



REFLEXIONES SOBRE EL PROBLEMA DE LAS CONVIVENCIAS DE PAREJA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MARÍA FLORENCIA CALÁ
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En la actualidad, uno de los retos fundamentales del Derecho es el de delimitar y redefinir la institución familiar, diseñando políticas familiares capaces de dar respuesta a las reivindicaciones surgidas de nuevas fenomenologías sociales. Dos son, en concreto, las cuestiones en torno a las cuales giran esencialmente las reflexiones planteadas. Por un lado, la diversificación de las estructuras familiares ante la pluralidad de modelos de familia constatables en el complejo sociológico; y por otro, la consiguiente diversificación de las formas jurídicas de regulación de las relaciones interpersonales que se caracterizan por la convivencia de pareja o *more uxorio*.

Una adecuada contemplación de la realidad socio-jurídica posmoderna, permite vislumbrar la crisis del modelo tradicional de familia. Históricamente, sobre el fundamento de la institución matrimonial, los ordenamientos normativos nacionales captaban la regulación material de las relaciones familiares en torno a dos ejes fundamentales: la defensa de la familia legítima, creada a partir del matrimonio; y una estructura familiar jerarquizada, que propiciaba la unidad jurídica de la familia en torno a la figura del marido-padre¹.

¹ Véase DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar: Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones *more uxorio*, publicado en la Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Número 12, diciembre de 2006, <http://www.reei.org/index.php/revista/num12/articulos/novedades-legales-tendencias-reformadoras-regulacion-instituciones-figuras-juridicas-relativas-uniones-more-uxorio>,

Sin embargo, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, se abre camino un profundo replanteo de los valores morales y culturales tradicionales, que habían sido el fundamento de esa concreta estructura familiar y de aquél determinado contenido del sistema jurídico. Éste se caracteriza por dos reivindicaciones: la aspiración a la igualdad jurídica entre hombre y mujer y, simultáneamente, la aspiración a la igualdad jurídica entre los hijos, con independencia de la naturaleza de su filiación. Este proceso, fundado en el progresivo reconocimiento de la realización personal y el libre desarrollo de la personalidad, como valores superiores en el establecimiento y ordenación de las relaciones personales, se ha traducido en una progresiva extensión -cuantitativa y cualitativa- de los ámbitos materiales sometidos al ejercicio de la autonomía de la voluntad de los interesados².

Clara consecuencia de esta profunda transformación en el complejo sociológico y axiológico, constituye el reconocimiento de diversos modelos de familia, dentro de los cuales el modelo familiar no-institucionalizado ha alcanzado entidad propia -social y jurídica-, coexistiendo con la institución jurídica matrimonial y constituyendo, asimismo, una auténtica alternativa ideológica a la misma³.

25/06/2012.

² Puede verse AZPIRI, Jorge O.: *Uniones de Hecho*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 23.

³ Ello puesto que estimamos que uno de los móviles que conducen a las parejas a la no formalización legal es el deseo de apartarse de toda institucionalización posible, huyendo de la intromisión estatal en sus vidas íntimas. Se vislumbra un deseo por mantener sus respectivas libertades, entendiendo éstas no como la posibilidad de romper en cualquier momento la unión, sino como la concepción de que en razón de esa libertad la unión se ve fortalecida. No obstante, reconocemos que en la realidad en que nos hallamos inmersos, el incremento significativo de las parejas convivientes descansa también en otros motivos. En determinados sectores sociales, las personas escogen esta modalidad de vida relegándose de la unión formalizada, porque el matrimonio no se encuentra encarnado en su idiosincrasia; añadiéndose a esto el hecho de que en zonas marginadas por el flagelo de la pobreza, las personas no contraen nupcias porque no pueden. En tales supuestos, se divisan límites necesarios -económicos sociales y culturales-, que determinan que ciertos grupos humanos no accedan al modelo de familia legal, desprendiéndose de ello que el desconocimiento de estas realidades conculcaría la protección integral de estas familias. Además de estos patrones, también se detecta el aumento significativo de las separaciones de hecho y de la divorcialidad, cuestiones que han incrementado el volumen cuantitativo de las uniones de hecho. Finalmente, podemos mencionar la homosexualidad de los integrantes de la pareja, quienes al momento de repartir tropiezan muchas veces con límites necesarios -jurídico-políticos-, ya que la mayor parte de los ordenamientos normativos sólo captan como matrimonio aquel que se da entre

Para concluir con este acápite introductorio, resta precisar que las reflexiones vertidas en el presente trabajo se limitarán a la consideración de estructuras de convivencia afectiva que tienen su origen y fundamento en una unión de pareja; excluyéndose así la apreciación de cualquier otra estructura familiar o potencialmente familiar, esto es, tanto las formas monoparentales como los modelos atípicos de convivencia afectiva y solidaria.

2. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE DERECHO ARGENTINO INTERNO

El concubinato en la Argentina ha tenido una carga emotiva desfavorable y/o peyorativa, originada en cierta medida en la fuerte tradición religiosa forjada desde la colonización. Esta tradición es consagrada en el Código Civil al regular sobre el matrimonio y su forma, absteniéndose de legislar sobre la convivencia de parejas, salvo en el artículo 232 (hoy derogado, pero que se mantiene en cuanto a su solución en el artículo 223 según ley 23.515), el cual preveía que si el matrimonio fuera anulado por mala fe de ambos cónyuges, la unión sería reputada como concubinato, y por ende “no producirá efecto civil alguno”.

Puede vislumbrarse entonces, que en la tradición jurídica de nuestro país persistieron originalmente, y de manera conjunta, una postura sancionadora y abstencionista de las situaciones fácticas, comenzándose a consagrar y reconocer efectos jurídicos a estas realidades a través de la jurisprudencia. Este reconocimiento, que se dio en primer lugar en la fuente material -precedentes judiciales-, fue captado por el ordenamiento normativo de manera asistemática, consagrándose virtualidad y efectos jurídicos en razón del principio de solidaridad y protección integral de la familia. Consecuentemente podemos concluir que, desde el punto de vista de la política legislativa, nuestro Derecho refleja una postura proteccionista⁴ hacia este modelo de familia⁵.

un hombre y una mujer, siendo imprescindible entonces para la existencia del mismo la heterosexualidad; con lo cual, en esos estados, la opción se reduce a la sola posibilidad de conformar una unión fáctica.

⁴ Las legislaciones que pueden ubicarse en esta postura, reconocen ciertos derechos en situaciones puntuales, respondiendo a necesidades que van surgiendo, pero sin una reglamentación integral de la temática y sin que quepa su equiparación al vínculo matrimonial. El legislador procura, a través de la regulación de las cuestiones más esenciales, encontrar un equilibrio entre los principios de protección de la familia, que interesa a la organización so-

Si bien el ordenamiento normativo interno guarda silencio en torno a qué debemos entender por convivencias de pareja y cuáles serían sus elementos caracterizantes, hay consenso doctrinario y jurisprudencial en considerar requisitos de existencia de estas uniones la presencia de una comunidad de vida entre dos personas, de carácter estable y singular. No obstante, parte de la doctrina y jurisprudencia nacional estipulan también como nota definitoria la ausencia de impedimentos matrimoniales (o dicho de otro modo, la necesidad de que ambos miembros de la pareja gocen de aptitud nupcial, lo que lleva a calificar la convivencia como “unión libre”)⁶. Nuestra intención en este punto, es presentar la disyuntiva planteada en el Derecho Argentino en torno a la conceptualización misma de las convivencias de pareja, dejando sentado que la misma será analizada con mayor profundidad al abordar el problema de las calificaciones.

Ahora bien, independientemente del concepto construido consensualmente sobre parejas convivientes, sí es dable mencionar en este apartado que es pacífica la doctrina y jurisprudencia que estima que las mismas constituyen una realidad amparada por el ordenamiento jurídico de jerarquía constitucional.

Ello así puesto que en nuestro sistema normativo, tanto la Constitución Nacional (artículo 14 bis) como los diversos Tratados de Derechos Humanos (artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional) y las Constituciones Provinciales, garantizan la protección integral de la familia aludiendo a la familia real, es decir, a la que se desenvuelve como tal en la realidad fáctica, pudiendo tener su origen o constitución tanto en el matrimonio como en una convivencia de hecho o unión no formalizada⁷. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de

cial toda, y el de libertad individual, ambos presentes en el fenómeno de las convivencias de pareja.

⁵ Ver al respecto ZABALZA, Guillermina y SCHIRO, María Victoria; *Situaciones fácticas en el Derecho de Familia. Las convivencias de pareja y la separación de hecho*; Ed. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, 2010, pág. 4 y ss.

⁶ Se ha estimado también elemento caracterizante de las uniones convivenciales a la “heterosexualidad”, en tanto la misma era contemplada por nuestro ordenamiento como una condición de existencia del matrimonio; pero entendemos que dicha limitación se encuentra superada a partir de la captación normológica del matrimonio igualitario formulada por la Ley n° 26.618.

⁷ Véase GROSMAN, Cecilia: “Alimentos entre convivientes”, *Revista de Derecho de Familia*, Lexis Nexis. Buenos Aires, 2002, pág. 47 y ss.

la Nación ha interpretado que “la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicuo desamparar a los núcleos familiares no surgidos del matrimonio”⁸.

De lo expuesto se deriva que, conforme a la jurisprudencia, la noción de familia a la que aluden los textos constitucionales conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, puesto que comprende también a la que, originada en una unión de hecho, funciona como tal en sociedad⁹. Ello por considerar que la familia no está basada en un vínculo jurídico sino en un vínculo afectivo, entendiéndosela como una comunidad de vida, por lo que su concepto es -antes que normativo- sociológico, en tanto la familia es una institución social¹⁰.

Sin perjuicio de ello, nos vemos en la obligación de precisar que, no obstante constituir las convivencias de pareja un nuevo modelo de familia para el Derecho Argentino, las mismas se sitúan al margen del Derecho de Familia. Tanto en las cuestiones referidas a las relaciones entre los convivientes, como las atinentes a las relaciones de la pareja con terceros, ha de recurrirse -llegado el caso- a consideraciones jurídicas generales, a figuras e instituciones generales del ordenamiento y a las vías de autointegración del sistema.

3. POSICIONES NORMATIVAS EN TORNO A LAS CONVIVENCIAS DE PAREJA EN EL DERECHO COMPARADO

Del análisis comparatista del instituto abordado en el presente trabajo, no se

⁸ CSJN, 08/03/1990, JA 1990-I- 379; citado por GROSMAN, Cecilia: “Alimentos entre convivientes”, Ob. cit., pág. 47. Véase también SCJBA en causa “V. M. c/ C., J. M. y otro” de fecha 07/05/2003, DJBA 165-184, ver voto del Dr. Pettigiani.

⁹ Cám. 2ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala II, en causa “R., S. E. c/ Bustos, Esteban” de fecha 23/11/2004, JA, 2005-IV-284.

¹⁰ Véase por ejemplo, CNCiv en pleno, en causa “F., M. C. y otro c/ El Puente S. A. T.” de fecha 04/04/1995, LL, 1995-C-642, voto del Dr. Fermé. En similar sentido, nuestros tribunales han dicho que “...si la mutua ayuda material y afectiva en el seno de la convivencia para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a cada integrante del grupo familiar, es lo que caracteriza a la vida familiar, funcionalmente no puede haber por ello diferencia alguna entre la unión matrimonial, o la unión de hecho heterosexual u homosexual (Juzg. 1ª Inst. Civ. Com. y Minas nº 11 de Mendoza, en sentencia de fecha 20/10/1998, LL 1999-B-183).

desprende la existencia de un modelo general y uniforme. Ello pone de relieve cómo -en la comunidad de países occidentales-, instituciones, nociones y conceptos básicos del Derecho de Familia, han dejado de ser compartidos; lo que innegablemente repercute en el Derecho Internacional Privado. Tal vez ello pueda atribuirse a la desigual sensibilidad y permeabilidad que los diferentes ordenamientos nacionales han ido demostrando frente a las realidades sociales.

Consecuentemente, en el actual proceso de progresiva deslegalización de la institución matrimonial y correlativa juridificación de las uniones de hecho, se observan relevantes divergencias en las captaciones normativas. Ellas giran no sólo en torno al reconocimiento mismo de la situación jurídica o su eventual desconocimiento, sino que también se presentan en lo relativo al nombre de la figura¹¹, al supuesto sociológico a ser considerado¹², a las condiciones necesarias para tal reconocimiento¹³, y a la naturaleza y extensión de los efectos jurídicos reconocidos¹⁴.

Ello ha llevado a que se distingan, doctrinariamente, tres supuestos que denotan un grado decreciente en la institucionalización de las convivencias de pareja: el de la pareja registrada, el de otras formas de unión convivencial con reconocimiento legal, y el de la ordenación legal de ciertos derechos vinculados a la convivencia estable¹⁵.

¹¹ Uniones de hecho, uniones estables, unión de personas libres, concubinato, convivencia en aparente matrimonio, convivencia de parejas o parejas convivientes, partenariado, unión civil, entre otros.

¹² Esto es, si solamente incluiría a personas de distinto sexo o también podría abarcar a parejas homosexuales; si es necesario que los miembros no se encuentren afectados por impedimentos matrimoniales o, por el contrario, también abarcaría a personas convivientes en que uno o ambos integrantes se encuentren imposibilitados legalmente de contraer matrimonio; si sólo abarca uniones exclusivas o también comprende las poligámicas, entre otros interrogantes.

¹³ A saber, tiempo de convivencia, bienes adquiridos en común, existencia de hijos, etcétera.

¹⁴ Esto es, sólo efectos personales o también de carácter patrimonial; derechos alimentarios, derechos sucesorios, entre otros. Al respecto, véase GRESELIN, Lorena y ACOSTA, Juan Francisco; *El derecho internacional privado como instrumento de armonización para la problemática de las uniones de hecho en el MERCOSUR*, publicado en elDial.com, http://www.eldial.com.ar/suplementos/privado/tcdNP.asp?id=4077&id_publicar=6655&fecha_publicar=28/11/2008&camara=Doctrina, 15/12/2008.

¹⁵ Véase al respecto *Las familias, parejas e hijos y la Unión Europea. Informe y recomendaciones del ILGA-Europe*, preparado por Mark Bell, abril de 2003, págs. 7-14; citado

La pareja registrada es una institución jurídica cercana al matrimonio que, como éste, precisa de una declaración de voluntad de los contrayentes. Nace en los ordenamientos escandinavos¹⁶ a inicios de la década de los 90 del siglo pasado, para hacer posible el reconocimiento y la eficacia jurídica del compromiso de aquellas parejas que no podían contraer matrimonio: las de personas del mismo sexo. Pero este carácter original de la figura ha sido objeto de transformación en algunos casos -como el del ordenamiento normativo holandés-, que procedió a su extensión a las uniones heterosexuales-, creándose así, con carácter más general, una nueva opción jurídica de formalización de la vida en común de una pareja como verdadera alternativa ideológica al matrimonio, situada entre éste y la unión de hecho. No obstante, en los demás países en los que esta figura se halla prevista, se mantiene como una institución paralela al matrimonio, reservada a las parejas del mismo sexo¹⁷.

En cuanto a las otras figuras jurídicas utilizadas para el reconocimiento y ordenación legal de uniones estables de pareja no matrimoniales, se trata de categorías legales que, frecuentemente, adoptan una calificación híbrida entre el Derecho de las Obligaciones y el Derecho de Familia, con un contenido alejado del de la institución matrimonial. Éstas, fundadas sobre la voluntad de los interesados, les atribuyen una nueva condición jurídica -normalmente vinculada a la inscripción registral-, y se hallan abiertas tanto a personas del mismo sexo como a las de distinto sexo. Este es el caso del “contrato de vida en común” del Derecho holandés, de la “cohabitación legal” del Derecho Belga, del “pacto civil de solidaridad (PACS)” del Derecho francés y, entre las leyes españolas, éste es el modelo adoptado por la Ley de Baleares de 2001 y por la Ley del País Vasco de 2003.

Finalmente, al hablar de la ordenación legal de ciertos derechos vinculados a las convivencias estables de pareja, estamos haciendo referencia a aquellas

por DOMÍNGUEZ LOZANO, Pilar: *Op. Cit.*, pág. 12 y ss.

¹⁶ La primera regulación es la realizada en el ordenamiento danés, por la *Ley sobre parejas registradas (Lov om registreret partnerskab)*, nº 372, de 07 de junio de 1989, que entró en vigor el 01 de octubre de 1989.

¹⁷ Este es el caso de Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia, Islandia, Alemania (si bien en este caso, la figura mantiene un mayor distanciamiento de la institución matrimonial), Luxemburgo, Suiza o el Reino Unido.

previsiones legales que, sin distinguir por razón de sexo u orientación sexual, toman la convivencia estable *more uxorio* como elemento generador de ciertos efectos jurídicos, al margen de la declaración de voluntad por parte de los convivientes. A este grupo pertenece, verbigracia, la legislación sueca sobre convivientes o la portuguesa de uniones de hecho.

Para culminar con el abordaje de este punto, cabe hacer referencia a las captaciones normativas de las convivencias de pareja en los demás estados miembros del MERCOSUR¹⁸.

En el caso de Uruguay, su ordenamiento normativo se ubicaba en la misma postura, denominada proteccionista, que Argentina. Carecía de una regulación sistemática en materia de convivencias de pareja. Como en el caso de nuestro país, comenzaron a reconocerse efectos a estas uniones tanto por vía de la legislación especial -sobre todo en materia de seguridad social-, como a través de la aplicación, por parte de los jueces, de normas y principios de derecho común. La situación a nivel de fuentes formales, cambió radicalmente al promulgarse con fecha 27 de diciembre de 2007 la Ley N° 18.246 de Unión concubinaria, que regula de modo sistemático a las convivencias de pareja. Convirtiéndose asimismo en el primer país de América Latina en regular a nivel de derecho común a las parejas convivientes homosexuales, y colocándose entre los países miembros del MERCOSUR que se encuentran en la postura equiparadora¹⁹. Dicha ley ha suscitado gran polémica, por definir en su artículo 2° como unión concubinaria, a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas “*cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual*”²⁰. En dicho proyecto se procura una reglamentación sistemática de las uniones concubinarias, previendo su reconocimiento judicial²¹, las relaciones

¹⁸ Ver reseña en ZABALZA, Guillermina y SCHIRO, María Victoria; *Op. Cit.*, pág. 23 y ss.

¹⁹ Esta postura confiere a la unión marital de hecho, luego de cumplidos determinados requisitos, los mismos efectos que al matrimonio. Aquí, las convivencias de pareja se presentan como un fenómeno tan extendido y reconocido dentro de la sociedad en que acaecen, que su protección legal se impone al legislador. En general, en los ordenamientos de corte equiparadora, el legislador brinda una regulación sistemática del fenómeno en estudio.

²⁰ <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=, 20/06/2012>

²¹ Se establece un procedimiento para el reconocimiento judicial de la unión concubinaria

personales y patrimoniales, las causales de disolución y los derechos sucesorios. Asimismo, prevé las modificaciones a leyes registrales y de la seguridad social.

Por su parte, la República Federativa de Brasil se enrolaría también dentro de aquellos países que sustentan una posición equiparadora -según entendemos-, en razón de que la protección de las uniones estables alcanzó consagración constitucional en la Constitución federal de 1988. Su artículo 226, párrafo tercero, establece: *“para los efectos de la protección del Estado, es reconocida la unión estable de hombre y mujer como entidad familiar, debiendo facilitárseles su conversión en casamiento”*²². Asimismo, y pese a no hallarse receptadas de manera sistemática en un único cuerpo normativo, en el ordenamiento infranconstitucional se regulan de manera prácticamente integral los efectos derivados de las parejas convivientes. La regulación a la que hacemos referencia se halla, por un lado, en la ley 8971/94 del 29 de diciembre de 1994, que regula los derechos alimentarios y sucesorios entre convivientes. Por su parte la ley 9278/96, del 10 de mayo de 1996²³, reconoce como entidad familiar a la convivencia duradera, pública y continua de un hombre y una mujer, regulando el contenido de las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes, así como el derecho de alimentos y el derecho real de habitación que reconoce luego de la disolución de la convivencia. Establece a su vez, la posibilidad de conversión en matrimonio de la convivencia a través de su inscripción en el Registro Civil. Atribuye asimismo la competencia judicial al fuero de familia en cuestiones suscitadas a raíz de una unión estable. Por último, el Código Civil de 2003, en su Libro II (Del Derecho de Familia), Título III (De las Uniones Estables), regula en general los caracteres y efectos personales y patrimoniales de la unión de hecho, así como la posibilidad de su conversión en matrimonio. El panorama legislativo antes descrito, nos permite

(artículos 4º, 5º y 6º). Entre los efectos de dicho reconocimiento, se encuentran la constitución de una sociedad de bienes (artículo 5º) y la asimilación a los efectos matrimoniales en cuanto a las prohibiciones contractuales de los cónyuges (artículo 7º). Este reconocimiento judicial, como la disolución de la pareja efectuada por la misma vía y la constitución de la sociedad de bienes derivada de la existencia de una unión no matrimonial, deben inscribirse en los registros respectivos (artículos 12 y siguientes).

²² <http://www.constitution.org/cons/brazil.htm>, 05/05/2012.

²³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm, 05/05/2012.

afirmar que en Brasil se asiste a una regulación integral de las convivencias de pareja, colocándolo como un ordenamiento de carácter equiparador.

Paraguay también parece enrolarse dentro de los países que asumen una postura equiparadora frente a las convivencias de pareja. La ley I de 1992 de reformas al Código Civil procura una regulación integral de las convivencias de pareja, al normar aspectos activos y pasivos de las relaciones patrimoniales entre convivientes e, implícitamente, prever la obligación de asistencia material durante la convivencia²⁴, estableciendo la obligación de proporcionar alimentos de toda necesidad en caso de ruptura de la unión. Asimismo, regula la participación del conviviente supérstite en los bienes dejados por el causante en caso de disolución de la convivencia por muerte, y sus derechos previsionales y de la seguridad social. Por último cabe destacar como aspecto que definitivamente lo coloca dentro de las posturas equiparadoras, la posibilidad de inscripción y su equiparación a matrimonio, considerando incluso a los hijos comunes como matrimoniales.

Para culminar, nos vemos obligados a mencionar que el presente acápite pretende ser ilustrativo del estado actual de la regulación jurídica de las convivencias de pareja en el Derecho Comparado, pero de ningún modo lo agota.

4. CONSIDERACIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La simple posibilidad fáctica de que los miembros de la pareja, que conviven de manera estable y que gozan de cierta protección o regulación en su Estado de origen, se trasladen más allá de las fronteras en que la unión fue constituida o registrada y requieran su reconocimiento o disolución en otro Estado, o bien soliciten la eficacia extraterritorial de los acuerdos celebrados por la pareja (verbigracia, referidos al régimen de bienes) o de la adopción conferida conjuntamente a los concubinos -entre otras problemáticas que abordaremos posteriormente-, nos introduce en el ámbito propio del Derecho Internacional Privado, el cual debe dar respuesta a estos problemas, brindando previsibilidad y seguridad jurídica.

²⁴ GROSMAN, Cecilia: “Efectos personales de las convivencias de pareja”, ponencia presentada en el III Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, realizado en Buenos Aires los días 25 y 26 de octubre de 2007.

No existen en el Derecho Internacional Privado Argentino, de fuente convencional o de fuente interna, reglas materiales ni conflictuales referidas a uniones no matrimoniales.

Esta situación de carencia normativa de carácter histórico, se extiende también a los ordenamientos iusprivatistas internacionales del derecho comparado.

En efecto, sólo la legislación alemana -que sigue el modelo nórdico- ha incluido normas de conflicto. Al respecto, la ley de fecha 16 de febrero de 2001 que se incorpora a la Ley de Introducción al Código Civil Alemán (EGBGB), dispone que “la formación, los efectos generales y patrimoniales, así como la disolución de un partenariado registrado, se sujetan a las disposiciones materiales del Estado de registro”. En consecuencia, esta ley ha escogido el “lugar de registro” del partenariado como punto de conexión, eliminando la posibilidad del reenvío –puesto que la referencia es a las disposiciones *materiales* del derecho llamado a regir el caso- y abandonando el “grande coupure” o corte grande, al someter tanto la validez de la convivencia como sus efectos a un mismo derecho²⁵.

El principio de la *lex loci registrationis* se funda en que, al tratarse de una institución desconocida para muchas legislaciones, se debe escoger el punto de conexión que nos remita a aquel derecho que no la desconozca, en pos de evitar uniones claudicantes²⁶. Las excepciones a la regla general, se relacionan con la obligación alimentaria y con los derechos sucesorios. No obstante, y si bien cuando el caso con elementos extranjeros se refiere a alguno de estos institutos el derecho aplicable varía, es de destacar que la ley alemana dispone que en caso de que el derecho llamado a solucionar el problema planteado en el tipo de la norma de colisión, no prevea derechos alimentarios o derechos sucesorios a favor de los integrantes de la unión registrada, se aplicará también la ley del “lugar del registro”; por lo que sólo carecerán de tales derechos cuando la ley bajo la cual se registró la unión no los reconoce. De este modo,

²⁵ Tanto respecto de este tema como de los que a continuación abordaremos, véase GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado*, 8va. Edición, Buenos Aires, Depalma, 1999; puesto que el desarrollo del presente acápite se encuentra íntegramente basado en su concepción normológica del Derecho Internacional Privado.

²⁶ GRESELIN, Lorena y ACOSTA, Juan Francisco: *Op. Cit.*, pág. 11.

se establece un punto de conexión acumulativo desigual, en virtud del cual el derecho llamado en segundo lugar -en este supuesto, el del lugar del registro- funciona como mínimo, instaurándose así una cláusula especial de orden público que, como tal, integra las características positivas de la consecuencia jurídica.

Por último, y dado que es el único Estado cuyo ordenamiento iusprivatista internacional contempla normas conflictuales, mencionaremos que el derecho alemán establece también determinados límites a la aplicación de la ley extranjera. Es así que el artículo 17 de la EGBGB, dispone que “los efectos de un partenariado registrado en el extranjero no pueden sobrepasar los previstos por las disposiciones del Código y de la ley alemana sobre partenariado”. De este modo, nos encontramos también en este punto, y analizando las características positivas de la consecuencia jurídica, con una conexión acumulativa desigual impuesta por una cláusula especial de orden público. En este caso, ésta se presenta entre un punto de conexión y una conexión -el Derecho alemán, llamado a regir el caso de manera nominativa por la norma de colisión, el cual en este supuesto y a diferencia del anterior, no funcionaría como mínimo sino como máximo-.

Más allá de las disposiciones contenidas en este ordenamiento normativo en particular, y ante el silencio guardado por el Derecho Internacional Privado de los demás Estados que conforman la comunidad internacional, podemos distinguir dos posiciones en cuanto a la regulación de esta realidad social desde el punto de vista de la rama jurídica que nos convoca. La primera de ellas es la que considera a las convivencias de pareja como una verdadera “categoría internacional”, próxima a la del matrimonio, procurando su reglamentación a través de los puntos de conexión o métodos generalmente aceptados para las relaciones matrimoniales. La segunda no reconoce a las uniones no matrimoniales autonomía alguna, teniéndola como “puro hecho jurídico”, que se asimilará a la categoría que corresponda según la naturaleza del conflicto que se suscite (delitos, contratos, bienes, entre otros)²⁷.

Más allá de estas posiciones en materia de política legislativa, consideramos

²⁷ BOGGIANO, Antonio: *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Quinta edición actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2006, pág. 670.

que las convivencias de pareja, al igual que las uniones matrimoniales, integran el concepto de familia y por tanto merecen protección jurídica. Pero ello no debe conducir a la equiparación de institutos intrínsecamente diferentes e independientes, observación ésta que impide aplicar a los casos con elementos extranjeros referidos a parejas convivientes, las normas de Derecho Internacional Privado sobre matrimonio a partir del recurso a la analogía²⁸.

Matrimonio y convivencias de pareja no son realidades equivalentes. Son situaciones fácticas diferentes, que por tanto requieren respuestas jurídicas y captaciones normativas también diferentes, que contemplen las particularidades de cada figura.

Ello nos conduce a delinear cuáles serían -ante los distintos problemas que pueden presentarse alrededor de las convivencias de pareja en el Derecho Internacional Privado- las posibles respuestas que más se adecuen a la finalidad de esta rama jurídica, esto es, que se basen en el respeto positivo al elemento extranjero, otorgándole el trato que, con el máximo grado asequible de probabilidad, recibiría dentro del derecho más vinculado con su cultura.

Para este cometido, analizaremos distintos supuestos que podrían plantearse judicialmente, siguiendo la estructura de la norma indirecta internacional.

Es así que, **cuando se presente ante las autoridades nacionales competentes una pretensión que verse sobre una cuestión atinente a una unión no matrimonial** (ya sea la solicitud de su reconocimiento, o controversias derivadas de las relaciones personales o patrimoniales de los convivientes, o de la disolución de la pareja), **y el caso presente elementos extranjeros** (verbigracia, por haberse constituido o registrado la unión en un Estado diferente del requerido, por tener los convivientes -o al menos uno de ellos, en el caso de ruptura- su domicilio en otro Estado, por hallarse bienes de su propiedad en otro país, por haberse celebrado un pacto entre los miembros de la pareja para regular las relaciones derivadas de la constitución de la unión en un Estado extranjero, entre otros tantos supuestos que podrían plantearse en la realidad

²⁸ Véase al respecto PALLARÉS, Beatriz: El régimen internacional del matrimonio en el derecho de los países del MERCOSUR. La influencia del derecho internacional privado convencional en los derechos nacionales, publicado en Revista de Derecho de Familia, Lexis-Nexis, n° 30, p. 127.

jurídica), **corresponde aplicar normas de Derecho Internacional Privado, las que a través del método indirecto nos indicarán, en primer lugar, cuál es el Estado llamado a entender en la controversia por gozar de jurisdicción internacional y, en segundo lugar, cuál es el Derecho que la autoridad que goce de competencia conforme al Derecho interno de ese Estado, debe aplicar para dar solución al fondo del asunto.**

Como vemos entonces, la primera cuestión a considerar es la referente a la *jurisdicción*. Al respecto, y si bien el tema no ha merecido atención suficiente por parte de la legislación y la doctrina, parecería que lo más conveniente es adherir al criterio personal en materia jurisdiccional, reconociendo competencia internacional al Estado donde los convivientes tienen su domicilio efectivo²⁹. De este modo, se descartarían otros criterios para la atribución de jurisdicción, tales como el real -que reconocería competencia a los jueces del lugar de situación de los bienes- o el conductista -que atendería a la autonomía de las partes en conflicto-. No obstante, este último criterio podría aplicarse cuando el caso verse sobre una controversia de carácter patrimonial entre los convivientes, y ellos hubieren acordado previamente la jurisdicción en favor de un Estado diferente a aquél en el cual tenían fijado su domicilio común, a través de un pacto o convención. Ello en la medida en que la elección sea razonable, por mediar algún contacto entre la pareja y el Estado al que se ha reconocido jurisdicción internacional, puesto que caso contrario estaríamos en presencia de *fórum shopping*.

Para el supuesto en que la pretensión se presente con posterioridad a la ruptura o disolución de la pareja, y también siguiendo el criterio personal, estimamos que serían competentes los jueces del último domicilio convivencial efectivo o los del domicilio del conviviente demandado, constituyéndose así un punto de contacto jurisdiccional de carácter alternativo, que coloca la opción en cabeza del actor. No escapa a nuestro entender que la adopción de este criterio requiere la previa calificación de lo que debemos entender por “lugar del domicilio efectivo de los convivientes”, pero consideramos que al respecto sí pueden aplicarse analógicamente las normas que rigen en materia matrimo-

²⁹ Criterio sugerido también por GRESELIN, Lorena y ACOSTA, Juan Francisco; *Op. Cit.*, pág. 14.

nial, las cuales, siguiendo el criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Vlasof”³⁰, entienden por domicilio conyugal el lugar donde la pareja vive de consuno, donde reside su centro de vida. Esto es, y trasladado ya a nuestro supuesto de análisis, el lugar donde se materializa la comunidad de vida como uno de las notas tipificantes de la unión no matrimonial³¹.

Ahora bien, efectuadas las consideraciones pertinentes en lo que a atribución de jurisdicción se refiere, pasaremos a abordar la estructura de la posible norma de conflicto en materia de *Derecho aplicable*.

Para que la misma despliegue sus efectos, debemos estar frente a una acción que pretenda el reconocimiento de la existencia y validez de una convivencia de pareja, presentando el caso elementos extranjeros de carácter real, personal o conductista, cuya descripción conformará las características positivas del antecedente de la norma indirecta³².

En nuestra opinión, el supuesto de análisis más interesante en lo que al objeto del presente trabajo se refiere, se halla constituido por el problema del reconocimiento o desconocimiento en territorio argentino, de la existencia de una convivencia de pareja constituida en un Estado extranjero y, consecuentemente, del despliegue de los efectos que de esa unión se siguen conforme al derecho de ese Estado. Planteo éste que adquiere gran relevancia ante las grandes asimetrías normativas presentes en el derecho comparado, situándose el Estado Argentino entre uno de los estados que menor grado de institucionalización reconoce a las uniones no matrimoniales, frente a otros ordenamientos que llegan incluso a la equiparación de las mismas con el matrimonio, aun tratándose de parejas constituidas entre personas del mismo sexo.

No escapa sin embargo a nuestro análisis, el hecho de que el problema del reconocimiento de la pareja conviviente rara vez se presente ante las autorida-

³⁰ CSJN, en causa “Vlasof”, *La Ley*, tomo 98, pág. 287.

³¹ Criterio receptado por el Código Civil en el artículo 162, armonizándose así con el Derecho Internacional Privado de fuente convencional (Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889, artículo 12, y de 1940, artículo 14).

³² Que no es más que la descripción del caso o el aspecto del caso con elementos extranjeros, incluyendo así aquellas cuestiones que necesariamente deben estar presentes en el supuesto fáctico para que la consecuencia jurídica de la norma indirecta despliegue sus efectos.

des argentinas como la cuestión principal de la pretensión, sino que más bien constituirá una cuestión previa frente a planteos que lo presuman. Entre ellos podemos mencionar, sin pretender ser exhaustivos en la enumeración, la pretensión de reconocimiento de un derecho sucesorio o alimentario en favor de uno de los convivientes, la solicitud de ejecución de un pacto celebrado en el extranjero referido al régimen de bienes derivado de la unión, la solicitud del reconocimiento de efectos a una adopción conferida conjuntamente a los convivientes en un Estado extranjero, o la presencia de una controversia derivada de las relaciones patrimoniales entre los convivientes o frente a terceros no existiendo autorregulación, entre otros.

Sentado ello entonces, nos encontramos ante un primer obstáculo al momento de abordar las **características positivas del antecedente de la norma de colisión** referida a la problemática del reconocimiento de la pareja conviviente. Éste está constituido por la necesidad de determinar si descomponemos la controversia relativa a la existencia o no de una convivencia de pareja en los distintos aspectos que conforman el caso, sometiendo cada uno de ellos al Derecho en que resida su centro de gravedad (esto es, a modo de ejemplo, para analizar si estamos en presencia de una unión no matrimonial o no, partimos de tantas normas como aspectos presente la controversia, elaborando una para juzgar la existencia conforme la capacidad de las partes para constituir la –lo que implicará la ausencia de impedimentos–, otra para analizar la controversia desde el ángulo de la forma de constitución –esto es, la necesidad de observar algún tipo de solemnidad y en su caso cual, o no– y otra en lo que respecta a su validez intrínseca); o, al igual que lo que sucede con las normas conflictuales que captan el problema de la validez del matrimonio, hacemos abandono del método analítico y sometemos todos los aspectos del caso a un mismo Derecho, esto es, a aquél que probablemente reconoce la unión, a efectos de evitar convivencias claudicantes.

Estimamos que esta última solución es la más conveniente ante el caso planteado y es la que se ha adoptado por los ordenamientos normativos que receptan la cuestión. Por lo que, **para analizar si estamos frente a una convivencia de pareja y luego proceder a decidir si ésta merece o no reconocimiento en territorio argentino, partiremos de una única norma iuspriva-**

tista internacional.

No obstante, ello nos lleva ahora a afrontar otro de los inconvenientes con que el juez tropezará al momento de aplicar la norma. Éste es el tan abordado *problema de las calificaciones*.

Ello implica determinar a qué ordenamiento normativo deberá acudir el aplicador, en último lugar, para definir los términos empleados por la norma, ante la ausencia, en lo que a convivencias de pareja se refiere, de calificaciones autárquicas en el Derecho Internacional Privado. Al respecto, consideramos que lo más justo será seguir la postura que reclama la aplicación de la *lex civilis causae* no sólo para reglamentar el caso, sino también para definirlo. Por supuesto, ello conlleva la necesidad de acudir a la *lex fori* para definir el punto de conexión, puesto que sólo así podremos conocer el derecho llamado a regir el caso. No obstante, es dable señalar que aquí se nos presenta un inconveniente particular. Ello puesto que, ante el problema de las convivencias de pareja, la calificación del punto de conexión puede implicar, necesariamente, una calificación previa de la naturaleza de la unión efectuada también conforme a la *lex fori*. Pongamos un ejemplo para intentar clarificar el planteo. Supongamos que la pretensión incoada en la demanda, consiste en la solicitud de ejecución de un pacto celebrado entre los convivientes para regir sus relaciones económicas. Para que el juez determine que el derecho aplicable es, por ejemplo, el del lugar de constitución o registración de la pareja y no el del lugar de cumplimiento o celebración del contrato, previamente debió calificar – conforme su propio derecho- la relación entre las partes como un vínculo afectivo de pareja y no una mera relación de carácter contractual. Por supuesto, una vez determinado por la operatividad del punto de conexión el derecho aplicable, éste volverá a definir todos los términos empleados por la norma y previamente conceptualizados por el derecho del Estado requerido, para luego proceder a reglamentarlos³³.

Ahora bien, una vez resuelto el problema de la denominación y el de las ca-

³³ Véase al respecto MENICOCCI, Alejandro Aldo; Reflexiones sobre el problema de las calificaciones en el Derecho Internacional Privado, en “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”, obra en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani, Directores ALTERINI, Atilio y NICOLAU, Noemí, Coordinador, HERNÁNDEZ, Carlos, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 622 y ss.

lificaciones, y a efectos de continuar analizando las características positivas del antecedente normativo, deberán ser resueltas las eventuales *cuestiones previas*. De este modo, cuando la controversia no verse directamente sobre el reconocimiento de la existencia de una pareja conviviente, sino que se refiera a una de las cuestiones derivadas que hemos ejemplificado ut supra, el reconocimiento de la convivencia deberá ser no obstante analizado, pero en esta oportunidad, como una cuestión previa.

Al hablar de cuestiones previas (lo que supone la existencia de una cuestión principal que se halla condicionada por la anterior), hacemos referencia a cuestiones conexas de un mismo caso mixto, siendo una de ellas condicionante de la otra. En el presente supuesto, el reconocimiento como pareja conviviente de la unión, condiciona la validez de los pactos patrimoniales celebrados entre sus miembros, la posibilidad de hacer lugar a un derecho alimentario o sucesorio, la validez de la adopción conferida conjuntamente a ambos integrantes de la pareja, entre otros aspectos que pudieran presentarse.

Ante esto, el complejo axiológico nos impone reconocer la preferencia de la teoría de la equivalencia por sobre la teoría de la jerarquización, en cualquiera de sus dos variantes -esto es, ideal o real-. De ello se desprende que cada causa, cada uno de los aspectos conexos, se someterá invariablemente a su propio derecho, sin que repercuta en su reglamentación el derecho aplicable a la cuestión con él intrínsecamente vinculada; debiendo recurrirse en caso de desintegración, al método sintético-judicial.

Habiendo analizado sucintamente las características positivas del antecedente normativo en el caso bajo análisis, resta ahora considerar sus **características negativas**, que no son otras más que las cuestiones que necesariamente deben estar ausentes para que la consecuencia jurídica pueda aplicarse. Dentro de éstas podemos mencionar, a título ejemplificativo, que la norma de colisión desplegará sus consecuencias en tanto no exista ni litispendencia, ni conexidad, ni atracción, ni cosa juzgada, ni fraude. Es justamente esta última posibilidad la que nos presenta mayores cuestionamientos.

¿Es posible la existencia de **fraude a la ley argentina** en el supuesto de que la controversia verse sobre una convivencia de pareja? Consideramos que hay situaciones en las que el mismo puede presentarse.

Supongamos el caso de una pareja que convive *more uxorio* en territorio argentino, llevando adelante una comunidad de vida estable y singular, que se traslada a otro Estado a efectos de obtener la registración o el reconocimiento judicial de la unión -cuando ello está previsto por el ordenamiento jurídico del Estado receptor- y luego regresa al Estado argentino. Al hacerlo, solicita el reconocimiento de determinados efectos que el Estado en que se ha efectuado la registración o el reconocimiento concede a las uniones no matrimoniales, pero que el Estado argentino niega (verbigracia, efectos de carácter patrimonial, derecho alimentario, derechos sucesorios, entre otros), con lo cual podríamos estar en presencia de un manipuleo fraudulento de los hechos subyacentes al punto de conexión. Es verdad que es muy poco probable que esta situación fáctica se presente, dado que los ordenamientos normativos que prevén la posibilidad de registración o reconocimiento de las uniones de pareja, en pos de colocarlas en una situación paralela a la institución matrimonial, normalmente exigen la constatación de determinados requisitos previos -como un lapso mínimo de convivencia en ese territorio-, a diferencia de lo que ocurre con la celebración del acto jurídico matrimonial. No obstante ello, no podemos descartar a priori su acaecimiento.

Siguiendo esa línea, también podría constatarse un supuesto de fraude a la ley argentina, cuando una pareja conviviente obtiene la registración de la unión o su reconocimiento judicial en un Estado extranjero (lo que en muchos casos conduce a la equiparación de la unión con la matrimonial), teniendo uno o ambos concubinos un vínculo conyugal vigente en el Estado argentino. Evidentemente, el aplicador tendrá que estar al caso concreto, dado que del análisis pormenorizado de las circunstancias del caso surgirá la existencia o no de fraude a la ley. Para el caso en que éste llegara a materializarse, el juez no aplicará el Derecho llamado a regir por el punto de conexión, sino aquél cuya reglamentación las partes pretendieron eludir a través de la maniobra fraudulenta: en este caso, probablemente será el derecho de su domicilio efectivo.

Lo que sí podemos preguntarnos en este punto, es si cuando se trata de reconocer la existencia y validez de una convivencia de pareja, y de modo similar a lo que ocurre respecto de la validez del acto jurídico matrimonial, también debemos tolerar el fraude en pos de evitar uniones claudicantes. La res-

puesta probablemente surgirá al analizar los fundamentos de semejante tolerancia, fundamento que no es otro más que la necesidad de asegurar la matrimonialidad de los hijos habidos durante la subsistencia del vínculo conyugal³⁴.

Como puede observarse, este fundamento carece de razón de ser al trasladarlo al ámbito de la convivencia de pareja, puesto que la descendencia necesariamente será calificada como extramatrimonial³⁵. En consecuencia, podemos concluir que no hay motivo alguno para no perseguir el fraude a la ley frente a este tipo de controversias.

Habiendo analizado entonces los distintos problemas que pueden plantearse ante una convivencia de pareja transfronteriza, los cuales serán descriptos por el tipo legal en lo que ha de denominarse “la causa” de la controversia, resta por estudiar su **consecuencia jurídica**.

Aquí nos preguntaremos, en primer lugar, por *la conexión*. Ello demandará la determinación del derecho que posee el vínculo más estrecho con la causa, en pos de reconocerle la facultad de reglamentarla. Al respecto, y en lo que concierne a las controversias sobre parejas convivientes, la cuestión ha sido generalmente captada mediante normas unilaterales.

No obstante, doctrinariamente, dos puntos de conexión -cuya determinación en el caso concreto nos permitirá identificar el derecho aplicable- se han considerado idóneos para dar cumplimiento a la exigencia dikelógica anteriormente mencionada, siendo ambos de carácter personal, sociológico y no acumulativo simple: el “lugar de domicilio efectivo de los convivientes” y el “lugar de constitución o registración de la pareja”. Como puede observarse, el primero de ellos es de carácter mutable, por lo que puede resultar dificultoso. Ello porque los efectos de la unión no matrimonial y su misma existencia como tal, variarán conforme lo haga el domicilio de los miembros de la pareja. Es así que el segundo, debido a su rigidez, se presenta como el más adecuado, al menos al momento de determinar el derecho aplicable para regir la existencia o no de la unión, su naturaleza y elementos caracterizantes. Ello en pos de

³⁴ Al respecto puede verse KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Plus Ultra, pág. 237 y ss.

³⁵ Y podríamos incluso plantearnos la existencia misma del precepto, aun cuando nos situemos frente al instituto del matrimonio, ante la actual equiparación jurídica de las filiaciones.

no defraudar las legítimas expectativas de las partes. Si se trata en cambio de la regulación de las relaciones personales surgidas de una unión ya reconocida, sí podría resultar aplicable el derecho del domicilio de los convivientes (de manera análoga a lo que ocurre en materia matrimonial). Del mismo modo que cuando la controversia verse sobre la ejecución de un pacto a través del cual la pareja ha autorregulado sus relaciones patrimoniales, caso en el cual podremos acudir también a un criterio conductista -en la medida en que la elección sea razonable-, una vez salvaguardadas las cuestiones de estricto carácter real, las que se regirán por el derecho del lugar en que los bienes se hallen situados.

Ahora bien, llegado este punto, lo que debemos preguntarnos es si nuestro derecho contiene normas rígidas expresas en materia de convivencia de parejas, que constituyan cláusulas especiales de orden público. Verbigracia, nos cuestionaremos si las disposiciones del ordenamiento normativo argentino sobre impedimentos matrimoniales también se aplican a las convivencias de pareja. Esto es, ¿acudiremos, para determinar su naturaleza, al derecho identificado merced al punto de conexión sólo en la medida en que contemple, al menos, los mismos impedimentos? Si la respuesta es afirmativa, consideraremos que la ausencia de un vínculo de parentesco entre los convivientes y de un vínculo conyugal no disuelto que una a uno de ellos o a ambos con otra persona, son exigencias mínimas e insoslayables de nuestro ordenamiento normativo en materia de parejas convivientes. De este modo, no nos encontraremos ya frente a un punto de conexión no acumulativo, sino a una conexión acumulativa desigual. El juez aplicará el derecho indicado por el punto de conexión (por ejemplo, el del lugar del registro), observará la solución que éste brinda al caso y, *posteriormente*, lo complementará con las disposiciones del derecho propio -indicado nominativamente, por lo que hablamos de conexión y no de punto de conexión-, el que entonces funcionaría como mínimo.

En lo que respecta al segundo punto de análisis dentro de las características positivas de la consecuencia jurídica de la norma indirecta, esto es, **lo conectado**, consideramos aplicable la teoría del uso jurídico ideada por Goldschmidt.

En virtud de ello, el juez deberá dar al caso la solución que, con el máximo grado asequible de probabilidad, le daría el juez del Estado cuyo Derecho se

considera aplicable si el caso se hubiere planteado ante sus estrados.

De ello se desprende la aceptación de la institución del “reenvío”, puesto que al tratarse de un caso con elementos extranjeros, el juez foráneo consultaría en primer lugar su Derecho Internacional Privado, y sólo en segundo o ulterior término el Derecho Privado que el primero le indique como aplicable a la controversia.

Finalmente, realizaremos algunas consideraciones en lo que respecta a la **característica negativa de la consecuencia jurídica**.

En virtud de la misma, decimos que daremos al caso la solución brindada por el Derecho declarado aplicable por la norma conflictual, en la medida en que ésta no atente contra nuestro *orden público internacional* (artículo 4° de los Protocolos Adicionales de Montevideo de 1889 y 1940, artículo 14 inciso 2° de nuestro Código Civil y artículo 5° de la CIDIP II de normas generales); entendido éste como el conjunto de *principios* absolutamente necesarios e inalienables del ordenamiento del foro.

De este modo, concibiendo al orden público como un conjunto de principios y no de disposiciones, éste sólo será aplicable a posteriori y en forma excepcional. Caso contrario, esto es, cuando la discordancia entre la solución prevista por el derecho del Estado requerido y el derecho del Estado del foro no sea absolutamente manifiesta, primará la extraterritorialidad pasiva del Derecho Privado Extranjero llamado a reglamentar el caso.

Lo que cabe preguntarnos en esta instancia, es si la solución que brinde el Derecho extranjero aplicable a la controversia sobre convivencias de pareja puede resultar atentatoria contra nuestro orden público, y en su caso cuándo.

Estimamos al respecto, que las soluciones adoptadas frente a cuestiones *derivadas* del reconocimiento de la unión no matrimonial (tales como las referidas al régimen de bienes, derechos alimentarios, derechos sucesorios, capacidad contractual, entre otras), no van a contradecir de manera palmaria los principios fundamentales de nuestro ordenamiento y, por tanto, no podría -so pretexto del orden público- aplicarse al caso el derecho propio dotándolo de extraterritorialidad activa.

Tampoco puede sostenerse ya, a partir de la sanción de la ley n° 26618 de

matrimonio igualitario -e incluso con anterioridad, merced a la jurisprudencia imperante en nuestro país en materia de reconocimiento de efectos a las uniones homosexuales- que el reconocimiento de una convivencia de pareja entre personas del mismo sexo desconozca las máximas inalienables de nuestro ordenamiento.

Al contrario, los supuestos en los que podría verse involucrado nuestro orden público internacional, podrían ser el reconocimiento de parejas a las que el Derecho aplicable equipare con la institución matrimonial, otorgándole los mismos efectos; el reconocimiento de uniones poligámicas; y el reconocimiento de la convivencia entre personas unidas por un vínculo de parentesco, similar al captado como impedimento para las uniones matrimoniales.

Y si bien con anterioridad a la sanción de la ley n° 26618 nos presentaba dudas el caso sobre reconocimiento de una adopción conferida en el extranjero de manera conjunta a ambos miembros de una unión homosexual (y ello porque a los principios tradicionales del Derecho de Familia, se suma aquí una especial exigencia de justicia, concretada en la necesidad de atender el “interés superior del niño”), la disyuntiva ha quedado superada a partir del dictado de la normativa mencionada.

Para concluir, y más allá de estos supuestos, estimamos entonces que **cuando se trate de una controversia sobre una convivencia de pareja, una vez resuelto el problema de las calificaciones y las eventuales cuestiones previas y no mediando fraude, ni litispendencia, ni conexidad, ni atracción, ni cosa juzgada; deberá tributarse al elemento extranjero del caso el respeto debido, solucionando la controversia conforme al Derecho que posea el vínculo más cercano con la causa (esto es, el del lugar de constitución o registración de la pareja), que por tanto gozará de extraterritorialidad en nuestro Estado, en la medida en que no vulnere de manera manifiesta los principios que conforman nuestro orden público internacional.**