece el Art. 166 del Cod. Civil que efectúa una remisión a la ley del domicilio conyugal la disolubilidad del vinculo matrimonial, o lo que sería a contrario sensu, la no disolubilidad del mismo, pero que posteriormente luego de constituir domicilio en otro Estado, en el cual ya existía el divorcio como extinción del vinculo matrimonial, éste fuera disuelto conforme a esa ley, en cuyo caso dicho acto debería ser admitido en Paraguay.

La regla tampoco habría sido absoluta bajo la vigencia de la Ley de Matrimonio civil, tal como parecía inferirse de una primera lectura del Art 81 de la citada ley y el contexto normativo. En efecto, había que distinguir varias situaciones, como las de la de los matrimonios celebrados en la República, cuyo vínculo se pretendiera disolver fuera del país, de todas formas no autorizaría a un nuevo matrimonio, o este sería nulo por la subsistencia del vínculo anterior, sin embargo podría haber sido contraído afuera.

Si bajo aquel régimen, la disolución se produjo en un país no signatario de los Tratados de Montevideo, los criterios están divididos, para Sapena Pastor y Ramón Silva Alonso, la sentencia de divorcio vincular pronunciada en el extranjero de matrimonios celebrados en la Republica, bajo la vigencia de aquel ordenamiento jurídico, tampoco habilitará a ninguno de los cónyuges a contraer un nuevo matrimonio. Para otros autores, la disolución debería ser válida.

Si la disolución se hubiera producido en el país signatario del Tratado de Montevideo de 1940, que en su Art. 15 dispone: La Ley del domicilio conyugal rige ..B) la disolubilidad del matrimonio”. Pero establece una disposición limitativa que enuncia a continuación “Su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebro si la causal de disolución fuere el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal”.

Esto significa que de conformidad al Tratado de Montevideo, si el matrimonio celebrado en Paraguay hubiera tenido su domicilio conyugal en Uruguay que ya admitía el divorcio vincular, siendo el país signatario al igual que nuestro país, el divorcio sería válido pero la República del Paraguay, país también signatario, no estaba obligado a reconocer esta disolución porque poseía una disposición de orden público internacional que lo impedía y porque el tratado autorizaba no reconocerlo.

La disolución en el Paraguay no era aceptada en función del Art. 82 de la Ley del Matrimonio Civil “El matrimonio que puede disolverse según las leyes del país en que se hubiere celebrado, no se disolverá en la Republica sino de conformidad al artículo anterior”, o sea solo por muerte de uno de los cónyuges.

Pero si el matrimonio era celebrado en un país no signatario de los Tratados de Montevideo y se disolvía en el mismo país de su celebración o en otro no signatario, la sentencia era válida, teniendo en cuenta lo que establecía el Art. 104 de la Ley de Matrimonio Civil, es decir aun bajo la prohibición existente en el Art. 81, el supuesto referido, no autorizaba desconocer dichos actos, al igual que los matrimonios celebrados en un país no signatario y que hubieran sido disueltos en el Uruguay, que ya admitía el divorcio vincular.

Aún bajo la vigencia del Art. 81 de la LMC, existían situaciones especiales que obligaban a reconocer los actos celebrados o Producidos en el extranjero, dejando a salvo como cuestión de orden público internacional, los matrimonios celebrados en la República. Luego vendrá lo dispuesto en el Art 163 del Código Civil que introdujo una expresión que reconocía más explícitamente esta situación, por cuanto declaraba la indisolubilidad del matrimonio celebrado en La República, salvo muerte del cónyuge, que por su efecto disolvía el vínculo.

El Artículo 164 del Código Civil se refiere a los disueltos en el extranjero, al distinguir tan neta el anterior artículo respecto a que no serán reconocidos las disoluciones de matrimonios celebrados en la República, podemos inferir que sí podrían haber sido admitidos si se hubieran disuelto en el extranjero, por lo que podrían resultar válidos los matrimonios celebrados con posterioridad fuera de la República, ya que la disolubilidad es remitida a la ley del domicilio y la celebración del matrimonio a la ley del lugar de celebración, que propondría una situación de actos que se consolidaron externamente sin incurrir en una confrontación con el orden público paraguayo que entonces estaba vigente.

Si tal como lo dispone el Artículo 165 del Código Civil, los matrimonios celebrados en la República no los habilita a contraer un nuevo matrimonio en Paraguay, sin embargo, la celebración de un matrimonio en el extranjero ya estaría produciendo un cambio de situación que ya se efectúa en base a un vínculo extinguido por la ley competente y un matrimonio en el extranjero también realizado conforme al Artículo 132, que determina la ley del lugar de celebración para regir la validez del matrimonio.

**JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DIVORCIO**

Cuando se trata de resolver cual es la jurisdicción internacionalmente competente para disolución o divorcio, se nos presentan varios posibles elementos de conexión, uno de ellos es el de la jurisdicción del lugar en que se celebró el matrimonio, lo que se presenta visiblemente inconveniente, teniendo en cuenta que implicaría un ámbito diferente a aquel en el cual están domiciliados en el momento de producirse los hechos que dan lugar al divorcio.

En lo que respecta a la aplicación de la ley personal como elemento de determinación en la jurisdicción, las soluciones se pueden presentar a favor de la jurisdicción de la nacionalidad de los cónyuges, o de uno de ellos y la jurisdicción del domicilio de los cónyuges o el de uno de ellos, en el primer caso, se podría dar que el juez ante quien se presenta la petición de divorcio se declara incompetente en razón de la nacionalidad de uno de los dos cónyuges, con el agravante de que en caso de dos nacionalidades, se tendrían dos posibles jurisdicciones.

La aplicación de la jurisdicción de domicilio se presenta de este modo como la más aceptable, porque es el lugar en que se manifiestan los hechos subjetivos y objetivos que conduce a un matrimonio a buscar su disolución. Ciertamente, tratándose de cónyuges que de hecho o jurídicamente se encuentran separados personalmente, puede darse el caso de que tengan un domicilio en jurisdicciones estatales diferente, en cuyo caso se debe establecer uno de ellos, el del domicilio del demandado, el del demandante o el último domicilio conyugal en que las partes han convivido.

Existen también soluciones consideradas mixtas, en razón de que permiten opciones que determinan la jurisdicción en función de la nacionalidad o del domicilio, como ocurre con la Convención de la Haya de 1902 (La Convención de la Haya de 1902 establece: a) Jurisdicción competente según la nacionalidad de los cónyuges; b) Jurisdicción del lugar donde los cónyuges estén domiciliados. Si con arreglo a sus leyes, los cónyuges no tienen domicilio, es competente el Juez del lugar del domicilio del demandado. Otra hipótesis, es la de la jurisdicción de la residencia o simple residencia, generalmente del demandado, fundado en el interés público del matrimonio (Sistema utilizado en Escocia). El régimen de la residencia como elemento para determinar la jurisdicción, es aceptado por varias legislaciones europeas.)

Los sistemas pueden variar también en torno al procedimiento para el divorcio los que admiten que solo es posible por una acción contenciosa o jurisdiccional ordinaria y aquellas que admiten el divorcio por mutuo acuerdo o mutuo consentimiento (Se introduce en las legislaciones la idea de divorcio remedio en vez de divorcio sanción, donde la causal considerada es el quiebre irremediable de la convivencia. Así en Alemania (1976), Canadá (1985), Holanda, España (1981), Suiza (1998), Suecia (1973), Dinamarca (1971), Noruega (1991) en la Argentina se introdujo la separación por presentación conjunta en la ley No 17.711 del año 1968). Otras admiten ambos medios o procedimientos (En México por el ejemplo, el divorcio puede ser administrativo, por mutuo consentimiento y necesario, el primero es posible cuando los cónyuges son mayores de edad, no tienen hijos o teniéndolos estos sean mayores de 30 años y no sean incapaces, que de común acuerdo hayan liquidado la sociedad conyugal si es que se casaron bajo ese régimen, deben presentar por escrito su solicitud explicita de divorcio ante el Juez del Registro Civil. En caso de mutuo consentimiento, cuando poseen hijos menores o mayores de edad, que no hayan liquidado la sociedad conyugal, pero que se encuentran de acuerdo en divorciarse, y tienen mas de un año de casados, deben presentar su solicitud ante el Juez Familiar o Mixto de Primera Instancia competente). Difieren a su vez, respecto a aquellas peticiones que pueden ser instadas por uno solo de los cónyuges y aquellas que exigen necesariamente la conformidad de ambos.

La disolución por mutuo acuerdo parte del concepto de “Matrimonio Contrato” que se apartan del “matrimonio sacramento” (algunas legislaciones acuerdan la posibilidad de que los esposos se divorcien simplemente manifestando que se ha roto la armonía conyugal, sin la otra expresión de causa, en otros casos bastara la voluntad de uno solo como el caso de la ley uruguaya que solo autoriza a la mujer o el repudio rabínico) o del carácter de interés público que reviste el matrimonio, lo quo señala un camino peligroso hacia privar al mismo de base fundamental de la familias, estas nuevas modalidades legislativas, nos demuestran cuan basta son las legislaciones que podrían tener vocación ante la hipótesis de disolución con elementos extranjero o de internacionalidad.

En una revisión de las legislaciones posibles, se verifican los que prevén la conversión de la separación judicial decretada en divorcio a petición de uno cualquiera de los cónyuges o de ambos, las que admiten el procedimiento exclusivamente ante un oficial publico o simplemente como manifestación ante un notario público, y las que admiten y reconocen solo el divorcio ante una autoridad civil frente a otras que también admiten los divorcios por métodos y autoridades religiosas (en la concepción Islámica del matrimonio los elementos esenciales son: a- la capacidad matrimonial, que deriva de las facultades, inteligencia y voluntad, para prestar su consentimiento, b- impedimentos, que no concuerda con la que exigen los ordenamiento accidentales, puesto que, se permite al varón celebrar un nuevo matrimonio estando vigente otro anterior con el límite de la tetragamia, c- la emisión del consentimiento de la mujer a través del tutor o Wali, d- la dote, e- la forma, y a pesar de no ser un elemento esencial, mencionaremos, también, la consumación por la trascendencia que tiene la misma relación con la convalidación del matrimonio para el Derecho Islámico).

El elemento de mayor importancia del estatuto personal aporta lo suyo en la determinación de la ley aplicable, **para algunas legislaciones la norma de conflicto utiliza como referencia la ley personal del domicilio**, **para otras la ley personal de la nacionalidad**, y entre ellas, especialmente esta última, que prima en los países europeos, obliga a legislar situaciones muy diversas. En general, en la competencia para declarar el divorcio, sigue prevaleciendo el régimen jurisdiccional.

A raíz de las mayores o menores exigencias de las leyes que resultaran aplicables a la relación jurídica matrimonial específica, las partes interesadas pueden buscar eludir la que resultaría competente, buscando conectar su relación a elementos que faciliten la aplicación de una ley más favorable a la pretensión de obtener el divorcio, hecho que requiere del acuerdo de ambos cónyuges, si no existiere éste acuerdo, el apego a una determinada jurisdicción cuyas leyes sean menos favorables al divorcio será de interés fundamental para quien no esté de acuerdo.

A este complejo panorama se suman los elementos de conexión que determinan la competencia jurisdiccional, las cuestiones relacionadas con el orden público internacional que pueden determinar aun estando frente a una resolución adoptada sin distorsión por el órgano jurisdiccional o autoridad competente, que la resolución no sea admitida, sea considerada nula o inválida, por tanto sin fuerza para surtir efecto en el territorio estatal en que se quiere hacer.

Las soluciones respecto a cual es la jurisdicción internacional competente, pueden utilizar como elementos de conexión, el lugar de celebración del matrimonio, norma de conflicto que sería inadecuada porque los elementos de internacionalidad pueden ser ajenos al lugar de celebración. La determinación en base a la nacionalidad de los cónyuges, señala una dificultad, como la posibilidad sobre todo en relaciones privadas internacionales, que tengan nacionalidad diferente, así como que incitaría al cambio de nacionalidad para situar una jurisdicción conveniente.

**La solución más aceptable es la determinación de la jurisdicción en base al domicilio conyugal, porque constituye la jurisdicción más aproximada a los hechos o situaciones que condujeron al divorcio y normalmente el lugar donde aún viven los cónyuges, aún cuando ya se hayan separado de hecho. La dificultad sobre la calificación de domicilio conyugal, se ha definido como aquel último en que los cónyuges vivieron juntos.**

**La jurisdicción del domicilio es la fórmula adoptada por el Tratado de Montevideo de 1940, según el cual la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del {ultimo domicilio de los cónyuges,** que reafirma en el Artículo 59: “Los juicios sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos, se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal. Si el juicio se promueve entre personas que se hallen en el caso previsto en el Artículo 9, será competente el juez del último domicilio conyugal.

Art. 9 del TDCM: “La mujer separada judicialmente o divorciada conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro. La mujer casada abandonada por su marido conserva el domicilio conyugal, salvo que se apruebe que ha constituido por separado, en otro país, domicilio propio”.

Aún cuando no nos parece recomendable la jurisdicción de la residencia porque se prestaría a especulaciones, varios Estados, especialmente europeos lo utilizan como norma de conflicto jurisdiccional. En efecto, este es el sistema que ha sido utilizado por Escocia.

**En Escocia,** las demandas de divorcio y separación legal se pueden presentar ante el tribunal superior de Edimburgo, o en alguno de los tribunales de primera instancia locales. La elección del tribunal depende de la preferencia del interesado. Para optar por el tribunal superior, se ha de poder establecer la jurisdicción en Escocia; para optar por uno de los tribunales de primera instancias se ha de poder establecer la jurisdicción en el partido judicial en que se encuentre el tribunal. La jurisdicción se basa en el lugar de residencia de las partes. El domicilio se puede establecer en el lugar de Escocia donde la persona considere que tiene su hogar y tiene la intención de vivir permanentemente.

**En Francia** el tribunal territorialmente competente es el del lugar donde reside la familia, si los cónyuges residen en lugares distintos, el del lugar donde reside el cónyuge con el que viven los hijos menores. En los casos restantes, el del lugar donde reside el cónyuge que no haya interpuesto la demanda. En caso de demanda conjunta, el tribunal competente es el del lugar donde resude uno u otro cónyuge, a elección de éstos.

**En Bélgica** el juez competente para conocer de una demanda de divorcio, o de separación legal por causa determinada, o de una solicitud de conversión de la separación legal por causa determinada en divorcio es el de la última residencia conyugal o del domicilio del demandado (Artículo 628 del Código Judicial). Cuando es de mutuo acuerdo, la ley no designa al juez competente territorialmente: los cónyuges se dirigirán al tribunal de primera instancia de su elección (Art. 1288 bis, párrafo 2, del Código Judicial).

**En Italia** el elemento de conexión para la determinación de la jurisdicción es el lugar de residencia o domicilio del cónyuge demandando o, en caso de que no sea posible encontrarlo o resida en el extranjero, del lugar de residencia o domicilio del demandante. Si ambas partes residen en el extranjero, cualquier tribunal del país puede conocer del asunto. En los casos en que el divorcio se solicite por mutuo acuerdo, los cónyuges pueden elegir el lugar de residencia o domicilio de uno u otro.

**En España** con carácter general los tribunales españoles son competentes para conocer de una demanda de separación, divorcio o nulidad cuando: ambos esposos tienen la nacionalidad española; ambos esposos residen habitualmente en España; el demandado reside habitualmente en España. Cuando los esposos tuvieron su última residencia habitual en España, en caso de que uno de ellos aún resida allí, cuando en España está la residencia habitual de cualquiera de ellos si la demanda la formulan conjuntamente y cuando en España está la residencia habitual del demandante si es que ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o si ha residido allí al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y además es español.

Asi mismo, pueden ser competentes los tribunales españoles si a ellos las partes se someten expresa o tácitamente o cuando el demandante es español y reside en España, sin más condicionantes, pero en estos casos la resolución que pudiera dictarse por los tribunales españoles podría no ser reconocida en otros Estados de la Unión Europea.

Dentro del territorio español, la demanda de divorcio, separación y nulidad matrimonial se ha de presentar ante el juzgado de primera instancia del lugar del domicilio conyugal, si residen en distintos partidos judiciales, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o residencia del demandando. Si el demandado no tiene domicilio ni residencia….

**LEY APLICABLE AL DIVORCIO EN LOS TRATADOS DE DERECHO CIVIL DE MONTEVIDEO**

El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 se refiere al divorcio, sin embargo en aquella época ninguno de los Estados signatarios admitía el divorcio en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Dicho tratado se refiere a la ley aplicable al divorcio en el Art. 13, señalando que la ley del domicilio matrimonial rige la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley en el cual se celebro.

El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940 (tratado común abierto, aplicable en los territorios de Argentina, Paraguay y Uruguay) simplifico la solución “**La ley del domicilio conyugal rige la disolubilidad del matrimonio; pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebro si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal**”.

**JURISDICCION PARA EL DIVORCIO EN LOS TRATADOS DE DERECHO CIVIL DE MONTEVIDEO**

Las disposiciones que hacen referencia a la jurisdicción internacional están establecidas respectivamente en los Art. 62 y 59 de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940, ambos disponen que los juicios sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y, en general, sobre todas las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos, se iniciaran ante los jueces del domicilio matrimonial.

El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 en el Art. 8º indica que si el matrimonio carece de domicilio, se califica de domicilio conyugal del marido, referencia normativa que debe ser revisada a la luz de los principios y garantías constitucionales y fuentes convencionales relacionadas a la igualdad entre el hombre y la mujer.

En el tratado de 1940 el domicilio conyugal se encuentra en el lugar donde los cónyuges viven de consuno, solo en las situaciones que no pudiera determinarse este lugar, se acude al domicilio del marido, conforme al Art. 8. La mujer casada conserva el domicilio conyugal, salvo prueba de que haya constituido un nuevo domicilio en otro país (Art. 9).

**La delegación uruguaya** hizo reserva de los artículos 9 y 59, por entender que conducirán al abandono del principio general domiciliario. **La delegación peruana** hizo reserva de su competencia judicial legislativa en materia de personas, derecho de familia, relaciones personales conyugales y régimen de bienes a favor de nacionales peruanos.

La sentencia del foro del domicilio conyugal, fundada en el derecho del lugar de celebración será reconocida en los demás Estados ratificantes (si fue dictada de conformidad a las reglas del tratado). Sin embargo, es posible que alguno de esos estados no reconozca la invalidez declarada si ellas se opone a sus principios de orden público**. El desconocimiento de la sentencia extranjera en tales supuestos podrá fundarse en el Art. 5º del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y 1940.**

**LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL PARA EL DIVORCIO DE LA UNIÓN EUROPEA**

En la Unión Europea la libertad de circulación produjo un aumento de matrimonios con elementos de internacionalidad, también produjo como consecuencia el de los divorcios, que requerían una reglamentación especial que armonizara los problemas de competencia jurisdiccional y la ejecución de las decisiones adoptadas.

En materia de divorcio en la Unión Europea, a partir del 1 de marzo de 2001, a través del reglamento (CE) nro 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, reguló la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes.

El citado reglamento fue sustituido por el reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo, que entró en vigor el 1 de marzo de 2005, el cual no modifica las normas en asuntos matrimoniales pero se aplica a las resoluciones judiciales de divorcio citadas tras esas fechas y a las decisiones de separación y anulación de matrimonios en lo atinente a la competencia general de los órganos jurisdiccionales, no se refiere a la legislación aplicable.

Para la determinación de la jurisdicción, el reglamento establece una gradación interesante a través de los supuestos y elementos de conexión que sirvan para determinar la competencia.

En los términos del Art 3, en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá sucesivamente:

En los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyos territorios se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o en los órganos del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos resida allí.

En los órganos de la residencia habitual del demandando, o en los órganos de residencia habitual de uno de los cónyuges en el caso de demanda conjunta.

En los órganos de la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o en los órganos de la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los 6 meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso de Reino Unido e Irlanda, tenga allí su “domicile”.

También prevé como segunda opción la de los órganos de la nacionalidad de ambos cónyuges. En cuanto a la conversión de la separación judicial en divorcio, de acuerdo al Art 5 el reglamento, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial será a sí mismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé.

La comisión europea presentó el 17 de julio de 2006 una propuesta de reglamento del Consejo, por el cual se modifica el reglamento (CE) nro 2201/2003, en lo referente a la competencia, en el mismo incluye normas relacionadas a la ley aplicable en materia matrimonial. Como objetivo busca proporcionar un marco jurídico y soluciones adecuadas en cuestiones conyugales, armonizar las normas de conflicto en materia de separación y divorcio, facilitando la elección de los conyuges pero solo en relación a las legislaciones que tengan relación próxima.

A falta de elección se propone diversos factores de conexión, pero siempre diseccionado a que tengan relación próxima. Ésta misma solución se proyecta con relación al tribunal competente, facilitando la prórroga de jurisdicción, en los casos de cónyuges que tengan nacionalidades diferentes, a raíz del sistema de soluciones a través del elemento de conexión de la nacionalidad que rige en general en Europa. La prórroga se aplica independientemente de si la pareja vive en un Estado miembro o en un tercer Estado.

**LECCÓN 10 (SEGUNDA PARTE)**

**REGIMEN LEGAL VIGENTE EN EL PAIS**

**Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores**

¿Cuál es el objeto y la finalidad primordial del Convenio?

El objeto del Convenio es asegurar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en cualquiera de los países contratantes y que los derechos de custodia y de visita vigentes en dichos países sean respetados en los demás Estados contratantes.

Es decir, tiende a restablecer la situación anterior al traslado o retención ilícita mediante la restitución inmediata del menor a su residencia habitual, impidiendo que los individuos unilateralmente puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que los favorezca.

La finalidad primordial del Convenio es el "interés superior del niño", el cual en el marco de ese instrumento consiste en la pronta restitución del menor a su residencia habitual.

Este principio solo puede ser desvirtuado por la aplicación de alguna de las excepciones previstas, que deben ser interpretadas restrictivamente.

La finalidad y el ámbito de la aplicación de la Convención de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores, se enmarca en:

1. Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.
2. Velar por que los derechos de custodia y de visita vigente en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes. (Art. 1), y los Estados se comprometan a adoptar las medidas necesarias en sus territorios para cumplir estos objetivos. (Art. 2)

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

1. Cuando se hayan producido cn infracción de un acuerdo de custodia atribuido separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o en cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.
2. Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado. (Art. 3°).

Se aplica a todo menor de dieciséis (16) años que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita, es decir, antes de que se produzca el traslado o retención ilícita.

La residencia habitual es el lugar donde el menor tenía su centro de vida, no se refiere ni al domicilio ni a la nacionalidad del niño.

El elemento de conexión previsto es la residencia habitual del menos, por lo que se aplicara si se encuentra en el territorio de un Estado contratante, antes de la violación de los derechos de custodio o de visita. Se establece como edad en que la convención cesa en su aplicación, que el menor alcance los diez y seis años de edad (Art. 2). Tambíen se establecen ciertas definiciones como las siguientes:

1. El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.
2. El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual. (Art. 5|)

El mecanismo a través del cual opera es por la designación de autoridades centrales las cuales no solo deberán colaborar entre sí, sino además con las autoridades competentes a fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y obtener las finalidades de la convención y deberán adoptar las medidas apropiadas para:

1. Localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita.
2. Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales.
3. Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una amigable.
4. Intercambiar información general sobre la legislación de su país relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente.
5. Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación de la convención.
6. Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.
7. Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluyendo la participación e un abogado.
8. Garantizar desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado.
9. Mantenerse mutuamente informados sobre la aplicación del presente convenio y eliminar en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a su aplicación. (Art. 7)

Podrá hacerse uso de los mecanismos previstos en la convención para obtener la restitución del menor, toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la Autoridad Central de residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor.

El peticionante iniciará el procedimiento llenando un formulario tipo (conforme al artículo 8) ante la Autoridad Central correspondiente, sin que sea necesario para ello un procedimiento judicial previo. Dicha petición será remitida a la Autoridad Central del país donde ha sido trasladado o retenido el menor.

Ese formulario tipo es utilizado por todos los Estados firmantes y contiene todos los datos necesarios para identificar al menor, a la persona que lo trasladó o retuvo ilegalmente y poner en conocimiento de la situación a la Autoridad Central requerida.

La petición está exenta de legalizaciones.

La solicitud incluirá:

1. La información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega, que ha sustraído o retenido al menor.
2. La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla.
3. Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restituci{on del menor.
4. Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor.

La solicitud podrá ir acompañada o complementada por:

1. Una copia autenticada de toda decisión o acuerdo pertinentes.
2. Una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado.
3. Cualquier otro documento pertinente. (Art 8°)

Son previstas varias disposiciones destinadas a agilizar a través de la Autoridad Central designada y la requerida adoptará todos los recaudos para hacer efectivo lo previsto en el convenio. Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. Transcurrido dicho plazo, no obstante el menor podrá ser restituido si no se encuentra integrado a su nuevo medio.

Las únicas razones por las cuales un Estado parte puede negar la restitución, es que:

1. La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.
2. Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Las autoridades deben actuar con la mayor celeridad posible a fin de evitar el arraigo del menor en el país al cual fue trasladado o retenido (Estado de refugio). Es por ello que el artículo 11 establece que si la autoridad judicial o administrativa no toma una decisión en el plazo de seis (6) semanas, se podrán pedir explicaciones sobre las razones de la demora.

El Juez que entiende en la restitución tiene expresamente prohibido decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta tanto se haya decidido que no se reúnen las condiciones para la restitución del menor. Una vez ordenada la restitución por el juez del Estado de refugio, las cuestiones de fondo deben ser ventiladas ante el juez del lugar de residencia habitual del menor.

Sobre la ley aplicable, de conformidad al artículo catorce, para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos, las autoridades judiciales o administrativas del estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito.

Para evitar que procedimientos internos frustren el cumplimiento de la convención se prevé que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en la presente convención, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar la presente convención. El art. 20 establece que en razón de principios fundamentales del Estado requerido en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, no los permite. Incluso contempla la situación del derecho de visita, que deberá ser favorecido por los Estados parte y cooperarán en tal sentido.

A fin de facilitar en un todo la restitución, no se exigirá fianza ni deposito o medida similar para garantizar los gastos y costas del procedimiento (Art. 22), ni tampoco legalización u otra formalidad, entendiéndose que será así la medida en que se trasmite a través de la Autoridad Central designada como competente, se prevé como exigencia la copia del requerimiento en el idioma de origen y la correspondiente traducción si fuere necesaria.

Sobre las reglas de compatibilidad el Art. 31 dispone que cuando se trate de un Estado en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables en unidades territoriales deferentes.

1. Toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, se interpretará que se refiere a la residencia habitual en una unidad territorial de ese Estado.
2. Toda referencia a la ley de Estado de residencia habitual, se interpretará que se refiere a la ley de la unidad territorial del Estado donde resida habitualmente el menor. Por otra parte, cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

Funciones de las autoridades.

Las Autoridades Centrales son organismos designados por cada Estado contratante par dar cumplimiento a las obligaciones que han asumido en el Convenio.

La función de ellas es cooperar entre sí para adoptar las medidas previstas en el artículo 7 y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados con la finalidad primordial de garantizar la restitución inmediata de los menores.

Las Autoridades Centrales actúan como autoridad requeriente o requerida.

Su actuación como autoridad requeriente tiene lugar cuando ésta remite la petición prevista en el artículo 8 a la Autoridad Central del país al cual ha sido trasladado o retenido el menor.

Actúa como autoridad requerida cuando recibe la petición de restitución de un menor que fue trasladado o retenido en su territorio. En este caso, deberá localizar al menor, adoptar medidas provisionales, promover la restitución voluntaria o iniciar un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor, ya sea directamente o a través de un abogado designado por el solicitante.

**LEY 928/96 QUE APRUEBA LA CONVENCIÒN INTERAMERICANA**

**SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES.**

Se llevó a cabo  en Montevideo como un homenaje de los Estados Miembros de la OEA al centenario de los Tratados de Montevideo de 1889.

Se aprobaron las siguientes convenciones:

1- Sobre el contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera.

2- sobre restitución internacional de menores.

3- sobre obligaciones alimentarias.

Representó en esta oportunidad a nuestro país una delegación compuesta: Luis Ma. Argaña, Benito Pereira Saguier, Roque Yódice Codas. Invitado: Ramón Silva Alonso.

El ámbito de aplicación de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte, o que hubieren sido trasladados legalmente, hubieren sido retenidos ilegalmente. Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares (ART.1º). Al igual que la Convención de la Haya se considera menor a toda persona que no haya cumplido los diez y seis años de edad (Art.2º).

Para los efectos de esta Convención: a) El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia, y, b) El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual (Art.3º) y se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor (Art.4º). El reclamo de restitución se legitima a quienes tengan el derecho custodia mencionado en el artículo 4º (Art.5º) y son competentes para conocer de la solicitud de restitución de menores a que se refiere esta Convención, las autoridades judiciales o administrativas del Estado Parte donde el menor tuviere su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención. A opción del actor y cuando existan razones de urgencia, podrá presentarse la solicitud de restitución ante las autoridades del Estado Parte en cuyo territorio se encontrare o se supone se encontrare el menor ilegalmente trasladado o retenido, al momento de efectuarse dicha solicitud; igualmente, ante las autoridades del Estado Parte donde se hubiere producido el hecho ilícito que dio motivo a la reclamación. El hecho de promover la solicitud bajo las condiciones previstas en el párrafo anterior no conlleva modificación de las normas de competencia internacional definidas en el primer párrafo de este artículo.

Para los efectos de esta Convención cada Estado Parte designará una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones que le establece esta Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención (Art.7º). El procedimiento será llevado a cabo a través de exhortos o cartas rogatorias, o mediante la petición a la autoridad central de forma directa o por la vía diplomática o consular (Art.8º), la que debe contener según el Art. 9º, a) Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención; b) La información relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y, c) Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor; a la solicitud o demanda se deberá acompañar: a) Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que la motive; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable; b) Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante; c) Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado; d) Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido, de todos los documentos a que se refiere este artículo, y, e) Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno. La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución. Los exhortos, las solicitudes y los documentos que lo acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática, consular, o por intermedio de la autoridad central. El juez exhortado, la autoridad central u otras autoridades del Estado donde se encuentra el menor, adoptarán, de conformidad con su derecho y cuando sea pertinente, todas las medidas que sean adecuadas para la devolución voluntaria del menor. Si la devolución no se obtuviere en forma voluntaria, las autoridades judiciales o administrativas, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Art.9º y sin más trámite, tomarán conocimiento personal del menor, adoptarán las medidas necesarias para asegurar su custodia o guarda provisional en las condiciones que aconsejaren las circunstancias y, si fuere procedente, dispondrán sin demora su restitución. En este caso, se le comunicará a la institución que, conforme a su derecho interno, corresponda tutelar los derechos del menor. Asimismo, mientras se resuelve la petición de restitución, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para impedir la salida del menor del territorio de su jurisdicción. La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a) Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquélla, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión (Art. 11º).

La restitución tiene como fin restituir al menos a su residencia habitual y a la jurisdicción que corresponde el mismo para las cuestiones relacionadas con la custodia, la restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación de su custodia o guarda (Art. 15º).

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, a solicitud de cualquiera de las personas mencionadas en el Artículo 5 así como éstas directamente, podrán requerir de las autoridades competentes de otro Estado Parte la localización de menores que tengan la residencia habitual en el Estado de la autoridad solicitante y que presuntamente se encuentran en forma ilegal en el territorio del otro Estado. La solicitud deberá ser acompañada de toda la información que suministre el solicitante o recabe la autoridad requirente, concerniente a la localización del menor y a la identidad de la persona con la cual se presume se encuentra aquél(Art. 18º), la autoridad central o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte que, a raíz de la solicitud a que se refiere el artículo anterior, llegaren a conocer que en su jurisdicción se encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción. La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

En cuanto a los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso (Art. 22). La tramitación de los exhortos o solicitudes contempladas en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo. Sin embargo, al ordenar la restitución de un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, las autoridades podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución (Art. 23).

Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada. Lo anterior no obsta para que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado (Art. 24º). La restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño (Art. 25º). La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito. (Art. 26º).

Según el Art. 27º el Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma. Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.

La presente Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Parte, o las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia.

**LEY Nº 1062/97 QUE APRUEBA LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE TRÁFICO DE MENORES**

Gran demostración de la voluntad del Paraguay de luchar contra el tráfico de menores es la que dio muestra el congreso nacional al aprobar la Convención Interamericana sobre el tráfico de menores.

El fenómeno del tráfico de niños y niñas con fines de explotación sexual es violatorio de los derechos humanos y está considerado como una de las formas modernas de la esclavitud. Atenta de modo principal contra la dignidad humana, esencia de la persona, y contra el derecho a la libertad y a la calidad de vida con capacidad de autodeterminación. A través de esa modalidad delictiva transnacional, se aprovechan las consecuencias propias de una vida indigna de aquellas personas que, en su país de origen, enfrentan situaciones de exclusión social, de pobreza o indigencia, sufren discriminación por razones de género, raza u otras circunstancias, o son víctimas de guerras, desastres climáticos o hambrunas entre otras.

<El tráfico es un fenómeno que no tiene fronteras. Se afirma que más de dos millones de mujeres y niños son sometidos a condiciones de servidumbre sexual, y que más de 200.000 niños y mujeres son traficados con fines de explotación sexual. Los datos conocidos muestran que el tráfico es mayor en Asia, India y Europa del Este y se conoce menos sobre lo que sucede en América Latina, América Central y el Caribe.>

Considerando las alarmantes cifras mencionadas, y la gravedad de tan horrendo crimen contra la humanidad y los derechos del niño/a, los Estados Partes de la Convención Interamericana sobre tráfico de menores, con el objetivo de asegurar una protección integral y efectiva al menor por medio de la instrumentación de mecanismos adecuados que permitan garantizar el respeto de sus derechos, reafirmando la importancia de la cooperación internacional para lograr una protección efectiva del interés superior del menor, han convenido un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que consagre la prevención y la sanción del tráfico internacional de menores, así como adoptar las disposiciones legales y administrativas en la materia con ese propósito, así como asegurar la pronta restitución del menor víctima del tráfico internacional al Estado en su residencia habitual.

De la citada convención, se puede destacar las siguientes observaciones:

* Por primera vez se pretende regular tanto los aspectos penales como los civiles que rodean a este crimen.
* La Convención entiende como menor, toda persona menor a 18 años, observándose esta como la única norma sustantiva de ésta Convención, no pretendiendo imponer una mayoría de edad uniforme en América, sino dejar en claro que a los efectos de dicha convención, se entenderá por menor a las personas que ingresen en dicho rango de edad.
* Se destaca que cada Estado Parte designará una autoridad central, lo que será comunicado a la Secretaría General de la OEA. La creación de esta Autoridad, creo que es una sabia decisión, para centralizar las informaciones y comunicaciones respecto a este delito.
* El Art. 8º de la Convención es fundamental para la consecución de los objetivos de la misma, puesto que en el mismo se establece el compromiso de los Estados Partes para prestarse mutua y expedita asistencia por medio de sus autoridades centrales, para las diligencias judiciales y administrativas, obtención de pruebas y demás actos procesales que sean necesarios para el cumplimiento de los fines de la Convención.
* Otro punto importantísimo lo constituye el hecho de que los Estados parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado, reconocerán el tráfico internacional de niños como causal de extradición entre ellos.
* Consideramos también digno de aplaudir, el hecho de que en la Convención mencionada se establezca la anulación de la adopción que haya tenido como origen la venta internacional de un niño.

No podemos dejar de destacar la gratuidad de los procedimientos de restitución del menor establecida en el Art. 22 de la Convención, puesto que en la mayoría de las ocasiones los niños robados internacionalmente pertenecen a familias muy humildes y muchas veces las mismas se ven imposibilitadas de acudir a la justicia del país de destino del menor traficado.

**CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO – ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS – AÑO 1989.-**

La Convención de los derechos del Niño. Es la proclamación más completa de los derechos del niño que se haya elaborado, y es la primera en conceder a estos derechos la fuerza en derecho internacional.

La Convención. Tiene el mismo significado para *pueblos* en todas las partes del mundo. Esto fue posible luego de largas negociaciones donde representantes de diferentes países, con diversos sistemas sociales y económicos, y con similitudes culturales, étnicas y religiosas trabajaron con Organizaciones No-gubernamentales y las Agencias de Naciones Unidas para modelar el establecimiento de valores comunes y aspiraciones en todo el mundo.

Incluyendo todas las escalas de derechos humanos, tanto civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, la Convención reconoce que el goce de un derecho puede obstaculizar el goce de otros. Se ha demostrado que la libertad de un niño se encuentra cuando ha desarrollado sus capacidades morales y espirituales para un ambiente saludable y sano, el acceso a un cuidado de salud, y a los estándares mínimos de alimentación, vestimenta y vivienda.

Cada nueva generación ofrece una oportunidad a toda la humanidad. Si se provee a los niños sobrevivientes del mundo para su desarrollo, si se les protege de todo tipo de daño y explotación, y se les permite participar de la toma de decisiones directamente, de esta manera, seguramente construiremos a la fundación de una sociedad justa que todos queremos y que los niños son merecedores.

**REGIMEN LEGAL NO VIGENTE EN NUESTRO PAÍS**

En la Unión Europea el Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental fueron adoptados por el Reglamento Nº [2201/2003](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R2201:ES:NOT) del Consejo, de 27 de noviembre de 2003,que en parte modifica lo acordado en la Convención de la Haya de 1980.

*Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II).*

La Unión Europea (UE), a través de éste instrumento ha unificado los instrumentos jurídicos relativas a la responsabilidad parental, y facilita a la vez a los jueces a resolver conflictos transfronterizos. Representa también un importante avance en la lucha contra los secuestros de menores.

*Reglamento Nº*[2201/2003](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R2201:ES:NOT)*del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento R°*[1347/2000](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000R1347:ES:NOT)*.*

ANALISIS

El presente Reglamento tiene por objeto reunir en un único texto las disposiciones sobre divorcio y responsabilidad parental relativas, entre otros aspectos, al reconocimiento automático de las decisiones relativas al derecho de visita de los hijos, que formaba parte de [una iniciativa de Francia](http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33145_es.htm) del año 2000. Este Reglamento sustituye al [Reglamento Nº 1347/2000](http://europa.eu/legislation_summaries/other/l33082_es.htm).

**Prioridad: los derechos del niño**

La Unión Europea (UE) considera prioritario el derecho del niño a mantener relaciones regulares con cada uno de los padres. A este respecto, el niño tendrá derecho a ser oído sobre toda cuestión relativa a la responsabilidad parental que le concierna, considerando al mismo tiempo su edad y su madurez.

**Ámbito de aplicación, definiciones y competencia**

Se incluyen en el ámbito de este Reglamento, los procedimientos civiles relativos al divorcio, la separación judicial o la anulación de un matrimonio, así como todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. La responsabilidad parental designa el conjunto de los derechos y obligaciones relativos a la persona o a los bienes de un niño. Con el fin de garantizar la igualdad de todos los niños, el Reglamento cubre todas las decisiones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del niño, independientemente de cualquier vínculo con un procedimiento matrimonial.

Se excluyen del ámbito de aplicación los procedimientos civiles relativos a las obligaciones alimentarias que se corresponden con el ámbito de aplicación del [Reglamento Nº 44/2001](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33054_es.htm) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El Reglamento establece un sistema completo en materia de competencia. Por lo que se refiere al divorcio, la propuesta retoma las normas de competencia del Reglamento (CE) nº 1347/2000.

Por lo general, en lo que respecta a la responsabilidad parental, la competencia reside en los órganos jurisdiccionales del país de la UE de residencia habitual del niño. En caso de cambio de residencia legal (traslado) del menor, los órganos jurisdiccionales del país de la UE de la antigua residencia habitual del menor que ya han dictado una resolución en materia de responsabilidad parental (en particular por lo que se refiere al derecho de visita) siguen siendo competentes siempre que se cumplan determinadas condiciones. Además, los padres pueden aceptar que la jurisdicción que pronuncia el divorcio sea también competente para pronunciarse sobre las cuestiones de responsabilidad parental. Los padres pueden además, si se cumplen determinadas condiciones, ponerse de acuerdo para acudir a los órganos jurisdiccionales de otro país de la UE con el cual el menor tiene un estrecho vínculo debido, por ejemplo, a la nacionalidad del niño.

Cuando no se puede determinar la residencia habitual del niño, serán competentes los órganos jurisdiccionales del país de la UE en el cual se encuentra el menor. Esta disposición se aplica, en particular, a los casos de menores refugiados o internacionalmente desplazados como consecuencias de acontecimientos en sus países de origen. Cuando no sea posible determinar la competencia de un Tribunal en aplicación de las disposiciones específicas establecidas por el Reglamento, cada país de la UE podrá aplicar su legislación nacional. En circunstancias excepcionales, es posible remitir el asunto a una jurisdicción mejor situada para conocer del asunto si ello redunda en el interés superior del niño.

Corresponde a los órganos jurisdiccionales comprobar de oficio si son competentes en virtud del presente Reglamento. Cuando se presenta ante una jurisdicción de un país de la UE un asunto sobre el cual no es competente, debe declararse de oficio incompetente. Si se pretende iniciar un procedimiento contra un demandado que tiene su residencia habitual en otro país de la UE, corresponderá a los órganos jurisdiccionales comprobar si el demandado recibió el escrito por el que se inicia el procedimiento a su debido tiempo para poder preparar su defensa. En casos urgentes, los órganos jurisdiccionales tienen la posibilidad de adoptar medidas provisionales o cautelares relativas a las personas y a los bienes.

**Normas relativas a los secuestros de niños**

**Las autoridades del Estado, al que ha sido llevado el menor, debe ordenar su restitución al Estado miembro de origen, en un plazo máximo de 6 semanas. Las reglas suponen contemplar las opiniones del menor y contemplan que la definición final sobre el destino del menor sea adoptada en el estado de origen. Entre otras innovaciones agilizar y facilitar las acciones, las resoluciones judiciales relativas al derecho de visitas serán inmediatamente reconocidas en todos los estados de la UE, sin necesidad de procedimientos adicionales**

El Reglamento introduce también normas en materia de secuestros de menores (traslado o retención ilícitos de un menor). Estas normas tienen por objeto frustrar los secuestros de menores dentro de la UE.

En caso de secuestro de un niño, el titular del derecho de custodia tendrá el derecho a presentar ante una autoridad central una solicitud de restitución del niño. Puede también recurrir a un Tribunal a tal efecto.

Por norma general, los órganos jurisdiccionales del país de la UE donde el menor tenía su residencia habitual antes del secuestro siguen siendo competentes después del secuestro hasta que el niño disponga de una residencia habitual en otro país de la UE (con el consentimiento de quien tiene el derecho de custodia y un período mínimo de un año de residencia).

La jurisdicción en cuestión debe dictar una resolución a más tardar seis semanas después de haber sido presentada la demanda. Se dará audiencia al menor durante el procedimiento, a menos que se considere inadecuado habida cuenta de su edad o su grado de madurez. La restitución del menor no puede denegarse si no se ha escuchado a la persona que la solicitó.

Los órganos jurisdiccionales del país de la UE donde se produjo el secuestro del niño pueden solamente rechazar la restitución del menor cuando exista un grave riesgo para la salud física y psíquica del menor (con arreglo al artículo 13, letra b) del Convenio de La Haya de 1980). No obstante, el juez debe ordenar la restitución del niño si se establece que se tomaron disposiciones adecuadas para garantizar la protección del niño después de su restitución.

En caso de que un órgano jurisdiccional dicte una resolución de no restitución, debe transferir el expediente a la jurisdicción competente del país de la UE donde el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado. Esta jurisdicción tiene la última palabra para decidir si debe restituirse o no al menor. El juez debe dar al menor y a las partes la posibilidad de ser escuchados y tener en cuenta también los motivos y los elementos de prueba sobre la base de los cuales el primer juez dictó su resolución de no restitución. Si el juez del país de la UE de origen dicta otra resolución, es decir que el niño debe ser restituido, esta resolución será reconocida y ejecutiva en el otro país de la UE, de manera automática y sin que sea necesaria una declaración de ejecutoriedad («supresión de exequátur»). No será posible oponerse a la resolución siempre que el juez del país de la UE de origen haya expedido un certificado.

Por regla general, el Reglamento sustituye a los convenios existentes celebrados entre dos o a varios países de la UE relativos a las materias reguladas por el mismo. El Reglamento prevalecerá sobre algunos convenios multilaterales en las relaciones entre los países de la UE en lo que se refieren a materias reguladas por el primero, es decir: el Convenio de La Haya de 1961 (ley aplicable en materia de protección de menores), el Convenio de Luxemburgo de 1967 (reconocimiento de las resoluciones relativas al matrimonio), el Convenio de La Haya de 1970 (reconocimiento de los divorcios), el Convenio europeo de 1980 (la custodia de los hijos), el Convenio de La Haya de 1980 (aspectos civiles del secuestro internacional de niños).

Por lo que se refiere a las relaciones con el [Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0046_es.htm), el presente Reglamento se aplica en su totalidad cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un país de la UE.

**LECCIÓN 11**

**DERECHOS PATRIMONIALES**

**LOS BIENES EN EL CODIGO CIVIL**

Dentro de la categoría de bienes el Código Civil engloba los objetos considerados materiales e inmateriales susceptibles de valor, el conjunto de bienes constituye el patrimonio de una persona. Los bienes materiales, son aquellos de existencia física o corpórea o cosas en el sentido clásico y los bienes inmateriales son los que se identifican como incorpóreos o intelectuales, en esencia bienes que no son considerados jurídicamente cosas, tales como los derechos de autor, marcas o patentes de invención.-

Se llaman cosas los objetos corporales susceptibles de tener un valor y son clasificadas en bines muebles e inmuebles. son inmuebles por naturaleza, las cosas que se encuentran por si inmovilizadas, también son así considerados por accesión, las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de permanencia. En tanto que son cosas muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por si mismas, sea que solo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles.-

En lo que se refiere a la relación de las cosas con el Derecho Internacional Privado y la ubicación de la ley aplicable, se utiliza la expresión estatuto real o estatuto patrimonial, tal como lo señala Beatriz Pallares “Tradicionalmente, la expresión “estatuto real” se utiliza para referirse al derecho nacional aplicable a las cosas consideradas individualmente”.Es la determinación del estatuto real el que interesa para determinar y resolver las cuestiones que se relacionan con situaciones internacionales que involucran los bienes, diferenciándose así de la solución a través del estatuto personal.-

**BIENES MATERIALES DE EXISTENCIA FISICA O CORPOREOS. LEGISLACION APLICABLE.-**

Lo relacionado a los bienes–muebles o inmuebles- en lo que se refiere a la legislación internacionalmente aplicable se resuelve por el lugar de su situación. La lex rei sitae, se ha impuesto como regla general, hecha la salvedad que en algunas situaciones especiales vinculadas a los bienes muebles y a conflictos móviles, la solución puede tener excepciones.-

La situación del bien en si mismo no es mas que un dato, un elemento de conexión que ubica una cosa-un bien-en un determinado lugar, que en el caso del Derecho Internacional Privado, se refiere a la ubicación territorial, que representa en este caso la soberanía que el Estado ejerce sobre todo bien ubicado en su territorio, sometiendo en principio toda relación, vinculo jurídico o situación jurídica a las leyes del ordenamiento jurídico del territorio estatal.-

El que nos referíamos a un estatuto real, es la consecuencia directa de los principios de soberanía que se impusieron acompañando la conformación del Estado, que en un principio imponía la territorialidad absoluta en la aplicación de la Ley.-

El aforismo latino “lex rei sitae”, se traduce en que la ley que rige los bienes es el lugar de su situación, representa esta idea y se incorpora en los códigos modernos, para indicar que en general todo lo relacionado a las cuestiones de derechos relacionadas a los bienes, son regidas a los bienes, son regidos por el lugar que se encuentran ubicados.-

Hernández Romo, dice que “…resulta absurdo desde un punto de vista jurídico aseverar que los bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de su ubicación, habida cuenta que en estricto derecho los bienes inmuebles no pueden regirse, no pueden ser titulares de derechos, ni reportar obligaciones, ni ser sancionados, ni en forma alguna ser susceptibles de observar o violar el mandato del legislador que va dirigido exclusivamente a seres libres o inteligentes”.-

El citado autor se pregunta: ¿Cuál es entonces el significado jurídico del principio enunciado?, y responde “El principio enunciado como norma jurídica solo puede referirse a la conducta humana que tenga relevancia jurídica en relación con un bien inmueble”. Es decir, considerando “uti singuli” no “uti universitas”, que estaría referido al territorio del Estado, o sea, tal cual refiere Hernández Romo, en su aspecto de objeto de un patrimonio.-

En efecto, es la conducta de las personas a los que la ley atribuye derechos y obligaciones, la que produce determinados efectos jurídicos sobre los bienes. Es en tal sentido, que el derecho se ocupa de regularlos, así será relevante la capacidad de las personas para adquirir o disponer de ciertos bienes, la observancia de las formas que la ley exige para el perfeccionamiento o la eficacia de actos relacionados a los bienes, la causa licita o ilícita del objeto o bienes sobre los que versa un contrato o negocio, como también la jurisdicción en la cual habrá de discutir las cuestiones que surjan como consecuencia.-

La sumisión a la ley territorial como consecuencia de la ubicación del bien, tiene otras consecuencias, como el hecho de que resulta indiferente la nacionalidad de los sujetos de la situación o relación jurídica que tiene por objeto el bien, la regla se aplicara independientemente que el sujeto sea nacional o extranjero.-

La referencia a la ley de situación es igual a decir ley territorial, y cuando el código utiliza esta expresión para referirse a cualquiera de las consecuencias o efectos de los actos que guardan relación a los bienes, debe ser interpretada con este sentido, además y por lo general, estas normas son de naturaleza imperativas.-

Todo el derecho que determina la posesión, el dominio, su alcance, limitaciones, disposición o enajenación, como regla general, son regidos por la ley de situación del bien, o la ley territorial del Estado en que los mismos se encuentran situados.-

**LEY APLICABLE A LAS RELACIONES QUE TIENEN POR OBJETO BIENES. LA LEX REI SITAE.-**

Pérez Vera apunta que “Tradicionalmente ha sido la lex rei sitae la ley rectora de los bienes inmuebles, ya que ofrece mayores ventajas, tanto desde el punto de vista del Estado como desde una óptica protectora del trafico jurídico y de los intereses de los particulares”, refiere que además de las ventajas que tiene la conexión “situada del bien” existen otras de carácter general como la mejor localización de una relación jurídica porque su localización material aparece evidente y no plantea problema de localización. Esta regla es la adoptada por nuestro código que de acuerdo a la disposición citada, hace regir por la lex rei sitae:

1. La calidad del bien. Se refiere a la determinación de la naturaleza del bien, la distinción entre cosa mueble e inmueble es propiamente una disposición relacionada a la calificación del bien, que como regla general en Derecho Internacional Privado es realizada en base a la lex fori, constituyendo la calificación en relación a los bienes una excepción a esta regla.-
2. La posesión. Los derechos sobre la cosa y sus efectos son comprendidos en la disposición y son regidos igualmente por la ley de situación.-
3. La enajenabilidad. En cuanto se refiere a las condiciones que la ley de situación impone como condición o restricción, comprendiendo la enajenabilidad absoluta y la inenajenabilidad relativa.-

El art. 1896 del Código Civil indica que se encuentran dentro del comercio de las cosas cuya enajenación no fuese expresamente prohibida, o no dependiese de una autorización pública, en tanto que el artículo 1897 aclara que las cosas pueden estar fuera del comercio por su inenajenabilidad absoluta o relativa.-

Son absolutamente inenajenables las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto el código o la ley permitan tales prohibiciones. En tanto que son relativamente inenajenables las que necesitan las que necesitan una autorización previa para su enajenación como en los casos en que la ley impone si ciertas condiciones para su enajenación, como la autorización para disponer de un bien inscripto como bien de familia la situación de los bienes de los incapaces que requieren autorización especial.-

4. Las relaciones de carácter real. Restricciones en razón de garantías reales como la hipoteca, prenda o el usufructo.-

Por consiguiente, la regla para la determinación de la ley de situación del bien, sin distinción sobre la calidad de mueble o inmueble, pero la naturaleza de uno y otro determina algunas situaciones particulares. En el caso de los inmuebles su fijeza en el territorio no ofrece dudas y constituye el elemento de principal conexión en el caso de los muebles, como pueden ser transportados o cambiados de lugar, es preciso admitir algunas distinciones.-

El Código Civil Paraguayo se ocupa de la ley aplicable a los bienes en el art. 16 dentro del titulo preliminar: “Los bienes, cualquiera sea su naturaleza, se regirán por la ley del lugar donde estén situados en cuanto a su calidad, su posesión, su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles”.-

La disposición del Art. 16 del Código Civil encuentra su fuente en el Anteproyecto De Gasperi y en el Art.32 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, cuyos textos son casi idénticos. El Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 en su Art.26 para referirse a la ley aplicable a los bienes, señala que serán regidos por el lugar “donde existan”, a diferencia de nuestro Código y las fuentes citadas que utilizan la expresión situación de los bienes, que indica una mejor manera la idea de ubicación física del bien.-

Se puede observar en el texto del Art.16 del Código Civil que las relaciones o situaciones jurídicas que versen sobre bienes, cualquiera sea la naturaleza de estos, en lo que respecta a su calidad, los elementos para considerar la posesión que se pueda ejercer sobre el mismo, la enajenabilidad, que implícitamente indica el derecho de dominio o titularidad para efectuarlo incluyendo todas las relaciones de carácter real sobre los mismos, estando los bienes situados en el territorio, son regidos por las leyes que integran el ordenamiento jurídico de la Republica.-

El Art.10 del Código Civil Argentino es más estricto, por cuanto indica que los bienes serán regidos “exclusivamente” por las leyes del país. Es más, agrega “El titulo, por lo tanto, a una propiedad raíz, solo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la Republica”.El articulo del Código de Vélez Sarsfiel alude a los inmuebles situados dentro del país y los somete a la ley local. No alude a los situados en el extranjero, por lo que la norma ha sido considerada incompleta.-

El Código de Bustamante en el Art.105 dispone que los bienes “están sometidos” a la ley de situación, en tanto que todas las demás que rigen o regirán por la ley de situación, lo que no hace variar el sentido, si bien consideramos que la idea de sometimiento implica una terminología que se va incluyendo en la medida de la evolución de las relaciones internacionales de los Estados.-

La palabra bien significa en derecho objeto susceptible de valor. Todo objeto y cualquier objeto, susceptible de valor, resulta en derecho un bien. No es indispensable que el valor sea económico o patrimonial. Basta que el objeto revista algún tipo de valor. Este puede ser un valor moral o espiritual, para recibir la protección de la Ley, puesto que, como es sabido, el derecho protege no solo los bienes patrimoniales sino también aquellos que no lo son. Los bienes en derecho pueden ser corporales o incorporales. Los primeros son aquellos de que los Romanos decían quae tangi possunt; que pueden ser tocados o alcanzados por los sentidos.-

En efecto, dentro de la categoría de bienes del Código Civil engloba los objetos considerados materiales o inmateriales susceptibles de valor, el conjunto de bienes constituye el patrimonio de una persona. Los bienes materiales, son aquello de existencia física o corpórea o cosas en el sentido clásico y los bienes inmateriales son los que se identifican como incorpóreos o intelectuales en esencia bienes que no son consideradas jurídicamente cosas, tales como los derechos de autor, marcas o patentes de invención. Se llaman cosas los objetos corporales susceptibles de tener un valor y son clasificadas en bienes muebles e inmuebles. Son inmuebles por naturaleza, las cosas que se encuentran por si inmovilizadas.-

El precepto comentado hacer regir por la ley de la situación de los bienes, lo que guarda relación a su calidad, su posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y todas las relaciones de carácter real de que son susceptibles. En cuanto a su calidad, se refiere a que los bienes pudieran ser considerados, muebles o inmuebles, según se determine de acuerdo a la ley de situación.-

La calificación esta indicada por la situación de los bienes que representa una excepción a la norma general que se observa en materia de calificaciones, la que sujeta de ordinario a la lex fori. Son regidas por la ley de situación todas las relaciones de carácter real de que pudieran ser susceptibles los bienes, como la hipoteca, la prenda y los otros derechos reales.-

**ALCANCE Y LIMITACIONES DE LA LEY DE SITUACION EN EL CODIGO CIVIL.-**

Sobre la aplicación del principio, su alcance y limitaciones podemos advertir que el Código se refiere a las inmuebles y a la ley aplicable, manteniéndole principio en varias disposiciones. En efecto el Art.2447 del Código Civil indica que el derecho hereditario se rige por la ley del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, sean nacionales o extranjeros sus sucesores y agrega que lo relacionado a los inmuebles situados en el país serán regidos por las leyes de la Republica, lo que equivale decir que se regirá por la ley de situación del bien lo relacionado a la sucesión de los bienes.-

Sobre los bienes que integran la comunidad de bienes o relacionados al régimen de bienes que estén situados en la Republica, el principio de la lex rei sitae se relativiza respecto a los matrimonios celebrados en el extranjero, no así respecto a los celebrados en nuestro país, respecto a lo cual el principio lex rei sitae se mantiene, lo que surge del Art. 134 del Código Civil.-

Siempre sobre el régimen de bienes, lo dispuesto en el Art. 135 del Código Civil, constituye una norma de conflicto de carácter jurisdiccional, al establecer que quienes tengan su domicilio y bienes en la Republica, aun cuando el matrimonio hubiere sido celebrado fuera de ella, o lo que es lo mismo, un régimen de bienes constituido en el extranjero, podrán promover la disolución en el país demandando el cumplimiento de las convenciones, para nosotros comprensivo del régimen de bienes adoptado, aunque no hubiera convención expresa, sujeto el cumplimiento de la convención o régimen- a las normas imperativas y de orden publico local.-

De acuerdo a la segunda parte de la citada disposición, el régimen de bienes o convenciones matrimoniales concertadas en el extranjero por matrimonios celebrados también en el extranjero, que se encuentren domiciliados en el país, siguiendo el principio de atribución de jurisdicción del domicilio, por la cual la acción de disolución deberá ser planteada en el lugar del domicilio, podrán plantear el cumplimiento de las convenciones o régimen de bienes ante el órgano jurisdiccional competente nacional dejando a salvo la posibilidad de que se hubiera pactado otro lugar de ejecución, pero siempre sujeto a que no se contravengan las normas imperativas y de orden publico relacionadas a los bienes.-

Como norma imperativa del derecho local, los gravámenes hipotecarlos aun cuando fueron constituidos en el extranjero, pero referidos a inmuebles situados en la Republica, se ceñirán al sistema de publicidad y recaudos propios exigidos en el país, como la inscripción de la Dirección de Registros Públicos, del instrumento publico, en el cual conste su otorgamiento.-

Las cuestiones relacionadas a la capacidad de hecho de las personas sobre actos que pudieran involucrar bienes de la Republica, no son afectados por la lex rei sitae, se sujetan a la ley del domicilio se encuentre este en la Republica fuera de el, según surge de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 del Código Civil.-

Lo relacionado a su formación, prueba, validez y efectos de los actos incluyendo los celebrados en el extranjero, cuando tuvieren por efecto su ejecución en el país, o su incumplimiento fuere reclamado ante los órganos jurisdiccionales nacionales, se sujetaran a las leyes de la Republica.-

**JURISDICCION INTERNACIONAL COMPETENTE EN MATERIA DE BIENES.-**

La ley de situación es también el elemento de conexión para la determinación de la jurisdicción competente y en tal caso nos referimos al forum rei sitae, que toma en consideración no el vinculo personal de las partes, sino que parte de un elemento real y objetivo como la situación de la cosa objeto de la relación o vinculo entre ella, donde la cuestión se vincula con la pretensión o acción derivada del derecho erga omnes que caracteriza las relaciones de carácter real sobre el objeto.-

En materia de inmuebles el Código de Organización Judicial (COJ) dispone que en las acciones reales sobre inmuebles será competente el Juez del lugar de situación (art.16 primera parte), y cuando se ejerzan acciones reales sobre muebles, será competente el Juez del lugar donde se hallen o el del domicilio del demandado, a elección del demandante (art. 16 ultima parte). Como vemos, en materia de muebles se establece como determinación de la jurisdicción el forum rei sitae, pero se da opción al actor a promover la acción ante el domicilio del demandado.-

Tal como es referido por Beatriz Pallares “La atribución de competencia a los tribunales del lugar de situación de los bienes constituye un principio universalmente aceptado. Sin embargo, su unánime admisión no excluye la necesidad de realizar algunas consideraciones en orden al carácter y alcance de la regla forum rei sitae. Debe tener presente que la estrecha relación existente entre los derechos reales y el Estado de situación de los bienes inmuebles se plantea de diferente manera en el sector del derecho aplicable que en la jurisdicción.-

Si se piensa en los derechos reales sobre bienes inmuebles, la localización del derecho con el cual el caso tiene la relación mas estrecha, su sede, se vincula con la pretensión de que la reglamentación material sea solo una. En tanto que en el ámbito de la competencia judicial internacional, la vinculación exigida es por lo general bastante más débil, contentándose con un mínimo de contactos, ya que las exigencias de realización de la justicia provocan en muchos casos la apertura de diversos foros de competencia para el mismo supuesto.-

**EFECTOS DE LA TRASLACION DE BIENES MUEBLES CON RELACION AL ADQUIRENTE.-**

El código Civil se ocupa de los efectos de la traslación de bienes muebles y las consecuencias para el adquirente, quien podría verse expuesto o menoscabado en su derecho con motivo de la movilización del bien y por imperio de la ley de situación cuando es transportado a la orbita de otra legislación.-

Le disposición contenida en el titulo preliminar, Art.18 primera parte del Código Civil dice específicamente “El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición”. Determina que los derechos del adquirente no son afectados por la traslación de la cosa, quedan sometidos a la legislación bajo la cual se produjo la adquisición a fin de evitar divergencias sobre la legislación aplicable al acto jurídico por el cual una persona se torna propietario o dueño de la cosa.-

El segundo párrafo de la primera parte del Art.18 del código Civil, prevé la situación sobre las exigencias de publicidad del nuevo lugar de situación de la cosa mueble, ya sea para su protección jurídica o simplemente como obligación legal, dispone que en estos casos los interesados, están obligados a cumplir las exigencias de fondo y forma exigidos por la ley de la nueva situación a los efectos de mantener el derecho adquirido o la conservación del mismo. El párrafo dice “Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos”.-

De acuerdo a lo dispuesto en el articulo comentado, se pretende la determinación y fijeza de la legislación bajo la cual se asume una obligación real sobre las cosas muebles, de modo tal que con la traslación o movilización del bien con el fin de sustraerlo a los efectos de una primera legislación, no se produzca una modificación en las condiciones legales bajo la cual se produjera esa relación.-

**EFECTOS DE LA TRASLACION DE BIENES MUEBLES O COSAS LITIGIOSAS.-**

Teniendo en cuenta que la movilización del bien podría producir dudas sobre la legislación y jurisdicción competente en las acciones ya iniciadas determinadas sobre la situación anterior del bien, el código dispone en el segundo párrafo del Art. 18 “El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables”.-

Por tanto la acción real iniciada sobre los parámetros de competencia determinados en base a la situación del bien, no son alterados por su movilidad posterior, dejando fijada la competencia y la ley aplicable. La disposición prevé la posibilidad o intención de pretender sustraer el bien de las consecuencias que puedan derivar de la ley aplicable y jurisdicción competente del lugar de situación al inicio del litigio.-

**TRASLACION Y DISPOSICION DE BIENES MUEBLES FRENTE A LOS TERCEROS DE BUENA FE.-**

Hemos visto que de conformidad al Art.18 del Código Civil la traslación de un bien mueble no afecta los derechos del adquirente, hemos observado, sin embargo que la ley remite a la ley de la nueva situación el régimen de publicidad, en tal caso, que consecuencias pueden derivar de esta situación?.-

Los terceros pueden verse afectados por relaciones surgidas o asumidas en el nuevo lugar de situación, en estos casos, siguiendo el principio de protección a la buena fe el Art.19 del Código Civil, establece que “Los derechos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, prevalecen sobre los del primer adquirente”.-

La disposición es consecuente con el sistema del Código Civil en materia de adquisición de bienes muebles dado que conforme al art.2063 del Cod. Civil “La posesión constituye en propietario al adquirente de buena fe, aunque la cosa no pertenezca al tradente, salvo el caso de que fuese robada o perdida. Los derechos reales que pudieren existir sobre ella quedan extinguidos. Las acciones de nulidad, resolución o rescisión a que se hallaba sometido el tradente, no pueden hacerse efectivas contra el poseedor actual”.-

Estas disposiciones son concordantes con el art.2067 del Cod. Civil “El que de buena fe adquiere la propiedad de una cosa mueble grava con derechos de un tercero, en la creencia de estar libre de todo gravamen, produce la extinción de esos derechos. No se extinguirán los derechos del tercero, si en la época en que debió tomárselos en consideración, no tenia buena fe el adquirente”.-

En lo que guarda relación a los bienes prendados, el art.2342 del Código civil dispone “Los bienes prendados no podrán ser trasladados fuera del lugar en que se hallaban al tiempo de la celebración del contrato”. Su incumplimiento trae por consecuencia, según la segunda parte, la posibilidad de que el interesado pueda solicitar el secuestro y medidas conservatorias, esta regla tiene una excepción, los automotores, que por cierto pueden ser trasladados sin necesidad de autorización del acreedor prendario, salvo que se trate de un traslado definitivo y no transitorio.-

**LAS GARANTIAS MOBILIARIAS.**

El esfuerzo desplegado en materia de garantías mobiliarias, buscando establecer formulas convencionales materiales que respondan mas adecuadamente a la nueva realidad económica que presentan los bienes muebles y su circulación internacional, es apreciable.

El problema central radica en bienes que envuelven alta tecnología, el objeto es aquí identificable para una garantía de naturaleza especial por el enorme valor económico que representa el bien que se afecta a la garantía. Muchos de estos bienes, son integrados a otros, quizás de menor valor, por lo que se corre el riesgo de que queden sujetos o incorporados como un bien único, sin que se considere su propio valor autónomo como garantía, restringiendo de este modo el crédito o la posibilidad de acceso al crédito.

Esta situación ha motivado la preocupación de la OEA, el tema fue incluido en el temario de la VI Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, celebrada en la sede de la OEA en Washington DC en 2002, oportunidad en que se adopto la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. De este modo incorporo la CIDIP una nueva modalidad el de la ley modelo, para no frustrar las expectativas si no haber consenso para una Convención Interamericana en este campo.

La ley modelo sobre garantías mobiliarias, debe motivar la paulatina reforma y unificación de las legislaciones nacionales, proceso normalmente lento, pero que abre las puertas a un debate sobre la necesidad de revisión de las legislaciones internas sobre garantías mobiliarias. Lo cierto, es que a la fecha no tenemos normas materiales uniformes, que eliminen la aplicación de las formulas tradicionales de normas de conflictos.

El problema de interpretación y aplicación de las reglas en materia mobiliaria con elementos de internacionalidad, no es simple, el objeto si bien condiciona el tipo de relación o vinculo tratándose de garantías, es en realidad un factor accesorio a una relación contractual a la que se sujeta una obligación de garantía.

La lex contractus, o la autonomía de la voluntad, cuanto esta permitida son referencias necesarias para determinar la validez del contrato y su accesorio, a lo que se suma, tratándose de bienes, las leyes de policía o de orden publico. Si bien, como lo advierte Diego Fernández Arroyo “..Que en el marco contractual la cuestión no se agota en la determinación lisa y llana del derecho aplicable al fondo de la relación de garantía, ya que subsisten otros interrogantes, tales como la posibilidad de depecage entre la ley aplicable al contrato de base y a las garantías, o la determinación de la ley aplicables a aspectos no cubiertos por la lex contractus.

Tratándose de bienes muebles, como se ha advertido anteriormente surgió situaciones especiales en los conflictos móviles, por lo que la regla lex rei sitae para la determinación de la ley aplicable a los muebles cuando se trata de garantías sufrirá algunas limitaciones, por que la nueva situación del bien, regirá los aspectos propios de orden publico y leyes de policía para juzgar su validez así como los efectos frente a terceros, lo cual es otra razón del interés en una convención y una norma material uniforme lo suficientemente amplia como para abarcar las nuevas novedades mobiliarias, su capacidad de respaldar y garantizar créditos así como la seguridad jurídica de su otorgamiento.

**BIENES EN LA REPUBLICA Y ACTOS JURIDICOS EN EL EXTRAJERO.**

Hemos visto que el código establece que los bienes son regidos por la ley de situación, la calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles. Esta disposición no implica que no se puedan celebrar actos jurídicos en el extranjero respecto de bienes inmuebles situados en la Republica, en la medida que en dichos actos no afecten disposiciones imperativas del ordenamiento local o de situación del bien.

De acuerdo a las reglas relacionadas a los actos jurídicos, todo lo relacionado a las relaciones de carácter personal y formal del acto serán regidos por el lugar de celebración, pero las referidas a los bienes situados en la republica, no podrán afectar ni modificar las normas previstas para la enajenación del bien ni las restricciones que por normas imperativas estén previstas, en otras palabras todo, lo relacionado a las restricciones o formalidades especiales para la o transferencia son regidos por nuestras leyes, si el bien se encuentra situado en el Paraguay.

Es lo que dispone el art. 21 del Código Civil, ubicado igualmente en titulo preliminar, “Los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la republica, serán validos siempre que consten de instrumentos públicos debidamente legalizados, y solo producirán efectos una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el registro publico”.

Exige para surtir efecto el requisito del instrumento publico, o sea aquel que conforme a las leyes de su otorgamiento reúnan las condiciones del tal y el requisito de legalización, que debe ser efectuado ante el consulado, aun así sujeta los efectos a un control jurisdiccional para su inscripción en la Dirección de Registro Públicos.

Conforme a las reglas del Código Civil podemos determinar que el acto jurídico sobre un bien inmueble en la republica, se rige en cuanto a sus formas por la ley del lugar de celebración, pero respecto de la naturaleza del bien, su enajanabilidad y efectos de carácter real, deberá ajustarse a la ley de situación del bien. El régimen de publicidad de estos actos queda perfeccionado con la inscripción en la Dirección de Registros Públicos previa orden judicial.

**LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL DE 1889 Y 1940.-**

La ley aplicable a los bienes se encuentra en ambos tratados en el Art. 26 del TDMCM/89 que es similar al del Art. 32 del TDCM/40 salvo en que el primero hace alusión a la ley del lugar donde existen, en tanto que el ultimo se refiere a la ley del lugar donde están situado. El Art. 32 dispone: Los bienes cualquiera sea su naturaleza, son exclusivamente regido por la ley del lugar en donde están situado en cuando a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho por carácter real de que son susceptible.

Lo dispuesto en el Art. 30 del TDCM/89 y el Art. del TDCM / 40 son básicamente similares. Este último al igual que el anterior dispone que el cambio de situación de los bienes muebles no afecte los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían a tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigido por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos, pero a diferencia del anterior adiciona que el cambio de la situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.

El Art. 31 del TDCM/89 es similar al Art. 35 del TDCM/40 dispone que los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad a la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente.

**LOS BIENES DE NATURALEZA ESPECIAL. LEY APLICABLE A LOS BUQUES Y AERONAVES.-**

Por su naturaleza especial, el código civil se ocupa de las normas de conflicto relacionadas a los buques y aeronaves en disposición aparte, estableciendo como regla que uno y otro están sometidas a la ley del pabellón en cuando a su adquisición, enajenación, derechos y obligaciones de la tripulación.

Los buques y aeronaves por su propia naturaleza no están destinados a permanecer en un solo lugar por consiguiente son objeto de leyes especiales nacionales o internacionales (Tratados y convenciones) que determinan las reglas a seguir. El código civil dispone que el Art. 21 del titulo Preeliminar Los Buques y aeronaves están sometidas a la ley del pabellón en lo que respecta a la adquisición, enajenación y tripulación. A los efectos de los derechos y obligaciones emergentes de sus operaciones en aguas o espacios aéreos no nacionales, se rigen por la ley del estado en cuya jurisdicción se encontraren.

El tratado de navegación Comercial Internacional de 1940, al ocuparse de los buques dispone que : la nacionalidad de los buques se establece y regula por la ley del estado que otorgo el uso de las bandera. Esta nacionalidad se prueba con el respectivo certificado legítimamente expedido por las autoridades competentes de dicho estado.

Se puede apreciar que la expresión pabellón y bandera son expresiones sinónimas y que en realidad están determinando no solo la legislación por la que de modo general se rige, sino que está estableciendo la nacionalidad que se le atribuye ye n tal sentido se dirá es un buque paraguayo, español.etc.

El cambio de bandera o pabellón o como vemos de nacionalidad de acuerdo al tratado de navegación, no modifica los derechos vigente, respecto a los privilegios y otros derechos reales, el cambio de nacionalidad no perjudica los derechos existentes sobre el buque. La extensión de esos derechos se regula por la ley de la bandera que legalmente enarbolaba el buque en el momento en que se opero el cambio de nacionalidad. Ahora bien, el derecho de embargar y vender judicialmente un buque, se regula por la ley de su situación.

En cuanto a las aeronaves siguen el mismo principio, la ley Nº 1860/01 que establece el Código Aeronáutico dispone que la Republica del Paraguay tiene soberanía en el espacio aéreo situado sobre su territorio, que incluye las aguas jurisdiccionales. Y que las relaciones jurídicas derivadas de la aeronavegación se regirán por las disposiciones de la Constitución Nacional, los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Paraguay, el presente código y sus reglamentos.

El Código Aeronáutico dispone que si alguna cuestión no puede resolverse por aplicación de las normas jurídicas mencionadas, se tendrán en consideración la restante legislación positiva vigente, los principios jurídicos del derecho aeronáutico, los usos y costumbres de la actividad aérea y los principios generales del derecho.

La evolución del derecho aeronáutico va dejando de lado la expresión pabellón, aun cunado se sigue usando la expresión bandera para determinar la nacionalidad de la aeronave que tiene importancia en la determinación de la ley aplicable. Actualmente el elemento que determina la nacionalidad es la matricula. El Código Aeronáutico siguiendo esta orientación legislativa dispone en su Art. 4º que “Las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado donde están matriculadas”.

Las aeronaves matriculas en la Republica del Paraguay, de acuerdo al Art. 5º del Código Aeronáutico “Estarán sometidos a la legislación de la Republica del Paraguay y serán juzgados, según corresponda, por sus tribunales o por la autoridad administrativa:

1. los hechos, los actos, los hechos punibles y las faltas, acaecidos a bordo de un aeronave privada paraguaya, sobre territorio Paraguayo, sobre alta mar o en el espacio aereo que no dependa de la soberanía de ningún estado.
2. Los hechos, los actos, los hechos punibles y las faltas, acaecidazo a bordo de una aeronave privada paraguaya sobre territorio extranjero, excepto en aquellos casos en que se comprometa la seguridad del estado subyacentes, o se causen daños a las personas o bienes en la superficie.

En cuanto a la jurisdicción competente, vemos que sigue en general lo dispuesto en el Código de Organización Judicial “COJ” (Ley Nº 879/82) en su art. 24 “Los jueces y Tribunales nacionales son competentes para conocer de los actos ejecutados y los hechos producidos a bordo de aeronaves en vuelo sobre territorio Paraguayo. Si se tratar”

De aeronaves extranjeros, solo serán competentes los Tribunales nacionales en caso de infracción a las leyes o reglamentos de seguridad publica, militares, fiscales o de seguridad aérea, o cuando comprometan la seguridad o el orden publico, o afecten el interés del Estado o demás personas, o se hubiere realizado en el territorio nacional el primer aterrizaje después del hecho.

El COI establece en su art. 25 “Es competente también la justicia de la Republica en los hechos y actos producidos a bordo de aeronaves paraguayas en vuelo sobre alta mar o cuando se ejecuto el acto o se produjo el hecho. Si los actos se hubieran efectuado a bordo de una aeronave paraguaya en vuelo sobre territorio extranjero los Jueces y Tribunales nacionales solo serán competentes si se hubieran afectada legítimos intereses nacionales”.

El Código Aeronáutico respeto a las aeronaves extranjeras o con matricula extranjera, señala que se regirán por la ley de matriculación aun cuando vuelen sobre el territorio Paraguayo, por los que los hechos punibles y las faltas acaecidas a bordo se regirán por la legislación de su matricula y juzgados por sus autoridades respectivas.

Esta regla tiene las siguientes excepciones: a) cuando se afecte la seguridad del estado o el orden publico o se violen disposiciones de carácter militar o fiscal; b) cuando se transgredan leyes o reglamentos de la circulación aérea; c) cuando se lesionen los intereses del estado paraguayo o se causen daños a personas o bienes que se encuentren en territorio paraguayo; y; d) cuando se cometa un delito que tenga efecto en territorio paraguayo o que se efectué en la Republica el primer aterrizaje posterior al hecho punible.

Sobre la autoridad administrativa responsable, el art. 7° del Código Aeronáutico dispone que “Compete a la Autoridad Aeronáutica Civil la aplicación en el ámbito administrativo de las disposiciones de este Código y de las demás normas jurídicas relacionadas con la aeronavegación, asi como la regulación, fiscalización y control de las actividades, infraestructura y servicios inherentes a la aeronavegación, la investigación de incidentes y accidentes aeronáuticos y la sanción de las faltas”.

**LECCIÓN 12**

**LECCIÓN 13**

**ACTOS JURÍDICOS**

Dentro de la categoría de hechos jurídicos existe una especie, los actos jurídicos, que tiene una enorme importancia en el campo del derecho. Es el medio con que cuentan los hombres para establecer entre ellos el tejido infinito y complejísimo de sus relaciones jurídicas. La inmensa masa de actos jurídicos comprende hechos de tan diversa importancia y naturaleza como, por ejemplo, las pequeñas compras de mercaderías al contado (cigarrillos, golosinas, comestibles, etc.), la adquisición de un inmueble, de un establecimiento comercial o industrial, e incluso de nivel internacional, como se verá más adelante.

Entre los diversos conceptos que podemos encontrar en la doctrina, a decir del eminente maestro Luis De Gasperi, los Actos Jurídicos son *“los hechos u omisiones humanos voluntarios lícitos que, teniendo por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, producen por si mismos consecuencias que pueden consistir en la creación, modificación, transferencia, conservación o extinción de derechos y obligaciones del derecho privado”*.

Algunos autores diferencian a los actos jurídicos de los negocios jurídicos, en el hecho de que los efectos de los actos jurídicos se encuentran predeterminados por una la Ley, mientras que los efectos de los negocios jurídicos son regulados por sus autores (autonomía de la voluntad). No obstante la doctrina y la jurisprudencia predominantes a nivel internacional reconocen en su mayoría el peso de la voluntad en los actos jurídicos, por lo que se suelen calificar los dos como negocios jurídicos, razón por lo que se suelen usar ambos términos indistintamente, y es de dicha manera como se procederá en las paginas siguientes.

También debemos hacer la salvedad de que en el concepto Acto Jurídico no se incluyen a los llamas “actos de autoridad”, pues estos son actos propios del Derecho Público, mientras que este trabajo se encuadra enteramente en el ámbito del Derecho Privado.

Aplicado el concepto de acto Jurídico a la esfera del Derecho Internacional Privado, encontramos que los elementos de dicha institución se ven afectados por la intromisión del *factor extranjero* en la relación jurídica generada entre los sujetos actuantes. Tales elementos entran a tallar para determinar la legislación aplicable y validez jurídica del Acto. Podemos agruparlos en dos grupos:

* *Requisitos de fondo:* la capacidad de los otorgantes, la voluntad exenta de vicios, el objeto lícito, la causa final.
* *Requisitos de forma:* son las solemnidades o formalidades de los actos jurídicos. la forma, sobre este último trataremos con más detalle en el titulo siguiente.

Con respecto a la “Capacidad”, Garfias la define como la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, así como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo.

La capacidad jurídica puede revestir dos modalidades:

* *Capacidad de Derecho:* es la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y de deberes jurídicos. En cuanto a este requisito, El Código Civil Paraguayo somete la cuestión a la LEY TERRITORIAL, es decir, a la del Órgano Jurisdiccional al que se plantea la cuestión.
* *Capacidad de Hecho:* es la aptitud para ejercer por si mismo lo derechos y contraer las obligaciones. EL Código dejar esta cuestión bajo amparo de la LEY DEL DOMICILIO de la persona.

La “Voluntad” es facultad de decidir y ordenar la propia conducta, manifestada en un acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa, queriéndola, o aborreciéndola y repugnándola. El Código Civil establece los requisitos para que un Acto Jurídico sea considerado como provisto de “voluntad”.

*“Art.277.- Los actos voluntarios previstos en este Código son los que ejecutados con discernimiento, intención y libertad determinan una adquisición, modificación o extinción de derechos. Los que no reuniesen tales requisitos, no producirán por sí efecto alguno.”*

Se dice que la voluntad se halla viciada cuando carece de uno de estos requisitos. En cuanto a la norma aplicable, la voluntad de los agentes del acto y sus vicios substanciales han de ser juzgados por las normas propias del Código Civil Paraguayo, siempre que los actos tengan por lugar de cumplimiento la República, en este sentido se expresa el art. 14 del mencionado cuerpo legal. Es decir, establece que ha se utilizarse la LEY TERRITORIAL.

El Objeto del Acto, es la finalidad que con el acto u operación se persigue. *Capitant* define el objeto como la prestación sobre la que recae un derecho, obligación, contrato o demanda judicial. tratándose de actos a tener su cumplimiento en la Republica, el código declara aplicables al objeto del acto sus propias normas, es decir, NORMAS TERRITORIALES.

Por último, con respecto a la “Causa”, entendida como “Causa- Fin”, para diferenciarla de la “Causa- Fuente”, podemos decir que esta significa el fin que persigue el agente en un acto jurídico. No indica por qué está obligado el agente (causa-fuente), sino “por qué” ha querido obligarse. Esta causa es de esencia psicológica, ya que su estudio implica indagar en la voluntad del sujeto. Se proyecta al futuro (mientras la causa- fuente al pasado). Es la intención motivada del agente.

**FORMA**

En la terminología jurídica común *forma* se opone a *fondo* o sustancia. Desde esta perspectiva la forma es fungible, pues una misma relación sustantiva puede ser celebrada de diversas formas. La forma de un acto jurídico comprende todas las circunstancias que lo revisten de exterioridad.

Se dividen en formas *ad probationem* y *ad solemnitatem*, y estas últimas en auténticas y no auténticas. Se denomina negocio jurídico *“formal solemne”* al que debe ser instrumentado de una manera específica pues de lo contrario el acto es nulo.

La forma es “*ad probationem”* el negocio para cuya celebración no está prevista una forma determinada pero cuya observancia sirve para asegurar la prueba en juicio. La forma sirve para demostrar la existencia de la voluntad. La *forma ad solemnitatem* es “auténtica” cuando prueba la existencia del acto jurídico por sí sola (como la escritura pública) y es “no auténtica” cuando requiere la concurrencia de otro requisito (reconocimiento de la firma en un instrumento privado).

A la cuestión del derecho aplicable, el Derecho Internacional Privado plantea dos soluciones que se construyen sobre dos principios, los de mayor tradición histórica, que determinan criterios diferentes. Son expresados mediante los aforismos *locus regit actum* y *auctor regit actum*.

* *LOCUS REGIT ACTUM*: la ley del país en que tiene lugar un acto determina la forma del mismo. En sus orígenes estatutarios este principio se estableció en función de testamentos y contratos, siendo imperativa respecto a los testamentos y facultativa respecto a los contratos (en los que la autonomía de la voluntad se va expandiendo desde el fondo a las formas). La regla *Locus*, tiene una razón de ser puramente territorial que no está reñida con su eficacia o reconocimiento extraterritoriales como consecuencia de la perfecta bilateralidad del mecanismo conflictual en la materia.
* *AUCTOR REGIT ACTUM*: en documentos públicos en que debe intervenir una autoridad, regirá, necesariamente, la ley nacional de dicha autoridad. En base al principio de la territorialidad del *ius imperii*, los únicos casos en que la aplicación de esta regla no dé el mismo resultado que la anterior serán los protagonizados por agentes diplomáticos o consulares. Aunque la doctrina suele excluir del ámbito de los problemas cubiertos por el estatuto formal la actividad de los servicios públicos, el hecho de que una autoridad pública intervenga en un acto iniciado por particulares y cuyos destinatarios finales son particulares, no altera la naturaleza privada de dichos actos, pero sí determinará la forma del acto considerado.

En cuanto a los INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, encontramos que en El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 aplica a la forma la ley que rige el fondo (art. 11, matrimonio; art. 32, actos jurídicos; art. 44, testamentos). Consagra una excepción en materia de instrumentos públicos, cuya forma se rige por la ley del lugar de su otorgamiento (art. 39, parte primera). El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 establece que la forma del contrato social se rige por la ley del país en el cual la sociedad tiene su domicilio comercial (art. 4).

Los Tratados de 1940 no aplican el principio *locus regit actum* en el matrimonio y los testamentos, cuya forma se rige por la ley de fondo (arts. 13 y 44 del Tratado de Derecho Civil Internacional). Modifica el art. 39 del Tratado de 1889, estableciendo que las formas y solemnidades de los actos jurídicos públicos y privados se rigen por la ley del lugar de su celebración u otorgamiento (art. 36). Unifica la forma en determinadas materias: la adopción debe constar en instrumento público (art. 23), el testamento otorgado por acto solemne en un Estado contratante será admitido en los demás (art. 44).

La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales de 1994 establece en su art. 13 que:

"*Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.*

*"Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución".*

La forma de los medios de prueba y los medios de ejecución de sentencias constituyen, básicamente, el dominio de la regla *locus regit actum.*

Goldschmidt distingue entre la ley que regula la forma y la ley impositiva de la misma. Considera que la regulación de la forma se rige por la ley del lugar en el cual el acto se otorgue o celebre. La necesidad de que un negocio jurídico sea instrumentado de una forma especial se rige, en cambio, por la ley de fondo que impone una forma determinada.

Es con el alcance de la distinción de Goldschmidt que debemos entender la aceptación de la regla *locus regit actum*, referida exclusivamente a la ley que regula la forma extrínseca, pues la ley de fondo o *lex causae* es la que impone una forma determinada, que es imperativa para las partes.

Su reglamentación está sometida a la ley del lugar de la celebración u otorgamiento del acto. La autonomía de la voluntad en materia de formas depende de la *lex causae*, pues las partes son libres de elegir una forma determinada en tanto la ley de

fondo no imponga la forma. Cuando la impone, su reglamentación queda a cargo de la ley del lugar de la celebración u otorgamiento del acto.

En cuanto a nuestro ORDENAMIENTO INTERNO, el Código Civil utiliza como regla el principio de la LEY DEL LUGAR DE CELEBRACION DEL ACTO.

*Art.23.- La forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo la de los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código.*

Esta regla general, encuentra sus excepciones en los siguientes casos:

* *Funcionarios Públicos en el extranjero:* los actos que estos suscriban en tal carácter se rigen por el principio *AUCTOR REGIT ACTUM,* conforme lo prescribe el art. 23 *in fine, del* Código Civil.
* *Ley Más favorable a la validez del acto:* este principio surge del inciso c) del art. 699 del Código Civil que dice: *“La forma de los contratos será juzgada:*

*c) si el acuerdo resultó de correspondencia, de la intervención de agentes o de instrumentos firmados en distintos lugares, se aplicarán las leyes más favorables a la validez del acto.”*

* *Actos otorgados a bordo de naves o aeronaves:* ya que los mismos habrán de celebrarse bajo imperio de la LEY DEL PABELLON.

**VALIDEZ**

Cuando hablamos de validez de los actos jurídicos hacemos referencia a que el acto jurídico llegue a tener efectos legales. Ossorio dice de este concepto que es la *“Cualidad de un acto o contrato jurídico para surtir los efectos legales propios, según su naturaleza y la voluntad constitutiva”*.

Igualmente, es menester citar al autor Santoro quien manifiesta que *"la falta de uno cualquiera de los elementos constitutivos del negocio o de los requisitos legales del mismo o también de los requisitos objetivos o subjetivos podría determinar, respectivamente, la inexistencia o la invalidez del negocio. Pero, en realidad, el ordenamiento procede con mucha cautela, en unos casos reconociendo implícitamente la inexistencia del negocio; en otros sancionando la invalidez; en otros ordenando, como consecuencia, la mera ineficacia; en otros, finalmente, limitándose a conminar con una pena a los autores del negocio irregular".*

Entonces, si un acto jurídico carece de sus elementos o requisitos constitutivos (los mencionados en los títulos anteriores), pierde su calidad de “valido” y acarrea un cese en sus efectos, el cual puede ser total o parcial, con o sin efecto retroactivo. Lo anterior dependerá del grado de sanción legal que se le imponga al acto reputado como “invalido”, la cual puede ir desde la pérdida de eficacia hasta la nulidad, tema sobre el que profundizaremos en el apartado siguiente.

Las formas tienen relación directa con la *validez* del acto. A decir del Dr. Martyniuk, en sentido lato, la forma es el elemento exterior y sensible que necesariamente envuelve cualquier manifestación de voluntad para que pueda ser reconocida como tal. Mas, en sentido estricto, esta se refiere al “conjunto de solemnidades que prescribe la ley”. En otras palabras, si el acto no reúne la forma establecida por la ley, carece de “validez” y sobre esto lo encontramos legislado en el Código Civil:

*Art. 302- “En la celebración de los actos jurídicos deberán observarse las solemnidades prescriptas por la ley. A falta de regla especial, las partes podrán emplear las formas que estimen convenientes.”*

*Art. 281- “Se tendrá como declaración positiva de la voluntad, aquélla que se manifieste verbalmente, o por escrito, o por signos inequívocos, con referencia a determinados objetos. No valdrá sin embargo, la que no revista las solemnidades prescriptas, cuando la ley exigiere un forma determinada para ciertos actos jurídicos.”*

Sin embargo, es menester averiguar a qué clase de forma ha querido referirse el legislador, ya que existen distintos tipos de formas, como bien se indicó más arriba. Se ha sostenido que la

regla “locus” no se extiende a todo tipo de formas, como sería el caso de las *“ad solemnitatem*” que deben cumplirse por la *lex fori*, pues del cumplimiento de estas formas depende la *validez* del acto que deba surtir sus efectos en la República. Por ejemplo:

*“Código Civil, art. 2622- La inobservancia de una formalidad prescripta para la validez de un testamento causa la nulidad de éste en todo su contenido. También causa su nulidad el cumplimiento irregular o incompleto de la formalidad exigida. (…)”.*

Entrando en el campo del DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, encontramos que en nuestro derecho la *validez* intrínseca de los actos jurídicos se rige por la “*ley del lugar de cumplimiento”*, solución que puede inferirse del art. 14 del Código Civil , que dispone:

*"la capacidad e incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios sustanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las normas de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes".*

Fernández Arroyo comenta sobre esta disposición legal cuanto sigue: *“Esta norma, con mala técnica legislativa, trata conjuntamente la capacidad de derecho con la validez intrínseca de los actos jurídicos y los somete a la ley paraguaya cuando deban cumplirse en el país. Lógicamente, la norma unilateral debe ser bilateralizada, lo que permite concluir que los contratos que deben cumplirse en el extranjero se rigen por la ley del lugar de cumplimiento. La doctrina, escasa por cierto, ha abordado sólo problemas generales de DIPr, sin tratar las cuestiones referidas a los contratos internacionales.”*

**NULIDAD Y ANULABILIDAD**

Antes de hablar de NULIDAD, es necesario aclarar el concepto de “INEFICACIA”. La invalidez es la consecuencia de la falta del requisito sustancial del acto, la ineficacia una consecuencia de esa invalidez y la nulidad una especie de ineficacia.

De lo expuesto podernos desprender que la reacción del ordenamiento jurídico contra el acto que no cumple los requisitos que aquél establece puede consistir en una sanción que ora afecte a los sujetos que celebraron el acto que no se conforma con la ley, ora afecte al acto en sí mismo. Cuando el ordenamiento jurídico reacciona en contra del acto disconforme y no en contra de la persona o de las personas que lo celebraron, lo sanciona con la ineficacia.

Un acto jurídico puede ser ineficaz porque se omitió un requisito esencial para su existencia jurídica, lo que determina que el acto no produzca efecto alguno, pues se estima que ni siquiera llegó a constituirse como tal. O bien la ineficacia puede provenir de la omisión de un requisito determinado para la validez del acto. En este caso, si bien el acto produce efectos, dichos efectos pueden cesar por la *declaración de nulidad*. La ineficacia puede, por último, incidir en un acto válidamente formado, pero que por circunstancias o eventos coetáneos o posteriores a su celebración se va a ver privado de efectos. El acto pierde así la eficacia propia que habría tenido si dichas circunstancias no se hubieren verificado.

Y así llegamos a la NULIDAD, la cual se define como *“la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración”*. Tres son, por consiguiente, las notas características de la nulidad: 1) está establecida en laley; 2) importa privar de sus efectos normales al acto; 3) la causa de la sanción escontemporánea con la celebración. A este respecto, encontramos en nuestro Código Civil lo siguiente:

*“Art. 27: los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no establece otro efecto para el caso de contravención”.*

*“Art.355.- Las únicas nulidades que los jueces pueden declarar son las que expresa o implícitamente se establece en este Código.*

La figura de la Nulidad tiene sus sub especies o formas en que opera jurídicamente, la primera de estas clases de nulidades son:

Nulidad absoluta: produce el denominado “Acto NULO”. Es la sanción a todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos “esenciales” que la ley prescribe para el valor del mismo acto, según su especie. Tiene las características siguientes: imprescriptibilidad de la acción de nulidad,

declaración de oficio por el Juez cuando esta sea manifiesta en el acto, imposibilidad de ser convalidada mediante confirmación, Efecto retroactivo de la Sentencia Declaratoria de nulidad (efecto ex tunc).

Nulidad relativa: origina el “Acto ANULABLE”. En este caso, la sanción se da por carecer el acto de un requisito no esencial o estar viciado, por lo que puede convalidarse y quedar subsanada la ineficacia. Tiene características opuestas a la nulidad absoluta, ya que la acción tiene plazo de prescripción dependiendo del vicio que adolesce el acto, no puede mediar declaración de oficio, el efecto es pro futuro (efecto ex nunc), puede ser convalidada.

El Código Civil dice al respecto:

*Art.357.- Es nulo el acto jurídico:*

*a) cuando lo hubiere realizado un incapaz por falta de discernimiento;*

*b) si el acto o su objeto fueren ilícitos o imposibles;*

*c) en caso de no revestir la forma prescripta por la ley;*

*d) si dependiendo su validez de la forma instrumental, fuese nulo el instrumento respectivo; y*

*e) cuando el agente procediese con simulación o fraude presumidos por la ley.*

*Art.358.- Es anulable al acto jurídico:*

*a) cuando el agente obrare con incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallare privado de su razón;*

*b) cuando, ejecutado por un incapaz de hecho, éste tuviese discernimiento;*

*c) si estuviese viciado de error, dolo, violencia o simulación;*

*d) cuando dependiendo su validez de la forma instrumental, fuese anulable el instrumento respectivo; y*

*e) si fuese practicado contra la prohibición general o especial de disponer, dictada por juez competente.*

Si bien la terminología empleada por nuestra legislación ya no es la de Nulidad Absoluta ni Relativa, que era una clasificación seguida por el Cód. de Vélez, puede afirmarse que estas quedan Incluidas en las anteriores citadas. Si bien, puede agregarse que el Interés jurídico protegido al sancionar un acto de nulidad absoluta es el orden público, moral y buenas costumbres; mientras que para el caso de la nulidad relativa se protegía un interés particular del afectado, por lo que la instancia depende de él.

Junto con esta clasificación, la doctrina también reconoce las siguientes:

*Nulidades manifiestas y no manifiestas:* manifiesta es cuando resulta patente o evidente y no manifiesta cuando requiere una investigación judicial. Cod. Civil: “*Art.356.- Los actos nulos no producen efectos, aunque su nulidad no haya sido juzgada, salvo que la causa de la nulidad no aparezca en el acto, en cuyo caso deberá comprobarse judicialmente.”* Cod. Civil*: “Art.359.- Cuando el acto es nulo, su nulidad debe ser declarada de oficio por el juez, si aparece manifiesta en el acto o ha sido comprobada en juicio. El Ministerio Público y todos los interesados tendrán derecho para alegarla.”*

*Nulidad total y parcial:* en esta clasificación se atiende a la extensión de la sanción de nulidad respecto del acto que se vea afectado por ella. Será parcial cuando solo afecte a determinadas disposiciones del acto (esto ocurrirá si se demuestra que el acto no vulnera la en lo esencial la voluntad de las partes) y total cuando afecte al acto por completo. Cód. Civil: *“Art.365.- La nulidad de un acto jurídico puede ser total o parcial. En los testamentos la ineficacia de una disposición particular no afectará la validez de las otras, con tal que sean separables. Con relación a los actos entre vivos, la nulidad parcial los invalidará totalmente, a menos que de su contexto resulte que sin esa parte también se hubieren concluido, o que el perjudicado optare por mantenerlos.”*

Con todo lo anterior, podemos entrar en el campo del Derecho Internacional Privado y encontramos que, con respecto a los Actos NULOS, el Juez debe declarar la sanción legal para aquellos de carácter internacional privado en el que la Aplicación de la LEY EXTRANJERA produzca una lesión al Orden Publico, la moral y las buenas costumbres.

Es nulo también el acto que no reúne los requisitos legales, conforme lo mencionamos en el apartado referente a la invalidez.

En cuanto a los Actos Anulables, encontramos que el ordenamiento internacional busca simentar la doctrina de proteger la Validez de los actos ante los ataques por vicios. Un ejemplo claro lo constituye la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías*, elaborada por UNCITRAL y adoptada en una conferencia diplomática el 11 de abril de 1980, al igual que otros que se han propuesto o adoptado por organismos internacionales, busca la uniformidad en ciertos elementos de la contratación. Entre estos elementos encontramos el principio del *favor contractus*, que se manifiesta en el ensanchamiento de los supuestos de validez del contrato y la recíproca limitación de las posibilidades de invalidez.

Otro medio que facilita la conservación de los contratos, sobre todo en el ámbito mercantil, consiste en pactar una cláusula de arbitraje en los mismos. A diferencia de los jueces, que siempre están sometidos a lo que establezcan las leyes, los árbitros, siempre que así se haya pactado, pueden decidir sobre la controversia en *equidad*, es decir, según su leal saber y entender, no teniendo que someterse a lo que el ordenamiento disponga para tal decisión. Esta facultad está dirigida sin duda a favorecer el tráfico. Por ello, los árbitros en aquellos supuestos en los que se encuentren con contratos que sufran algún vicio de nulidad o anulabilidad, haciendo uso de la *equidad* podrán buscar los mecanismos y/o alternativas adecuados para conservar la mayor parte de cláusulas posibles de dicho contrato, preservando así las relaciones comerciales establecidas en el mismo.

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES EN GENERAL**

Los bienes individualmente considerados son en principio sometidos a la ley del lugar de su situación *[lex rei sitae).* Esta fórmula se aplica sólo a los bienes corporales, que ocupan un lugar en el espacio. La *lex* *reí sitae* es adoptada para la regulación de los derechos reales en DIP por la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, por considerarse que responde a principios básicos del derecho de las cosas y a los intereses estatales en presencia.

A lo largo de la historia del DIP se han esgrimido distintos argumentos que justifican desde distintas perspectivas la sumisión de los bienes al derecho del lugar de su situación. Solía decirse -y aún hoy es posible reconocer resabios de este tipo de argumentos- que los bienes deben ser regulados por la ley del lugar de situación porque en ello está interesada la soberanía y el orden público del país de la situación. La primera Afirmación incurre en el error de identificar el régimen de los bienes, que es de derecho privado, con el de la soberanía, que es de derecho público.

La soberanía territorial se manifiesta en el poder del Estado de expropiar las tierras, también se pone de relieve en el ejercicio del poder impositivo, pero de ninguna manera la soberanía exige que la constitución, modificación y cancelación de los derechos relacionados con los bienes situados en un territorio se rijan necesariamente por el derecho vigente en éste. La aplicación de un derecho privado extranjero sobre el territorio de un país no implica el ejercicio de una soberanía extranjera sobre ese suelo, donde permanece incólume la soberanía nacional. De lo contrario jamás podría pensarse en la aplicación de derecho privado extranjero fuera de los límites del territorio del país de su creación.

El recurso al orden público por otra parte suele confundir los supuestos de aplicación de las normas de DIPr. Las reglas emanadas del derecho del lugar de situación desplazan a las normas extranjeras que pudieran invocarse (por ejemplo en materia de registración de derechos sobre inmuebles) no porque deba funcionar la excepción del orden público, sino porque el derecho aplicable a esa cuestión es regularmente el derecho del lugar de situación.

Otra argumentación para justificar la sumisión de los bienes a la regla *lex rei sitae,* aludirá a la propiedad como fundamento de la constitución económica, señalando la relación existente entre el régimen de los derechos reales y el sistema económico de una comunidad. Así deberá reconocerse el interés de todo Estado en definir el régimen de los derechos reales sobre su territorio, ya que, como a través de ese sistema se asignan derechos sobre el uso exclusivo de bienes valiosos, la regla *lex* *rei sitae* garantizaría al Estado de situación de los bienes el control sobre la dominación de los bienes económicos.

En cuanto a los cuerpos normativos, encontramos que en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 establecen que los bienes, cualquiera que sea su naturaleza,

son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles (art. 26 y art. 32, respectivamente).

Los buques en aguas no jurisdiccionales se reputan situados en el lugar de su matrícula (art. 27 de 1889). Los cargamentos de los buques, en aguas no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar del destino definitivo de las mercaderías (art. 28 de 1889).

Los derechos creditorios se reputan situados en el lugar en el cual la obligación de su referencia se debe cumplir (art. 29 de 1889). El Tratado de 1940 agrega que si este lugar no se pudiere determinar al tiempo del nacimiento de tales derechos, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Los títulos representativos de dichos créditos y trasmisibles por simple tradición, se reputan situados en el lugar en donde se encuentran (art. 33 de 1940).

El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo o forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de los derechos mencionados (arts. 30 de 1889 y 34 de 1940, que agrega que el cambio de situación de la cosa mueble litigiosa operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables). Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad a la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, priman sobre los del primer adquirente (arts. 31 de 1889 y 35 de 1940).

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES MATERIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARAGUAYO: MUEBLES E INMUEBLES.**

Sobre la legislación aplicable a los bienes el CC paraguayo se ocupa del tema en el Título preliminar:

*Art. 16: "los bienes, cualquiera sea su naturaleza, se regirán por la ley del lugar donde estén situados, en cuanto a su calidad, su posesión, su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles".*

La norma tiene por fuente el Anteproyecto De Gásperi en su artículo XXI, del título preliminar adoptado por la Comisión de Codificación en su proyecto, con base en el art. 26 del TMDCI de 1889 y el 32 del TMDCI de 1940. En la nota puesta por De Gásperi al artículo XXI menciona como fuente también el art. 10 del Código de Vélez y el art. 105 del Código Bustamante.

La disposición referida a los bienes singularmente considerados, no como una universalidad, determina la ley de situación como regla. Establece el Código como regla la ley de situación de los bienes, para determinar la ley aplicable tanto a los inmuebles como a los muebles. Por consiguiente la lex rei sitae, rige:

* + La calidad del bien. Se refiere a la determinación de la naturaleza del bien, la distinción entre cosa mueble o inmueble, o de bien material o intelectual. La calificación, como regla general en DIPr, es realizada en base a la ley del foro o lex fori, constituyendo la calificación en relación con los bienes una excepción a esta regla.
  + La posesión. Los derechos sobre la cosa y sus efectos son comprendidos en la disposición y son regidos igualmente por la ley de situación.
  + Las relaciones de carácter real. Restricciones en razón de garantías reales como la hipoteca, la prenda o el usufructo.
  + La enajenabilidad. La ley de situación determina cuáles bienes están fuera del comercio. Así, nos encontramos con el art. 739 del CC:

*"se prohibe la compraventa, aunque sea en remate, por sí o por interpósita persona:*

*a) a los esposos entre sí, aun separados de bienes;*

*b) a los representantes legales o convencionales, de los bienes comprendidos en su representación;*

*c) a los albaceas, de los bienes correspondientes a la testamentaría en que desempeñasen su cargo;*

*d) al Presidente de la República, y a sus ministros, de los bienes del Estado, de las municipalidades, o de los entes descentralizados de la administración pública;*

*e) a los funcionarios y empleados públicos, de los bienes del Estado, o de las municipalidades, o de los entes descentralizados de cuya administración estuviesen encargados; y*

*f) a los magistrados, fiscales, defensores de incapaces y ausentes y otros funcionarios, abogados, procuradores, escribanos, peritos, respecto de los bienes en los juicios en que intervengan o hayan intervenido.Lo establecido en el inciso a) no rige para las adjudicaciones de bienes que, por liquidación de la sociedad conyugal, se hagan los esposos en pago de aportes o del deber de uno de ellos".*

La ley de situación rige también las restricciones que la ley de situación impone a ciertos bienes como los sujetos al bien de familia, aquellos que corresponden a incapaces o que precisan de alguna autorización especial impuesta por la ley. Como por ejemplo el art. 741 CC:

*"los padres, tutores y curadores, pueden adquirir los bienes de sus hijos y pupilos o de los incapaces, cuando en ellos tuvieren derechos como partícipes en la propiedad o usufructo, o los tuvieren como acreedores hipotecarios por título propio, o por su subrogación legal, y la venta hubiere sido dispuesta por juez competente, con la intervención de un tutor especial, nombrado antes de disponerla y de los funcionarios tutelares de menores".*

La regla para la determinación de la ley aplicable a los bienes es la ley de situación del bien, sin distinción sobre la calidad de mueble o inmueble, pero la naturaleza de uno y otro determinan algunas situaciones particulares. En el caso de los inmuebles su fijeza en el territorio no ofrece dudas que constituye el elemento de principal conexión; en el caso de los muebles, como pueden ser transportados o cambiados de lugar, es preciso realizar algunas distinciones.

El Código Civil se ocupa de los efectos de la traslación de bienes muebles y las consecuencias para el adquirente, quien podría verse expuesto o menoscabado en su derecho con motivo de la movilización del bien y por imperio de la ley de situación cuando es transportado a la órbita de otra legislación. La disposición contenida en el Título preliminar, art. 18 primera parte del CC dice específicamente que:

*"el cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición".*

El segundo párrafo de la primera parte del art. 18 CC, previendo la situación de que ciertos bienes deben ser registrados o reunir las exigencias de publicidad del nuevo lugar de situación de la cosa mueble para su protección jurídica o como obligación legal, dispone que en estos casos los interesados están obligados a cumplir las exigencias de fondo y forma determinadas por la ley de la nueva situación a los efectos de mantener el derecho adquirido o la conservación del mismo.

Del mismo modo, tomando en cuenta que la movilización del bien puede estar fundada en innovar respecto de la legislación y jurisdicción competente, ya iniciada una acción real, el CC dispone en el segundo párrafo del art. 18 que *"el cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables".*

No obstante, terceros de buena fe pueden verse afectados, antes de que se hayan cumplido los requisitos de fondo y forma del nuevo lugar de situación, en cuyo caso conforme al artículo 19 CC:

*"los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, prevalecen sobre los del primer adquirente".*

Hemos visto que según el art. 16 CC los bienes son regidos por la ley del lugar de situación en cuanto a su calidad, su posesión, su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles. Esta regla admite sin embargo la validez de actos jurídicos efectuados en el extranjero que tengan por objeto bienes en la República, bajo ciertas condiciones. El art. 24 CC establece que:

*"(...) los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República, serán válidos siempre que consten de instrumentos públicos debidamente legalizados, y sólo producirán efecto una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente e inscripto en el registro público".*

Conforme a las reglas del Código Civil podemos determinar que el acto jurídico sobre un bien inmueble en la República, se rige en cuanto a sus formas por la ley del lugar de celebración, pero respecto de la naturaleza del bien, su enajenabilidad y efectos de carácter real, deberá ajustarse a la ley de situación del bien. El régimen de publicidad de estos actos queda perfeccionado con la inscripción en la Dirección de Registros Públicos previa orden judicial.

**LECCIÓN 14(ULTIMA PARTE)**

*“***Desarrollo del régimen de DIPR aplicable a los contratos internacionales en los cuales se contemple la cláusula arbitral y en el contexto del DIPr y la Ley Nº1879”**

**Artículo 32 de la Ley 1879/2002 – Ley de Arbitraje y Mediación.**

Normas aplicables al fondo del litigio. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indicaran la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

El tribunal arbitral decidirá en equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. En el arbitraje de equidad, o de amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a resolver en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo "en conciencia" o "según su leal saber y entender".

En todos los casos, el tribunal decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

ANALISIS

Esta disposición otorga a las partes que sometan sus disputas a un arbitraje, la posibilidad de determinar las “normas de derecho” que gobernarán sus relaciones jurídicas. Esta provisión adquiere particular importancia por dos motivos. En primer lugar, otorga a las partes la libertad de determinar la ley aplicable a su disputa, lo cual no era posible anteriormente bajo el sistema jurídico positivo paraguayo. En segundo lugar, como será desarrollado más adelante, otorga a las partes un amplio abanico de posibilidades para regular sus disputas.

La redacción “norma de derecho” otorga a las partes la posibilidad de determinar no sólo leyes emanadas de un Estado determinado, sino también la aplicación de Convenciones internacionales que no han sido ratificadas por los Estados de las partes contratantes o incluso, aplicar normas no-estatales que hayan sido codificadas por actores privados, tales como las reglas de la International Bar Association sobre producción de pruebas (que rigen el procedimiento arbitral) o los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

ELECCION DE LA LEY APLICABLE EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

La cuestión del derecho de fondo aplicable al litigio no es materia propia del derecho del procedimiento de arbitraje, sino más bien un capítulo relevante del derecho de los contratos y del derecho internacional privado.

Sin embargo, los reglamentos arbitrales suelen contener algunas directivas sobre el punto; y más allá de ello, la materia tiene una relevancia crucial al tiempo de decidir si se incluye o no una cláusula arbitral, si se somete o no una cuestión a la resolución de árbitros, y por supuesto en el desarrollo de un arbitraje ya comenzado.

Por ello, la individualización del derecho de fondo aplicable al litigio y conforme al cual han de laudar los árbitros, constituye un punto esencial del procedimiento arbitral. Esto es lo que justifica que los reglamentos arbitrales contemplen la cuestión dentro de las reglas de procedimiento y es lo que nos impone darle un espacio importante a esta altura del discurso.

Elección de la ley por las partes del contrato

El principio básico: autonomía de las partes para elegir la ley aplicable

Un principio esencial en el derecho del comercio internacional es el de autonomía de las partes para elegir la ley por la cual se ha de regir el contrato internacional.

A) Reconocimiento del principio

Se apunta por los autores especializados en el derecho internacional privado que la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos comprendiendo en ello a las fuentes nacionales e internacionales acepta expresamente el principio de autonomía de voluntad, normando en forma subsidiaria sólo para el supuesto de falta de elección del derecho aplicable

Aclaramos que por ahora estamos hablando de la atribución o facultad de las partes de elegir una ley estatal. Más adelante nos referiremos a otras opciones que pueden ejercer las partes y su eficacia.

B) Fuentes internacionales

Entre las convenciones internacionales tiene especial relevancia la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convención de Roma de 1980), cuyo artículo 3 consagra el principio de autonomía aludido.

Este principio inspira también las soluciones de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías y de la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a la compraventa internacional de mercaderías de 1986. Ellas establecen el principio de autonomía, lo mismo que la la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada por la Conferencia de Derecho Internacional Privado llevada a cabo en México (1994, la cual prevé expresamente en su art. 7 conforme al cual “El contrato se rige por la ley elegida por las partes”, complementado por el art. 9 que dispone “El Tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptado por organismos internacionales”.

Como veremos más adelante, del art. 9 transcripto resulta que el contrato puede no estar enmarcado en un ordenamiento jurídico determinado, sino en la costumbre comercial internacional; el artículo 10 de la misma Convención dispone consecuentemente que “se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”

En el ámbito propio del arbitraje, consagran el principio la Convención Europea de 1961 (art. VII), la resolución adoptada por el Internacional Law Institute el 12.9.89 en Santiago de Compostelay la ley modelo UNCITRAL se expresa en su artículo 28, Normas aplicables al fondo del litigio, en el que en lo pertinente dispone:

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

En una orientación semejante está el Acuerdo MERCOSUR que bajo el acápite “Derecho aplicable a la controversia por el tribunal arbitral”, en su art. 10 dispone que “Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes”

C) Derechos locales sobre arbitraje

Las leyes nacionales sobre arbitraje también reconocen este principio; así, el art. 1496 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés establece que “el árbitro debe resolver la disputa de acuerdo a las reglas de derecho elegidas por las partes”; se dice por los autores que esta norma permite a los árbitros omitir toda consideración acerca de la eficacia de este pacto bajo la ley que lo gobierna. También reconocen este principio de autonomía en la elección de la ley el código de procedimientos holandés (art. 1054); la English Arbitration Act (art. 46); la ley alemana (art. 1051) y naturalmente las leyes que han seguido a la Ley Modelo UNCITRAL.

D) La elección de la ley aplicable en los reglamentos arbitrales

En este punto parece existir una absoluta coincidencia de los Reglamentos arbitrales, aunque como veremos cada uno de ellos tiene matices para el caso en que las partes hayan omitido elegir el derecho aplicable.

Por ahora nos limitamos a exponer que el Reglamento UNCITRAL establece en su art. 33.1: El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

En idéntico sentido se expresa el art. 33.1 del Reglamento CIAC

Y el Reglamento ICC, en su artículo 17 bajo el acápite Normas jurídicas aplicables al fondo, dice: Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas.

En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes.

3. Extensión de la facultad de las partes de elegir la ley aplicable

Los reglamentos y fuentes internacionales que hemos transcripto en el número precedente parecen establecer el mismo principio, esto es, el que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden elegir el derecho aplicable al litigio.

Sin embargo, a poco que se preste atención a la letra de cada una de esas disposiciones se advierten diferencias que como veremos no son menores a la hora de interpretar la extensión de la libertad de las partes para la elección del derecho aplicable.

Así, el Reglamento ICC dice que las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que han de aplicarse al caso; mientras que el Reglamento UNCITRAL dice que el tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan elegido (ídem el reglamento CIAC); y el Acuerdo MERCOSUR autoriza a elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional.

La diferencia es enorme, pues el Reglamento ICC está autorizando la elección de un cuerpo no estatal de normas; por ello este punto lo tratamos más abajo, al referirnos a la posibilidad de elegir un derecho no estatal.

Por lo demás, las partes pueden elegir más de una ley nacional para regir distintos aspectos del contrato, lo que se conoce como depeçage; así, pueden haber optado por una ley estatal para regir la celebración e interpretación del contrato, pero haber omitido hacerlo para la validez, el cumplimiento y la extinción del mismo

4. Efectos de la elección del derecho aplicable

Mediante la elección del derecho aplicable al contrato, las partes excluyen la aplicación del derecho que las normas de conflicto del juez o las que eventualmente pudieran constreñir a un árbitro indican como aplicable al contrato.

De allí deriva que el contrato queda excluido de la aplicación de las normas coactivas del derecho que resultaría aplicable según las reglas de conflicto del juez y la pertinente sumisión del contrato a las reglas coactivas y dispositivas del derecho elegido

5. Límites a la elección del derecho aplicable. Remisión.

Los efectos de esa elección son más complejos que lo que resulta de la formulación que venimos de exponer, pues restaría por lo menos determinar:

si en ejercicio de su autonomía, las partes podrían excluir también las reglas coactivas del derecho seleccionado, mediante la incorporación al contrato de estipulaciones contrarias a ese derecho elegido como aplicable

- cuál es el rol de las normas de policía del juez;

- cuál es el rol de las normas de policía de un ordenamiento no elegido por las partes pero que guarda una estrecha conexión objetiva con el contrato.

En definitiva podríamos simplificar la cuestión circunscribiéndola a la determinación de cuáles son los límites a la elección de la ley por las partes, o por quienes lo hagan ante su omisión, lo que tratamos más abajo

6. La elección de la ley aplicable al contrato en el derecho paraguayo

A) Principio general

En el derecho paraguayo las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato internacional, lo que tiene fundamento en el artículo 715 del Código Civil que dispone que los contratos obligan a las partes como la ley misma, consagrando así la libertad contractual que comprende incluye la libertad de configurar el contrato, dentro de lo cual se inserta la determinación de la ley aplicable.

Sobre el punto enseña Goldsmichdt que la aceptación de la autonomía interna lleva implícita la aceptación de la autonomía conflictual. El proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por Decreto 468/92 preveía expresamente que “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes” (art. 947)

Ello impone determinar qué se entiende por contrato internacional para lo cual hay que discernir las fuentes internas de las fuentes convencionales.

B) Contrato internacional

Para el Código Civil, contrato internacional es aquél en el cual el lugar de celebración y el lugar de ejecución están en distintos Estados. Por ello, en defecto de elección el contrato celebrado en el extranjero se sujeta a la ley del lugar de celebración, y el celebrado en la República para ser cumplido dentro o fuera de ella a la ley del lugar de cumplimiento (arts. 1209 y 1210 Cód. Civil).

De todos modos estas calificaciones son hoy insuficientes. Desde nuestro punto de vista la calificación de contrato internacional debería extenderse a contratos en los que las partes tengan su establecimiento en Estados diferentes aunque no sean contratos de compraventa de mercaderías; y en general a todos aquéllos contratos en los cuales están comprometidos los intereses del comercio internacional, traspasa los límites de la economía interna o, en definitiva, está vinculado a distintos ordenamientos jurídicos relevantes

Y si el contrato es internacional las partes pueden elegir tanto un derecho que tenga una relación objetiva con el contrato como un derecho neutral.

7. La elección de la ley aplicable al contrato en los países miembros del MERCOSUR

Ya hemos visto que el Acuerdo MERCOSUR dispone que “Las partes podrán elegir el derecho que se aplicará para solucionar la controversia en base al derecho internacional privado y sus principios, así como al derecho del comercio internacional. Si las partes nada dispusieren en esta materia, los árbitros decidirán conforme a las mismas fuentes” (art. 10).

Sin embargo el principio de autonomía en la elección del derecho aplicable al contrato no es uniformemente aceptado en los Estados miembros.

El prof. oriental Siegbert Rippe ha estudiado el tema e informa coincidiendo con lo que hemos dicho que en Argentina no hay inconveniente en que las partes elijan el derecho aplicable; ello enraiza en el principio de la autonomía de la voluntad; en los usos prácticas y costumbres consagrados por su habitual aceptación en la vida real; y en la ratificación de las convenciones internacionales que aceptan este principio (Viena y La Haya, citadas).

En cambio en Uruguay la tendencia es francamente opuesta. Los tribunales uruguayos en particular rechazan la autonomía de la voluntad en esta materia y declaran la competencia prácticamente irrestricta de la ley del lugar de ejecución del contrato; sin perjuicio de algunas acciones personales que pueden ser ejercidas ante el juez del domicilio del demandado.

Brasil seguía una tendencia semejante a la uruguaya, pero la actual ley de arbitraje establece en su artículo 2 que las partes podrán escoger, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas al arbitraje, siempre que no violen las buenas costumbres y el orden público (inc. 1); admitiendo también expresamente que las partes pueden convenir que el arbitraje se realice con base en los principios generales de derecho, los usos y costumbres y las reglas internacionales del comercio (inc. 2).

De tal norma ha derivado la interpretación de que las partes pueden elegir la ley aplicable al mérito de la disputa, pues el dispositivo comprende tanto la posibilidad de elegir leyes de fondo como normas procesales. En este sentido se pronunció el 1er Tribunal de Alçada Civil de San Pablo, reconociendo la posibilidad de las partes de elegir una ley diversa a la brasileña para dirimir la controversia. Este precedente es de mucha importancia pues supera la duda que aquejó a la doctrina brasilera por más de seis décadas acerca de si las partes de contratos internacionales podían elegir libremente la ley aplicable o si en función de lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil (que establece que la ley aplicable al contrato sería la del lugar en que este ha sido firmado), era de observancia obligatoria. En este sentido esclarece el tribunal que: “...no ha de invocarse la Ley Introductoria al Código Civil, que sólo tiene aplicación cuando hubiere omisión o controversia respecto del derecho aplicable. Como la Ley (de arbitraje), en su artículo 2º, permite que las partes puedan libremente escoger las reglas de derecho que serán aplicables al arbitraje, no se verifica el impedimento argüido”

Mientras que la legislación paraguaya se inclina en general por la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales, a la vez que en este caso es competente la justicia del lugar del país; también lo es cuando el demandado se domicilia en él.

1. Alternativas en la elección del derecho aplicable

La elección del derecho aplicable al contrato presenta diversas alternativas que es preciso examinar

1. Elección de un derecho neutral

Tradicionalmente se exigió que la elección de las partes recayera en una ley (estatal) que tuviera una conexión objetiva con la sustancia del contrato; en otras palabras, las partes no podían elegir una ley que no tuviera conexión con la disputa.

Este enfoque del tema está virtualmente abandonado hoy en día - al menos en el ámbito del arbitraje - siendo reconocida la atribución de las partes de elegir un derecho neutral, esto es que no tenga una relación ni con las partes ni con los lugares de celebración o ejecución del contrato.

Tal elección de un derecho neutral puede deberse a muy diversas causas, pero generalmente se vincula a la posibilidad de que la ley elegida sea un punto de equilibrio entre contratantes de muy diversa cultura jurídica; así, Fouchard-Gaillard-Goldman dicen que el derecho sueco y el derecho suizo son elegidos frecuentemente para regir contratos entre empresas privadas occidentales y empresas estatales rusas o chinas.

La elección de un derecho neutral es reconocida en muchos sistemas legales y en la jurisprudencia arbitral

1. Elección de más de una ley *(depegage)*

Una práctica que viene siendo aceptada es la elección de distintas leyes para gobernar distintas partes del contrato. Un caso que ya hemos visto es la determinación de una ley para el convenio arbitral distinta de la que rige al contrato principal. Esta práctica, identificada generalmente con la expresión francesa *depegage* está autorizada por el art. 3 de la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En la misma orientación se pronuncian varios reglamentos arbitrales y el Proyecto de Reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por Decreto 468/92

1. Elección parcialmente negativa

Es válida la cláusula por la que se estipula que un determinado derecho o ley nacional *no* será aplicable al contrato y a la resolución de la disputa, previsión convencional que normalmente está destinada a asegurar la neutralidad de la elección de la ley por los árbitros (o los jueces) en casos en que no han podido ponerse de acuerdo sobre la ley aplicable

Elección totalmente negativa: el contrato sin ley. La importancia del tema

Una de las posibilidades que - al menos teóricamente - existe, es que las partes opten por celebrar lo que se denomina *contrato sin ley*, lo cual como se verá admite por lo menos dos variantes: el contrato totalmente desvinculado de cualquier ordenamiento y el contrato sin ley *estatal*, o en otros términos, el contrato sujeto a un cuerpo normativo no estatal (la lex mercatoria, los Principios Unidroit, etc).

Este fenómeno es objeto de estudios recientes; entre ellos merece destacarse que el XVII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado, llevado a cabo en Utrecht en 2006, dedicó una de sus sesiones a esta temática.

Pero además es preciso puntualizar que el tema tiene especial interés cuando se lo vincula al arbitraje pues, como veremos en su momento, las leyes estatales suelen dar una mayor amplitud de elección a las partes cuando se trata de una disputa que ha de ser resuelta por arbitraje; algunos de los reglamentos arbitrales autorizan a los árbitros a elegir normas no estatales; en muchos arbitrajes concretos ello ha sucedido y por ende los árbitros han resuelto por la aplicación de la lex mercatoria o los Principios Unidroit. Y, finalmente, el arbitraje y la lex mercatoria tienen una estrecha relación, en tanto en el arbitraje se suele invocar la lex mercatoria y a su vez los laudos arbitrales son una fuente que permite conocer la lex mercatoria en sus aplicaciones prácticas

**LECCIÓN 15**

**Régimen de Derecho Internacional Privado aplicable a los títulos de crédito en cuanto a la ley aplicable a la forma, endoso, aceptación, validez, aval y protesto, y en particular a la transferencia de los títulos y sus efectos.**

El Código Civil establece reglas de conflictos que se aplican a los títulos de crédito, en el art. 17 que dice: *Los derechos de crédito se reputan situados en el lugar donde la obligación debe cumplirse. Si este no pudiere determinarse se reputaran situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor. Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición se reputaran situados en el lugar que se encuentren.*

De la misma forma en esta rama tenemos las normas de lo que disponen sobre este punto los TRATADOS DE MONTEVIDEO DE 1889 Y 1940 y las Convenciones Interamericanas *sobre* conflicto de leyes en materia de *letras de cambio*, *pagares y facturas* así como también la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de *cheques,* suscriptas en Panamá en 1975, ratificadas por nuestro país.

Las normas internas de conflicto de leyes y las externas no siempre resultan coherentes. De ahí que no resulte fácil al intérprete conseguir llegar a conclusiones claras en estos puntos.

Como síntesis de las normas de ambos Tratados puede enunciarse la regla general de que **tanto la forma de los negocios cambiarios como la sustancia y efectos de ellos se rigen por la LEY DEL LUGAR DE SU REALIZACION.**

TITULOS DE CREDITO EN EL CODIGO CIVIL

* LOS TITULOS DE CREDITO EN EL CODIGO CIVIL. REGIMEN INTERNACIONAL. El Código Civil, lo hemos dicho ya, solo se refiere a los derechos de crédito y a los títulos representativos de ellos en el artículo 17. El precepto esta tomado del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 (art. 33)y en el se proyecta la tendencia de los Tratados de Montevideo de hacer prevalecer la **regla locus.**
* LOS TITULOS DE CREDITO Y LOS TRATADOS DE MONTEVIDEO DE 1889 Y 1940.

Como se indica anteriormente, de modo general puede decirse que los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 se inclinan por someter los títulos de crédito a la **Ley del Lugar de Realización de los actos.**

* LOS TITULOS DE CREDITO EN LAS CONVENCIOES DE PANAMA DE CONFLICTO DE LEYES SOBRE LETRAS DE CAMBIO, PAGARES Y FACTURAS SOBRE CHEQUES.

En primer lugar, debe examinarse la cuestión de la jurisdicción competente. Sobre el particular, la Convención sobre letras de cambio pagares y facturas establece: Los tribunales partes donde la obligación deba cumplirse o los del Estado Parte donde el demando se encuentre domiciliado, a opción del actor serán competentes para conocer en las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio (art. 9). Las disposiciones son aplicables a los pagares (art. 10).

En segundo lugar, debe estudiarse la legislación aplicable.

El tema principal en esta materia es la capacidad para obligarse mediante una letra de cambio.

Esta capacidad se rige por la Ley del Lugar donde se contrajo la obligación. Sin embargo, si la obligación hubiese sido contraída por un incapaz, según dicha ley, ella no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte cuya ley considerara valida la obligación.

El tema de las formas de giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto de letra de cambio se somete a la Ley del Lugar donde hubiesen sido contraídas. Todas las obligaciones contraídas en una letra de cambio se rigen por la Ley del Lugar donde hubiesen sido contraídas (art. 3).

No señalándose el lugar en que se hubiera contraído la obligación cambiaria esta se regirá por la ley del lugar en que deba ser pagada y si este no constare, por la ley de lugar de emisión (art. 5).

Estas disposiciones son aplicables a los pagares y a las facturas (art. 9 y 10).

Igualmente estas disposiciones se aplican a los cheques (Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques, art. 1).

Durante la Convención de Derecho Internacional Privado, que tuvo inicio el 20 de febrero de 1928, fue suscrito el “Código Bustamante”, con motivo de la Sexta Conferencia Internacional Americana, reunida en La Habana, Cuba.

Los Presidentes de las Repúblicas de Perú, de Uruguay, de Panamá, de Ecuador, de México, de El Salvador, de Guatemala, de Nicaragua, de Bolivia, de Venezuela, de Colombia, de Honduras, de Costa Rica, de Chile, de Brasil, de Argentina, de Paraguay, de Haití, de República Dominicana, de Estados Unidos de América y de Cuba. Deseando que sus países respectivos estuvieran representados en la Sexta Conferencia Internacional Americana, enviaron a ella, debidamente autorizados para aprobar las recomendaciones, resoluciones, convenios y tratados que juzgaren útiles a los intereses de América, sus respectivos delegados, los cuales, después de haberse comunicado sus plenos poderes y hallándolos en buena y debida forma, han convenido, en lo que a nuestro trabajo de investigación concierne, textualmente lo siguiente:

**Capítulo VI**

DEL CONTRATO Y LETRA DE CAMBIO Y EFECTOS MERCANTILES ANALOGOS

**Artículo 263.** La forma del giro, endoso, fianza, intervención, aceptación y protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.

**Artículo 264.** A falta de convenio expreso o tácito, las relaciones jurídicas entre el librador y el tomador se rigen por la ley del lugar en que la letra se gira.

**Artículo 265.** En igual caso, las obligaciones y derechos entre el aceptante y el portador se regulan por la ley del lugar en que se ha efectuado la aceptación.

**Artículo 266.** En la misma hipótesis, los efectos jurídicos que el endoso produce entre endosante y endosatario, dependen de la ley del lugar en que la letra ha sido endosada.

**Artículo 267.** La mayor o menor extensión de las obligaciones de cada endosante, no altera los derechos y deberes originarios del librador y el tomador.

**Artículo 268.** El aval, en las propias condiciones, se rige por la ley del lugar en que se presta.

**Artículo 269.** Los efectos jurídicos de la aceptación por intervención se regulan, a falta de pacto, por la ley del lugar en que el tercero interviene.

**Artículo 270.** Los plazos y formalidades para la aceptación, el pago y el protesto, se someten a la ley local.

**Artículo 271.** Las reglas de este capítulo son aplicables a las libranzas, vales, pagarés y mandatos o cheques.

LA DELEGACION DE PARAGUAY

1. Hace la declaración de que el Paraguay mantiene su adhesión a los Tratados de Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional, Derecho Penal Internacional y Derecho Procesal Internacional, que fueron sancionados en Montevideo en 1888 y 1889, con los Convenios y Protocolos que los acompañan.

2. Se adhiere al criterio aceptado en conferencias universales sobre el régimen de la Letra de Cambio y Cheques.

La Convención Internacional de Derecho Internacional Privado:celebrada en la Ciudad de Panamá el 30 de Enero de 1975, entre los Gobiernos de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos adoptó seis convenciones sobre comercio internacional y derecho procesal.

La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas es la que atañe a nuestro tema.

Destacamos lo siguiente:

**Art.1**

La capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída.

Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte en esta Convención cuya ley considerare válida la obligación.

**Art.2**

La forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.

**Art.3**Todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen por la ley del lugar donde hubieren sido contraídas.

**Art.4**Si una o más obligaciones contraídas en una letra de cambio fueren inválidas según la ley aplicable conforme a los artículos anteriores, dicha invalidez no afectará aquellas otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar donde hayan sido suscritas.

**Art.5**

Para los efectos de esta Convención, cuando una letra de cambio no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la ley del lugar donde la letra deba ser pagada, y si éste no constare, por la del lugar de su emisión.

**Art.6**

Los procedimientos y plazos para la aceptación, el pago y el protesto, se someten a la ley del lugar en que dichos actos se realicen o deban realizarse.

**Art.7**

La ley del Estado donde la letra de cambio deba ser pagada determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento.

**Art.8**

Los tribunales del Estado Parte donde la obligación deba cumplirse o los del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio.

**Art.9**

Las disposiciones de los artículos anteriores son aplicables a los pagarés.

**Art.10**

Las disposiciones de los artículos anteriores se aplicarán también a las facturas entre Estados parte en cuyas legislaciones tengan el carácter de documentos negociables.

México y Paraguay firmaron ad referéndum. Letra de cambio

**La letra de cambio**

Es un título de crédito o de valor formal y completo que contiene una orden incondicionada y abstracta de hacer pagar a su vencimiento al tomador o a su orden una suma de dinero en un lugar determinado, vinculando solidariamente a todos los que en ella intervienen.

La letra de cambio nace en los finales de la Edad Media, con la necesidad del comercio monetario y su acumulación ilimitada en contra de la renta feudal.

Es una orden escrita de una persona (girador) a otra (girado) para que pague una determinada cantidad de dinero en un tiempo futuro (determinado o determinable) a un tercero (beneficiario). Las personas que intervienen son:

El Girador o librador: Da la orden de pago y elabora el documento.

El Girado o librado: Acepta la orden de pago firmando el documento comprometiéndose a pagar. Por lo tanto responsabilizándose, indicando en el mismo, el lugar o domicilio de pago para que el acreedor haga efectivo su cobro.

El Beneficiario o tomador: Recibe la suma de dinero en el tiempo señalado.

Características:

Mandato puro y simple:

La letra posee un mandato de pagar una suma incondicional en moneda nacional o moneda admitida a cotización. La suma se debe expresar en números y en palabras, junto en la moneda en que se efectuará el pago. Si se paga en moneda extranjera, se debe indicar el día de pago el equivalente entre las monedas. Este requisito es lo que la distingue de los otros títulos de crédito

Nombre del Girado:

El documento debe contener los nombres y apellidos de la persona física o razón social que deberá pagar la obligación estipulada (girado). Si se posee algún error en el nombre, la letra de cambio queda nula.

Si son varias las personas que deben pagar la misma letra, ésta se gira contra cualquiera de ellos.

El girado no es obligado, sino hasta que acepte la letra de cambio.

Fecha del vencimiento:

El vencimiento corresponde al día en que la letra debe ser pagada. El vencimiento debe ser una fecha posible y real. Existen cuatro tipos de vencimientos:

. Letras giradas a día fijo: vencen en el plazo establecido en la letra. Es la forma más usual de girar letras de cambio porque no hay incertidumbres en cuanto a determinar la oportunidad de pago incondicional.

. Letras libradas a la vista: Letra de cambio que será pagadera a su presentación. Deberá presentarse al pago dentro del año siguiente a la fecha en que fue librada. El librador podrá acortar este plazo o fijar uno más largo. Estos plazos podrán ser acortados por los endosantes. (Artículo 39 de la ley cambiaria y del cheque).

. Letras giradas a un plazo desde la fecha: vencen el día que se cumpla el plazo señalado. Son aquellas en donde se establece que el vencimiento se da un tiempo contado a partir de la fecha de la letra.

. Letras libradas a un plazo desde la vista: su vencimiento se determinará a un plazo desde la fecha de la aceptación o, en su defecto, por la del protesto o declaración equivalente y, a falta de protesto, el último día para llevarlo a cabo. La aceptación que no lleve fecha se considerará, siempre frente al aceptante, que ha sido puesta el último día del plazo señalado para su presentación a la aceptación. La letra se paga en el tiempo que se fije en la letra, contado a partir de la fecha en que la letra sea vista por el girado.

Formas de girar la Letra de Cambio

**A la propia orden** (a la orden del girador):

Cuando un sujeto crea la letra de cambio a favor de él mismo. Una persona debe pagarla al creador de la letra.

**A cargo de tercera persona**:

Cuando un sujeto crea la letra de cambio para que la pague una persona determinada favor de otra persona. Intervienen tres sujetos: Creador de la letra, Girado (el que debe pagar la letra) y beneficiario (al que le deben pagar la letra)

**A cargo del propio Girador**:

Cuando un sujeto crea la letra de cambio para pagarla el mismo a otra persona.

Lugar de pago:

La letra debe indicar el lugar en que se debe presentar la letra para pagar, pero si éste falta, la letra se pagará en el lugar designado junto al nombre del librado.

Actualmente las Letras se domicilian para su cobro en las entidades bancarias, por lo que el lugar de pago es por domiciliación bancaria en la mayoría de las veces.

Firmas en la Letra de Cambio:

La firma de aceptación es obligatoria, ya que se presenta como prueba que la persona que acepta el cobro, por lo cual no se acepta la firma por estampado o mecánicos. También la firma quien libra la letra (girador) y puede estar avalada.

**El endoso de la letra de cambio:**

En la actualidad dejó de ser una cláusula accesoria e inseparable de la letra de cambio, en virtud de la cual el acreedor cambiario pone a otro en su lugar, transfiriéndole el título con efectos limitados o ilimitados. La letra puede transmitirse por endoso, y ésta fue la finalidad inicial de la Letra de Cambio. El endoso debe de ser puro y simple. Toda condición se tendrá por no puesta. Esto según la última normatividad.

\_Endoso en Blanco: Se plasma la sola firma del endosante, y cualquier tenedor podrá llenar en endoso con su nombre o el de un tercero.

\_Endoso en Propiedad: Transmite la propiedad del título de crédito.

\_Endoso en Procuración o para el cobro: Confiere al endosatario las facultades de un mandatario con representación para cobrar el título judicial o extra judicial.

\_Endoso en Garantía: Constituye un derecho prendario sobre el titulo y conferirá al endosatario, además de los derechos de acreedor prendario, las facultades del endoso en procuración.

**Aceptación**

La Aceptación de la letra de cambio es el acto por medio del cual el girado o librado estampa su firma en el documento, manifestando así la voluntad de obligarse cambiariamente a realizar el pago de la letra. Una vez aceptada la letra, el aceptante se convierte en el principal obligado, y se constituye en deudor cambiario de cualquier tenedor de la letra, incluso del mismo girador.

Aceptación por intervención:

Desde los primeros tiempos de la letra de cambio, se estableció la costumbre mercantil de que, si el girado negaba la aceptación, un tercero, llamado interventor, podría presentarse y aceptar, a fin de salvar la responsabilidad y el buen crédito de alguno o algunos de los obligados en la letra. Así surgió la figura jurídica de la aceptación por intervención, o por honor. Para que tenga lugar la intervención es necesario que la letra se proteste por falta de aceptación.

**El aval**

Es un acto jurídico cambiario, unilateral, completo y abstracto mediante el cual se garantiza el pago de la letra.

En virtud del aval se garantiza en todo o en parte el pago de la letra de cambio. La persona que realiza el pago se llama avalista; aquella por quien se presta el aval recibirá el nombre de avalado.

El avalista se convierte en deudor solidario junto con el avalado y su obligación es válida, aun cuando la obligación garantizada sea nula.

**Protesto**

El protesto es un acto de naturaleza formal, que sirve para demostrar de manera auténtica, que la letra de cambio fue presentada oportunamente para su aceptación o para su pago.

Se practica el protesto por medio de un funcionario que tenga fe pública (FEDATARIO PUBLICO, no ante un notario público) y se levantará contra el girado o los recomendatarios, en caso de falta de aceptación, y en caso de protesto por falta de pago, contra el girado-aceptante o sus avalista.

La sanción por la falta de protesto es la pérdida de la acción cambiaria de regreso.