

# **HOMENAJE A LOS CONGRESOS DE DERECHO CIVIL**

**(1927 - 1937 - 1961 - 1969)**

**TOMO IV**

**DERECHO  
REGISTRAL**

# SISTEMA DE TRANSMISIÓN INMOBILIARIO

por JUAN MARÍA ORELLE

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El tema. III. Enfoque filosófico: esencia y forma. Sustancia. IV. Enfoque desde la teoría general del derecho. V. Sintética referencia a los sistemas en el derecho comparado. VI. Cargas y diligencias de los sujetos. VII. El sistema argentino. VIII. Oponibilidad (en sentido amplio). IX. Elementos de los derechos reales. X. Inscripciones constitutivas, convalidantes y la fe pública registral. Riesgos y limitaciones. XI. Incidencia de los delitos inmobiliarios. XII. Negligencias de contratantes y acreedores. XIII. Riesgos de sustituir la realidad por representaciones formales. XIV. Economía y derecho. Modelo de sociedad. Modelo de derecho. XV. Congruencia y bondades del sistema argentino.

El Congreso se pronunció así:

a. El sistema de transmisión de bienes inmuebles resultantes del art. 2505 del C. Civil, con el complemento legislativo que surge del art. 20 de la ley 17801, establece que la inscripción es de naturaleza declarativa.

b. Se propicia que en una futura reforma se la modifique asignándole naturaleza constitutiva.

De las ponencias, y de la discusión en el plenario, extraigo los siguientes temas, que desarrollaré en el curso del presente estudio:

1. Modo e inscripción se superponen. Un sistema transmisivo bien estructurado debe optar por alguno de ambos (Molinario).

2. La inscripción registral genera la oponibilidad del título, o de la mutación real.

3. La inscripción constitutiva de derechos reales es técnicamente superior al sistema actual de inscripción declarativa.

El punto central del debate desarrollado en el Congreso fue la naturaleza de la inscripción a partir de la reforma, si era declarativa o constitutiva. Esta polémica -como bien resalta Jorge Alterini- quedó resuelta por imperio de la sanción de la ley 17.801, y hoy en día no es objeto de discusión <sup>1</sup>.

## I. Introducción

El tema de la transmisión inmobiliaria, en cuanto a la incidencia, alcances y efectos de la inscripción inmobiliaria, como bien surge de las ponencias, deliberaciones y recomendación del Cuarto Congreso de Derecho Civil, exhibe numerosos puntos de vista respecto a el rol y alcances de los elementos de los derechos reales: título, modo, e inscripción.

Este trabajo, en homenaje a los juristas que nos han honrado y enseñado a través de sus reflexiones y convicciones, tiene por objeto, por cierto desde mi modo de captar el tema:

1. Describir con cierta minuciosidad cada uno de los referidos elementos (título, modo e inscripción) para resaltar ciertas aristas que tienen importante incidencia. Por ejemplo, cómo se integran el título, el modo, su consecuencia el derecho real, y el acto registral en el proceso de transmisión de inmuebles.

2. Profundizar los efectos y características de la llamada inscripción constitutiva, a la que se ha atribuido superioridad respecto a la tradición, afirmación que no comparto.

3. Resaltar que el verdadero problema a resolver con nuevos aportes creativos es la incidencia de la mala fe en la contratación, en vez de impostar elementos ajenos a nuestra tradición jurídica en el proceso transmisivo.

4. Evaluar el impacto resultante de dotar de efectos artificiales a formalidades inscriptorias, en desmedro de la realidad negocial y el dese-quilibrio que se introduce ante supuestas garantías

“absolutas”, en el cuadro de diligencias-responsabilidades de los diferentes intereses en juego: partes, acreedores, subadquirentes.

5. Contextuar la importancia del tema respecto al “modelo” de sociedad en la cual queremos vivir, y el derecho que aspiramos nos regule.

## **II. El tema**

El tema al que refiere la inscripción inmobiliaria, es en realidad la “calidad” o “bondad” del sistema de transmisión inmobiliaria vigente en el país. Planteado en términos de “buena y justa convivencia social” la pregunta sería: ¿Es el sistema argentino un “buen sistema”? Este enfoque, nos proyecta al tema de los intereses en juego:

1. El interés de los contratantes.
2. El de los acreedores de cada uno de ellos.
3. El de los subadquirentes. En este trabajo denomino subadquirente a quien pretende comprar el inmueble al titular actual.
4. El de la sociedad en el cual rige el sistema del cual se trate.

Al describir esta estructura, es de advertir que se conecta con otros temas de naturaleza jerárquica superior:

- el “modelo” de sociedad en el cual se desea vivir,
- el “modelo” de derecho que refleje esos intereses y valores,
- consecuentemente el “modelo” de Estado al que se aspira.

## **III. Enfoque filosófico: esencia y forma. Sustancia**

Aristóteles expresa <sup>2</sup> que la esencia es la naturaleza de la cosa o entidad. Por ello, cuando se afirma algo sobre otra cosa que la cosa misma portadora de la afirmación, no se expresa la esencia, sino la cantidad o cualidad. En otro matiz, aludiendo al concepto filosófico de forma, puede decirse que la materia es aquello con lo cual se hace algo, la forma es aquello que determina aquello por lo cual algo es lo que es. Es la misma relación que existe entre potencia y acto <sup>3</sup>. Otro aspecto, es la vinculación entre un cierto efecto y el motivo fundante de su acaecer <sup>4</sup>. Finalmente, la noción de accidente permite comprender que es aquello que ocurre a algo sin constituir un elemento esencial <sup>5</sup>. Es lo que a pesar de no ser ni definición, ni lo propio (propiedad) ni género, pertenece a la cosa.

Aplicando esta idea, el acto es la “esencia” respecto a ciertos accidentes (atributos del acto) tales como la exteriorización (forma) y la inscripción. De este enfoque, deduzco que racionalmente es incongruente que se pretenda reemplazar la esencia, por uno de sus accidentes.

- a. Lo “esencial” (en sentido filosófico y jurídico) es el acto.
- b. El instrumento lo representa (o sea que refiere a la esencia sobre la cual ha sido generado) Respecto al acto es algo indirecto.
- c. El asiento registral, fundado sobre una representación del acto, es un documento relacional, indirecto en tercer grado, y su finalidad es operar respecto a uno de los muchos efectos del acto. En otras palabras, carece de “sustancia” respecto al acto, y además no pretende “representarlo” (sería imposible racionalmente puesto que el registrador no está presente al suceder el acto) sino sólo hacer posible su conocimiento.

## **IV. Enfoque desde la teoría general del derecho**

Desde esta óptica, abstracta, general, la transmisión de bienes inmuebles supone:

- Una relación jurídica de dominio en el transmitente.
- Un acto o negocio jurídico (compraventa) por el cual el vendedor-transmitente, celebra un contrato con el comprador-adquirente.
  - El despliegue de las secuencias técnicas que el acto requiere: promesa bilateral como acto de derecho privado (autonomía de la voluntad), sumado a la actuación de un profesional que ejerce una función pública (escribano) que previas ciertas diligencias, configura técnicamente el negocio, y se realiza un acto público en el cual se repiten las declaraciones así configuradas, que son instrumentadas cumpliendo rigurosas solemnidades, lo cual da origen a un instrumento público en sentido estricto (documento notarial) que detenta fe pública.
  - La celebración de un acto jurídico complementario (modo).
  - El modo genera (objeto ideal) el derecho real de dominio, con oponibilidad limitada.
  - A los efectos de la oponibilidad, se debe realizar un tercer acto (acto registral inmobiliario) merced al cual se obtiene una oponibilidad adicional, más extensa que la que confiere el derecho real en sí mismo.

Esta descripción (relación-acto) permite apreciar que el “sistema transmisivo” se encuentra -tanto en su naturaleza de “realidad” como de aprehensión jurídica- integrado por varios actos, cada uno de los cuales tiene su efecto propio, y a la vez acumula efectos al unirse los que integran la secuencia. Y me lleva a la convicción que cualquier teoría que “abstraiga” o “haga desaparecer” algunos de los actos, mutila esta “realidad”

## V. Sintética referencia a los sistemas en el derecho comparado

Una muy difundida esquematización de los sistemas comparados de transmisión de bienes, es la realizada por Roca Sastre:

*A. El sistema francés*, denominado de “transcripción”. Basta con la inscripción del título. A los efectos de este estudio, puede describirse el sistema francés así:

- Los compradores celebran su acto causal (ej. compraventa) que se perfecciona con el consentimiento.
- El mero consentimiento los erige en titulares de dominio del bien. La tradición es un mero tema interno, que los habilita en un plano de realidad física de ejercicio de su derecho.
- La inscripción del acto causal protege a los adquirentes (aun cuando fueran de mala fe, y aun actos gratuitos).
- Para los acreedores, el titular a quien pueden embargar o dirigir sus acciones, es el que aparece en el Registro.

*B. El sistema alemán*. Como es sabido, en el derecho alemán, el negocio causal es interno de los contratantes para el registro. Al registro se accede a través de un “acto abstracto de enajenación”, que es el fundamento de la inscripción del derecho del adquirente.

Siguiendo con nuestra metodología expositiva, se describe así:

- Los contratantes celebran su negocio causal como acto interno entre ellos.
- Del mismo modo, entregan el bien, en el plazo y con las modalidades que convengan.
- A los efectos de la inscripción, celebran un nuevo acuerdo “abstracto” para fundar así la inscripción registral.
- El Registro no califica el acto, sino el acuerdo abstracto.
- Para los adquirentes, basta con constatar que contratan con el titular inscripto, para que su adquisición sea inatacable.
- Para los acreedores, les basta dirigir su acción contra el titular inscripto.

Para ambos sistemas, la tradición es un mero trámite interno de los contratantes. Carece de proyección respecto a los acreedores y a los adquirentes.

*C. El sistema australiano.* Es el sistema instaurado en Australia del Sur en virtud de la South Australian Property Acta del 25 de enero de 1958, también denominado sistema Torrens por haber sido ideado por Sir Roberto Ricardo Torrens <sup>6</sup>. En este sistema, el procedimiento es el siguiente: a) existe el contrato entre las partes, que opera entre ellas b) El acto dispositivo, que es un formulario que se vende con claros a ser llenados y que se presenta al registro. Ambos se presentan para su registración, juntamente con el certificado de titularidad del disponente, emitido por el registro. Con ello se practica la registración (mención de transferencia) Este certificado es concluyente e indestructible a los efectos de probar ante cualquiera el derecho del titular, salvo las excepciones que la ley prevé que son: fraude, error, falsedad, poder insuficiente e incapacidad legal del disponente. Opera la protección de la llamada fe pública registral en provecho del subadquirente de buena fe y a título oneroso.

Villaro <sup>7</sup> explicita que la evaluación de un sistema de transmisión de bienes debe realizarse no sólo refiriendo si es declarativo o constitutivo, sino describiendo además: a. Si es constitutivo o declarativo b. Si convalida o no los derechos que se inscriben c. Si opera o no con un acuerdo transmisivo abstracto d. La existencia o inexistencia de fe pública registral e. La técnica utilizada: folio real o técnica referida a la persona.

## **VI. Cargas y diligencias de los sujetos**

Es pacífica la doctrina en cuanto a la exigencia de un obrar recto, justo, equitativo, transparente. En su expresión más alta, es la aplicación de la regla moral en el accionar <sup>8</sup> No podría ser de otro modo. La autonomía de la voluntad es un poder jurídico de extrema importancia, y por ello debe ser utilizado conforme a derecho. De otro modo no se justificaría su ejercicio jurígeno.

El entramado de la regla moral comprende diversas expresiones: la buena fe, la equidad, igualdad o proporcionalidad de las atribuciones, transparencia, lealtad, deber de información, y un deber general de cooperación, que se traduce no sólo durante el desarrollo “normal” del vínculo, sino también que obliga a que en caso de circunstancias sobrevinientes externas, inesperadas o distorsionantes, exista la disposición a solucionarlas de consuno.

Estos deberes concretos, no quedan librados a la interpretación subjetiva y personal de los sujetos, sino que el derecho impone ciertos standards o esquemas abstractos exigibles.

Así, la buena fe no sólo implica el desconocimiento subjetivo de algún vicio a los efectos de la inoponibilidad de alguna relación jurídica, sino también el despliegue activo de conductas tales como averiguar, asesorarse, compenetrarse, indagar acerca del negocio o acto que se pretenda realizar. De allí los requisitos subjetivos y objetivos inherentes a la buena fe <sup>9</sup>. Otro autor, Lorenzetti <sup>10</sup> al referirse a la limitación propia de la autonomía privada, expresa que el orden público exhibe diferentes expresiones: a. Orden público como garantía procesal al consentimiento pleno: lo pactado no es válido si no hubo capacidad, o se detectan vicios de la voluntad. b. Orden público de protección al más débil: la regla de la buena fe, la censura del ejercicio abusivo de los derechos, la lesión; c. Orden público de coordinación: la autonomía de la voluntad no puede contrariar la moral y buenas costumbres

Los artículos 512, 902 y 909 C.C., conforman el “estatuto básico” de la diligencia exigible, sin perjuicio de otros que sean aplicables en ciertos temas específicos (por ej. deber de información en el estatuto del derecho del consumidor) Las pautas que preconizan estos textos son:

- La naturaleza e importancia del acto.
- Las circunstancias de las personas.
- Las circunstancias temporales.
- Las circunstancias del lugar.

La estimativa legal debe partir del “hombre común” salvo que la clase de contrato requiera ciertas cualidades específicas en los sujetos (art. 909 C.C.). Aplicando estas pautas a la contratación inmobiliaria, un cuadro estimativo de esas diligencias es el siguiente:

*A. Diligencia exigible a las partes:*

- Tienen la carga de reunir los requisitos de eficacia que la ley exige (legalidad).
- Tratándose de un negocio inmobiliario, es exigible que se procuren asesoramiento jurídico: la importancia del negocio lo justifica.
- El comprador debe ocuparse de que alguien técnicamente idóneo examine y estudie los títulos.
- Se obtengan informes registrales.
- Si el caso lo amerita, averiguar la existencia de deudas tributarias (por ejemplo que el vendedor le advierta la existencia de deudas considerables).
- Ambos deberán ocuparse de obtener seguridad en el momento de la entrega del dinero.
- Deberá examinarse el inmueble cuidadosamente, constatando la posesión del vendedor, y complementariamente ciertos puntos secundarios pero que le incumben, tales como el estado de artefactos e instalaciones, los accesorios que se encuentren comprendidos en la venta, etc..
- El tiempo que demande la escrituración, gastos, etc.

*B. Diligencia exigible a los acreedores de cada uno de los contratantes.*

- Los acreedores sólo tienen un derecho de vigilancia respecto a los actos de sus deudores.
- Este derecho de vigilancia no les permite impugnar malos negocios de los deudores.
- Sólo les permite impugnar aquellos realizados fraudulentamente respecto a sus intereses.
- Dentro de este marco general, además, por imperio de la diligencia exigible a todo ciudadano, deben desplegar una diligencia activa.
- Por ejemplo (tal cual lo realizan por ejemplo bancos e instituciones financieras), solicitar no sólo declaraciones juradas, sino los títulos de propiedad, recibos de sueldos o comprobantes de ingresos, tarjetas de crédito, comprobantes de otros activos, etc.
- De allí que (me explayaré sobre el tema el referirme a título y modo) una de las diligencias exigibles, es la constatación de la realidad posesoria, por ser uno de los elementos que integran la adquisición de bienes.
- No hay fundamento racional (sería discriminatorio en relación a los otros interesados) para sostener que su diligencia se encuentra atenuada o no es exigible.

*C. Diligencia exigible a los subadquirentes*

En mi opinión, la diligencia exigida al subadquirente, le obliga a desplegar las siguientes operaciones jurídicas, ya sea por sí, ya sea a través de asesores con conocimiento técnico especializado:

- a. tener a la vista el título inscripto.
- b. tener a la vista informes registrales sobre el bien, e inhibiciones respecto a los titulares.
- c. encargar un estudio de títulos del inmueble.
- d. visitar la propiedad y obtener una razonable certeza sobre la relación posesoria del enajenante.

Esta esquematización de las diligencias exigibles a cada uno de los interesados, permite definir un cuadro de referencia aplicable luego a las situaciones particulares que examinaré respecto a cada uno de los actos que integran el proceso de transmisión de bienes inmuebles en nuestro país.

Cualquier pretendido recurso inscriptorio que tenga por efecto alterar este delicado equilibrio de intereses, incurre en el peor de los errores: desconocer la realidad, y desequilibrar gravemente el ordenamiento jurídico del país.

## VII. El sistema argentino

Nuestro sistema opera así <sup>11</sup>:

1. La adquisición del dominio de bienes inmuebles, se integra con dos actos jurídicos (la expresión acto jurídico la utilizo en esta frase en sentido amplio, omnicomprendido de actos y negocios): acto causal (título) y acto tradición (modo).

2. Reuniendo ambos, nace el derecho real de dominio con oponibilidad limitada.

3. A los efectos de la obtención de una oponibilidad más plena, se requiere la realización de un tercer acto jurídico: la inscripción registral inmobiliaria.

4. La inscripción es meramente declarativa. El derecho real se integra con título (acto causal) y modo (tradición). Reuniendo ambos elementos, queda configurado el derecho real, con oponibilidad relativa a las partes, sucesores universales, y respecto a quienes conozcan o debieran conocer la venta.

5. Los acreedores pueden accionar contra el titular inscripto, salvo que se pruebe que conocen el negocio causal (mala fe).

6. A los adquirentes del derecho del titular inscripto (subadquirentes respecto al acto causal) se les exige buena fe en sentido objetivo (diligencia debida) y subjetivo (desconocimiento del acto causal) para que su adquisición sea protegida (art. 1051 C.C.).

## VIII. Oponibilidad (en sentido amplio)

### *1. Concepto doctrinario de oponibilidad*

Ospina Fernández y Ospina Acosta <sup>12</sup> parten de considerar que el pleno vigor normativo de los actos jurídicos está limitado a quienes son partes en ellos, y que por el contrario son ineptos, salvo raras excepciones, para conferir derechos o imponer obligaciones a los terceros, quienes están protegidos por el postulado de la relatividad de aquellos. Afirmar que consecuencia de ello, pero desde otra perspectiva íntimamente vinculada, es elucidar si la eficacia de los actos jurídicos entre las partes tiene que ser siempre reconocida y acatada por los terceros, o si estos, por el contrario y a los menos en algunos casos están legitimados para rechazar o impugnar esta eficacia entre las partes. Si lo primero, se dice que el acto es oponible a terceros, si lo segundo: es inoponible. Expresan que la oponibilidad de los actos a los terceros es la regla general, y la inoponibilidad la excepción. Examinan los diversos casos en los que oponibilidad está tutelada por la ley: a. Cuando el orden público está interesado: derechos reales, estado civil de las personas como el acto matrimonial, el reconocimiento de hijos, legitimación de hijos naturales, adopción. b. Los actos de partición o adjudicación de bienes de personas a las que se ha declarado la muerte presunta, en caso de reaparición de la misma con vida. c. Los contratos celebrados con terceros de buena fe con una sociedad viciada de nulidad, vicio que resulta inoponible a los terceros. d. Inobservancia de requisitos de publicidad e. Inobservancia de solemnidades legales. f. La falta de requisitos para la existencia o el valor del acto.

Betti <sup>13</sup> al tratar los efectos del negocio jurídico respecto a terceros, efectúa un análisis con múltiples perspectivas, ya que discrimina los casos de negocios unilaterales (que dan lugar necesariamente a efectos respecto a terceros) de los bilaterales (cuyos efectos jurídicos están limitados a las partes) el caso de los negocios a favor de terceros (cuya finalidad es dicha atribución) y agrega que además deben distinguirse los efectos directos del contrato, de aquellos indirectos, como el caso del pago que produce la liberación del deudor principal, que por consecuencia extingue la del fiador.

Luis Díez Picazo <sup>14</sup>, refiriéndose a la categoría de oponibilidad del contrato, dice que la misma es un efecto normal del negocio jurídico, siempre que las partes hayan cumplido con la



carga de dar a su negocio la publicidad y el carácter fehaciente que el ordenamiento jurídico exige. Cada negocio tendrá la oponibilidad que surge del ordenamiento. Si no hay prescripciones especiales es oponible en la medida que sus normas lo consagren. Si hay prescripciones, deben ser cumplidas

Cifuentes<sup>15</sup> se ocupa de precisar que el Código no contiene preceptos generales aplicables a los actos jurídicos sobre el efecto relativo, el cual se deduce de los arts. 503, 1195 y 1199 correspondiente a las obligaciones y a los contratos, y en lo tocante a los sucesores de las partes, en los arts. 3262 y siguientes. Existe -dice- general consenso en considerar que dicho artículo 1195 sienta la referida máxima. Refiriéndose a los acreedores, expresa que existen excepciones: el caso -indirecto- de sufrir un perjuicio por la disminución del patrimonio del acreedor, garantía común de sus créditos, salvo el caso de estar legitimados para impugnarlos en caso de fraude o simulación. Claro está, que tales limitaciones no juegan respecto a los *penitus extranei*, por carecer de interés en las relaciones de los contratantes.

Barbero<sup>16</sup> explica que la comprensión del tema exige clarificar ciertas premisas: a. que sólo es predicable respecto a los contratos o negocios bilaterales, ya que en los unilaterales los efectos respecto a terceros son la consecuencia normal. b. El caso de contratos cuya naturaleza es producir efectos respecto a terceros: el caso de contrato a favor de tercero, en el cual la ventaja del mismo forma parte de la intención negocial c. Precisando el tema en estudio, enseña que deben diferenciarse los efectos directos y los efectos reflejos. La eficacia directa es aquella que se despliega en efectos dirigidos a realizar la intención contractual o negocial. La eficacia refleja es aquella que por efecto de dicha realización se refleja en el patrimonio de terceras personas, y lo ejemplifica con el caso de la remisión de deuda, que libera a los demás deudores solidarios.

López de Zavalía<sup>17</sup> divide a los terceros en interesados y desinteresados. A los primeros, los subdivide en: a) activamente interesados, o sea aquellos titulares de un derecho subjetivo que se verían afectados si el contrato fuerza eficaz. Respecto a ello rige el principio de “los contratos no pueden perjudicar a terceros” (art. 1195 C.C.); b) Materialmente interesados todos aquellos que considerando al contrato válido y eficaz, sólo experimentan un perjuicio material indirecto. Tal es la situación en que se encuentran los acreedores de las partes. Respecto a ellos, la situación es a la inversa “los contratos pueden perjudicar a terceros” (aun cuando en ciertos casos -fraude- puedan impugnar ciertos actos); c) Los terceros pasivamente interesados son aquellos que no son titulares de un derecho subjetivo, sino sujetos de un deber jurídico. Es el caso, por ej., de quien ya fuera deudor de una relación real, y con la contratación se tendiera a cambiar la situación activa (por ej. novación). En estos casos, para que los actos sean oponibles es necesaria la notificación o aceptación. De dicha estructura, deduce López de Zavalía que en múltiples hipótesis, el contrato es oponible a terceros en cuanto a los efectos indirectos, ya como excepción en los directos. Pero dicha oponibilidad no se produce sin más, sino que a veces es necesario un requisito adicional. Por ello en cada caso debe meditarse el tipo de tercero de que se trata y el grado y características de la oponibilidad.

Estructurando lo expuesto, se puede afirmar que:

- El principio general aplicable a todas las relaciones jurídicas es de oponibilidad.
- Varía solamente en cuanto a intensidad o extensión.
- También debe distinguirse entre efectos directos e indirectos.
- Respecto a ciertos actos, el Estado regula e impone cargas que extienden la oponibilidad

## 2. Diferentes sentidos de la oponibilidad

Como muchos otros vocablos jurídicos, el tema de la oponibilidad puede ser analizado respecto a diferentes temas jurídicos, algunos de los cuales reseño, sin ánimo de agotar las alternativas.

a. En el plano de la teoría general del derecho, la oponibilidad de las relaciones jurídicas creditorias y las de los derechos reales. En este aspecto, la especulación se desarrolla en un contexto dogmático, abstracto

b. En el plano de la normativa civil, pueden examinarse los textos jurídicos que regulan el tema de la oponibilidad de los actos jurídicos y de los contratos. En este caso, es un enfoque centrado en el derecho positivo.

c. La oponibilidad puede referirse a: las obligaciones (art. 503 C.C.) que expresa que las obligaciones no producen efectos sino entre acreedor y deudor y sus sucesores a quienes se transmiten), a los contratos (art. 1195, que repite la regla) o a los derechos reales (que tienen dos momentos jurídicos con diferente oponibilidad, relativa mientras que se han reunido título y modo, y más plena (no absoluta como suele expresarse) luego de la inscripción registral.

d. En cuanto a la división entre actos públicos y privados, puede examinarse si los primeros (o al menos algunos de ellos) gozan de una oponibilidad genérica, como sucede por ej. con las leyes. Este es un encuadre (que puede ser abstracto o desde el derecho positivo, respecto a cierto género de actos).

f. Si nos atenemos a la naturaleza de ciertos derechos, encontramos un matiz especial de oponibilidad respecto a ciertas situaciones jurídicas: ciudadano, elector, padre, madre, etc.

e. Focalizando el modo de tratamiento adoptado en este estudio, me refiero a la oponibilidad de los derechos reales.

### *3. Factores que operan respecto al tema de la oponibilidad*

- En una perspectiva general, las características culturales y jurídicas de una determinada sociedad, en un tiempo histórico específico, respecto al reconocimiento y grado de protección de la propiedad privada, del rol que se le adjudica a la economía y a los ciudadanos, y el grado de delegación o de intervencionismos respecto a cómo regular estos principios. La configuración difiere naturalmente en el derecho anglosajón, y el derecho continental.

- En cuanto a los factores relevantes:

1. La solvencia del deudor.
2. El conocimiento o desconocimiento de la relación jurídica.
3. El tipo de acto desarrollado por las partes en cuanto a su transparencia, control de legalidad, solemnidades (acto privado o público) que incide respecto a su credibilidad.
4. La diligencia que cabe a cada uno de los interesados: partes, acreedores, subadquirentes.
5. Si la tutela jurídica se centra en torno al título, o al modo, o a la resultante de la sumatoria de los mismos: derecho real.
6. Si dicha tutela se la distribuye entre cada uno de los referidos elementos, o se pretende centrarse exclusivamente en la registración.
7. Qué pautas (principios, valoraciones) fundan el diseño que le se confiere a dicha protección.
8. Decisiones legislativas en cuanto a la prioridad que se le asigne a los elementos relevantes en caso de conflicto (por ejemplo, entre título y modo).
9. La armonía técnica del sistema que se estructure respecto a su articulación con el régimen de los derechos del individuo, de los actos y contratos, de la relación posesoria, de la diligencia exigida a cada uno de los intereses.

### **IX. Elementos de los derechos reales**

Analizaré cada uno de los elementos que integran el derecho real, título y modo, el derecho real que surge de su reunión, para desarrollar luego de haber examinado los efectos y

oponibilidad de cada uno de ellos, el grado y extensión de la oponibilidad que surge de la inscripción registral.

## *I. El título*

### *Introducción*

Recientemente he propuesto la tesis de que la estructuración del título jurídico inmobiliario es un acto compuesto<sup>18</sup>. La denominación del acto como compuesto, quiere en realidad aludir a diferentes planos:

1. Porque integra actos de naturaleza privada, con actos públicos.
2. Porque ese conjunto de actos privados y actos públicos forman una estructura compuesta (procedimiento).
3. Porque cada acto es susceptible de ser analizado en su individualidad, ya que producen efectos por sí mismos, además de ocasionar un efecto global producto de su integración acumulada.
4. Esta modalidad de exposición, genera una teoría general del título inmobiliario hasta ahora no desarrollada.
5. El acto compuesto de adquisición inmobiliaria está integrado por la siguiente integración acumulativa de actos:
  - El negocio causal (acto privado) (ejemplo compraventa) que es preparatorio respecto del acto público que lo completa e integra.
  - El acto público notarial.

Paso a desarrollar cada uno de los actos singulares que integran el acto compuesto.

### *A. El acto privado*

#### *1. Concepto*

En una compraventa inmobiliaria, lo usual es que una persona que quiere comprar una propiedad, luego de haberlo decidido (elemento voluntad del acto) recorra los lugares que ha seleccionado, busque mediante diversos modos (Internet, inmobiliarias, carteles) y cuando selecciona alguna propiedad, haga una oferta.

Cuando la misma es aceptada por el vendedor, para el derecho, una vez generado el consentimiento, se genera un vínculo obligacional entre los contratantes. No es un contrato de compraventa inmobiliario, porque éste requiere el desarrollo de etapas complementarias, pero sí genera la obligación de las partes de continuar dichas etapas. Por ello adhiero a la doctrina que lo ha caracterizado como “promesa bilateral” (subespecie del género contrato preliminar)<sup>19</sup>.

Cabe aclarar, respecto al tema del “boleto de compraventa” que no es una feliz expresión. Más allá de las discusiones acerca de su naturaleza, nadie duda que ese acto requiere una intervención estatal complementaria (acto notarial) Pero en orden a su existencia como acto jurídico, basta el mero consentimiento contractual. No requiere que esté documentado como requisito de validez. Es cierto que la prueba de aquellos contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos debe ser efectuada por escrito y no puede ser probada por testigos (art. 1193 C.C.), pero ello no le quita validez al contrato en sí. Carecerá de prueba, no de validez sustantiva.

#### *2. Etapas*

Por su naturaleza de acto privado, se celebra en el marco de la autonomía de voluntad, por lo cual rige el principio de libertad de accionar o libertad de forma (art. 974 C.C.). Esta libertad permite gran amplitud respecto al acto: buscar asesoramiento o no, ofertar, contraofertar,

retirarse, comenzar nuevamente, etc. Una vez producido el consentimiento, pueden directamente concurrir al escribano para que intervenga (en la jerga comercial “escritura directa”) o suscribir un boleto. Este puede ser redactado en cualquier tipo de papel, tinta, y con o sin redacción técnica. En una palabra, sin contralores ni solemnidades impuestas. No hay controles ni garantías.

Dentro de ese marco de libertad, las etapas del contrato son las siguientes:

1. Decisión (voluntad). Este elemento generalmente aparece en los textos jurídicos como si se conjugara “ en un instante”, pero en realidad se va desarrollando de a poco: una idea inicial, averiguaciones (lugares, costos, lo económico, precios, etc.), examinar zonas, tipos de inmuebles que se ofrecen, hasta que finalmente aparece la decisión: compraré en tal zona, hasta tanta inversión, con tal inmobiliaria, etc. Recién en esta decisión final se encuentra el elemento voluntad <sup>20</sup>.

2. La acción o forma: el conjunto de actividades que se despliegan (ofertas, negociaciones, entrevistas) hasta que se produce el consentimiento contractual: surge el acuerdo bilateral.

3. La acción de documentar el negocio: redactarlo, escribirlo, revisarlo, leerlo, modificarlo, hasta que se obtiene la versión final.

4. El documento en sí, una vez firmado. Finaliza la acción y nace el instrumento.

### *3. Efecto*

Como todo vínculo jurídico, genera obligaciones, en este caso de ambos contratantes, de desplegar la segunda etapa: concurrir a un escribano para la realización del acto público que integre las etapas posteriores que la configuración del título requiere.

### *4. Oponibilidad*

El acto privado es oponible a quienes hayan sido partes, y sucesores universales (arts. 503, 1195 y 1199 C.C.) <sup>21</sup>.

- Respecto a las partes y sucesores universales, el vínculo ha quedado configurado (me refiero al vínculo obligacional propio de esta etapa, o sea como promesa bilateral, pero no como acto que haya originado la transmisión patrimonial del bien).

- Respecto a los terceros interesados (acreedores) debe distinguirse según el conocimiento (mala fe) o desconocimiento (buena fe) que detenten del acto. Si lo conocen, deben respetarlo, por consecuencia del principio de buena fe, que rige por sobre todas las relaciones jurídicas. Si no lo conocen, no les resulta oponible. Estas consideraciones las realizo en el plano dogmático de las relaciones jurídicas, no obstante que la vigencia práctica surgirá de la posibilidad de probar este conocimiento.

- Los acreedores del vendedor si desconocen la promesa bilateral del venta (buena fe) pueden accionar respecto al inmueble objeto de la venta, porque permanece en el patrimonio del promitente. Si conocen (mala fe <sup>22</sup>) la celebración del contrato les resultará oponible en el plano contractual, pero no en cuanto derecho real, porque no ha quedado constituido en cabeza del comprador.

## *B. El acto notarial*

### *1. Concepto*

En mi obra anteriormente citada, desarrollé el fundamento de la intervención estatal en ciertos actos privados: la importancia adjudicada por el legislador respecto a derechos reales, matrimonio, familia (nacimiento, adopción, fallecimiento, etc.) actos con incidencia en el ámbito sucesorio: testamentos, procedimiento sucesorio, prohibiciones de ciertos actos que vulneren la legítima, etc.

También sostuve que en esta clase de actos, el Estado genera actos mixtos (como es el caso de la adquisición inmobiliaria) que integran la iniciativa privada con la intervención estatal, con la finalidad de dotarlos de transparencia, control de legalidad, asesoramiento, configuración

técnica, y certeza en cuanto a su prueba mediante recaudos de solemnidad, que se proyectan sobre la instrumentación: documentos matrices que quedan en poder del Estado a fin de ser susceptibles de revisiones, controles, auditorías, prueba, etc., y que se conservan en archivos especiales y permanentes.

Aplicando lo expuesto al acto notarial, he sostenido que se trata de un acto compuesto, ya que integra (del modo que detallaré) la integración del acto privado (que opera con antecontrato o negocio preliminar respecto al que estoy exponiendo) con un acto público notarial.

## *2. Procedimiento*

El acto notarial no es un acto libre, o sea cuyo desarrollo y operaciones son libres para cada escribano, sino que las mismas están minuciosamente reguladas. Por ello lo caracterizo como procedimiento. Del mismo modo que para otras actuaciones del mismo género: los jueces, agentes del registro civil y capacidad de las personas, registros inmobiliarios, de buques, aeronaves, Registro Público de Comercio, etc.

Es del caso fundar el ámbito o extensión que adjudico al vocablo acto. Como toda estructuración conceptual, depende de la posición que asume quien define la estructura <sup>23</sup>. Por ello, en un sentido estricto, el acto notarial es aquel en el cual intervienen tanto el escribano como las partes, testigos, cónyuges, etc. En un sentido amplio (que es el adoptado a los efectos de esta exposición) abarco la secuencia completa de las operaciones previas, el acto en sí mismo y las posteriores.

Lo conceptúo como acto público, debido a que la función notarial surge de la atribución de una función pública (función notarial) que deviene del poder público. Esa función es atribuida a un órgano (registro notarial) cuya titularidad a su vez es adjudicada a un agente (escribano) que es seleccionado mediante un procedimiento reglado: concurso, acreditación de condiciones morales e idoneidad técnica, nombramiento, investidura, controles y auditorías)

El conjunto (acto complejo) esta integrado por:

- a. Acto privado (promesa bilateral)
- b. El acto público notarial, que a su vez reconoce fases en su desarrollo.

Paso a describir el procedimiento notarial, integrado por las siguientes fases:

1. Requerimiento y calificación (provisoria) al único efecto de aceptar o rechazar su intervención.

La actuación notarial exige una solicitud o requerimiento de los sujetos de derecho privado. En el ejemplo que estoy desarrollando, alguno de los contratantes, generalmente el comprador. Este requerimiento ocasiona que el agente público escribano, realice una primera evaluación acerca de su conocimiento del requirente, la licitud del acto, qué clase de acto le es solicitado para intervenir, y las condiciones o pactos que le informan en una primera información.

2. Aceptación del requerimiento y estudio del caso: esta fase implica un conjunto de operaciones:

- estudio de los presupuestos del acto: capacidad de las partes, legitimación para el acto, idoneidad del objeto.
- de los elementos del acto: la identificación de los sujetos (de especial relevancia para los actos notariales)
- la identificación y descripción técnicamente adecuada del objeto (elementos catastrales, en su caso planos, congruencia con las constancias registrales, etc.).
- estudio de títulos, tramitación de certificados e informes, cumplimiento de obligaciones tributarias.
- diálogo con los contratantes para conocer los detalles secundarios de la contratación, el asesoramiento respecto a alternativas negociales, sus ventajas y desventajas, y toda otra consideración que genere el negocio.

Esta fase reviste especial importancia para nuestro tema, porque el escribano debe asesorar respecto al tema de la tradición.

3. La fase de configuración, o sea el encuadre técnico del negocio, no sólo en cuanto a su estructura (ej. compraventa, permuta, donación) sino en cuanto a las cláusulas que el negocio particular aconseje incluir.

4. El acto público en sí: Esta fase se inicia con la citación por parte del escribano. Una vez reunidos los concurrentes (que conforme a las exigencias de la fe pública deben estar presentes unos con otros, salvo el caso de excepciones expresas. El acto detenta numerosas solemnidades:

Solemnidades del acto:

- Actuación conjunta y dialogada (unidad de acto).
- Lectura por parte del escribano del documento resultante de la configuración definitiva.
- En su caso, eventuales comentarios de las partes que originen modificaciones.
- Redacción definitiva del documento a ser firmado (acción de documentar por parte del escribano).

- Nueva lectura del texto.

- Consentimiento de las partes y demás intervinientes respecto del acto y del documento que contiene al mismo. Este consentimiento no debe confundirse con el desplegado al momento del acto privado, sino que es un consentimiento complementario y que recae sobre la nueva configuración resultante del acto público.

- Firma de las partes y otros intervinientes (testigos, cónyuges que asienten, peritos si fuera el caso, etc.).

Sostengo que las operaciones jurídicas descritas son solemnidades, porque son resultado de una regulación con profunda intensidad de la forma o acción del acto. El acto, por ser un procedimiento, no es de libre realización, es con acción o forma regulada por la ley que las establece para conferir garantías a quienes intervienen. Es una consecuencia del carácter público del acto, y de la naturaleza de la función notarial

5. Autorización por parte del escribano de la escritura pública. Esta acción concluye la etapa de la forma o acción. Una vez firmada la escritura concluye técnicamente el acto. Nace el instrumento público notarial.

El instrumento notarial escritura pública es un instrumento público en sentido estricto, que genera (art. 993 C.C.) el efecto de su autenticidad formal y de su contenido (fe pública). Este efecto, no exclusivo de los instrumentos notariales, se confiere toda vez que la ley atribuye a un órgano la atribución específica pedante. No es aplicable por el solo hecho de tratarse de documentos públicos, sino exclusivo de una atribución legislativa específica <sup>24</sup>.

También debe ser redactado con numerosas y exigentes solemnidades:

- Papel oficial, expedido por los Colegios de Escribanos y que debe reunir condiciones de seguridad, orden sucesivo y autenticidad formal.

- Secuencia cronológica y numérica.

- Uso de tintas y procedimientos de edición que aseguren permanencia y sean indelebles.

- Redacción técnica, precisa.

- Obligación de salvar enmiendas, borraduras, entrelíneas.

6. Fase de expedición de copias, pago de impuestos, e ingreso del instrumento al registro rogando la inscripción.

7. Conservación de los documentos matrices, posterior encuadernación y resguardo conforme reglas que lo regulan: un cierto plazo a cargo del escribano, luego su traslado a archivos especiales para esta clase de documentos.

Me he explayado con cierta extensión sobre el tema del título con el objetivo de fundamentar que constituye una estructura jurídica compleja, minuciosamente reglada, que es el efecto de la decisión estatal de brindar certeza y seguridad a los títulos inmobiliarios.

También permite observar que esta estructura compleja implica una verdadera teoría general del título inmobiliario, que no ha sido a mi juicio suficientemente advertida por la doctrina. En general, la descripción de título y modo se la exhibe como si las partes, con un negocio concluido y ya configurado, comparecen ante un escribano al solo efecto de que lo

“vuelque” en su protocolo. No es así como sucede en la realidad, y por ello he desarrollado la tesis expuesta en mi obra ya citada.

### *3. Efectos*

El efecto esencial del acto público, es la fijación plena y auténtica de las declaraciones y operaciones jurídicas realizadas por las partes y demás intervinientes ante el escribano.

Es una fijación precedida por calificaciones, configuración técnica, y certeza sobre la existencia de los presupuestos y elementos del acto. Es fijación de un acto re-configurado por el escribano, y dotado de certeza y legalidad por haberse verificado la legitimación, capacidades, adecuación del objeto, titularidades, representaciones, examen de títulos e inexistencia de gravámenes y deudas.

La fe pública que el escribano despliega en la realización del acto y que se proyecta en el instrumento que lo contiene, obliga a todos a “creer en su contenido” (arg. art. 993 C.C.). Esta fe pública no se sustenta solamente en el ejercicio de la potestad fedante por medio del escribano (como generalmente se cree) sino que se sustenta además a través de las rigurosas solemnidades que debe cumplir el mismo. Esta conjunción necesaria se observa en los demás actos de funcionarios. La potestad del juez de juzgar no deviene exclusivamente de la atribución de la función judicial, sino que se encuentra inescindiblemente unida a que sea ejercida a través de un procedimiento intensamente reglado (secuencia técnico procesal integrada por la demanda, notificaciones, prueba, sentencia, formalidades de los actos procesales: por escrito, fundados, etc.) que brinda garantías de legalidad, certeza, credibilidad y rigor técnico. De igual modo a los demás funcionarios.

De allí que el acto notarial, a más de los efectos propios del contrato que contiene, goza de plena fe respecto a legalidad, configuración técnica, y adecuación de la voluntad de los contratantes a la configuración técnica del negocio <sup>25</sup>.

Pero además, en el plano del contrato de compraventa inmobiliaria, el acto notarial tiene el efecto de perfeccionar el contrato, por haberlo dotado de los requisitos que la ley exige para su plenitud jurídica.

### *4. Oponibilidad*

Ya hemos visto, que el acto privado, considerado en sí mismo, detenta una oponibilidad relativa, o sea respecto a las partes, sucesores universales, y a quienes han intervenido en él, y los que conocen o debieron conocerlo.

Cabe ahora preguntarnos si el acto público genera su propia oponibilidad, y si confiere efectos adicionales.

La pregunta adquiere especial relevancia, porque se afirma a veces que los actos públicos, por su naturaleza, son oponibles por el hecho de ser actos públicos. No es así. No debe equipararse fe pública con oponibilidad. La fe pública de algunos actos públicos, tiene efectos en cuanto a la autenticidad de su contenido. En otras palabras, fe pública y oponibilidad tienen ámbitos de operatividad diferentes.

La oponibilidad no surge de la naturaleza de los actos y consecuentemente de sus documentos sino de procedimientos especiales que llevan a que esos actos sean conocidos en el sentido de poder acceder a su conocimiento. Procedimientos que permiten tal efecto, son las notificaciones, los edictos, y registraciones a las cuales la ley le otorgue dicha oponibilidad. El caso de las leyes, que se presumen conocidas, se funda en dos aspectos: su accesibilidad a través de los diarios de sesiones del Congreso, a más del hecho de ser publicadas en el Boletín Oficial. Ambos elementos son de fácil acceso.

En otro plano de consideraciones, cabe examinar el grado de oponibilidad del acto notarial respecto a partes, sucesores universales y terceros interesados.

- El acto notarial es oponible a las partes y sucesores universales.

- Respecto a los terceros, debe examinarse si conocen o no el acto (buena o mala fe en cuanto a la trascendencia del conocimiento de la realización del acto). Si lo conocen, deben

respetarlo. Si no lo conocen, no es oponible a ellos. Sobre el punto, el art. 20 de la ley 17.801 establece que las partes, sus herederos, y quienes hayan intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de la inscripción. Es una disposición jurídica que no agota el tema de la oponibilidad, porque ésta se extiende no sólo a los mencionados, sino a todo otro que lo haya conocido: inmobiliaria, empleados de la misma, parientes, amigos, etc. Nuevamente reitero, que la oponibilidad que estoy examinando es la del acto notarial en sí mismo, no del derecho real, porque todavía no ha sido generado.

- Supongamos que quien aparece como comprador del inmueble en el acto notarial, antes del modo y de la inscripción lo ofreciera en venta a otra persona (subadquirente). ¿Cuál es la situación jurídica? El acto ha sido celebrado, y el contrato de compraventa inmobiliario ha quedado plenamente perfeccionado. Pero el subadquirente diligente y que pretenda reunir los requisitos para configurar buena fe objetiva y subjetiva, prontamente advertirá que no ha quedado configurada la adquisición de quien le ofrece el inmueble.

## *II. El modo: tradición. Su consecuencia: la relación posesoria o investidura de poder físico sobre la cosa*

### *1. Antecedentes. Encuadre sociológico* <sup>26</sup>

La historia de la evolución de la humanidad, muestra como fenómeno universal, derivado del descubrimiento de la agricultura y de la domesticación de animales, el asentamiento progresivo y gradual de grupos humanos. Bien señala Weber que esas agrupaciones primitivas dieron origen a diferentes expresiones:

La familia, en torno a los padres e hijos, que no sólo proveía de cobijo, alimento, vestimentas, sino de protección, y adiestramiento de los integrantes para colaborar con la obtención de lo necesario. Luego se incorporaron los aspectos religiosos y de espacios sociales. Con posterioridad, aparecieron los clanes, agrupaciones más numerosas, donde comenzaron a ejercerse factores de poder (territorial y de recursos). Estos factores fueron sucesivamente, las armas, luego la Iglesia, para finalmente sucumbir al auge comercial: el poder del dinero.

La historia de la propiedad inmobiliaria refleja un paralelo asombroso: la propiedad fue primero comunitaria, ya que al ser el origen del sustento (cultivos, ganado) nucleaba a las personas a través de las necesidades <sup>27</sup>. Luego, el poder militar transformó la propiedad familiar en propiedad del señor feudal, que canjeaba su protección por alimentos y trabajo de los campesinos. Esta historia se repite con singular perfil en casi todas las civilizaciones. Se exhibe así una clara estructura relacional entre poder y tierra. Estas variantes del poder siempre se proyectaron creando sujeción de los que trabajan la tierra cualquiera sea su naturaleza: militar, religioso, y más tarde político luego del advenimiento de las ciudades.

El paso posterior fue -y pareciera que permanece- la sujeción del poder político al poder económico, tema que el derecho aspira a equilibrar en forma institucional. Bilbeny <sup>28</sup> sintetiza estos cambios así: en la primitiva sociedad de cazadores y recolectores la conducta social se regía por el principio de reciprocidad mutualista, en la sociedad agrourbana por el principio de la subordinación jerárquica, y en nuestra sociedad metropolitana por la ley de la dominación económica.

A los efectos del presente estudio, estos desarrollos nos permiten comprobar, que el fenómeno posesorio es parte inseparable de la expresión de vida humana, y que además es previo a la creación misma del Estado y del derecho. Es un dato que hace a la naturaleza misma del hombre, y por tanto inseparable e insustituible. También permiten detectar, que los aspectos peligrosos del desarrollo económico, tienen en común un rasgo: en su afán de unificar los elementos de la realidad (tierra, cultivos, trabajo, productos) para unificarlos exclusivamente en términos de unidades de valor comercial que absorben su individualidad (los famosos "*commodities*" llegan a "materializarlos" (títulos de créditos, cédulas hipotecarias, pagarés



hipotecarios, bonos inmobiliarios, obligaciones negociables, securitización, etc.) para standarizar su transferencia y fácil circulación. Características comunes a estos medios es su cartularización, homogeneidad, circulación inmediata sin notificaciones o publicaciones, valores universales comercializables en las bolsas, todo ello en miras de lo económico y de los rendimientos. Todo esto es un capítulo más de la eterna lucha entre lo individual y lo colectivo, del derecho de propiedad y las grandes transacciones comerciales, del ser humano y del “sistema”.

El problema -al menos en mi modo de apreciar el tema en estudio- es que este combate (que me permito calificarlo de sangriento, tal cual lo prueba el descalabro mundial ocasionado por los excesos del mundo financiero) no aparece expresado, sino insidiosamente oculto detrás de discusiones aparentemente técnicas.

## 2. Concepto

El sistema o estructura de adquisición de inmuebles (acto compuesto) se encuentra integrado por tres sub-actos: el título, el modo y la inscripción registral <sup>29</sup> que aun cuando pueden ser tratados a otros efectos como autónomos ya que producen sus propios efectos, desde el enfoque adoptado constituyen una estructura. En su singularidad, la tradición es un acto jurídico de derecho privado <sup>30</sup> por el cual la parte vendedora entrega a la parte compradora un bien inmueble, debiendo hacerse ostensible esta entrega por “actos materiales” (art. 2379 C.C.). El Código Civil, en su art. 2377 establece: “Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real”. Es la acción de dar o entregar. Como todo acto, está integrado por sujetos, objeto, causa y acción o forma. Los sujetos son quien entrega *tradens*, y quien recibe *accipiens*. El objeto de la tradición es la entrega del inmueble, cumpliendo la obligación emergente del título. Es su finalidad. Recae sobre un elemento material, el inmueble.

En cuanto a la causa, difiere para ambos sujetos. Para el *tradens* la causa fuente es la obligación emergente del título. Para el *accipiens* es la obtención del poder físico sobre el bien adquirido. En cuanto a la acción o forma, no obstante ser un acto privado, se encuentra parcialmente regulado: la ley no deja que los sujetos la realicen como les plazca: les obliga a que se realice mediante “actos materiales” Estos, según Mariani de Vidal <sup>31</sup> conforme el art. 2380 deben reunir tres condiciones:

- Desistimiento del tradente, que debe ser real, sin reticencias.
- Realización por el adquirente de actos posesorios.
- Ausencia de oposición de terceros.

El punto esencial en cuanto a los actos posesorios, es la demostración “física” (o sea susceptible de ser apreciable sensorialmente) de la voluntad del *accipiens* de someter a la cosa a su poder efectivo. La idea que funda esta necesidad de actos materiales, considero que es una conexión jurídica (presunción) que el derecho efectúa, en cuanto que esos actos materiales, públicos (en cuanto aprehensibles sensorialmente) implican una clara evidencia de la voluntad de comportarse como dueño, basada en la convicción de haber obtenido dicha investidura. Es el efecto esencial del acto querido por la parte vendedora, del mismo modo que el pago del precio para el vendedor

La obtención “real” en sentido de aprehensión física, de señorío, es en rigor de verdad, la aspiración o finalidad central de todo comprador. Más allá de las limitaciones del lenguaje, y de la plasticidad de los diversos conceptos, en su esencia, y en cualquier lugar del mundo nadie duda que cuando alguien compra un inmueble, pretende disponer de él físicamente y jurídicamente. Aun en el caso del financista, que ni siquiera quizás sepa que es dueño de algo (porque lo adquirió formando parte del patrimonio de una sociedad, o a través de apoderados) no cabe duda que su finalidad es haber conseguido la disposición jurídica y material cuando le plazca. Esta consideración pretende evidenciar la naturaleza y finalidad esencial (en cuanto finalidad humana tutelada por el derecho) de la relación posesoria obtenida a través de la tradición. No es un mero concepto u objeto “ideal”. Es una finalidad humana, plena de sentido y

de proyecciones, y por ello es que sería extremadamente equivocado y riesgoso el “virtualizarla” “desmaterializarla” “abstraerla” mediante inscripciones. Lo expresa Gatti <sup>32</sup> “*la posesión, sea o no el contenido de un derecho, es siempre una situación fáctica, un hecho, y los hechos existen o no en la realidad, el derecho no puede crearlos*”.

### *3. Etapas: el acto-tradición y su consecuencia: la relación posesoria*

Jorge Alterini enseña: a. Que el art. 2505 C.C. no perfecciona el título ni el modo, sino la adquisición o transmisión. b. Que la tradición no es presupuesto de la inscripción; c. Que no obstante las críticas, genera efectos de publicidad, ya que tiende a investir el poder sobre la cosa, que se exterioriza a través de los actos posesorios del investido <sup>33</sup>

Una extensa y fundada defensa expone Edmundo Gatti quien citando a Freitas, refiere que el jurisconsulto explica que para llegar a la transmisión de la propiedad hay que pasar por tres etapas: “ 1. El contrato 2. La entrega física de la cosa o tradición que hiciera el antiguo propietario. 3. La posesión del nuevo propietario, que es la propiedad en ejercicio” <sup>34</sup> En otra consideración <sup>35</sup> dice: “ la publicidad, más que el acto instantáneo de instalación en la realidad posesoria (tradición) lo da la situación permanente de la relación posesoria. Ha de hablarse pues de publicidad posesoria y no de publicidad traditiva”.

En síntesis, no es exacto el centrar la potencialidad de publicidad jurídica del acto en la tradición, sino que debe extenderse a su consecuencia. Más aún, en esa consecuencia se centra el interés del quien vende. Imaginemos, a modo de metáfora, que a un comprador se le dijera: lo único importante para la ley, es el momento en que el inmueble se le entregue. Lo que suceda después es ajeno al derecho.

Por lo expuesto, la tradición también se desarrolla en etapas:

a. El acto de la tradición, de una duración razonablemente poco extensa, por la cual el *tradens* entrega al *accipiens* el inmueble mediante el despliegue de actos posesorios perceptibles por los sentidos “actos materiales”.

b. La relación posesoria, o sea los actos posesorios posteriores que realice el investido de la relación posesoria. Estos actos, de muy diversa naturaleza, pueden ser continuados y con permanencia física (quien viva en el inmueble) a distancia y sin una trascendencia física evidente (pago de impuestos) o con alguna evidencia física pero sin vivir en el mismo (alambrados, construcciones, cuidados, etc.).

Considero que esta distinción es muy ilustrativa y además esclarecedora, y sale al cruce de una muy generalizada (y reduccionista) expresión, que aun en las publicaciones especializadas, aluden al modo (tradición) como un ambivalente y débil signo de publicidad, y de allí se pasa a una exagerada ponderación de las bondades de la inscripción registral como sustitutiva de la tradición. En otras palabras, se sostiene que la inscripción sustituye y debe absorber la tradición <sup>36</sup>.

A modo de un parcial comentario sintetizador de lo expuesto hasta el momento, me parece de toda evidencia, que la relación posesoria, por su naturaleza de finalidad esencial en las relaciones humanas (y además jurídicas), por su trascendencia social, por su poder de información y expresión del derecho del titular, por su carácter fáctico, no debe ser privada de la importancia que detenta.

### *4. Acto privado*

He sostenido que es un acto privado, en el sentido de que carece de intervención estatal, y por tanto de un procedimiento, que del mismo modo que hemos visto en el caso del título, le asigne una tutela adicional a la simple iniciativa y diligencia de las partes.

Este punto, que luego retomaré, es verdaderamente incomprensible, ya que nadie duda de la necesidad de brindar una amplia oponibilidad al derecho real, por su proyección sobre el interés de las partes, de los terceros interesados, de los subadquirentes, y de la misma sociedad.

### 5. Efectos. Oponibilidad

Trataré ahora el rol de la publicidad posesoria respecto a los diversos roles con interés jurídico

#### *Para el vendedor*

- Cesa su responsabilidad respecto a la cosa.
- Es una evidencia física, aprehensible por los sentidos, de que la cosa ha salido de su patrimonio.

#### *Para el comprador*

- Implica haber satisfecho su anhelo (fin) mediante una causa jurídica lícita (compra, causa fuente) de obtener el inmueble.
- Genera su obligación de resguardo del bien.

En síntesis, para las partes, el desplazamiento de la relación posesoria es la consecuencia natural de un acto consensuado. La conclusión que se desprende de lo expuesto, es que para las partes la inscripción registral de su derecho no es relevante, no le añade protección o tutela alguna. Como luego veremos al tratar el tema específico de la inscripción, quizás pueda mencionarse alguna consecuencia beneficiosa, pero en modo alguno un requisito que realmente sea necesario para la plenitud de su derecho y la eficacia del mismo. Para las partes basta el título y el poder físico respecto a la cosa (tradición y su consecuencia, la relación posesoria).

Pero respecto al comprador, existe otro plano de análisis que exhibe con plenitud el rol y la trascendencia de la relación posesoria adquirida mediante la tradición: es el caso de conflicto en el caso que el vendedor haya vendido la misma cosa a diferentes compradores. El Código estructura la solución en un conjunto de textos (arts. 596, 2789, 2790, 2791, 2792 y 3265) <sup>37</sup> que describen así las siguientes hipótesis:

- Título presentado sólo por el reivindicante, de fecha posterior a la posesión del demandado. Si únicamente el demandante presenta un título que acredita su derecho a poseer, pero es mismo es de fecha posterior a la posesión del demandado, el Código lo considera insuficiente para concederle la reivindicación.

- Títulos presentados sólo por el reivindicante, de fecha anterior a la posesión del demandado. En este caso, nuevamente se le da prioridad a la relación posesoria, a pesar de la redacción del texto. El Código presume que el autor del título era poseedor y propietario del inmueble que se quiere reivindicar. Normalmente la persona que tiene la posesión fundada en un título legítimo, es el verdadero propietario de la cosa, y consiguientemente está legitimado para transmitirla.

- Títulos presentados por el actor y demandado provenientes de la misma persona. La solución (art. 2791 C.C.) es a favor de quien primero haya sido puesto en posesión de la cosa. Es una aplicación del principio *prior in tempore potior in jure*, así como de la teoría del título y del modo. Coincide además con los artículos 594 y 3269 C.C..

- Títulos presentados por el actor y demandado emanados de diferentes personas. Este conflicto requiere dos etapas para su solución: En la primera, el Juez debe fallar respecto a cual de ambos títulos detenta mayor eficacia jurídica. Este plano requiere un minucioso estudio de títulos. Para el caso en que dicho estudio no ofrezca solución (situación hoy en día muy extraña que suceda) la prioridad en el derecho se le adjudica a quien primero haya obtenido la relación posesoria con el inmueble.

Estas soluciones marcan con clarísima señal, la prelación a favor de la relación posesoria versus título inscripto. Es de advertir, que las mismas mantienen vigencia aun a partir de la modificación del art. 2505 C.C., debido al fundamento de tal prioridad: no puede dársele

prioridad a un elemento formal, virtual, frente a la realidad, naturaleza y esencia de los vínculos humanos<sup>38</sup>.

#### *Respecto a ambos contratantes*

Desde otra óptica, ¿la tradición, por sí, expande la oponibilidad que detenta el contrato de compraventa inmobiliario?

Por todo lo expuesto, sí la expande, porque los actos posesorios despliegan un efecto propio de “comunicación” que genera la presunción (arg. art. 2790 en conjunción con el título) de “hacerla conocida”. Podría afirmarse que esta oponibilidad ofrece diferentes grados de intensidad de la presunción.

- Los vecinos directos del inmueble.
- Proveedores, vendedores “de la zona”.
- Titulares de comercios a los cuales concurra el titular y flia.
- Escuelas, salas de salud.
- Encargados, empleados de consorcios de oficios en propiedad horizontal.
- Carteros.
- Quienes realizan tareas de vigilancia.

Entonces, el cuadro de oponibilidad sería el siguiente:

- Partes.
- Sucesores universales.
- Quienes conocen (aquí aparecen los mencionados en el punto anterior, salvo que probaren su desconocimiento, lo cual en el plano de la prueba genera a mi juicio la inversión de la misma).

Es mi intención resaltar el punto, por la conexión que detenta respecto a la diligencia exigible a acreedores y subadquirentes, que luego examinaré.

#### *Respecto a los acreedores:*

En cuanto a los acreedores, cabe preguntarse si la relación posesoria hace oponible el derecho del poseedor titular, o sea la confiere prioridad o prelación, respecto al derecho del acreedor. A modo de ejemplo: El sujeto A, titular de dominio, ha contraído una deuda a favor de X. A transmite un inmueble a favor de B a quien se le hace tradición de la cosa. No se inscribe la adquisición. Este aspecto nos proyecta sobre el tema de la oponibilidad de la relación posesoria y de ser admitida, la extensión de la oponibilidad.

En el caso de plantearse el problema respecto a los adquirentes (caso de enajenación por el titular a dos personas diferentes del mismo inmueble) la prelación se confiere a quien primero haya sido puesto en posesión de la cosa. ¿Es extensible este principio a los acreedores? La justicia de la solución para el caso de los compradores -adquirentes- es porque la diligencia impuesta a los mismos incluye la verificación de la relación posesoria del transmitente. ¿Es traspolable esa misma diligencia a los acreedores? ¿Deben éstos al conceder un crédito verificar, a más de los títulos la relación posesoria del futuro deudor? Si la respuesta fuera afirmativa, se los coloca en pie de igualdad con los adquirentes, lo cual es perfectamente razonable, porque respecto al vendedor, el comprador es acreedor de una obligación de dar. Si fuera negativa, estaría generándose una carga adicional al comprador, la carga de inscribir. ¿Por qué este trato diferencial entre acreedores? Se privilegia el crédito por ser elemento de lo financiero? ¿Cuál es el motivo para que desplieguen menores diligencias?

O existe una especie de estructura conceptual respecto al crédito, que para hacerlo viable se lo simplifica, se subordina el derecho de los titulares y adquirentes (considerándose su derecho de entidad menor) frente al derecho de los acreedores. La máxima sería así: los acreedores tienen derecho a ser tratados con mayor comprensión, menores exigencias. El crédito considerado como un bien de superior entidad frente al derecho individual (seguridad estática)

Esta es una pregunta decisiva, que no es frecuente verla expuesta en los estudios sobre el punto, que simplemente mencionan la conveniencia de favorecer el tráfico jurídico. Pareciera que se da por sentado (técnicamente un postulado) que es “obvio” que el crédito debe ser tutelado con este sobredimensionamiento al cual critico. Pero no es tan obvio, que no deba fundamentarse el grado e intensidad de la protección. Nadie duda que el crédito merece ser tutelado por el derecho. Pero esta afirmación -por sí sola- no basta. El derecho se caracteriza por tutelar intereses. El verdadero tema es el modo de equilibrar los intereses de los acreedores, frente a los otros intereses en juego, de las partes, y de los adquirentes. Esta conceptualización de diligencia del acreedor con respecto a la relación posesoria, ha sido profundamente desarrollada por Gabriel Ventura. Este jurista sostiene que en el conflicto entre el usucapiente no inscripto y el acreedor hipotecario debe concederse mejor derecho al primero, basado en el hecho de que el acreedor hipotecario debe verificar la relación posesoria existente en el inmueble. Es una diligencia exigible al mismo para configurar su buena fe <sup>39</sup>.

En el caso de los acreedores, el problema referido al conocimiento de la situación de los bienes de su deudor, es doble: en primer lugar conocer con cierto grado de certeza cuales son esos bienes. En segundo lugar poder conocer la permanencia de los mismos en el patrimonio del deudor y si están gravados o afectados. El tema nos lleva al terreno de plantearnos cuáles son los derechos de los acreedores respecto al patrimonio del deudor, situación que esquematizamos así:

Los acreedores no adquieren, por el hecho de que alguien contraiga una obligación, el derecho a “ser partes” en las relaciones jurídicas que despliegue el deudor. Su derecho se limita a:

1. Impugnar los actos que el deudor realice en forma fraudulenta.
2. En su caso, ante el conocimiento de las mismas, poder accionar en defensa de sus derechos.

Esta situación nos conduce al tema acceso a la información suficiente para detectar los riesgos que los legitiman en defensa de su derecho. Este derecho, o mejor dicho la extensión e intensidad de sus acciones, no puede ser evaluada en abstracto, sino en plena armonía con situaciones conflictivas de otros interesados, por ejemplo los eventuales subadquirentes del inmueble. En otras palabras, la protección del derecho de los acreedores no debe ser mayor ni menor que la que el ordenamiento concede a los otros interesados.

A los subadquirentes (titulares de un interés legítimo) se les condiciona para conferirles protección (art. 1051 C.C.) el despliegue de numerosas diligencias que hemos reseñado.

A los acreedores, ¿no les cabe la misma estructura de diligencias? En el caso concreto, ¿no les cabe el auditar la relación posesoria en los inmuebles que integran el patrimonio?

Los acreedores, al evaluar el riesgo crediticio, pueden libremente o bien aceptar la garantía “de la prenda del patrimonio del deudor” expresión difusa, que significa una suerte de confianza en dicho patrimonio, o bien exigir garantías reales. No están obligados a soportar un riesgo en forma inexorable!! Conocen su “negocio financiero” y conocen o debieran conocer cómo protegerse. La conclusión provisoria a la que llego, es que la protección a los acreedores, en realidad al sistema crediticio, es exagerada y además desequilibra el sistema jurídico en relación a los otros interesados. Es una muestra más del avance de la economía sobre el derecho.

En consecuencia: el acreedor de cualquiera de las partes, cuando su deudor es titular de un inmueble, no queda liberado por el solo hecho de la información que surge del Registro, atento que éste no es constitutivo, ni convalida, ni ofrece fe pública registral. Para ser susceptible de la calificación de buena fe, debe examinar la relación posesoria existente en el inmueble. Es exactamente la misma diligencia que se le exige al subadquirente. No basta la inscripción registral.

#### *Subadquirentes:*

Respecto a la situación jurídica del subadquirente del derecho de dominio de un inmueble, la relación posesoria es uno (necesario pero no suficiente) de los requisitos que debe examinar, a los efectos de configurar la buena fe (objetiva y subjetiva) que exige el art. 1051 C.C. a los

efectos de la protección de la adquisición. Esta conclusión complementa las consecuencias y proyecciones de la relación posesoria adquirida por tradición: orientar, informar, consolidar la adquisición inmobiliaria. Y me he referido sobre el tema al tratar el capítulo de las diligencias exigibles

### *III. El derecho real*

#### *1. Concepto*

Adhiero a la conceptualización de Alterini-Gatti <sup>40</sup> que lo definen así “*El derecho real es un poder jurídico de una persona sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener directamente de ella todas, algunas o alguna de sus utilidades, con exclusión de injerencias extrañas, y que con suficiente publicidad se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier interesado*”. Allende: “*El derecho real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa) naciendo para el caso de violación una acción real que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius persecuendi y ius preferendi*” <sup>41</sup>.

#### *2. Relación jurídica real*

En la perspectiva que estoy desarrollando, o sea la estructura conformada por el título y el modo, el derecho real es su consecuencia, y de allí que configura una situación jurídica real, en el sentido que es el resultado de la conjunción del título y del modo.

Me ocupo de describir mi conceptualización de la situación jurídica, porque es uno de los tantos vocablos que admiten una gran variedad de enfoques. Para Carnelutti, los derechos reales son relaciones jurídicas instrumentales, relaciones jurídicas reales, porque en ellas se privilegia la relación activa, o sea el derecho subjetivo o la potestad, a diferencia de los derechos personales, en los cuales está a “plena luz” la figura de la relación pasiva, o sea la de la obligación <sup>42</sup>. Messineo explica, en diferente conceptualización, admite, reconociendo las diferencias, que es el conjunto de los efectos que derivan de una relación entre personas <sup>43</sup>. Por mi parte, adhiero a la propuesta de Carnelutti, y es el sentido que le adjudico al concepto de relación jurídica, o sea a la relación entre el sujeto y la cosa, que nace por la reunión de título y modo.

Esta situación es la que merece nuestra atención en este punto del desarrollo, ya que por ser un tercer elemento (los dos primeros son el título y el modo) debe examinarse su propio ámbito de oponibilidad. Del mismo modo que hemos analizado la oponibilidad del ante contrato o negocio preparatorio, y del título, cabe que estudiemos la oponibilidad propia del derecho real.

#### *3. Etapas*

El derecho real es una consecuencia normativa de la reunión de título y modo. Por ello, al ser una relación jurídica, es un objeto ideal. Al ser una consecuencia “ideal” de dos actos (título y modo) carece de etapas, que son predicables de operaciones jurídicas, pero no de las relaciones jurídicas.

#### *4. Efectos. Oponibilidad*

### *El derecho real antes de la inscripción registral*

- Por efecto del título, es oponible a las partes y sucesores universales.
- Por efecto de la tradición, es oponible a vecinos, encargados, proveedores, etc., salvo que prueben su desconocimiento.
- A todas aquellas personas que, aun fuera del radio geográfico que abarque razonablemente la presunción, hayan conocido la titularidad: amigos, parientes, empleados, alumnos, etc..

## *IV. La inscripción registral*

### *1. Concepto*

El acto registral es un acto público, porque:

- a. Consiste en el ejercicio de una potestad de derecho público.
- b. Su fundamento es la función registral, que ha sido creada para dotar de publicidad a ciertos actos legislativamente seleccionados.
- c. Esa función se atribuye al órgano registro.
- d. El agente (sujeto persona física) que lo desempeña (o mas bien sujetos que adscriben a una estructura jerárquica) es el agente-registrador.
- e. La forma o acción está intensamente reglada (ley 17801, y sus normas reglamentarias locales en cada provincia).
- f. De allí, que el acto registral constituye también un procedimiento (secuencia técnicamente reglada de operaciones jurídicas). Es un acto mixto, porque se desarrolla con sub-actos privados, y sub-actos públicos.

Los actos públicos sólo puede ser otorgados dentro de los límites del ámbito de poder conferido por la ley (competencia material). La interpretación es restrictiva, a diferencia de la autonomía de la voluntad, en la cual la extensión es la regla y la limitación es excepcional. Este pilar conceptual tiene extraordinaria relevancia, porque la función no puede ser expandida o extendida. Cualquier interpretación que pretenda excederla, queda vulnerada de inconstitucionalidad, ya que el poder público (por el carácter extraordinario inherente a su naturaleza) no puede ejercerse más que dentro del límite preciso de la atribución estatal conferida <sup>44</sup>.

En lo concerniente al tema en estudio, me permite fundamentar que si la función ha sido creada para dotar de publicidad a ciertos actos (ley 17.801, y leyes especiales que hayan estatuido la registración de ciertos actos) es absolutamente inconstitucional que se pretenda extender la función dotándola de efectos tales como calificación excesiva, o de oponibilidad excesiva respecto a acreedores o subadquirentes, ya que excedería el ámbito asignado por la ley a la función.

### *2. Etapas*

Las etapas del acto registral son (ley 17.801):

- a. Rogatoria (art. 5).
- b. Calificación (art. 8).
- c. Rechazo, observación o registración (art. 8).
- d. Restitución del documento inscripto con la constancia de haber sido registrado.

### 3. Efectos

a. La inscripción es declarativa (arts. 2505 C.C. y 20 ley 17.801).

b. La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciera según las leyes (art. 4 ley 17801).

c. La prioridad puede ser tanto directa como indirecta (arts 14, 19, 22 y concs. ley 17.801).

d. No rige el principio de fe pública registral en el significado que los terceros interesados sólo puedan basarse en la publicidad registral para acreditar su buena fe. El registro permite conocer en forma indirecta -a través de documentos- que un documento inscripto contiene un derecho. La eficacia del derecho, su extensión y características surgen exclusivamente de los actos en sí (que están representados en los documentos que los contienen) y la inscripción no agrega ni disminuye esa realidad externa al registro. El registro a través de la posibilidad de acceso a la información proveniente de sus asientos, permite acceder (fuente pública de información) a los documentos matrices de los actos celebrados. Reitero que este perfil jurídico surge de la extensión de la función atribuida al registro por la ley, y el carácter excepcional y restrictivo de la competencia asignada al órgano.

e. El efecto de la oponibilidad no rige por el solo hecho de la inscripción, sino que requiere además el requisito subjetivo-objetivo de buena fe por parte de quien pretende ampararse en la inscripción (arg. art. 3136 C.C. <sup>45</sup>) La inscripción coadyuva con la oponibilidad. No reemplaza los efectos propios del título o del modo y consecuente relación posesoria.

#### a. Qué le agrega al título

Hemos analizado en los puntos anteriores, la oponibilidad limitada que genera el título. La pregunta que afrontaremos es si la inscripción registral le agrega oponibilidad al título, y si la respuesta fuera afirmativa, en qué aspectos.

- Facilita a los terceros interesados conocer con rapidez las titularidades inmobiliarias de sus acreedores, y en su caso la existencia de gravámenes o restricciones de dichos derechos

- Pero esa publicidad, por sí sola, no los configura como terceros interesados de buena fe. Deben examinar la relación posesoria. Es una consecuencia de la armonización que debe imperar para todos los interesados, tal cual se le exige a los subadquirentes.

- La información que se obtiene de la registración es mediata o referencial, porque el interesado deberá complementar su información recurriendo a los documentos originales o matrices (protocolos notariales, expedientes judiciales o administrativos) en los cuales constan los actos objeto de la registración (compraventas, subastas, expropiaciones mediante avenimiento, etc.). En el sistema registral argentino no se incorpora al registro el documento que representa el negocio o acto.

- El acceso a la información, con obligatoria asistencia profesional, puede ser tanto por observación directa del folio (muy poco utilizada) o mediante informes.

- Además, el sistema de reserva de prioridad indirecta para ciertos actos, permite conocer a los interesados lo que se denomina “negocio jurídico en gestión”. En otras palabras, si en el folio consta la expedición de un certificado solicitado para una venta, esto implica un “aviso” al tercer interesado de la existencia de esa gestión.

En consecuencia:

- Respecto a las partes, o a quienes conocen el acto, la inscripción no le modifica su status jurídico. Es irrelevante.

- Es cierto que la inscripción amplía extraordinariamente el grado de oponibilidad, ya que el hecho de haberse realizado obliga a los acreedores y a subadquirentes a profundizar el examen de la relación jurídica, pero sobre la base de una presunción *iuris tantum* de la existencia del título y del modo. Esta presunción *iuris tantum* es una consecuencia de las características de la publicidad registral en el derecho argentino, que no constituye, ni convalida, ni genera fe pública.



- En cuanto a los acreedores de buena fe, la diferencia es muy significativa, ya que les facilita la información. Es muy rápida, sin necesidad de averiguaciones personales. Les permite conocer la existencia de medidas cautelares que recaigan sobre el bien. Les permite conocer medidas cautelares que afecten a su deudor (inhibiciones u otras medidas).

- No obstante, no es la inscripción la única vía por la cual el acreedor puede enterarse de la titularidad de su deudor: Por ejemplo, solicitarle verificar la relación posesoria, y para corroborar su procedencia, exigirle el título de propiedad. Además, obrando diligentemente puede exigirle a su deudor garantías adicionales (personales) o inclusive garantía hipotecaria que le otorga mayores seguridades.

- Las dos referencias anteriores las realizo con el propósito de evidenciar que el rol de la inscripción es facilitador en cuanto a la información sobre la existencia del derecho de dominio de los deudores. En otras palabras, la inscripción no genera por sí en forma plena y anteriormente inexistente una garantía absoluta. Mejora y facilita. No crea.

- Sí crea y con extraordinaria potencialidad, el acceso a la información respecto a medidas cautelares, tanto respecto a los inmuebles, como a los titulares. Prueba de ello, es que si el acreedor acciona contra el titular inscripto, y se prueba que conocía que dicho titular había transferido el inmueble a otra persona, ese conocimiento motiva que la acción sea desestimada, porque la inscripción sólo tiene efecto de oponibilidad respecto al acreedor de buena fe, o sea que ignora la existencia del acto de transferencia.

#### *b. Qué le agrega a la relación posesoria*

Ya he referido que la relación posesoria tiene su propio ámbito de oponibilidad, derivada de la naturaleza de los actos posesorios: perceptibles por los sentidos. No sólo la presencia de personas en el inmueble, sino los signos exteriores: alambrados, carteles, postes, mejoras, etc.

La inscripción registral, ¿le agrega oponibilidad, genera una oponibilidad independiente que absorbe y reemplaza a la propia de la posesión?

- No reemplaza ni absorbe la propia oponibilidad de la relación posesoria. En primer lugar, porque la propia naturaleza de la relación posesoria demuestra que opera de otro modo, no a través de asientos indirectos y referenciales, sino de modo directo a través de actos posesorios en el inmueble. En segundo lugar, porque la propia normativa que hemos detallado expresa claramente cómo se resuelve el conflicto de derechos entre el titular registral y el poseedor. Es un fundamento, a más de dogmático, normativo.

- Cabe agregar, que la oponibilidad de la relación posesoria se proyecta con extraordinaria potencia, respecto a la diligencia exigible a los adquirentes de inmuebles, y a los mismos acreedores. No deben conformarse con la información registral, deben complementarla con la información *in situ*. El registro informa, no constituye derechos, ya que opera en base a recepción de documentos. No ingresan al registro (valga la obvia) relaciones jurídicas: ingresan documentos que las contienen o representan, y que remiten a las fuentes. Tampoco asegura ni garantiza el registro la existencia de tales derechos (título y relación posesoria) Pueden llegar al registro (de hecho ha sucedido) documentos falsos, que por su propia naturaleza sólo “informan” meras apariencias. Por ello, el registro no publicita la “existencia incontrovertible del derecho real”. Publicita la presunción *iuris tantum* de su existencia. La existencia o inexistencia opera en el plano de los actos, no de la inscripción. Si fuera lo contrario, estaríamos en alguno de los planos que pueden asignarse a la denominada fe pública registral.

- A ello debe agregarse que al registro sólo llegan títulos, no llegan documentos que representen la tradición (lamentablemente, como luego veremos). Por ello, la alusión a la relación posesoria es doblemente indirecta: a. Porque debe deducirse que podría existir como consecuencia de la existencia de un título; b. Porque el Código Civil genera esa presunción (*iuris tantum*) en el artículo 2790, al regular la reivindicación. El texto dice así “Si presentare títulos de propiedad anterior a la posesión, y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título es el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica”.

Por lo expuesto, sostengo que la registración inmobiliaria:

1. No reemplaza la publicidad propia de la relación posesoria.
2. Genera un efecto de oponibilidad derivada del título, por imperio de la regla explicitada en el art. 2790 C.C..
3. Es decir, la registración suma, adiciona, facilita. Genera una presunción de existencia del título y de la relación posesoria.

*c. ¿Qué efectos genera respecto al derecho real?*

El artículo 2505 C.C. expresa "... la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se considerará perfeccionada mediante la inscripción... estas adquisiciones o transformaciones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".

El presente estudio ha descrito los puntos esenciales de la discusión desplegada en torno a estas expresiones contradictorias: perfección de las adquisiciones o transformaciones (que pareciera aludir a un requisito constitutivo del derecho real) y a posteriori, en el mismo texto la frase referida a la oponibilidad (con lo cual evidencia que la inscripción hace a la oponibilidad de los derechos reales).

También puntalicé la ya consolidada convicción en torno al carácter meramente declarativo de la inscripción, no sólo por razones dogmáticas, sino por imperio de lo estatuido por la ley registral 17.801, especialmente a través del art. 20, que clarifica la temática al consagrar que las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado.

En otra perspectiva, cabe ahora desarrollar cómo se despliega ese efecto de publicidad para los terceros interesados, o en otras palabras que le agrega la inscripción a la propia oponibilidad que surge del título y del modo.

1. Respecto al título, he dicho que facilita su conocimiento al surgir su individualización a partir del asiento en el folio real.

2. Respecto al modo, expresé que la inscripción publicita la presunción de haberse cumplido (arg. art. 2790 C.C.)

3. El derecho real nace con la conjunción de título y modo. El ámbito de la oponibilidad en esta etapa, no sólo debe extenderse a las partes, a los sucesores universales, y los que han intervenido en la formalización del documento (funcionario y testigos) sino a todos aquellos que hayan conocido el acto y cuya individualización no puede predicarse en abstracto, sino que dependerá del caso concreto, de las circunstancias de cada relación real. Pero a modo ejemplificativo, el agente inmobiliario y sus colaboradores, los dependientes de la escribanía, amigos de vendedor y comprador, personas que hubieran asistido a la inauguración del inmueble, personas que hayan concurrido al inmueble en cuyas paredes se informe a la clientela la adquisición del inmueble, etc. etc.

Estas consideraciones las vierto en el plano de la existencia de la oponibilidad en cuanto a su rol jurídico, con prescindencia de los temas probatorios. Efectúo la aclaración porque alguien podría replicar que la oponibilidad abstracta carece de relevancia, pero en la exposición científica del tema debe deslindarse el efecto del conocimiento de la relación en su faz técnica, de la prueba en cuanto vigencia efectiva de dicho conocimiento.

4. Respecto al derecho real, la inscripción genera la oponibilidad del derecho real en forma más amplia, no absoluta, si por absoluta se entiende que basta con ella. La inscripción opera "como notificación pública" del derecho real, subordinada a las limitaciones que surgen de su naturaleza y que paso a describir en sus rasgos esenciales. Antes de la inscripción (por ello Molinario lo expresa como derecho real de grado menor <sup>46</sup>) el derecho real es sólo oponible a las partes y sucesores universales. No es oponible respecto a terceros interesados de buena fe.

5. El contenido específico de la oponibilidad queda limitado -según me he ocupado de describir- a que se practicó asiento registral del derecho real de que se trate, a partir de un documento de cuyo contenido surge el acto causal que funda el asiento, y que la publicidad de la tradición es consecuencia de la presunción derivada (arg. art. 2790 C.C.) de la existencia del título.

6. De allí se deduce que no se publicita en modo directo la existencia del derecho real, ya que tanto el acto causal (título) y el acto tradición (modo) han tenido lugar fuera del Registro. La publicidad es indirecta, referencial.

7. Por ello, ese efecto de oponibilidad en sus expresiones singulares surgirá del contexto específico de cada “caso”.

- A modo de ejemplo: en el “caso” de un subadquirente, o sea adquirente del titular inscripto (subadquirente respecto al acto del vendedor y comprador que generaron el asiento) el efecto de su “conocimiento” del acto a través de la inscripción no lo releva (a los efectos de la configuración de su buena fe objetiva) de desplegar las demás diligencias exigibles (concurrir al inmueble y verificar la relación posesoria del comprador, estudio de títulos, congruencia de los documentos referidos al inmueble [ facturas de servicios, planos, etc.] una razonable identificación del que se presenta como titular, etc.). Ello, precisamente porque el “conocimiento” que brinda el registro a través de la publicidad es indirecto, y por ello la validez, eficacia y como contrapartida vicios o ausencia de acto (falsificaciones) no surge de los asientos, sino de los documentos matrices de los actos de los cuales se trate.

- La misma situación se presenta en cuanto a la relación posesoria. La presunción *iuris tantum* que surge del título (arg. art. 2790 C.C.) puede desvirtuarse si al concurrir el interesado al inmueble, comprueba que está ocupado por un locatario, u otra persona que alega ser el verdadero propietario.

- Desde la perspectiva del acreedor, su “conocimiento” de la existencia del derecho real del deudor, no lo releva de su obligación (diligencia exigible) de constatar la autenticidad de los títulos y la existencia y vigencia de la relación posesoria. No podría (no es el efecto de la inscripción) demandar al Estado ante el caso de inexistencia de título, o de relación posesoria originada por la tradición, fundado en la existencia de un asiento registral de dominio.

## **X. Inscripciones constitutivas, convalidantes y la fe pública registral. Riesgos y limitaciones**

El concepto de inscripción constitutiva, en la estructura de la temática registral, puede aludir a dos planos

A. En el plano del diseño jurídico del sistema transmisivo, inscripción constitutiva es aquella sin la cual, el derecho real no queda configurado. Es decir, que se añade como elemento integrativo del derecho real a la inscripción. Es el caso del régimen de automotores. La única diferencia que ofrece con el régimen actual, es meramente abstracta, porque el derecho real recién se generaría en el momento de la inscripción, previo título y modo. Es decir, que por el solo hecho de modificarse el sistema de declarativo a constitutivo, no “desaparece” necesariamente el modo. La inscripción, sólo puede agregar (aun como requisito de la configuración del derecho real) la oponibilidad.

B. En el plano de los efectos de la inscripción, inscripción constitutiva es la que, por el solo hecho de la inscripción registral “se crea o genera” un derecho independiente, de naturaleza

registral, que se independiza del acto causal. Esta abstracción respecto al acto no es plena o total, sino respecto a los subadquirentes y acreedores.

Inscripción convalidante es aquella que “supuestamente” subsana (¿?) o corrige los defectos que pueda adolecer el título. Lo ejemplifico: si el título fuera nulo por haber sido otorgado por un incapaz de derecho (demente) la interpretación literal del carácter convalidante, implicaría que la inscripción subsana el defecto. Este significado es absurdo e incomprensible. Los vicios de los actos jurídicos sólo pueden subsanarse cumpliendo los pasos que la teoría de la nulidad de los actos permite, y que dependen de la naturaleza del vicio: ratificación, confirmación o reconstrucción del acto. Es decir, que la subsanación se centra en la causa del vicio, y la subsana o corrige. No puede -racional y científicamente- ser subsanada con un elemento ajeno al vicio. La inscripción carece -por su naturaleza que se centra en la publicidad- subsanar un vicio. Entonces, la única significación que puede atribuirse al vocablo convalidante, es que por imperio de la inscripción, el vicio es inoponible a los terceros interesados. Esta inteligencia del vocablo convalidante, es la única que a mi juicio puede serle asignada.

En cuanto al concepto de fe pública registral, Roca Sastre expresa que <sup>47</sup> está vigente en el derecho registral alemán. En base a ella, se presume que los derechos reales inscriptos existen realmente. El que figura registralmente como propietario o titular de un derecho real lo es en la realidad. Este contenido registral se considera jurídicamente exacto a favor de quien adquieran de buena fe por negocio jurídico <sup>48</sup>

El sistema australiano va más lejos: afirma la indestructibilidad de la titularidad registrada del dominio u otro derecho real, proyectada en la “certificación del título” que es una certificación de titularidad registral.

En nuestro derecho, Jorge Alterini <sup>49</sup> ha expuesto con meridiana claridad: a. Que no rige en nuestro derecho. b. Que en la máxima reducción del tema es un culto pagano del Registro. c. La recta interpretación del art. 22 de la ley registral minimiza la literalidad de la redacción “ la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, sólo podrá acreditarse en relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos anteriores”.

Agrego por mi parte, que basta con echar por tierra una interpretación literal de este precepto, la sólida doctrina configurada en torno al art. 1051 del C.C., que exige buena fe objetiva y subjetiva en el subadquirente, con lo cual deja perfectamente a las claras que no basta con la sola obtención del referido certificado, sino que exige estudio de títulos, verificación de la relación posesoria, y la conformación de una convicción de estar frente a una “buena adquisición” como resultado de un conjunto de diligencias. De adoptarse el criterio que fustigaré, de la “fe pública registral” y de la “legitimación exclusivamente registral de titularidades” (propias de otras culturas y tradiciones comprensibles analizando su historia, bastaría con exhibir orgullosamente un certificado registral para adquirir en modo “indestructible” una titularidad inmobiliaria.

Estas construcciones jurídicas, desde mi punto de vista, tienen las siguientes objeciones:

- Se apartan, en pro del tráfico jurídico (lo económico-financiero) de los más elementales principios jurídicos: naturaleza del derecho, lógica de sus principios, coherencia del sistema, equilibrio de los intereses en juego, y sobre todo, de la realidad humana que se regula.

- Al no subsanar el vicio, mantienen el problema con total descalificación de los intereses de las partes y de los acreedores, que no obstante abstractas reparaciones personales, pierden sus derechos.

- Se habilita el despojo con el simple recurso de un asiento registral.

- Más allá de la oponibilidad, a los ciudadanos les importa detentar un título perfecto, y quedar afuera de las abstracciones sobre eficacia, oponibilidad, efectos, etc. La realidad de los negocios respecto a los ciudadanos es la obtención de lo que desean adquirir, o hipotecar, y no les interesa o les es relevante el “tráfico jurídico”

-El derecho, al menos “el buen derecho” no debe apartarse de la realidad de las instituciones que regula. No puede “crear” en forma abstracta una subsanación que por su estructura requiere otros actos que apuntan el vicio en sí mismo, y no a agregados externos al

mismo. Sobre el punto, Núñez Lagos, con su clásica claridad expositiva, dice “el titular aparente se hace titular real”<sup>50</sup>. También refiere, refutando este efecto, la opinión de Hedemann, quien opinó que este desplazamiento del derecho del verdadero titular, estaba fuera del mundo de los sentimientos de los juristas de la Edad Media, que fueron precursores del sistema<sup>51</sup>.

- Existe, consciente o no, una subordinación del derecho de propiedad en aras de pretendida superioridad (no discutida ni consensuada,) del tráfico. Se erige a lo económico y a lo financiero con prioridad axiológica<sup>52</sup> como valor supremo.

- Se construye, cuando existen vicios en el título, un derecho de propiedad inexistente!!

- Se absorbe sin fundamento lógico ni sociológico, en uno solo de los elementos, la oponibilidad, al título y al modo. Esto significa atribuirle al Registro Inmobiliario una potencialidad de “crear el derecho” que carece por su naturaleza, e implica una grave desviación del principio de división de los poderes, y del principio constitucional de racionalidad del ordenamiento jurídico. Nuevamente Núñez Lagos: “*el tráfico jurídico había perfeccionado el derecho cambiario, lo cual expandió extraordinariamente los principios de la cartularidad, propias del derecho cambiario*”<sup>53</sup>. De allí deriva, dice este jurista la denominada fe pública en el BGB aplicada al derecho registral. Es la dimensión papel que absorbe la dimensión acto<sup>54</sup>. Desde la estimativa del derecho continental, en el cual la causa de los actos jurídicos es un elemento esencial, como explicar esta “invención” de un acto, como consecuencia de un asiento registral. ¿A qué se debe esta superioridad pretendidamente ontológica del derecho financiero? ¿Dónde se ha discutido como necesario prolegómeno para ser adoptado? ¿Cómo justificar su preeminencia respecto al derecho de propiedad? ¿Cómo los juristas han adoptado este postulado? Además, desde otro plano, ¿de dónde surge la superioridad del sistema registral respecto al sistema título-modo? ¿Quién lo ha proclamado?

- Existe una incidencia con gran peso, de la historia propia de cada sistema cultural, y jurídico. Este peso, considero que tiene dos pilares esenciales:

a. El estilo de vida, configurado por un sistema de creencias colectivas propias de un grupo social, en un lugar y fecha determinados.

b. La incidencia temporal, ocasional, de ciertos eventos que obligan a generar soluciones de emergencia.

El primer pilar es consecuencia de la idiosincrasia de la comunidad de la que se trata.

El segundo pilar es transitorio, temporal, ocasional, no define a esa cultura, sino que es consecuencia de hechos en general azarosos: crisis, escisiones, luchas de poder, etc. Por ello, los estudiosos en profundidad de temas históricos, reflejan en sus exposiciones la enorme complejidad de factores que inciden en las decisiones humanas: luchas de poderes, incidencia de ciertas personalidades, vulnerabilidad de los pueblos en ciertas circunstancias, aparición de líderes carismáticos, temas propios de la economía, etc., etc. En suma, estas decisiones o creación de ciertos perfiles en sus instituciones, no han nacido como resultado de una decisión científica, sino “como se pudo en el conjunto de circunstancias y con los factores que operaron”. De allí que no sean transpolables. Son propias e intransferibles, como en el campo de lo individual la identidad de una persona. No es un resultado científico.

En cuanto al tema en examen, lo dicho se proyecta:

¿Qué circunstancias llevaron a la idealización de lo registral?

¿Qué características tenía la sociedad: número de habitantes, rol de los escribanos, cantidad de siniestros inmobiliarios, funcionarios avasallantes, debilidad gubernamental, control o *laissez faire*?

¿Se debatió, hubo otras soluciones que no se analizaron? ¿Cuál fue el resultado?

¿Puede probarse que otras soluciones no hubieran resultado superiores?

¿Esta respuesta, tiene importancia institucional como para ser considerada como modelo de eficiencia?

¿Ha existido una discusión científica del tema en la cual se hayan considerado y discutido en profundidad el tema, sus aspectos esenciales, los secundarios, los meramente accidentales?

¿Se ha incluido en la discusión a los diversos intereses que tienen relevancia para el sistema?

¿Se ha incluido en la consideración del tema la idiosincrasia del grupo social en el cual se pretende aplicar la solución?

- En la vida humana, en la sociedad, por su naturaleza intrínseca no existen “garantías absolutas”. Es una falacia. Los seres humanos tenemos grandes aciertos y grandes errores. Los sistemas se construyen acumulando experiencia, aprendiendo, mejorando. No hay sistemas perfectos, no existen.

- En cuanto a la tradición y su supuesta “debilidad o equivocidad” no debe olvidarse que es una institución nacida a partir de los primeros asentamientos humanos, en los prolegómenos de la historia de la humanidad. Es anterior al derecho. Es anterior al concepto de título. Es la esencia de aquello que los seres humanos desean obtener cuando adquieren una propiedad. ¿Es imaginable que a una persona, a un ciudadano se le preguntara si quiere su casa o “un asiento registral”?

- El vocablo “fe pública registral” es ambivalente, lo cual no sería preocupante mientras se tenga claro tal ambivalencia. Me explico. Fe pública, implica en una conceptualización indiscutible, la credibilidad asignada por la ley, a un hecho o acto presenciado por un agente público investido de la potestad fedante, que además percibe lo que sucede en un marco de solemnidades fijadas por la ley (coetaneidad, citación indubitable, pericia técnica, entrenamiento profesional, regulación de su procedimiento por imperio de la ley (no es libre) y que además, cuando fija el acto en un documento (acción de documentar) también debe hacerlo sujeto a solemnidades muy exigentes respecto a qué papel utiliza, tintas, método de impresión, redacción técnica, firmas en su presencia, lectura imprescindible, enmiendas conforme modos de actuación reglados, y su propia firma -autorización- como emblema de la presencia del Estado en el acto.

Aplicando lo dicho, nadie duda que el registrador detenta fe pública, en diversas formas:

a. Cuando emite un certificado, que es un extracto del asiento registral.

b. Cuando, en base a sus asientos, publicita (hace conocer) la existencia de asientos de medidas cautelares o definitivas.

Pero -al menos en el derecho de modelo continental- jamás podría (no lo ha presenciado para dar fe) el autenticar que el acto es auténtico, o que sus presupuestos (capacidad, identidad, idoneidad del objeto, legitimaciones) han sido examinados, y que sus elementos (sujetos, objeto, causa, acción o forma) han transcurrido ante él.

Sin embargo, el modelo “convalidante” o de “fe pública” implica que el registrador (al menos para los subadquirentes, y acreedores) “certifica” “autentica” “garantiza” la existencia del acto, su perfección y de allí, su plena oponibilidad, al punto que el adquirente (en algunos sistemas se exige la buena fe, en otros no, en otros ni siquiera que sea un acto oneroso, en otros sólo el fraude impide la oponibilidad) adquiere bien si lo hace respecto al titular inscripto. La presunción *iuris tantum* por imperio de la fe pública registral, se convierte en presunción *iuris et de jure*.

¿Cómo fundamentar en nuestro sistema jurídico argentino tal incongruencia? Imposible ¡!. Volviendo a la sabiduría clásica, la esencia (el acto) es el que fundamenta las formas (exteriorización) o sea el documento que lo representa, por juego de presunciones la tradición<sup>55</sup>.

A ello se agrega, que el protegido de hoy (subadquirente) es el desprotegido de mañana. Quien ha comprado prevaleciéndose de la inscripción registral como único soporte de eficacia, y adquiere la posición jurídica de adquirente, pretenderá que su derecho (seguridad estática) se encuentre protegido. Pero hete aquí que queda preso de la supuesta protección de la cual gozó. Si un supuesto adquirente de mala fe falsifica un título de adquisición, obtiene emplazamiento registral y luego vende, quien resulta perjudicada es el mismo que se benefició anteriormente.

Además, la “solidez” del derecho de quien adquiere basado en la inscripción registral, no implica que dicha registración haya subsanado el título defectuoso, ni lo haya convalidado. Tan eficaz es, que servirá para las reparaciones monetarias que surjan de las acciones del caso. Lo

único que se obtiene es la interdicción de la acción de reivindicación, pero el título sigue siendo defectuoso. Y creo, que desde la perspectiva sana, razonable, casi obvia, cualquier comprador deseará detentar un título impecable, y no le bastará con conformarse con estar indemne frente a la acción reivindicatoria.

Roca Sastre cita a Jerónimo González, quien sabiamente expresa que el sistema alemán elaboró una serie de conceptos y figuras inaccesibles a la mayoría de los propietarios, que aparecía a sus ojos como un sistema de logaritmos o ecuaciones diferenciales, alejados de la sensibilidad de los seres humanos. Desde el momento en que la revolución social a que asistimos considera al pueblo como progenitor y destinatario de la norma jurídica, y al derecho como algo vivo y emocional que palpita en las profundas entrañas de las naciones y de la madre patria, debe ser protegido contra las especulaciones y la maldición del dinero, lo que importa una organización de la propiedad más efectiva, una legislación menos abstracta, y el concepto lógico debe ser subordinado al bien de la comunidad<sup>56</sup>. Agrega Roca Sastre, de su propio cuño, al referirse a la orientación actual de los sistemas hipotecarios<sup>57</sup> que existe una tendencia de acercamiento, y orientada al abandono de posiciones extremas o de regulación exagerada.

En nuestra doctrina, un maestro de la talla de Luis Moisset de Espanés, ha preconizado que sería conveniente unificar en nuestro derecho el sistema inscriptorio (abarcando automotores y caballos de pura sangre) con efecto declarativo<sup>58</sup>.

## **XI. Incidencia de los delitos inmobiliarios**

En mi modo de ver, lo esencial en el diseño de cualquier sistema de transmisión de bienes, es:

- a. Mantener congruencia con la estructura del ordenamiento jurídico del país donde sería aplicado.
- b. Congruencia con la cultura, tradición, mentalidad y estilos del país.
- c. Que se consagre un trato equitativo a los derechos de todos los interesados: partes, acreedores, subadquirentes.
- d. Respecto al modo natural del desarrollo, en la realidad cotidiana, de los actos que causan la transmisión de los bienes.

Las diferencias que se aprecian en los sistemas vigentes en el mundo actual, obedecen, como surge del análisis efectuado, de diferentes “mentalidades” y tradiciones profundamente arraigados en su evolución histórica. Desde esta perspectiva, pueden ser comprendidos, sin caer en el reduccionismo de considerarlos perfectos y fácilmente traspolables.

A ello se agrega, como conocemos quienes investigamos, que el conocimiento del funcionamiento efectivo de una institución jamás puede ser aprehendido a través de libros y artículos, sino viviendo la experiencia cotidiana durante muchos años. Sirva quizás a modo de referencia corroboratoria, una experiencia profesional nacida de intercambio de comentarios con colegas docentes de Alemania, en la cual al preguntarle sobre el tema de la inscripción con fe pública vigente en su país, y el rol del notariado, me contestaron que “el sistema de acto abstracto y la inscripción con fe pública registral” no obstante su vigencia, no implicaba que los contratantes de “todos los días” se desinterasaran de la calidad de sus títulos, sino que les exigían a sus escribanos el examen de los títulos y que fueran “perfectos”. La referencia, más allá de su utilidad, no puede sorprender. Más allá de las diferencias propias de cada cultura, todos los seres humanos compartimos ciertos intereses comunes, y dentro de ellos, es el que aquello que compramos permanezca en nuestro patrimonio con certeza, con seguridad.

Agrego que, en mi modo de estimar el tema, el problema esencial es la mala fe, los fraudes, engaños, las maniobras delictivas. Y éstas, lamentablemente, no quedan suprimidas por más ingeniosos que sean los sistemas que se estructuran. Los sistemas -en todos los órdenes de la vida- ayudan, colaboran.

Pero advierto una incongruencia:

La mala fe, el engaño, el delito, se articula a través de ciertas falsificaciones claramente detectables: por ejemplo: falsificar identidad (sustitución de persona), títulos de propiedad (copias de escrituras, testimonios judiciales) o de levantamiento de medidas cautelares (embargos, inhibiciones). Entonces, los sistemas, desde un enfoque central del problema, deben centrarse en estos temas, en las maniobras, en la prevención. Y la incongruencia, es que en vez de “tomar el toro por las astas” se dedica todo el esfuerzo -desequilibrando el ordenamiento jurídico y los intereses en juego- a construir imaginarias estructuras que no impiden las maniobras, y además -lo cual lo hace inequitativo, injusto y discriminatorio- privilegiando -temporalmente- la posición del subadquirente. Con lo cual, en una lectura directa y clara, pareciera que sólo interesara la situación del subadquirente, y detrás de ella, la supuesta seguridad del tráfico jurídico. Dije temporalmente, porque el subadquirente de hoy es la posible víctima del mañana (al advenir adquirente, queda expuesto a posibles maniobras que permitan acceder un falso título de adquisición inscripto, que lo despoje de su derecho).

La conclusión de este punto es que la protección de acreedores y subadquirentes debe buscarse y estructurarse creativamente a través de la batalla contra la mala fe, en vez de pretendidas soluciones que no impiden el desfalco, lo trasladan en perjuicio del titular de un derecho de propiedad.

- A. El problema no se encuentra en los títulos, ya sean judiciales, notariales o administrativos.

- B. Si debe consolidarse la tradición en cuanto a que debe ser documentada a través de instrumentos públicos (tal cual sucede por ejemplo en las subastas) para conferir congruencia al sistema, y que lleguen al registro, título y modo a través de instrumentos fehacientes.

- C. Debe combatirse el fraude, el engaño, el ardid.

- D. Este combate debe resultar de un método combinado: expandir las diligencias de los interesados, y auditar con esfuerzos combinados de Colegios de Abogados, de Escribanos, de Registradores, métodos que seguramente se pueden articular actuando en forma combinada, para combatir la delincuencia.

## **XII. Negligencias de contratantes y acreedores**

La experiencia profesional demuestra, que muchos de los engaños son facilitados por desidia de los contratantes, y de los mismos acreedores, que no despliegan verdaderamente las diligencias que les incumbe.

Por ejemplo, las sustituciones de personas se obstaculizan, si realmente los compradores de inmuebles visitaran la propiedad y observaran (mero sentido común) los detalles que brinda el recorrido de la casa: amoblamiento, conocimiento del vendedor de los detalles de artefactos, circulación, luz, de la propiedad, relatos familiares, etc. Sucede, que muchas veces, los compradores conocen a sus vendedores el día de la escritura. Y este fenómeno, no por corriente, debe ser admitido. Comprar una propiedad es una decisión importante, y como tal requiere que el mismo interesado se cerciore. Y no debe ser un perito, ni profesional jurídico para ello. Bastan las percepciones que a todos nos permiten detectar ya sea normalidad, ya sea algo que llama la atención.

Lo mismo es aplicable a los acreedores: si toman riesgos, deben desplegar las diligencias acordes con su decisión. Ya he detallado las obligaciones al referirme a la diligencia debida de cada participante del sistema transmisivo.

Y el efecto de esta falta de diligencia, lamentablemente ha llevado al legislador (desde mi óptica en forma desajustada) a responder al clamor de los perjudicados, pero en vez de centrarse en el delito, se ha centrado en complicadas estructuras, que no impiden las maniobras, sino que proyectan los perjuicios de ellas exclusivamente sobre los propietarios. No es justo. Jorge Alterini <sup>59</sup> trae a colación que la Convención de Unidroit sobre objetos culturales o robados o exportados ilegalmente, en su artículo 4º establece “a fin de determinar si el poseedor ha ejercido la debida diligencia...” la consulta por éste de “...toda la demás información pertinente



y de documentación que hubiera podido obtener y si el poseedor ha consultado con entidades accesibles o realizado cualquier otro trámite que una persona razonable hubiera realizado en estas circunstancias”. ¡Este es el camino!

Esta referencia, que por una parte coincide con la sensibilidad del ciudadano medio, por otra parte pareciera contravenir la difundida máxima aplicable a las cosas muebles “la posesión vale título” Como todo principio, esta máxima sólo describe de modo muy amplio, un perfil general. Cabe acotar entonces: a. Que su expresión técnica (art. 2412 C.C.) reza “la presunción de buena fe de una cosa mueble crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción o reivindicación, si la cosa un hubiera sido robada o perdida”; b. Entonces, no basta la relación posesoria, se exige buena fe. Esta puntualización, me lleva a considerar, que si aun para las cosas muebles se exige diligencia en el poseedor (reforzado además por los arts. 2768, 2769, 2770 y 2771 C.C.) con mucho mayor razón esa diligencia debe ser proporcionalmente intensificada tratándose de inmuebles. Por cierto, es una consecuencia del encuadre global de las diligencias exigibles que detallé en el punto sexto de este estudio.

Por estos motivos, es que considero que no es una buena solución el institucionalizar la desidia e inequitativa “comodidad” del subadquirente, y desproteger al propietario. No es justo ni equitativo. Cada uno debe desplegar el esfuerzo que le corresponde dentro del modelo de una sociedad equilibrada. Reitero que es uno de los resultados de sobredimensionar axiológicamente lo financiero (erigido en valor supremo) a costa de los otros intereses. Inaceptable.

Para finalizar, el verdadero problema es el delito, la estafa. Aquí deben concentrarse creativamente los esfuerzos.

### **XIII. Riesgos de sustituir la realidad por representaciones formales**

Bilbeny <sup>60</sup> desarrolla desde una perspectiva filosófica-sociológica, que los seres humanos, por nuestra estructura físico-sensible, necesitamos naturalmente de cierto tiempo y disposición para que la información se traduzca en conocimiento. La velocidad, las abstracciones, las formalizaciones excesivas, conspiran con esta estructura y debilitan el juicio, la opinión crítica y valorativa sobre aquello que en vez de ser percibido con naturalidad, no es ofrecido con excesiva velocidad (televisión, medios, ordenadores) . Lo técnico mal utilizado altera el orden natural de las cosas, y ello altera el conocimiento, comprensión y el sentido mismo de ese orden natural o realidad. Se ha alterado el concepto mismo del conocimiento: no es aprehender, sino un enorme alud de información que no se comprende ni se enjuicia. En vez de “cara a cara” cognición y consumo van unidos por la aceleración. Capitalismo salvaje a través de los medios.

Volvemos a ser nómades en sentido intelectual, detentamos roles mutantes y nos genera conflictos para mantener identidad <sup>61</sup>. En el tiempo de la filosofía griega, las ideas complementan la realidad, en la era digital la cumplimentan. Hay una primacía de la cultura informativa sobre la valorativa. Se ha generado un alteración de la relación entre hechos e ideas. En la sociedad primitiva se promovieron las creencias morales en torno a la adaptación del individuo a su medio, en la sociedad agrourbana el primado lo tiene el valor de la perfección, lo bueno es lo ajustado a la naturaleza de las cosas. Lo bueno es lo justo. La nueva sociedad se caracteriza por la plasticidad de los valores, lo bueno es lo formalmente justificable para cada elección. Los valores formales tienen preeminencia sobre los valores naturales.

Hemos perdido fuerza y precisión de los sentidos: hipoestesia <sup>62</sup>. En vez de relación por los sentidos, tenemos relación con lo virtual. Ver si estar, acaba siendo ver sin sentir. Esto cambia nuestra percepción del mundo, desensibilizándonos. En una civilización de la palabra, la mente debía forjar una representación de lo escuchado. Ahora, ya no es necesario, pero perdemos la conexión con la sensibilidad. Se pierden las nociones de tiempo y espacio con el ordenador. En el ciberespacio el otro no está “ahí”, ni nada “está aquí”. No hay control sobre la información recibida, no se remonta a las fuentes de los datos ni cómo se han conseguido. Distal, no presencial.

No hay discusión de valores, entre la anterior y la nueva sociedad <sup>63</sup>. Sin las normas, el elemento ético (discusiones sobre valores) desaparece. Términos como valores, norma, obligación, moral, deber se comprenden no por sí solos sino en contextos. El cambio del contexto hace que no tengamos hoy un esquema de referencia claro para insertar nuestras decisiones. Hay sustitución de hábitos y creencias en forma inconsciente, arrastrados por estos elementos de velocidad, información inmediata, pérdida de sensibilidad, pérdida de valores y marcos referenciales. No hay controles institucionales sobre estos cambios y sus incidencias y repercusiones. Con la revolución cognitiva no ha surgido un modelo teórico que se proponga comprender los nuevos hábitos de la sociedad metropolitana <sup>64</sup>.

En la misma línea de convicciones, Baudrillard <sup>65</sup> expresa: la especulación es la forma pura y vacía, la forma desprovista de valor, que no conoce otra regla que su propio desarrollo circular. Cuando lo falso recupera toda la energía de lo verdadero, nos encontramos con la ilusión <sup>66</sup>. Cuando lo verdadero pierde su energía, nos encontramos con la simulación. Así transcurre con todos los sistemas, incluidos los sistemas de valores, caracterizados por la pérdida de su referencia y su finalidad. Con los flujos bursátiles y la deriva de los capitales, nos hallamos más allá del valor, por pensar únicamente en la economía <sup>67</sup>. Los propios valores se degradan para confundirse en el seno de un universo fractal, aleatorio y estadístico, en la indiferencia y en la equivalencia, de acuerdo con una aceleración perpetua, semejante al movimiento browniano de las moléculas. Todo lo que vive de la diferencia, perecerá por la indiferencia. Todo lo que vive de la vida perecerá por la equivalencia. Y como ya no sabemos lo que es verdadero o falso, lo que está bien o está mal, lo que tiene valor o no lo tiene, nos vemos obligados a almacenarlo todo, a grabarlo todo, a conservarlo todo, de lo que resulta una devaluación sin precedentes.

Virilio reafirma <sup>68</sup>: la velocidad es el poder o sea que además de ser la aceleración la cara oculta del poder económico, la velocidad es un aspecto esencial de la vida. La velocidad es a la vez, la vida misma y a su vez el riesgo de un control absoluto, un control inédito en la historia. La pérdida progresiva de las relaciones con el entorno exterior es una forma técnica del coma <sup>69</sup>. La psicología de masas se basa en la unificación de las mentes, en la destrucción del alma individual con el fin de construir el alma colectiva <sup>70</sup>. Si el poder es inseparable de la riqueza, y la riqueza es inseparable de la velocidad, el poder es una sociedad de carreras. El poder es siempre el poder de controlar un territorio mediante medios de transporte y de comunicación.

La reflexión obligada: impresionante. No puede expresarse mejor.

Las consecuencias:

- El exagerado dimensionamiento de lo formal, conspira con la realidad del hombre como ser preceptivo, sensible. La formalidad impide el conocer, comprender, evaluar, resolver con unidad convergente de percepción, sentimiento y reflexión crítica.

- Se afecta la incidencia esencial de los valores respecto a las instituciones, a los procedimientos, al derecho mismo.

- Se pierden los marcos de referencia.

- Lo excesivamente formal es un recurso del poder salvajemente ejercido. No permite pensar y valorar.

#### **XIV. Economía y derecho. Modelo de sociedad. Modelo de derecho <sup>71</sup>**

Los avances de la economía contrastan con frecuencia con el deterioro y retroceso de la vida política. Las reglas del buen gobierno son tan universales como las leyes de la buena economía. Implican participar en la sustentabilidad del desarrollo humano, aceptabilidad, legitimidad, transparencia, equidad e igualdad de oportunidades. Reconocer la soberanía del Estado de derecho, división de poderes, garantías efectivas de los derechos fundamentales, control de la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes, espíritu de concertación,

respeto a las minorías políticas y sociales. Por ello buen gobierno significa una síntesis de calificativos.

Buen gobierno en el tema, significa:

- Mantener el equilibrio entre los derechos de los contratantes, de los acreedores, de los subadquirentes.

- Que ese equilibrio se evidencie a través de iguales exigencias de diligencia debida, lo cual se proyecta sobre la responsabilidad en caso de omisiones.

- Que dicho equilibrio no acepte que alguno de esos roles pretenda “absorber o sustituir “el sistema, con meras apariencias basadas en la pretendida prioridad de lo financiero.

- Que los valores básicos de legalidad, buena fe, equidad, transparencia, equilibrio del sistema, información, e igualdad sean respetados y vigentes en los vínculos jurídicos.

- Que los sistemas jurídicos se desarrollen manteniendo la prioridad de constituir una herramienta fundamental para la vida humana en una deseable feliz convivencia.

- Que los sistemas jurídicos se articulen en consonancia con las tradiciones, culturas, costumbres y creencias colectivas de cada pueblo, con enérgico rechazo de fórmulas extrañas a la idiosincrasia propia.

## **XV. Congruencia y bondades del sistema argentino**

a. Respecto a las partes, la inscripción no es un elemento que tenga como prioridad el fortalecimiento de la posición jurídica de los vendedores y compradores. Desde esta óptica de seguridad estática, es poco relevante. Esta aseveración la enfatizo, porque es frecuente que al referir a las ventajas de la inscripción registral, se mencione que brinda certeza al derecho de los titulares, punto sobre el cual discrepo esencialmente, y por ello he examinado con detalle el punto.

b. En cambio para los acreedores (seguridad dinámica) la inscripción les facilita en forma extraordinaria su situación. Les permite con un mero informe conocer de modo rápido y accesible, la situación patrimonial inmobiliaria de su deudor. Hago especial hincapié que digo facilita, porque creo haber demostrado que no es único modo: una diligencia similar a la del adquirente les permitiría igualmente conocer la información que necesitan, la diferencia es que es más costosa. Pero este plano de análisis, nos permite avanzar en cuanto a dos puntos que a mi juicio no han sido claramente descriptos:

c. Que se facilite la situación de los acreedores pareciera importante, siempre y cuando dicha protección no se la presente a modo de postulado, como si fuera total y plenamente evidente que debe hacerse así. No hay tal postulado. Es uno entre varios intereses y el afianzamiento de la situación de los acreedores deben “balancearse, equilibrarse” con los demás intereses. Los acreedores también deben desplegar diligencia, ponderación, prudencia. Lamentablemente, estos valores no están -al menos hoy en día- de moda.

d. Considero además -y tristemente al escribir este trabajo está en cabeza y dolor de muchísimas personas- las consecuencias del avance de lo financiero sobre lo humano. Esta es la perspectiva respecto a la cual me opongo con absoluta firmeza. El derecho no debe prohiar al avasallamiento de la economía sobre la justicia.

e. La tradición, por circunstancias incomprensibles cuando se trabaja sobre el tema, ha quedado increíblemente relegada de la asistencia estatal que se ha volcado sobre el título. Asistencia estatal, en el sentido que debió haberse exigido su instrumentación con las mismas exigencias que las requeridas para el título. Desde el punto de vista científico y sobre todo como expresión humana de los actos vinculares sobre inmuebles (relaciones jurídicas) tiene al menos igual importancia que el título, y quizás desde la perspectiva del uso de la tierra, su goce y poder de disposición, mayor trascendencia. Por ello los juristas deben reparar este error. En esta línea, maestros de la talla de Molinario, Jorge Alterini, Allende, han sido pioneros en señalar este defecto. Me sumo con respetuosa adhesión.

f. Pero reconocer esta falla del sistema no implica conceder que la solución sea la inscripción registral. Esta tiene el enorme defecto y sumamente riesgoso de pretender transmutar un elemento de la vida real de los seres humanos, en un símbolo virtual, ideal. Estas pretendidas transmutaciones, hemos visto que son contrarias a la naturaleza de las cosas, y colaboran a mi juicio con el insidioso avance de desmedidos apetitos respecto a lo financiero. La solución es fortalecer la institución plena de vida y significado que es la tradición. No “virtualizarla, volatilizarla”.

g. Evaluada la tradición como componente del sistema global de transmisión de dominio, es un requisito esencial. Tiene además, si se la encuadra dentro del ámbito de la diligencia exigida a cada uno de los protagonistas del sistema (partes, acreedores, compradores) una relevancia extraordinaria.

## NOTAS

<sup>1</sup> Jorge H. ALTERINI en *Código Civil anotado*, dirección Jorge J. LLAMBIAS, t. IV-A, su comentario al art. 2505 C.C.. También su trabajo “Gravitación de la reforma al art. 2505 del Código Civil”, E.D. 43-1181

<sup>2</sup> J. FERRATER MORA, esencia, *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, pág. 1066.

<sup>3</sup> FERRATER MORA, ob. cit., pág. 1374.

<sup>4</sup> FERRATER MORA, ob. cit., pág. 510.

<sup>5</sup> FERRATER MORA, ob. cit., accidente, pág. 39.

<sup>6</sup> Ramón M ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 6ª ed., Barcelona, Bosch, t. I, pág. 180.

<sup>7</sup> Felipe Pedro VILLARO, su artículo “Sobre el carácter constitutivo de la publicidad registral inmobiliaria (art. 2505 Código Civil y ley 17.801)”.

<sup>8</sup> Atilio ALTERINI, *Contratos, Teoría General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 31.

<sup>9</sup> Atilio ALTERINI, ob. cit., pág. 33.

<sup>10</sup> Ricardo Luis LORENZETTI, *Tratado de los contratos, Parte general*, Rubinzal Culzoni, pág. 131.

<sup>11</sup> Sobre el punto, generalizado consenso: A modo de amplia referencia bibliográfica: Jorge H. ALTERINI, *Código Civil anotado*, cit., su comentario al art. 2505, Edmundo GATTI, en *Código Civil*, director Alberto BUERES, su comentario al art. 2505.

<sup>12</sup> Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ y Eduardo OSPINA ACOSTA, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 6ª ed., Temis, Bogotá-Colombia, pág. 395

<sup>13</sup> Emilio BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, Granada, Comares, pág. 221

<sup>14</sup> Luis DIEZ PICAZO, *Fundamentos del derecho civil y patrimonial*, Madrid, Civitas, t. I, pág. 428

<sup>15</sup> Santos CUFENTES, *Negocio jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, pág. 150.

<sup>16</sup> Domenico BARBERO *Sistema de derecho privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, t. I, pág. 612.

<sup>17</sup> Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos*, Buenos Aires, Zavalía, t. I, pág. 487.

<sup>18</sup> José M R. ORELLE, *Actos e instrumentos notariales*, Buenos Aires, La Ley, pág. 89.

<sup>19</sup> Jorge MOSSET ITURRASPE, en *Código Civil*, director: Alberto Bueres, t. 3B, comentario al artículo 1185 bis. Las doctrinas sobre el boleto de compraventa son varias: a) quienes lo caracterizan como contrato de compraventa de inmueble al que le falta un requisito formal que hace al modo de adquisición del dominio (Morello) b. quienes lo consideran un precontrato o promesa de contrato (Mosset Iturraspe, López de Zavalía) c. un contrato perfecto que obliga a otorgar escritura (J.H Alterini, Fornieles Gatti, Atilio Alterini) quienes distinguen entre negocio obligatorio y negocio dispositivo (Racciatti, Spota).

<sup>20</sup> Sobre este modo de desarrollarse la voluntad CARNELUTTI, cit., *Teoría general del derecho*, págs. 312 y 324.

<sup>21</sup> Rubén COMPAGNUCCI DE CASO. “El efecto relativo de los contratos”, L.L., 22 de marzo del 207.

<sup>22</sup> Esta inadecuación conceptual que asimila en el plano jurídico el conocimiento con la mala fe, en realidad debe traducirse como conocimiento que hace irrelevante la inscripción, y como ánimo de perjudicar, o doloso.

<sup>23</sup> Mario BUNGE, *La investigación científica*, Barcelona, Ariel, págs. 425, 448, 486; Karl POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, pág. 57 y ss.

<sup>24</sup> Sobre el concepto de instrumentos oficiales y públicos, y las consecuencias que derivan de su diferencia, ver mi obra *Actos e instrumentos notariales*, cit., págs. 169 y 172.

<sup>25</sup> José M. R ORELLE, *Actos e instrumentos notariales*, cit., pág. 165 y ss.

<sup>26</sup> Max WEBER, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, nueva reimpresión, pág. 289.

<sup>27</sup> Norbert BILBENY, *La revolución de la ética*, Anagrama, pág. 16.

<sup>28</sup> Ob. cit., pág. 16.

<sup>29</sup> Conf. Jorge A. MAYO, en *Código Civil*, director: Alberto Bueres, t. 2, comentario al art. 577 en cuanto califica a la tradición como acto-modo por tratarse de un acto instrumental que actúa al servicio de otro previo. Si bien no alude a la estructura que nosotros proponemos, destaca esta dependencia entre ambos actos.

<sup>30</sup> Ver MAYO, ob. cit., quien refiere que en la doctrina nacional se lo considera por algunos un acto bilateral, para otros un acto jurídico en sentido estricto, y para la doctrina extranjera un simple acto voluntario.

<sup>31</sup> Marina MARIANI DE VIDAL, *Código Civil*, director: Alberto Bueres, t. 5, comentario al art. 2380 C.C.

<sup>32</sup> Edmundo GATTI, en su comentario al art. 2505, *Código Civil* dirigido por Alberto Bueres, t. 5, pág. 335.

<sup>33</sup> - Jorge H. ALTERINI, su artículo citado, “Gravitación de la reforma al artículo 2505 del Código Civil”, pág. 1187. En la misma posición Julio César BENEDETTI, en su artículo “La tradición como requisito para la transmisión de dominio”, en *Revista del Notariado* N° 709, pág. 101 y *Revista del Notariado* N° 725, pág. 1727 comentario a fallo “La falta de tradición de la cosa a favor del adquirente como defecto en la constitución formal de los derechos reales sobre inmuebles.

<sup>34</sup> GATTI, ob. cit., pág. 335.

<sup>35</sup> Ver página 324 del mismo trabajo citado.

<sup>36</sup> Alfonso DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de derecho hipotecario*, Madrid, Civitas, págs. 27 y 2.

<sup>37</sup> El orden de prelaciones es adjudicado por la doctrina a Pothier AREAN, *Código*, cit., comentario arts 2789, 2790, 2791 y 2792, y MAYO, en la misma obra, su comentario al art. 596.

<sup>38</sup> Sobre el punto, MAYO, *Código*, cit., pág. 377.

<sup>39</sup> Gabriel VENTURA, “Los títulos notariales y la posesión”, *Anuario de Derecho Civil*, Universidad Católica de Córdoba, t. VIII (año académico 2003) pág. 27.

<sup>40</sup> Edmundo GATTI - Jorge H. ALTERINI, *El derecho real (elementos para una teoría general)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 133

<sup>41</sup> Guillermo L. ALLENDE, *Panorama de derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, pág. 19.

<sup>42</sup> Francesco CARNELUTTI, *Teoría general de derecho*, traducción de Francisco Javier Osset, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, pág. 190

<sup>43</sup> Francesco MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. II, pág. 5.

<sup>44</sup> He realizado un extenso desarrollo de estos principios en mi obra *Actos e instrumentos notariales*, pág. 31 y ss. y pág. 45 y ss.

<sup>45</sup> Elena I HIGHTON, *Código Civil*, director: Alberto Bueres, t. 5, su comentario al art. 3136.

<sup>46</sup> Su ponencia, cit., pág. 37.

<sup>47</sup> Op. cit., pág. 139.

<sup>48</sup> Muy clara descripción: Martín WOLF, *Derecho de cosas*, Barcelona, Bosch, traducción de Blas Pérez González y José Alguer, vol. 1º, pág. 133.

<sup>49</sup> Jorge ALTERINI, su artículo, “La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral”, L.L., T 2006-E, doctrina, pág. 1126.

<sup>50</sup> Rafael NÚÑEZ LAGOS, Aporte a la Segunda Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad, Tucumán, 1965, edición de la Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1965, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, pág. 48.

<sup>51</sup> NÚÑEZ LAGOS, cit., pág. 49.

<sup>52</sup> Así lo afirma como si fuera un principio universalmente admitido Alfonso COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de derecho hipotecario*, págs. 29, 30 y 35.

<sup>53</sup> NÚÑEZ LAGOS, cit., pág. 49.

<sup>54</sup> NÚÑEZ LAGOS, cit., pág. 52.

<sup>55</sup> FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, Ariel, págs. 3014, 3076, 3397 y 1066.

<sup>56</sup> ROCA SASTRE, cit., pág. 132

<sup>57</sup> ROCA SASTRE, op cit., pág. 143

<sup>58</sup> Su artículo “La transmisión del dominio y otros derechos reales en la reforma del Código Civil”, *Revista Notarial de Córdoba*, N° 38, pág. 17.

<sup>59</sup> ALTERINI, su citado artículo “La buena fe y la titulación como desmitificadores de las llamadas legitimación y fe pública registral”, pág. 1131

<sup>60</sup> Norbert BILBENY, *La revolución en la ética (hábitos y creencias en la sociedad digital)*, Anagrama.

<sup>61</sup> BILBENY, ob. cit., pág. 16.

<sup>62</sup> BILBENY, ob. cit., pág. 20.

<sup>63</sup> BILBENY, ob. cit., pág. 36.

<sup>64</sup> BILBENY, ob. cit., pág. 47.

<sup>65</sup> Jean BAUDRILLARD, *El paroxista indiferente*, Anagrama, pág. 9.

<sup>66</sup> BAUDRILLARD, ob. cit., pág. 11.

<sup>67</sup> BAUDRILLARD, ob. cit., pág. 12.

<sup>68</sup> Santiago RIAL HÚNGARO, *Paul Virilio y los límites de la velocidad*, Madrid, Campo de Ideas, pág. 5

<sup>69</sup> HUNGARO, ob. cit., pág. 43.

<sup>70</sup> HUNGARO, ob. cit., pág. 6.

<sup>71</sup> Enrique ZULETA PUCEIRO, *Interpretación de la ley*, La Ley, pág. 14.

# REPERCUSIÓN DEL ART. 2505 REFORMADO EN EL MECANISMO DE CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS REALES

por GABRIEL B. VENTURA

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Título y modo. III. Causas genéricas y específicas. IV. Clasificación de los modos. V. La modificación del art. 2505 C.C. VI. Reproches al nuevo art. 2505. 1. Primera crítica. Subrogación del viejo art. 2505. 2. Segunda crítica. Utilización de la expresión “perfeccionada”. 3. Tercera crítica. No determina de manera contundente la obligatoriedad de la inscripción. 4. Cuarto reproche. No precisa a qué terceros va dirigida la norma. El tercero registral. VII. El tercero registral. VIII. Cómo ingresa la inscripción en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. IX. La inscripción no integra ni el título ni el modo. X. Vigencia de los arts. 594 y 3136 C.C.

## I. Introducción

Como sabemos, Vélez Sársfield se aparta expresamente del modelo francés en materia de constitución de derechos reales. A pesar de la gran influencia que este cuerpo normativo ejerció en la realización de su obra fundamental, el Código Civil argentino, él advierte en la ilustrativa nota al art. 577, que los efectos del solo consenso resultan nocivos para la seguridad jurídica; por ello adopta para Argentina la teoría del título y modo, como elementos constitutivos de los derechos reales <sup>1</sup>.

En el art. 577 del Código Civil, siguiendo la doctrina tradicional romana, nuestro Codificador establece que antes de la tradición de la cosa no se adquiere sobre ella ningún derecho real <sup>2</sup>. Quedará entonces al comprador a quien no se le haya entregado la cosa una acción personal por incumplimiento del contrato, la *actio emptio*, pero no emanada del derecho de dominio que a causa de la falta de tradición, no pudo nacer en cabeza del acreedor <sup>3</sup>.

Es esta una de las diferencias que suelen establecerse entre los derechos reales y personales: mientras los últimos quedan constituidos sólo con el título (consenso, convenio o contrato) los primeros exigen también una exteriorización en los hechos, en definitiva una exteriorización o concreción de las prerrogativas determinadas en la causa que, a su vez, constituye una primitiva forma de publicidad, determinando la constitución del derecho que se pretende transmitir en cabeza del adquirente <sup>4</sup>.

En otro sentido también es conocida la negativa de Vélez a establecer un sistema registral general para la totalidad de los derechos reales sobre inmuebles. La nota al título catorce “De la hipoteca”, mal llamada nota al art. 3203 <sup>5</sup> del Código Civil, es más que ilustrativa a ese respecto. En ella Vélez alude a la falta de un registro catastral actualizado y la dificultad de no contar con personal especializado en dichos menesteres registrales. Pero debe destacarse que estas expresiones no significan que el Codificador se opusiera a un sistema de inscripción inmobiliaria y a un sistema catastral; todo lo contrario él participa de la idea de sus grandes beneficios; pero advierte que, en su tiempo, aún el país no se encuentra en las condiciones apropiadas. Por ello advierte para lo futuro en la citada nota que “*El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales, irá regularizando los títulos de propiedad, y puede llegar un día en que podamos aceptar la creación de los registros públicos. Hoy en las diversas Provincias de la República sería difícil encontrar personas capaces de llevar esos registros y constituir el catastro de las propiedades*”. Así, aunque con redacción poco feliz, con todo acierto la ley 17711 exige la inscripción modificando la norma del art. 2505; y más tarde la ley Nacional de Catastro 26.209 de dudosa constitucionalidad, pretendió dar una respuesta acabada a los anhelos del Codificador. En materia catastral ello se ve especialmente favorecido por los grandes adelantos técnicos, como la “red de posicionamiento global” (GPS por sus siglas en inglés), merced a la cual mediante referencias obtenidas satelitalmente, se logran mensuras en horas y con un grado de certeza casi total <sup>6</sup>.

En materia registral, el Código Civil originario, merced a estas nuevas inclinaciones que cobraron vida por las leyes 17711 y 17801, debió recibir estos nuevos preceptos, que habían sido ya debatidos ampliamente en el Primer y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (1927 y 1969 respectivamente). Pero, como ocurre siempre, por más cuidados que se pongan en el ensamble y redacción de las nuevas normas, siempre los dispositivos originarios corren el riesgo de no resultar del todo armonizados con los nuevos aportes. Sólo el análisis pormenorizado y los buenos resolutivos jurisprudenciales pueden ir marcando la correcta senda interpretativa.

Esta situación hace que en algunos casos resulte dificultosa la conciliación entre los principios del Código Civil, en su edición originaria, y los agregados registrales que se han efectuado con el correr de los tiempos<sup>7</sup>.

Nos proponemos analizar aquí, el mecanismo de constitución de los derechos reales, luego de haber incorporado la registración obligatoria en materia de inmuebles y todos los problemas a ello conexos.

Así analizaremos en primer lugar el nuevo art. 2505 y los efectos de la inscripción allí exigida, su armonización con las viejas normas del art. 594 en lo atinente a la tradición, determinando si la teoría del título y modo ha sufrido o no alguna modificación, para luego adentrarnos en la delimitación del tercero al que alude el art. 2505 del C.C.

## **II. Título y modo**

Como habíamos expresado, la teoría del título y modo en la constitución de los derechos reales, surge en nuestra legislación positiva del art. 577 C.C. que se refiere a la tradición, complementado con los dispositivos de los arts. 2601 a 2603 que regulan concretamente la tradición traslativa del dominio. Ello, entre otros argumentos, ha generado la idea, a nuestro parecer errónea, que sólo cuando se está ante este modo adquisitivo, tendría aplicación este procedimiento con esa doble exigencia: título y modo<sup>8</sup>. Si el modo fuera originario pues, la teoría de título y modo, para esta otra postura, no tendría aplicación<sup>9</sup>.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que esta discusión repercute sobre la constitución o transmisión de los derechos reales, obvia resulta la importancia de pronunciarnos sobre este asunto a los fines de atribuir el verdadero efecto de la tradición y la inscripción en el mecanismo constitutivo que a ellos se aplica que es uno de los temas que debemos resolver en este breve ensayo.

El título es la causa eficiente o generadora, que se verá concretada ante el cumplimiento o acaecimiento del modo. El modo podrá ser el cumplimiento de un hecho voluntario u obligatorio, unilateral o bilateral, frente a una obligación contraída; pero también puede provenir de un acontecimiento fortuito natural, como son el aluvión y la avulsión. Pero tanto en uno como otro caso, su cumplimiento pondrá fin a este camino constitutivo, erigiendo en titular al destinatario del derecho.

## **III. Causas genéricas y específicas**

De nuestra parte estimamos, junto a destacada doctrina que, sea el modo originario o derivado, siempre deberá existir un complemento causal. Sin causa o título pues, el modo no posibilita la constitución de ningún derecho real<sup>10</sup>.

Dicha afirmación constituye una verdad irrefutable frente a los modos derivados, ya que el propio Vélez se encargó de especificarlo en el art. 2602 C.C., cuando, al referirse a la tradición traslativa del dominio, expresa que “La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio”. En materia de modos originarios, en cambio, la cuestión es más intrincada. Encontrar el complemento causal en estos supuestos no nos resultará tan sencillo desde el punto de vista



práctico. Ya en otras oportunidades nos ha inquietado el tema por eso expresábamos que “(...) No contamos pues, aquí, con una norma concreta que nos muestre la vigencia de la teoría del título y modo también cuando estamos en presencia de un modo originario”<sup>11</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión bastará con clasificar adecuadamente los distintos tipos de causas, tal como lo hemos determinado en el título de este acápite. Así, haremos un distingo entre “causas o títulos específicos y causas o títulos genéricos”<sup>12</sup>.

La causa de adquisición será específica cuando en el título se concretan y determinan *ab initio* los sujetos y el objeto de la pretensión jurídica real. Ello ocurre con antelación o anterioridad a la efectiva constitución del derecho. Por ello explica Moisset de Espanés<sup>13</sup> que, cuando el adquirente pretende transformarse en titular de un derecho real, comienza por hacer nacer a su favor un crédito, un derecho personal, por el cual, el vendedor se transforma en deudor de la obligación de entregar (obligación de dar con el fin de constituir sobre la cosa derechos reales -art. 574 C.C.-) para que, una vez cumplida (la entrega) quede en definitiva constituido a su favor el derecho real de que se trate<sup>14</sup>. Siempre, como se ve, las causas específicas procuran el cumplimiento de un modo derivado.

Todo lo contrario ocurre con las que llamaremos causas genéricas de adquisición de los derechos reales. Las causas genéricas prevén supuestos fácticos que una vez cumplidos, producen la constitución del derecho real. Constituyen causas genéricas todos los supuestos legales previstos de manera indeterminada en cuanto a cosa y sujetos adquirentes en el resto del art. 2524 C.C., exceptuada la *traditio*. Cuando el sujeto cumple o, por así decir, protagoniza el hecho previsto como causa genérica de adquisición por la ley, se constituye a su favor el derecho real. En definitiva, la causa genérica es siempre la ley. Así, las normas previstas para la adquisición por apropiación (art. 2525 C.C.); aluvión (art. 2572 C.C.); avulsión (art. 2583 C.C.); usucapión veinteñal (arts. 4015 y 4016 C.C.), etc. constituyen causas genéricas y el modo complementario, en cada caso, será la conducta de un sujeto determinado que se coloca en dicho supuesto<sup>15</sup>.

Cuando el art. 4015 C.C. establece “Prescribese también la propiedad de cosas inmuebles y demás derechos reales por la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí...” elabora una causa genérica de adquisición<sup>16</sup>. Y cuando un sujeto determinado posee durante el plazo legal un inmueble también determinado se produce el modo complementario. En definitiva, según surge de lo dicho, siempre las causas genéricas de adquisición requieren modos complementarios de carácter originario. Adviértase que al concretarse el modo (posesión más tiempo) se especifican o determinan el sujeto y el objeto sobre el cual recaerá el derecho.

Si establecemos las diferencias entre las que hemos llamado causas genéricas y las específicas, diremos que:

a) Las causas genéricas exigen un modo originario como complemento. En las específicas el modo será siempre derivado.

b) Las causas genéricas preexisten siempre a la pretensión adquisitiva; mientras que las específicas nacen al momento de dicha pretensión.

c) Consecuencia de la diferencia anterior, es que en las causas genéricas están indeterminados los sujetos y la cosa motivo de la adquisición; mientras en las específicas, cumpliéndose con la especialidad, se encuentran determinados *ab initio* el sujeto y la cosa.

d) En los títulos específicos aparece como necesario requisito de oponibilidad la registración, por supuesto en tanto el régimen jurídico del bien de que se trate así lo determine. Para los títulos genéricos en cambio, la inscripción no tiene carácter necesario para su oponibilidad.

#### **IV. Clasificación de los modos**

Entre las más importantes clasificaciones que se han efectuado sobre los distintos modos de adquirir, partiendo del art. 2524 C.C., la más interesante es la que establece la diferencia entre los modos originarios y los derivados<sup>17</sup>.

Un modo es originario cuando frente al supuesto fáctico que lo erige en tal, el derecho se constituyó con independencia de todo derecho anterior sobre la cosa. En definitiva, es originario porque el derecho allí nace, sin detenernos siquiera a analizar si la cosa tuvo o no un propietario o titular anterior. Ejemplo clásico de este modo: la caza y la pesca. El pez, como *res nullius* es susceptible de apropiación (art. 2527 C.C.). El aluvión, la avulsión y la usucapión extraordinaria o veinteañal, resultan ejemplos más interesantes; sobre todo este último, ya que como regla general trabaja en contra de las pretensiones de un titular dominial anterior.

Por definición, el modo originario, por ser origen, proporciona un dominio impecable, desprovisto de todos los vicios, gravámenes y características generales de tipo jurídicas con las que pudiera existir en cabeza de un anterior titular<sup>18</sup>. Ya en otras oportunidades nos hemos pronunciado sobre la prevalencia del usucapiente frente a todos los que pretendan un derecho sobre la cosa proveniente de la titularidad dominial anterior<sup>19</sup>. Es, en definitiva la originalidad del modo y su consecuencia la adquisición libre de vicios o gravámenes, uno de los aspectos más interesantes de esta clasificación ya que repercute sustancialmente en las pretensiones del adquirente.

Cuando el modo es derivado, necesariamente contaremos con un complemento contractual<sup>20</sup>, sea verbal o escrito, con determinadas formas; pero en definitiva -salvo el caso de sucesión *mortis causae*- existirá un convenio con todas las características previstas en los arts. 1137 y 1197 C.C., cuyo cumplimiento, en todas sus partes, acarreará la constitución del derecho real de que se trate.

Aquí el derecho “deriva” o “deviene” de un anterior titular. Voluntariamente se compromete a transferirlo, o mejor dicho a constituirlo en cabeza del adquirente. El transmitente, al efectuar la tradición, cumplirá con la obligación de entregar una cosa “... con el fin de constituir sobre ella derechos reales...” prevista en el art. 574 del Código Civil para que se cumpla el art. 577, en armonía con las normas de los arts. 2601 a 2603 del mismo Código. Por ello, en los supuestos de constitución por modos derivados es de plena aplicación el art. 3270 C.C., cuya norma más que jurídica lógica, no permite transmitir a otro un derecho que no se tiene (“*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*”). Si el transmitente tenía un derecho viciado por la nulidad de su título, por ejemplo, o si pesaba sobre la cosa algún gravamen o medida precautoria de carácter real, sin duda esa circunstancia pasará al adquirente, quien sólo pudo adquirir el derecho tal como existía en cabeza de su transmitente. Por otra parte dicha consecuencia se encuentra establecida en el art. 2603 cuando determina que “los únicos derechos que pueden transferirse por la tradición, son los propios del que la hace”.

## V. La modificación del art. 2505 C.C.

Ahora bien, como habíamos dicho al comienzo, frente al precedente esquema dinámico adquisitivo, que en nuestra opinión resultaba claro, aparece la nueva redacción del art. 2505 C.C. modificado por la ley 17.711. En materia de inmuebles pues, aquella teoría del título y el modo, tuvo que vérselas con el requisito de la registración. La perfección o el perfeccionamiento del derecho real, en virtud de la citada norma, sólo se produce mediante la inscripción de los respectivos derechos.

Sea con una finalidad puramente publicitaria, sea un complemento sustancial en la constitución del derecho, lo cierto es que la inscripción registral ha venido a sumarse a los elementos título y modo que se involucraban en el acto transmisivo o adquisitivo<sup>21</sup>. Ya no hay dos elementos en su plena constitución, sino que se ha sumado uno más que, aunque no consideremos que repercute en su constitución, sí en cambio advertimos que genera importantes efectos en su oponibilidad; lo que no es poco decir. Tenemos en claro que todo derecho debe poder oponerse, tanto más cuando se trata de derechos reales que por su naturaleza son absolutos. Podríamos hasta dejar sentado, al más puro estilo de las sentencias romanas, un proloquio que diga “Todo derecho es oponible”.

## VI. Reproches al nuevo art. 2505

Sólo al efecto de facilitar la apreciación de nuestra crítica, transcribimos el texto actual del art. 2505 C.C.:

Art. 2505: *“La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas”*.

Vamos ahora a los reproches que nos merece la norma modificada.

### 1. Primera crítica. Subrogación del viejo art. 2505

La primera crítica que merece la norma insertada por la ley 17.711, es habernos privado del viejo dispositivo de Vélez. En efecto, el art. 2505 C.C. no era una norma vana; se dejaba establecida en ella la ideología causalista del Codificador.

Recordemos que en los arts. 499 y 500 C.C., Vélez determina contundentemente, en el 499, que *“No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”*; y luego, en el 500, complementando la norma anterior, dice que *“Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario”*. Pero adviértase que estos fundamentales pronunciamientos están sólo destinados a las obligaciones; es decir a los derechos personales. Pues bien, en el viejo art. 2505, con didáctica y coherencia ejemplar, el Codificador concluía que *“Los derechos reales se adquieren y se pierden, según las disposiciones de este Código, relativas a los hechos o a los actos, por medio de los cuales se hace la adquisición, o se causa la pérdida de ellos”*. Quedaba sentado, merced a este dispositivo, que los derechos reales también exigen causa. Ahora, luego de la reforma, para fundar el causalismo también en los derechos reales, sólo podemos acudir a una norma tangencial, la del art. 2602 que, al referirse a la tradición, exige para que sea válida que se haga en virtud de un “título suficiente”. López de Zavalía refiriéndose también a este desacierto, expresa que *“La ley 17.711, tan afecta como fue a la numeración ‘bis’ pudo haber mantenido el texto de Vélez, introduciendo su nueva norma con el ‘bis’”*<sup>22</sup>.

### 2. Segunda crítica. Utilización de la expresión “perfeccionada”

La segunda crítica apunta a la utilización de lenguaje técnico inapropiado. Nos referimos a la expresión *“... solamente se juzgará perfeccionada...”* que resulta a todas luces inadecuada para lo que se quiere exigir. En efecto, si tenemos en consideración que la expresión “perfeccionar” en el mundo del derecho evoca la idea de llegar a la plenitud de la eficacia, ello podría generar en el intérprete desprevenido la idea de que el derecho real aún no existe, mientras no haya sido registrado, pudiendo equivocadamente concluirse que se está en presencia de una exigencia registral constitutiva<sup>23</sup>.

Adviértase que en el ámbito de los contratos, la expresión se utiliza justamente para aludir al comienzo de su ejecutividad. Así, por ejemplo, mientras el contrato de compraventa es un contrato consensual, porque queda perfeccionado sólo por el convenio y permite accionar para exigir las obligaciones generadas, la entrega de la cosa vendida (*actio emptio*) o el pago del precio (art. 1323 C.C.); el contrato de comodato, en cambio, no genera acción alguna si no se ha operado la tradición, porque se trata de un contrato real que sólo se perfecciona con dicho recaudo (art. 2256 C.C.).

Por ello decimos que la redacción de la primera parte de la norma no es correcta por la expresión técnica utilizada, ya que puede llegar a generar la idea de tratarse de una inscripción constitutiva<sup>24</sup>. Es cierto que la parte final del artículo aclara por completo su objetivo cuando termina expresando que “*Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas*”. En definitiva no es que el derecho real no haya nacido, sino que la falta de registración producirá una mengua en su oponibilidad; la que, como dijimos, ya no será *erga omnes* (respecto de todos), típico efecto de los derechos absolutos como lo son los derechos reales, sino *erga aliquis* (respecto de algunos).

Por otra parte, el art. 2 de la ley 17801 coadyuva a determinar el efecto declarativo de la inscripción exigida.

### 3. Tercera crítica. No determina de manera contundente la obligatoriedad de la inscripción

A la hora de regular un sistema registral, el legislador debe plantearse, como primera alternativa, si la registración será obligatoria o facultativa. La adopción de uno u otro sistema genera consecuencias demasiado trascendentes desde el punto de vista jurídico, por lo cual sería recomendable que dicho carácter, obligatorio o facultativo, no apareciera de manera indirecta ni inducida, como ocurre con la nueva norma del artículo que estamos criticando que sólo dice “se anotarán o inscribirán, según corresponda”. Es cierto que el dispositivo pareciera imperar lisa y llanamente: “se anotarán o inscribirán”; pero debe remarcarse, sin embargo, que dicha frase viene precedida de un hecho consecuente; es decir pareciera que se anotarán o inscribirán para su publicidad y oponibilidad a terceros. Por ello estimamos, a pesar de su imperatividad, que, como surge del título que hemos puesto a este reproche, no resulta todo lo contundente que sería de desear. Estimamos que no es posible que un tema tan atinente a los efectos de la registración, quede al arbitrio de los jueces o de la doctrina<sup>25</sup>.

Por ello García Coni, manifiesta su desconcierto, al expresar que “Es curioso observar que ni en el Código Civil ni en la ley 17.801 figura en forma expresa la obligación inscriptiva, la que sí se encuentra en las normas locales organizativas de los registros y en las orgánicas de la función notarial”<sup>26</sup>.

El legislador debió poner de resalto en la norma el carácter obligatorio de la registración, de manera clara y directa. En nuestro caso debemos acudir a interpretaciones doctrinarias. Así, diremos que un registro será obligatorio cuando la falta de registración del derecho produzca alguna consecuencia negativa a su titular, lo que constituiría, al decir de Hernández Gil, una sanción por el incumplimiento de la obligación de registrar<sup>27</sup>. Mientras que, si frente a la falta de registración no deviene ningún efecto negativo para su titular, no hay sanción alguna, diremos que se trata de un registro facultativo o voluntario.

Ahora bien, la consecuencia negativa que genere la falta de registración no debe consistir sólo en la negación de ciertas ventajas para su titular, como podrían serlo no reconocer cierta exención impositiva o la que surja de la expresión genérica de no gozar de la protección de la ley. Estas declaraciones legales sólo privan de una ventaja, pero no son definitivas, por no constituir una verdadera sanción, para calificar de obligatorio un registro determinado. De ser ese el fundamento determinante de la exigencia, deberíamos afirmar que no hay registros facultativos dado que en cualquier sistema registral, la inscripción siempre genera ventajas directas o indirectas para los titulares. Por ello Lacruz Berdejo exige para considerar un registro como obligatorio, que se trate de una “obligación estricta, y no una carga a la que viene condicionado un beneficio”<sup>28</sup>

Tampoco debe confundirse la registración obligatoria con el efecto constitutivo de la inscripción. Si bien todo registro constitutivo es por principio obligatorio, dado que en éstos quien no esté registrado no es titular de derecho alguno, esa consecuencia no se produce por efecto de alguna sanción, sino por faltar uno de los elementos constitutivos del derecho mismo o integrativo de su dinámica adquisitiva. Claramente lo expresa Lacruz Berdejo: “Una inscripción meramente obligatoria no puede ser, por su propio concepto, presupuesto para la

*constitución del derecho real, el cual nace sin ella, aun cuando la falta de constancia registral pueda dar lugar a sanciones, todo lo graves que se quiera (pero no consistentes en la falta de eficacia del acto, porque entonces nos hallamos de nuevo en el campo de la inscripción constitutiva)”*<sup>29</sup>.

Para Moisset de Espanés la exigencia de la registración en la ley 17.801, aparece muy clara. Expresa que la obligatoriedad de una conducta establecida por ley surge de la sanción frente a su incumplimiento “(...) aunque el vigor de la sanción impuesta por su violación pueda presentar una gama de matices que varía desde las sanciones pluscuamperfectas, hasta las minus que perfectas. En el caso de la ley 17.801, la obligatoriedad de la inscripción nace del art. 2º, que impone este deber de manera muy clara”<sup>30</sup>. La sanción la constituye pues, la imposibilidad de disponer del derecho por parte del titular no inscripto; ya que si éste quisiera hacerlo, cuando el funcionario instrumentador solicite el certificado previo exigido por el art. 23 de la ley 17.801, no surgirá la titularidad del transmitente y no podrá, por ende, celebrarse el negocio.

Es innegable, por lo menos en materia inmobiliaria, que la registración obligatoria reporta grandes ventajas para el orden jurídico general respecto de lo que pueda significar un sistema de inscripción voluntario. La posibilidad de conocer la situación jurídica de los bienes por quien tenga interés a los fines de la seguridad dinámica o del tráfico, así como la posibilidad de llevar una nómina actualizada de los propietarios a los fines estadísticos e impositivos, son sólo algunas de las bondades de un sistema obligatorio.

La doctrina española, en donde rige un sistema facultativo por imperio de la Ley Hipotecaria de 1861, ha puesto de resalto las dificultades que el sistema genera, llegando a sostener irónicamente Hernández Gil que, tal como está regulado el sistema registral español, en lugar de hablarse de un principio registral de inscripción, debería más bien referirse a un “principio de no inscripción”; lo que impide el cumplimiento de los fines del registro: la seguridad del tráfico inmobiliario y la tutela del crédito. “La realización de estos fines -agrega el citado autor-, en rigor técnico no debe quedar a voluntad de los individuos; el Estado tiene que disponer los medios necesarios para ello. El más conveniente es, sin duda, exigir con carácter obligatorio la inscripción en el Registro de todos los derechos reales inmobiliarios”<sup>31</sup>.

De nuestra parte, estimamos que amén de los argumentos esgrimidos por Moisset de Espanés para sostener la obligatoriedad del sistema registral inmobiliario regulado por ley 17.801, también la norma del art. 15 al regular el principio de tracto sucesivo contribuye a afirmar su obligatoriedad. El citado dispositivo exige el encadenamiento ininterrumpido que generará el llamado “tracto histórico” y resulta contundente para fundar la exigencia legal de la registración. En un registro obligatorio es indispensable que también el tracto histórico sea una sucesión ininterrumpida y sin solución de continuidad entre una titularidad y otra, según lo establece de manera expresa el art. 15, segundo párrafo: “... De los asientos existentes en cada folio deberán resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones”<sup>32</sup>.

El tema de la interrupción del tracto y su posterior reanudación, ha sido objeto de estudio acabado en España justamente por contar allí, como se dijo, con una registración facultativa<sup>33</sup>.

Esta crítica ha sido saneada en algunas reglamentaciones locales, entre las que merece destacarse la ley santafesina 6435, que en su art. 8 primera parte, prevé expresamente que “La inscripción o anotación de los documentos a que refiere el art. 4 es obligatoria”.

#### *4. Cuarto reproche. No precisa a qué terceros va dirigida la norma. El tercero registral*

En el ámbito registral hay acuerdo doctrinario en cuanto a denominar al sujeto al cual hace referencia el art. 2505 C.C. “tercero registral”<sup>34</sup>. Se intenta advertir que, más allá de las opiniones que veremos que se han esgrimido para perfilar su sentido, se trata de un tercero bien diferente del que surge de las normas del Código Civil. No alude al simple concepto de tercero

que campea en toda la legislación civil, a partir de las normas de los arts. 1195 y 1199 C.C. referidas a los contratos <sup>35</sup>. Es a causa de esta falencia que reprochamos a la norma que la doctrina viene discutiendo quién es ese tercero del art. 2505 C.C. desde la sanción misma de su modificación. Para más no se ha arribado a un acuerdo pleno sobre su concepto, aunque sí sobre la necesidad de precisarlo.

En definitiva, la norma en cuestión no pudo simplemente decir “no serán oponibles a terceros”, sino que debió aclararse, sea en ella o, al menos en el art. 2 de la ley 17.801, a quién debía entenderse por tercero.

## VII. El tercero registral

Las normas que entran en el debate, son los arts. 2505 y 3135 C.C., los arts. 2, 20 y 22 de la ley 17.801. Estimamos que sólo mediante el análisis integral de las citadas normas, a las que deben agregarse, aunque no tengan contenido registral, las que determinan efectos sustantivos contundentes a la buena o mala fe de los terceros; es decir los arts. 592 y 594 C.C., llegaremos a brindar soluciones justas y coherentes con el resto de la normativa.

Una primera idea, efectuando un estudio muy superficial, sería sostener que el tercero del art. 2505 C.C. podría ser cualquier miembro de la comunidad, salvo, por supuesto, por expresa exclusión legal, los precisos sujetos previstos en el art. 3135 del Código Civil, respecto de la hipoteca y en el art. 20 de la ley 17.801 respecto de todos los derechos reales registrables. En efecto, por aplicación del art. 3135 C.C. la hipoteca no perjudica a terceros sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros. Pero los contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, escribano y testigos no pueden prevalerse de la falta de inscripción y, respecto de ellos la hipoteca constituida se considera registrada. Idéntico dispositivo, pero para la generalidad de los derechos, surge del art. 20 de la ley registral 17.801.

El tercero registral que propugna esta postura, que no se diferencia en nada del simple tercero C.C., es un tercero pasivo. Basta pues con que no haya participado del acto para protagonizar el supuesto. No se le exige ninguna diligencia formal ni especial de ningún tipo; con no estar enterado de la mutación del derecho de que se trata ya, respecto de él el acto se tornaría inoponible.

Creemos que sostener esta tesis hace carecer de sentido y fundamento los sistemas de registración declarativos <sup>36</sup>. Si hasta no estar registrado el derecho no es oponible a ningún miembro de la comunidad (excepción de los previstos en el art. 3135 del C.C. y 20 de la ley 17801) ¿cómo sostener que el derecho ya existe? Se habría transformado la inscripción en un elemento constitutivo del derecho, tal como expresáramos más arriba. ¿No es acaso esencial del derecho real la oponibilidad respecto de todos o *erga omnes*? Si el derecho no es oponible a toda la comunidad tiene poco o nada de derecho real. Por otra parte, esta idea resulta también contraria a la unánime opinión respecto a que en un registro declarativo el derecho nace fuera del registro, sólo con el cumplimiento del título y el modo. De aplicarse esta solución, el derecho real no registrado resultaría un derecho vacío y carente de uno de los elementos esenciales de todo derecho: la oponibilidad.

Una segunda opinión sobre el tema, sostiene que el tercero al que alude el art. 2505 C.C. no sería cualquier tercero, sino el “tercero interesado”, asimilándose al tercero del que nos hablaba ya el Código Civil. Así concluiremos que para esta postura, sostenida, entre otros, por Alterini <sup>37</sup>, el derecho real no inscripto no será oponible a quien de buena fe desconozca las falencias registrales: inscripción errada o situación no inscripta, y que se vería perjudicado si el sistema pretendiese oponérsela. El tercero registral será entonces, siguiendo este criterio, todo tercero que no conozca la mutación jurídico real o medida precautoria y que tuviese una expectativa que se frustraría si prevaleciera el derecho no inscripto. Así, podemos mencionar a manera de ejemplo un sucesor particular de un derecho no inscripto; titulares de otros derechos reales; o los acreedores de la masa en los concursos o quiebras.

En este sentido, el art. 20 de la ley 17.801 no sería taxativo y, como sostiene con acierto Moisset de Espanés, por el principio de buena fe que debe imperar en todo buen sistema jurídico, la inscripción sería oponible a todo el que haya tenido conocimiento efectivo del acto<sup>38</sup>. Este es el reproche que, como dijimos al comienzo, hacíamos al artículo comentado, ya que creemos que la norma lo debería haber dicho expresamente y no dejarlo sólo en palabras de la doctrina que, aunque acertada, podría no ser compartida. Estimamos que en una futura reforma debería aclararse esta situación consignando de manera expresa que el derecho resulta oponible, aun sin registración, a toda persona que hubiere tenido conocimiento del acto no registrado.

Por último, se sostiene<sup>39</sup> y lo compartimos, que el tercero registral es aquel tercero que, ignorando la situación real (error registral o falta de registración) ha obtenido “colocación registral”. Esa colocación o emplazamiento registral puede estar dado por la inscripción de un dominio u otro derecho real, como así también por cualquier tipo de medida precautoria. Respecto de ese tercero pues, y sólo a su respecto el derecho o medida no inscriptos no existen por lo que no le son oponibles<sup>40</sup>. Podemos ejemplificar con el acreedor hipotecario o un adquirente del dominio que, por circunstancias determinadas no ha registrado el derecho real de que se trate; así, un tercero que embargue, ejecutará su crédito ignorando el gravamen o la mutación real generada pero sin reflejo registral. Creemos que es esta la postura correcta por adaptarse más lógicamente con la integridad de nuestro sistema registral<sup>41</sup>.

El derecho nace pues fuera del registro con sólo título y modo y, con esos elementos constitutivos, ya es oponible *erga omnes*, salvo frente a quien, de buena fe, amparado por la fe pública que emana de los asientos registrales y la presunción de exactitud de éstos, basa su expectativa jurídica en lo que el registro pregona, y logra así la colocación de la misma en los asientos registrales.

Así, por ejemplo, el acreedor hipotecario que acepta en garantía un inmueble que en realidad el deudor o constituyente ya había transferido, pero dicha transferencia no surgía de ningún asiento registral, sería pues un tercero registral si de buena fe, es decir desconociendo la maniobra del titular registral, logró inscribir su derecho real hipotecario. A ello alude García Coni cuando expresa que “[...] *el tercero referenciado por la ley nacional de registros inmobiliarios, tanto para ser preferido como para ser desplazado (o postergado) es alguien que por vía de la rogatoria penetra en la intimidad del registro*”<sup>42</sup>. De nuestra parte agregamos también la necesidad de que dicha rogatoria quede plasmada en un asiento.

En síntesis, en nuestra opinión, conceptuamos al tercero registral, en los siguientes términos: ***Es tercero registral quien, de buena fe, desconociendo la mutación extra registral, opera sobre el bien (lo embarga, acepta una hipoteca o lo compra) ateniéndose al contenido del asiento y su pretensión logra colocación registral.*** El sistema tutela su actuación por haberse amparado en las constancias registrales de buena fe y permite que prevalezca su derecho por sobre los que no se han registrado oportunamente, en aplicación del art. 22 de la ley 17.801. Sólo a estos supuestos se refieren los arts. 2505 C.C., el art. 2 y 20 de la ley 17.801<sup>43</sup>.

## VIII. Cómo ingresa la registración en la dinámica adquisitiva de los derechos reales

Para tratar de resolver la “intromisión” de la registración obligatoria en el sistema de constitución de derechos reales, se han esgrimido distintas posturas. No nos satisface la opinión Musto cuando expresa que “[...] *en lo que respecta a la inscripción de derechos sobre inmuebles cabe apuntar que puede ser (la inscripción) un modo originario o derivado, revistiendo el primer carácter la inscripción de la sentencia que declara la prescripción [...]*”<sup>44</sup>. Con dicha postura habría que concluir que el adquirente por usucapión necesita dos modos: la prescripción y la inscripción.

Tampoco compartimos la opinión de López de Zavalía<sup>45</sup> quien se refiere a “modos” y “medios” adjudicando a estos últimos la función de superar las falencias del modo que él denomina “imperfecto” (parafraseando la primera parte del nuevo art. 2505 cuando expresa “*La adquisición ... se juzgará perfeccionada...*” que hemos criticado *supra*), aquel que requiere de

otro elemento para cumplir su función constitutiva y perfeccionadora del derecho real. Sería un modo imperfecto la tradición cuando se exige como requisito de oponibilidad la registración, y ésta -la registración- aparecería como el medio con el que se subsana la imperfección de su inoponibilidad.

## **IX. La inscripción no integra ni el título ni el modo**

No compartimos, decíamos, las opiniones vertidas porque a nuestro parecer la inscripción registral no integra ni el título ni el modo; pero no se agota aquí nuestro disenso, ya que si por alguna circunstancia debiéramos pronunciarnos por incluirla dentro de algunos de estos elementos, nos inclinaríamos, tal como hace Moisset de Espanés, a relacionarla más con el título<sup>46</sup>. Los modos, como regla general, no ingresan ni deben ingresar a un registro de títulos<sup>47</sup>. Por supuesto esta regla general no será aplicable a las inscripciones constitutivas en cuyos casos, el modo *traditio rei* es virtualmente sustituido por el modo *traditio inscriptoria*<sup>48</sup>.

El título o causa de adquisición del derecho real, será oponible sólo entre partes mientras no esté registrado. El carácter *erga omnes* típico del derecho real, se verá menoscabado ante la falta de inscripción, ya que su derecho no será oponible, según vimos, sólo al llamado tercero registral. En realidad, por aplicación del art. 20 de la ley 17.801 no sólo entre partes será oponible el negocio, sino también respecto de los testigos del acto al propio funcionario autorizante del mismo y, en nuestra opinión, a cualquiera que hubiera tomado conocimiento del acto no publicitado, por aplicación de la regla "*malitatis hominum non est indulgendum*".

Advirtamos entonces, conforme al art. 577 C.C. y a la regla general que hemos sentado al manifestar que a un registro declarativo sólo ingresan los títulos<sup>49</sup> o, si precisamos el concepto, los elementos acreditativos del título, y no los modos, de ello concluimos que ni la existencia de un título o causa, ni su registración pueden determinar o probar acabadamente que estamos frente al verdadero titular de un derecho real, a un *dominus*, puesto que al adquirente pudo no habersele hecho tradición de la cosa. Por ello Moisset de Espanés concluye que sólo se constatan en el registro derechos personales<sup>50</sup> son excepcionales las situaciones en las que ingresan también elementos acreditativos del modo, como puede ser el caso de la usucapión en la que la sentencia implica necesariamente la corroboración, en el proceso, de la posesión continua e ininterrumpida por parte del adquirente<sup>51</sup>.

## **X. Vigencia de los arts. 594 y 3136 C.C.**

La prudencia de Vélez en punto a exigir la buena fe de quien pretende esgrimir en su defensa el postulado de una norma, se deja ver respecto del tema que aquí analizamos, en el art. 594 C.C. y en el art. 3136 y su nota. Estos dispositivos conservan su plena vigencia y no es válido afirmar que la ley 17801, por ser más reciente, habría derogado las citadas normas, pues la regla hermenéutica que establece que "ley posterior deroga ley anterior", no es de aplicación frente a cuerpos normativos, sino sólo a leyes aisladas; de lo contrario se haría menester analizar cada artículo del cuerpo para determinar su valor frente a normas que lo contradigan. Ese mecanismo interpretativo sólo puede ser aplicado a leyes especiales que regulen situaciones determinadas, mas no a un Código Civil.

Por ello, a pesar de la modificación introducida en el art. 2505, esta nueva norma no debe desarticularse del entorno jurídico en el que rige y, sobre todo, de los principios básicos que hacen a la ideología misma del Código, expresada en los arts. 594, 595, 596 y 3136, con su nota. Nos referimos concretamente al principio de la buena fe que impide prevalerse de una falencia puramente formal de la otra parte en conflicto, cuando en realidad la situación era plenamente conocida por quien reprocha la citada falencia. Es aplicación del brocardico que ya hemos citado "*malitatis hominum non est indulgendum*" y aparece en la norma analizada aunque no con toda la amplitud que estimamos hubiera sido menester, ya que no incluye de



manera expresa que se aplica no sólo respecto de las personas enumeradas, sino también en relación a toda persona que hubiere tomado conocimiento del acto no registrado.

Debe tenerse presente, como lo expresa González y Martínez, que la protección registral “[...] carece de base cuando el que la alega conocía la inexactitud o deficiencia del Registro y, lejos de haber sido inducido a error por sus declaraciones, trata de conquistar la ventajosa situación del titular inscripto”<sup>52</sup>.

Recordemos que el art. 594 C.C. determina que “Si la cosa fuere inmueble y el deudor hiciera tradición de ella a otro con el fin de transferirle el dominio, el acreedor no tendrá derecho contra el tercero que hubiese ignorado la obligación precedente del deudor; pero sí contra los que sabiéndola hubiesen tomado posesión de la cosa”.

Como puede advertirse aun dándose los dos elementos constitutivos del derecho real: título y modo, en cabeza del segundo adquirente, por el solo hecho de haber tenido conocimiento el tercero de la obligación precedente, el legislador prefiere al primer contratante y es a éste al que le adjudica el dominio. Podríamos expresar que la prioridad del derecho real cede a la prioridad del derecho personal por existir mala fe en el adquirente.

Complementando lo dicho, no podemos dejar de resaltar la norma del art. 3136 dentro de estas reflexiones, así como su didáctica nota. Se nos muestra acabadamente allí la ubicación que para Vélez tenía la publicidad registral. En efecto, al referirse en el art. 3136 C.C. a la situación del acreedor que, aprovechando la falta de inscripción de una hipoteca anterior, la que conoce ciertamente, hace registrar primero la suya, Vélez consagra que la prioridad del registro es ahí de ningún efecto ya que se ha aprovechado maliciosamente de la falta de inscripción del acreedor precedente.

Sin dudas este dispositivo consagra, en forma genérica, la imposibilidad de usar los mecanismos registrales para proteger situaciones dolosas que surjan manifiestas. Es una aplicación, como habíamos dicho, del principio rector de buena fe que debe estar presente en todo legislador, juez y operador del derecho en general que se precie de ser justo. Este principio podría enunciarse así: “ni la ley, ni el juez, ni las partes pueden prevalerse de las normas para amparar la mala fe”. Es la utilización de la ley para una finalidad diferente a la establecida y al mismo tiempo constituye la vieja excepción romana, usada comúnmente ante la falta de una defensa típica, queregonaba la “*exceptio doli malis*” y que impedía el progreso de cualquier acción o excepción que implicara un obrar de mala fe de las partes.

Nuestro codificador, tan sabio en esos básicos conceptos, lo expresa de una manera bellísima en la nota al mismo art. 3136 C.C. que acabamos de reseñar. En efecto, en la citada nota criticando el art. 1071 del Código Francés, puede leerse de Vélez: “El Código francés, art. 1071, dispone lo contrario. Dice así: *El defecto de inscripción no podrá ser suplido ni considerado como subsanado por el conocimiento que los acreedores pudiesen haber tenido de la constitución de la hipoteca, por otras vías que la de la inscripción*. Pero una doctrina más razonable (continúa Vélez), y más moral prevalece en Inglaterra y en los Estados Unidos, según lo dice Kent en su *Comentario a las Leyes Americanas*, Sec. 28, Nº 169, y es la de nuestro artículo, pues juzga que sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara”.

Puede advertirse en el sano criterio del Codificador, un principio que siempre hemos sentido en cuanto pronunciamiento registral nos ha tocado intervenir: las normas registrales son sólo herramientas de realización de las prerrogativas sustanciales. El principio fundamental de buena fe no puede ser desplazado por dispositivos registrales ni puede ser alentado en ningún pronunciamiento judicial que pretenda la realización de la justicia<sup>53</sup>.

El Proyecto de modificación global al Código Civil, en relación a este tema, establece en su art. 2147 que “El solo conocimiento de situaciones jurídicas sin vigencia registral, no es suficiente para excluir la buena fe de los terceros”, con lo cual parece inclinarse por la solución prevista en el art. 1071 del Código francés, criticado por Vélez en la nota que hemos transcripto más arriba; sin embargo, en forma complementaria a lo sentado en el art. 2147, en el art. 1843 del mismo proyecto, parafraseando de manera más completa aún el art. 20 de la vigente 17.801, se determina que “no pueden prevalerse de la falta de publicidad las partes y quienes conocían o hubieran de haber conocido la existencia del título del derecho real”.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Código Civil francés, arts. 711: “La propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos o por testamento, y por efecto de las obligaciones”. Art. 1138: “La obligación de entregar la cosa queda perfeccionada por el solo consentimiento de las partes contratantes. Ella transforma al acreedor en propietario y coloca la cosa a su riesgo, aunque todavía la tradición no haya podido ser hecha (...)”. Este particular efecto constitutivo del contrato, aparece también en los arts. 1582 y 1583 C.C. francés, para la compraventa; en el art. 1703 para la permuta y en el art. 938 para la donación.

<sup>2</sup> Partidarios como somos de que la teoría del título y modo funciona tanto frente a modos derivados como originarios, hubiéramos preferido que la norma dijese “Antes del modo...” (Ver nuestro *Tracto abreviado registral*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, págs. 47 a 50).

<sup>3</sup> Pareciera que los fundamentos de la postura de Vélez para apartarse de la fuente francesa en cuanto a la necesidad de la tradición para que se adquiere sobre la cosa un derecho real, plasmada en la extensa e ilustrativa nota al art. 577 del C.C., le lleva al extremo de aplicar el principio de la tradición como modo transmisivo, no sólo al ámbito de los derechos reales, sino también en las obligaciones. Ello se desprende de la discutible norma del art. 3265 del C.C. cuando expresa que “Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto de las sucesiones”. Sobre esta aparente contradicción de Vélez, Lisandro SEGOVIA, en su *Código Civil de la República Argentina - Con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Coni, 1881, t. II, nota al art. 3267 (hoy 3265), pág. 390, prefiere remarcar que las palabras de Vélez en el citado art. 3265 “(...) deben restringirse a los derechos reales, excepto a la hipoteca y ciertas servidumbres que no requieren tradición”.

<sup>4</sup> En rigor de verdad, en los derechos personales cierta doctrina expresa que también puede advertirse el modo cuando el derecho personal se transmite. Así Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos - Parte especial*, Buenos Aires, Zavallia, 1976, págs. 557 y 558, citando a POTHIER expresa: “*Pothier es fiel a la teoría del título y modo. Por eso puede establecer esta comparación entre la compraventa y la cesión: así como la compraventa no transmite la propiedad de la cosa, sino que obliga a transmitirla (la compraventa es título), operándose la transmisión recién con la tradición de la cosa (la tradición es modo), así también acontece con la cesión, que no transmite la titularidad del crédito, sino que obliga a transmitirla, produciéndose el traspaso recién con la notificación. He ahí en Pothier una interesante construcción del contrato de cesión y de sus efectos: el contrato de cesión sólo obliga a transmitir, es título; la notificación traspasa, es modo*”.

<sup>5</sup> Luis. MOISSET DE ESPANÉS, *Publicidad registral*, Córdoba, Advocatus, 1997, pág. 356, explica que cuando Vélez insertó la nota al título catorce, unió un pliego en el que de su puño y letra había agregado su opinión sobre la publicidad registral, “(...) separándola del resto del título con una raya colocada en la cabecera de la primera página de ese pliego”. Pues bien esa raya colocada al comienzo de una hoja a cambio del final de la anterior, pasó desapercibida por los tipógrafos de las primeras ediciones y es así como todavía hoy pueden apreciarse distintas versiones editoriales sobre la verdadera ubicación de la nota. Creemos que luego de estas investigaciones de Moisset de Espanés y habiendo personalmente también corroborado en los manuscritos la raya al comienzo del pliego que comenta este autor, no puede ya dudarse que el destino de la nota fue explicar, al final del título catorce, los motivos de Codificador al pronunciarse por la negativa a establecer un sistema de publicidad registral en el país.

<sup>6</sup> Gabriel B. VENTURA, “Análisis de la Ley Nacional de Catastro. Hacia una reglamentación adecuada”, J.A., 2007-II, Fascículo 7, pág. 3.

<sup>7</sup> Gabriel B. VENTURA, “La comunicación de subasta y el tercero registral”, Córdoba, Lexis Nexis, 2006-663.

<sup>8</sup> Para evitar este error de concepto, en nuestras clases hacemos agregar a los alumnos al costado del art. 577 del C.C. “Antes del modo...”, que para nosotros resultaría la redacción correcta de la norma; para que luego resulte coherente la aplicación de la teoría también respecto de los modos originarios.

<sup>9</sup> Elena HIGHTON, *Derechos reales - Propiedad horizontal*, Buenos Aires, Ariel, 1979, pág. 121, dice: “*La teoría del título y modo (o de la doble causa: causa remota y causa próxima) se circunscribe a la adquisición o constitución de derechos reales que se ejercen por la posesión, por actos entre vivos y en forma derivada*”.

<sup>10</sup> Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavallia, 1989, t. I, pág. 265, dice: “*Todos los modos, sin excepción alguna, tienen en este sentido título. Para algunos modos, como la tradición, el título consiste en un negocio jurídico, para otros, como la apropiación, (el título) reside en la ley...*” (lo entre paréntesis nuestro, la frase original del autor -seguramente por error en la tipografía- consigna “el modo”). Gabriel B. VENTURA, *Tracto abreviado registral*, cit., págs. 47, 48.

<sup>11</sup> Gabriel B. VENTURA, “Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión registral”, en *Anuario de Derecho Civil*, Córdoba, Alveroni, 1994, pág. 200.

<sup>12</sup> Para no generar confusión se hace menester aclarar que, cuando se habla de titularidad, se puede hacer referencia a tres situaciones que no siempre son tenidas en cuenta en los debates. Así, en otras oportunidades, hemos distinguido tres titularidades, si se nos permite la expresión. A saber: 1) Titularidad real: es la que ostenta quien tiene una causa de adquisición y un modo; 2) Titularidad cartular: es la que tiene quien cuenta con un documento (cártula), que instrumenta la causa a su favor; y 3) Titularidad registral: es la de quien tiene asentado un derecho a su favor en el Registro de Propiedades. Lo natural y lógico es que el “dominus” ostente las tres titularidades; pero lo que hace interesante esta distinción es que estas se pueden presentar separadas y en cabezas diferentes. Por ejemplo el adquirente por usucapión, antes de obtener sentencia a su favor tendrá sólo titularidad real, mas carecerá de la cartular

y registral. Ver sobre esto nuestro *Dinámica de la Constitución...*, cit., págs. 195-197; *Tracto abreviado registral*, cit., págs. 56-58; “La acción reivindicatoria del adquirente por usucapión, antes de la sentencia que declara su dominio”, en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield*, Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, t. III, pág. 168.

<sup>13</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, su clase de concurso para la titularidad de la Cátedra de Derecho Civil IV, Reales, U.N.C. (1986).

<sup>14</sup> Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos - Parte General*,. Zavalía, Bs. As. 1975, pág. 69.

<sup>15</sup> Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, t. I, pág. 264, refiriéndose más o menos al mismo fenómeno que aquí rescatamos llama a estas causas “títulos norma individuales” (nuestras causas específicas) y “títulos norma generales” (nuestras causas genéricas)

<sup>16</sup> Un importante argumento en contra de nuestra postura radicaría en la norma expresa del art. 4016 que al establecer que al que ha poseído durante veinte años no puede oponérsele la “falta de título”, parece sugerir que en los supuestos de usucapión no fuera menester el título. Ello no es así, todo derecho exige una causa que lo genere. La falta de título a que hace referencia el art. citado es el que proporciona el título en sentido formal, la cártula: la escritura pública, la resolución judicial, etc. Consecuencia del mismo error llega a expresar LAFAILLE, *Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1943. “No basta con poseer...: es indispensable obtener el título de prescripción, a fin de poder enajenarlo o gravarlo...”. Igual se advierte en LAPALMA BOUVIER, *El proceso de usucapión*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1979, pág. 20 “... el nuevo titular del dominio carece de título con que acreditar instrumentalmente su condición”.

<sup>17</sup> Gabriel B. VENTURA, “El art. 2412 del C.C.: Modo de adquirir el dominio de muebles,” en J.A. 985, Nº 5410

<sup>18</sup> Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino, Derechos reales*, 5ª ed., Buenos Aires, TEA, 1961, t. 1, pág. 8.

<sup>19</sup> Gabriel B. VENTURA, “La usucapión opuesta al acreedor hipotecario”, L.L.C. 1988, pág. 617: “*Dar prevalencia a la hipoteca constituida durante el lapso de la posesión del usucapiente, brindaría la posibilidad de operaciones fraudulentas por parte del titular registral que, en vez de encarar los riesgos de una reivindicación, solicita un préstamo o mutuo con garantía hipotecaria abandonando el bien en manos del usucapiente*”.

<sup>20</sup> Néstor J. MUSTO, *Derecho reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1983, t. II, pág. 159.

<sup>21</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Publicidad registral*, Córdoba, Advocatus, 1992, págs. 29-30, aclara que no siempre ha sido función de la tradición la publicidad. En el derecho romano su exigencia obedecía al formalismo característica de un periodo.

<sup>22</sup> Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, “Adquisición de derechos reales”, en *Cuestiones esenciales en derechos reales*, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2002, pág. 61.

<sup>23</sup> Agustín W. RODRIGUEZ, *Publicidad inmobiliaria*, Buenos Aires, Depalma, 1974, pág. 128 y ss..

<sup>24</sup> Los hechos nos confirmaron esta posibilidad. En una charla informal que organizamos en la Universidad Nacional de Córdoba, pronunciada por un destacado registralista peruano que visitaba nuestra Casa, analizando en ese momento la norma que estamos criticando de nuestro Código Civil, el profesor invitado, que lógicamente acababa de leer el dispositivo, dijo públicamente: “Veo que tienen Uds. un sistema de registración constitutiva...”.

<sup>25</sup> Decía ARISTÓTELES: “Conviene que las leyes se elaboren de forma que queden lo menos posible a expensas de la decisión de los que juzgan”, citado por Edward KIRBY, *Citas famosas y frases célebres*, Buenos Aires, Metropolitanas, 1984, pág. 209.

<sup>26</sup> Raúl GARCÍA CONI, *Procedimiento inscriptorio*, La Plata, FEN, 1981, pág. 16.

<sup>27</sup> Francisco HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 90. También Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Publicidad registral*, ob. cit., pág. 90.

<sup>28</sup> José L. LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, Bosch, 1977, pág. 128.

<sup>29</sup> José L. LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, ob. cit., pág. 128.

<sup>30</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, ob. cit., pág. 90.

<sup>31</sup> Francisco HERNÁNDEZ GIL, *Introducción al derecho hipotecario*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 133,

<sup>32</sup> Gabriel B. VENTURA, *Tracto abreviado...*, ob. cit., pág. 69.

<sup>33</sup> José M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, 1994, t. I, pág. 409; dice: “*El principio de voluntariedad de la inscripción favorece el fenómeno de la interrupción del tracto sucesivo al dejar de inscribirse los actos sucesivos o posteriores a las primeras inscripciones...*”. Gabriel B. VENTURA, *tracto abreviado registral*, ob. cit., págs. 68 y 69.

<sup>34</sup> No es exacto que el término “tercero registral” haya sido acuñado por Adrogué, como pareciera surgir de la obra de Cornejo (*Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 37). La doctrina española, refiriéndose a idéntico supuesto, trata el tema del “tercero hipotecario”, por supuesto que con distintos efectos que en nuestro sistema. Por otra parte, el propio Manuel ADROGUÉ, en su obra *El tercero registral*, en *Temas de derechos reales*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, pág. 290, explica que el tema ha sido estudiado por numerosos autores extranjeros, entre ellos cita a Fernando CAMPUZANO Y HORMA, *Principios generales de derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*, Madrid, Reus, 1925, pág. 479 y Angel Cristóbal MONTES en *El tercero registral en el derecho venezolano*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas 1967.

<sup>35</sup> Cada vez que en el ámbito de los derechos reales, aludimos a “terceros” aparece una complicación que no siempre es fácil de dilucidar. En efecto, estamos acostumbrados, en general, a un concepto de tercero jugando en el ámbito obligacional, en el que el principio de alteridad generado por el vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor, no deja dudas de que se trata de una tercera persona que aparece en el escenario jurídico. Como ejemplo vale recordar el precepto del art. 1199 C.C. en el que se aclara que los contratos no pueden oponerse a *terceros*, ni invocarse por ellos. Pues bien, en los derechos reales, justamente por no aparecer, al menos no de manera muy ostensible, el *alterum*, es decir el sujeto obligado, se generan situaciones confusas a la hora de imaginar algún tercero. Así, si alguien posee un inmueble a título de propietario y otro sujeto se relaciona por alguna circunstancia con ese vínculo jurídico, en la relación jurídico real no es “tercero” técnicamente hablando, sino segundo, ya que sólo contábamos con un sujeto protagonizando la relación jurídica.

<sup>36</sup> Américo A. CORNEJO, *Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Astrea, 1994, pág. 37.

<sup>37</sup> Jorge H. ALTERINI, “Gravitación de la reforma al art. 2505 C.C.”, E.D. 43-1181.

<sup>38</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Dominio de automotores y publicidad registral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1981, pág. 205. “*Nos podemos preguntar si no sería extensiva esta oponibilidad, pese a la falta de registración, contra todos los terceros que tienen conocimiento efectivo del acto, aunque no hayan intervenido en él, basándonos en el principio de la buena fe, que debe inspirar a todo ordenamiento jurídico*”. También Américo A. CORNEJO, ob. cit., pág. 39. Gabriel B. VENTURA, “La comunicación de subasta y el tercero registral”, Lexis Nexis, N° 7, Córdoba, octubre de 2006, págs. 667 y 668.

<sup>39</sup> Manuel I. ADROGUÉ, ob. cit., págs. 300 a 302.

<sup>40</sup> Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, t. 1, pág. 162. Expresamente manifiesta su oposición a esta interpretación: “*El art. 2505 para nada establece ese requisito, y creemos preferible la doctrina a tenor de la cual lo no inscripto es inoponible al tercero, trátase o no de un tercero registral*”.

<sup>41</sup> José L. PÉREZ LASALA, *Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Depalma, 1965, pág. 25. Dice: “*El tercero para nuestra ley tiene que ser necesariamente aquel que se relacione con el acto o contrato inscrito, no sólo por haber adquirido derechos reales, sino por ostentar derechos de crédito con repercusión registral (...)*”. Debe tenerse presente que esta opinión la manifiesta el autor, antes de la sanción de la ley 17.801.

<sup>42</sup> Raúl R. GARCÍA CONI, “¿Qué inscriben los registros inmobiliarios?”, en *Estudios de Derecho Civil (Homenaje a Moisset de Espanés)*, Buenos Aires, Universidad, 1980, pág. 690.

<sup>43</sup> Gabriel B. VENTURA, *Tracto abreviado registral*, ob. cit., pág. 81.

<sup>44</sup> Néstor J. MUSTO, ob. cit., t. II, pág. 162.

<sup>45</sup> Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Derechos reales*, t. I, pág. 263.

<sup>46</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Notas sobre el justo título y la prescripción adquisitiva decenal”, en *Estudios*, Córdoba, Ed. Comercio y Justicia, 1978, pág. 78; expresa: “[...] *en nuestro sistema de inscripción declarativa la registración es una formalidad que se agrega al título[...]*”.

<sup>47</sup> Manuel AMORÓS GUARDIOLA, *Sobre el derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*, Madrid, Ed. Ilustre Colegio Nac. de Registradores de la Propiedad de España y del Centro de Estudios Hipotecarios, 1967, pág. 52 y ss. El autor hace una valiosa síntesis de las doctrinas españolas en cuanto a cuál es el elemento registrado, el título o el derecho.

<sup>48</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Dominio de automotores y publicidad registral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1981, pág. 43.

<sup>49</sup> Fernando J. LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Zavalía, 1983, pág. 352, expresa: “*Los registralistas hablan del documento portante de derecho real cuando lo que porta es generalmente una obligación. [...] Nosotros sabemos bien que el derecho real no se transmite ni se constituye por palabras, y hace falta la tradición... Lo de ‘portante’ sólo será cierto en algún caso, como el de constitución de hipoteca...*”.

El tema referido a qué es lo que se registra, si el título o el derecho real, ha sido largamente discutido en la doctrina y puede verse una nutrida síntesis en José María CHICO Y ORTIZ, *Estudios de derecho hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, 1994, t. I, pág. 414 a 418. También en nuestro país: Raúl GARCÍA CONI, “¿Qué inscriben los registros inmobiliarios?”, en *Estudios de derecho civil*, Buenos Aires, Universidad, 1980, pág. 685. Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Estudios de derecho civil, Cartas y polémicas*, Buenos Aires, Zavalía, 1982, pág. 28.

<sup>50</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *Estudios de derecho civil, Cartas y polémicas*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1982, pág. 29.

<sup>51</sup> Gabriel B. VENTURA, *Dinámica de la constitución de los derechos reales y su repercusión registral*, ob. cit., págs. 191 a 194.

<sup>52</sup> Jerónimo GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *Principios hipotecarios*, Madrid, Editorial de Asociación de Registradores de la Propiedad, 1931, pág. 188.

<sup>53</sup> Gabriel B. VENTURA, “La comunicación de subasta y el tercero registral”, en Lexis Nexis, Córdoba, 2006-663.

# **DERECHO DE FAMILIA**

# LAS PRUEBAS DE LA FILIACIÓN Y LAS CONCLUSIONES DE LA BIOLOGÍA (A propósito de las Recomendaciones del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961)

por EDUARDO A. ZANNONI

**SUMARIO:** 1. Evocación inicial. 2. A propósito de las técnicas de fertilización asistida. 3. Los aportes de la biología molecular en la investigación de la filiación. 4. Las pruebas biológicas de la filiación y el derecho a la identidad. 5. Valor de la posesión de estado. 6. Posibilidad de disponer compulsivamente la realización de las pruebas biológicas. 7. Medidas judiciales tendientes a establecer el nexo biológico a pedido de quien está dispuesto a reconocer un hijo. 8. Los plazos de caducidad de las acciones de estado frente a las certezas que brindan los marcadores del ADN. 9. La carga de someterse a las pruebas biológicas por parte del padre extramatrimonial alegado no obstante no haber recaído sentencia en el juicio de impugnación de la paternidad matrimonial en trámite. 10. Conclusiones.

## 1. Evocación inicial

En dos años más, es decir muy pronto -mañana, casi- se han de cumplir cincuenta años (medio siglo) de la celebración del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, que sesionó a iniciativa de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en octubre de 1961.

Dicho evento científico fue de la máxima importancia porque reunió a nuestros más prestigiosos profesores de Derecho Civil, Derecho Romano y Derecho Internacional Privado <sup>1</sup>. Además, fue trascendente porque abordó una serie de temas de singular relevancia que fueron recogidos, muy pocos años después, por las reformas al Código Civil a través de la ley 17.711 <sup>2</sup>.

Las Recomendaciones aprobadas sobre los temas atinentes a la prueba de la filiación y las conclusiones de la biología no tuvieron recepción en las reformas al Código Civil de 1968 quizá porque -a pesar de su concisión enunciativa- implicaban serios compromisos con aspectos éticos y fuertes resistencias ideológicas hacia este tipo de cuestiones. Dichas recomendaciones fueron las siguientes:

I. Admitir como medio de prueba en los juicios en que se discuta la filiación, el análisis de los grupos sanguíneos, con la determinación de los efectos que acarreará la negativa de quienes debieran someterse a dicho análisis.

II. Establecer -como agregado al artículo 254 del Código Civil- que si la sentencia de divorcio hubiere declarado el adulterio de la mujer, el marido podrá impugnar la paternidad de los hijos de aquella, hasta dos meses después de la sentencia definitiva, siempre que el adulterio se hubiere producido durante el período de la concepción y salvo que el padre hubiere reconocido al hijo luego de conocido el adulterio de la mujer.

III. No establecer ningún régimen especial que fije las consecuencias legales de la inseminación artificial.

Ha recordado Moisset de Espanés <sup>3</sup> que en el dictamen preliminar que suscribiera con el doctor Pedro León Feit se propiciaba establecer la obligatoriedad del análisis de los grupos sanguíneos en los juicios que se discute la filiación, así como los efectos que acarreará la negativa a someterse a dicho análisis, proposición a la que adhirió Díaz de Guijarro en sus «Observaciones». A tal obligatoriedad se hizo referencia también en el despacho de la comisión definitiva. El delegado por el Superior Tribunal de La Rioja, doctor Arturo Roqué, se opuso a esta exigencia, por lo que, para evitar discusiones, la comisión sustituyó la mentada *obligatoriedad* propiciada por una simple recomendación de que *se admitiesen* las pruebas biológicas, como reza la recién transcripta. Según el autor citado, el texto adoptado, que implícitamente otorgó al juez la facultad de ordenar de oficio las pruebas biológicas, implicó consagrar, para tales hipótesis, la resistida obligatoriedad.

Asimismo Moisset de Espanés ha destacado que el segundo apartado de las Recomendaciones ha inspirado el texto que la ley 23.264 ha establecido para el nuevo art. 258

del C.C., al permitir que el marido impugne la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, dentro de los trescientos días de su disolución o nulidad, aunque la solución adoptada es mucho más amplia que la propuesta en aquella oportunidad.

Las escuetas recomendaciones antes transcriptas, y los debates que, entonces, suscitaron los despachos sometidos al análisis<sup>4</sup> pueden parecerse arcaicos hoy, después de haberse producido los fenomenales avances en el conocimiento de la biogenética -baste mencionar la decodificación del mapa genético que propone el proyecto genoma humano<sup>5</sup>, la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos a través de la ley 23.511, y las denominadas pruebas biológicas de la filiación a partir de la herencia genética mediante el diagnóstico inmunogenético a través de la determinación de los antígenos humanos leucocitarios (H.L.A.), y las secuencias de los polimorfismos del A.D.N.- que fueron recibidas explícitamente por la ley 23.264. No en vano han pasado estos casi cincuenta años<sup>6</sup>.

Pero los debates habidos en aquel Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil constituyeron herramientas precursoras de otros debates, mucho más recientes, ardorosos y por momentos cargados de porfía casi militante, a la hora de proyectar el nuevo régimen de filiación que abandonó las discriminaciones basadas en la existencia o no de matrimonio entre los padres para calificar su "legitimidad o "ilegitimidad", consagró un régimen abierto de impugnación de la paternidad matrimonial, otorgó al concubinato -o unión no matrimonial- y a la posesión de estado, valor de presunción de la paternidad cuando ésta es disputada fuera del matrimonio, etc..

No creo conducente reflejar en este pequeño homenaje al Congreso que estoy evocando aquí, y al que con tanta amabilidad se me ha invitado a participar, ni los debates de otrora, posiblemente superados en su mayoría, ni las soluciones que aparecen ya indiscutiblemente instaladas *de lege lata* en nuestro derecho. Me ceñiré sólo a algunos aspectos conflictivos que se vinculan precisamente con las pruebas de la filiación y los avances de la biología molecular y que, en mi entender, debieran suscitar una discusión académica y de políticas legislativas.

Además, y como pórtico, es menester tener en cuenta, como lo he expresado en otro lugar<sup>7</sup>, que todo análisis exige tener en cuenta lo que se ha dado en llamar la constitucionalización del derecho privado<sup>8</sup>, a través de la internacionalización de los derechos humanos en el ámbito del derecho de familia<sup>9</sup>, y el aporte de sus contenidos. Desde la jerarquía que han adquirido, provocan la constante confrontación de esos contenidos con los de la legislación infraconstitucional, es decir, los códigos y las leyes civiles, muchos de ellos dictados con anterioridad a la vigencia de los tratados. De manera que el desafío actual está signado por la exigencia ineludible de interpretar los contenidos normativos de modo de lograr su *adecuación* a la realización efectiva de los derechos humanos consagrados en los tratados, o la eventual *sustitución* de los que se reputen incompatibles, anacrónicos, con la realización de sus fines.

Pero de allí no debe seguirse la utilización *abusiva* de los denominados *tests* de constitucionalidad frente a soluciones de derecho positivo que, aunque sean discutibles para algunos, no por ello implican una vulneración de la Carta Magna. Doy como ejemplo paradigmático -aunque no atañe al tema que hoy me convoca- el de la discriminación que implicaría negar el matrimonio a los homosexuales<sup>10</sup>. En estos tiempos aciagos de contradicciones y paradojas que vivimos se suele acudir a los tratados como *ultima ratio* argumentativa, olvidando que en el Estado de derecho, y en el régimen republicano, el legislador es quien dicta las normas del derecho positivo, que desde luego deben ser compatibles con la constitución. ¿A quién se le ocurre dudar que para nuestro constituyente el derecho a contraer matrimonio lo ejercen, entre sí, hombre y mujer? La confusión, y el palabrerío me hacen recordar reflexiones recientes de Oscar Puiggrós<sup>11</sup> quien señala que "... las ataduras ideológicas que llegan hasta la hipocresía con uno mismo [...] lleva a confundir y muchas veces a corromper el significado de las palabras y de lo que ellas tratan de expresar; es así como una Babel idiomática se convierte en una Babel en las ideas y, por lo tanto, un obstáculo para la comunicación y el diálogo [...] Libertad, justicia, derecho, amor, democracia y tantas otras están atadas a circunstancias generales o personales que cambian sustancialmente su contenido; se las usa con tal imprudente frecuencia y frivolidad que ya poco dicen y hay que volver a definir las cada vez que se las emplea".

## 2. A propósito de las técnicas de fertilización asistida

Cuando en 1985 se discutió y sancionó la ley 23.264, ya eran conocidas en el mundo entero no sólo las clásicas técnicas de inseminación artificial -homóloga y heteróloga- sino que en 1978 se había producido el primer alumbramiento debido a fecundación asistida extracorporal o “fertilización *in vitro*”. Estos avances en materia de técnicas de reproducción humana artificial replantearon y actualizaron las arduas discusiones en torno a su licitud y su calificación ética.

En ocasión del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, el dictamen preliminar de la comisión se hacía cargo de ellas <sup>12</sup>, aunque es claro, con una visión que había quedado a la sazón -década de los '80- ya superada.

Como digo, hacia la época en que se discutió la reforma al régimen de la filiación, las circunstancias eran propicias para introducir algunas reglas sustantivas vinculadas con los efectos de la fecundación asistida -fuese la inseminación artificial o la fecundación extracorporal-. Por de pronto, se otorgaba pleno valor probatorio a las pruebas biológicas, las que inclusive podían ser ordenadas de oficio por el juez (como quedó plasmado, finalmente en el sancionado art. 253 del C.C.). Recuerdo que en el anteproyecto que redacté para los senadores Menem y Sánchez, que dieron estado parlamentario a la cuestión en el Congreso de la Nación, se incluían dos previsiones específicas al respecto. La primera: en caso de que el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga, el marido podría impugnar la paternidad si no hubiese dado expreso consentimiento a tal procedimiento; en otras palabras, no sería impugnabile la *paternidad matrimonial* alegándose que la esposa había sido fertilizada con semen de un tercero (trátese de inseminación o de fertilización extracorporal, en ambos casos *heterólogas*) cuando el marido hubiese dado consentimiento expreso a tal fertilización. La segunda previsión: no sería impugnabile la *maternidad* de una mujer casada si la fertilización extracorporal con óvulos de una mujer donante o dadora se hubiese llevado a cabo con consentimiento de ambos cónyuges <sup>13</sup>.

Se trataba, es claro, de dos previsiones elementales que no agotaban en modo alguno los problemas que suscita la fertilización asistida en el marco de la filiación pero que, al menos, brindaban pautas frente a la utilización de las técnicas confrontadas a los principios biológicos que recibía la reforma.

Sin embargo, ninguna de estas previsiones pudo ser incluida en el tratamiento legislativo. Se argumentó que implicaban reconocer la licitud del empleo de estos procedimientos, y que ello suscitaría reacciones de orden ideológico que podían hacer peligrar la reforma toda. Por eso, se omitieron. No se advirtió, quizá, que si bien por aplicación de la doctrina de los actos propios no sería dable *al marido* plantear la impugnación de su paternidad o de la maternidad, según el caso, cuando él ha dado expreso consentimiento a la fertilización con gametos de dador o dadora (según se tratase de semen u óvulos), las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial y la de maternidad también pueden ser planteadas, en ambos casos *por el hijo* y en la segunda, además, *por todo aquel que invoque un interés legítimo* (arts. 259 y 262 C.C.), de manera que el empleo de tales técnicas constituiría una fuente de inseguridad jurídica a la hora de confrontar los vínculos biológicos en que descansa la filiación natural con los vínculos jurídicos <sup>14</sup>.

Pero hay otra serie de cuestiones eventualmente conflictivas que suscita el empleo de las técnicas de fertilización asistida, que exigirían romper cuanto antes el silencio legislativo. Señalo sólo algunas:

a) El denominado *status* jurídico del embrión antes de su transferencia al seno materno. Hay consenso de que en dicho embrión existe vida y que esa vida es humana. Sería absurdo sostener lo contrario. Pero, ¿se halla en él ya una *persona*? Con qué alcances y en qué límites debe protegerse la vida humana, que aún no es la del feto -pues no se trata de quien ya se halla concebido en el seno materno-, sin caer en simplificaciones que hagan del embrión una cosa o mero objeto de derechos <sup>15</sup>.



La cuestión del congelamiento de embriones no utilizados por la pareja que ha recurrido a la fertilización asistida a fin de ser utilizados, eventualmente, en una ulterior ocasión, precisamente es la que genera la polémica. La falta de toda regulación legal entre nosotros dio lugar a que, en una insólita medida cautelar, la justicia civil de la Capital Federal, a pedido de un letrado que dijo asumir un interés difuso, obtuviese -previo solicitar un censo de los embriones congelados- su designación como tutor de los embriones congelados existentes en los distintos centros de fertilización quienes -se dijo- serían representados promiscuamente por el Defensor de Menores, y deberían ser oídos antes de autorizarse su descongelación.

b) La admisión -o no- de la concepción *post mortem* del hijo con semen del padre fallecido o mediante la transferencia del embrión criopreservado *in vitro* <sup>16</sup>. En otro lugar <sup>17</sup> sugerimos unas bases mínimas para una legislación sobre la materia previendo esta cuestión, e incluyendo, además, la sanción de nulidad de toda cláusula testamentaria que importase disponer de los gametos del testador.

Pero a partir de este supuesto -el clásico, diríamos- se hacen presentes otros que son de sumo interés y propicios para la polémica. Así, v.gr., la paternidad del marido cuyo semen es utilizado sin o contra su voluntad para fecundar a la esposa a pedido de ésta; la fecundación heteróloga practicada por error en lugar de la homóloga prevista; la fecundación de la esposa que mantuvo relación sexual con un tercero, en lugar de la procreación heteróloga consentida por el marido, etcétera, etc..

c) El carácter no sólo anónimo sino además incondicional e irrevocable de la dación del material genético, lo cual implica la abdicación por parte del dador de toda pretensión futura vinculada a la filiación de quien fuese concebido mediante su utilización <sup>18</sup>. Pero, en torno al derecho a la identidad consagrado por la Convención Interamericana de los Derechos del Niño (art. 7º.1), de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22), se discute con qué alcances debería consagrarse legislativamente el mentado anonimato. Hay diversas soluciones posibles, según lo muestra el derecho comparado: o limitarse a la información acerca de los datos *genéticos* del dador de los gametos, o ampliarse a la información de los datos de su *identidad personal*.

Se ha señalado que el derecho a la identidad del niño (arts. 7º y 8º de la Convención citada) se vería seriamente comprometido en los casos de fecundación asistida porque la individualización del padre o la madre biológicos, en los supuestos de fecundación con empleo de gametos de dador (esperma u óvulos) se torna virtualmente imposible frente al anonimato que este tipo de prácticas exige <sup>19</sup>. La objeción pasa por alto que se requiere distinguir entre el vínculo jurídico que se establece entre quienes conciben un hijo mediante fecundación asistida y el derecho del menor, a partir de cierta edad (que revele una razonable discreción de juicio propio) a tener acceso a la información acerca de sus orígenes. La cuestión es por ahora eminentemente teórica entre nosotros porque se carece de una legislación sobre el empleo de estas técnicas -a diferencia de lo que sucede en numerosos países- y tampoco se han suscitado controversias judiciales derivadas del empleo de la fertilización asistida.

d) La admisión -o no- de la fertilización por parte de mujeres solteras, o, en términos generales, no actualmente casadas<sup>20</sup>. Reconozco que la cuestión es asaz conflictiva, sobre todo a la vista de la vigencia, con jerarquía también constitucional, de la Convención sobre la Eliminación de toda Discriminación en perjuicio de la Mujer, y que las respuestas a la problemática han sufrido una profunda evolución en los últimos veinte años tendiéndose a su admisión no sólo en favor de viudas y solteras, sino también de mujeres que mantienen una convivencia de pareja homosexual.

e) La admisión -o no- de las llamadas “maternidades subrogadas” o sustitutas, en las que el parto no determinaría inexorablemente el vínculo materno filial, lo cual exige deslindar dos situaciones diferentes: la inseminación en una madre subrogada y la transferencia del embrión a una mujer subrogada, que plantean cuestiones distintas <sup>21</sup> que atañen a la dicotomía entre *madre biológica* y *madre portadora* <sup>22</sup>. Téngase en cuenta que según el art. 240 del C.C., la maternidad se determina por el parto. De modo que, más allá de la licitud de los contratos que pudieren hacerse en relación con las maternidades por encargo -aparentemente fulminados por el art. 953 del Código-, la cuestión exigiría, en estos casos, responder a la pregunta: ¿se privilegia el *óvulo* o el *útero*? Amén de ello, la dicotomía a que nos referimos interferiría grandemente en la

presunción de paternidad del marido del hijo dado a luz por su esposa con destino a otra mujer (cuestión que exige, otra vez, el análisis de la validez o nulidad de los convenios de maternidad subrogada, según la posición que se adopte).

f) La admisión -o no- de la *clonación con fines terapéuticos* que consiste en producir las denominadas células madre del paciente mediante la introducción en el núcleo de un óvulo sin fecundar, una célula cualquiera de aquél. De tal modo, dicho óvulo no ha sido fecundado por un espermatozoide pero a pesar de ello ya tiene completados todos los pares de cromosomas. De alguna forma se consigue que el óvulo comienza a dividirse formando células madre que poseen el mismo ADN que el paciente (en los cromosomas) y por lo tanto no causarán rechazo cuando se le inyecten. Una aclaración posiblemente innecesaria: en principio esto no tiene relación con la ingeniería genética, los genes no se modifican; sólo se cambia todo el núcleo de la célula <sup>23</sup>.

### **3. Los aportes de la biología molecular en la investigación de la filiación**

Hasta este punto, nos hemos ocupado de hacer una rápida reseña a propósito de las técnicas de fertilización asistida. Pero no menos interesantes son los modernos problemas que plantea la admisión de las pruebas biológicas para la determinación de la filiación. Desde luego, en este breve trabajo y en relación con el tema que otrora se discutiera en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, no abordaremos las cuestiones que -suponemos- son ampliamente conocidas y que se refieren a la admisibilidad de dichas pruebas y a la posibilidad de ser dispuestas incluso de oficio por los jueces (art. 253 C.C.).

Es útil, en cambio, detenernos a analizar situaciones específicas confrontadas con los principios tradicionales en nuestra materia, y que han suscitado soluciones encontradas o novedosas en diversos precedentes jurisprudenciales

### **4. Las pruebas biológicas de la filiación y el derecho a la identidad**

Debe alertarse, de todas formas, contra los *biologismos exacerbados* que, fuera de contexto, interpretan que siempre y en todos los casos la identidad filiatoria debe corresponderse con el vínculo biológico por sumisión axiomática a disposiciones como los arts. 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la C.N.).

La operatividad de estas disposiciones tuitivas -que garantizan el derecho del niño, en la medida de lo posible, a vivir con sus padres y a ser cuidados por ellos, a preservar su identidad y las relaciones familiares sin injerencias ilícitas- constituyen el compromiso político de los estados tendiente a asegurar a los niños el derecho a preservar y, en su caso, restablecer su identidad en los casos en que hubiesen sido privados ilegítimamente de ella o sustraídos de su familia biológica, y, además, el compromiso de poner en práctica políticas sociales que permitan a las familias con carencias de cualquier tipo mantener consigo a sus hijos y evitar su abandono.

Nuestro país ha tenido en este sentido la dolorosa experiencia de millares de niños cuyos padres fueron desaparecidos o muertos durante los años de la represión. Obviamente la justicia ha intervenido en la investigación de delitos de que fueron víctimas menores cuya identidad, en algunos casos, fue sustituida mediante falsas inscripciones de nacimiento como hijos de terceros, y en otros casos fueron dados en adopción como si se tratase de menores sin filiación acreditada, a sus propios captores o a matrimonios aspirantes a la adopción, con o sin la complicidad de aquéllos.

Precisamente en este contexto se sancionó la ley 23.511 que creó a nivel nacional el Banco Nacional de Datos Genéticos que depende del Hospital Durand, con la finalidad de “obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos

relativos a la filiación” (art. 1º). Si bien el Banco satisface requerimientos judiciales en todo proceso en que se disputa una filiación no reconocida o se controvierte una filiación anteriormente establecida, el fin primordial con que fue creado es hacer posible que los familiares de niños desaparecidos o presumiblemente nacidos en cautiverio registren y conserven sus propios datos genéticos -mediante los estudios de ADN u otros (art. 6º)- con derecho, en su caso, a solicitar y obtener sus servicios en casos concretos en que se investiga la filiación de niños desaparecidos o presuntamente dados a luz en cautiverio, y hacer posible su determinación (art. 5º).

Nadie puede poner en discusión, entonces, que debe respetarse el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones familiares como lo señala el art. 8.1 de la Convención. Pero la misma norma añade que la preservación de la identidad y de las relaciones debe serlo *de conformidad con la ley*. Es decir, la directiva básica es proteger a los niños de toda injerencia que pudiese tener como finalidad sustraerlos ilegítimamente de la familia o de cualquier otro modo sustraerlos de su identidad filiatoria. Pero las disposiciones de la Convención no obstan a que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una “verdad biológica” considerada apriorísticamente. O que, en algunos casos, favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que suple carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica.

A propósito de la cuestión viene a cuento la debatida posibilidad de conferir la acción de impugnación de la paternidad matrimonial también a la madre. La Corte suprema resolvió por mayoría, en su hora, que la mujer no se halla entre los sujetos legitimados por la ley y esto provocó diversos comentarios, tanto en favor como en contra de la doctrina expuesta por la mayoría del alto tribunal. Se ha sostenido, avalando el criterio de la minoría, que es menester privilegiar el derecho del niño a acceder a su identidad en referencia a la realidad biológica desde sus primeros años de vida y el derecho de la mujer a ser reconocida en igualdad de condiciones con el hombre.

En este sentido han existido algunos pronunciamientos que acuden a razonamientos análogos a los empleados para sostener la legitimación de la madre <sup>24</sup>. Se sostiene el derecho a la filiación y a la identidad personal demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido *legalmente* como hijo de quien es *biológicamente* su padre; por eso, se dice, las normas que obstruyen el emplazamiento que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales <sup>25</sup>. En algunos casos se ha propuesto una solución ecléctica, propiciando la posibilidad de accionar al padre biológico si el niño goza de posesión de estado <sup>26</sup>.

Creemos que no es correcto vincular los argumentos indiscutibles que sustentan el derecho del niño a acceder a su identidad con la legitimación para accionar de la madre. Es ella quien, al concebir el hijo con quien no es su marido, lo ha colocado en la situación equívoca que provoca, por hipótesis, incertidumbre de su identidad. No obstante que, aun así, las razones de política jurídica que han inspirado su omisión entre los legitimados activos puedan ser en el futuro revisadas, eso no significa que *de lege lata* la limitación afecte los derechos constitucionales *del niño*, ni que importe una discriminación basada en el *sexo* del progenitor pues, reiteramos, la ley permite al hijo accionar en todo tiempo para establecer o desplazar la filiación que se le atribuye.

## 5. Valor de la posesión de estado

El hecho de que quien fuese reconocido ostentase posesión de estado de hijo no enerva, desde luego, la acción de impugnación del reconocimiento que formula el tercero con interés legítimo (art. 263 C.C.).

Es verdad que el art. 256 del C.C. otorga a la posesión de estado debidamente probada en juicio el mismo valor que el reconocimiento expreso, pero su operatividad se muestra frente a

una paternidad *negada o controvertida* por quien, en los hechos, ha dado al actor el trato público de hijo. Es él quien, por hipótesis, reclama la filiación no reconocida por el demandado.

En la hipótesis que consideramos aquí, la posesión de estado, aunque se probara, no tiene valor de un reconocimiento emplazatorio en el estado de familia <sup>27</sup>. Aun en la acción de reclamación de la filiación, la posesión de estado, como hecho, puede ser enervada por la prueba en contrario acerca del nexo biológico (art. 256, *in fine*); con más razón, entonces, puede ser desvirtuada en la acción de impugnación del reconocimiento.

Obviamente el progreso de la acción exigirá la rectificación filiatoria del demandado, de cuya partida de nacimiento deberá suprimirse los datos del progenitor cuyo reconocimiento se deja sin efecto. Pero, en ciertos casos, se ha considerado que si quien fue indebidamente reconocido era conocido públicamente con el apellido paterno, procede mantenerlo -aunque sin consignar dicha filiación que ha quedado destituida- salvo que el interesado expresase su voluntad en contrario <sup>28</sup>.

## 6. Posibilidad de disponer compulsivamente la realización de las pruebas biológicas

A diferencia de lo que ha sucedido en materia civil, la jurisprudencia penal, en ocasión de enfrentarse a casos en los que se investigan delitos de sustracción de menores y sustitución de su estado civil, presuntos hijos de padres que fueron muertos o desaparecidos por acción de la represión, ha discurrido con base en razonamientos no idénticos.

La Sala 2ª de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal resolvió que, ante la querrela de quienes invocan presuntos vínculos familiares con la víctima- como los abuelos-coadyuvando, en ese carácter, a la acción penal, tienen derecho a obtener aun compulsivamente la realización del examen de ADN sin que sea procedente hacer prevalecer el derecho a la intimidad de la apelante (que rechaza toda clase de intromisión tendiente a poner de manifiesto su realidad biológica) sobre el de la querellante (que pide la realización de esa prueba, que de no producirse, la despoja de su posibilidad de conocer si la víctima es o no es su pariente biológico) <sup>29</sup>.

En el precedente que estamos analizando, se pone de relieve que la norma del art. 4º de la ley 23.511 encierra una presunción en contra del renuente a colaborar con la realización de los estudios de ADN que no es operativa en el proceso criminal, “donde no es posible arribar a un pronunciamiento merced a presunciones de tal naturaleza” porque de lo que se trata es esclarecer hechos delictivos, en donde “el emplazamiento del estado civil resulta una consecuencia del ilícito que se encuentra investigado”. Si, por lo demás, “no puede afirmarse que el estudio ordenado ocasione algún daño real, ya sea físico, psicológico o emocional, la sola invocación de un hipotético daño psicológico o emocional -que no ha sido acreditado- no puede justificar un impedimento para llevar a cabo una prueba que se advierte como estrictamente necesaria” para esclarecer si se ha cometido el delito de sustracción y retención de un menor y determinar quiénes son sus autores o cómplices.

El fallo reabre un debate ya planteado en el conflictivo y publicitado pronunciamiento de la Corte Suprema dictado en la causa de “Evelyn Vázquez Ferrá” <sup>30</sup>, en el cual al alto tribunal reputó que tratándose de una prueba a realizarse no en la persona del *imputado* del delito <sup>31</sup> sino de la presunta *víctima* de él, se hizo prevalecer el deseo de ésta de no ver invadida su privacidad <sup>32</sup>. Pero, como lo advierte el tribunal en el caso que estamos analizando, en ese caso los imputados admitieron que no eran los padres biológicos de Evelyn quien les fue entregada en circunstancias que les hacían presumir que sus padres eran desaparecidos, de manera que se había logrado avanzar sobre los hechos investigados y la responsabilidad de sus autores, con independencia de la prueba biológica <sup>33</sup>. No ocurría así en éste: “teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad entre los bienes o derechos que pueden afectarse -dice el Tribunal- a la alegada conculcación del derecho a la intimidad en la persona de la víctima, se le opone idéntico derecho que ampara a la querellante, posible abuela biológica, que se vería imposibilitada de reconstruir los lazos familiares que fueron quebrados por el terrorismo de Estado”.

Se está, como vemos, ante una polémica que sigue abierta, y que bien podría hacer variar la jurisprudencia civil que no ha admitido la producción de la prueba biológica mediante compulsión del demandado.

## **7. Medidas judiciales tendientes a establecer el nexo biológico a pedido de quien está dispuesto a reconocer un hijo**

Es posible, y de hecho ha ocurrido, que quien afirma estar dispuesto a reconocer el hijo tenga, no obstante, dudas sobre si es o no el padre. Frente a esa duda, y ante la negativa de la madre a realizar extrajudicialmente con su hijo un examen de ADN que permita establecer o descartar el vínculo, han existido requerimientos judiciales para que se intime u obligue a la madre a colaborar en la producción de tal prueba.

Se trata de una cuestión no resuelta legalmente, aunque es evidente la razón que asiste a quien pide cerciorarse si es o no el padre, antes de otorgar el reconocimiento. No existe una acción típica en tal sentido, y por eso han existido respuestas diversas frente a este requerimiento. En un caso <sup>34</sup>, se revocó el rechazo *in limine* de la pretensión dispuesto en primera instancia y se admitió una acción declarativa de certeza (art. 322 del Cód. Proc. Civil y Comercial de la Nación) deducida por el interesado. Se le reconoció el derecho a conocer la verdad biológica y lograr el cese de la incertidumbre que podría conducir a una controversia judicial acerca de la filiación paterna no reconocida. Pero en este precedente la sentencia se limitó a reconocer el derecho de quien peticionaba, sin otorgar a la decisión carácter ejecutorio, o sea *compulsivo*.

En cambio en otro caso <sup>35</sup> se acudió al otorgamiento de una medida cautelar autosatisfactiva, esta vez sí de carácter compulsivo, porque se decretó bajo el apercibimiento de que, de no colaborar la madre para que se realizaran al menor, conjuntamente con el peticionante, las pruebas biológicas para establecer la filiación, aquél sería conducido al centro asistencial designado para realizar dichas pruebas con el auxilio de la fuerza pública (personal femenino no uniformado). A su vez, la resolución intimó al peticionante de la medida a que, en caso de que las pruebas diesen resultado positivo, practicase el reconocimiento dentro de los diez días de conocido el resultado <sup>36</sup>.

El caso es de sumo interés por varias razones. De un lado no queda a mitad de camino limitándose a declarar la existencia de un interés legítimo sin otorgar al justiciable una medida conducente a lograr su satisfacción. Por eso mismo, coloca sobre el tapete nuevamente, aunque desde otra perspectiva, la posibilidad de disponer en forma compulsiva la realización de los estudios de ADN frente a la negativa del requerido, o de su representante legal (como en el caso lo era la madre).

En cuanto a este último aspecto, es obvio que hacer jugar el *indicio* de que habla el art. 4º de la ley 23.511, carece de sentido porque no se trata de atribuir una filiación en una acción de reclamación dirigida al renuente sino, y es muy distinto, establecer efectivamente la existencia de un nexo biológico incierto. De nada valdría sostener que la negativa de la madre a colaborar a la realización de las pruebas hace *presumir* que quien pretende reconocerlo es el padre. En el caso la cuestión no se suscita por una afirmación de paternidad controvertida, sino por la negativa a colaborar para establecer el verdadero estado de cosas -es decir el derecho a *conocer la verdad material*, pues de nada sirve la verdad formal que resulta de una presunción con base en indicios que surgen de una negativa- que constituye el interés legítimo del requirente. Esto es lo que, por otra parte, ha marcado como una tendencia al menos, el rumbo de la última jurisprudencia penal en este tema <sup>37</sup>.

Es decir que si no se decretase la cautela con carácter ejecutivo la mera declaración judicial de certeza devendría en un pronunciamiento inoperante si persiste la negativa a colaborar en la realización de la prueba. Creemos que en la hipótesis planteada está en juego, además, el derecho a la identidad del hijo que tiene -sabemos- jerarquía constitucional. La resistencia materna, ante el reclamo de quien podría ser el padre, deviene ilegítima y contradice el interés

del propio hijo. Cabría, pues, designar un tutor *ad litem* (conf. art. 397 C.C.), a fin de que asuma la representación de ese interés a fin de su adecuada salvaguarda

## **8. Los plazos de caducidad de las acciones de estado frente a las certezas que brindan los marcadores del ADN**

Es sabido que uno de los caracteres de las acciones de estado derivadas de la filiación, fueren de emplazamiento o desplazamiento, es su imprescriptibilidad (art. 251 C.C.). Pero el ejercicio de algunas de ellas está sometido a plazos de caducidad. Así, la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, cuando es ejercida por el marido, “caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo” (art. 259). Algo análogo ocurre si se trata de la acción de impugnación del reconocimiento del hijo extramatrimonial cuando la acción es ejercida, no por el hijo -para quien no caduca-, sino por los demás interesados que deben ejercerla “dentro de los dos años de haber conocido el acto del reconocimiento” (art. 263).

En los últimos tiempos se ha cuestionado la constitucionalidad del plazo de caducidad, especialmente el establecido en el art. 259, párrafo segundo. Se afirma que si sobreviene la necesidad de conocer la verdad biológica con posterioridad a su vencimiento, el principio de igualdad ante la ley no tolera un trato discriminatorio al marido, a quien se veda la posibilidad de deducir la acción mientras al hijo se la concede en todo tiempo, amén de ser incoherente con el sistema legal que privilegia la verdad biológica y ha eliminado las presunciones *iure et de iure* <sup>38</sup>.

Sin perjuicio de que pudiera replantearse legislativamente la subsistencia de los plazos de caducidad aun en estos casos y de propiciar la supresión *de lege ferenda* del plazo de caducidad -advértase que la acción de desconocimiento de la maternidad puede ser ejercida en todo tiempo “por el marido o sus herederos, por el hijo y *por todo tercero que invoque un interés legítimo* (art. 262) <sup>39</sup>-, no podemos suscribir la decisión de reputarlo *de lege lata* inconstitucional.

Aunque discutible, el plazo de caducidad responde a una directiva general que tradicionalmente ha tendido a lograr la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia. Es cierto que el plazo de caducidad es operante aun antes de que el marido acceda, por hipótesis, al conocimiento de la verdad biológica <sup>40</sup>, pero no por ello puede sostenerse que es inconstitucional.

De todas maneras, debemos destacar que el argumento de la seguridad jurídica no debe privar cuando se discute el valor justicia de una determinada solución legal. Cuando la verdad biológica era apenas una inferencia sustentada por más o menos convincentes presunciones o indicios -v.gr., las que se obtenían de la posesión de estado, o de la prueba de las relaciones sexuales de la madre con el presunto padre durante el periodo legal de la concepción-, siempre quedaba, no obstante, un margen mayor o menor de incertidumbres que era de buena política aventar a través de la caducidad de las acciones de estado de la filiación. Las pruebas biológicas permiten hoy confrontar las verdades formales que consagran las normas en su necesario apriorismo. De manera que se trata de una cuestión que queda, por ahora, abierta a la reflexión y al debate

## **9. La carga de someterse a las pruebas biológicas por parte del padre extramatrimonial alegado no obstante no haber recaído sentencia en el juicio de impugnación de la paternidad matrimonial en trámite**

Si la acción de impugnación de la paternidad se acumula a la de reclamación de la filiación (conf. art. 252), el demandado en ésta no es *parte* en aquélla. Pero tiene, no obstante, un *interés propio* porque del progreso de la demanda contra él depende de que se acoja la impugnación de la paternidad deducida en forma acumulada. De tal modo se da un típico supuesto que autoriza su intervención voluntaria como *tercero*, prevista por el art. 90 inc. 1 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación. Tal intervención le habilitará para controlar, en ese carácter, la producción de la prueba en la impugnación de la paternidad, que lo ha de ser sin perjuicio de la que se ofrezca y produzca en el juicio en el que él es parte.

Pero ha de tenerse en cuenta que si los estudios biológicos ofrecidos o dispuestos de oficio por el juez determinasen que el demandado en la acción de impugnación es efectivamente el padre, la sentencia única no sólo rechazará ésta sino también la acción de reclamación. En cambio, aunque se descartase mediante esas pruebas la paternidad impugnada, ello por sí solo no bastaría atribuir la paternidad reclamada: el demandado en la acción de reclamación no podría rehusarse a la realización de los estudios tendientes a establecerla o, en su caso, descartarla también.

Esto nos persuade de que el demandado en la reclamación de paternidad no podría *subordinar* esos estudios a la previa realización de los que corresponden a la impugnación y a que se conozca su resultado. Porque si, por hipótesis, la paternidad alegada quedase acreditada por las pruebas biológicas (aunque éstas se obtuviesen antes de las ofrecidas o dispuestas en la acción de impugnación), el resultado demostraría simultáneamente que el demandado en la impugnación no es padre biológico del actor, lo que permitirá dictar la sentencia única

## 10. Conclusiones

Hoy, como ayer (y quizá como ha sido siempre), los problemas que vinculan la filiación con los aportes de la biología son ciertamente conflictivos. Inciden en esa conflictividad prejuicios, tomas de posición *a priori* no pocas veces teñidos de un fuerte carácter ideológico, y también -por qué no admitirlo-, cierto desconocimiento de los temas y de sus proyecciones. En lo personal creo que las cuestiones que nos han ocupado en este trabajo no pueden continuar siendo silenciados por el legislador.

Hay diversas alternativas a la hora de legislar por cierto, pero hay una que es inaceptable: limitarse a negar el problema y guardar silencio sobre él. Eso equivale adoptar la política del avestruz. Como habrá podido apreciar el lector, por mi parte he dejado esbozadas algunas alternativas para solucionar cuestiones que por ahora carecen de respuestas *de lege lata* aunque, forzoso es reconocer, tales respuestas se producen, se quiera o no, en la cotidianidad de las prácticas científicas. Está lo bueno y está lo malo. Hora es que, en aras de la seguridad jurídica y por sobre ella de la Justicia, se asuma la realidad y sea el legislador quien se atreva a dar esas respuestas, como debe ocurrir en todo sistema republicano.

### NOTAS:

<sup>1</sup> Ya que estamos evocando, hago una evocación personal que me ha suscitado volver a leer las intervenciones de los ilustres miembros del Congreso: por ese entonces -1961- yo era estudiante de tercer año de la carrera de abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y recién me asomaba a los temas que mucho después me apasionarían. Lejos estaba, aún, de comprender la importancia de este encuentro del que participaban mis entonces admirados y en algunos casos -pocos- temidos profesores de Derecho Romano y Derecho Civil. Ya han pasado cuarenta y cinco años desde que me recibí de abogado. No son demasiados, pero, convengamos, no son pocos. ¿No es esto una pauta elocuente y razón suficiente para intentar mensurar la profundidad de los cambios?

<sup>2</sup> La Comisión organizadora del Congreso seleccionó, entre otros, los siguientes temas: vigencia y retroactividad de la ley; codificación de las normas del Derecho Internacional Privado; protección de los incapaces por prodigalidad, toxicomanía, deficiencias mentales, etcétera; límite de la minoridad y emancipación dativa; capacidad del menor adulto que trabaja; unificación de las obligaciones civiles y comerciales; reparación del daño moral en los casos no previstos por el Código Civil; incorporación de las "astreintes"; teoría de la imprevisión; la lesión como causa de impugnación del contrato; adquisición y transmisión de los derechos reales; revisión del

sistema de nulidades matrimoniales, efectos extraterritoriales de la sentencia de divorcio, modificaciones al régimen de aceptación de la herencia con beneficio de inventario, reformas al régimen de la adopción, y otros, entre ellos el relativo a las pruebas de la filiación y las conclusiones de la biología.

Como se advierte, es el programa que desarrolló, en términos generales, la reforma de la ley 17.711, aun cuando no siempre se recibieran las soluciones propiciadas por la mayoría de los juristas congregados en el evento. Hacia el fin de esa misma década, en 1969, el Cuarto Congreso de Derecho Civil -también en Córdoba- se abocaría al análisis de las reformas introducidas, un año antes, por la ley 17.711.

<sup>3</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil”, J.A. 1992-I-875 y ss..

<sup>4</sup> Ver, Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil “Dr. Henocho D. Aguiar”, *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, 14 de octubre de 1961, Córdoba 1962, t. I, pág. 244 y ss..

<sup>5</sup> Conf. CHIERI, PRIMAROSA y Eduardo A. ZANNONI, *Prueba del ADN*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2001; Carlos M. ROMEO CASABONA, *Genética y derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2003.

<sup>6</sup> Como explica CHIERI: “durante más de cincuenta años la determinación de las diferencias entre las personas se fundamentó en el estudio de los grupos sanguíneos y proteínas séricas, posteriormente en la investigación del H.L.A. por ser éste un sistema altamente polimorfo. Sin embargo, todos estos marcadores fueron rápidamente desplazados a partir del descubrimiento de los polimorfismos del A.D.N.” (CHIERI- PRIMAROSA, *Las pruebas de ADN en paternidades simples y complejas. Nuevas tecnologías*, en “Derecho de Familia”. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, N° 41, noviembre/diciembre de 2008, pág. 13 y ss.).

<sup>7</sup> ZANNONI, *Derecho civil. Derecho de familia*, 5ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2006, t. I, pág. 28.

<sup>8</sup> Conf. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Revista de Derecho Comparado*, Rubinzal-Culzoni, N° 10 (2005) pág. 11 y ss..

<sup>9</sup> Conf. Pablo MANILI, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

<sup>10</sup> La pregunta fundamental a responder es si la exigencia legal de que el matrimonio se celebre entre un hombre y una mujer constituye una discriminación en perjuicio de homosexuales, por el solo hecho de serlo. En otras palabras, determinar si dicha exigencia, consagrada en el art. 172 C.C., responde a políticas que discriminan a homosexuales de heterosexuales. No estoy afirmando que el legislador, como ha ocurrido ya en otros países del llamado primer Mundo, no pueda establecer la posibilidad del matrimonio o las uniones civiles o, como en Francia, los pactos de solidaridad, entre personas del mismo sexo. Lo que estoy afirmando es que mientras eso no ocurra, la ley vigente no puede reputarse inconstitucional.

Resulta innegable que en la cultura contemporánea los homosexuales han sido tradicionalmente discriminados socialmente por su orientación sexual en un marco de referencia agresivo hacia *gays* y lesbianas. En los últimos tiempos, las nuevas generaciones tienden a superar esta actitud e intentan conscientemente abandonar viejos prejuicios homofóbicos. A partir de esta realidad se sostiene que impedir a las minorías sexuales la posibilidad de contraer matrimonio entre sí constituye un instrumento de poder que margina a dichas minorías y que convierte a sus integrantes en ciudadanos de segunda, ya que no tienen acceso a los mismos derechos ni a las mismas leyes que el grueso de la población. Se agrega que la reforma sobre el matrimonio incluyendo la aptitud nupcial de los homosexuales entre sí encierra una cuestión de igualdad ante la ley.

Sin embargo, debe observarse que los homosexuales no son discriminados *a priori* en razón de su orientación sexual para acceder al matrimonio. Una persona homosexual, fuere hombre o mujer, goza de la misma aptitud nupcial que un heterosexual, *precisamente porque la ley no lo discrimina*. En otras palabras, la orientación sexual no integra el elenco de requisitos para casarse. Lo que el homosexual no puede, por exigencia legal, es contraer matrimonio con alguien que sea de su mismo sexo.

La exigencia no es discriminatoria; es indudable que la ley, al pautar las condiciones que exige la aptitud nupcial, recoge valoraciones socioculturales obviamente compartidas por la comunidad en una época determinada. Sería discriminatoria una norma que impidiese el matrimonio de personas en razón de su orientación sexual; no es el caso de la ley argentina que no toma en cuenta, como ya se ha dicho, dicha orientación. El matrimonio heterosexual no pretende colocar en situación de inferioridad a *gays* o lesbianas, ya que su orientación sexual, como tal, está abarcada por el principio de reserva que consagra el art. 19 de la C.N. De igual modo, la ley no discrimina al padre cuando establece que no puede casarse con su hija, o a la madre con su hijo, o al hermano con su hermana, o al yerno con la suegra. Tampoco discrimina cuando establece que el matrimonio anterior, mientras subsiste, impide la celebración de otro, aunque, por hipótesis una persona de profesión de fe musulmana pudiese invocar el Corán para sostener que su religión le permite sostener dos o tres esposas. Sería absurdo considerar que el impedimento discrimina, por razones religiosas, a los musulmanes. Se trata en todo caso de cuestiones que atañen a valoraciones del orden público familiar que responden a tradiciones seculares, como es la prohibición del incesto o la monogamia. La heterosexualidad también atañe a ese tipo de valoraciones.

Por esto, si bien a los jueces compete la interpretación y aplicación de la ley a los casos concretos, y la realización del control de su constitucionalidad, no les corresponde sustituir a la ley o dejar de aplicarla recurriendo al deleznable expediente de considerarla inconstitucional aunque ella no surja de ninguna colisión con garantías constitucionales. Ello implicaría erigirse lisa y llanamente en legislador, contrariando la esencia del Estado de derecho, la separación de los poderes y, por eso, la forma republicana de gobierno.

<sup>11</sup> PUIGGRÓS, en *La Nación* del 24/3/08, pág. 15.



<sup>12</sup> Transcribimos los aspectos más relevantes del dictamen: “Muchos especialistas, juristas o médicos, coinciden en que no conviene dar a la inseminación artificial el amplísimo alcance que pretenden conferirle algunos, sin duda por las graves consecuencias que provocaría su uso y abuso, especialmente en el seno de la familia, so pretexto de hacerlo con fines eugenésicos. No se debe olvidar ni en éste ni en otros problemas, como muy bien lo ha afirmado un autor, que la existencia del hombre no es un fenómeno exclusivamente biológico, sino que hay un alma que anima la carne y le da vida”.

“Por nuestra parte, nos pronunciamos en contra de este método y pensamos que sólo podría aceptarse la llamada inseminación artificial impropia, o sea la que comprende el empleo de ciertos artificios que no sustituyen el acto sexual, sino que contribuyen a que alcance más fácil y seguramente su fin natural, luego de una cópula normal. Por supuesto que nos referimos, exclusivamente, al matrimonio. Ello no significa cerrar los ojos a los numerosos problemas que se pueden plantear, especialmente en el derecho de familia (matrimonio y filiación), pero no creemos que sea necesario introducir en nuestro sistema legal una norma del tipo de la contenida en el art. 40 del Anteproyecto de C.C. francés, como propician algunos distinguidos juristas. En la exposición de motivos se da el ejemplo tan repetido del marido que hace inseminar a su esposa y luego se arrepiente y desconoce al hijo, con lo que éste y su madre serían víctimas del cambio de actitud. Pero se agrega que el precepto proyectado no tiene por finalidad consagrar legalmente la inseminación artificial, sólo examinada como hecho, lo que a nuestro entender significa que se trata de un sondeo previo, con vistas a la posible reacción que provocaría el texto”.

“Juzgamos que con las disposiciones actuales de nuestro Código se puede evitar o contrarrestar la deslealtad o mala fe del esposo. Para no extendernos en demasía, nos remitimos a los distintos casos contemplados en aquél y que permitirán solucionar cualquier situación que se presente, relacionada con este moderno procedimiento (arts. 250, 251, 246, 252, 258, 259, 260 y concordantes)...”.

<sup>13</sup> Ver, ZANNONI, *Derecho civil. Derecho de familia* cit., t. II, pág. 568 y ss., N<sup>ros</sup> 1156 y 1157, en que nos ocupamos de ambas directivas.

<sup>14</sup> Como bien lo señala un autor, el criterio -indiscutible en nuestro entender- de que si el marido dio su consentimiento para que su esposa fuere inseminada o fecundada con semen de un dador, no podrá desconocer la paternidad legalmente atribuida por el art. 243 del C.C., viniendo contra sus propios actos. “*El derecho no puede cohonestar -dice SAMBRIZZI-, el accionar del esposo que con mala fe pretende volver atrás una conducta anterior suya, para de esa manera dejar sin efecto un consentimiento previo libremente prestado, que en la relación entre los esposos tiene un efecto jurídicamente vinculante...*”. En cambio, si el marido no dio ese consentimiento, la fecundación heteróloga, clandestinamente obtenida por la esposa en ese caso, habilitaría al marido a ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad que autoriza los arts. 258 y 259 del C.C. (ver Eduardo A. SAMBRIZZI, *La filiación en la procreación asistida*, Buenos Aires, El Derecho, 2004, pág. 121 y ss.. Con un criterio basado en la denominada “voluntad procreacional” de la que hablaba en su hora DÍAZ DE GUIJARRO, inclusive en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil a propósito de estos temas, “*en los EE.UU. ya se ha reconocido el vínculo genético, aunque no coincida con el biológico, y tiene valor la intención de ser padres [...] como base para la determinación de la filiación...*” (conf. Adriana M. WAGMAISTER, *Fecundación asistida en: “Derecho de familia”*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N<sup>o</sup> 41, noviembre/diciembre de 2008, pág. 147.

<sup>15</sup> De acuerdo a lo explicado por Evangelina Belén MOLLAR, en su trabajo *Embriones congelados*, la cuestión es trascendente, como bien lo pone de manifiesto una compulsa de posiciones sobre el tema. Hay quienes consideran que la persona surge a partir del nacimiento, siempre que el nacido alcance y conserve cierto grado de desarrollo en sus capacidades mentales. Así, no todo ser humano es visto como persona, sino quienes, por hallarse en posesión actual de su razón y conciencia de sí, pueden considerarse moralmente autónomos. Esta postura es incompatible con nuestro ordenamiento legal (arg. art. 63 y concs. C.C.).

En una posición diferente, el criterio del Tribunal Constitucional de España es que los embriones sólo son titulares del derecho a la vida mentado por el art. 15 de la Constitución española, los nacidos, sin que quepa extender esa titularidad a los *nascituri*. En el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante un derecho fundamental mismo sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 citado, pero de no ser aquel viable no cabe asignarle ese carácter, con lo cual no contará con tutela constitucional. No es que la vida humana en formación carezca de tutela constitucional hasta el nacimiento, lo que ocurre es que su protección deriva del derecho fundamental a la vida de la persona. Desde el momento de la gestación nos encontramos ante una vida humana potencialmente persona.

En una tercera posición sólo cabe admitir la existencia del ser humano a partir de los primeros 14 días de la fecundación, con la implantación estable del denominado pre-embrión en la pared del útero materno, convertido así en verdadero embrión. Hasta entonces, su posible división impediría atribuirle con carácter definitivo la individualidad propia de la persona. Se estaría así ante una formación vital que consiste en un conglomerado de células pero no ante un ser humano pues al poder devenir en dos o más sujetos, carece de individualidad. Tal posición, sostenida por el conocido genetista Juan Ramón Lacadena, encuentra respaldo en nuestro país en el informe producido por la Sociedad Argentina de Biología para los autos “Rabinovich, Ricardo s/ medida cautelar”.

<sup>16</sup> Si el hijo naciere después de los 300 días contados desde el día de la muerte del causante, no será heredero de su padre (arg. art. 3290 C.C.). Por esta razón, el Proyecto de Código Civil de 1998, prevé para el supuesto la posibilidad de reputarlo tal si nace hasta los 480 días del fallecimiento del dador del semen utilizado por la madre. Se trata de un plazo obviamente arbitrario, pero prudencialmente breve para que la viuda que conserva el material genético de su prefallecido esposo, opte por su utilización sin lesionar *sine die* la seguridad jurídica de otros herederos concurrentes o de vocación preferente. (Puede consultarse sobre estos temas: Eduardo A. SAMBRIZZI, *La filiación en la procreación asistida* citado, pág. 209 y ss..

<sup>17</sup> Ver ZANNONI, *Tutela de la persona por nacer y responsabilidad civil*, en “Derecho de daños. Homenaje al doctor Mosset Iturraspe”, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, pág. 624 y ss.).

<sup>18</sup> Como establece el art. 9º, párrafo segundo del Proyecto Preliminar del Consejo de Europa: “Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial” (ver, sobre esto, FRANCISCO A.M. FERRER, *Identidad y fecundación asistida*, en “Libro de ponencias del Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el fin de siglo”, Santa Fe, 1996, pág. 198; RICARDO E. OPPENHEIM, *¿De qué hablamos cuando nos referimos al derecho a la identidad en los casos de fecundación humana asistida?*, E.D. 163-989).

<sup>19</sup> Conf. Jorge O. AZPIRI, *Juicios de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 35 y ss.; Dolores LOYARTE y Adriana ROTONDA, *Procreación artificial: un desafío bioético*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 285 y ss.; Nora LLOVERAS y Marcelo SALOMÓN, “El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación”, J.A. suplemento del 20/4/04 (2005-II).

<sup>20</sup> Ver ZANNONI, *Derecho de familia*, citado, t. II, págs. 553 y 554

<sup>21</sup> Conf. Pedro F. SILVA RUIZ, *Maternidad subrogada o de alquiler*, en “Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo”, Madrid, Consejo General del Notariado, 1989, vol. III, pág. 827.

<sup>22</sup> En el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, se aludió al trasplante de embriones. En el dictamen preliminar antes citado, se señalaba que “sin que de ningún modo implique que aceptemos los métodos, agregamos que la inseminación artificial también suele producirse mediante la introducción de un óvulo extraño en el organismo de la mujer, para su fecundación por el marido. Además, se menciona el comienzo de la práctica de otro procedimiento: cuando una mujer que ha concebido no es apta para la gestación, se produce el trasplante del embrión a otra, utilizada como incubadora. El problema que se plantearía en este caso sería determinar cuál de las dos es la verdadera madre. Como la maternidad debe regirse por el mismo principio que determina la paternidad (período de la concepción), quiere decir que la madre sería la primera”.

<sup>23</sup> Vinculado con este tema, aunque no relativa a una clonación terapéutica, citamos un reciente pronunciamiento judicial en el que se ha resuelto que “debe hacerse lugar a la acción de amparo deducida por los padres de un menor discapacitado a efectos de obtener la cobertura del tratamiento de fecundación asistida que les permita tener un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano enfermo, y de ese modo intentar su cura mediante el trasplante de células progenitoras, pues no se trata de un procedimiento de fecundación asistida petitionado en aras del derecho a la planificación familiar, sino que tiene por fin curar a un niño gravemente enfermo, por lo que resulta claramente ilegítima la negativa de la obra social demandada” (CFed. Mar del Plata, 29/12/08, L.L. suplemento del 13/3/09, fallo 113:360, con nota de Florencia NALLAR, *Destino de los embriones crioconservados*).

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo, Juzg. Civ. y Com. de Paraná N° 4, 15/9/03, J.A. 2004-III-402, con nota de Néstor SOLARI, *En busca de la verdad biológica*, y en: “Derecho de familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2004-II-87, con nota de Cintia E. GRAMARI, y Norberto GODOY, *Legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial*.

<sup>25</sup> Así, además de los autores citados en la nota anterior, Germán J. BIDART CAMPOS, “Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación del menor”, L.L. 2002-C-719 comentando un fallo de la CNCiv., Sala K del 18/5/01 que acordó la titularidad de la acción al Ministerio Público, en el marco de la ley 24.946, a solicitud de la madre, del marido y del presunto padre biológico.

<sup>26</sup> Ver, en este sentido SCMza, 12/5/05, voto de la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, en “Derecho de familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2005-III.

<sup>27</sup> Por eso es equivocado el planteo que realiza MIZRAHI en su nota *Desplazamiento filiatorio inconstitucional y legítima adquisición del apellido por el largo uso*, publicada en “Derecho de Familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2004-II-21. El interés tutelado en la acción de impugnación ejercida por un tercero no puede sino dar relevancia a la cuestión genética porque de lo contrario cualquier reconocimiento complaciente quedaría consolidado por la mera posesión de estado. Se trata de ser coherente con el presupuesto biológico que sustenta el vínculo jurídico en que sustenta la filiación.

<sup>28</sup> CNCiv., Sala M, 24/10/03, en “Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, 2004-II-21, con nota de Mauricio MIZRAHI, *Desplazamiento filiatorio inconstitucional y legítima adquisición del apellido por el largo uso*.

<sup>29</sup> CNac. Crim y Correccional Federal, Sala 2ª, 14/7/2004, “Derecho de Familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2004-III-9, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “Una nueva postura sobre la colisión de derechos fundamentales que renueva el debate suscitado por el caso ‘E.V.F.’”.

<sup>30</sup> C.S.J.N., 30/9/03, publicado en “Derecho de familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, N° 26 (2003), pág. 173, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “El caso ‘Evelyn Vázquez Ferrá’: un supuesto de colisión de derechos fundamentales resuelto por la Corte Suprema que abre un arduo y enriquecedor debate”, J.A. 2003-434 y L.L. 2004-A-101 comentado por Alejandro F. BOSCH (H.), *Los métodos compulsivos, la prueba genética y la filiación* y de Norberto Eduardo SPOLANSKY, *Dos constituciones en pugna* (ver, asimismo, Germán J. BIDART CAMPOS, “El examen hematológico mediante prueba compulsivamente obtenida”, L.L. 2003-F-435; Mauricio MIZRAHI, “Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas”, L.L. 2004-A-1237).

<sup>31</sup> Como en los casos resueltos por la Corte en Fallos 318:2518 y 319:3370.

<sup>32</sup> En dicho precedente la Corte consideró, en el voto de la mayoría, que “si es la querellante quien desea establecer el vínculo de parentesco, nada le impide deducir la acción que le pueda corresponder, en la cual correspondería determinar las consecuencias de la eventual negativa de su supuesta nieta de prestarse a un examen

sanguíneo, todo lo cual no guarda relación directa con la necesidad de comprobar y juzgar los delitos que en esta causa se investigan... máxime si se tiene en consideración que los procesados en sus respectivas indagatorias, admitieron no ser los padres biológicos de aquélla”.

<sup>33</sup> Destaca la doctora KEMELMAJER DE CARLUCCI que la recurrente, víctima de los delitos investigados, “no se negaba a prestar su propio cuerpo sino que lo condicionaba a que esa prueba no se utilizara en contra de quienes ella consideraba sus padres; esa prueba no era decisiva para la causa penal desde que los imputados habían confesado que habían falsificado la documentación; en cambio, sí lo era para el derecho a saber de quienes aún hoy no pueden enterrar a sus hijos y siguen buscando a sus nietos” (Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y de adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, en Revista de Derecho Comparado, Rubinzal-Culzoni, N° 10 (2005) pág. 35).

<sup>34</sup> CNCiv., Sala K, 23/9/03, L.L. 2004-B-970, con nota de Sebastián PICASSO, *La preeminencia del derecho a la identidad y de la realidad biológica en un interesante precedente*.

<sup>35</sup> Tribunal Colegiado N° 5 de Rosario, 28/5/04, en “Derecho de familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2004-III-155 con nota de Adriana KRASNOW, *Una solución justa para acceder de forma rápida a la verdad*.

<sup>36</sup> Se trataría, en la hipótesis de una suerte de *reconocimiento forzado* -una *mixtura*, dice la anotadora del fallo- que conjuga un acto voluntario con cierta dosis de imposición. Aunque resulta contrario a la tradición del instituto, operaría como efecto del pedido de la cautela autosatisfactiva, ya que, en puridad, el reconocimiento ha existido ya, aun cuando sujeto a la comprobación del vínculo biológico. Si, por hipótesis, quien logró la medida en su favor no practicase el reconocimiento, el juez podría ordenar la inscripción de la paternidad a petición del Ministerio Público, e incluso, de oficio.

<sup>37</sup> En el fallo de la CNCrim. y Correccional Federal, Sala 2ª, 14/7/04, publicado en: “Derecho de familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2004-III-9, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “Una nueva postura sobre la colisión de derechos fundamentales que renueva el debate suscitado por el caso ‘E.V.F.’”, se dice, en este sentido: “aunque comúnmente se sostuvo que una de las diferencias más tajantes entre el proceso civil y el proceso penal consistía en la primacía de la verdad formal en el primero, mientras en el segundo rige en forma irrestricta la verdad material, frente al avance de la ciencia que permite una prueba certera sobre la filiación, se han dictado pronunciamientos de tribunales civiles y comerciales que se inclinan por hacer emerger la realidad material, ya que no resulta valioso acudir a una presunción basada en una negativa”.

<sup>38</sup> Trib.Familia 1ª Nominación de Córdoba, 23/10/02, L.L. 2003-C-299; Juzg. Civ. y Com. Paraná N° 4, 15/9/03, en “Derecho de familia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2004-87, con nota de Cintia E. GRAMARI y Norberto F. GODOY, *Legitimación de un padre biológico para impugnar la paternidad de un hijo matrimonial*.

<sup>39</sup> La acción se confiere a todo tercero que invoque un interés legítimo. Tal interés debe estar vinculado directamente con un interés *en contradicción con el de la madre*. Así, por ejemplo, no invoca este interés quien impugna la maternidad de una mujer casada para aprovechar el cese de la presunción de *paternidad* del marido porque pretende heredarlo y carece de legitimación para impugnar la paternidad (ver, en este sentido, el caso resuelto por la CNCiv., Sala D, 15/7/97, L.L.1998-C-747).

<sup>40</sup> La doctora KEMELMAJER DE CARLUCCI recuerda que la ley dinamarquesa establece el cómputo del plazo de doce meses para impugnar “desde que el marido tuvo conocimiento de las circunstancias que pudiesen justificar su desconocimiento”, pero agrega que dicha ley extiende la acción hasta un máximo de cinco años después del nacimiento del niño (ver Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “El derecho de familia en la República argentina en los inicios del siglo XXI”, en Revista de Derecho Comparado, Rubinzal-Culzoni, N° 10, págs. 43/44).

# LAS PRUEBAS BIOLÓGICAS. EFECTOS DE LA NEGATIVA EN LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN PATERNA EXTRAMATRIMONIAL

por CECILIA GROSSMAN

*“uno de los factores preponderantes del progreso humano, es el afán del hombre por llegar al conocimiento de la verdad. Y aunque el estudio de las ciencias aparece parcelado en distintas disciplinas, los descubrimientos realizados en cada una de ellas arroja nueva luz sobre las otras. De este modo, los descubrimientos efectuados en una de las ramas de las ciencias técnicas, no sólo se proyectan sobre las otras disciplinas técnicas, sino que también inciden en el campo de las ciencias sociales”.*

(Moisset de Espanés)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La importancia de las pruebas biológicas en la acción de reclamación de filiación paterna extramatrimonial. III. Fallecimiento del presunto padre. IV. Resultado de las pruebas biológicas. Su interpretación judicial. V. Evaluación judicial de las pruebas producidas. VI. Efectos de la negativa del padre alegado a someterse a los exámenes biológicos. VII. Cuando el único elemento probatorio para dictar un pronunciamiento es la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas ordenadas. VIII. Argumentos que fundan la postura que acuerdan a la negativa una relevancia contundente. IX. La negativa de la madre. X. La negativa del hijo. XI. La obligatoriedad de las pruebas biológicas y la compulsión para su efectiva realización. XII. Necesidad de una reforma legislativa.

## I. Introducción <sup>1</sup>

Las palabras del Dr. Moisset de Espanés, inscriptas en el epígrafe, sirven como pensamiento motivador para dar una justa respuesta legal cuando el demandado en una acción de reclamación de filiación paterna extramatrimonial, sin justificación alguna y con el solo afán de perturbar el derecho que se reclama, se niega a la realización de las pruebas biológicas. La sabia expresión del distinguido jurista al enfatizar que los progresos de la ciencia deben proyectarse en el campo del derecho, han estimulado mi deseo de examinar los adelantos que se han producido en el tratamiento del tema, tanto en la doctrina como en la aplicación judicial, a raíz de la profunda transformación del escenario científico en cuanto a la determinación del nexo biológico.

La cuestión fue tratada en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Córdoba el 14 de octubre de 1961 y, a casi medio siglo de su realización, muchos de los conceptos vertidos por los participantes, en particular las palabras del miembro informante, Dr. Moisset de Espanés, se refieren a problemas cuyo debate sigue siendo de actualidad. En dicha ocasión, el Despacho de la Comisión integrada por juristas de notable prestigio como Enrique Díaz de Guijarro, Pedro León, Rubén A. Simonet, Luis Moisset de Espanés, Julio J. López del Carril y Antonio B. Bettini recomendaron: *“Establecer la obligatoriedad del análisis de los grupos sanguíneos en los juicios en que se discuta la filiación, con determinación de los efectos que acarreará la negativa a someterse a dicho análisis”*. Luego del debate, la proposición fue atenuada como se observa en el siguiente despacho: *“El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, recomienda admitir como medio de prueba en los juicios en que se discuta la filiación, el análisis de los grupos sanguíneos con la determinación de los efectos que acarreará la negativa de quienes debieran someterse a dicho análisis”*.

Esta recomendación ha constituido un antecedente valioso de la reforma introducida por la ley 23.264 al art. 253 que establece: *“En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”*. La norma introduce el principio de verdad biológica y la más absoluta libertad probatoria en todas las acciones de estado. Al mismo tiempo, autoriza al juez a ordenar las pruebas científicas aun cuando no hubiese habido un impulso de parte, como medida de mejor proveer, tanto en primera instancia como en la alzada <sup>2</sup>. En la doctrina se ha sostenido que el juez no sólo puede,

sino que *debe* disponer la producción de tales pruebas a los fines de dictar una sentencia que se ajuste a los parámetros de justicia y garantice el derecho a la identidad de las personas involucradas <sup>3</sup>. En la nueva visión de la actuación judicial, el magistrado juega un papel protagónico y debe esclarecer los hechos de manera activa, aun frente a la incompetencia de las partes, si no desea lastimar el objetivo de una eficiente administración de justicia <sup>4</sup>.

Se trata de ver, entonces, cuáles pueden ser los efectos de una actitud renuente del demandado en la acción de filiación paterna extramatrimonial capaz de desbaratar la finalidad legislativa que fue aproximar la igualdad formal de las filiaciones a una igualdad real que asegure a todos las personas, niños y adultos, su determinación filial paterna.

## **II. La importancia de las pruebas biológicas en la acción de reclamación de filiación paterna extramatrimonial**

Respecto del tipo de estudios que se practican para la determinación del nexo biológico, mencionamos de manera sucinta: Las pruebas de compatibilidad inmunogenética conformadas por diferentes estudios que sirven tanto para la exclusión, como para la inclusión de la paternidad o maternidad <sup>5</sup>, a saber: a) la investigación de los sistemas sanguíneos eritrocitarios: ABO, M y N, “P”, Rheusus (Rh), Kell-Cellano, Lutheran, Duffy, Kidd, Auberger, “S”; b) la investigación del sistema de histocompatibilidad (Human Leucocyte Antigen A), uno de los más importantes por hallarse compuesto por una multiplicidad de antígenos que pueden combinarse de diferente manera; c) investigación de proteínas plasmáticas y d) investigación de isoenzimas eritrocitarias.

Actualmente, el test más empleado es el “ADN”, que descansa en las propiedades del ácido desoxirribonucleico, material de los cromosomas. Mientras que en los exámenes precedentemente señalados, se determina de manera indirecta, a través de los aspectos visibles de la información genética (fenotipos), la compatibilidad o incompatibilidad genética entre el hijo y el presunto progenitor, en esta investigación tal resultado se obtiene de manera directa con el análisis de las moléculas de “ADN” que permiten obtener la “huella genética” de cada individuo. Al momento de la fecundación, 50% de la información genética es de origen materno y 50% de origen paterno. El núcleo de cada célula de un individuo tiene 46 cromosomas, 23 recibidos de la madre y 23 del padre. El “ADN” está conformado por bases y el orden de estas bases se observa por bandas (obtenidas mediante procedimientos especiales). Se comparan las bandas del niño, la madre y el padre alegado. Descartadas las que coinciden entre el niño y la madre, las restantes deben corresponder al padre biológico <sup>6</sup>.

A los estudios mencionados pueden acoplarse las pruebas antropomórficas que determinan las características del presunto progenitor y el hijo para establecer sus diferencias y semejanzas: aspecto físico, estructuras orgánicas internas, problemas patológicos (enfermedades, alteraciones de la piel, malformaciones).

## **III. Fallecimiento del presunto padre**

### *a. Estudios a otros parientes del padre alegado*

Uno de las cuestiones que se planteó durante el debate en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil fue la dificultad o imposibilidad de realizar las pruebas biológicas cuando fallece la persona a quien se reclama el emplazamiento filial.

Hoy en día, en los casos en que no se pueden realizar los exámenes biológicos a alguno de los litigantes, los jueces han admitido tales estudios a los abuelos maternos y paternos pues a partir del índice de abuelismo <sup>7</sup> es posible determinar la pertenencia del niño al grupo familiar con una posibilidad muy cercana a la certeza.

En varios pronunciamientos se aceptó la realización de los exámenes a los hermanos u otros parientes del demandado <sup>8</sup>. Empero, algunos fallos advierten que el indicio establecido en el art. 4° de la ley 23.511 tienen un fuerte valor probatorio cuando la negativa es del presunto padre, pero dicho valor se relativiza si la negativa es de parientes del presunto padre fallecido y se tiene la alternativa de practicar la prueba sobre la base de la exhumación del cadáver <sup>9</sup>.

En otra postura doctrinaria se ha sostenido, por el contrario, la aplicabilidad del art. 4 de la ley 23.511 a todos los supuestos en que se verifique una actitud renuente del demandado, sea que se trate del padre alegado o de sus sucesores universales. O sea, que la negativa de los herederos debe considerarse una presunción en contra de quien se niega que admite obtener una sentencia favorable <sup>10</sup>.

#### *b. La exhumación del cadáver*

Actualmente, cuando ha fallecido la persona a quien se le reclama el emplazamiento filial, se realiza con frecuencia la exhumación del cadáver. Frente a esta posibilidad se ha planteado un conflicto de derechos. Por una parte, el derecho a la identidad del hijo presunto y por la otra, el interés de los familiares en torno a la disposición del cadáver y la preservación de la memoria del difunto.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias se han inclinado por privilegiar el derecho a la identidad del que reclama la filiación, tendencia ésta que se ha visto robustecida a partir de la reforma constitucional de 1994, en que se confirió jerarquía constitucional a la Convención de los Derechos del Niño, en cuyo articulado se asegura el derecho a la identidad del niño (arts. 7° y 8°). De esta manera, se ha sostenido que la extracción de muestras del cadáver no implica avasallamiento alguno del derecho a la integridad psicofísica o a la intimidad del imputado, prerrogativas éstas que configuran derechos personalísimos que se extinguieron con su muerte. Al mismo tiempo, se decidió que el derecho de los familiares del difunto a oponerse a que se extraigan muestras del cadáver, debe ceder *“ante el interés social comprometido en el juicio de filiación y el derecho a la identidad personal del actor ...por lo corresponde admitir la pretensión y ordenar la exhumación del cadáver”* <sup>11</sup>.

Se ha dicho que si bien el interés de los familiares se traduce en el derecho personalísimo a disponer de los restos mortales y a preservar la memoria del difunto, tal derecho no sufre mengua en razón de que se disponga obtener muestras del cadáver para posibilitar la realización de la prueba de tipificación del A.D.N. *“En todo caso, si sufre la limitación que impone la necesidad de exhumar el cadáver, ello es así porque el interés del actor en el juicio de reclamación de la filiación se basa en el derecho de preservar su identidad, que es de jerarquía constitucional”* <sup>12</sup>.

Es de señalar que la realización de la prueba genética sobre los restos mortales puede ofrecer dificultades si el transcurso del tiempo impide la extracción de muestras idóneas para la obtención del ADN. Por esta razón en la jurisprudencia se ha admitido la prueba anticipada solicitada pues la demora puede frustrar la ejecución de la pericia <sup>13</sup>.

Asimismo, se ha dado gravitación a la conducta obstruccionista de los herederos del padre alegado, quienes dispusieron la cremación de su cadáver y de sus dos hijos, prefallecidos, después de haber tomado conocimiento de la existencia de la demanda y, además, se negaron a colaborar en la realización de las pruebas biológicas, a lo cual se sumaba otros elementos de prueba coadyuvantes que obraban en el juicio <sup>14</sup>. En igual sentido, se dijo en otro fallo que *“la negativa de los herederos del demandado a someterse a la prueba de A.D.N. para determinar la paternidad del occiso, sumada a la cremación del cadáver en un ámbito en el que no es usual dicha práctica -ambiente rural-, conducen a presumir la veracidad de lo dicho en la demanda en cuanto al vínculo de filiación”* <sup>15</sup>.

Es de destacar, al respecto, que en el derecho comparado se observa una práctica que consiste en que, previo a la cremación de un cadáver, se dispone la extracción de muestras de su ADN a fin de conservar la información de los datos genéticos en un Banco de Datos Genéticos.

#### **IV. Resultado de las pruebas biológicas. Su interpretación judicial**

En cualquiera de las pruebas inmunológicas (glóbulos rojos, H.L.A., proteínas, isoenzimas y ADN), se siguen los mismos principios para determinar el parentesco. Se comparan los factores genéticos de la madre, el presunto padre y el niño. Los factores que son compartidos por la madre y el niño provienen de la primera. De esta manera, como ya lo hemos señalado, los otros factores que se hallan en el niño que no son heredados de la madre, deben necesariamente provenir del padre.

Cuando se trató el tema en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961 <sup>16</sup>, la tendencia unánime de los jueces, en armonía con la orientación doctrinaria, fue considerar a la prueba hematológica sólo categórica para excluir la paternidad, pero insuficiente para su determinación positiva <sup>17</sup>. Era entendible esta postura a la luz del desarrollo científico de aquella época. El objetivo central que subyace en este trabajo es indagar cuál sería la postura más justa en materia de pruebas biológicas en los procesos de filiación, acorde con la protección del derecho a la identidad reconocido en los tratados internacionales que en nuestro país tienen jerarquía constitucional.

Cuando en las pericias comenzaron a utilizarse diversas pruebas de compatibilidad inmunológica, particularmente, el sistema H.L.A., el criterio jurisprudencial acusó un cambio. Se juzgó, entonces, que la coincidencia en todos los sistemas empleados entre el hijo y el presunto padre o madre, constituía un indicio apreciable del nexo invocado por el grado de probabilidad que encerraba tal coincidencia <sup>18</sup>, pues disminuía la posibilidad de obtener la misma concordancia con otras personas.

La prueba biológica que adquirió mayor relevancia fue la que determina las huellas genéticas que se hace de secuencias del ácido desoxirribonucleico o tipificación del ADN mediante el procedimiento de la electroforesis. La jurisprudencia ha recogido las conclusiones científicas que aseveran que existe una elevada seguridad diagnóstica cuando con los exámenes se alcanza una probabilidad de paternidad con valores entre el 95% y el 99% <sup>19</sup>. Asimismo, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgó admisible el recurso extraordinario contra sentencias que no consideraron el resultado del examen genético <sup>20</sup>.

La gravitación de las pruebas biológicas fue recogida en el art. 4º de la ley 23.511 que establece: “Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia...”. Es decir, se impone al juez el deber de ordenar dichos exámenes.

Debe interpretarse, aun cuando la expresión literal de la norma pueda dar lugar a otra comprensión, que la misma no ha pretendido introducir prelación en la prueba <sup>21</sup>, pues el art. 253 C.C., establece la amplitud probatoria sin ningún orden de prioridades <sup>22</sup>. La exigencia del recaudo procesal previsto en la disposición citada en cuanto a la verosimilitud o razonabilidad de la acción de filiación para que los jueces admitan y ordenen las pruebas biológicas, es desechada por gran parte de la doctrina y jurisprudencia. Como se ha sostenido, se estaría subordinando la concreción de tales pruebas a un “juicio a priori” sobre si es verosímil el derecho que se invoca <sup>23</sup>. En esta interpretación se pone el acento en los derechos amparados por el instituto de la filiación <sup>24</sup>.

#### **V. Evaluación judicial de las pruebas producidas**

Uno de los puntos planteados por algunos de los participantes del debate en el Tercer Congreso Nacional, fue la necesidad de que los resultados de las pruebas biológicas, si bien importantes, se sujetaran a la apreciación judicial pues era preciso que el juez evalúe todas las pruebas producidas en cada caso concreto. Los nuevos métodos que permiten establecer una alta

probabilidad de la existencia del nexo biológico, autorizan a sostener que basta el resultado positivo de la prueba inmuno-genética para fundar una sentencia <sup>25</sup>. Naturalmente esto exige contar con laboratorios especializados, profesionales idóneos y adecuados resguardos técnicos <sup>26</sup>.

Naturalmente, ello no significa descartar la información derivada de los otros elementos obrantes en el juicio tendientes a probar el vínculo materno o paterno <sup>27</sup>. Es lo que hacen por lo general los jueces al dictar sentencias donde valoran el conjunto probatorio. Si bien es cierto que las conclusiones de los dictámenes no obligan a los jueces que son soberanos en la ponderación de la prueba, se ha juzgado que deben ser aceptados, si no se encuentran razones que permitan apartarse de ellos (art. 447 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) <sup>28</sup>, como ser el error o el inadecuado uso de los conocimientos científicos, criterio coincidente con el sostenido por Moisset de Espanés en III Congreso Nacional de Derecho Civil, cuando afirmaba “*que el dictamen del perito que establece la inexistencia del vínculo, debe obligar al juez*”.

Recordemos que en aquel momento sólo era dable acreditar la incompatibilidad sanguínea. Va de suyo que el magistrado podrá prescindir del informe técnico si descubre defectos en su realización, alteraciones en las muestras, anomalías en los sueros testigos, deficiencias técnicas de laboratorio, errores en los cálculos, inadecuada interpretación de los datos, en suma, variadas imperfecciones intrínsecas de la pericia realizada <sup>29</sup>. Nuevamente vemos que los cambios sustanciales acaecidos gracias al desarrollo de la biotecnología se advierten en el plano jurídico.

## **VI. Efectos de la negativa del padre alegado a someterse a los exámenes biológicos**

Decía Moisset de Espanés, en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, al apoyar el despacho de la Comisión, que era necesario “*extraer presunciones legales de dicha negativa, como ocurre con la confesión ficta, para evitar que la mala fe de las partes perjudique los intereses superiores de la colectividad, representados en este caso por la majestad de la justicia*”. Esta preocupación no ha recibido hasta el momento actual una acogida clara en nuestra ley, aun cuando en la doctrina y en la jurisprudencia, cada vez de modo más enérgico, la oposición del presunto padre a someterse a las pruebas biológicas, tiene un impacto definitorio en la determinación filial. Veamos este avance doctrinario.

### *a. Una presunción en contra de quien se niega*

Bien es sabido que, a menudo, en las acciones de reclamación de filiación paterna extramatrimonial, los demandados ofrecen resistencia para someterse a los exámenes periciales con la exclusiva intención de obstaculizar la prueba del vínculo. La opinión mayoritaria ha sido valorar esta resistencia como una presunción en contra de quien se niega <sup>30</sup>. Este criterio tiene ahora fuerza legal de acuerdo con lo que dispone el art. 4º de la ley 23.511. De esta norma surge, implícitamente, la obligación de las partes de someterse a dichas pruebas, pues del incumplimiento de dicho deber se deducen consecuencias adversas. En otros términos, la negativa asume el carácter de ilegítima <sup>31</sup>. El derecho a la verdad de la filiación biológica y el derecho a la identidad personal fundan la obligatoriedad de someterse a las pruebas biológicas <sup>32</sup>. La sumisión a tales pruebas, se ha sostenido, no vulnera el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 C.N.), ni conculca los derechos a la intimidad, privacidad, integridad física y autonomía personal <sup>33</sup>. No se pide una declaración sino una colaboración para la producción de una prueba concluyente <sup>34</sup>. No se está forzando a una declaración con contenido incriminatorio pues no se reclama que declare su culpabilidad, sino que colabore con la justicia pues el resultado de la prueba puede ser favorable al demandado como no serlo. Por otra parte, la negativa a someterse a un peritaje, sin consecuencias dañosas, frustra el derecho de toda persona a conocer su identidad y gozar de los derechos que surgen del



emplazamiento filial <sup>35</sup>. Es decir, se trata de una prueba que no puede ser reemplazada por ninguna otra para lograr el emplazamiento filial de manera certera.

Igualmente en la doctrina mayoritaria se rechazó la idea de que la realización de la prueba biológica pudiese afectar el derecho a la privacidad del presunto progenitor pues existe un interés social en que el actor obtenga el emplazamiento filial que le corresponde. Tampoco se lesiona el derecho personalísimo a disponer del propio cuerpo del sujeto, de su libertad o dignidad, pues se trata de un método indoloro e inofensivo y, por ende, no traumático.

#### *b. Gravitación de la presunción en contra de quien se niega*

La gravitación de la presunción en contra de quien se niega ha variado en el transcurso del tiempo. En una primera etapa, tenía distinto peso según de quien provenía la resistencia. Si la negativa provenía de aquél que rechazaba la existencia del vínculo -por ejemplo- el demandado en una acción de reclamación de filiación extramatrimonial, el juez sólo podía extraer de esta conducta la presunción de que en el caso existía compatibilidad sanguínea, elemento insuficiente por sí solo para sostener la existencia del nexo biológico, porque esta compatibilidad podía darse con muchos otros hombres, además del demandado. Por consiguiente, sólo operaba dentro del conjunto de antecedentes del proceso. En cambio, cuando la negativa provenía de la parte que afirmaba el vínculo, verbigracia, el hijo o la madre en la acción de filiación paterna extramatrimonial, la presunción desfavorable en contra del renuente adquiría mayor peso porque se trataba de una prueba que podía ser definitiva para excluir la existencia del nexo biológico <sup>36</sup>.

A medida que se emplearon en las pericias diversos sistemas sanguíneos para el examen comparativo, el criterio varió. La concordancia que podía encontrarse adquirió mayor entidad, pues disminuyó la posibilidad de obtener el mismo resultado con otros hombres distintos al padre alegado. Llegamos de esta manera al momento actual en que la compatibilidad hallada mediante el empleo de los exámenes genéticos, puede llevar a la determinación positiva de la paternidad con un alto grado de probabilidad e incluso a la certeza absoluta (cotejo del ADN). Como consecuencia de estas nuevas posibilidades que abren los exámenes biológicos, la tendencia actual es considerar que la negativa del presunto progenitor a colaborar en su realización constituye una presunción relevante de que es el padre biológico <sup>37</sup>.

#### *c. Distintas situaciones*

Los efectos de la negativa en un juicio de filiación paterna extramatrimonial varían según fueren las pruebas producidas.

1. Cuando hay otras probanzas que permiten acreditar el nexo biológico, la presunción extraída de tal resistencia no hará más que robustecer la prueba ya existente (art. 163 inc. 5 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

2. Si hay elementos probatorios que desvirtúan claramente la presunción que surge de la negativa, ésta no debe ser tomada en cuenta <sup>38</sup>. Esta conclusión es razonable porque a similar resultado se llegaría, incluso, con la realización de la prueba hematológica cuando hay datos certeros que la contradicen.

3. El caso que ofrece mayores dificultades y el que más dudas ha suscitado es aquél en que el sentenciante sólo tiene como elemento de prueba la negativa del demandado a someterse a las pericias ordenadas. La situación planteada puede darse con frecuencia, pues tratándose de hijos nacidos fuera del matrimonio muchas veces sólo ha habido relaciones circunstanciales o clandestinas frente a las cuales es dificultoso arrimar otros elementos de juicio. Por lo tanto, las únicas pruebas que posibilitarían demostrar la paternidad son las biológicas. Esta situación

afecta fundamentalmente a mujeres carenciadas, muchas de ellas, madres adolescentes, cuya magnitud es relevante en nuestro país <sup>39</sup>.

## **VII. Cuando el único elemento probatorio para dictar un pronunciamiento es la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas ordenadas**

Frente a este supuesto se observan dos posiciones:

*a. La mera negativa a someterse a los exámenes es insuficiente para dictar sentencia* <sup>40</sup>. Importa un indicio más o menos grave que requiere de otras pruebas para consolidar su eficacia <sup>41</sup>, aun cuando se considera que necesita de escaso complemento para formar plena convicción pues tiene un peso muy elevado en relación con los demás indicios que puedan analizarse <sup>42</sup>.

*b. La negativa para someterse a la pericia ordenada es suficiente para acoger la demanda de filiación, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar la falta de nexo biológico.* En esta orientación se estima que frente a la negativa para someterse a la pericia ordenada, corresponde acoger la demanda de filiación, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar la falta de nexo biológico. Es decir, se produciría en el caso una inversión en la carga de la prueba. Esta postura es apoyada cada vez con mayor energía por la doctrina y numerosos fallos <sup>43</sup>. Se asimilaría esta hipótesis, dicen algunos tratadistas, a una confesión ficta que constituye plena prueba en ausencia de otros elementos que la contradigan (art. 417 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). También se podría aplicar en forma analógica el art. 356 del Cód. de Proc. Civ. y Com. de la Nación, cuando establece que en la contestación de demanda, el silencio o las respuestas evasivas pueden estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes.

En apoyo de esta tesis, mencionamos el art. 382 C.C., del Distrito Federal de México que expresa: “Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre”.

Igualmente, es de interés tomar en cuenta el llamado “reconocimiento provocado”, vigente en algunos países de América Latina, modelo que pone en evidencia el reclamo social para lograr el emplazamiento filial paterno extramatrimonial ante el fenómeno frecuente de hombres que engendran a un niño y se desentienden de su suerte vulnerando todos sus derechos al no asumir la responsabilidad paterna. La ley peruana N° 28.457 ha introducido un proceso judicial rápido y sencillo para el establecimiento del vínculo jurídico con quien presuntamente se tiene vínculo biológico. Quien tenga legítimo interés en obtener una declaración de paternidad puede pedir a un juez que expida resolución declarando la filiación. Si el emplazado no formula oposición dentro de los 10 días, se declara la paternidad. Si presenta oposición debe someterse a la prueba biológica en el plazo de 10 días. Si no concurre se rechaza la oposición, como igualmente se la desestima si el resultado es positivo. Cuando el resultado es negativo se lo excluye de la paternidad. Un procedimiento similar se organiza en Panamá regulado por la ley 39 del 30/4/03 <sup>44</sup>. La otra experiencia que merece ser destacada es la de Costa Rica, que mediante la sanción de la ley 8101/01 sobre “Paternidad responsable”, incorporó el art. 98 bis al Código Civil que regula un proceso administrativo para la declaración de paternidad extramatrimonial. Se trata de un procedimiento ante el Registro Civil donde la madre, bajo su responsabilidad, indica quien es el supuesto padre. El Registro notifica en forma personal al presunto padre, quien puede reconocer al hijo o presentarse y someterse a la prueba biológica. Si no comparece o se niega a someterse a dicho examen, se procede a declarar en sede administrativa la paternidad, resolución que puede ser impugnada por el perdedor en la instancia judicial <sup>45</sup>.

## VIII. Argumentos que fundan la postura que acuerdan a la negativa una relevancia contundente

### a. Deber de cooperación de las partes en el proceso

La negativa a someterse a las pruebas biológicas basta para presumir la paternidad, salvo que ella resulte desvirtuada por prueba en contrario <sup>46</sup> pues en el moderno derecho procesal ambas partes deben cooperar para la dilucidación de la verdad <sup>47</sup>. Este deber tiene rango constitucional, sobre todo cuando la prueba está en poder de una de ellas <sup>48</sup>. Se debe valorar como un elemento probatorio las actitudes procesales de las partes pues con el criterio de la prueba dinámica, no basta negar la paternidad... “*ya que es carga de cada litigante allegar las pruebas que desbaraten los asertos de la contraria*” <sup>49</sup>.

Un fallo paradigmático en este sentido es el pronunciado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba <sup>50</sup> en el cual, de manera rotunda, se afirma que la conducta obstruccionista del demandado en juicio de reclamación de la paternidad extramatrimonial constituye por sí mismo fundamento de suficiente peso para tener por “verosímil” la pretensión de la accionante, ya que resulta razonable concluir que la negativa tiende a evitar que se produzca la prueba que lo señalará como padre. Es preciso, dice el pronunciamiento, prestar especial atención al comportamiento de los litigantes desplegado durante la sustanciación del proceso para extraer elementos probatorios de actitudes tales como la obstrucción en la producción de la prueba que pueden importar violación del mentado deber de cooperación y operar en el juicio en contra del infractor <sup>51</sup>. Sobre este deber de cooperación, incluso de terceros, se pronuncia favorablemente Morello <sup>52</sup> quien recuerda la opinión de Mercader, según el cual toda persona, por el hecho de vivir en sujeción del orden jurídico, tiene sobre sí el deber de aportar su actividad al servicio de la justicia porque, en definitiva, se sirve a sí mismo conforme el sentido teleológico de las normas que regulan el orden social <sup>53</sup>. Zannoni destaca que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio dispositivo que gobierna el proceso civil no puede emplearse por falta de cooperación en perjuicio de la verdad jurídica objetiva, ni en el del adecuado y deseado resultado del valor justicia <sup>54</sup>.

En suma, la previsión del art. 4° de la ley 23.511 consagra un supuesto especial de la denominada “carga probatoria dinámica”, en cabeza del demandado por filiación, en tanto es él quien en mejor situación y condiciones se encuentra -en rigor es el único- para producir una prueba que es vital y concluyente para el establecimiento de la verdad jurídica objetiva.

### b. Invertir los términos en que se postula la regla sobre “verosimilitud” de la filiación invocada

Una consecuencia trascendente del deber de cooperación de las partes en el proceso, se refiere a la inversión de los términos en que se postula la regla sobre la verosimilitud de la filiación. De esta manera, en el fallo del Tribunal Superior de Justicia Córdoba mencionado <sup>55</sup>, se dice que, aun cuando la negativa a someterse a la prueba biológica resulte un único indicio, éste es lo suficientemente grave y preciso como para formar convicción de la verdad de la filiación reclamada. Es decir, debe invertirse la carga de la prueba. No ya requerir al accionante que demuestre que la filiación invocada es “verosímil” mediante la comprobación de extremos que tornen probable la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción, sino asumir como regla de experiencia, que la negativa a la prueba biológica gesta esa verosimilitud, al menos mientras las circunstancias de hecho no tornen irrazonable la filiación pretendida <sup>56</sup>. Otros pronunciamientos insisten en la misma argumentación al decidir que “*Debe tenerse por cierta la paternidad disputada en el juicio de filiación, si el demandado se niega injustificadamente a someterse a la prueba biológica, bastando dicha negativa para presumir aquella, máxime si como en el caso no fue desvirtuado por prueba en contrario*” <sup>57</sup>. En una sentencia se afirma que la verosimilitud de la pretensión de filiación -en los términos del art. 4°

de la ley 23.511-, no requiere aportar la prueba complementaria de las relaciones sexuales del presunto padre con la madre al tiempo legal de concepción, siendo suficiente la ausencia de prueba directa que excluya la posibilidad de tal relación íntima como sería la acreditación de enfermedad, impotencia sexual, esterilidad, privación de la libertad, viaje al exterior, entre otros<sup>58</sup>. Más aún, Kaller de Orchansky y Sesin, en dicho fallo, señalan que precisamente, cuando hay escasos elementos probatorios que permitan demostrar la relación íntima al tiempo de la concepción entre el presunto padre y la madre, es cuando debe darse una mayor prevalencia a la conducta obstruccionista del accionado que negándose a someterse a la prueba biológica impide el esclarecimiento del estado filial reclamado<sup>59</sup>.

*c. Una conducta abusiva que tiende a evitar que se produzca la prueba biológica que lo señalará como padre*

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha sostenido que “*El acto de quien pone a un hijo al mundo y luego se niega a su reconocimiento hiere los sentimientos más profundos que adornan al ser humano. La Constitución y los tratados internacionales no pueden ser invocados para negarse a rendir una prueba biológica, pues tal conducta implica desconocer hipócritamente los derechos que emanan de esas mismas normas*”<sup>60</sup>. En esa línea de razonamiento, se ha afirmado que de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en función del adelanto científico alcanzado y estando en juego tanto el interés individual como el social, el indicio previsto en el art. 4° de la ley 23.511 tiene un peso específico muy elevado en comparación con los demás indicios, y por ello, la negativa a someterse a la prueba biológica a los fines de determinar la filiación, constituye un abuso del derecho<sup>61</sup>. Siendo posible arribar a conclusiones prácticamente definitivas, tanto respecto de la determinación como de la exclusión de la paternidad, el sometimiento a la prueba viene a constituir para el demandado no sólo un imperativo ético y legal -en cuanto le compete colaborar con lealtad al juzgador-, sino, y aún más, una carga ineludible de su propio interés<sup>62</sup>. Se ha aseverado que en los albores del siglo XXI no es posible privar al más débil de la prueba más fuerte y que está fuera de su alcance dependiendo únicamente su producción de la voluntad exclusiva del sindicado como progenitor. Entender lo contrario, impediría a quién reclama su filiación ejercer derechos fundamentales de cualquier ser humano<sup>63</sup>.

Debe presumirse, pues, que la negativa tiende a evitar que se produzca la prueba biológica que lo señalará como padre, pues quien de buena fe entiende no ser el padre del hijo se someterá a la misma para acreditar tal extremo<sup>64</sup> teniendo a su alcance la posibilidad cierta de exonerarse de una reclamación de paternidad<sup>65</sup>. Si no se aviene al examen pertinente sin justificación atendible, tal conducta indudablemente obedece a la seguridad que tiene respecto de la existencia del vínculo biológico que se le atribuye<sup>66</sup>. Se han señalado como excusas inadmisibles: precauciones profilácticas y sanitarias, la pertenencia a ciertas religiones y cultos, convicciones filosóficas o la posibilidad de error.

*d. Asegurar la igualdad de las filiaciones*

Se concluye que en el momento actual, pese a la afirmación del principio de no discriminación, se mantiene una diferenciación difícil de superar entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, pues la igualdad de efectos asentada formalmente no alcanza a tener concreción real por las mayores dificultades que tienen los hijos extramatrimoniales para el emplazamiento filial paterno. Es cierto que ha habido progresos tendientes a facilitar la acción, tales como la consagración de la presunción de paternidad del conviviente de la madre (art. 257); el valor de reconocimiento expreso otorgado a la posesión de estado debidamente acreditada en juicio (art. 256); la amplitud probatoria (art. 253); o la posibilidad de promover de oficio por el Ministerio de Menores el reclamo paternofilial (art. 255). Empero, para el logro de

una real igualdad entre los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio, es indispensable implementar las normas y mecanismos necesarios para un mejor aprovechamiento de los avances científicos en materia probatoria. Si por voluntad y arbitrio del padre el juez rechazara la demanda por ausencia de elementos de convicción, el emplazamiento filial que representa un derecho para el niño, perdería efectividad. Es decir, la igualdad de las filiaciones se convertiría en una declaración formal desprovista de contenido y se llegaría, lisa y llanamente, a una denegación de justicia.

### **IX. La negativa de la madre**

Por lo general, cuando se analiza en abstracto la negativa a someterse a la prueba biológica se estudia el tema desde una sola mirada: la resistencia del padre alegado en el ámbito de un proceso de filiación. Sin embargo, no podemos soslayar los casos donde la negativa proviene de otras personas implicadas, como la madre quien se opone a que su hijo sea sometido al examen pericial o cuando la conducta obstruccionista proviene del propio hijo/a.

Respecto de la progenitora, se ha afirmado en un fallo que el acceso a una identidad completa no puede quedar sujeto a la sola voluntad materna, puesto que los derechos que le asisten en su carácter de titular de la patria potestad encuentra límites cuando el interés del hijo se encuentra vulnerado. Por consiguiente, se ordenó la realización de la pericial biológica a la madre <sup>67</sup>. Es indudable que el derecho del hijo a conocer su origen biológico y lograr el emplazamiento filial paterno quedaría trabado si la madre se niega al examen pericial que quizás puede ser la única prueba que le permita acceder a la filiación paterna <sup>68</sup>. Por otra parte, en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el magistrado Pettigiani -con cita de Aída Kemelmajer de Carlucci-, acota que aunque afortunadamente la regla es que el niño es protegido por sus padres, a veces necesita ser protegido de sus padres, y esto se vincula con la intromisión indebida de la madre al negarse a la realización de la prueba en aras del interés del hijo <sup>69</sup>.

### **X. La negativa del hijo**

En el ámbito civil no se conocen fallos judiciales en los cuales haya tenido lugar la negativa del hijo a someterse a las pruebas biológicas. En cambio, se presentaron varios casos con motivo de la supresión del estado civil de los hijos de los desaparecidos en la dictadura militar de 1976-1983 <sup>70</sup>. Respecto del hijo menor de edad, en un pronunciamiento se dijo que *“si bien se comparte la opinión de quienes piensan que la potestad del juez de declarar y aplicar el derecho implica un poder coactivo que resulta lesionado si ante la providencia que ordena la prueba puede alzarse el particular en condición dominadora y resolutoria”*, y de quienes propician el uso de la fuerza para el logro de las pericias cuando estas son inocuas para la integridad psicofísica y moral de las personas, se estima que el referido “poder coactivo” del juez debe ser ejercido con prudencia, sopesando los eventuales beneficios y perjuicios que pueden derivar de tal ejercicio cuando se trata de un menor de edad, afirmándose que lo inofensivo para un adulto puede ser al extremo traumático para un niño. Por consiguiente, la sentencia rechaza *“la posibilidad de someter por la fuerza a la menor J. N. R. a la realización de un nuevo estudio de ADN, sin riesgo de un grave daño a su integridad psíquica y moral. Ello, obviamente, sin mengua del derecho personalísimo a su identidad biológica garantizado por la Constitución Nacional, el cual podrá ejercerlo personalmente -sin necesidad de representación legal- cuando adquiera la indispensable capacidad procesal para hacerlo”* <sup>71</sup>.

### **XI. La obligatoriedad de las pruebas biológicas y la compulsión para su efectiva realización**

Uno de los aspectos que sigue siendo fuente de polémica es si es posible obligar a la persona de manera coactiva a someterse a la prueba pericial. En este aspecto, sostuvo Moisset

de Espanés en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil cuando se discutió el tema, que *“se debe respetar a la persona humana. Por lo tanto, la obligatoriedad a la que alude la recomendación sólo trae como consecuencia imponer al renuente alguna sanción por trabar el normal desarrollo de la justicia”*. Coincidente con este criterio, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en el ámbito civil rechazan el uso de la compulsión física para lograr la realización de las pruebas biológicas <sup>72</sup>.

Sin embargo, en virtud de la influencia que ha tenido el progreso científico en la conciencia jurídica, se perfila la idea- cada vez con mayor fuerza- de que, en caso de negativa de quien debe someterse a la prueba biológica, debe darse la posibilidad de hacerla efectiva, incluso por vía compulsiva. Esta tesis se apoya en argumentos, algunos de ellos similares a los que sustentan la ilegitimidad de la resistencia a realizar las pericias biológicas (ver punto VI, a). Veamos los mismos de manera muy sucinta.

*a. Las potestades del juez y la efectiva cooperación de las partes en el proceso.* Mercader sostuvo largo tiempo atrás que la potestad del juez de declarar y aplicar el derecho implica un poder coactivo que resulta lesionado si ante la providencia que ordena la prueba puede alzarse el particular en condición dominadora y resolutoria <sup>73</sup>. Morello, artífice de la moderna orientación denominada “solidarista” acentúa el criterio de efectiva cooperación en el proceso, para no malograr el derecho cuyo amparo se reclama <sup>74</sup> que exige un rol más activo del demandado, descartándose aquellos comportamientos que se limitan a una cómoda negativa. Por consiguiente, este derecho a la justicia, que comprende el aseguramiento efectivo del derecho a la prueba <sup>75</sup>, permite reclamar al individuo ciertas conductas para colaborar con la función judicial; en este caso, sostienen algunos autores una prueba practicada en la persona que no es vejatoria ni afecta la salud. De esta manera, Azpiri <sup>76</sup> nos dice que *“(…) dentro del juicio de filiación, en mi opinión, debería admitirse la obtención compulsiva de las muestras de material orgánico tendientes a determinar la existencia o inexistencia del vínculo biológico”*. En la doctrina civilista admiten esta posibilidad, además, Morello <sup>77</sup>, Lloveras <sup>78</sup>, Jáuregui <sup>79</sup>, Bosch <sup>80</sup>, Famá-Herrera <sup>81</sup>- Roquier de Alvarez <sup>82</sup>, Grosman-Arianna <sup>83</sup>.

Se ha considerado que si bien la ley no lo dice expresamente, el juez tiene amplias facultades para ordenar la obtención de muestras compulsivamente pues de acuerdo con el art. 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los jueces podrán (...) *“ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes”*, facultades éstas acordadas en la mayor parte de las regulaciones provinciales <sup>84</sup>.

Julio Maier que fundamentalmente examinó el problema en el ámbito penal, pero cuyos argumentos consistentes son válidos para el tema que tratamos, concluye que *“En los litigios civiles para determinar la filiación, la proporcionalidad de la extracción forzada de pequeñas muestras de sangre o de saliva con fines de comparación genética, que no dañen la vida o la salud del afectado por la medida, resulta más que justificada”* <sup>85</sup>.

En algunos países, como en Alemania, se admite de manera expresa la posibilidad de apelar a la compulsión para la ejecución de las pericias después de repetidas negativas injustificadas del demandado, en virtud del “deber de sometimiento” que impone a las partes y a los terceros tolerar todos los exámenes susceptibles de conducir al descubrimiento de la verdad biológica (art. 372 ZPO). Igualmente, el art. 81 de la Ordenanza Procesal alemana prescribe que para la determinación de los hechos que tengan importancia en el proceso, están permitidas las extracciones de sangre y otras intervenciones corporales, cuando no sea de temer un perjuicio para su salud <sup>86</sup>. También aceptan la coerción, en caso de negativa injustificada, Dinamarca, Austria y algunos Estados de EE.UU. <sup>87</sup>.

*b. La compulsión para la realización de las pericias biológicas no lesiona los derechos fundamentales de la persona.* Se ha sostenido que los exámenes biológicos destinados a determinar el nexo filial no implican una lesión a la salud o integridad corporal o psíquica del demandado, ni tampoco constituyen una práctica vejatoria o degradante en el cuerpo de la persona. No menoscaba ni es ofensiva ni irrazonable para un hombre medio <sup>88</sup>.

Tampoco afecta el derecho a la intimidad cuyos límites se inscriben en el art. 19 C.N. Pettigiani señala -en uno de sus votos- que la paternidad trasciende la órbita de reserva o privacidad del individuo cuando se ve afectado el vínculo mismo de alta trascendencia para el derecho. La libertad del individuo entendida como autodeterminación, halla sus límites en la ubicación del sujeto dentro de un orden social por lo que sus acciones no pueden afectar el orden público o legítimos intereses de terceros. Para el aseguramiento del estado filial del menor, su producción deviene imperativa <sup>89</sup>.

La Corte Suprema nos ha dicho en numerosos fallos que los principios y garantías que la Constitución consagra no tienen carácter absoluto y la ley puede imponer restricciones a su ejercicio que guarden adecuada proporción con la necesidad de preservar los derechos de los demás y los intereses generales de la sociedad <sup>90</sup>.

Numerosas normas, por vía directa o indirecta, imponen a los individuos la realización de actos que afectan su autodeterminación y libertad personal (exámenes prenupciales, obligatoriedad en la aplicación de ciertas vacunas, enseñanza escolar obligatoria, etc.). Por otra parte, se imponen diversas pruebas forzadas, entre ellas, de alcoholemia, inspección corporal, huellas dactilares, como procedimientos dirigidos a la obtención de pruebas judiciales <sup>91</sup>. Son supuestos *donde la imposición no conculca derechos fundamentales*.

Se sostiene que es necesario discriminar entre lo que significa una declaración del sujeto y el cuerpo de éste como evidencia de tipo material; la Corte Suprema en diversos precedentes ha dicho que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieren provenir de su libre voluntad, pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, en que la evidencia es de índole material <sup>92</sup>, es decir, ser objeto físico de comprobación <sup>93</sup>.

Es de destacar que el Tribunal Constitucional de España, Sala 1ª (fallo del 17/1/94), admitió que se practique la prueba hematológica ante la negativa del padre alegado, anulándose de este modo la sentencia del Tribunal Supremo, por lo que quedó firme el fallo de la Audiencia Provincial. En el pronunciamiento se dice que *“la tutela judicial constitucionalmente garantizada exige de jueces y tribunales que realicen las actividades necesarias para garantizar la práctica de pruebas que, como la biológica, en este caso, son idóneas, casi insustituibles para garantizar la base fáctica de la pretensión”* <sup>94</sup>.

En el ámbito penal se resolvieron varios casos judiciales, con motivo de la supresión del estado civil de los hijos de los desaparecidos en la dictadura militar de 1976-1983 <sup>95</sup>. Aun cuando se trata de un contexto muy particular, los argumentos vertidos pueden ser útiles para profundizar el debate sobre el uso de la vía compulsiva en el ámbito civil ante la negativa a la realización de las pruebas biológicas en los juicios de filiación. En la causa “H. G. S. y otro” (4/12/95) <sup>96</sup>, la Corte Suprema por mayoría decidió que *“La realización de la prueba de histocompatibilidad -cuando está en juego la identidad de un menor- no afecta derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”*. Estos mismos argumentos sirvieron de fundamento a un fallo posterior del 27/12/96 <sup>97</sup>, en el caso “Guarino, Mirta L. s/ querrela” donde, invocándose expresamente la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Corte reiteró que las cuestiones vinculadas al inalienable derecho de disponer del propio cuerpo en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo expresado en el leading case “Bahamondez” <sup>98</sup>, no alcanzan a la negativa a la extracción de sangre cuando ésta se dirige a obstaculizar una investigación criminal en la que podrían resultar afectados derechos de terceros (art. 19 C.N.). Años después otro fallo de la Corte Suprema instala nuevamente la polémica. Es el caso “Vázquez Ferrá” del 30/9/03 <sup>99</sup> donde se manifiestan distintas posturas <sup>100</sup>. Fallos posteriores, alegando la variación de las circunstancias fácticas <sup>101</sup>, se apartaron de este precedente de la Corte <sup>102</sup> y decidieron la compulsividad de la prueba de histocompatibilidad respecto de personas mayores de edad, presuntos hijos de desaparecidos durante el proceso militar. Este debate, que sigue abierto en el ámbito penal, como bien lo afirma Zannoni, seguramente tendrá sus efectos en el campo civil

<sup>103</sup>, porque la apreciación sobre si tales prácticas afectan derechos constitucionales sirve por igual para todas las áreas jurídicas.

c. *No resulta lo mismo ser hijo presunto que hijo cierto.* Uno de los fundamentos centrales que apoyan la necesidad de hacer efectiva la ejecución de la prueba biológica es que, si bien extraer de la negativa la presunción de que son ciertas las afirmaciones de la contraparte permite el emplazamiento filial y los consiguientes derechos y deberes, se sustituye el derecho del hijo a ser declarado como tal sobre la base de pruebas eficientes, por una filiación fruto de un reconocimiento “ficto”, producto de una inconducta procesal. Las normas internacionales que en nuestro país tienen jerarquía constitucional importan la responsabilidad del Estado de garantizar al niño su derecho a conocer su origen, a lo que cabe agregar que ética y psicológicamente no es lo mismo para el niño ser hijo por una simple -y por lo general arbitraria- negativa unilateral que serlo por una prueba científica de alto grado de certeza como lo es en la actualidad la prueba de ADN <sup>104</sup>. La ejecución de la prueba biológica determinaría la llamada “verdad objetiva” o “verdad real” por oposición a una “verdad formal” y la búsqueda de tal verdad daría facultades al juez para esclarecer la realidad biológica <sup>105</sup>.

Por otra parte, ya desde la posición del demandado, resulta menos comprometido perder un juicio como resultado de una ficción que como consecuencia de la comprobación de una verdad negada, porque de este modo siempre se deja subyacente el beneficio de la duda y ello lesiona el derecho de quien reclama la filiación.

Un fallo reciente de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires <sup>106</sup> rechazó los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley y confirmó la sentencia del Tribunal de Familia N° 2 de San Isidro que había hecho lugar a la demanda de filiación paterna extramatrimonial. Pettigiani- en su voto en minoría- nos dice que la norma del art. 4° de la ley 23.511 y la presunción derivada de la negativa al sometimiento a la prueba biológica por parte de quien fuera sindicado como padre de la niña solucionan sólo un tema relativo a las consecuencias materiales de la falta de reconocimiento de la paternidad atribuida. Se conforma -explica- una ficción jurídica destinada a dar cierta respuesta institucional frente al estado de incerteza sobre el vínculo filiatorio habido entre la menor y el demandado, que en verdad atiende en mayor medida a justificar la procedencia de los mencionados efectos jurídicos secundarios (eventuales reclamos sobre alimentos, asistencia, derechos hereditarios, etc.), que a resolver el problema de fondo, principal, concerniente a la determinación de la verdadera identidad de origen de la niña. La paternidad atribuida de esta forma -agrega- se asemeja más a una sanción procesal, que a la efectiva actuación de la justicia en su irrenunciable misión de brindar tutela al personalísimo derecho del menor a conocer su verdadera identidad de origen. En palabras textuales sigue diciendo el magistrado (...) *“surge del texto legal que el juez, luego de constatar la verosimilitud o razonabilidad del planteo efectuado, directamente debe ordenar la realización de la prueba biológica, que supone lógica y necesariamente que habrá de llevarse a cabo sobre el cuerpo del demandado. Decimos que tal diligencia resulta obligatoria y no meramente facultativa para el magistrado, por cuanto el mismo tiene el deber, y no sólo la facultad, de establecer con toda contundencia y el mayor grado posible de certeza, la identidad filiatoria reclamada”*. No resulta aceptable -dice- que la mera voluntad en contrario y la actuación disfuncional del pretendido progenitor pudieran impedir acceder al conocimiento de la real filiación de una persona, frustrando de tal manera su inalienable derecho a conocer su verdadera identidad de origen. No se trata aquí de crear una suerte de ficción- agrega-, imponiendo algo así como un “padre a palos” (apelando a la figura literaria que suministra Moliere al titular la comedia *El médico a palos*), sino de arrojar certeza a una búsqueda decisiva para reconstruir la historia de la vida de una persona, conocer su identidad de origen y poder desarrollarse en la plenitud de su libertad. Por lo tanto, el magistrado en su voto, a más de estar de acuerdo con el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley y la confirmación de la paternidad ficta de la niña atribuida al demandado, propone adicionalmente (...) *“de ser así requerido oportunamente por la actora, disponer complementariamente una medida tendiente a la concreta determinación de la verdadera identidad de origen de la niña, consistente en la efectiva realización -eventualmente compulsiva- de la prueba biológica centrada en los test de ADN y HLA sobre la persona del demandado G. D. G.”*.



El tema fue analizado en un fallo del Supremo Tribunal Federal del Brasil, donde los magistrados se expidieron a favor o en contra de la compulsión para la realización de la prueba biológica en un juicio de filiación. Transcribiré algunos argumentos de uno de los magistrados que la apoyaron, coincidente con los fundamentos expresados mas arriba por Pettigiani. Dijo el ministro Carlos Velloso (...) *“En autos se encuentra involucrado el derecho del niño a conocer a su padre biológico. La consecuencia de la sumisión sería impregnar a esa resistencia el carácter de una confesión ficta. Pero eso, si tiene importancia para la satisfacción de meros intereses patrimoniales, no resuelve ni es suficiente frente a intereses morales, como el derecho a la dignidad...y uno mayor que todos ellos: el hijo tiene derecho a conocer o saber quién es su padre biológico”*<sup>107</sup>.

Creemos que el progreso científico nos reclama profundizar el debate sobre esta cuestión pues existe una responsabilidad social de garantizar a las personas la verdad objetiva sobre el nexo biológico, o sea, si realmente existe o no nexo filial, mas allá de la verdad judicial basada en una presunción de paternidad. Aun cuando de esta manera se logra el emplazamiento filial, afirmándose los derechos de quien reclama la filiación, en definitiva, estamos frente a una filiación basada en una presunción que podría transformarse en una verdad objetiva y certera si se autorizara la realización efectiva de la prueba científica en caso de renuencia, ya sea a petición de la parte interesada o por decisión del tribunal de acuerdo con las circunstancias del caso.

Bosch plantea algunos casos donde de manera indispensable sería preciso la realización efectiva del examen biológico. En el supuesto de pluralidad de concúbitos opuesta por el demandado y la negativa de éste o los posibles citados a someterse a la prueba, de no acudirse a la compulsión, el hijo quedaría sin padre o la sentencia se basaría en una verdad formal. Si se demandara a los posibles padres, ya en forma conjunta o separada y cada uno de ellos se negara a la prueba biológica, no sería posible establecer la filiación del reclamante. Tampoco se podría evitar un comportamiento fraudulento de quien, para dar el carácter de hijo a quien no lo sea utilizara la simple negativa de someterse a la pericia la cual crearía la presunción de paternidad, riesgo que advierten Méndez Costa y Gregorini Clusellas<sup>108</sup>.

En el intercambio de ideas debe tenerse en cuenta que ha variado notablemente la forma en que se lleva a cabo la prueba esencial que es el test del ADN y esta circunstancia puede ser un relevante elemento de juicio para adoptar el criterio justo. Ya no se requiere siquiera una extracción de sangre y de modo cada vez más frecuente se practica la pericia mediante un hisopado de la mucosa bucal o el análisis de un cabello que la misma persona puede proporcionar y que otorga a la prueba idéntico grado de certeza que el de sangre<sup>109</sup>. Incluso, la extracción sanguínea constituye una práctica de rutina en múltiples exámenes médicos que precisamente se realizan para prevenir y proteger la salud de la persona.

## **XII. Necesidad de una reforma legislativa**

1. Es evidente que la orientación actual de gran parte de la doctrina y jurisprudencia en la acción de reclamación de filiación paterna extramatrimonial representa un paso sumamente positivo para asegurar de modo real y efectivo el principio igualitario en la determinación filial pues se establece un efecto directo y enérgico sobre el resultado del pleito, ya que la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas configura la presunción de que es cierta la paternidad alegada, salvo prueba en contrario. Sin embargo, el principio de seguridad jurídica demandaría su concreción en un texto legal donde se establezca en forma expresa la obligatoriedad de las partes a someterse a los exámenes biológicos ordenados por el juez, siempre y cuando los mismos no fuesen dañinos para la salud. En los juicios de filiación paterna extramatrimonial, la negativa injustificada del demandado a realizarlas, haría presumir la verdad de la filiación reclamada, salvo prueba en contrario<sup>110</sup>.

2. Sin perjuicio de la operatividad de esta presunción, sería conveniente autorizar la realización efectiva de la prueba científica en caso de negativa de quien debe someterse a la

misma, incluso por la vía compulsiva, cuando lo solicitare la parte interesada o por decisión del tribunal de acuerdo con las circunstancias del caso.

Desde un enfoque preventivo, se ha sostenido en la doctrina y en diversos pronunciamientos que es indispensable implementar una hermenéutica rigurosa respecto a los alcances que debe atribuirse a la negativa de someterse a los exámenes genéticos pues contribuye a que partes y letrados, quienes a menudo son los que aconsejan a sus clientes la adopción de tal comportamiento en el marco de una estrategia defensiva, abandonen su actitud obstruccionista en la investigación de la verdad biológica, persuadidos de que tal conducta no les reportará beneficio alguno<sup>11</sup>. Es preciso tener en cuenta el poder educativo de las leyes para modificar conductas ciudadanas. Debemos hacer realidad las palabras de Pedro León al inaugurar el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil cuando expresa: “*Ninguno puede estar desvinculado del medio social en que se desenvuelve, de cuyas aspiraciones e inquietudes participa y de cuyas preocupaciones vitales debe ser el intérprete*”.

#### NOTAS:

<sup>1</sup> Diversos desarrollos de este trabajo, recopilación de doctrina y jurisprudencia formarán parte de la actualización del Título De la filiación en el Código Civil. Dirección: Alberto J. BUERES y coordinación: Elena J. HIGHTON. Esta actualización ha sido realizada por Cecilia P. GROSMAN y Marisa HERRERA (en prensa).

<sup>2</sup> Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Familia*, t. II, N° 745-3, pág. 70; Mauricio Luis MIZRAHI, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 65; Primarosa CHIERI - Eduardo A. ZANNONI, *Prueba del A.D.N.*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2001, pág. 65; Cámara C. y C. Junín, 1/8/1990, L.L. 1990-D-245; CNCiv., Sala A, 28/2/1994, L.L. 1995-B-261.

<sup>3</sup> María Victoria FAMÁ, *Filiación, aspectos civiles, procesales y constitucionales*, Abeledo-Perrot (en prensa). La jurisprudencia se encuentra dividida en la materia: para una tendencia, el art. 253 se refiere a una facultad del juez (conf. Cámara 1ª C. y C. Bahía Blanca, 26/8/1993, E.D. 159-199); para otra, se trata de un deber del magistrado en orden a la investigación de la verdad real (Cámara 1ª C. y C. San Nicolás, 31/3/1992, E.D. 148-449).

<sup>4</sup> Cecilia GROSSMAN, *Alimentos a los hijos...*, cit., pág. 128.

<sup>5</sup> Para un estudio más amplio sobre este tema consultar: Primarosa CHIERI - Eduardo A. ZANNONI, *Prueba del ADN*, ya cit.; VERRUNO - HAAS, *Manual para la investigación de la filiación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985, pág. 17 y ss.; VERRUNO - HAAS - RAIMONDI - BARBIERI, *Banco genético y el derecho a la identidad*, pág. 27 y ss..

<sup>6</sup> LEONARDI, “El A.D.N. puede colaborar con la administración de justicia”, L.L. 1990-A-934.

<sup>7</sup> VERRUNO-HAAS, *Manual para la investigación de...* cit., pág. 89; María Silvia MORELLO DE RAMÍREZ, “La abuelitud y la determinación de la filiación”, RDF N° 6, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pág. 52; Beatriz BISCARO, “La determinación de la filiación mediante la prueba de compatibilidad inmunogenética practicada en los abuelos paternos”, L.L. 1987-C-66; CNCiv., Sala A, 25/11/86, L.L. 1987-C-66, voto del doctor Zannoni.

<sup>8</sup> CNCiv., Sala F, 10/10/89, L.L. 1990-A-2, con nota del doctor ZANNONI, E.D. 135-446; ver Primarosa CHIERI - Eduardo A. ZANNONI, ob. cit., pág. 105 y ss..

<sup>9</sup> CNCiv., Sala G, 5/3/1993, *Derecho de familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, N° 8, con comentario de Patricia ACOSTA, *Un caso de orfandad*, pág. 160; C.J. San Juan, Sala I, 1/8/07, L.L. on line.

<sup>10</sup> M.V. FAMÁ, *La filiación, aspectos civiles, procesales y constitucionales*, ya cit..

<sup>11</sup> CNCiv., Sala A, 28/2/94, E.D. 158-462, con notas aprobatoria de Bidart Campos, *El derecho a la identidad en un juicio de filiación y una prueba sobre el cadáver del presunto padre*; Julio C. RIVERA y C.D. CÓRDOBA, “Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes”, E.D. t. 158, pág. 462. Ver, igualmente, el interesante estudio sobre el tema en María Josefa MÉNDEZ COSTA “La prueba genética de la filiación ante la muerte del demandado”, L.L., ejemplar del 19/4/95; Juzg. Civ. y Com. N° 1 Azul, 24/10/1994, “S. M. R. c/ D. de M., A. y otros”, LLBA, 1995-384, E.D. 163-20. En forma concordante, causa N° 51.055 - “D., R. V. c/ Sucesores de D., P. V. M. y otro s/ Acción de impugnación y de reclamación de filiación extramatrimonial”, Cámara Apel. C. y C. Azul, Sala 2ª, 14/6/07; CNCiv., Sala F, 14/11/05, Sumario N° 16.722 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, boletín del 2/2006.

<sup>12</sup> G. BORDA, *Tratado de derecho civil. Familia*, t. I, N°s 745-7, pág. 71; Mauricio L. MIZRAHI, “La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen”, E.D. del 13/2/94; Primarosa CHIERI y Eduardo A. ZANNONI, *Prueba del A.D.N.*, pág. 200 y doctrina y jurisprudencia allí recogidas; CNCiv., Sala A, 28/2/94, L.L., t. 1995-A, pág. 377 y ss., con comentario de Andrea I. PODESTÁ y M. J. SAENZ, “Algo más sobre el derecho a la identidad”; Alejandro F. BOSCH (H), “Prueba genética póstuma”, L.L. t. 2004-C, pág. 1.328.

<sup>13</sup> Cámara C., C., Cont. Adm. y de Fam. Villa María, 15/5/03, “B., M.C. c/ A., R.”, L.L.C. 2004-687.

<sup>14</sup> Cámara 2ª C., C., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 12/3/08, “Rinaldi, Angel E. c/ Herederos de E. Pokrajac”, con nota de Eduardo A. ZANNONI, “Acción de reclamación de la filiación *posmortem* y prueba del nexo biológico”, ya citado.

<sup>15</sup> Cámara C. y C. Mercedes, Sala I, 28/3/00, LLBA, 2000-908.

<sup>16</sup> *III Congreso Nacional de Derecho Civil*. Conclusiones. Dictámenes en el tema: las pruebas de la filiación y las de la biología, Universidad Nacional de Córdoba, 1961, t. I, pág. 244 y ss..

<sup>17</sup> BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, t. II, N° 475, pág. 294; BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, t. II, N° 745-3, pág. 69; DÍAZ DE GUIJARRO, “Las modificaciones del derecho de familia ante la realidad social y la técnica moderna”, J.A. 1965-VI-30; MOISSET DE ESPANÉS, “Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos”, J.A. 24-1974-270; CNCiv., Sala C, 17/4/58, J.A. 1958-IV-33; *idem*, Sala A, 23/12/59, J.A. 1960-III-227; *idem*, Sala F, 27/12/60, J.A. 1961-II-519; *idem*, Sala B, 7/2/62, L.L. 106-489; *idem*, Sala C, 28/6/74, E.D. 58-263; *idem*, Sala F, 29/12/75, E.D. 67-359; L.L. 1976-C-151, fallo N° 73.189, entre otros.

<sup>18</sup> CNCiv., Sala A, 25/7/73, E.D. 53-388; *idem*, Sala C, 30/4/73, L.L. 152-29; *idem*, Sala D, 31/8/81, J.A. 1982-II-425; L.L. 1985-A-472; *idem*, Sala A, 17/5/84, L.L. 1984-D-280; 7/3/85, J.A. 1985-IV-331; 7/5/85, E.D. 114-166.

<sup>19</sup> BOSSERT - ZANNONI, “Régimen legal de filiación y patria potestad”, pág. 103; CALAROTTA, “Determinación de la paternidad por el sistema H.L.A.”, L.L. 1985-A-480; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano”, E.D. 153-929; María Josefa MÉNDEZ COSTA, “La filiación”, pág. 263; Primarosa CHIERI y Eduardo A. ZANNONI, ob. cit.; VERRUNO- HAAS - RAIMONDI, “La filiación, el H.L.A., los jueces, los abogados y la ciencia”, L.L. 1990-A-794; Cecilia GROSSMAN, *Acción de impugnación de la paternidad del marido*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1982, pág. 153 y ss. Entre los múltiples fallos que admitieron la especial trascendencia de las pruebas biológicas, citamos: C.S.J.N., 1/9/87, L.L. 1987-E-404; J.A. 1988-II-195; 8/9/88, E.D. 131-329; CNCiv., Sala A, 25/11/86, E.D. 123-105; L.L. 1987-C-66; Cámara Apel. C. y C. San Isidro, Sala I, 13/10/88, E.D. 132-476; CNCiv., Sala F, 19/10/89, L.L. 1990-A-1; E.D. 135-445; CNCiv., Sala E, 26/2/90, L.L. 1990-C-441; C.S. Santa Fe, 19/9/91, L.L. 1992-D-536; Cámara 1ª San Isidro, Sala I, 28/4/94, E.D. 159-181.

<sup>20</sup> C.S.J.N., 26/3/91, L.L. 1991-D-51; *idem*, 1/9/87, L.L. 1987-E-404; J.A. 1988-II-195.

<sup>21</sup> Primarosa CHIERI - Eduardo A. ZANNONI, *Prueba del A.D.N.*, ya cit., pág. 196. Discrepa con este criterio, MÉNDEZ COSTA, “Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente”, L.L. 1989-E-563.

<sup>22</sup> Confr. SPOTA, *Tratado de derecho civil. Derecho de familia*, t. II, vol. 4 (14), pág. 57; KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano”, E.D. 153-935; GROSSMAN - ARIANNA, “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, L.L. 1992-B-1193.

<sup>23</sup> Jorge KIELMANOVICH, “La negativa a someterse a pericias genéticas”, L.L. 1988-E-810; Luisa Dohelya ROQUIER DE ALVAREZ, *Filiación. Algunas consideraciones para su determinación*, Córdoba, Marcos Lerner, 1991, pág. 33.

<sup>24</sup> Cámara. Apel. C., C., Trab. y Fam. Villa Dolores, 23/12/03, L.L.C. 2004 (junio), 550 con nota de Gabriel BEDROSSIÁN, “Negativa al análisis de A.D.N.: ¿único elemento para atribuir la paternidad?”, L.L.C. 2001-21.

<sup>25</sup> Danilo LEONARDI, “¿El A.D.N. puede colaborar en la administración de justicia?”, L.L. 1990-934. Ver el estudio: “Alcances de la biotecnología del A.D.N. en la medicina social” que obtuvo el Premio Academia Nacional de Medicina, donde se pone en evidencia la trascendencia de esta herramienta para la determinación filial, en ROQUIER DE ALVAREZ, ya cit., pág. 47.

<sup>26</sup> Cecilia GROSSMAN, “Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, J.A. 1988-II-197; Eduardo A. ZANNONI, *Derecho civil...*, t. II, pág. 489; Néstor SOLARI, “Importancia de la prueba biológica...”, cit.; Jorge O. AZPIRI, *Juicios de filiación...*, cit., pág. 161 y ss., etc..

<sup>27</sup> Cámara 1ª Bahía Blanca, 26/8/93, E.D. 159-199.

<sup>28</sup> C.S.J.N., 1/9/87, L.L. 1987-E-404; GROSSMAN, “Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, J.A. 1988-II-195; CNCiv., Sala E, 19/8/82, L.L. 1983-A-472; *idem*, Sala F, 10/9/82, L.L. 1983-B-204; *idem*, Sala A, 25/11/86, L.L. 1987-C-86; *idem*, Sala F, 11/5/88, L.L. 1990-C-441; C.S. Santa Fe, 19/9/91, L.L. 1992-D-537.

<sup>29</sup> Cecilia GROSSMAN, “Valoración de las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, L.L. 1988-II-197.

<sup>30</sup> BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, t. II, pág. 293; BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, t. II, N° 733, pág. 92; BUSSO, *Código Civil anotado*, t. II, art. 325, N° 88, pág. 728; DÍAZ DE GUIJARRO, “Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos”, J.A. 1947-III-216; LLAMBIAS, *Código Civil anotado*, art. 325, N° 10, pág. 1013; ZANNONI, *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 2, N° 1135, pág. 514; CNCiv., Sala F, 12/2/75, E.D. 67-379; *idem*, Sala D, 6/9/73, E.D. 53-182; *idem*, Sala C, 2/3/77, L.L. 1977-C-70; Cámara Apel. C. y C. Mar del Plata, Sala I, 30/8/88, E.D. 133-747; C.S. Santa Fe, 19/9/91, L.L. 1992-D-537.

<sup>31</sup> Cámara Apel. San Isidro, Sala I, 13/9/88, L.L. 1989-E-563. En un fallo se ha sostenido que el sometimiento a los estudios no sólo constituye un imperativo ético y legal, sino también una “carga ineludible” (Cámara 1ª C. y C. Bahía Blanca, Sala I, 27/12/91, L.L. 1992-E-252).

<sup>32</sup> Nora LLOVERAS, “La identidad personal: lo dinámico y lo estático en los derechos del niño”, *Derecho de familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 13, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 65 y ss.; Mauricio Luis MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2006.

<sup>33</sup> Cámara Apel. C., C., y Cont. Adm. 1ª Nom., Río Cuarto, 22/12/03, L.L.C. 2004 (octubre), 966.

<sup>34</sup> Cámara Apel. C. y C. Mercedes, Sala I, 28/3/00, LLBA, 2000-908.

<sup>35</sup> C.S. Santa Fe, 19/9/91, L.L. 1992-D-537, aprueba este criterio, MÉNDEZ COSTA, *Encuadre constitucional del derecho a la identidad*, nota al fallo mencionado; Mauricio L. MIZRAHI, “La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23.511”, *Jurisprudencia Argentina*, 2004-II, fascículo n. 5; En el mismo sentido: Trib. Const. de España 1ª, 17/1/94, E.D. 157-255; en contra, BIDART CAMPOS, “La negatoria a someterse a pruebas biológicas en el juicio de filiación”, E.D. 157-255.

<sup>36</sup> La pertinaz negativa de la madre a someterse a su hijo a la prueba biológica, es un elemento coadyuvante en favor de la impugnación de la paternidad del marido, CNCiv., Sala E, 29/8/91, L.L. 1994-B-107. MOISSET DE ESPANÉS, en una postura más drástica, consideraba que el juez puede extraer de aquella conducta la presunción de incompatibilidad sanguínea que comporta en sí misma la inexistencia del vínculo de filiación, en “Negativa a someterse a la prueba de grupos sanguíneos”, J.A. 24-1974-270.

<sup>37</sup> BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, t. II, pág. 295; BOSSERT - ZANNONI, *Manual de derecho de familia*, pág. 242; MÉNDEZ COSTA, “Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente”, L.L. 1989-E-563. Entre los fallos que dan fuerza relevante a la negativa: CNCiv., Sala F, 11/5/88, E.D. 109-231; Cámara Apel. San Isidro, Sala I, 13/10/88, L.L. 1989-E-563; CNCiv., Sala E, 2/10/87, L.L. 1988-D-311 (el asesor de Menores de la Cámara, Alejandro Molina, sostuvo en el caso, que debe otorgarse a la negativa el valor de plena prueba respecto de la paternidad atribuida) Cámara Apel. C. y C. San Isidro, Sala I, 28/4/94, E.D. 159-181; CNCiv., Sala L, 14/4/94, E.D. 159-188; Cámara de Fam. 1ª Nom., Córdoba, 27/5/92, citado por FOURCADE, en *Derecho de familia*, pág. 39.

<sup>38</sup> CNCiv., Sala E, 26/2/90, L.L. 1990-C-441.

<sup>39</sup> L.D ROQUIER DE ALVAREZ, op. cit., pág. 39.

<sup>40</sup> MÉNDEZ COSTA, “Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente”, L.L. 1989-E-563, juzga que puede facilitar comportamientos fraudulentos; en igual sentido, GREGORINI CLUSELLAS, “Las implicancias de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en el nuevo enfoque para determinar la filiación”, L.L. 1986-D-311; CAPPARELLI, *Los diversos medios de prueba para establecer la filiación*, L.L. 1991-D-244; Pedro Di LELLA, *Paternidad y pruebas biológicas*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pág. 66; MAZZINGHI, “Renuencia paterna a la prueba hematológica”, E.D., ejemplar del 22/9/94; CNCiv., Sala B, 10/9/87, L.L. 1989-A-115. En el fallo: CNCiv., Sala E, 26/2/90, L.L. 1990-C-441, si bien se admite que la negativa es una grave presunción en contra del renuente se considera que por sí sola no basta para acreditar el nexo biológico; Cámara Apel. C. y C. Morón, Sala I, 2/6/92, J.A. 1992-III-569.

<sup>41</sup> Cámara Apel. C. y C. Mar del Plata, Sala I, 30/8/88, E.D. 137-747; CNCiv., Sala E, 2/10/87, E.D. 130-131; Cámara Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 30/9/93, J.A. 1994-IV-síntesis.

<sup>42</sup> M.L. MIZRAHI, “Identidad filiatoria y pruebas biológicas”, ya cit., pág. 110; Eduardo A ZANNONI, *Derecho de Familia*, t. 2, Nº 1138, pág. 520; Cámara Apel. C. y C. San Isidro, Sala I, 13/10/88, E.D. 132-476; Cámara Apel. San Isidro, Sala I, 28/4/94, E.D. 159-181; ST Entre Ríos, Sala Civ. y Com., 16/3/94; J.A. 1994-IV-síntesis; S.C.B.A. Ac. 51583, 17/10/95; Ac. 62514, 15/4/97; Ac. 67883, 21/4/98; Ac. 68872, 1/9/98, D.J.J. del 11/11/98; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires Causa Nº 49.237 – “R., M. del C. c/ E., I. s/ Reclamación de Filiación Extramatrimonial”; C.S. Santa Fe, 19/9/91, L.L. 1992-D-536 con nota de María Josefa MÉNDEZ COSTA; Cámara Apel. C. y C. Azul (Buenos Aires), Sala II, 4/5/06; TS La Rioja, 21/6/06, L.L. Gran Cuyo, 2006 (noviembre), 1286; CCiv.Neuquén, Sala I, 15/5/06, L.L. Patagonia, 2006, 635, L.L. Patagonia, 2007 (junio), 1004, con nota de Néstor SOLARI; Cámara C. y Com. Mar del Plata, Sala II, 4/5/06, LLBA 2007 (febrero), 76; STS Santiago del Estero, Sala Civ. y Com., 17/10/05, LLN0A, 2006 (marzo), 143; T.Coleg.Familia Rosario, Nº 5, 24/10/02, L.L. 2003-D-351; CNCiv., Sala I, 21/6/01, L.L. 2001-E-740; E.D. 194-54, Sup. Const. 2002 (agosto) 18, Colección de Análisis Jurisprudencial, *Derecho de familia*, director M. CÓRDOBA, L.L. 2004/286, con nota de Néstor SOLARI; Cámara C., C. y de Garantías en lo Penal Pergamino, 12/9/00, L.L.B.A. 2001, 385.

<sup>43</sup> Jorge AZPIRI, *Juicio de filiación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001, pág. 140; Cecilia GROSSMAN e Irene MARTÍNEZ ALCORTA, “La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264”, L.L. 1986-D-935; GROSSMAN - ARIANNA, “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, L.L. 1992-B-1193; CALAROTTA, “Categórico reconocimiento del método H.L.A. como prueba autosuficiente para determinar la paternidad”, L.L. 1985-A-480; Ricardo J. DUTTO, “El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas”, en *Revista de Derecho Procesal, Derecho procesal de familia II, 2002-2*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pág. 143 y ss.; FAMÁ-HERRERA, “La identidad en serio: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación”, *Derecho de familia*, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Nº 33, pág. 68; FAMÁ, “Filiación, aspectos civiles, procesales y constitucionales”, ob. cit. (en prensa); KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano”, E.D. 153-939; KIELMANOVICH, “La negativa a someterse a pericias genéticas”, L.L. 1988-E-810; Lea M. LEVY, “Filiación” en *Instituciones de derecho privado moderno*, Javier H. WAINTRAUB, Sebastián PICASSO y Juan M. ALTERINI, (coordinadores), Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2001; A. MORELLO, “La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso”, J.A. 1991-III-52; Augusto MORELLO, “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba”, E.D. 132-953; Néstor E. SOLARI, “La conducta procesal de las partes en el juicio de filiación”, L.L.Litoral, 2005 (diciembre), 1194. En sentido coincidente se ha pronunciado: Sala E, 26/2/90, “C., J.J. c/ S., F.M.”, L.L. 1990-C-440; Sala F, 24/8/92, “L., R.G. y otra c/ M., L.A.”, J.A. 1994-I-122; Sala I, 31/5/95, J.A. 1995-IV-340, con nota de Graciela MEDINA, “Filiación: negativa a realizar pruebas biogenéticas...”; Cámara C. y C. Bahía Blanca, CNCiv., Sala I, 28/9/95, “D., R. v. S., J.”, J.A. 1998-I-síntesis; CNCiv., Sala L, 14/4/94, “M., C. S. v. E. y L. F., C. M.”, J.A. 1995-II-437; *idem*, Sala D, 17/9/96, “S., E.B. c/ S., H.S.”, L.L. 1998-D-898; *idem*, 19/12/02, “A., N.B. c/ R., J. s/ filiación”, E.D. del 11/12/03, pág. 5; *idem*, Sala B, 15/2/05, “D. M. A. c/ M. F. s/ filiación”; www.eldial.com, 21/4/05; Cámara C., C. y Cont. Adm. Río Cuarto, 1ª Nom., 22/12/2003- L.L.C. 2004 (octubre), 966; Cámara C. y C.

Mercedes, Sala I, 28/3/00, LLBA, 2000, 908; Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 4/5/00, L.L.C., 2001, pag. 21 y Sem. Jur. N° 1292, 65; Cámara C., C. y Cont. Adm. Río Cuarto, 1ª Nom., 4/10/02, L.L.C., 2003 (junio), 616; ColegdeFamiliaLaPlata, N° 1, 3/2/06, LLBA, 803; S.C.Mendoza, Sala I, 29/8/1995, L.L. 1996-B-546, con nota Jorge Adolfo MAZINGHI (h); C.Civ. y Com. Santa Fe, Sala 1ª, 10/4/2003, RDF, 2003-II-177; TSCórdoba) (Sala Civil y Com, 19/4/2006, Recurso de casación e inconstitucionalidad, L.L.C., 2006, 806 - L.L.C., 2006, 919, con nota de Néstor E. SOLARI; CNCiv., Com. y Minería San Juan, Sala II, 21/9/04, L.L. on line; SCJMdza, 7/8/07, C. A. C. en J° 21.249 “S. L. p/ la menor E. C. S. c/ C. A. C. A. p/ filiación extramatrimonial s/ inc. cas” (Cita: MJJ13884); Cámara C., C., Trab. y Fam. Villa Dolores, 23/12/03, L.L.C., 2004 (junio), 550; Cámara 1ª C. y C. Bahía Blanca, Sala I, D.J., 1993-1-288; CNCiv, Sala C, 13/6/96, “C., M. L. v. De R., O. A.”, E.D. 171-38; AA23; Cámara C., C. y Cont. Adm. Río Cuarto, 2ª Nom.), 22/2/07, L.L.C. 2007 (junio); 545. CNCiv., Sala M, 8/6/93, “N. I. A. v. M. O.”, J.A. 1994-IV-776; Cámara de Familia de 1ª Nominación, 1ª Circunscripción Judicial, Córdoba, Foro de Córdoba, año IV, N° 19, 1994, pág. 149; Cámara C., C. Lab. y Paz Curuzú Cuatiá, 5/6/05, “M., V. D. c. G., E. V.”, L.L. Litoral, 2005 (diciembre), 1194; Sup. Trib. Jujuy, 10/9/99, “G., S.R. c/ B., J.A.”, L.L. NOA, 1999-419. Este criterio fue recomendado en las “II Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia y Minoridad”, Morón, octubre de 1991.

<sup>44</sup> En dicho país, cuando una mujer va a dar a luz, declara, bajo juramento, el nombre del presunto padre ante el registrador del hospital o Centro de Salud donde ocurre el nacimiento del niño o ante la Dirección General del Registro Civil. Se cita al presunto padre otorgándole 10 días hábiles para que se presente ante el Registro Civil y declare si acepta o no la paternidad. Si el padre no concurre, sin causa justificada, se inscribe al niño con el apellido del padre señalado. Si niega la paternidad, se inicia el proceso judicial de reconocimiento en el cual se fija fecha para la realización del ADN. Si el padre no concurre al examen, se ordena mediante sentencia del tribunal la inscripción del niño que, desde ese momento, es legalmente hijo del demandado.

<sup>45</sup> Para profundizar estas experiencias y las diferencias entre ellas, compulsar Nora LLOVERAS, *La filiación en la Argentina y en el Mercosur. Costa Rica y Perú*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007, pág. 297 y ss.

<sup>46</sup> Entre otros: T.S.J., Córdoba, 4/5/00, L.L.C. 2001, pág. 21; Sem. Jur. N° 1292, pág. 653 y Cámara Apel. C., C. y Cont. Adm. Río Cuarto, 1ª Nom., 4/10/02, L.L.C., 2003 (junio), 616.

<sup>47</sup> Entre otros fallos, ver: Juzgado 1ra. inst. C. y C. San Isidro, N° 9, 29/3/1988, E.D. 128-332; Cámara Apel. C. y C. San Isidro, Sala I, 13/10/1988, L.L. 1989-E-563 y Trib., Familia, LaPlata, N° 1, 3/2/06, L.L.B.A., 2006- 803.

<sup>48</sup> S.C. Mendoza, Sala I, 24/7/01, “D.R.C. v. A.M.B.”, en www.lexisnexisonline.com.ar. En el mismo sentido, entre otros, CNCiv., Sala E, 2/10/87, E.D. 130-331; *idem*, Sala F, 7/3/89, E.D. 137-646; Sala A, 21/4/1998, “O., M. C. c. N., E. R.”, L.L. 1998-D-741 y D.J. 1998-3-395; C.S. 4/12/95, Fallos 318:2529; C.S., 27/12/96, “G., M. L. s/querella”, Fallos 319:3375 y J.A. 1999-I-síntesis; C.S. Santa Fe, 19/9/91, L.L. 1992-D-536; Trib. Sup. Just. Córdoba, Sala Civ. y Com., “NN - Recurso directo”, 4/5/00; CNCiv., Sala A, 21/4/98, L.L. 1998-D-741; *idem*, Sala C, 22/10/93, E.D. 157-270; *idem*, Sala H, 4/10/96, “G., T.M. y otro c/ V., G.R. s/ filiación”, L.L. 1998-D-69; SCBA, 7/7/98, “S., A.M. c/ A., H.M.”; Trib. Coleg. Flia. N° 4, Rosario, 1/3/94, “B., R.G. c/ P., G.N.”; C.S. Santa Fe, 19/9/91, “A., M. c/ L., C.L.”, L.L. 1992-D-544; CNCrim. y Corr. Fed., Sala 2ª, 15/8/02, L.L. 2002-F-747, etc.. En doctrina, han descartado la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 23.511, entre muchísimos otros, Mauricio MIZRAHI, *Identidad filiatoria y pruebas biológicas*, cit., pág. 105 y ss.; del mismo autor, “La convergencia de derechos constitucionales y el indicio previsto por la ley 23.511”, J.A. 2004-II-1467; Augusto M. MORELLO, “Guerra entre Cortes y colaboración efectiva para los resultados del proceso”, J.A. 1994-III-474 ; Primarosa CHERI y Eduardo A. ZANNONI, *Prueba del ADN...*, cit., págs. 193/195; Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano”, E.D. 153-928; Néstor SOLARI, “Importancia de la prueba biológica. Algunas cuestiones surgidas del artículo 4º de la ley 23.511”, L.L. Litoral, 199-387; Carlos M. CORBO, “Conflicto de intereses entre los derechos a la identidad y a la intimidad”, J.A. 2001-IV-898, etc..

<sup>49</sup> E ZANNONI, *Derecho de familia*, t. 2, N° 1135, pág. 514; S.C.Mendoza, Sala I, 29/8/1995, L.L. 1996-B-546, con nota Jorge Adolfo MAZINGHI (h); Cámara C. y C. Santa Fe, Sala 1ª, 10/4/03, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2003-II-177.

<sup>50</sup> T.S.J., Córdoba, Sala Civ. y Com., 19/4/06, “Recurso de casación e inconstitucionalidad”, L.L.C., 2006, 806 con nota de Néstor E. SOLARI.

<sup>51</sup> Similar argumentación en el fallo del Tribunal de Familia de La Plata, N° 1, 3/2/06, LLBA, 2006, 803.

<sup>52</sup> A. MORELLO, “La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso”, J.A. 1991-III-52. En sentido coincidente se ha pronunciado la CNCiv, Sala D, “S., E. B. v. S., H. S.”, 17/9/1996, J.A. boletín del 7/1/1998, jurisprudencia sintetizada sobre filiación.

<sup>53</sup> Augusto MORELLO, “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba”, E.D. 132-953.

<sup>54</sup> Eduardo ZANNONI, *Derecho de familia*, t.2, N° 1135, pág. 514.

<sup>55</sup> T.S.J., Córdoba, Sala Civ. y Com., 19/4/06, “M. B. D. V. C/ E. P. B. - Dda. de filiación - Recurso de casación e inconstitucionalidad”, L.L.C., 2006, 806, con nota de Néstor E. SOLARI.

<sup>56</sup> En otros fallos se ha dicho que la negativa debe ser valorada como presunción probatoria de compatibilidad sanguínea con el hijo que se pretende atribuirle. “CNCiv., Sala G, 11/12/03. L. 362755 - “M. M. V. y otro c/ C. A. J. s/ filiación”, elDial - AA1CD5; CNCiv., Sala M, de la CNCiv., en un fallo publicado en L.L. 1994-A-77.

<sup>57</sup> Cámara C., C. y Cont. Adm. 1ª Nom. Río Cuarto, L.L.C. 2003-616.

<sup>58</sup> T.S.J., Córdoba, Sala Civ. y Com., 4/5/00, L.L.C., 2001, 21, con nota de Gabriel BEDROSSIÁN.

<sup>59</sup> T.S.J., Córdoba, Sala Civ. y C., 4/5/00, L.L.C., 2001, 21 con nota de Gabriel BEDROSSIÁN.

<sup>60</sup> SC Mendoza, Sala I, 29/8/95, en L.L. 1996-B-544.; SCJMdza., 7/8/07, C. A. C. en J° 21.249 S. L. p/ la menor E. C. S. c/ C. A. C. A. p/ filiación extramatrimonial s/ inc. cas (Cita: MJJ13884).

<sup>61</sup> CNCiv., Sala A, DJ, 1998-3-395.

<sup>62</sup> CCivCom., Trab. y Familia Villa Dolores, 23/12/2003, L.L.C. 2004 (junio), 550 y Capel. 1ª C.C. Bahía Blanca, Sala I, DJ, 1993-1-288.

<sup>63</sup> CNCiv - Sala C, L. 169161 - "M c/ D R, O s/Filiación" - 13/06/1996 elDial - AA23; CCivCom., Trab. y Familia Villa Dolores, 23/12/2003, L.L.C. 2004 (junio), 550

<sup>64</sup> T.S.J., Córdoba Sala Civil y Comercial, 4/5/2000, in re: "N. N.", publicado en L.L.C., 2001, pág. 21, con nota laudatoria de Gabriel BEDROSSIAN, y en "Semanario Jurídico" T. 82-2000-A-653.

<sup>65</sup> TColeg. de Familia La Plata (Nº 1), 3/2/06, LLBA, 803; CCivCom. y Contencioso Administrativo Río Cuarto-(1ª Nom), 22/12/2003- L.L.C. 2004 (octubre), 966;

<sup>66</sup> Cámara 1ª de San Nicolás, Revista Jurisprudencia Provincial, dic.1995, Nº 2, pág. 1075, cit. en ROQUIER DE ALVAREZ, pág. 88; CCiv. Com. y Minería San Juan (Sala II), 21/9/2004, La Ley on line.

<sup>67</sup> Juzgado en lo Civil y Comercial, San Nicolás, 22/09/2000.

<sup>68</sup> Adriana N. KRASNOW, "Una solución justa para acceder de forma justa a la verdad", nota al fallo del Tribunal Colegiado de Familia de Rosario, N.5, 28/05/2004, *Derecho de familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004-III-155; Sobre el particular, ver fallos: Tribunal Colegiado T. Col. Flia. Nº 4, Rosario, 19/05/1995, en L.L. Litoral, agosto 1999; C. C. y Com. Rosario, Sala II, 23/09/1997, en L.L. Litoral, agosto 1999; T. Col. Flia Nº4, Rosario, 3/7/1996, en L.L. Litoral, agosto 1999; T. Col. Flia., Quilmes, en Doctrina Judicial, 8/3/2000; C. C. y Com., Santa Fe, 21/04/1998, en L.L. Litoral, agosto, 1999; C.N.Civ., Sala J, 1/2/2000, en Doctrina Judicial, 23/8/2000.

<sup>69</sup> Ac. 59.680, 28/04/98, en L.L. Buenos Aires, 1999-167; Ac. 64.506, 10/11/98, en Diario de Jurisprudencia de Buenos Aires, 156-29.

<sup>70</sup> Ver los casos presentados con motivo de la supresión del estado civil de los hijos de los desaparecidos en la dictadura militar de 1976- 1983, en: María Victoria FAMÁ y Marisa HERRERA, "La identidad en serio: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", op. cit., pág. 67 y ss.

<sup>71</sup> Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, 2/5/2005 on line.

<sup>72</sup> BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, t. II, nº 745-5, pág. 70; BOSSERT-ZANNONI, *Régimen legal de filiación y patria potestad*, nº 14, pág. 105; BIDART CAMPOS, "Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio", E.D. 150-524; MÉNDEZ COSTA, *La filiación*, nº 150, pág. 264; FERRER-MEDINA-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil Comentado. Derecho de familia*, t. I, pág. 534; LLOVERAS, *Patria potestad y filiación*, pág. 87; DI LELLA, *Paternidad y pruebas biológicas*, ya cit. pág. 62; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aspectos jurídicos del proyecto genoma humano, E.D. 153-940; CSJN, 13/11/90, E.D. 141-263, en el fallo, ya citado, se consideró que tratándose de un impúber, la decisión de negarse a que se le practiquen las pruebas hematológicas corresponde a su representante legal (disidencia del doctor Fayt); CNCiv., Sala E, 26/2/90, L.L. 1990-C-441; idem, Sala F, 7/3/89, E.D. 137-645; CS Santa Fe, 19/9/91, L.L. 1992-D-536.

<sup>73</sup> Amílcar MERCADER, "La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano", L.L. 23-130.

<sup>74</sup> Augusto Mario MORELLO, "La obligación de cooperación para acceder a la verdad en el ámbito del proceso (a propósito de la obtención coactiva de sangre a fin de realizar la prueba hematológica (J.A. 1991-III-52; MORELLO - MORELLO DE RAMÍREZ, "La prestación de alimentos desde la perspectiva de la justicia de protección o acompañamiento", J.A. 1991-II-700.

<sup>75</sup> MORELLO, "El derecho a probar, su perfil constitucional", E.D. ejemplar del 29/9/94; KIELMANOVICH, "Algo más acerca de la conducta procesal como prueba", J.A., ejemplar del 19/10/94; de *lege ferenda* admite este criterio, Juz. 1ª Inst. Civ. y Com. San Isidro, nº 9, 29/3/88; E.D. 128-332.

<sup>76</sup> Jorge O. AZPIRI, *Juicios de filiación...*, cit., págs. 158 y 159.

<sup>77</sup> MORELLO, "Jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano", L.L. 23-130; MORELLO, "Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba", E.D. 132-953; idem, "La obligación de cooperar para acceder a la verdad en el ámbito del proceso", J.A. 1991-III-53.

<sup>78</sup> Nora LLOVERAS, y Marcelo SALOMÓN, "La filiación 'presuntiva' y la filiación 'verdadera': la constitucionalidad de la obligatoriedad de las pruebas biológicas", RDF Nº 36, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pág. 115.

<sup>79</sup> Rodolfo G. JÁUREGUI, "Carga de la prueba y pericias hematológicas", L.L. 1999-D-968.

<sup>80</sup> Rodolfo G. JÁUREGUI, "Carga de la prueba...", cit. En el mismo sentido ver Alejandro E. BOSCH, "La filiación de las personas...", cit.

<sup>81</sup> María Victoria FAMÁ y Marisa HERRERA, "La identidad en serio": sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación", *Derecho de familia*, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, LexisNexis, Abeledo-Perrot, Nº 33, marzo-abril 2006, pág. 67 y ss.

<sup>82</sup> L. ROQUIER DE ALVAREZ, ob cit., pág. 92.

<sup>83</sup> GROSMAN - ARIANNA, Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial, L.L. 1992-B-1193.

<sup>84</sup> A.F. BOSCH trab. cit.; C.21117, Mauricio Luis MIZRAHI, "Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas", L.L. 2004-A-1237 " Incidente de Apelación en autos V.S, E. s/sustracción de menor", CNCrim. y Correc. Fed., Sala II.

<sup>85</sup> Julio B.G. MAIER, “Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción para conocer la verdad, La familia en el nuevo derecho”, directora Aída Kemelmajer de Carlucci, coordinadora, Marisa Herrera, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. II, pág. 65.

<sup>86</sup> Javier Augusto DE LUCA, “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales”, Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001-1, pág. 409.

<sup>87</sup> FAMÁ-HERRERA, “La identidad en serio”: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación, ya cit., pág. 85 y ss.

<sup>88</sup> Rodolfo G. JÁUREGUI trab. cit.

<sup>89</sup> Eduardo PETTIGIANI, en el voto en minoría fallo C. 85.363 - “F., S. B. c/ G., G. D. Filiación”, SCBA, 27/8/08.

<sup>90</sup> Fallos 300:67; 308:814;312:318; 314:225;320:196, entre otros , cit. en: C.21117, “ Incidente de Apelación en autos V.S, E. s/sustracción de menor”, CNCrim. y Correc. Fed., Sala II.

<sup>91</sup> Ver L.D. ROQUIER DE ALVAREZ, ob. cit., donde se explicitan otros ejemplos, pág. 88/89.

<sup>92</sup> C.21117, “ Incidente de apelación en autos V.S, E. s/sustracción de menor”, CNCrim. y Correc. Fed., Sala II.

<sup>93</sup> Mauricio Luis MIZRAHI, “Limitación jurisprudencial a las pruebas biológicas compulsivas”, L.L. 2004-A-1237 y “La compulsión en la ejecución de la prueba genética para determinar la identidad de origen”, Rev. E.D. 13/2/04, pág. 8; Julio B.J. MAIER, *Derecho procesal argentino*, t. 1-b, pág. 444; J.A. DE LUCA, trab. cit., pág.402

<sup>94</sup> Tribunal Constitucional, España, 17/1/94, “E.D.A.N. c/ E.M.V. s/ recurso de amparo 1407/92”, en [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es). En Argentina, el fallo fue publicado en J.A. 1994-III-467, con nota de Augusto M. MORELLO, “Guerra entre cortes y colaboración efectiva para los resultados del proceso”.

<sup>95</sup> Ver un interesante panorama de la evolución jurisprudencial en esta materia puede consultarse en Ivana V. BLOCH, y María C. HOCKL, “La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Rev. J.A., 24/3/04, ps. 3 y ss.

<sup>96</sup> C.S., 4/12/95, “H. G. S. y otro”, JA 1996-III-436 con nota de Cifuentes, Santos, “Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La *inspectio corporis* forzada)”.

<sup>97</sup> C.S., 27/12/96, “Guarino, Mirta L.”, Fallos 319:3375. En el mismo sentido ver CNCrim Corr FE.D. Sala II, 15/8/02, “Delogu, Fernando L.”, L.L. 2002-F-747.

<sup>98</sup> C.S., 6/4/93, “Bahamondez, Marcelo”, L.L. 1993-D-130.

<sup>99</sup> C.S., 30/9/03, “Vázquez Ferrá, Evelyn K. s/ incidente de apelación”, JA, 2003-IV-436.

<sup>100</sup> Este precedente tuvo su origen en la querrela promovida por la madre de una mujer desaparecida en el año 1977, cuando estaba embarazada de cinco meses. La peticionante alegó que su hija, después de haber estado privada ilegalmente de su libertad, dio a luz a su nieta, la que habría sido entregada a un militar e inscripta en el Registro Civil como Evelyn Karina Vázquez Ferrá. En este juicio la mayoría del tribunal aceptó su negativa a realizarse la prueba biológica en base a diversos fundamentos que giraron en torno al resguardo de la libertad de intimidad de la joven (art. 19 C.N.) frente al derecho de los abuelos de conocer la verdad respecto de su presunta nieta.. El ministro Maqueda -en minoría-, tras llevar a cabo una ponderación de los derechos en juego, concluyó-siguiendo precedentes anteriores- que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre -si se realiza por los métodos ordinarios de la ciencia médica- ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen. La doctrina se dividió frente a las posturas expuestas.Ver: Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “El caso ‘Evelyn Vázquez Ferrá’: un supuesto de colisión de derechos fundamentales resuelto por la Corte Suprema que abre un arduo y enriquecedor debate”, *Derecho de familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia n° 26, Cecilia P. GROSMAN (directora), Buenos Aires, LexisNexis, 2004, ps. 175 y ss.

<sup>101</sup> La primera gran diferencia entre estos fallos y su precedente es que la prueba pericial era la única vía para verificar o descartar las sustracciones denunciadas y la única conducente para individualizar a los autores de los delitos.

<sup>102</sup> CNpel. Crim. Y Corr. Fed., 14/7/04, “V., S.E.”, en *Derecho de familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia 2004-III, Cecilia P. GROSMAN (directora), LexisNexis, Buenos Aires, 2004, pág. 9, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “Una nueva postura sobre la colisión de derechos fundamentales que renueva el debate suscitado por el caso ‘Evelyn Vázquez Ferrá’”; CámaraFed.Apel, San Martín, Sala II, 30/9/04, “Barnes de Carlotto, Estela en representación de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo s/su denuncia”, Lexis N° 35000525, [www.lexisnexis.com.ar](http://www.lexisnexis.com.ar).

<sup>103</sup> E. ZANNONI, *Derecho de familia*, t. 2, N° 1136, pág. 517

<sup>104</sup> Cecilia GROSMAN y Carlos ARIANNA, “Los efectos de la negativa...”, cit.

<sup>105</sup> María Virginia BERTOLDI DE FOURCADE, “Investigación de la paternidad”, La Ley, 21 de diciembre de 1999

<sup>106</sup> C. 85.363, “F., S. B. c/ G., G. D. - Filiación” - SCBA 27/8/08.

<sup>107</sup> Javier Augusto DE LUCA, “Pruebas sobre el cuerpo de imputado o testigos y las garantías constitucionales”, Revista de Derecho Penal, Rubinzal-Culzoni, 2001-1, pág. 420.

<sup>108</sup> Alejandro F. (h.) BOSCH, trab. cit.

<sup>109</sup> Primarosa CHERI y Eduardo ZANNONI, *Prueba del ADN...*, cit., pág. 231.

<sup>110</sup> Igualmente se ha pensado en coerciones indirectas para vencer la resistencia de quien afecta la potestad jurisdiccional y obstaculiza el emplazamiento filial., como: la imposición de condenaciones conminatorias de carácter pecuniario (art. 666 bis C.C.), criterio adoptado en las “II Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia y Minoridad”, Morón, octubre 1991, donde, además, se propuso que los importes correspondientes debían depositarse en un fondo especial destinado a proporcionar los recursos necesarios para la instalación de laboratorios y servicios especializados destinados a la realización de las pruebas biológicas en todos los lugares de la República; sin perjuicio de las sanciones procesales (arts. 34, inc. 5º, d) y 37, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) o, eventualmente, sanciones penales (art. 239 Cód. Penal).

<sup>111</sup> Jorge O. AZPIRI, *Juicios de filiación y patria potestad*, pág. 151; Carlos A. GHERSI en su obra *Prueba de ADN. Genoma humano*, pág. 97 y doctrina y jurisprudencia citada); T.S.J Córdoba, Sala Civ. y Com., 4/5/00 “N.N.”, por mayoría); T.S.J. Córdoba, Sala Civ. y Com., 19/4/2006, autos: “M. B. D. V. c/ E. P. B. Dda. de filiación – Recurso de casación e inconstitucionalidad”, L.L.C. 2006, 806 - L.L.C. 2006, 919, con nota de Néstor E. SOLARI; CCiv. Com. y Contencioso Administrativo Río Cuarto, 2ª Nom, 22/2/07, L.L.C. 2007, junio, 545.



# LA ADOPCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO (Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1927)

por CATALINA ELSA ARIAS DE RONCHIETTO

**SUMARIO:** Adhesión y agradecimiento. Introducción. 1. 1927. Especial referencia al I Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba. 2. El silencio legislativo nacional hasta la sanción de la ley 13.252 de 1948. 3. 1968. Reconocimiento de los padres adoptantes en la reforma al Código Civil, ley 17.711. 4. 1871-1971. Cien años hasta la sanción de la trascendente reforma del régimen civil adoptivo de la ley 19.134. 5. 1997. Inclusión del vínculo adoptivo en el cuerpo del Código Civil, ley 24.779. 6. Principios ético- jurídicos -*conditio sine qua non*- del régimen paterno-filial y familiar adoptivo. Instancia conclusiva.

## Adhesión y agradecimiento

En primer lugar, es muy sincero el agradecer la invitación a participar en esta obra; adherimos vivamente al Homenaje a la trascendente labor cumplida durante los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil, llevados a cabo en la ciudad de Córdoba; así como el valioso material que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, nos ha hecho llegar. Las respectivas actas despiertan ecos profundos del quehacer ininterrumpido de los juristas en el derecho civil argentino y la voz de su historia del derecho, es fiel reflejo de esclarecidas vocaciones y de interesantes debates en aras de afianzar la justicia y contribuir al común bien y grandeza de nuestra Nación. En especial, permítasenos agradecer al Dr. Luis Moisset de Espanés, una vez más generoso propulsor de lo más noble que guarda la vida académica nacional

## Introducción

El instituto filiatorio y de parentesco adoptivo enraíza en honduras personales tan peculiarmente expresivas de la identidad humana que, sin duda alguna, su repercusión es de profundo significado social y de especial trascendencia jurídica. Compromete vínculos originarios fundacionales y reconocidos como la fuente principal del vínculo paterno-filial y familiar; por lo tanto, desplazar sus efectos jurídicos filiatorios y de parentesco plenos al vínculo adoptivo de modo irrevocable, ha costado más de un siglo de decantamiento social y jurídico para que el vínculo adoptivo sea reconocido en la plenitud de su naturaleza jurídica.

A comienzos del siglo XXI, aún queda tarea por cumplir en el derecho civil y en él, específicamente dentro del derecho de familia, a conciencia en este cometido en particular de la irremplazable función docente de la ley para un auténtico arraigo social y jurídico del vínculo paterno-filial y de parentesco adoptivo, como tales. En consecuencia, el Código Civil deberá vertebrar definitivamente el instituto de modo fiel a sus principios ético-jurídicos -*conditio sine qua non*- concretando su regulación jurídica incorporando reformas que son necesarias, tal como se desarrollará más adelante al referirnos a la proyección actual del instituto.

La adopción plena logró emerger y diferenciarse nítidamente de variadas conductas adultas de grave torpeza y de egoístas prescindencias del infortunio sufrido por niños en indefensión e inocencia. Pero aún resta que deje de ser instrumentalizada como mero recurso para formalizar diversas situaciones ajenas a su fin propio y por tanto, especificante. También, todavía, es necesario desbrozarla de reduccionismos jurídicos presentes en expresiones tales como: “se trata de una ficción”; o de lastres socio-culturales: “¡... qué se le va a hacer!”; “... y bueno, pobrecitos”.

El expresivo trayecto legal de cien años abarca desde 1871, sanción del Código Civil argentino hasta 1971, año en el que se sancionó la importante ley 19.134, ley que implementó el doble régimen adoptivo con fin expresamente manifiesto de: “*Jerarquizar el vínculo*

*adoptivo...*” y “...*conservando la adopción simple a título de excepción*”<sup>1</sup>. El primero de ellos está cumpliéndose paulatinamente, tanto por la reforma de 1968 como por la de la ley 24.779 de 1997<sup>2</sup>, ley que incluyó la filiación por adopción en el cuerpo del Código Civil<sup>3</sup>, y así la regulación de la adopción dejó de ser “una ley complementaria.”<sup>4</sup> Pero, respecto del esclarecedor propósito de la ley 19.134, enunciado en segundo lugar, aún queda mucho por esclarecer y reglamentar: la adopción simple no debe ser reglada por la ley ni aplicada judicialmente como si pudiese constituir una variante de aquello que no es, que tampoco corresponde en los casos que se pretende emplearla: un instituto filiatorio y de parentesco. Esta última observación así como las referencias bibliográficas en nota, procuran responder en este estudio a la solicitada referencia a la proyección actual y futura del instituto a ofrecer en esta Obra Homenaje.

Desde profunda convicción y desde hace años postulamos *de lege ferenda* la reforma del régimen nacional de filiación y tutela. Postulamos que la filiación por adopción plena, de amparo típica<sup>5</sup>, sea reconocida como la única forma adoptiva, resguardando su subordinación al derecho de familia nacional, a sus principios esenciales y a su carácter siempre excepcional y subsidiario respecto del vínculo filiatorio y de parentesco de origen biogenético. Respecto de la adopción simple, propugnamos su sustitución en las dos funciones para las que el régimen vigente la reserva. Para cubrir la precariedad de situaciones familiares transitorias y de menor entidad respecto del menor de edad ofrecer desde la ley distintos tipos de guardas judiciales y la reglamentación integral y específica del parentesco por afinidad en especial resguardo de los derechos de los hijos de anterior unión de sus progenitores o padres adoptantes, según el caso, así como de su derecho a la igualdad ante la ley, expresado en el de igualdad de efectos jurídicos de las filiaciones<sup>6</sup>.

#### *1. 1927. Especial referencia al Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 21 al 26 de mayo*

La relectura de la moción presentada por el Dr. Arturo Orgaz en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en 1927, inspira reflexión al ofrecer un espejo fiel del titubeo, de la desconfianza con la que era recibida la adopción entonces. Por la expresividad del contenido de las Actas correspondientes, por juzgarlo indispensable por sumamente expresivo transcribiré literalmente el texto correspondiente a la citada ponencia, subrayando algunos puntos centrales para luego comentarlos.

##### *1.a. Moción del Dr. Arturo Orgaz*

“... *Sr. Orgaz*. - Pido la palabra. Queda una ponencia sobre adopción que presenté al Congreso junto con otras que se han despachado; pero en razón de tratarse de un asunto especial, ninguna de las comisiones constituidas la ha estudiado. Yo propondría, si hubiere tiempo, que se trate. No tengo inconveniente, si se estima la materia ardua, que se autorice también la publicación de ese trabajo.

Detallo cuatro bases que son relativas a la equiparación del adoptado al hijo legítimo, de los hijos del adoptado a los nietos legítimos, a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado y a la falta de hijos bajo potestad del adoptante, en el momento de la adopción

*Sr. Presidente*. - Está en discusión la moción del Dr. Orgaz.

*Sr. Secretario (González Sabathié)*. - La apoyo para que se trate el tema.

*Sr. Rébora*. - Pido la palabra. No habiendo despacho de comisión y siendo imposible esperar, yo desearía preguntar al autor del proyecto si tendría inconveniente en ***sustituir la proposición por una declaración de carácter general que indique la conveniencia de legislar***

*la adopción, porque me parece que sobre este asunto habrá unanimidad de opiniones, mientras que sobre las particularidades que presenta en su proyecto, algunas parecen discutibles* ya porque lo sean efectivamente o porque los señores delegados no lo hayan considerado en manera alguna.

*Sr. Orgaz.* - No tendría inconveniente; sólo quiero hacer constar que estas bases propuestas son las bases corrientes en las legislaciones que admiten la adopción. De modo que, con que se acepte el principio general de la adopción... si se cree con eso simplificar la tarea...

*Sr. Presidente.* - Se facilitaría la tarea, sin duda.

*Sr. Orgaz.* - Entonces quedaría así: “Debe legislarse la adopción en nuestro Código Civil”.

*Sr. Presidente.* - “El Congreso aconseja”...

*Sr. Molina Carranza.* - Nada más.

*Sr. Presidente.* - “El Congreso aconseja la legislación en materia de adopción”.

*Sr. Orgaz.* - ¿Por qué no en esta forma: “La legislación civil deberá contemplar la cuestión de la adopción?”. Sería quizás más dentro del pensamiento. Que la legislación civil contemple la institución de la adopción en la forma que corresponde.

*Sr. Presidente.* - “Debe legislar...”

*Sr. Orgaz.* - O bien: **“Debe legislarse la adopción en nuestro Código Civil”.**

- Hecha la votación nominal resulta aprobada por unanimidad.

*Sr. Presidente.* - Corresponde levantar esta sesión y pasar al Salón de Grados para celebrar el acto de clausura de las sesiones del Congreso, cuyo programa ya ha sido anunciado<sup>7</sup>.

#### *1.b. Proposición del Sr. Leopoldo Velasco*<sup>8</sup>

Transcribimos también el texto correspondiente:

“Córdoba, 1927. *Leopoldo Velasco. Proposición*<sup>9</sup>.

Debe legislarse la adopción sobre las siguientes bases:

1a. - Absoluta equiparación del adoptado al hijo legítimo, en relación al adoptante.

2a. - Absoluta equiparación de los hijos legítimos del adoptado a los nietos legítimos respecto del adoptante.

3a. - Diferencia mínima de diez y ocho años entre adoptante y adoptado.

4a. - Falta de hijos bajo potestad del adoptante, en el momento de la adopción”.

“*Fundamentos.* Seré muy breve, reservándome el derecho de ampliar, en oportunidad, estos fundamentos. A todos aquellos que pretenden argumentar, en contra del carácter eminentemente universal y profundamente humano de la adopción, que “es extraña a nuestras costumbres”, podría responderseles, con Miraglia, que “antes que la adopción de derecho, hay una adopción de hecho fundada sobre sentimientos propios de la naturaleza humana”. Y, en efecto, es sabido que en aquellos países cuya legislación civil no admite la adopción, ella se hace, de hecho, bajo la forma de institución de heredero que es la manera patrimonial, diríamos, de dar expansión y un sentimiento afectivo profundo, semejante y muchas veces más real, que el engendrado por la sangre. Pero tal expediente no consagra un estado civil sino tan sólo consolida una situación económica. ***Incorporar la adopción a nuestra vida civil sería, simplemente, legitimar un hábito social respetable y necesario, en determinadas circunstancias.*** Lo que el derecho debe procurar es que esa ‘filiación artificial sea organizada debidamente, con garantías individuales y sociales de que ha de responder a los fines de su institución”.

“Los enemigos de la adopción, suelen argumentar con el odio a la ficción: pero si se observa atentamente, la ficción y la hipótesis, los supuestos y los artificios, llenan la vida jurídica y, a veces, para satisfacer una evidente necesidad. Tal es el caso de la adopción”.  
*Arturo Orgaz*<sup>10</sup>.

## 2. El silencio legislativo nacional hasta la ley 13.252 de 1948

Las ponencias de referencia, correspondientes al Dr. Orgaz y al Dr. Velasco, respectivamente, no fueron debatidas por haber faltado tiempo suficiente para hacerlo; así se dejó constancia en el Acta.

Por la importante significación de estos textos, comentaremos los puntos más significativos considerando también la evolución cumplida hasta el presente por el vínculo adoptivo. El primero de ellos es la certera remisión de la reglamentación al derecho civil como aquel al que el instituto adoptivo pertenece, se subrayó: “debe legislarse la adopción en nuestro Código Civil”<sup>11</sup>.

En relación con las bases propuestas en las ponencias citadas, ellas son acordes además a los requisitos de la legislación comparada, la primera de ellas: la absoluta equiparación del adoptado al hijo legítimo, en relación al adoptante; así como la absoluta equiparación de los hijos legítimos del adoptado a los nietos legítimos respecto del adoptante, dan clara pauta del pleno emplazamiento filiatorio y familiar en el que se propone emplazar al niño adoptado. Es correcta y acorde criterio hasta la actualidad la diferencia mínima de diez y ocho años entre adoptante y adoptado, en procura también de facilitar naturalmente el trato como padres e hijo. Por último el requisito de “falta de hijos bajo potestad del adoptante, en el momento de la adopción”, nos parece prudente en el año 1927, dada la novedad del instituto y en resguardo del niño y de los matrimonios sin descendencia biológica

Respecto de los fundamentos es acertada la referencia a la práctica de la institución de heredero así como a la denominada “adopción de hecho” surgidas de sentimientos de afecto y de amparo, para señalar que el instituto no era “extraño a nuestras costumbres” en circunstancias determinadas y excepcionales y que, por ello mismo, exigía reglamentación legal. Vamos a detenernos en la observación de un punto que por provenir de sus promotores, encontramos peculiarmente expresivo: la calificación de la adopción como “filiación artificial”, al punto que Orgaz admite que se trata de una “ficción”, aunque si bien la justifica como legítimo recurso jurídico...la califica de ficción aludiendo a la falta de origen consanguíneo en el vínculo adoptivo.

Más no podía esperarse al respecto en el año 1927, en el contexto de nuestra sociedad y régimen jurídico integral de familia; la dificultad para esclarecer su naturaleza jurídica resultó entonces insalvable y se reflejó también en la incomprensión del principio de extraneidad como configurante específicamente del vínculo adoptivo. Esto no debe extrañar; aún ahora esa incertidumbre acerca de “de qué se trata”, de “cómo resultará en la práctica al no existir vínculo biogenético”, esfuma en algunos puntos contornos legales que ya debieran ser nítidos distinguiendo cuándo es dable constituir el vínculo paterno-filial y familiar en sentido pleno, el único, y cuando en cambio se trata de un recurso legal de distinta índole y menor entidad personal y jurídica: paliar cierta indefensión o carencias del niño y aun del mayor de edad

La filiación por adopción no fue legislada en nuestro país hasta el año 1948, año en el que se sancionó la ley 13.252, ley que fue precedida por periódicas instancias de diversos proyectos legislativos. Este largo vacío legislativo ratifica la existencia de complejas dificultades y resistencias jurídicas, sociales, en suma, culturales, para comprender de modo cabal la naturaleza ético-jurídica del vínculo adoptivo y lograr volcarla en el molde jurídico de la ley positiva.

Así lo prueba el zigzagueante articulado de la ley 13.252, ley que a los excesivos requisitos, sumó la admisión, mediante el vínculo adoptivo, de legitimar hijos extramatrimoniales a fin de salvar el diferente *status* jurídico de las distintas clases de filiación. Cuestión compleja que recién tuvo su respuesta legal en 1985 con la ley 23.264, centrada en la protección del hijo inocente de su situación de origen y responsabilidad de los adultos; así como la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño, ley 23.849. La filiación por adopción es respuesta legal específica frente a otros presupuestos, a otra realidad del menor de edad; básicamente de la

orfandad y vacancia de la tutela o del maltrato o abandono graves del niño, judicialmente comprobados. Respuesta legal que recién nació con la ley 19.134 de 1971.

### 3. 1968. Reconocimiento de los padres adoptivos en la reforma al Código Civil, ley 17.711

No obstante, jalonando un lento proceso de comprensión jurídica y social, diez años antes, la ponencia de Guillermo A. Borda, en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961, realizado en Córdoba y honrado en esta Obra Homenaje, se destaca entre los antecedentes inmediatos del reconocimiento de los padres adoptantes como herederos del hijo por adopción<sup>12</sup>. Siete años después, en 1968, la reforma integral al Código Civil por la ley 17.711, incorporó el derecho hereditario *ab intestato* de los padres adoptivos al Código Civil.

En su obra sobre la reforma de 1968 al Código Civil, señala Guillermo A. Borda: "... Conforme al art. 16 de la ley de adopción 13.252, el adoptante no heredaba *ab intestato* al adoptado. Esta disposición, que rigió hasta la reforma del Código por la ley 17.711 obedecía al propósito de evitar que la adopción pudiera tener móviles subalternos (...). Es poco probable que alguien adopte un hijo especulando con la eventual herencia de éste, porque lo que ocurre en el curso ordinario de la vida es que una persona por lo menos diez y ocho años mayor que otra (...) muera antes. Pero, si ocurriese, continúa: "es injusto que el padre adoptivo sea desplazado por el de sangre que lo abandonó o por un colateral que nunca se ocupó de él"<sup>13</sup>. La reforma al concretarlo dejó atrás uno de los varios prejuicios que ensombrecían la comprensión de los fines de la filiación adoptiva. Por ello, este reconocimiento contribuyó a alumbrar la realidad ético-jurídica adoptiva y a darle arraigo en la legislación nacional, en el Código Civil<sup>14</sup>.

No obstante, debe recordarse que dando testimonio calificado de las contradicciones, dudas y temores sobre la naturaleza jurídica del vínculo adoptivo, en el citado Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, en 1961, la Comisión concluyó propiciando por mayoría la implementación de la legitimación adoptiva<sup>15</sup>, con la sola excepción del ponente Oscar Borgonovo<sup>16</sup>.

La legitimación adoptiva consiste en la falsa inscripción de un niño como hijo legítimo de quienes lo inscriben<sup>17</sup>. Más allá de los requisitos que se exigen, este instituto constituye un insalvable despojo al derecho a la identidad del niño, a la sociedad y a la dignidad del niño y de la familia así constituida. Al respecto bien puede afirmarse que es el encubrimiento de la concreción de una ficción y más exactamente, de la comisión de un delito<sup>18</sup>.

### 4. 1871-1971. Cien años hasta la sanción de la trascendente reforma del régimen civil adoptivo por la ley 19.134

Por todo lo brevemente recordado, transcurren cien años<sup>19</sup> desde la sanción del Código Civil porque es recién en el año 1971, en el que es posible celebrar con la sanción de la ley 19.134 que el régimen adoptivo es interpretado fielmente, conforme la naturaleza jurídica del instituto: constituir un vínculo paterno-filial y familiar irrevocable, cumplidos todos los recaudos legales a instancia del adoptante y por sentencia judicial.

Por sus requisitos y efectos legales posibilita la implementación de un vínculo excepcional y subsidiario pero de entidad filiatoria y generador de parentesco de efectos jurídicos totalmente equiparados a los de la filiación matrimonial. Importantísima ley 19.134, la que tal como debe destacarse en honor al derecho argentino, al implementar el doble régimen adoptivo incorporó la figura filiatoria de la adopción plena se apartó firmemente de lo propuesto por reiterados proyectos legislativos nacionales y el derecho comparado, en especial de Chile, de Uruguay y del influyente derecho francés que reglamentaban la legitimación adoptiva, como se ha señalado.

En este estudio, cobra especial significado destacar el trascendente rechazo ético-jurídico a la regulación de la legitimación adoptiva por el derecho civil argentino, apartándose del derecho comparado predominante y de diversos proyectos nacionales

#### 6. 1997. Inclusión del instituto filiatorio adoptivo en el cuerpo del Código Civil, ley 24.779

La sanción en 1997, del régimen vigente en especial la inclusión del instituto adoptivo en el Código Civil, la reglamentación de la concesión de la guarda preadoptiva y demás puntos de la reforma. Así por ejemplo la ley prohíbe la entrega del niño “mediante escritura pública o acto administrativo”, todo lo cual redundará en la segura protección del derecho a la identidad del menor de edad en desamparo, al recabar, comprobar y registrar sus datos identificatorios y sus circunstancias originarias; todo ello consecuente también con la reforma constitucional de 1994 incorporando diversos tratados internacionales a la Constitución Nacional, son sumamente alentadores respecto del afianzamiento del instituto. Por lo ya expresado, aguardamos que en próximos debates y aún, nueva reforma ya haya madurado la comprensión de reglamentar a la adopción plena como única figura filiatoria y de parentesco adoptivo, porque sólo ella responde y expresa sus principios ético-jurídicos *conditio sine qua non*.

#### 7. Principios ético- jurídicos configurativos del régimen paterno-filial y familiar adoptivo<sup>20</sup>

Vertebrada en el principio adopcional central: de resguardo jurídico del bien superior del niño en grave desamparo familiar y velando por el resguardo integral de su identidad, la ley reglamenta con objetividad y rigor la calificación judicial de la situación de origen del niño; de la concesión judicial de la guarda preadoptiva; de la concreción de su derecho a ser oído; el cumplimiento del principio de intermediación; establece los requisitos de idoneidad de los padres adoptantes; funda la envergadura del vínculo adoptivo con efectos plenos en suma, en salvar del infortunio al menor de edad; y exige en cada acto jurídico integrador del vínculo adopcional típico, el resguardo de todos sus principios jurídicos configurativos. Aquellos que le hacen ser lo que es, lo suyo propio: un vínculo paterno-filial y familiar subsidiario del vínculo biogenético, de aplicación restringida, específica y excepcional pero, tal: un vínculo ético-jurídico filiatorio y familiar; en justa proporción a su fundamento: la dignidad del niño y de los vínculos familiares.

Los principios ético-jurídicos, *conditio sine qua non*, que expresan en la ley y la sentencia la naturaleza jurídica del vínculo filiatorio y familiar adoptivo, en inescindible interrelación<sup>21</sup>, son:

i) **el principio adopcional central: de resguardo del bien superior del niño.** Su primer contenido concreto: el resguardo del derecho a la vida del niño desde su concepción; ii) **el principio adopcional de judicialidad.** Significa garantizar el cumplimiento del debido proceso y exige la fundamentación de la sentencia relatando la historia vital originaria; iii) **el principio adopcional de excepcionalidad:** el origen consanguíneo es la fuente principal de la filiación. iv) **el principio adopcional de exclusividad.** Es fundamental erradicar las guardas de hecho y no propiciar la denominada “adopción abierta”, es decir el trato del niño en convergencia de la familia de origen y la familia adoptante; v) **el principio adopcional de veracidad.** La revelación al niño de su origen adoptivo, no agrede a este vínculo sino que lo afianza, lo integra. La revelación del origen adoptivo debe ser gradual y siempre veraz; vi) **el principio adopcional de irrevocabilidad.** Exige la inclusión de causales específicas de extinción, privación y suspensión de la patria potestad adoptiva; vii) **el principio adopcional de extraneidad.** Frente al impedimento de parentesco, se ha propuesto *de lege ferenda* una nueva categoría de tutela: la tutela adoptiva<sup>22</sup>.

Según el aspecto del vínculo que se esté estudiando, sobresale la aplicación de uno u otro de sus principios, pero es muy importante comprender que siempre están presentes todos ellos inescindiblemente. La extinción de la potestad parental de origen significa exactamente eso, su

extinción, el fin de sus efectos jurídicos por sentencia judicial (art. 307, Código Civil, ley 23.264). Preanuncia también la necesidad jurídica de que de modo independiente y posterior el emplazamiento jurídico adoptcional surja exclusivamente de la sentencia judicial, con la participación del Ministerio de Menores, por todo cuanto ello implica.

El vínculo filiatorio adoptcional no se anima desde un mero impulso sentimental, como tampoco desde la angustia de la infertilidad o de la desavenencia matrimonial. Tampoco es un acto de caridad o beneficencia. La adopción posibilita una relación profundísima, que compromete la vida misma de quienes vincula *biológicamente* a partir de afectos recíprocos y roles paterno-filiales específicos y configuradores de la identidad personal de cada uno y de todos los integrantes de la familia; fundamento y expresión todo ello de su naturaleza jurídica, expresada en sus principios *conditio sine qua non*.

## Instancia conclusiva

La filiación y el parentesco por adopción no son “un mal menor”; son un bien que se opone a un daño judicialmente comprobado, grave, concreto, independiente y anterior a ellos: la orfandad, la exposición o el desamparo del recién nacido o del niño librado a su infortunio por sus progenitores y su familia de origen. Por eso, este vínculo se vertebra y exige el reconocimiento de los mismos derechos, deberes, obligaciones e impedimentos que aquellos que surgen del vínculo de filiación y parentesco de origen biogenético; asimilación que responde y respalda la naturaleza ético-jurídica del vínculo familiar de origen adoptcional.

### NOTAS:

<sup>1</sup> Ley 19.134. Nota de Elevación al Poder Ejecutivo, 1971.

<sup>2</sup> Si bien es muy significativa la incorporación al cuerpo del Código Civil, del Título IV “*De la adopción*”, Sección II, Libro 1º, arts. 311-340, reforma 24.779 de 1997; la reforma pudo haber titulado: “*Del parentesco adoptivo*”, y en él, “*La filiación adoptiva*”. Tal vez, en esta inadvertencia del lenguaje empleado asoma, una vez más, la evidencia de que la naturaleza jurídica de la filiación por adopción debe ser afirmada como tal. Entre los autores nacionales han empleado esa denominación: Héctor LAFAILLE, “Filiación adoptiva”, § 13 en *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Ariel, 1957, pág. 204; Eduardo FANZOLATO, *La filiación adoptiva*, Córdoba, Advocatus, 1998 y Darío CUNEO - Clyde HERNÁNDEZ, *Filiación adoptiva*, Juris, 2006. Por su parte, el destacado jurista chileno Hernán CORRAL TALCIANI, *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

<sup>3</sup> Código Civil, Título IV, de la Sección Segunda del Libro Primero (arts. 311 a 340), derogándose también el art. 4050, CC.

<sup>4</sup> Nora LLOVERAS, *Nuevo régimen de adopción, Ley 24.779*, Buenos Aires Depalma, 1998, pág. 3.

<sup>5</sup> Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Familia*, 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, t. II. Define: “*La forma que puede llamarse típica se da cuando una persona adopta a un menor que le es extraño y se encuentra en estado de abandono*”, N° 811, pág.126.

<sup>6</sup> Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, *La adopción*, prólogo de Guillermo A. BORDA, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997; 1ª reimpresión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.

Otras publicaciones de la autora sobre el tema: “Reforma al régimen de filiación y tutela. Reflexiones sobre la tutela por afinidad, la tutela adoptiva, la filiación por adopción plena y la filiación por dación de embrión crioconservado”, en AA.VV, *Apuntes jurídicos*, N° 4, Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado (COLADIC), Mendoza, págs. 67-88, 2003; “El vínculo paterno-filial y familiar por adopción, hoy. Filiación por adopción plena; Tutela por Afinidad; Tutela adoptiva; Guardas Judiciales; y Filiación por renuncia o abandono del hijo-embrión crioconservado. FIDEC”, *El Derecho*, 22 de agosto, 2007. También se presentó como ponencia a las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión V. Tema: “Nuevas cuestiones en adopción”, Buenos Aires, 2007. Igualmente, en el *Primer Encuentro Académico Cuyano de Derecho*, San Juan, organizado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, secretaria San Juan: conferencia “El vínculo jurídico paterno-filial por adopción, hoy”, San Juan, 31 de mayo y 1 de junio; el texto de la conferencia fue difundido por la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2007.

**Agradecimiento.** La autora agradece, como especial estímulo, su lectura y la recepción de la tesis como tal por Guillermo A. BORDA, prólogo en Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, *La adopción*, cit.; Eduardo A. ZANNONI, en su prestigiosa obra *Derecho civil, Derecho de familia*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, t. 2, pág. 619, nota 100, asimismo en la 3ª edición. También, la consideración y remisión a lo propuesto por los distinguidos juristas: Luis A. UGARTE, en Alberto BUERES - Elena I HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y*

*jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, t. 1-B, pág. 323, nota 9; Augusto C. BELLUSCIO, “La adopción plena y la realidad biológica”, pág. 42, nota 1, en AA.VV., *La nueva ley de adopción*, número especial, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1997 y a Nora LLOVERAS, su coordinadora.

Expresando sus objeciones a la postulada “filiación por afinidad”, Andrea DI SILVESTRE, en Graciela MEDINA, *La adopción*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1998 t. 1; Mónica MAIZ, cit., págs. 83-86, t. II; Cecilia P. GROSMAN, -Gloria MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas*, Buenos Aires, Universidad, 2000, pág. 208.

Desde su autoridad, confr. Jorge A. MAZZINGHI, *Tratado de derecho de familia*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, t. 4, § 741 “Filiación por afinidad”, pág. 153-154, Buenos Aires, La Ley, 2006; confr. en la 3ª edición, t. 4, § 731 “Filiación por afinidad”, pág. 224-226, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999; es a partir de sus observaciones, que la denominación propuesta en subsiguientes publicaciones de la autora, es la de “Tutela por afinidad”.

<sup>7</sup> Arturo ORGAZ, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1927, pág. 265.

<sup>8</sup> Leopoldo VELASCO, proposición en el *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1927.

<sup>9</sup> Leopoldo VELASCO, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1927, pág. 266.

<sup>10</sup> Arturo ORGAZ, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1927, pág. 265.

<sup>11</sup> Arturo ORGAZ, *Primer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1927.

<sup>12</sup> Guillermo A. BORDA, su ponencia al *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1961, tema N° 18.

<sup>13</sup> Guillermo A. BORDA, “Padres adoptivos”, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, págs. 541-545. *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, 9ª ed. actualizada por Delfina M. Borda, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. II, págs. 33-36.

<sup>14</sup> Código Civil (texto introducido por la reforma ley 17.711). Art. 3569 bis “El adoptante hereda al adoptado, salvo respecto de los bienes que éste hubiere recibido a título gratuito de la familia de sangre. Los descendientes legítimos del adoptado tienen derecho de representación en la sucesión del adoptante.”

<sup>15</sup> Actas del *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1961.

<sup>16</sup> Oscar BORGONOVO, *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1961.

<sup>17</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho civil. Derecho de familia*, 4ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2002, t. 2, págs. 579-584.

<sup>18</sup> Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, “Naturaleza del vínculo adoptivo. Su dignidad”, *El Derecho*, 93, N° 5240, UCA, Buenos Aires, 1981. Confr. Guillermo A. BORDA, el jurista adhiere en la nota (esa edición del *Tratado* ya estaba en prensa) a la crítica de la legitimación adoptiva allí efectuada, en *Tratado de derecho civil. Familia*, 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, pág. 93, nota 1460.

<sup>19</sup> Eduardo A. ZANNONI, “Adopción. Antecedentes y evolución. Reseña histórica, Derecho moderno”, en *Derecho civil. Derecho de familia*, cit, págs. 561-579.

<sup>20</sup> Confr. Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, nota al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en discordancia: “La filiación por adopción plena y el derecho a la identidad. Principios jurídicos configurativos del vínculo adoptivo: i) de resguardo del bien superior del niño; ii) de judicialidad; iii) de excepcionalidad; iv) de exclusividad; v) de veracidad; vi) de irrevocabilidad”, *La Ley*, Buenos Aires, 22 de marzo.

<sup>21</sup> Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, Nota a fallo C.S.J.N., “La filiación por adopción y el derecho a...”, cit.

<sup>22</sup> Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO, “La tutela adoptiva” en *La adopción*, prólogo de Guillermo A Borda, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 1ª reimpresión, 2008. *vide* Guillermo A. BORDA, Prólogo, pág. 14; en la obra, confr. págs. 21-22 y “La tutela y la curatela adoptivas” 179-194; “Extraneidad y judicialidad: principios configurantes de la filiación por adopción plena”, nota a fallo Tribunal Colegiado de Familia, N° 5 de Rosario, en *Doctrina Judicial*, *La Ley*, Buenos Aires, en prensa, 2009.



# **NULIDAD POST MORTEM DEL MATRIMONIO. TRASCENDENCIA DE LA RESOLUCIÓN N° 13 DEL III CONGRESO. REVISIÓN DEL SISTEMA DE NULIDADES MATRIMONIALES**

por MARÍA JOSEFA MÉNDEZ COSTA

**SUMARIO:** 1. El tema. 2. La evolución legal hasta el III Congreso. 3. El Congreso. 4. La ley 17.711. 5. La ley 23.515. 6. El Proyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio, de 1998. 7. Propósito de las siguientes consideraciones. 8. Similitud y diferencias en la concepción legal del matrimonio según la ley 2393 y según la ley 23.515. 8.1. El matrimonio y su disolución en la ley 2393. 8.2. El matrimonio en el debate del III Congreso. 8.3. El matrimonio después de la ley 23.515. 8.4. La indisolubilidad o disolubilidad del vínculo como elemento de la definición del matrimonio. 9. La referencia al derecho canónico como derecho comparado. 10. El aporte del derecho extranjero actual. 11. Trascendencia de la anulación post mortem de un matrimonio.

Los Congresos Nacionales de Derecho Civil se han ocupado dos veces expresamente de la nulidad del matrimonio. En el II, el tema 8 versó sobre las causales de nulidad y anulabilidad conforme al Proyecto de 1936 que se estaba examinando, pronunciándose sobre la causal de anulabilidad por impotencia del marido o esterilidad de la esposa del art. 389, 5°, propiciando la exclusión de la segunda y abarcando en una causal la impotencia de cualquiera de los esposos, y también sobre el impedimento de embriaguez consuetudinaria y el uso indebido y habitual de tóxicos enervantes del art. 339, 9°, causal de anulabilidad según el citado art. 389, inc. 2°, cuya supresión se propuso. La legislación y la doctrina posteriores no han vuelto específicamente sobre estas cuestiones que quedaron absorbidas por el régimen de nulidad del matrimonio según la ley 2393 y actualmente, por las redacciones de la ley 23.515, en particular la incorporación del inciso 3° del art. 220 y, en cuanto a la referencia a “tóxicos enervantes”, dado que su frecuentación repercutirá sobre la validez de las nupcias si afectan el consentimiento configurando el error sobre las cualidades personales del otro contrayente probado que quien lo sufrió no hubiera contraído el matrimonio de haber conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que celebraba según el art. 175 vigente.

La segunda ocasión en que un Congreso de Derecho Civil repercutió en materia de nulidad del matrimonio tuvo y conserva una particular envergadura: la propuesta emanada del III Congreso que modificaba la premisa establecida en el Código de Vélez y la ley matrimonial, fue incorporada al texto vigente en 1968 por la ley 17.711 y, desde entonces, ha sido reiterada por la ley 23.5515 y continúa sustentada en el texto del Proyecto de unificación del Código Civil y el Código de Comercio de 1998, es decir, la normativa elaborada durante el III Congreso ha sido consustanciada con los textos vigentes desde 1968 y parece haber requerido su enunciación expresa en adelante. Esto manifiesta la trascendencia de la institución implicada (la posibilidad de enervar *post mortem* el vínculo jurídico matrimonial gravemente afectado en su constitución) y, lo que es más digno de ser recalcado, con el trasfondo de una evolución trascendente en la institución de las nupcias: del matrimonio indisoluble en vida de los cónyuges hasta 1987 al matrimonio disoluble en esa situación, desde la entrada en vigencia, entonces, de la ley 23.515.

## **1. El tema**

El tema abordado es susceptible de clara enunciación: se trata de admitir o rehusar que la validez de un matrimonio pueda ser judicialmente discutida, con la eventualidad de declararlo inválido, después de la muerte de uno o ambos cónyuges

## **2. La evolución legal hasta el III Congreso**

El punto de partida es el art. 224 del Código Civil originario, esto es, la redacción de Vélez Sársfield, breve y lapidaria: “La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los dos esposos”. Reemplazado el Código por la ley 2393, llegó a la discusión del Congreso con el párrafo final que fuera incluido por esta ley según el cual “uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra un segundo matrimonio celebrado por su cónyuge; si se opusiere la nulidad del primero se juzgará previamente esta oposición” (art. 86).

### 3. El Congreso <sup>1</sup>

Es penoso tener que restringir el recuerdo a una brevísima síntesis del debate y las distintas propuestas de conclusiones hasta la finalmente aprobada. Aquella deliberación ha quedado grabada para siempre en los anales de la doctrina jurídica argentina, sea cual sea su suerte actual. Quienes tuvimos el privilegio de asistir al debate vemos en la imaginación e imborrable memoria, el ámbito de la legislatura cordobesa, en cuyo semicírculo ocupaban sus bancas Fassi, Molinario, Borda, Llambías, Busso, Cafferata, Buteler, Risolía, Eppstein, Borgonovo, Salas, Bendersky, Guaglianone, Dansey, Spota, Poviña, López del Carril, como atestigua, nombrando a algunos de ellos, Mazzinghi, con quien no puede sino compartirse la admiración intelectual por ese grupo al cual él mismo se incorporaba, de expositores de los cimientos de la doctrina argentina sobre la institución familiar que los “nuevos tiempos” pueden, tal vez, matizar pero no conmover. Presidieron las sesiones sucesivamente Díaz de Guijarro, León, Llambías, Cámara, con la secretaria de Moisset de Espanés. Y nos fue dado enriquecernos con brillantes disertaciones, plenas de rigor científico y actualizada información, diseñando un intercambio de ideas, a veces muy vehemente, pero sin que la firme y decidida divergencia de opiniones y criterios afectara mínimamente el más profundo respeto entre “coincidentes” y “discordantes”.

La recomendación del Congreso dice en su recordado N° 13. A) Considerar que la caducidad determinada por el art. 86 de la ley 2393 no puede extenderse a otras acciones diferentes de la acción de nulidad pura que es la allí prevista. B) No obstante ello, a fin de superar las controversias actualmente existentes, proceder a la aclaración del art. citado, a fin de dejarlo en los siguientes términos: “La acción de nulidad del matrimonio no puede intentarse sino en vida de los esposos. Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiere la nulidad del primero se juzgará previamente esta oposición. La prohibición no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez de la unión, si la nulidad se funda en los impedimentos de bigamia, incesto o crimen y la acción es intentada por ascendientes o descendientes”. El dictamen había sido propuesto así finalmente por Borda, Llambías y Mazzinghi.

### 4. La ley 17.711

La ley 17.711 que entró a regir el 1° de julio de 1968, es decir, siete años después de la culminación del III Congreso, sustituyó el art. 86 de la ley matrimonial 2393 prácticamente por la conclusión recién reproducida desde su apartado B), con cambios de detalle (“cuando” en lugar de “si”; con exactitud, “ligamen” en lugar de “bigamia”, pero no sustituyó “incesto” por “parentesco” como hubiera correspondido, ni ubicó a los “descendientes” antes que los “ascendientes” conforme al orden sucesorio *ab intestato* en nuestro derecho). El texto fue el siguiente: “La acción de nulidad de un matrimonio no puede sino intentarse en vida de los esposos. Uno de los cónyuges, puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra un segundo matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiere la nulidad del primero,

se juzgará previamente esta oposición. La prohibición no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez de la unión, cuando la nulidad se funda en los impedimentos de ligamen, incesto o crimen, y la acción es intentada por ascendientes o descendientes”.

## **5. La ley 23.515**

La legislación de familia cambió íntima y ampliamente en el período 1985-1987. Entre el Congreso y esta última habían transcurrido 26 años y llevaba 19 de vigencia la ley 17.711. Es decir que la propuesta de reforma contaba dichos 26 años y su recepción legal los mentados 19. No obstante, el texto fue reiterado por la ley 23.515 con alguna modificación terminológica a la redacción de 1968 (“ambos esposos” en lugar “de los esposos”, “el siguiente” en lugar de “un segundo”, “opusiera” en lugar de “opusiese”, “del matrimonio y su nulidad absoluta fuera invocada por descendientes o ascendientes”, en lugar de “unión” y la referencia a “los impedimentos de ligamen, incesto o crimen”, y la mención de los ascendientes antes que los descendientes.). Pero el art. tiene tres párrafos, diríase, “nuevos”: a saber, el tercero, el quinto y penúltimo, y el final. Lleva el número 239 y es, a su vez, el último del capítulo destinado a las acciones (Cap.16).

Corresponde ahora reproducir el texto vigente cuya dependencia de la conclusión del III Congreso es obvia.

Art. 239 del Código Civil según la ley 23.515. “La acción de nulidad del matrimonio no puede intentarse sino en vida de ambos esposos. Uno de los esposos puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del anterior, se juzgará previamente esta oposición. El supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen puede también demandar la nulidad del matrimonio celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior. La prohibición del primer párrafo no rige si para determinar el derecho del accionante es necesario examinar la validez del matrimonio y su nulidad absoluta fuere invocada por descendientes o ascendientes. La acción de nulidad de matrimonio no puede ser promovida por el ministerio público sino en vida de ambos esposos. Ningún matrimonio será tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo.

## **6. El Proyecto de Unificación del Código Civil y el Código de Comercio, de 1998**

Es el único posterior al III Congreso. Enuncia todos los contenidos del art. 239 vigente, en dos textos que integran el Título III (“De la ineficacia del matrimonio”) y el Título V (“De las acciones matrimoniales”) del Libro III (“De las relaciones de familia”), a saber, el art. 503 del Capítulo II del Título III y el art. 538 del Título V (“De las acciones matrimoniales”). En efecto, el art. 503 en su segundo párrafo, dice “Ningún matrimonio puede ser tenido por inválido ni pueden desconocerse sus efectos jurídicos sin sentencia que lo declare, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo” (la diferencia reside en la mención expresa de los “efectos jurídicos” que no pueden desconocerse). El art. 538 lleva por título “Extinción de la acción de nulidad” y reza: “La acción para obtener la anulación de un matrimonio no puede ser intentada, ni aun por el Ministerio Público, después de la muerte de uno de los cónyuges, salvo que para determinar el derecho del actor sea necesario examinar la validez del matrimonio y su nulidad absoluta sea invocada por descendientes o ascendientes. Uno de los cónyuges puede, sin embargo, deducir en todo tiempo la que le compete contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opone la nulidad del anterior, se juzgará previamente esta oposición. El supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen puede también

demandar la anulación del matrimonio celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior”.

## **7. Propósito de las siguientes consideraciones**

No nos proponemos el estudio de la acción de nulidad *post mortem* en la interpretación de los textos vigentes y en sus aplicaciones jurisprudenciales. Nos guía el propósito de poner de relieve la anticipación de los debates del III Congreso y cuanto tuvieron de esenciales en sus conceptos, para continuar siendo actuales, incluso frente al derecho no argentino, lo que demuestra que lo fundamental de aquellos planteos no ha decaído en su trascendencia ante el cambio posterior hartamente significativo en la legislación escrita e incluso, las costumbres de nuestra sociedad en constante mutación y superación de fronteras. La similitud de contenidos entre la propuesta del III Congreso y el texto vigente es muy clara pese a los párrafos “nuevos” que se han citado, algunos de los cuales podrían darse por sobrentendidos por lo cual la comparación es útil tanto para los idénticos en su contenido aunque no lo sean en su forma y también para los otros. Pero es preciso comenzar por señalar las similitudes y las diferencias entre el matrimonio que tenía en mira la asamblea cordobesa y el matrimonio que regula la ley 23.515.

## **8. Similitud y diferencias en la concepción legal del matrimonio según la ley 2393 y según la ley 23.515**

El matrimonio era y sigue siendo la respuesta de una persona, convergente con la respuesta de otra de distinto sexo, al reclamo de los instintos naturales de complementación personal y de conservación de la especie, configurándose una realidad viva, apta para realizarse en un grupo particular y de proyectarse en la sociedad global de manera que a la pareja conyugal seguirá naturalmente la comunidad paterno-materno-filial conformando la sociedad familiar<sup>2</sup>. No es fácil definirlo jurídicamente, como a tantas otras realidades humanas que el derecho reconoce y ha de regular, pero es evidente histórica y actualmente que ha sido y es reglamentado por el derecho positivo estatal en procura de debidas miras a la protección individual y social. El enfoque jurídico del matrimonio es el que debemos detectar en las dos legislaciones que procuramos poner en paralelo para demostrar que su anulación *post mortem* uno o ambos cónyuges, responde a fundamentos compartidos en su faz decisiva.

### *8.1. El matrimonio y su disolución en la ley 2393*

El matrimonio, exclusivamente “civil”, organizado en la ley 2393 tenía una única causal de disolución: la muerte de uno de los esposos. El art. 81 disponía: “el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos”; el art. 64 establecía: “El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial”, lo que dependía de sentencia judicial (art. 66). La posible nulidad de las nupcias estaba prevista en los términos de los artículos 84 a 92, es decir, no se prescindía de la posible invalidez del matrimonio pero se le ponía un límite en cuya apreciación podía incidir la característica de la indisolubilidad matrimonial.

### *8.2. El matrimonio en el debate del III Congreso*

Imposible reproducir aquí todas las presentaciones y exposiciones que fueron elevadas y que se escucharon en el III Congreso, cuya lectura continúa siendo enriquecedora hoy.

Centro de discusión no fue, por cierto, la posibilidad de propiciar la inclusión del divorcio vincular. La indisolubilidad del vínculo conforme a la ley analizada estaba fuera de la cuestión a tratar directamente. El tema se circunscribía al art. 86 de la ley matrimonial, según expresaban en su ponencia Fassi y López del Carril: “Dicho artículo es claro y no puede ser desvirtuado por una interpretación deformante. Dispone la caducidad de toda acción de matrimonio como consecuencia del fallecimiento de uno o ambos cónyuges, con la sola excepción a favor del cónyuge de un matrimonio precedente de poder intentarla hasta su fallecimiento, oportunidad en que el matrimonio subsiguiente también quedaría consolidado”. La conclusión se fundaba en el contenido moral que encerraba, en que era la solución adoptada por la jurisprudencia nacional, además del derecho extranjero que se menciona, y en que la solución opuesta implicaba debatir la conducta de los muertos, la firmeza de los vínculos, la estabilidad del estado de familia, creando un ámbito de inseguridad e inestabilidad jurídicas. En particular se invocaba el derecho canónico, Código de 1917, de Benedicto XV, canon 1972, del siguiente tenor: “El matrimonio que no se acusó viviendo los dos cónyuges de tal manera se presume válido después de la muerte de uno de ellos o de ambos, que no se admite la prueba contra esa presunción, a no ser en caso de que la cuestión surja incidentalmente”, noción esta última ofrecida en el canon 1837 como “una cuestión que, si bien contenida expresamente en el escrito introductivo de la causa, está con ella de tal manera enlazada, que ordinariamente debe resolverse antes de la cuestión principal”. Y se explicaba que el asunto principal tenía que haberse suscitado ante los tribunales eclesiásticos de manera que la nulidad de un matrimonio no podía plantearse como incidente de una demanda que tuviera un fin patrimonial pues ésta no se encontraría radicada ante tribunal eclesiástico, ni tampoco, consecuentemente, la nulidad del matrimonio podría plantearse incidentalmente en una acción o juicio de petición de herencia, a la que el tribunal eclesiástico no daría curso. El caso de aplicación de la incidentalidad se hubiera dado si se discutiera, por ejemplo, la validez de un matrimonio entre cónyuges vivos por mediar impedimento de ligamen y se opusiera la invalidez del primer matrimonio en cuestión por el impedimento de parentesco. La invalidez de tal primer matrimonio constituiría cuestión incidental en la validez del segundo. A criterio de los ponentes, la solución del art. 86 de la ley 2393 era más amplia que el derecho canónico por su segunda parte. Apelaban a distinguir cuidadosamente en los supuestos hipotéticos propuestos donde la pretensión patrimonial, generalmente de exclusión hereditaria de quien se decía fruto de un matrimonio nulo no era, en verdad, lo principal ni incidental la nulidad del vínculo : la única acción que cumplía un fin en sí mismo, es decir, lo principal, era la nulidad del matrimonio <sup>3</sup>.

El despacho mayoritario de la Comisión propuso mantener la norma del art. 86 de la ley 2393, esto es, la improcedencia de la acción de nulidad de un matrimonio después de la muerte de uno o ambos esposos, con la única excepción a favor del cónyuge del matrimonio precedente de poder intentarla hasta su fallecimiento, oportunidad en que también el matrimonio subsiguiente quedaría consolidado. Firmaron Rébora, Díaz de Guijarro, López del Carril, Fassi, Eppstein. En disidencia se elevó la que sería después propuesta del Congreso, ya reproducida, pero sin la oración final que se refiere a los casos de violación de los impedimentos de ligamen, parentesco o crimen (mencionados como impedimentos de bigamia, incesto o crimen) y a la acción de ascendientes o descendientes. Firmaron Borda, Molinario, Llambías, Mazzinghi.

La exposición de Molinario abundó en aportes jurisprudenciales para demostrar que se había aceptado, en la jurisdicción de la Iglesia Católica, declarar la invalidez de matrimonio *post mortem* de uno o de los cónyuges con finalidad de reconocimiento de derechos hereditarios de hijos antes del Código de Derecho Canónico de Benedicto XV y después de éste. A su respecto agrega interpretaciones doctrinarias del citado canon 1972, alguno de cuyos fragmentos explica: “Después de la muerte de uno o ambos cónyuges, el matrimonio está disuelto, por lo tanto nadie tiene directamente ese interés, ni consiguientemente, el derecho de impugnarlo. Sin embargo, puede existir indirectamente este interés, esto es, el derecho de proponer la causa de nulidad por varias razones, a saber, siempre que de la validez o nulidad del matrimonio alguien vaya a conseguir alguna utilidad o a evitar algún daño”, proponiendo algunos ejemplos en que la cuestión “surge incidentalmente” y “debe ser examinada y resuelta...” <sup>4</sup>. Omitimos otras interesantísimas referencias de Molinario tanto al Derecho de la

Iglesia Católica como al entonces vigente en Italia, España, Alemania. Chile, remitiendo a su lectura en la publicación pertinente.

Mención particular requiere la fundamentación de Borda, que apoyó a Eppstein en cuanto éste sostuvo que la negativa de la acción *post mortem* debe tener como base al precepto bíblico “Honrarás a tu padre y a tu madre”, es decir, planteando la problemática en un plano moral, lo que el expositor compartía, si bien estimaba que probaba demasiado porque implicaba que tampoco serían titulares de la acción los hijos en vida de sus progenitores, ello admitido por la legislación vigente en 1961 conforme a los artículos 84 y 86 de la ley 2393, y probaba demasiado poco porque la acción de nulidad podía ser requerida por el padre o el hermano del cónyuge cuestionado quedando así fuera del precepto bíblico.

Pero lo más significativo de la objeción de Borda tiene otra faceta: la proyección de la imposibilidad de accionar sobre la indisolubilidad del vínculo matrimonial para la legislación argentina vigente. Borda apeló a una situación posible de presentarse cuando las nupcias cuya validez quería cuestionarse habían sido celebradas en país extranjero “divorcista” por el progenitor del interesado en accionar, progenitor cuyo matrimonio con el otro progenitor de aquél no había sido disuelto por falta de eficacia del divorcio extranjero sobre el matrimonio celebrado por dichos progenitores en la Argentina. La repetición de las nupcias en distintos estados mejicanos, siguiendo el ejemplo de Borda, era imaginable y con ello se hacía, de hecho, imposible accionar por nulidad en vida de los cónyuges de la unión viciada, salvo que uno de ellos accionara. Si a esto se agregaba la imposibilidad de accionar *post mortem*, el matrimonio extranjero quedaba consolidado. Borda dijo expresamente: “Lo que está en juego en este caso es el principio de la indisolubilidad del vínculo”<sup>5</sup>.

Cafferata invocó que tan digna de respeto es la institución del matrimonio como la filiación. Y que si, en un caso, se pretende correr el velo sobre el proceder de los cónyuges, igualmente digna de respeto es la situación del hijo aparentemente concebido dentro del matrimonio. Analizó el art. 258 entonces vigente que rehusaba para los herederos del marido la contradicción de la filiación legítima del nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio salvo que el causante hubiera comenzado la acción. En caso contrario, si el marido había muerto sin impugnar la filiación legítima del hijo, los herederos tenían dos meses para interponer la demanda. Observó también, sin citar textos expresos, que la presunción que atribuía al marido los hijos de su esposa habidos durante el matrimonio se debilitaba por existir divorcio, separación de hecho o ausencia con presunción de fallecimiento, abriendo a los herederos y a otros interesados, aun en gestión de un interés puramente patrimonial, la posibilidad de accionar para excluir al hijo de la familia legítima. Destacaba Cafferata que estas disposiciones no se habían señalado como violatorias del respeto debido a los progenitores y resultaría armónica con ellas la propuesta minoritaria de los congresistas<sup>6</sup>.

Eppstein argumentó con el sistema de sucesión en la persona por oposición a sucesión en los bienes, seguido aquél por el régimen sucesorio, concluyendo en que ello significa “que los herederos que aceptan la herencia, deben seguir la persona de sus padres con todos sus vicios y defectos al mismo tiempo que reciben la bolsa” y concluyó “debemos recibir la herencia en toda su integridad: patrimonial y moral”<sup>7</sup>.

La disertación de Mazzinghi, a quien se debió la gráfica y siempre recordada atribución de las posiciones sustentadas, respectivamente, al espíritu de Francisco de Asís y al de Shyllock, fundamentó el rechazo de la primera en su no coincidencia con el derecho canónico según la demostración efectuada por Molinario y esgrimió un argumento que hoy se renueva: el transcurso de largos años desde la sanción de la ley de matrimonio civil durante los cuales se han alterado sustancialmente las circunstancias de la sociedad argentina (mencionó expresamente la importación de divorcios extranjeros y subsiguientes uniones irregulares) y explicó: “Entiendo que la interpretación de una norma legal con prescindencia total de las circunstancias sobrevenidas a la sanción de esa norma, es algo tan aberrante como la sola apreciación de las circunstancias con prescindencia del texto legal. De modo que no se puede dejar de advertir que ese noble afán que declara la posición de la mayoría, está traicionado por la realidad, porque da lugar a la consolidación de los efectos patrimoniales de estas uniones irregulares que afectan el orden público argentino en materia de familia”. Apoyó la posición

minoritaria que defendía en un interés de orden público en cuanto a la interpretación del art. 86 de la ley matrimonial y en que la acción *post mortem* aceptada impediría que la unión irregular se convirtiera en fuente de derechos ya no discutibles si muere uno de sus miembros. Asimismo en el interés privado de los herederos <sup>8</sup>.

Destáquese la valoración ética del matrimonio y de la familia, explícita en todos los expositores, con singular elocuencia como en la de López del Carril, con un enfoque concreto y práctico como en la de Poviña, con persuasiva vehemencia en Salas, con aportes técnicos procesales inobjetables como en la de Guaglianone; con el acento puesto en el principio moral a que responden los textos del codificador según explicaba Díaz de Guijarro; también la apelación al resultado valioso o pernicioso de la interpretación que se efectúa, detallado por Llambías (“No hay interpretación que pueda hacerse con indiferencia acerca de los resultados...”). El interés de orden social fue esgrimido por Spota. Y todo ello sin dejar de tener presente la posición de quienes sustentaban la aplicación al matrimonio de la normativa de la nulidad de los actos jurídicos, como el autor recién citado y Dansey <sup>9</sup>.

### *8.3. El matrimonio después de la ley 23.515*

Sin menoscabar que hay diferencias importantísimas entre las regulaciones de la llamada ley matrimonial y la disposiciones del Código Civil según la ley 23.515, y no solamente en el aspecto de las facultades y relaciones patrimoniales de los cónyuges afectadas sucesivamente desde 1926, es indiscutible que la gran disparidad entre el matrimonio inmediatamente anterior y el inmediatamente posterior a la ley 23515 es la respectiva indisolubilidad y disolubilidad del vínculo en vida de los cónyuges. Lo marca básicamente el artículo 213 vigente cuando dispone: “El vínculo matrimonial se disuelve: 1. Por la muerte de uno de los esposos. 2. Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento. 3. Por sentencia de divorcio vincular”.

### *8.4. La indisolubilidad o disolubilidad del vínculo como elemento de la definición del matrimonio*

No opinamos que la valoración legal del matrimonio en sí sea hoy totalmente distinta a la que dominaba en tiempos de la ley 2393, tomando en consideración tanto las redacciones de la ley 23.515 como la de otras leyes posteriores a aquella con influencia en la materia. El tratamiento de sus requisitos y efectos no es fundamentalmente diverso salvo por esta cualidad de ser posible desatar el lazo nupcial viviendo los esposos. El art. 172 del Código según la ley 23.515 exige el pleno y libre consentimiento de varón y mujer, el enunciado de los impedimentos (art. 166 de la misma redacción) es prácticamente el mismo con incorporaciones y cambios posteriores (caso del art. 133, edad de 18 años en varón y mujer según la ley 26.449, cuestión de los impedimentos eugenésicos), el consentimiento ha sido fortalecido en el tratamiento de sus vicios y en el matrimonio condicional (arts. 175 y 193), las formalidades tampoco son llamativamente distintas (ver ley 26.413 ); el matrimonio a distancia (también incluido en la ley 26.413 y con sus particulares antecedentes) ocupa el lugar del matrimonio por poder. Los derechos y deberes de los esposos son los mismos si bien con acentuada mayor receptividad de la voluntad individual. En materia sucesoria puede decirse que el matrimonio repercute más que antes si tomamos en cuenta el llamamiento hereditario de la nuera viuda y sin hijos (art. 3576 bis) y el derecho de habitación viudal (art. 3573 bis). Las diferencias entre descendientes y ascendientes matrimoniales y extramatrimoniales han desaparecido salvo el detalle del art. 3296 bis.

Pero eso sí, el matrimonio “argentino” es disoluble en vida <sup>10</sup>, razón por la cual se plantea el cuestionamiento Y conste que la cualidad de indisoluble ha sido incorporada en textos legales. El art. 102 del Código actual de Chile dispone que el matrimonio es un “contrato solemne por el

cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”, es decir, el texto califica la unión de indisoluble y para toda la vida, si bien se subraya que la ley 19.947 de 2004 introdujo el divorcio vincular. El Salvador y Guatemala emplean las siguientes expresiones: “permanente comunidad de vida”, el primero, y “ánimo de permanencia”, lo que no comporta necesariamente la indisolubilidad. También el Código de Nicaragua habla de “un hombre y una mujer que se unen para toda la vida”. Mas no se encuentran otros ejemplos, al menos, en las legislaciones de América Latina.

En la segunda decena del siglo XIX, nuestro matrimonio podía definirse doctrinariamente como hizo Prayones: *“institución social mediante la cual se establece la unión entre dos personas de distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios para el desarrollo de la personalidad”*<sup>11</sup>. Este concepto ¿es adecuado para enunciarse ahora, en la primera quincena del siglo XXI y desde los últimos veintidós años del siglo pasado?

Los conceptos enunciados por autores nacionales actuales proclaman la indisolubilidad empleando generalmente el sustantivo más flexible “permanencia”. Por ejemplo, Cafferata expresa: *“Es la institución natural, social y jurídica que basada en el libre consentimiento de los contrayentes, se constituye por la unión formal, exclusiva, permanente y plena de un hombre y una mujer con el fin de perpetuar la especie y de propender al desarrollo físico, intelectual y moral de la prole, a la ayuda mutua y a la satisfacción del amor, estando los derechos y obligaciones que de ella emanan, regidos por un estatuto legal que el Estado impone”*<sup>12</sup>; D’Antonio escribe *“unión permanente, monogámica y legal del hombre y la mujer que, estableciendo una plena comunidad de vida, responde a sus necesidades vinculantes para el logro de la personalización integral”*<sup>13</sup>. Perrino define al matrimonio como *“el consorcio para toda la vida, establecido con carácter permanente, libre y legalmente, entre un varón y una mujer, ordenado por su naturaleza al bien de los cónyuges y a la procreación y educación de los hijos”* y aclara que el carácter de permanente es relativo desde la ley 23.515 pero que, no obstante, entiende que quienes contraen matrimonio lo hacen con la impronta de la definitividad de la relación que constituyen<sup>14</sup>. Sambrizzi afirma que el matrimonio es una unión permanente, en el sentido de perdurable, a lo que no obsta la posibilidad de disolver el vínculo, pues esta posibilidad es meramente eventual y no quita el sentido de permanencia con que los contrayentes encaran su unión<sup>15</sup>. Ya había escrito Borda: *“Es una unión permanente: este carácter se manifiesta aun en los países que admiten la disolución del vínculo por mutuo consentimiento porque cuando dos personas se casan, lo hacen para toda la vida, con el sincero propósito de pasar juntos las alegrías y los dolores que depare el destino, y que aunque más tarde se divorcien y vuelvan a contraer nupcias, hay siempre en la institución un íntimo y connatural sentido de permanencia”*<sup>16</sup>. Muy concretamente desde el punto de vista del derecho positivo, escribe Mazzinghi, *“es el vínculo jurídico que nace de la voluntad de los contrayentes, expresada con las formalidades que la ley establezca, y que origina imperativamente entre ellos un conjunto de derechos y obligaciones recíprocos, ordenados al establecimiento de una plena comunidad de vida y al cumplimiento de los fines que son propios de ella, según el orden natural”*. En su concepción del matrimonio desde el punto de vista del derecho natural, ha manifestado antes Mazzinghi: *“Es la comunidad de vida, establecida ente un varón y una mujer, por libre decisión de la voluntad y con carácter indisoluble, con el objeto de procrear hijos y educarlos, y de asistirse recíprocamente”*. De sus caracteres, después de definirlo y refiriéndose a la diversidad de sexos, la indisolubilidad y la unidad, explica que deben ser admitidos por la ley positiva, pero que aún cuando no ocurra así, integran la naturaleza del matrimonio. *“Las distintas leyes que lo rigen (se refiere al matrimonio) ofrecen invariado repertorio de soluciones, conformes unas, contradictorias otras con el orden natural. Pero la diversidad no es suficiente para hacernos perder de vista los lineamientos generales de la institución...”* de manera que el concepto que sostiene desde el punto de vista del derecho positivo, donde, se ha visto, no figura la indisolubilidad, es incompleto si no se lo enmarca en el concepto del matrimonio desde el punto de vista del derecho natural que, como también se ha visto, la incluye<sup>17</sup>.



Tal vez corresponda entender que la disolubilidad del vínculo, si bien legal y determinante de efectos legales en los ordenamientos que la prevén, y cualquiera sea la magnitud de su manifestación en los hechos, no es sino la excepción a la regla o principio de la indisolubilidad.

Creemos que los argumentos invocados son suficientes para justificar que hoy puedan seguir aplicándose, *mutatis mutandi*, las valoraciones sobre el matrimonio que se desplegaron con tan impar excelencia en las jornadas del III Congreso, a lo sumo, a opción del lector, despojándolas de connotación religiosa, es decir, secularizándolas.

## **9. La referencia al derecho canónico como derecho comparado**

En efecto, la referencia al derecho canónico es insistente en las deliberaciones del Congreso. Respondía a la tradición histórica desde el pensamiento plasmado en el Código por Vélez Sársfield, a las creencias y apreciaciones mayoritarias del pueblo argentino y, no hay por qué dudarlo, a las convicciones personales de quienes lo invocaban. Si hoy la religiosidad puede estimarse menos pujante en la realidad cotidiana, no puede negarse al Derecho de la Iglesia Católica su valor de apoyo como Derecho Comparado. Pues bien, el canon 1972 del Código de Benedicto XV, derogado y sustituido, lo ha sido por el canon 1675, parágrafo 1, del Código vigente desde 1983 que dice lo siguiente: “El matrimonio que no fue acusado en vida de ambos cónyuges no puede ser impugnado, tras la muerte de uno de ellos o de los dos, a no ser que la cuestión sobre su validez sea prejudicial para resolver otra controversia, ya en el fuero canónico, ya en el civil”. El principio, invocado para justificar la reforma propuesta al texto de la ley matrimonial, se ha reforzado en el nuevo Código. Su importancia como apoyo es incuestionable destacándose su razonabilidad en el contexto de una legislación que dedica especial atención a la validez y correlativa nulidad del matrimonio.

## **10. El aporte del derecho extranjero actual**

Los debates del Congreso hicieron hincapié en el derecho extranjero entonces contemporáneo. Se habló de Francia, Italia, España, Alemania pero también de legislaciones americanas, por ejemplo, del Código guatemalteco, y se aludió insistentemente, por algún autor, a México. Se trataba de figuras, coincidentes o no, en su momento, con la posición del expositor que las mentaba.

Algunas referencias actuales a la problemática de la nulidad del matrimonio y su admisibilidad después de la muerte de uno o ambos esposos pueden respaldar teóricamente la posición asumida por el Congreso y ratificada legalmente después. En algunas legislaciones el caso no se considera en forma expresa pero los preceptos tampoco lo rehúsan decididamente. Por ejemplo, el Código de Québec en su art. 380 dispone que la acción de nulidad del matrimonio no será recibida si se intenta tres años después de la celebración, salvo que el orden público esté en juego. En el Código Civil suizo, según redacciones de 1998, el art. 106.1 dispone que la acción de anulación del matrimonio puede ser entablada de oficio por la autoridad competente y por toda persona interesada, y en el número 2 dice textualmente: “La anulación de un matrimonio ya disuelto no se persigue de oficio; pero puede no obstante ser demandada por toda persona interesada”. Según el párrafo 3, la acción puede ser intentada en cualquier tiempo. Pero la posición es diferente en el Código francés, redacciones vigentes, en lo que vendría a ser violación de los impedimentos de ligamen o de parentesco, hipótesis en que el matrimonio viciado puede ser atacado por los esposos, por todos los que revistan interés y por el ministerio público (art. 184). El art. 187 dispone que en todos los casos en que la acción puede ser intentada por los que revistan un interés, puede serlo por los parientes colaterales y por los hijos nacidos de otro matrimonio, en vida de ambos esposos, pero solamente cuando tienen un interés nacido y actual (luego, no pueden accionar después de la muerte de uno de los cónyuges). El art. 188 establece que el esposo de un segundo matrimonio no válido (perjudicado

por el mismo) puede demandar la nulidad en vida de quien contrajo matrimonio con él o ella. Si los nuevos esposos oponen la nulidad del primer matrimonio, la validez o la nulidad de este matrimonio debe ser juzgada previamente (art. 189). En síntesis, es bastante claro que la acción se extingue para los terceros interesados con la muerte de uno de los cónyuges del matrimonio inválido y, obviamente, con la de los dos.

En los países americanos tampoco se ofrece un panorama unitario. Según el Código Civil del Perú, la acción de invalidez del matrimonio del bigamo, si el primer cónyuge ha muerto, sólo puede demandarla el segundo cónyuge, siempre que sea de buena fe y la acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior, pero la acción no se trasmite a los herederos (art. 278). En la acción que corresponde al cónyuge en los otros casos incluidos por razón de parentesco o crimen, tampoco la acción de nulidad se trasmite a los herederos pero pueden continuar la iniciada por el causante. Se dispone que, sin embargo, esto no afecta el derecho de accionar que dichos herederos tienen por sí mismos como legítimos interesados en la nulidad. La nueva Ley de Matrimonio de Chile (del 2004) establece en su art. 47 que la acción de nulidad del matrimonio sólo podrá intentarse mientras vivan ambos cónyuges salvo en dos supuestos que son los del matrimonio celebrado en art. de muerte y el de nulidad por existencia de vínculo matrimonial anterior no disuelto. El Código de Familia de Bolivia preceptúa en su artículo 90 que la acción de anulación del matrimonio no se trasmite a los herederos, sino cuando hay demanda pendiente al tiempo del deceso de quien podía interponerla y en el art. 91, que el ministerio público no puede demandar ni proseguir la demanda de anulación si el matrimonio se ha disuelto. El Código de Familia de Panamá prevé que la acción de nulidad se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges, pero que en los casos de nulidad absoluta (ligamen, parentesco, crimen, homosexualidad, falta de intervención del funcionario autorizante), los herederos podrán presentar la demanda o continuarla, a efectos puramente patrimoniales.

## **11. Trascendencia de la anulación *post mortem* de un matrimonio**

Retomamos la opinión expuesta por Borda en el III Congreso en cuanto vinculaba la importancia de admitir la acción de nulidad *post mortem* con la indisolubilidad del matrimonio celebrado en Argentina y el “recurso” a que apelaban no pocas parejas de disolver este matrimonio en país extranjero divorcista y contraer nuevas nupcias en el mismo o en otro también divorcista, lo cual ejemplificaba con el “matrimonio mejicano”. Posteriormente a la entrada en vigencia de la ley 17.711 estimó que la problemática había sido superada con la reforma introducida por esta ley, es decir, por la conclusión del III Congreso legalmente recepcionada y mantenida con muy ligeras reformas en el art. 239 actual, Después de 1968 atribuyó a la polémica un carácter casi puramente histórico <sup>18</sup>. Sin embargo, la trascendencia sucesoria de la anulación de un matrimonio después de la muerte de uno o ambos esposos no ha decaído, dado el derecho sucesorio *mortis causa* conyugal y los derechos de previsión social a favor del consorte sobreviviente.

En efecto, la vocación hereditaria conyugal en supuesto de matrimonio viciado atiende al vínculo matrimonial que se considera vigente hasta la sentencia que declaró su nulidad (arts. 221 y 222): no cabe derecho alguno entre los ex cónyuges prescindiéndose totalmente de la buena o mala fe que caracterizó su comportamiento a la celebración de las nupcias (art. 224). Para que pueda discutirse el derecho sucesorio del sobreviviente de un matrimonio viciado es preciso que a la apertura de la sucesión, iniciado y seguido en vida el juicio de anulación, éste no haya llegado a su fin declarándose o rechazándose la nulidad, O, si nada se intentó antes del deceso, entablar la acción después de éste. Por lo tanto, la única manera de hacer efectiva la exclusión del que fue de mala fe, si el deceso se produce antes de la declaración de nulidad, es continuar el proceso inconcluso o accionar pretendiendo la misma ya disuelto el matrimonio por la muerte del causante. Igualmente para optar entre el cónyuge legítimo y el cónyuge putativo, en su caso .

Insistimos, es preciso accionar y obtener sentencia con declaración de la buena o mala fe del cónyuge supérstite si la validez de su matrimonio estaba en discusión procesal o es negada después de la muerte del consorte, para admitirlo a heredar si inviste la primera calidad (arts. 222), o para excluirlo si fue de mala fe (art. 223) o si es el cónyuge putativo que concurre con el legítimo. Ello conduce a encarar dos cuestiones, a saber, la posibilidad de continuar la acción de nulidad después de la muerte de uno de los cónyuges y el ejercicio de la acción *post mortem* que fue el abordado en el III Congreso, cuya conclusión y la legislación que fundamentó son invocables para resolver la primera cuestión mencionada. En efecto, a favor de la continuación de la acción afectada por la muerte de uno de los esposos puede esgrimirse que el vigente art. 239 y todos sus precedentes, se refieren a “intentar” y aquí se trata de proseguir, que la intervención personal de los esposos no se presenta como indispensable en ninguno de dichos textos, que se carece de norma prohibitiva al respecto. Pero, sobre todo, se basa en el ejercicio *post mortem* consagrado en el vigente art. 239 y en su historia, que apoya la posibilidad de continuar la acción entablada, al menos dentro de sus límites, incluso por razones de economía procesal. La opinión doctrinaria favorable a la continuación de la acción es numerosa y calificada <sup>19</sup>.

Y es más que evidente que accionar por nulidad del matrimonio después de la muerte de uno de los esposos es indispensable para que llegue a conformarse la hipótesis de exclusión del cónyuge de mala fe si bien el matrimonio viciado se consolida con la muerte del otro cónyuge cuando el caso no encuadra en las disposición del art. 239 (el vicio no es de aquellos que comportan la nulidad absoluta del matrimonio, es decir, se trató de falta de edad núbil o de privación de la razón, o la legitimación del accionante no se ha configurado) <sup>20</sup>.

El análisis del matrimonio viciado o pretendidamente tal, encarado después de la muerte de uno de los esposos, es de los más complejos que puede imaginarse y depara oportunidad de minuciosas resoluciones judiciales, a cuya elaboración concurren el derecho civil sucesorio, el derecho internacional privado y el derecho de previsión social. Nos limitamos a mencionar las principales cuestiones planteadas y a la remisión a sentencias recientes que ponen en evidencia la frecuencia del planteo judicial de la cuestión. Esa problemática puede abarcar, desde los supuestos fácticos de más accesible planteo, por ejemplo, los de nulidad del matrimonio por impedimento de parentesco o de crimen, a los más complejos resultantes de la hipótesis de violación del impedimento de matrimonio anterior del difunto o de su segundo consorte, no disuelto a la celebración del matrimonio cuestionado, lo que incluye la validez o invalidez del matrimonio celebrado en el extranjero y del divorcio decretado en el extranjero, antes y después de la ley 23.515. La celebración de un matrimonio en el extranjero mediando uno anterior celebrado en la Argentina no es nada imposible de imaginar en estos tiempos de un mundo empequeñecido por la facilidad de viajes y residencia en distintos países y la posibilidad de divorcio en el extranjero de matrimonio “argentino” tampoco lo es pese a contarse con la posibilidad del divorcio vincular en Argentina pues, por razones circunstanciales, es factible recurrir a él, por ejemplo, buscando mayor rapidez o facilidad en el trámite o con el propósito de obtener la disolución por razones no admitidas entre nosotros como la voluntad unilateral e inmotivada.

La jurisprudencia encara cuidadosamente la diversidad fáctica en procura de la solución acorde con nuestro derecho <sup>21</sup>.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Las sesiones pertinentes figuran en Universidad Nacional de Córdoba, Instituto de Derecho Civil Henocho D. Aguiar, *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, 9-14 de octubre de 1961, Córdoba, 1962, t. II, pág. 451 y ss.

<sup>2</sup> Ver Jaime PÉREZ LLANTADA y GUTIÉRREZ y Carlos MAGAZ y SANGRO, *Derecho Canónico matrimonial para juristas*, Madrid, Dykinson, 1987, tema I *ab initio*.

<sup>3</sup> La respuesta, anticipada por Alberto D. MOLINARIO, se encuentra en su trabajo “Otra vez sobre el art. 86 de la ley de matrimonio y la inexistencia de los connubios celebrados con violación de su art. 2º” en J.A. 1961-IV-409, que su autor cita en *Tercer Congreso cit.*, págs. 460 y 461.

<sup>4</sup> Exposición del autor recién cit., en obra recién cit., pág. 467 y ss. La transcripción es de pág. 470.

<sup>5</sup> Guillermo A. BORDA, su exposición en *Tercer Congreso cit.*, pág. 472 y ss.

<sup>6</sup> José Ignacio CAFFERATA, su exposición en idem, pág. 472 y ss.

<sup>7</sup> Alberto B. EPPSTEIN, su dictamen remitido al Congreso, en idem pág. 457 y ss. Aludimos en el texto a su exposición oral, págs. 477-478.

<sup>8</sup> Jorge Adolfo MAZZINGHI, su intervención en idem, págs. 480-481.

<sup>9</sup> Ver la obra y lugar insistentemente citados.

<sup>10</sup> En opinión jurisprudencial, la indisolubilidad del matrimonio ha dejado de integrar el orden público argentino: S.C.J.N., 12/11/1996, L.L. 1997-E-1032, Nº 39.865-S, J.A. 1997-IV-654; C.S.J.N., 16/8/2005, LL. 2005-E-259; CNCiv., Sala I, 15-3-2000, E.D. 188-365.

<sup>11</sup> Eduardo PRAYONES, *Nociones de derecho civil, Derecho de familia*, Centro de Estudiantes de Derecho, Buenos Aires, 1914, Nº 8.

<sup>12</sup> José Ignacio CAFFERATA, *Derecho de familia*, Córdoba, Mediterránea, 2005, t. I, Cap. III, pág. 33.

<sup>13</sup> Daniel Hugo D'ANTONIO, en María Josefa MÉNDEZ COSTA, FRANCISCO A. M. FERRER, y Daniel Hugo D'ANTONIO, *Derecho de familia*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, t. I, Cap. IV, pág. 219 *in fine*.

<sup>14</sup> Jorge Oscar PERRINO, *Derecho de familia*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, t. I, Cap. XIII, pág. 167 y Nº 126, d, pág. 170.

<sup>15</sup> Eduardo A. SAMBRIZZI, "Caracteres y fines del matrimonio", E.D. 209-965, 2, a).

<sup>16</sup> Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho civil. Familia*, 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, t. I, parágr. 1, Nº 45, pág. 46.

<sup>17</sup> Jorge Adolfo MAZZINGHI, *Tratado de derecho de familia*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2006, t. I, Cap. II. Ver parágr. 33 y 34, pág. 45 y ss.

<sup>18</sup> BORDA, *Tratado cit.*, ed. cit., t. I, Cap. III, Nº 193, nota 306 en pág. 171.

<sup>19</sup> Alberto G. SPOTA, Buenos Aires, Depalma, 1969, t. II, vol. I, nota 367, pág. 830; BORDA, *Tratado cit. lug. cit.*, Nº 195 y nota 309; Augusto César BELLUSCIO, "Fallecimiento de uno de los contrayentes durante la sustanciación del proceso por nulidad del matrimonio", J.A. 5-1970-310; Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de familia*, 5ª ed, Buenos Aires, Astrea, 2006, t. I, Cap. IX, C, parágr 229, f); PERRINO, ob. y lug. cit., Cap. XXI, Nº 427. Es nuestra opinión personal: ver María Josefa MÉNDEZ COSTA, *La exclusión hereditaria conyugal*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni 2009, Cap. VI, III, 1.1.

<sup>20</sup> Nuestra obra recién cit., lug. cit., 1.2 y 2 (éste para la exclusión del cónyuge putativo por la concurrencia del legítimo).

<sup>21</sup> Ejemplificamos con la mención de algunas especies en que se trató siempre de la consideración de la validez o nulidad de un matrimonio *post mortem* abarcando un período iniciado en 1995: CNCiv., Sala K, 15/12/95, L.L. 1996-B-171; C.S.J.N., 15/11/96, L.L. 1997-E-1032, 39.865-S; C.1ª CC Mar del Plata, Sala I, 25/6/98, L.L.B.A. 1998-1259; CNCiv., Sala A, 9-11-00, Lexis Nexis Online; CNCiv., Sala K, 27-4-00, L.L. 2000-D-498; S.C.J.N., 21/6/00, L.L. 2000-F-769; CNCiv., Sala G, 21/9/01, E.D. 196-495; CNCiv., Sala F, 5/9/01, L.L. 2002-B-592; CApel. Concepción del Uruguay, 8/7/03, L.L. 2004-422, CNCiv., Sala K, 4/7/05, L.L. 2005-E-498; C.S.J.N., 16-8-05, L.L. 2005-E 259.

# EL DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA O CONSENSUAL EN LOS CONGRESOS NACIONALES DE DERECHO CIVIL Y SUS PERSPECTIVAS ACTUALES

por MARÍA BERTOLDI DE FOURCADE

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El tratamiento del divorcio en los Congresos Nacionales de Derecho Civil. III. Aspectos sustanciales: trascendencia del Primer y Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil en materia de divorcio vincular. 1. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil (1927). 2. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil (1937). IV. Primera legislación argentina sobre divorcio vincular (1954). V. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (1961). VI. El retorno a la democracia y el divorcio. Los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1986) y la propuesta del Primer Congreso Nacional de Derecho civil (1927). VII. La “Ley de divorcio vincular” N° 23.515 (1987). VIII. Aspectos procesales: la reforma de 1968 y el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (1969). IX. La “separación personal” y el “divorcio vincular” por “presentación conjunta o “mutuo consentimiento” en la ley 23.515 (1987). 1. Requisitos. 2. Trámite. 3. Sentencia. 4. Efectos. X. Tendencias y propuestas para la modificación del Código Civil argentino. Conclusión.

*“... Que no hay nada más fácil que amar- sigue siendo la idea prevaleciente sobre el amor, a pesar de las abrumadoras pruebas en contrario. Prácticamente no existe ninguna otra actividad o empresa que se inicie con tan tremendas esperanzas y expectativas y que, no obstante, fracase tan a menudo como el amor. Si ello ocurriera con cualquier otra actividad, la gente estaría ansiosa por conocer los motivos del fracaso y corregir sus errores, o renunciaría a la actividad. Puesto que lo último es imposible en el caso del amor, sólo parece haber una forma adecuada para superar el fracaso, y es examinar sus causas y estudiar el significado del amor”*

(Erich Fromm, *El arte de amar*)

## I. Introducción

Las vicisitudes que se presentan durante el matrimonio pueden desatar crisis que fortalezcan la relación o -por el contrario- la debiliten. Tales trances podrán provenir de circunstancias externas (falta de trabajo, súbitas mejoras o pérdidas económicas; alejamientos geográficos inevitables, etc.) o acaecer subjetivamente en sus integrantes (enfermedades propias o de los hijos, diferente crecimiento personal, cambio en los objetivos individuales, desinteligencias en cuanto al proyecto de vida). Las graves desavenencias o los continuos desacuerdos, aún por pequeñeces, tornan la comunidad vital en una fantasía, cuando no en una verdadera pesadilla, y definen la ruptura. Otras veces, el quiebre ocurrirá como consecuencia del siempre misterioso fin del amor, cuyas causas son tan inasibles como las de su inicio. El agotamiento de la pareja matrimonial, como realidad fáctica, tarde o temprano, reclamará solución jurídica.

## II. El tratamiento del divorcio en los Congresos Nacionales de Derecho Civil

El derecho argentino enfatizó la indisolubilidad del matrimonio, hasta más allá de la mitad del siglo XX.

Inicialmente la cuestión se rigió por el derecho canónico y ello se sostuvo aún después de la entrada en vigencia del Código Civil (año 1871). Sólo se autorizó el “divorcio” como “separación personal” o “de cuerpos”, después de la verificación judicial de la existencia de causales subjetivas que invocaran y probaran las partes (arts. 198, 199, 200 y 204 C.C. de Vélez Sársfield). La sentencia no disolvía el vínculo entre los esposos, con lo que se imposibilitaba que toda relación posterior produjera efectos jurídicos.

La ley 2393 que, en 1888, incorporó el matrimonio civil a la regulación argentina y reconoció validez a la unión laica, también se pronunció porque el vínculo subsistiera y enunció

las causales que, con atribución de culpabilidad, hacían factible darle fin (arts. 64 y 67). El sistema no se cuestionó, en general, pues mantenía la indisolubilidad del matrimonio; la fuerte influencia de la Iglesia católica en el tema fue determinante en la historia del divorcio, como instituto jurídico, ya que logró imponer, durante muchos años, una limitación confesional a toda la sociedad civil.

Nuestra indagación sólo destacará aspectos que, a la luz de la evolución de la figura, ponen en evidencia lo avanzado de ciertos planteos realizados en los Congresos Nacionales de Derecho civil y cómo las propuestas sólo pudieron concretarse por etapas y lograron definición, con ligeras variantes, sesenta años después de la inicial postulación de sus precursores.

En esta oportunidad nos ocuparemos de las ponencias relacionadas al efecto de la sentencia sobre el vínculo y nos detendremos sólo en una de las formas procesales diseñadas para lograr la declaración del divorcio; tal es aquella que evita el contradictorio y responde a la coincidente decisión de los esposos de terminar su matrimonio.

Para el repaso partimos de revisar temas que se presentaron en el Primer Congreso Nacional pues, más que ninguna otra de estas convocatorias, anticipó un rumbo que, desde la óptica del proceso, precisó casi cuarenta años para introducir el divorcio “por presentación conjunta” o “por mutuo consentimiento” o “consensual”<sup>1</sup> y, en lo sustancial, debieron transcurrir sesenta años para la puesta en vigencia del divorcio vincular en la Argentina<sup>2</sup>, como lo mostraron los demás Congresos Nacionales.

También referiremos, brevemente, algunas propuestas que han propiciado ajustes a la regulación vigente, con inspiración en la experiencia judicial o en el derecho extranjero<sup>3</sup>.

### **III. Aspectos sustanciales: trascendencia del Primer y Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil en materia de divorcio vincular**

#### *1. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil (1927)*

En el marco sociocultural del incipiente segundo cuarto del siglo XX, se realiza el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, y se celebra en esta ciudad entre los días 21 al 26 de mayo de 1927<sup>4</sup>.

Esta reunión científica, que convocó a ilustres juristas de toda la República, adquiere trascendencia mayúscula en nuestro tema pues resultó precursora de resoluciones jurisprudenciales y reformas legislativas en el derecho de familia que, tal como se dijo, necesitarían recorrer un largo camino, en medio de enfrentamientos ideológicos, que parecían irreconciliables.

El Programa de tal convocatoria ya anticipaba el debate.

El Tema V, referido al “Matrimonio” abordaría dos cuestiones

a) Disolución del matrimonio. b) Régimen de los bienes del matrimonio.

En el primer aspecto presentó su trabajo “Sobre divorcio, adopción y filiación ilegítima” el Dr. Arturo Orgaz, que asimismo era Secretario del Congreso; y a su vez, el Dr. Juan Carlos Rébora se pronunció “Sobre divorcio y régimen de bienes en el matrimonio”.

En esta oportunidad nos ocuparemos sólo del tratamiento que se dio al divorcio y no consideraremos, sino tangencialmente, otros aspectos del temario que le resultaban conexos<sup>5</sup>.

En la sesión del 23 de mayo del año referido<sup>6</sup> el despacho de la Comisión sobre el Tema V, “Disolución del matrimonio”, proponía al Congreso, en Primer lugar, que:

a) Debe instituirse *el divorcio con efectos resolutivos del vínculo*;

b) Sólo podrá dictarse el divorcio por causa determinada en la ley ; y, cuando no haya hijos, también *por mutuo consentimiento de los cónyuges*;

c) El *divorcio por mutuo consentimiento* sólo podrá pedirse después de tres años de celebrado el matrimonio, y los divorciados no podrán *celebrar un nuevo matrimonio* hasta dos años de pasar en autoridad de cosa juzgada la sentencia respectiva;

d) La ley debe establecer, entre otras sanciones para los cónyuges que hayan dado lugar al divorcio, un plazo dentro del cual no se pueda celebrar otro matrimonio.

El despacho fue firmado por J. M. González Sabathié, Arturo Orgaz, C. D. Sierra.

### 1.2. *El divorcio vincular*

Se advierte que la primera proposición planteaba, con valentía, disolver el vínculo como única posibilidad para terminar con el matrimonio, sin admitir otras formas de “relajación” como alternativa, tal como la vigente “separación personal”, que mantiene el vínculo pero “debilitado” (arts. 205 y ss. C.C. s/ Ley 23.515 de 1987) <sup>7</sup>.

Las razones que apoyaron dicha postura aludieron a la realidad de la existencia del divorcio con efectos vinculares en la casi totalidad de los países civilizados; a la existencia de la ley de divorcio en Uruguay <sup>8</sup>; a los conflictos que los matrimonios subsiguientes, obtenidos al amparo de la legislación extranjera, producían en el derecho argentino <sup>9</sup>; y al impacto que las situaciones de parejas irregulares, debido a la vigencia del ligamen, producían en los hijos habidos fuera del matrimonio, cuya situación jurídica también fue objeto de preocupación de estos Congresos <sup>10</sup>.

Es ilustrativo referir algunas expresiones que procuraron echar luz sobre confusiones que aún hoy se reiteran en esta temática.

Respecto al abordaje confesional o sentimental de la extinción del vínculo matrimonial, dijo Orgaz: “Nada más inaceptable. Se trata de un asunto jurídico-social, en que debe decidirse el debate por motivos, a la vez, de ética institucional y de utilidad colectiva”; se refirió también a la existencia de “numerosos proyectos legislativos presentados desde 1910 hasta la fecha” cuyo tratamiento se difería por la existencia de poderosas fuerzas que se oponían a la disolución del vínculo. Y concluyó: “Lo contrario, la indisolubilidad de lo que la vida ha disuelto, es un injusto y antisocial expediente para atormentar a seres erigidos en víctimas de una preocupación de dogma que atenta contra los fundamentos mismos del orden” <sup>11</sup>.

En tal dirección se escucharon las expresiones del Dr. Rébora, miembro informante del Despacho <sup>12</sup>, quien señaló que “el legislador laico, que respeta la religión y resuelve según justicia, adopta la forma que mejor consulta su pensamiento y llena su finalidad”. Y agregó: “Los argumentos que en general se invocan para justificar la institución del divorcio se pueden resumir en muy pocas palabras. O se refieren al derecho a la libertad, que el hombre no puede enajenar por su compromiso perpetuo; o se refieren al derecho a la paz, a la felicidad, a la vida completa, las que no podrían ser negadas a los que han fracasado en una unión a la cual llegaron acaso llenos de ilusiones que la realidad no satisfizo; o se invoca como argumento la imposibilidad de convivencia entre dos individuos de los cuales uno es díscolo; o se señala como inconveniente la difícil austeridad que se impone a los que viven simplemente unidos en apariencia aunque separados de cuerpo y espíritu...” <sup>13</sup>.

Por su parte, González Sabathié destacó la función del divorcio como “remedio” a un mal social y graficó su idea sosteniendo que: “Mantener la indisolubilidad legal del vínculo como medio de evitar los males que nosotros queremos remediar con la ley del divorcio, tanto vale como lanzar un edicto prohibiéndole al río que se desborde: no hay que hacerse ilusiones sobre la virtualidad de la ley, ni empeñarse en desatender la elocuencia de los hechos.” Fundó su voto expresando: “... mientras que los adversarios del divorcio creen que la indisolubilidad del vínculo basta para evitar los matrimonios mal avenidos o se encogen de hombros ante esas desavenencias; los divorcistas, convencidos de que ni ellas ni sus consecuencias pueden evitarse, tratamos de encauzarlas dentro del marco de la ley” <sup>14</sup>.

Interesante, por lo gráfica y realista, resultó la intervención de Alvo, quien estimó que si sólo podía llegarse a un “divorcio aparente” -sin rotura de vínculo- esa situación era injusta y socialmente nefasta pues, los cónyuges, respecto a la sociedad quedaban “eternamente a la vez

unidos y separados”, obligando al adulterio sin tener la posibilidad de constituir otras familias legítimas<sup>15</sup>.

Por su parte, Posse<sup>16</sup> destacó que si la reciprocidad de afectos desaparece entre los cónyuges, causa inicial de la obligación contraída, el vínculo permanente no resuelve la situación creada en el hogar; roto el vínculo de afecto, de confianza y de mutua ayuda, el hogar se torna en una fuente permanente de discordia y de pernicioso enseñanza para los hijos. Y se pregunta: “¿Qué familia es esa en que los padres viven en domicilios distintos, sin el contralor y dirección conjunta y permanente sobre los hijos?”. Ante la existencia de numerosos proyectos en el congreso expresa que: “Parece, entonces, que un anhelo social instase esa ley”<sup>17</sup>.

Por el contrario, quienes se oponían a las posiciones referidas sostenían que el rechazo por mayoría de un proyecto similar, presentado “25 años atrás”, debía ser leído como un obstáculo a la aceptación del divorcio vincular en la comunidad<sup>18</sup>. Otros argumentos aludieron a la solidez de la “familia argentina”, a la decadencia moral que inevitablemente sucedía a la sanción de leyes como la pretendida; a la necesidad de que la pareja desgraciada sacrificara sus aspiraciones de felicidad personal, de corte “individualista”, frente al orden público que sostenía inquebrantable al matrimonio. A ello se sumaban argumentaciones que, miradas a la luz de las normas constitucionales y a la de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a su texto (art. 75 incs. 22 y 23 C.N.), desnudaban perfiles discriminatorios de género; las mujeres eran consideradas sólo como madres y se las estimaba ineptas para asumir otros roles ante la indiferencia con la que, se dijo, habrían recibido las leyes que les reconocían iguales derechos que a los hombres (ley 11.357). También, se minimizaba y aun justificaba, la desventajosa situación de los hijos “adulterinos”, la que se veía neutralizada con la posibilidad de las ulteriores nupcias de sus progenitores, frente la intangibilidad “jurídica” de la familia legítima. Justo es recordar que el debate, que se reiteraría por años en la sociedad argentina, también aludió a la legislación extranjera, a la experiencia resultante de su aplicación y a prestigiosa doctrina contraria al divorcio<sup>19</sup>.

Finalmente, se sometió a votación la primera proposición y, como era fácil suponer en aquellas circunstancias histórico-sociales y como lo fue hasta mucho después, la posición negativa a la aceptación del divorcio vincular fue mayoritaria<sup>20</sup>.

Es notable advertir, sin embargo, que muchos de quienes se oponían a la propuesta de la Comisión y, por diversas razones, negaban la conveniencia, moralidad o aceptación social del divorcio vincular en la Argentina del momento, asumían sin objeciones, como sucedáneo de aquél, la anulación matrimonial; se seguían así las más amplias vías del derecho canónico y de algunos códigos del momento, como el brasileño, ampliando las causales de anulación a hipótesis, como el “error sustancial” que era considerado con laxitud<sup>21</sup>.

Dicha posición fue rebatida por los “divorcistas”. Estos afirmaron, con justeza, la diferencia de naturaleza jurídica que existe entre el divorcio, consecuencia de un conflicto posterior a la celebración de un matrimonio válido, con la institución de la anulación que supone la existencia de vicios originarios que obstan a la validez del acto jurídico<sup>22</sup>.

Este debate, en el que no nos detendremos, se reiteraría el día siguiente en el Congreso, al proponerse la ampliación de las causales de anulación matrimonial, dado el rechazo del efecto disolvente del vínculo en el divorcio<sup>23</sup>.

## *2. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil (1937)*

Este Congreso se celebró en la ciudad de Córdoba, entre el primero y el siete de noviembre de 1937<sup>24</sup> y tuvo como objetivo el examen del Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión designada al efecto en 1926 y que presentara su propuesta en 1936.

El Tema VIII trató las “Causales de Anulabilidad y Nulidad de Matrimonio”.

El abordaje de esta cuestión, pese al tiempo transcurrido desde el Primer Congreso, es continuación del debate iniciado al “descartarse” el divorcio vincular en el sistema jurídico



argentino, en aquella anterior oportunidad <sup>25</sup>. Así, además de la genuina preocupación por reforma del régimen de invalidación del acto jurídico, que no descartamos, aparecían fórmulas que apuntaban a introducir, más o menos disimuladamente, la disolución del vínculo por motivaciones sobrevinientes.

Ello fue puesto en evidencia, con lucidez, por Díaz de Guijarro <sup>26</sup>, quien destacó la necesidad de establecer "... una separación real de los temas", porque frente a la pregunta de si deben ampliarse o restringirse las causales de nulidad y anulabilidad "... el distinguido señor miembro informante de la mayoría (Dr. Frías) ha hecho una exposición que, en realidad, se vincula con el divorcio, más que con la anulación del matrimonio" y subrayó que la diferencia entre ambas instituciones no admitía "comparaciones". Se insistió con firmeza en que no era posible aceptar ambigüedades que permitieran concluir "una posición tácita adversa, de este Congreso,..." con respecto al tema; ello pues, el divorcio, era el único punto en el que el Proyecto de la Comisión Revisora- a cuyo tratamiento estaban abocados- no mantenía una línea bien definida. Recordó que existían dos dictámenes: "... uno, el de la mayoría, suscripto por tres distinguidos miembros; y otro, el de la minoría, firmado por dos de ellos, minoría en la cual no cabe dejar de incluir al Dr. Bibiloni que, aunque no pudo firmar el despacho final, en su Anteproyecto sostuvo el divorcio con gran calor" <sup>27</sup>.

Díaz de Guijarro, entonces, hizo la moción de que en otro momento el Congreso considerara una propuesta que presentara sobre aquel tema, que fue a la Comisión de Ponencias Varias. Esta señalaba: "El Proyecto debe consagrar el divorcio absoluto (despacho de la minoría de la Comisión Reformadora)". Pese a que su autor realizó dos mociones para su tratamiento, por diversos argumentos <sup>28</sup>, la ponencia no fue considerada; al menos no se registra constancia de que ello haya sucedido.

Por lo tanto, esta segunda reunión científica, concretada diez años después de la primera, no se ocupó del divorcio; con esto podía entenderse que su incorporación al derecho nacional era una cuestión definitivamente descartada.

Sin embargo, en otro contexto histórico, se sancionó una ley que admitía, por primera vez en la Argentina, la disolución del vínculo por el divorcio.

#### **IV. Primera legislación argentina sobre divorcio vincular (1954)**

La ley 14.394, se publica en el Boletín Oficial de la Nación el 30 de julio de 1954. Esta verdadera "ley ómnibus", que abarcó temas diversos, conserva muchas de sus normas vigentes. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con aquélla que causó el mayor impacto en la sociedad del momento. El art. 31 incorporaba, por primera vez, al derecho positivo el divorcio vincular como conversión del divorcio-separación de cuerpos, a pedido de cualquiera de los esposos después de transcurrido un año desde la sentencia, si no hubiera existido reconciliación.

Circunstancias políticas e históricas posteriores determinaron que se adoptara a su respecto una decisión no usual: fue suspendida. En efecto, en septiembre de 1956, el gobierno de facto que derrocara al presidente Perón, por decr. ley 4070, suspendió la aplicación del art. 31 de la ley referida e imposibilitó solicitar la conversión de la sentencia de divorcio a fin de darle el efecto de disolución vincular.

Los alcances de esta "suspensión" suscitaban diferentes posiciones; en especial, con relación a la eficacia de las disoluciones logradas y la habilidad nupcial posterior de quienes tenían el vínculo matrimonial disuelto, pero aún no habían contraído nuevas nupcias, tanto como las ya celebradas cuando sobrevino la decisión de neutralizar los efectos de la norma. El decreto ley fue atendido en la declaración emitida por el Congreso Nacional, a través de la ley 14.467, por la que aquéllos continuaban en vigencia, en tanto el mismo Congreso no los derogase, en previsión, como expresó el miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales de la Cámara de Diputados (Diario de Sesiones, 1985, ps. 2893 y ss.), de la inseguridad jurídica.

Este fugaz episodio puso de manifiesto, otra vez, que la cuestión seguía en debate y que era muy importante la influencia de quienes se oponían a la legalización del “divorcio absoluto”, para utilizar lenguaje de la época.

## V. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (1961)

Se celebra en Córdoba, entre los días nueve a catorce de octubre de 1961 y en esta tercera reunión académica fueron objeto de especial consideración los “Efectos extraterritoriales de la sentencia de divorcio”<sup>29</sup>.

Recuperada la indisolubilidad del matrimonio para nuestro ordenamiento jurídico, luego de la suspensión del art. 31 de la ley 14.394, se acrecienta la preocupación por la evidente aceptación de la institución en la sociedad y por la posibilidad real de que parejas argentinas intentaran contraer matrimonios “disolubles” en el extranjero; especialmente, frente a la facilidad que representaba la cercanía de un país divorcista al otro lado del Río de la Plata.

En este aspecto, desde los dictámenes preliminares, se advierte la impronta de las jornadas: estatuir garantías que mantuvieran indemne la indisolubilidad del matrimonio “contra maniobras fraudulentas internacionales” (sic)<sup>30</sup>.

El Despacho definitivo de la Comisión, recomendó negar toda eficacia a la sentencia extranjera que dictara el divorcio vincular de un matrimonio celebrado en la Argentina; pero, además, aunque la unión se hubiere celebrado fuera del país, la sentencia extranjera de divorcio vincular sólo poseería eficacia en la Argentina: a) Si se trata de un matrimonio celebrado sin fraude fuera de la Argentina; b) Si al domicilio conyugal en el momento de trabarse la litis se hallaba constituido sin fraude en el país de cuyos tribunales la sentencia dimanara. Sólo cuando ambas condiciones concudiesen se admitiría la validez de un nuevo matrimonio<sup>31</sup>.

El despacho de la minoría, con mayor generalidad, entendió que: “La sentencia extranjera de divorcio vincular producirá efectos en la República Argentina: 1) Si emana de un juez competente en la esfera internacional (el del domicilio conyugal), de conformidad al art. 104 de la Ley de Matrimonio Civil y Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo). 2) Si se trata de la disolución de un matrimonio celebrado fuera de la República”<sup>32</sup>.

Finalmente, existió coincidencia en que la sentencia extranjera de divorcio vincular dictada respecto de un matrimonio celebrado en la Argentina no tendría eficacia en el país y, en la hipótesis del divorcio vincular de un matrimonio celebrado en el extranjero, la sentencia extranjera sólo poseería eficacia si el domicilio conyugal en el momento de trabarse la litis se hallaba constituido de acuerdo al derecho argentino y a la apreciación de los jueces argentinos en el país de cuyos tribunales la sentencia dimanara. Sin embargo, existió un punto donde se mantuvo la disidencia, tal como lo destacó Díaz de Guijarro.

Finalmente, a este respecto, se impuso, por un voto, que: “III) Si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero con el fin de eludir la protección que el derecho argentino confiere a la indisolubilidad de los matrimonios celebrados en la República, el matrimonio celebrado en el extranjero disfruta del amparo concedido a la indisolubilidad de aquellos”<sup>33</sup>.

De las consideraciones, planteos y argumentaciones realizadas en aquellas reuniones, las que no desarrollamos por no ser directamente tocantes a nuestro tema, resulta la férrea oposición a reconocer potestad alguna para seleccionar un sistema diferente en materia de matrimonio; se sostuvo una estricta valoración del “orden público nacional” comprometido, se acudió a las nociones de “fraude a la ley” y se predicaría, en doctrina, la inexistencia del matrimonio celebrado luego de un divorcio logrado en el extranjero, para impedir las alternativas de convalidación.

Como conclusión de este rápido repaso se advierte que el “fantasma” de divorcio sobrevolvaba diversos tópicos, tal como las causas de anulación matrimonial mencionadas y este aspecto de las nupcias disueltas o celebradas fuera del país, por lo que las perspectivas conservadoras se mantenían mayoritariamente y se descartaban criterios progresistas, como los anticipados en 1927.

## **VI. El retorno a la democracia y el divorcio. Los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1986) y la propuesta del Primer Congreso Nacional de Derecho civil (1927)**

A partir de la recuperación del sistema democrático, en 1983, se presentaron varios proyectos para introducir el divorcio vincular al sistema jurídico argentino. Sin embargo, el detonante para que se plasmara legislativamente esta posibilidad resultó de un fallo de la Corte Suprema de Justicia que declaró inconstitucional el art. 64 de la ley 2363. En causa que, por su trascendencia pública, ya no amerita ocultar el nombre de sus protagonistas bajo sus iniciales, como es de rigor en materia de derecho de familia (autos “*Sejeam, Juan B. v. Zaks de Sejeam, Ana M.*”) <sup>34</sup>, el más alto tribunal de la Nación entendió que la indisolubilidad del vínculo y su consecuente inhabilitación para contraer nuevo matrimonio vulneraba principios de orden constitucional; por ello, hizo lugar al recurso extraordinario y al planteo que peticionaba que se reconociera aptitud nupcial a quienes se habían “divorciado- separado de cuerpos”.

La decisión que, por mayoría, entendió que la norma cuestionada afectaba la Constitución Nacional se fundó en la existencia de derechos implícitos (art. 33 C.N.) que amparan la dignidad humana, el libre desenvolvimiento de la personalidad, tanto desde lo sexual, en una relación con características de permanencia, como en la procreación y conformación de la familia, derechos de la personalidad que gozan de tutela superior (arts. 14 bis y 20, interpretando *a fortiori*, C.N.). Por ello no se entendió ajustado a derecho que vínculos afectivos posteriores a un divorcio quedaran fuera de la ley y afectaran también a la descendencia; se destacó el valor de la libertad individual, sin olvidar su trascendencia como libertad de cultos, que se inspirara en la recepción en el país de personas provenientes de otras culturas. También, se consideró que la vigencia del matrimonio civil suponía haber superado posiciones confesionales y se subrayó la necesidad de abordar el divorcio como un “remedio” o “solución” para la crisis matrimonial y no solamente como una sanción, con miras a la pacificación de la sociedad. En esta línea de pensamiento se recalcó que... “Nadie continuaría razonablemente su convivencia con otra persona si no están dadas las condiciones de amor y proyectos comunes que la sustenten, diga lo que diga la ley. El divorcio no es sino una institución civil correlativa del matrimonio civil” y se dijo que... “Quienes no consiguen llevar adelante una pareja podrían requerir del divorcio para el restablecimiento de su paz y de su felicidad, y éstos son dos valores que los argentinos deben destacar y que los órganos jurídicos están obligados a ofrecer acercando nuevamente la realidad jurídica a la social”.

Es dable advertir que muchos de estos argumentos confluyen con los dados ya en el Primer Congreso Nacional de 1927, en la discusión que promoviera el despacho de la Comisión que integraran Arturo Orgaz, González Sabathié y C. D. Sierra, a favor del “divorcio absoluto” <sup>35</sup>.

A tales razones, la Corte sumó conceptos de desarrollo más reciente, como la protección de los derechos humanos fundamentales, haciendo hincapié en la dignidad humana, en el desarrollo de una plena personalidad y a formular un propio plan de vida, a la intimidad e igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y a lo irrazonable del resultado de la indisolubilidad matrimonial que convertía al derecho a casarse en el único que se agotaría en un solo ejercicio y el fallo señaló que la protección de la familia, encuentra tutela efectiva por su raigambre constitucional. Se citaron como normas de sustento los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 20, 28, 32, 33 C.N. y Convenciones sobre Derechos Humanos que, si bien no tenían aún expreso rango constitucional como lo tendrían después de la reforma de 1994, ya integraban el orden jurídico argentino y desaprobaban todo tipo de discriminación. Asimismo, se destacan las citas de otros casos que se estimaron vinculados en esos aspectos <sup>36</sup>.

Finalmente, la resolución de la Corte puso en evidencia un aspecto de gran simplicidad que suele olvidarse en este tipo de discordancia: “...advírtase que, mientras el divorcio vincular es facultativo y permite el despliegue de las opciones de conciencia, la prohibición del divorcio obliga a todo habitante a someterse, mal que le pese, a las consecuencias de una ética confesional determinada” <sup>37</sup>.

Es notable y significativa la tendencia que existe, en ciertos grupos, a considerar como de cumplimiento obligatorio las facultades que obtienen reconocimiento legal en temas sensibles, omitiendo entenderlo como opciones que deben ejercerse libre y responsablemente. Así, ha sucedido, por ejemplo, con las leyes referidas al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

## VII. La “Ley de divorcio vincular” N° 23.515 (1987)

A partir del fallo referido quedó abierto el camino para que el 3 de junio de 1987, se dictara la ley 23.515, que derogó la ley 2.363, e incorporó al texto del Código Civil normas que admiten dos vías para terminar con el matrimonio.

En una posición transaccional se mantuvo una modalidad que no disuelve el vínculo matrimonial y no habilita a celebrar nuevas nupcias: la separación personal (arts. 201 y ss. C.C.). Nuestro ordenamiento, entonces, prevé el supuesto de “relajamiento” del vínculo lo que, se supone, procura respetar el pluralismo ideológico y religioso con relación al carácter indisoluble del matrimonio<sup>38</sup>. Dicha alternativa haría al reconocimiento de la libertad de cultos; no obstante, es importante recordar que quienes se oponen al “divorcio” por razones confesionales, no cuestionan la ruptura de la vida en común- que se produce con la “separación de cuerpos”- sino la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio. Más allá de que nadie está obligado a reincidir en otro enlace, puede estimarse que la norma respeta, en teoría, la autonomía personal de quien así lo plantea. La experiencia judicial, sin embargo, demuestra que las acciones de separación personal son muy escasas y, en la mayoría de los supuestos que se intentan, la demanda obedece a que no se ha cumplido el plazo mínimo de vigencia del matrimonio para poder pedir el divorcio “por presentación conjunta” (arts. 205, 215 y 236 C.C.). Por otra parte, es dable remarcar que el sistema legal vigente privilegia la declaración del divorcio en los juicios contenciosos pues, planteadas ambas formas, como acción y reconvencción, si se acreditan los extremos del divorcio, éste prevalece (conf. art. 237 C.C.). A tal circunstancia se suma otra que relativiza la practicidad de dicha figura; todas las sentencias de separación personal pueden obtener los efectos del divorcio vincular por su conversión oportuna (art. 238 C.C.)<sup>39</sup>.

El divorcio vincular, por lo tanto, es el que determina la disolución del vínculo matrimonial; la sentencia, con efectos para el futuro -salvo en lo referido a la sociedad conyugal, art. 1306 C.C.- da origen a un nuevo estado de familia: el de “divorciada/o” y posibilita la celebración de nuevas nupcias (art. 213 inc. 3° C.C.).

En ambos sistemas se admite la ruptura “por causal legal” y “por presentación conjunta” o “mutuo consentimiento”, según la denominación que propusiera el Despacho de la Comisión V en el Primer Congreso, como ya recalcamos.

a) Como “sanción”, la separación personal o el divorcio se fundan en causales taxativamente enumeradas, las que exigen ser demostradas y acarrear, en su caso, la declaración de culpabilidad de uno o ambos cónyuges: arts. 202 y 214 inc. 1°, y 235 C.C..

b) Como “remedio”, las dos formas de terminar el matrimonio se apoyan en motivos objetivos que, sin realizar imputaciones subjetivas, requieren que se verifiquen circunstancias que obstan a la continuación de la vida en común. En este marco se encuentra el art. 203 C.C., que prevé sólo la separación personal y se asienta en que los trastornos de conducta de un cónyuge, provocados por diversas afecciones, impiden la comunidad de vida.

Los arts. 204 y 214 inc. 2 C.C., se ocupan de la separación personal o el divorcio vincular, al que se arriba como consecuencia de la interrupción de hecho de la convivencia, sin voluntad de unirse, por un término legal mínimo, que varía entre dos o tres años según se pretenda lograr sentencia de separación o divorcio respectivamente.

Los arts. 205, 215 y 236 C.C., diseñan la separación o el divorcio “por presentación conjunta”, “de común acuerdo” o “consensual”, variando únicamente los tiempos mínimos de matrimonio anterior al planteo; dos años para la separación y tres años para el divorcio. Es

importante recordar que esta fórmula ya estaba presente en el sistema jurídico argentino antes de la vigencia de la ley de divorcio vincular. Su introducción a la legislación fue producto de la reforma introducida al derecho civil por la Ley 17.711, como art. 67 bis de la Ley 2393 y ello fue objeto de especial discusión en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho civil, de lo que nos ocupamos a continuación.

### **VIII. Aspectos procesales: la reforma de 1968 y el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (1969)**

No existía disenso, hasta 1968, en que la sentencia que daba por terminado el matrimonio requería transcurrir por una vía contenciosa, que exigía la demostración de causales, que evidenciarían el incumplimiento de los deberes matrimoniales, cuya enunciación taxativa -con mayor o menor amplitud y precisión- han contemplado y aún contempla la regulación legal.

1. En el orden procesal, como lo veníamos señalando, vuelve a advertirse la importancia y visión de quienes tuvieron protagonismo en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil; ello pues el Tema V, referido al “Matrimonio”, abordaba, además del espinoso aspecto del divorcio “absoluto”, dos vías formales por las que las acciones podrían transitar.

El Despacho de Comisión que referimos señaló:

Punto b) “Sólo podrá dictarse el divorcio por causa determinada en la ley; y, cuando no haya hijos, también por mutuo consentimiento de los cónyuges;

Punto c) El divorcio por mutuo consentimiento sólo podrá pedirse después de tres años de celebrado el matrimonio y los divorciados no podrán celebrar un nuevo matrimonio hasta dos años de pasar en autoridad de cosa juzgada la sentencia respectiva;

Punto d).....

El despacho de la Comisión, recordamos, fue firmado por J. M. González Sabathié, Arturo Orgaz, C. D. Sierra y, aunque no obtuvo el voto favorable de la mayoría, fue apoyado por ilustres juristas con fundados argumentos, tal como lo señalamos al tratar la cuestión más arriba

<sup>40</sup>.

En el aspecto formal que nos ocupa, la posibilidad de consensual del divorcio sólo se preveía para la hipótesis de que la pareja matrimonial no tuviera hijos comunes y después de transcurridos tres años de matrimonio <sup>41</sup>.

2. Es notable que debieran pasar casi cuarenta años desde aquel planteo para que la ley 17.711, en 1968, introdujera el art. 67 bis en la ley 2.393. Tal modificación suscitó importantes debates y tuvo ilustres detractores.

Ello se puso de manifiesto en el Cuarto Congreso de Derecho civil, celebrado en Córdoba, en 1969, con el claro objetivo de repasar la reciente reforma.

La Comisión creada, en 1967, a fin de proyectar la reforma, elaboró una propuesta que admitía que la separación personal pudiera convenirse transcurridos dos años de matrimonio, cuando los cónyuges lo solicitaran en presentación conjunta; el juez en una sola audiencia procuraría conciliarlos pero si el intento fracasaba los declararía separados mediante una sentencia con los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos esposos, aunque con la facultad de hacer reserva alimentaria para alguno de ellos y de presentar acuerdos. La oposición de la Iglesia Católica, corporizada en el Episcopado Argentino del momento, determinó que se exigiera a las partes que la pretensión se fundara en “*causas graves que hicieran moralmente imposible la vida en común*”, cuya existencia y gravedad debían ser expuestas y valoradas por un magistrado quien decretaría la “separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves”; de este modo la decisión que no quedaba librada a la voluntad de los esposos <sup>42</sup>. Finalmente, la norma incorporada por la ley 17.711, incluyó dicha fórmula y agregó al trámite una segunda audiencia <sup>43</sup>. Al requerirse la expresión de las causas que fundaran la ruptura, aunque en forma reservada, se desvirtuó en puridad el “divorcio por mutuo consentimiento” <sup>44</sup> que propiciara el proyecto original.

A nuestros efectos cobra especial significado, por su proyección histórica, el comentario que en su oportunidad realizara el Dr. Guillermo A. Borda, artífice de la reforma. Tal jurista señaló que "... teníamos confianza en que la fórmula cuestionada funcionaría en la práctica como divorcio por mutuo consentimiento"; y agregó "...la aplicación de la ley nos ha dado la razón"<sup>45</sup>.

3. Las divergencias respecto de la incorporación de esta nueva forma adjetiva de lograr una sentencia de "divorcio a la argentina" se evidenciaron en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba, del veintidós al veintisiete de Setiembre de 1969, conmemorando el Centenario del Código Civil, al tratarse el Tema N° 22, "El Régimen del Divorcio y el artículo 67 bis de la Ley 2393", que finalmente fue tratado en el punto 36<sup>46</sup>.

El debate no fue menor pues la reforma parecía afectar, directamente, el principio del art. 66 de la ley 2393 que prohibía el divorcio por mutuo consentimiento<sup>47</sup>. Las sesiones fueron presididas por el Dr. José Antonio Buteler Cáceres.

Las posiciones que resultaron, finalmente, minoritarias propiciaron la derogación del art. 67 bis de la ley 2393, incorporado por la Ley 17.711<sup>48</sup>. Existieron cuatro despachos en minoría, informados por Llambías, Cafferata, Molinario y Musto<sup>49</sup>. Las diferencias se asentaron en varias motivaciones. En general, se entendió que la propuesta era violatoria del matrimonio como institución, al poner la decisión de terminarlo en la voluntad de los cónyuges considerándose como un contrato, que no era trascendente el argumento de que se simulaban causales para lograr el divorcio, pues ello era fácilmente develado por los jueces; que era arbitraria la norma, pues imponía los efectos del divorcio por culpa a ambos esposos, castigando a quien podría resultar inocente; que se eludía el sistema de causalidad taxativa prevista por la ley; que se vulneraba la prohibición de que la confesión operara como prueba en esta materia; que la sentencia carecía de fundamento, al no poder expresarse las causas por las se resolvía, contrariando principios constitucionales y procesales; que ello también obstaba su apelabilidad; que se admitiría la presencia de un solo abogado, que no se tenía clara la necesidad de intervención del ministerio Público fiscal; que el matrimonio, como institución de orden público, "es ingobernable por el designio particular de ambos esposos", lo que permite exigir a los "fracasados que sacrifiquen, en aras del bien común, la aspiración de renovar otra experiencia matrimonial" (Llambías), sin poder admitirse el llamado "divorcio remedio". También se advertía sobre el riesgo de que su incorporación indujera una tendencia favorable a la disolubilidad del vínculo matrimonial.

El despacho de la mayoría, como Recomendación N° 10 del Cuarto Congreso, fue informado por el Dr. Spota y aprobado el día 27 de setiembre de mil novecientos sesenta y nueve. Su texto expresaba<sup>50</sup>:

"1) Mantener el actual sistema de divorcio previsto por el art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil, conjuntamente con un sistema de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges.

2) Establecer un sistema sobre las siguientes bases:

a) El juez deberá homologar el acuerdo presentado por los cónyuges, salvo que se afecte el orden público.

b) Transcurso de dos años contados desde la celebración del matrimonio, para efectuar la petición conjunta (sin límite de edad).

c) Etapa conciliatoria previa y obligatoria, con la comparecencia de los cónyuges, y en caso de inasistencia de éstos, caducidad del proceso.

d) Mantener la obligación alimentaria, salvo acuerdo de partes, el que podría modificarse si varían las circunstancias.

e) Disolución de pleno derecho del régimen de bienes a raíz de la sentencia, y con efecto a la fecha de la presentación de la demanda conjunta de los cónyuges.

f) Debe cesar la vocación hereditaria.

g) Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa mantienen su irrevocabilidad.

h) A falta de acuerdo sobre alimentos, tenencia de hijos y forma de liquidar la sociedad conyugal, el Juez resolverá a instancia de partes.

El resultado de la votación nominal, en general, del despacho de la mayoría arrojó 51 votos por la afirmativa y 36 por la negativa.

Adhirió a él Díaz de Guijarro <sup>51</sup>, por responder a la realidad social que demostrara la repercusión en los procesos del sistema instaurado, para “dar salida a esa crisis conyugal en la forma más limpia desde el punto de vista humano y que afecte menos al orden público, al interés familiar y a la moral de la familia misma y de la sociedad... pues cuando la crisis conyugal se presenta ante el tribunal es porque la existe y ha sido elaborada plenamente en el espíritu de los cónyuges”. Aunque no todos coincidían, se afirmó que esta modalidad procesal continuaba teniendo los perfiles de un divorcio sanción (Russomano), aun frente a una situación de desquicio de la unión matrimonial, con calidad de divorcio por mutuo consentimiento y dando al juez la simple homologación de las manifestaciones de los cónyuges. Por su parte, pese a apoyar la posición que se impuso, Vidal Taquini, desconfió de las posibilidades conciliatorias de los jueces, por estimar que es una instancia profundamente meditada por los cónyuges donde el juez homologa esa actitud ya que no pueden vivir juntos; señaló que no hay inocentes ni culpables, aunque se estableciera la sanción de perder la vocación hereditaria. Lafianra, a su vez, se pronunció por destacar la necesidad de prevenir las crisis poniendo sus esperanzas en los Tribunales de Familia y postulando una instancia obligatoria, no judicial, que permitiera a las parejas buscar una solución y no una sentencia de divorcio. Pérez Lasala, como juez en ejercicio, advirtió las ventajas de obtener acuerdos sobre cuestiones conexas, tales como la situación de los hijos y puso énfasis en la importancia de la oralidad como medio de comunicación con las partes. Estivill, por su parte, se apoyó en la necesidad de reconocer el fenómeno sociológico, negando la existencia de distracto en este tipo de proceso pero revalorizando la voluntad jurídica de los esposos al dar la alternativa de obtener “lisa y llanamente el divorcio consensual” y consideró que el sistema aconsejado mejoraba el régimen contenido en el artículo 67 bis <sup>52</sup>.

Resulta interesante, por la influencia que ha tenido en la posterior interpretación práctica del art. 67 bis de la ley 2393 e, incluso, en la inteligencia de la vigente luego de la sanción de la ley 23.515, la posición informada por el Dr. José Ignacio Cafferata <sup>53</sup>, cuya recomendación, aunque minoritaria, entendió que:

“1. No obstante la modificación introducida al art. 66, y la sanción del art. 67 bis de la ley de matrimonio civil, por la ley 17.711, no ha sido introducida en nuestro régimen jurídico la causal de divorcio por mutuo consentimiento.

2. El artículo 67 bis de la ley 2393 constituye un nuevo procedimiento, paralelo al juicio de divorcio.

3. Los cónyuges pueden optar por uno u otro procedimiento; pero el acuerdo mutuo de ambos cónyuges es esencial para que se ponga en funcionamiento el nuevo procedimiento introducido por el art. 67 bis.

4. Las “causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común”, según mención del artículo 67 bis son sólo las del artículo 67 de la Ley 2393, únicas causales admitidas en nuestro derecho positivo.

5. Es necesario ampliar la regulación concreta del procedimiento establecido en el artículo 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil.”

Las enseñanzas del maestro cordobés, durante muchos años, tuvieron recepción en las decisiones judiciales en nuestro medio; si bien no puede constatarse objetivamente, atento a que las sentencias no explicitan las razones dadas por los esposos, la mayoría de los operadores judiciales entendían que éstas debían coincidir con las previstas como causales de los divorcios contenciosos, alejando la proposición del un verdadero “divorcio consensual”.

De la revista realizada puede colegirse que la propuesta mayoritaria del Cuarto Congreso, pese a resultar de avanzada, en cuanto aceptaba el divorcio consensual, no fue receptada por la posterior reforma legislativa de 1987. Como veremos, si bien el legislador incorporó el divorcio vincular mantuvo, tal vez a título de transacción, al regular el sistema que nos ocupa, la

necesidad de expresar las causas del quiebre matrimonial, su valoración judicial y la duplicación de las audiencias, aunque con algunas flexibilizaciones.

### **IX. La “separación personal” y el “divorcio vincular” por “presentación conjunta o “mutuo consentimiento” en la ley 23.515 (1987)**

Hemos anticipado que con el retorno a la democracia y la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Sejeam”, se impulsa la sanción de la ley 23.515 que introduce una reforma sustancial en el régimen del Código Civil en materia de matrimonio, el que abandona su calidad de “indisoluble”. En efecto, ya señalamos que acepta que termine la vida en común sin disolver el vínculo, mediante la “separación personal” (art. 201 y ss. C.C.), pero incorpora la opción del “divorcio vincular” (art. 213 y ss. C.C.).

Asimismo la ley mantiene, siguiendo la línea de la reforma de 1968, la posibilidad de acudir a los estrados de la justicia para lograr la sentencia después de un proceso contencioso. Discrimina, en esta hipótesis, la alegación de causales subjetivas o la demostración de causales objetivas (arts. 202, 204 y 214 inc. 1 y 2 C.C.). En la misma dirección, se admite la alternativa de obtener una resolución a partir de la presentación conjunta de los cónyuges (arts. 205, 215 y 236 C.C.).

En este orden, el art. 205 C.C. dispone: “*Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el art. 236*”.

A su vez, el art. 215 C.C. expresa: “*Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común, y pedir su divorcio vincular, conforme a lo dispuesto en el art. 236*”.

El art. 236 C.C. al que se remiten ambas normas, prevé el procedimiento por el que se tramitarán la separación personal o divorcio vincular y establece:

“*En los casos de los arts. 205 y 215, la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos:*

1) *Tenencia y régimen de visitas de los hijos.*

2) *Atribución del hogar conyugal.*

3) *Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores e incapaces, incluyendo los modos de actualización.*

*También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria.*

*El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados, cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno.*

*Si la conciliación no fuera posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderados con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que lo fundaren”.*



La forma procesal referida es hoy la más difundida para lograr una sentencia en la materia que nos ocupa. Más allá de los ajustes que ameritaría en estos tiempos, los que repasaremos brevemente más adelante, se trata de una manera no “cruenta” de culminar la relación y su elección evidencia, en general, que ha existido un proceso de elaboración de la crisis. Dichas razones hacen que la “presentación conjunta” alcance casi el noventa por ciento de las demandas planteadas en la ciudad de Córdoba <sup>54</sup>. Las ventajas que reconoce el sistema hacen que continúe siendo eficiente en cuanto parte de la coincidente voluntad de los cónyuges para dar fin al matrimonio. Esto es lo que en la “praxis” verifican los jueces, sin que se atribuya responsabilidad alguna en la ruptura ni se rechace la pretensión si la decisión es voluntaria y firme; por otra parte, la presencia de los esposos ante el tribunal posibilita que, en dicha intermediación, se repasen los acuerdos, que puedan ser reformulados en algunos supuestos o se celebren, si estos hubieran sido omitidos al presentarse la demanda <sup>55</sup>.

Como no es el objetivo del trabajo estudiar en profundidad esta modalidad procesal de separación o divorcio, procuraremos señalar el impacto, positivo o negativo, de los Congresos Nacionales y establecer las tendencias que se vislumbran entre nosotros y en algunas legislaciones extranjeras.

## *1. Requisitos*

### *a. Años de matrimonio*

Los arts. 205 y 215 exigen, para la procedencia de la presentación conjunta, que hayan transcurrido como mínimo dos o tres años desde la celebración del matrimonio para la lograr la separación o el divorcio, respectivamente.

Entre nosotros, la propuesta del Primer Congreso requería tres años de matrimonio para la peticionar el divorcio por “mutuo acuerdo”; la ley 2393, en su art. 67 bis, lo redujo a dos años.

La Ley de Matrimonio chilena, que admitiera el divorcio vincular en el sistema jurídico del país trasandino, expresa en su art. 27 que “*cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia*. En la misma dirección, el art. 55 establece “*...el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor a tres años...*” <sup>56</sup>.

En la legislación española, vigente desde el año 2005, el plazo exigido de matrimonio se *disminuye a tres meses*, sea la petición realizada por uno u ambos esposos, salvo que existan graves motivaciones que justifiquen un intento anterior ya sea que se trate de la separación personal o del divorcio vincular <sup>57</sup>.

Si bien la exigencia de algún término apunta a evitar rupturas prematuras y posibilitaría un espacio de reflexión para superar los inconvenientes que pueden presentarse en los primeros años de convivencia, en las nuevas propuestas y en el derecho comparado, como vemos, los plazos mínimos se han acertado o eliminado. En la experiencia judicial no son pocos los matrimonios que llegan a la presentación solicitando la separación personal porque no se han cumplido aún los tres años para peticionar el divorcio o llegan a éste luego de estar ya separados por un término similar con anterioridad.

Por nuestra parte, estimamos razonable unificar la exigencia en dos años de matrimonio, sin discriminar la acción ejercida; el plazo permite experimentar si el quiebre del proyecto de vida en común tiene perfiles que constituyen motivación suficiente para realizar la petición judicial. Este plazo podría abreviarse cuando no ha habido hijos.

### *b. Expresión de causas.*

Las normas contenidas en los arts. 205 y 215 C.C. señalan que los esposos, en presentación conjunta *podrán manifestar al juez competente, en forma reservada que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común*.

Las razones no están enumeradas. Sin embargo se planteó la discusión respecto de cuáles eran “las causas que hacían moralmente imposible la vida en común” que debían enunciarse ante los jueces.

La doctrina se dividió:

b.1. Se sostuvo que las “causas” que debían invocarse eran algunas de las enumeradas en el art. 67 ley 2393, como fuentes del divorcio sanción en la época de su vigencia, y esta interpretación se mantuvo con el texto de la ley 23.515<sup>58</sup>.

b.2. Otra posición entendió que no era necesario fundar la pretensión en alguna causa ya regulada, pues las motivaciones podían ser más amplias y se comprendía cualquiera que evidenciara el desquicio matrimonial. Razonablemente, ha prevalecido esta postura en la doctrina y en la jurisprudencia<sup>59</sup>.

El proyecto de 1998 de reformas del Código Civil -elaborado por la comisión creada por decr. 685/1995- arts. 517 y 518 C.C.- reemplazó “presentación conjunta” por “mutuo acuerdo”. Sin embargo dispuso que el juez resolvería hacer lugar a la separación o el divorcio vincular cuando “*los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves, si el tribunal llega a la convicción de que la voluntad de cada uno de los cónyuges es real y libre*”. Inconsecuentemente se imponía una valoración de los motivos, aunque se aludiera a la verificación de la voluntariedad de la decisión y, además, daba a la sentencia efectos similares a la culpabilidad de ambos cónyuges, lo que implicaba un verdadero retroceso a la versión “transaccional” de 1968.

Por nuestra parte, consideramos que la ley de fondo debe acordar fuerza determinante a la voluntad de los cónyuges que resuelven divorciarse, lo que lleva a la aceptación de la acción de divorcio por mutuo consentimiento o consensual, sin necesidad de que se exprese otra causa, en consonancia con la propuesta del Cuarto Congreso<sup>60</sup>.

## 2. Trámite

El art. 236 C.C. prevé la celebración de dos audiencias, entre las cuales no debe mediar un plazo menor de dos ni mayor de tres meses.

La primera audiencia, según expresa la norma estudiada, persigue que el juez oiga de los esposos, conjunta o separadamente según las circunstancias, las “causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común” cuya existencia invocaron en el libelo introductorio.

En segundo lugar, se debe procurar la conciliación. Esto ha de intentarse “razonablemente”, como invitación a reflexionar sobre la decisión y sus consecuencias. En la práctica, el avenimiento de la partes con relación a la vida matrimonial es excepcional pues, llegados a la instancia judicial, lo habitual es que se hayan agotado estadios anteriores; en algún caso, si se advierte o expresan dudas al respecto se deriva a la pareja a los Cuerpos Técnicos para que los profesionales ayuden a clarificar la seriedad de la decisión, sus motivaciones y las consecuencias de lo resuelto. Con este fin puede suspenderse la primera audiencia, y esperar que sea pedida nuevamente, si no existiera avenimiento. En otras ocasiones, se labra el acta igualmente pero se está a decisión que tomen los presentantes a partir de las conclusiones de las entrevistas. Ni siquiera se hace referencia a la exigencia legal de realizar tal invitación cuando de los hechos expresados resulta la imposibilidad de conciliación alguna (por las características del conflicto, lo prolongado de la separación, la existencia de nuevas parejas, etc.).

La dignidad de las personas hace imprescindible que se respeten sus particulares circunstancias; debe intentarse que la audiencia sea un momento de reflexión útil, si no ya para superar la crisis que llevó al desquicio de la pareja, para evitar otras frustraciones matrimoniales en el futuro y para ratificar, en su caso, que el camino elegido es el mejor para que cada uno de los esposos viva mejor y con ello lleven tranquilidad a la prole. Con esa finalidad los jueces deben valorar, según lo manda la norma, las causas expresadas, aunque éstas consistan en la sola convicción de que el matrimonio debe terminar.

Estimamos trascendente que en una eventual reformulación de la norma, se mantenga la necesidad de comparendo personal de los esposos a una audiencia que debe tomar el magistrado competente. La inmediación es principio fundamental en el fuero de familia y ello facilita verificar si la decisión responde a la existencia de voluntades verdaderamente libres y coincidentes, tanto respecto a la resolución de dar fin al matrimonio, cuanto a los acuerdos que se presenten o se propicien en el acto respecto a los hijos y a los bienes <sup>61</sup>.

Por el contrario, consideramos innecesaria la recepción obligatoria de una segunda audiencia, aunque su recepción esté facilitada por la actuación de apoderados en la regulación actual, pues ya ha evaluado el juez la seriedad del planteo en forma personal en la primera convocatoria. En este orden de ideas, hemos propiciado su supresión y dejar al prudente arbitrio judicial la fijación de una audiencia complementaria, si resultara pertinente, según las circunstancias fácticas del caso <sup>62</sup>.

Zannoni sugiere esta solución en el régimen vigente. Entiende que, aunque no lo dice expresamente el art. 236 C.C., es admisible que los cónyuges o uno de ellos, presenten un escrito al juez en el que hacen saber que no ha existido reconciliación y este escrito suplirá la comparecencia personal a la audiencia. Afirma que es lógico que, si a ésta pueden asistir apoderados, sea asimismo suficiente un escrito firmado por los cónyuges en el que comunican al magistrado idéntica circunstancia -la no reconciliación-, posibilitando así el dictado de la sentencia de separación personal o de divorcio, según sea el caso <sup>63</sup>.

Ya existe jurisprudencia en este sentido. Se ha resuelto que no es necesaria la celebración de la segunda audiencia cuando los esposos han dado una “expresión positiva” respecto de su voluntad de obtener el divorcio vincular y por ello, luego de la primera audiencia, se aceptó el voluntario desistimiento de los comparecientes del derecho a gozar del período de reflexión. Estimó el Tribunal que hizo lugar a la autonomía de la voluntad de las partes, no lesionando derechos de orden público, sino evitando que se realice una audiencia que en la realidad vivencial del matrimonio ya no tiene otro sentido que el engorroso trámite de un procedimiento judicial <sup>64</sup>.

### 3. Sentencia

Cumplido el trámite de la segunda audiencia, si no ha mediado reconciliación, corridas las vistas al Ministerio Fiscal y al Ministerio Público Pupilar, si correspondiere, “... *el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que las fundaren*”.

Conforme el texto vigente, entonces, en el hipotético supuesto de que el juez estimara que las causas expuestas por las partes no fueren graves y no tornan moralmente imposible la vida en común está facultado por la ley para desestimar la pretensión. En la experiencia cordobesa sólo una vez se rechazó una demanda de divorcio por presentación conjunta.

La sentencia que admite la demanda hace cosa juzgada material, pero no así la que rechazara la acción, por lo que los esposos pueden promover una nueva demanda.

En principio, la resolución es irrevisable por el recurso ordinario de apelación, pues no es posible verificar la justeza de la decisión judicial a la luz de elementos fácticos y jurídicos de la etapa anterior, ya que el art. 236 C.C. impide explicitar las razones que dieron las partes y las consideraciones que lo llevaron a estimarlas de suficiente gravedad. Existe, en consecuencia, una imposibilidad práctica para impugnar por esa vía <sup>65</sup>.

Sin embargo, la resolución podría ser atacada por defectos formales y también por estimar incorrecta la interpretación de las normas sustanciales aplicadas. Por ejemplo, si no se hubieran homologado acuerdos por considerar que sus cláusulas eran contrarias a derecho o por falencias de orden procesal, como la omisión de dar participación a los Ministerios Públicos.

#### 4. Efectos

Cabe apuntar que se trata de un sistema que omite toda imputación subjetiva, por lo que no procede, ni siquiera a petición de parte, atribuir culpa a los cónyuges; el régimen alimentario entre los ex cónyuges estará limitado a los alcances establecidos en el art. 209 C.C., a menos que los esposos lo pactaran de otra manera, como sucede en todas las hipótesis de causales objetivas (arts. 205, 215, 236, 204 y 214, inc. 2º, C.C.).

En cuanto al derecho sucesorio, aun en los supuestos de separación personal, obtenida la sentencia por el trámite de los arts. 205 y 236 C.C., cesa la vocación hereditaria recíproca (conf. art. 3574 C.C.), sin que ello pueda suponer la culpabilización de los protagonistas.

### X. Tendencias y propuestas para la modificación del Código Civil argentino

La tendencia hacia la aceptación de la separación personal o el divorcio vincular tramitados sin contienda, que se vislumbrara ya en el Primer Congreso Nacional y que apuntara a los procesos hoy llamados de “constatación o remedio”, es generalizada al apoyarse en causales “objetivas” que prescinden de individualizar causantes o culpables. Estas formas admiten que, frustrado un proyecto inicialmente compartido, deba continuar la familia aunque no el matrimonio, pues no es posible ejercer coerción para el amor. Desde tal mirada, el conflicto mismo es la causa del divorcio, sin que interesen las “causas del conflicto”. En los Tribunales se oye, la más de las veces, una motivación incuestionable y que no tiene retorno: “se terminó el amor”, o puede manifestarse con expresiones más o menos gráficas, tales como: “no nos llevamos”; “la convivencia es intolerable”; “el matrimonio no es lo que esperábamos”.

En el derecho comparado, en la doctrina y en alguna jurisprudencia nacional, el reconocimiento de estas verdades hace crecer la propensión a suprimir las acciones basadas en la culpa. En dicho marco, se ha criticado la pervivencia del divorcio sanción, por entender que afecta el principio de protección de la familia (art. 14 bis C.N.) en cuanto estimula la agresividad y la violencia; arrastra a los cónyuges a “un torbellino de acusaciones que sólo rescatan de la relación los aspectos negativos, dejando en la sombra los positivos”, creando un ambiente que obsta a la negociación y el acuerdo amigable. Se entiende que si la función de la ley y el tribunal es la de afianzar la justicia, frente a la ruptura conyugal, ello significa que el derecho debe, en la medida de lo posible, propiciar la composición de la relación para preservar el futuro de la vida familiar, el cuidado y bienestar de los hijos. También se destaca que las sentencias fundadas en la culpa no siempre responden a la realidad vivida por los esposos, pues adquiere gran trascendencia lo procesal y, por ende, la distribución de culpas se basa sólo en constancias probatorias<sup>66</sup>.

Esta posición sin embargo no es, por ahora, unánime. Unas corrientes apoyan la desaparición total del divorcio sanción y otras propician que se mantengan ambos sistemas. Esta última tiene dos vertientes; la que se apoya en causales subjetivas y objetivas (v.gr. Francia) y la que prescinde de toda “causa” y admite, como fundamento, la sola voluntad de uno o ambos esposos (v.gr. España). Se señala que, así como se requiere la voluntad de los dos esposos para celebrar el matrimonio, esta voluntad conjunta debe continuar para justificar su pervivencia; dichas posiciones se alejan de la noción de “matrimonio institución” y se remiten al “matrimonio contractual”.

1. En la legislación comparada se han diseñado distintos sistemas para enfrentar el quiebre de la relación matrimonial; tales son con causa y sin causa.

La última reforma del Código Civil francés, mediante la ley 439/2004, que entró en vigencia en el año 2005, mantiene las normas sobre “separación de cuerpos”, pero se privilegia el divorcio cuando concurren una demanda por divorcio y una reconvenición por separación de cuerpos, debiendo el juez evaluar si procede el primero y, recién en caso de no admitírsele, deberá avocarse al tratamiento de la segunda (art. 297 C.C. francés). Se admiten cuatro formas

(art. 229 C.C. francés): 1) por consentimiento mutuo; 2) por aceptación del principio de ruptura del matrimonio; 3) por alteración definitiva del vínculo conyugal; 4) por culpa.

El nuevo derecho español, admite tanto la separación personal como el divorcio incausado bilateral (C.C. español, arts. 81, inc. 1, y 86, según texto ley 15, del 8/7/2005) y el divorcio incausado unilateral (C.C. español, arts. 86 y 81 s/ ley 15/2005).

2. En nuestro país, con fecha 28 de marzo del año 2007, obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación, un proyecto de modificación del art. 236 del Código Civil, en sus párrafos tercero y cuarto <sup>67</sup>. El texto suprimió la obligación judicial de intentar la reconciliación en la audiencia la que se celebraría a fin de que el juez pudiera, personalmente, “corroborar su voluntad inequívoca de proseguir con el proceso”, y sus manifestaciones “tendrán carácter reservado y no constarán en el acta”. Lo que aparece inconsecuente en la propuesta es que, si bien suprime la segunda audiencia, obliga a los cónyuges a ratificar su voluntad de seguir adelante con la acción “personalmente o por escrito” en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres a partir de la audiencia. Tal ratificación aparece tan prescindible como la que puede expresarse por apoderado en el régimen actual, no sólo porque el trámite se prolonga por igual lapso, sino porque el juez ya ha debido verificar la libre decisión de las partes. En efecto, si no se hubiera establecido la existencia de tal real voluntad no podrá seguirse adelante con el proceso, ya sea porque una o ambas partes lo desisten o porque, como lo hemos anticipado, las “dudas” constatadas no podrían admitir ratificación alguna. A las críticas señaladas se agrega que no se logra conocer si se está en presencia de un divorcio causado (por la referencia a “razones que hacen....” que debe contener la sentencia, las que no deben ser mencionadas y permanecer reservadas) o si se trata de un divorcio “incausado”, fundado en el mero consenso de los cónyuges de dar fin al matrimonio (por la referencia a que el juez debe corroborar “su voluntad inequívoca de proseguir con el proceso”). Si así fuera, tampoco está bien delimitado el divorcio consensual, pues no se hace referencia al dictado de la sentencia, sino a “continuar con el proceso”.

En este sentido ha señalado Guillermo J. Borda, “... de ser aprobado sin modificaciones el proyecto de diputados, se volverá a perder la oportunidad, al igual que en 1987, de instaurar de un modo claro y terminante el divorcio por mutuo consentimiento, régimen, por otra parte, vigente en gran parte de las legislaciones modernas,.... incurriendo en los mismos errores cuarenta años después”, error “que no es otro que tener en la práctica un divorcio por mutuo consentimiento y en la ley, uno de presentación conjunta”. Señala, finalmente, que “los dos intereses que están detrás del proyecto, agilizar el procedimiento y establecer el mutuo acuerdo, no se logran...”. No podemos menos que coincidir con estas apreciaciones <sup>68</sup>.

3. También existen otras propuestas que se apartan del requerimiento sustancial de una sentencia para obtener la separación o el divorcio (conf. art. 229 C.C. arg.). Por ello se ha propuesto la incorporación a nuestro sistema del llamado “divorcio registral” o notarial, por mutuo consentimiento, siguiendo el ejemplo de otros países latinoamericanos <sup>69</sup>.

En esta dirección un proyecto propugna incorporar el art. 216 bis al Código Civil <sup>70</sup>, con el siguiente texto: “Cuando los cónyuges mayores de edad y plenamente capaces estuvieren de acuerdo en proceder a su divorcio vincular por mutuo consentimiento, podrán tramitarlo ante el Registro Civil que corresponda al último domicilio conyugal. El acuerdo deberá incluir: 1º) La tenencia y régimen de visitas de los hijos menores; 2º) la atribución del hogar conyugal; 3º) Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización; 4º) Distribución de los bienes gananciales si estos existieren. El Registro Civil deberá incluir en el acta de divorcio por mutuo consentimiento lo acordado por las partes en relación a todos y cada uno de los aspectos mencionados precedentemente. En el supuesto de no existir acuerdo pleno de los cónyuges sobre la totalidad de los mismos el acto no podrá otorgarse ni registrarse pudiendo los cónyuges recurrir a la vía judicial correspondiente”.

Sus fundamentos aluden a que los contrayentes “son quienes deciden rescindir su convención, y sería la misma autoridad administrativa que solemnizó la relación contractual la única llamada a dar fe de que así lo expresaron las partes interesadas”. Se citan las experiencias de Ecuador, México (cuando no tengan hijos ni bienes; art. 272) y Colombia que, con la ley 962 de 2005, formalizó la posibilidad de divorciarse de común acuerdo en las llamadas “notarías”.

De la mera lectura de la propuesta resulta, a nuestro criterio, que la prescindencia de la autoridad judicial implica un grave riesgo para los derechos de los involucrados y también para la sociedad: ello, por carecerse de un serio contralor de legalidad y pertinencia, no sólo sobre la decisión de divorciarse sino también con relación a los acuerdos obligatorios que se realicen respecto de niños e incapaces y sobre los bienes del matrimonio.

## Conclusión

De la revista realizada se concluye que, desde el siglo pasado y en lo transitado en el siglo XXI, el derecho se dirige a reconocer el divorcio por mutuo consentimiento o consensual, evitando buscar responsables del fracaso y, en el derecho comparado, aceptando aún la decisión unilateral; se trata de un proceso de “desinculpación”, que “resguarda la intimidad personal y familiar. La autonomía de la voluntad va creciendo en importancia en las nuevas formulaciones, pero ello debe ir acompañado de un claro conocimiento de las consecuencias que deben asumirse con relación al otro, a los hijos y a la comunidad.

Estimamos que nadie puede ser “partidario del divorcio” propugnando la falta de responsabilidad al elegir compañero o compañera <sup>71</sup> para dar inicio a una familia; pero tampoco podemos condenar a la infelicidad perpetua en aras de la “institución matrimonial”. Creemos que no ha desaparecido la decisión de mantener la pareja “hasta que la muerte nos separe”, pues la mayoría aspira a lograrlo.

El divorcio no es la causa de la pérdida del amor recíproco entre los esposos, sino una consecuencia de su desaparición. Cuando el matrimonio deja de ser el ámbito propicio para el pleno desarrollo de cada uno de sus miembros y para la contención de quienes de ellos dependen, lo más sano es afrontar el fin de la relación conyugal para poder mantener indemne la relación de la pareja parental y evitar llegar a un “divorcio destructivo”; ello pues los divorciados no pierden la familia sino que ésta adopta diversas modalidades a las que sus protagonistas y la sociedad toda deberán adaptarse.

La cuestión radica, entendemos, en destacar el compromiso frente al otro. La falta de conciencia de que el matrimonio supone abandonar actitudes egocéntricas y egoístas para crecer con y por la pareja es algo que, sin dudas, influye en gran cantidad de quebrantos afectivos. El resultado final no tiene por qué ser agorero si en vez de combatir el divorcio, se procura fortalecer el matrimonio al educar para un amor más comprometido.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Mediante la incorporación del art. 67 bis a la ley de matrimonio civil, por la reforma de ley 17.711 de 1968.

<sup>2</sup> La ley 23.515, llamada de “Matrimonio civil y divorcio vincular”, se publicó en el B.O. el 12 de junio de 1987 e introdujo las modificaciones en el texto del Código Civil.

<sup>3</sup> Omitiremos considerar todos los proyectos legislativos anteriores o los pronunciamientos de otras importantes jornadas científicas, aunque también pudieran haber influenciado en el proceso que nos ocupa.

<sup>4</sup> Universidad Nacional de Córdoba. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. Facultad de Derecho y ciencias sociales. 21-26 de mayo de 1927. Las Actas de los Congresos pueden consultarse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar); Biblioteca virtual.

<sup>5</sup> Primer congreso Nacional de Derecho Civil, tema V, pág. 9.

<sup>6</sup> Actas..., pág. 91.

<sup>7</sup> Lo destacado evidencia que, aún en la segunda mitad del siglo XX, se continuaba teniendo reservas frente a la ruptura definitiva del lazo matrimonial; ello aunque la separación personal pueda convertirse en divorcio vincular transcurridos determinados plazos desde la sentencia (arts. 216 y 238 C.C. vigente). Las estadísticas expresan que el número de acciones de divorcio vincular es notablemente superior (96%) al de las acciones de separación personal (4%) a tenor de la indagación realizada sobre acciones planteadas en el año 2004. (conf. M.V. BERTOLDI DE FOURCADE, Laura CROCCIA, *El impacto judicial de la crisis familiar: divorcio vincular y separación personal*, Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, Gestión del sistema de Administración de Justicia y su Impacto social, Colección Investigaciones y Ensayos N° 3, publicación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2007, pág. 17

y ss.). Estos números son, dos años después, aún más terminantes; según el relevamiento de las acciones de divorcio vincular frente a las de separación personal en las Cámaras de Familia de Córdoba, en el año 2006 las segundas sólo significaron un 1,25% con relación de las primeras y en el año 2007, sólo alcanzaron el 1,03%, según las constancias obrantes en dichos tribunales.

<sup>8</sup> La ley uruguaya de 1907 admitió el divorcio por causas determinadas y acreditadas y autorizó en 1913, el divorcio vincular por “voluntad unilateral”.

<sup>9</sup> Este aspecto generó especiales preocupaciones en el ámbito del Derecho Internacional Privado, por lo que se dio en llamar “matrimonios en fraude a la ley argentina”, algunas de cuyas posiciones alcanzaban niveles casi “paranoicos”, desde una perspectiva actual, en miras a evitar su consolidación. Ver las discusiones y conclusiones del Tercer Congreso Nacional de Derecho civil, celebrado en 1961.

<sup>10</sup> El Segundo Congreso Nacional de Derecho civil, se ocupó de la equiparación de los hijos naturales con los adulterinos e incestuosos. Actas del Segundo Congreso..., Tema 14, pág. 244 y ss..

<sup>11</sup> Actas..., págs. 110 y 111.

<sup>12</sup> Actas..., págs. 97/101.

<sup>13</sup> También se adujeron razones de índole social, propia de la época, con especial referencia a la inserción de una significativa masa inmigratoria, cuya conflictiva creaba situaciones inéditas; no aludiremos a ellas por haber perdido igual significado en nuestros días. Actas...pág. 123.

<sup>14</sup> Actas..., págs. 124/125.

<sup>15</sup> Actas..., pág. 106.

<sup>16</sup> Actas..., pág. 118/119.

<sup>17</sup> Lo notable de los argumentos que hemos consignado en los párrafos anteriores radica en que fueron, en alguna medida, los mismos que determinaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a declarar la inconstitucionalidad de la indisolubilidad del matrimonio casi sesenta años después!. C.S.J.N., 27 de noviembre de 1986, L.L. 1986-E, 648.

<sup>18</sup> Actas:..., pág. 126.

<sup>19</sup> Así, de las Actas respectivas resulta que *Lafaille* fundó su posición de rechazo a la disolubilidad del vínculo en razones de raza, tradición, costumbres y credo religioso, arraigado en la conciencia nacional. También se remitió a las leyes de España e Italia que, a diferencia de Francia, no aceptaban el divorcio; y a autores como Saleilles, Geny, Colín, Ripert y Planiol (págs. 101/ 103/104). *Molina Carranza*, entendió que “los extranjeros que han venido a estas tierras con el pecado capital del abandono de sus familias, para perturbar la familia argentina, no son ni pueden ser deseables; no es con leyes de protección con que debemos contemplarlos” (pág. 113). Por su parte, *Aguiar* destacó que el mantenimiento de la unión conyugal es indispensable a la sociedad, porque en los hogares constituidos sobre otra base que el puro sentimentalismo, desaparecido el afecto, le sustituye el deber para la educación de los hijos (pág. 122).

<sup>20</sup> Votaron por la negativa: Lafaille, Molina Carranza, Martínez Paz, Pasquini López, Boulín Tamisier, Cano, Rodríguez de la Torre, Ordóñez, Aguiar, Novillo Saravia, Ojea, León, Cordeiro Alvarez, Fernández. Votaron a favor de la propuesta de la Comisión y por la afirmativa de la disolución del vínculo: Rébora, Posse, Alvo, Reyna, Orgaz, Herrera, González Sabathíe y Romero del Prado (Actas..., pág. 128).

<sup>21</sup> En este sentido se pronunciaron LAFAILLE, OJEA y MOLINA CARRANZA (Actas..., págs. 105, 112/113), quienes estimaron que la solución al “matrimonio” desquiciado se encontraría en el desarrollo de las causales de nulidad.

<sup>22</sup> V. gr., así lo señaló Rébora en aquella oportunidad (Actas..., págs. 96/97).

<sup>23</sup> Conf. Actas del 24 de Mayo, donde obran propuestas de Ojea y de Molina Carranza, que graficó con ejemplos que identificaban la gravedad de la conducta del esposo que atenta contra la vida de su esposa con la de la “mujer liviana” al estimar que la anulación, a diferencia del divorcio, “no obedece a intereses bastardos ni alienta pasiones”; también se sumó a estas postulaciones, PASQUINI LÓPEZ (Actas..., págs., 129, 130, 131).

<sup>24</sup> Universidad Nacional de Córdoba; Instituto de Derecho Civil. Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil. Actas. Córdoba. Imprenta de la Universidad, 1939, Biblioteca virtual. [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>25</sup> Actas... , 6 de noviembre de 1937, págs. 331/332.

<sup>26</sup> Actas..., págs. 346/7.

<sup>27</sup> El Dr. Juan Antonio Bibiloni, elaboró un Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, iniciando su labor en 1926, el que sirvió de base al Trabajo de la Comisión, creada oportunamente por el Poder Ejecutivo, la que presentó su Proyecto en 1936. El único tema que dividió definitivamente a la Comisión fue el del divorcio, pues Bibiloni caracterizaba la indisolubilidad del matrimonio, establecida por ley, como contraria a las creencias que constitucionalmente deben ser respetadas. No obstante no aceptaba la posibilidad del divorcio por “mutuo consentimiento”. Conf. Juan Antonio BIBILONI, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo, 1931.

<sup>28</sup> Tales fueron: “que se discutiera con el mayor número posible de delegados”, al decir del Dr. León: o que la Comisión “tiene derecho a que se le conceda el plazo que estime necesario para poder pronunciarse”, según el Dr. Berrotarán (Actas..., págs. 391, 393, 394).

<sup>29</sup> La Comisión 2 unificó para su tratamiento los temas 2 y 19 (págs.. 13 y 14) de las Actas del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, t. I, puntos 40, 41, 42 y 44 (págs. 382, 385, 392 y t. II, pág. 13 y ss.).

<sup>30</sup> Dictamen preliminar, suscripto por Werner Goldschmidt, Jorge Joaquín Llambías y Juan Carlos Smith con adhesión de Adolfo E. Colombres. Actas..., t. I, pág. 382.

<sup>31</sup> Suscribieron el despacho mayoritario, Adolfo E. Colombres, Jorge Joaquín Llambías, Juan Carlos Smith, Lisardo Novillo Saravia (h.), Werner Goldschmidt. Actas..., t. I, pág. 383.

<sup>32</sup> Firmaron este despacho, Berta K. de Orchansky y Santiago Carlos Fassi. Actas..., t. I, pág. 385.

<sup>33</sup> Votaron por la afirmativa: Argüello, Barrera, Bettini, Beuck, Borda, Buteler, Cabral, Cáceres, Cafferata, Cámara, de Vértiz, Díaz Molina, Elguera, Ferrer Deheza, Goldschmidt, González (M.), González (S.A.), León Feit, Leonfanti, Llambías, Mazzinghi, Méndez, Moisset de Espanés, Molinario, Molinas, Moltoni, Moroni Petit, Novillo Saravia, Oliva Vélez, Ortiz, Poviña, Quinteros, Saravia, Silva de la Riestra, Simonet, Spota, Urrutigoity, Verdaguier González y Vita, logrando 40 votos. Por la negativa se pronunciaron: Abelenda, Almansi, Bendersky, Borgonovo, Brebbia, Busso, Cardini, Carlen, Carranza, Contte, Dansey, Díaz de Guijarro, Eppstein, Fassi, Ferreras, Guaglianone, Lampugnani, López del Carril, López Olaciregui, Martínez Carranza, Masnatta, May Zubiría, Mosset Iturraspe, Nieto Romero, Núñez, Ongaro, Orchansky, Peña Guzmán, Risolia, Rivadeneira, Roqué, Roth, Sahd, Salas, Sancholuz, Trevisán, Trigo Represas, Trigo Viera y Vernengo Prack, llegando a los 39 votos (Actas, t. II, págs. 436/7).

<sup>34</sup> C.S.J.N., 27 de noviembre de 1986. LL, 1986-E, 648

<sup>35</sup> Ver *supra*, punto III.1.2.

<sup>36</sup> V.gr., C.S.J.N., 27/11/1986, L.L. 1986-E-648; LL 1986-C-847; E.D. 126- 731; L.L.1987-B-933.

<sup>37</sup> Conf. “S., J. B. c/ Z. de S., A. M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393”, citado. Los Dres. Fayt, Petracchi y Bacqué se pronuncian por la procedencia de la impugnación constitucional de dicho texto legal; los Dres. Caballero y Belluscio, en disidencia, no lo consideraron contrario a la Constitución Nacional, de conformidad con lo dictaminado por el procurador general de la Nación.

<sup>38</sup> Conf. ZANNONI, *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, t. 2, págs. 67/8. Este sistema dual ha tenido acogida en otras legislaciones americanas y en el Código Civil español después de la reforma de 2005.

<sup>39</sup> A modo de ejemplo podemos remitirnos a las estadísticas del Poder Judicial, que pueden consultarse por Internet: En el año 2004 del total de presentaciones conjuntas planteadas en Córdoba Capital, que alcanzó el número de mil ochocientos treinta (1.830), sólo veintidós (22) fueron de separación personal; y sobre doscientas veinte (220) acciones contenciosas, sólo quince (15) fueron separaciones personales. Para mayor información: [www.justiciacordoba.gov.ar](http://www.justiciacordoba.gov.ar). En el año 2006 sobre un total de dos mil cuatrocientas cincuenta y nueve acciones resueltas en las Cámaras de Familia de Córdoba, sólo treinta y una fueron sentencias de separación personal (1,26%) y, en el año 2007, dictadas dos mil seiscientas catorce sentencias, sólo veintisiete fueron de separación personal (1,03%). Asimismo, en los protocolos de la Cámara de Familia de 1º Nominación de Córdoba se registran, en el año 2008, la conversión en divorcio vincular de doce sentencias separación personal, lo que permite concluir que éstas fueron sólo un primer paso para obtener el fin definitivo del matrimonio y recuperar la aptitud nupcial.

<sup>40</sup> Así lo hicieron: Rébora, Posse, Alvo, Reyna, Orgaz, Herrera, González Sabathí y Romero del Prado. Véase punto II.1 y 1.2.

<sup>41</sup> En aquel momento el Dr. ORGAZ dijo: “Pienso que debe distinguirse: cuando en el matrimonio no hay hijos, el problema del divorcio es un asunto sin trascendencia social importante. Por ello creo que expresado de modo auténtico el mutuo consentimiento, debe sobrevenir un período de separación preventiva, a fin de evitar decisiones mutuas causadas por estados pasionales momentáneos; y, vencido el término de esa separación, si no hay ratificación del pedido por parte de ninguno de los cónyuges, la solicitud se entiende desistida y si uno de los cónyuges insiste, el divorcio debe pronunciarse. Puede parecer un tanto incongruente que se admita el divorcio por la insistencia de uno solo de los cónyuges, pero debe tenerse en cuenta que los dos, mutuamente, expresaron su voluntad de disolver el matrimonio y sólo a condición de que ambos den por abandonado el propósito puede concebirse la reanudación de la vida conyugal. El mutuo consentimiento debe exigirse, pues, para la presentación del pedido y la separación preventiva, es su consecuencia y bastará que uno solo de los cónyuges insista en el divorcio para que la disolución del matrimonio proceda. El divorcio por mutuo consentimiento existe incorporado a varias legislaciones y fue proyectado hace diez años en nuestro país en una proposición de ley que no llegó a considerarse” (Actas del Primer Congreso, págs. 94/5).

<sup>42</sup> Una relación de los entretelones de la Comisión y las influencias políticas y religiosas recibidas resultan de consultar a Carlos A. R. LAGOMARSINO, *Divorcio por presentación conjunta*, Buenos Aires, Astrea, págs. 31/35.

<sup>43</sup> Conf. Eduardo A. ZANNONI, *Derecho civil. Derecho de familia*, cit., t. 2, págs. 131/133; G.A. BORDA, “La ley 17.711 de Reformas al Código civil”, E.D. 27-922.

<sup>44</sup> Entiende que las normas vigentes regulan un divorcio “consensual” y que la referencia a la presentación conjunta, solo alude a lo procesal, Augusto C. BELLUSCIO, *Manual de derecho de familia*, 7ª ed. actualizada., Buenos Aires, Astrea, t.1, pág. 469.

<sup>45</sup> Conf. Guillermo A. BORDA, “La reforma del Código Civil. El divorcio por presentación conjunta”, E.D. 32-875.

<sup>46</sup> *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba, 1971, t. I, pág. 12 y t. II, pág. 525 y ss..

<sup>47</sup> Las ponencias que propiciaban la derogación del art. 67 bis de la ley 2393 fueron presentadas por Eppstein y León Feit, pág. 525; Molinario, págs. 526/533; Raffo Benegas y Sassot, págs. 533/535; Llambías, pág. 535; Cardozo Ayala, pág. 536 y Cafferata, pág. 535, Giorgi, págs. 545/556.

<sup>48</sup> Los despachos minoritarios fueron suscriptos por: N° 1: Cafferata, Quevedo Paiva y Legón; N° 2: Llambías, Raffo Benegas, Castro Hernández, Loredó, Sassot y León Feit; N° 3: Musso y Dansey; N° 4: Molinario y Bettini; págs. 559/560.

<sup>49</sup> Véanse para conocer los argumentos de los informantes las Actas desde pág. 561 a pág. 577.



<sup>50</sup> Actas, t. II, págs. 558/559. Lo suscribieron Jorge A. Jaureguierry; Alberto G. Spota; David Brodsky, Manlio F. Martínez, Francisco M. Ferrer; Dalmiro José Basaldúa, L. A. Estivill, Carlos H. Vidal Taquini, Hernán D. Elena (h.), J. E. Casparius, María Nélica Moisés.

<sup>51</sup> Actas, t. II, págs. 577/579.

<sup>52</sup> Actas, ..., págs. 579 a 587.

<sup>53</sup> Actas, ...pág. 559; 568/571.

<sup>54</sup> Conf. M.V. BERTOLDI DE FOURCADE, Laura CROCCIA, “El impacto judicial de la crisis familiar: divorcio vincular y separación personal”, cit., pág. 17 y ss..

<sup>55</sup> En sentido similar, entendiéndolo como de “mutuo consentimiento”, Belluscio se refiere a la “desdramatización” del divorcio, y pese a haber manifestado en el Cuarto Congreso que la reforma del art. 67 bis de la ley 2393, fue “sorpresa” pues no respondió a antecedentes académicos ni legislativos anteriores ni a exigencia real de la sociedad, afirma que esta “*corriente se ha hecho prácticamente universal, de manera que sería absurdo pretender que en nuestro país se volviera al sistema anterior*” (*Manual...*, cit., t.1, pág. 471).

<sup>56</sup> Ley 19.947 del año 2004.

<sup>57</sup> “Ley de Divorcio. Arts. 81 y 86”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 32, Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2005, pág. 200 y ss.

<sup>58</sup> Interpretación coherente con la realizada por el Dr. José Ignacio CAFFERATA en el Cuarto Congreso, que mencionamos *supra*. Respecto de la ley vigente comparte el criterio, Daniel Hugo D’ ANTONIO, *Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515. Art. 205*, pág. 86, según cita de Eduardo A. FANZOLATO, en *Código Civil. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, director: Alberto J. Bueres, coordinadora: Elena I. Highton, Buenos Aires, Hammurabi, comentario al art. 236.

<sup>59</sup> Conf. FANZOLATO, ob. cit., pág. 1055; BELLUSCIO, ob. cit., t. 1, pág. 472; ZANNONI, ob. cit., t. 2, pág. 138 y la mayoría de la doctrina nacional.

<sup>60</sup> Así nos hemos pronunciado con anterioridad (Angelina FERREYRA DE DE LA RÚA, - María Virginia BERTOLDI DE FOURCADE, Leyes 7675 y 7676 de la Provincia de Córdoba. Organización y Procedimiento del Fuero de Familia. Comentario al art. 84. Buenos Aires, Ed. La Ley, pág. 190).

<sup>61</sup> Según vimos el proyecto originario de 1968 para el art. 67 bis de la ley 2393 preveía una sola audiencia y esto es coherente con la necesidad de verificar sólo la existencia de una voluntad libre y común en los peticionantes. Ello no obsta a que exista una invitación a lograr acuerdos relacionados con la situación de los hijos y de los bienes en una audiencia que se fije, ordinariamente, a continuación de la del divorcio en la que ya pueden estar presentes los letrados intervinientes (conforme las facultades que atribuye a los Tribunales de Familia, el art. 40 de la ley 7676 de la Provincia de Córdoba).

<sup>62</sup> Conf. Angelina FERREYRA DE DE LA RÚA - María Virginia BERTOLDI DE FOURCADE, “Leyes 7675 y 7676 de la Provincia de Córdoba...” cit., comentario al art. 84, pág. 190.

<sup>63</sup> Conf. E.A. ZANNONI, *Derecho de familia...* cit, t. 2, pág. 144.

<sup>64</sup> Tribunal de Familia de Mar del Plata, N° 2, 17/7/2006, “B., R.B. y L., M.A.”. Néstor E. SOLARI, “Desistimiento voluntario de los cónyuges a la segunda audiencia. El ámbito de la autonomía de la voluntad”, en RDF 2007-I, pág. 114, Lexis Nexis.

<sup>65</sup> En contra BELLUSCIO, *Manual...*, cit., t. 2, pág. 519, quien sostiene que la apelación permitiría que los esposos reprodujeran sus razones ante el tribunal de alzada.

<sup>66</sup> Conf. Cecilia GROSMAN, “La separación y el divorcio en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio. Algunas propuestas para el debate”, RDF, N° 18, 2001, pág. 123.

<sup>67</sup> Fue presentado por las diputadas Marcela Virginia Rodríguez, Susana Rosa García, María Fabiana Ríos, Elsa Siria Quiroz, María América González, Elisa María Avelina Carrio y por los diputados Leonardo Ariel Gorbacz y Eduardo Gabriel Macaluse. Tal vez las inconsecuencias que destacamos obedezcan a que se han ensamblado proyectos de diversos orígenes.

<sup>68</sup> Guillermo J. BORDA, “Un proyecto a medio camino. La supuesta agilización del trámite de divorcio”, L.L. Sup. Act. 17/4/2007, 1. En sentido contrario, laudatorio de la propuesta, ver Néstor E. SOLARI. “Supresión de la segunda audiencia en el divorcio por “presentación conjunta”, L.L. Sup. Act. 17/4/2007, 1.

<sup>69</sup> En Perú, la ley 29.227 ha instaurado el divorcio por mutuo acuerdo en Municipalidades y Notarías, la que publicada en el Diario Oficial el 16 de mayo del 2008. Se señala que el Ministerio de Justicia acreditará a las municipalidades para tal gestión. La ley regula el procedimiento no contencioso, mediante la separación convencional y divorcio ulterior en las Municipalidades y Notarías habilitadas, cuyos requisitos son que hayan transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio; no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad y carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales.

<sup>70</sup> Fue presentado por Marta Sylvia Velarde, y puede consultarse en [www1.hcdn.gov.ar](http://www1.hcdn.gov.ar), bajo el número de expte.0277-D-2008.

<sup>71</sup> Ello dejando a salvo la posición de un estudio de abogados “especialistas en Derecho de Familia” de Chicago, Estados Unidos, que lanzó una campaña publicitaria con el slogan: “*La vida es corta, divorciate*”, según publica Revista Veintitrés, del jueves 17 de mayo de 2007, pág. 37.

# UNA MIRADA HISTÓRICA Y CONTEMPORÁNEA SOBRE EL DIVORCIO EN EL DERECHO ARGENTINO SOBRE EL AYER Y EL HOY DE LA CAUSAL DE DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA

por MARISA HERRERA

**SUMARIO:** I. Palabras de apertura. II. Dos consideraciones o clasificaciones previas y necesarias. III. Sobre el art. 67 bis en las actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. IV. Focalizándose en la causal objetiva de presentación conjunta en su versión remozada según la ley 23.515. V. Una mirada remozada sobre la causal de presentación conjunta a la luz del la legislación proyectada. VI. Nuevas tensiones provenientes del derecho comparado para continuar el debate. VII. Breves palabras de cierre.

## I. Palabras de apertura

La disolución del matrimonio ha sido un eje temático de interés en dos de los cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil realizados en la ciudad de Córdoba, allá por los años 1927, 1937, 1961 y 1967, respectivamente.

¿Qué ha sido de la disolución del matrimonio desde aquél entonces hasta la actualidad? ¿Perdura ese interés? ¿Qué bases se esgrimieron en aquellas oportunidades y que hacen al perfil actual que presenta el tema? ¿Cuáles son los lineamientos generales que se observan hoy en torno a la disolución del matrimonio?

El objetivo de este trabajo en homenaje a estos cuatro eventos académicos que han sido la génesis de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil y cuyas conclusiones tienen peso propio en otros espacios de intercambio intelectual, consiste en recorrer de manera sintética el largo y sinuoso camino que ha recorrido la disolución del matrimonio tomándose como hitos o punto de partida, las aseveraciones vertidas en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1927 y el Cuarto, realizado en 1969 dedicado al análisis de las principales modificaciones introducidas a la legislación civil de fondo tras la sanción de la ley 17.711 en 1968.

¿Qué fue lo expresado en estos Congreso acerca de la disolución del matrimonio? En el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1927, dentro del tema o la comisión V sobre la “Disolución del matrimonio”, se abordaron tres grandes cuestiones. La primera -bien propia del tema general- relativa a la disolubilidad o indisolubilidad del vínculo, afirmándose que si bien *“Se mantiene como criterio general la indisolubilidad del vínculo (...) se reconoce que son atendibles ciertas y determinadas causales que pueden promover la disolución de ese vínculo”*. La segunda cuestión se refirió a uno de los efectos del matrimonio, aquella relacionada con los bienes indicándose que *“El régimen de la comunidad de bienes del matrimonio debe subsistir, en sus líneas generales, aunque no como régimen único”*, agregándose como subpunto b) que *“El régimen compuesto o mixto, creado por la ley 11.357, debe suprimirse”* y como apartado c) que *“Debe instituirse un régimen de separación de bienes por el cual pueda optarse en ciertas circunstancias y bajo requisitos de forma que impliquen garantías, ya para los cónyuges entre sí y respecto de terceros, ya para las personas que con ellos contraten”*. Más alejado de los conflictos específicos que genera la disolución del matrimonio, como última consideración se expone que *“Debe mejorarse la condición de los hijos adulterinos e incestuosos, dentro del sistema general del Código”*<sup>1</sup>.

Por su parte, y tal como se observará al sintetizar el desarrollo histórico del divorcio en el derecho argentino, en materia de disolución del matrimonio ha sido el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil de 1969 el que presenta una mayor incidencia e impacto en la configuración actual de esta institución emblemática del derecho de familia. Sucede que en la vida de una figura tan dinámica como la mayoría de las que integran el derecho de familia, en este caso el divorcio, el paso del tiempo -algo más de cuarenta años entre el Primer y el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil- es vital. Esta mirada histórica a la cual invita un homenaje a los primeros cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil, no sólo permite

mostrar cómo se ha desarrollado la figura del divorcio no vincular al divorcio vincular, sino también entender con mayor exactitud el lugar y la caracterización que reza la ruptura matrimonial en el derecho de familia contemporáneo.

Veamos, en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil “*reunido para analizar la reforma al Código Civil por la ley 17.711*” sancionada un año antes, la última “Recomendación” esgrimida -la N° 10- se dedicó a “*El régimen del divorcio y el art. 67 bis de la ley 2393*”. Aquí se afirmó la importancia de “*Mantener el actual sistema de divorcio previsto por el art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil conjuntamente con un sistema de divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges*”, otorgándose ciertas bases para dicho sistema como ser que: “a) *El juez deberá homologar el acuerdo presentado por los cónyuges salvo celebración del matrimonio, para efectuar la petición conjunta (sin límite de edad)*”; b) *Transcurso de dos años contados desde la celebración del matrimonio, para efectuar la petición conjunta (sin límite de edad)*; c) *Etapa conciliatoria previa y obligatoria, con la comparecencia de los cónyuges, y en caso de inasistencia de éstos, caducidad del proceso.* d) *Mantener la obligación alimentaria, salvo acuerdo de partes, el que podría modificarse si varían las circunstancias.* e) *Disolución de pleno derecho del régimen de bienes a raíz de la sentencia, y con efecto a la fecha de la presentación de la demanda conjunta de los cónyuges.* f) *Debe cesar la vocación hereditaria.* g) *Las donaciones que el esposo hiciera a la esposa mantienen su irrevocabilidad.* h) *A falta de acuerdo sobre alimentos, tenencia de hijos y forma de liquidar la sociedad conyugal, el Juez resolverá a instancia de partes*”<sup>2</sup>.

Fácil se advierte, tal como se admite en este Cuarto Congreso, la positiva ampliación que trajo consigo la reforma al Código Civil de 1968 al régimen jurídico en materia de divorcio -por aquél entonces no vincular-, extendiéndose de este modo las causales de divorcio como principal causa fuente de la disolución del matrimonio. En otras palabras, el evento académico de mayor relevancia en el ámbito nacional dedicado al derecho civil de 1969, no sólo enfrentó de manera estoica las críticas vertidas en contra de cierta apertura en las causales de divorcio, sino que triunfó la postura que defendía su compatibilidad con el sistema vigente hasta ese entonces fundado en la idea de divorcio sanción, explayándose además sobre algunos de los pilares que sostenían y aún sostienen el régimen jurídico en materia de divorcio por presentación conjunta.

¿Cuál es la incidencia que ha tenido esta ampliación del sistema jurídico en materia de divorcio y este puntapié inicial a las llamadas “causales objetivas”? ¿Cuáles serían los cambios que se podrían introducir a un modelo incorporado allá en 1968, es decir, hace más de cuarenta años? Es sabido que en aquel entonces la presentación conjunta del divorcio respondía a una determinada necesidad social y jurídica. Focalizándose en la dupla inescindible entre derecho y realidad, cabría preguntarse cuál sería el desarrollo social imperante y cómo y en qué sentido habría impactado la obligada doctrina internacional de los derechos humanos en el campo del divorcio. Esto nos conduciría a indagar sobre cuáles serían los nuevos retos a la luz de la legislación proyectada y el desarrollo legislativo comparado. Y en definitiva, acerca de los nuevos ejes temáticos que deberían ser analizados en próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil para, como aconteció en el Primer y Cuarto Congreso Nacional, continuar ahondando sobre el divorcio -ya vincular- en el derecho argentino desde un prisma o halo normativo de carácter supralegal.

Para unir el ayer -sintetizado en los dos Congresos Nacionales de Derecho Civil mencionados- con el hoy, es imperativo hacer algunas apreciaciones de carácter general.

## **II. Dos consideraciones o clasificaciones previas y necesarias**

Para poder comprender con mayor exactitud qué se entiende por disolución del matrimonio en los términos amplios propuestos en los Congresos mencionados como en la actualidad, cabe exponer ciertas distinciones.

Una de ellas gira en torno a la diferencia entre divorcio vincular y separación personal, también conceptualizado como separación de cuerpos, divorcio no vincular o divorcio “a secas”.

Como es sabido, el divorcio vincular constituye el origen de un verdadero estado de familia que restituye la aptitud nupcial a los cónyuges divorciados, sin perjuicio de la validez y subsistencia de los efectos que el matrimonio produjo hasta que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada<sup>3</sup>. Por el contrario, la separación personal no disuelve el vínculo matrimonial y por ende, los cónyuges separados no pueden volver a contraer matrimonio. En consonancia con esta clasificación, el Código Civil en su redacción actual tras la sanción en 1987 de la ley 23.515 que introduce en el derecho argentino de manera autónoma y sistematiza el divorcio vincular<sup>4</sup>, regula las tres causales de disolución del vínculo matrimonial son: 1) el fallecimiento de uno o ambos cónyuges, b) el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento y c) el divorcio vincular<sup>5</sup>. Por lo tanto, a la luz de esta normativa, técnicamente el divorcio a secas como se lo denominaba antes de la admisión normativa del divorcio vincular o actual separación personal, no produciría la disolución del matrimonio.

Sucede que este divorcio “a secas”, ha sido el antecedente directo y el que ha despertado el interés en los Congresos citados en torno a la disolubilidad e indisolubilidad del vínculo, por lo cual, dentro del concepto de “disolución del matrimonio”, se analizará aquella institución que no producía -ni produce tal efecto- como el divorcio no vincular vigente durante la reforma del Código Civil en 1968 de la cual se ocupa el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil de manera especial, como así también el divorcio vincular, instituciones que se pueden conceptualizar de “clásicas” dentro del estudio del derecho de familia.

En resumen, el divorcio al cual se aludía en el marco del Primer y Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, no trata consigo la disolución del matrimonio, sino tal como lo expresa Zannoni, éste junto al divorcio vincular “*constituyen situaciones que la ley prevé, frente al conflicto matrimonial*”<sup>6</sup>. Desde el punto de vista técnico jurídico, sólo el segundo -el divorcio vincular- produce la disolución del matrimonio. Esta es la principal diferencia entre ambas figuras que aún subsiste en el derecho argentino.

Regresando a los orígenes del régimen jurídico actual en materia de divorcio, es dable señalar que el divorcio a secas -con caracteres religiosos- ya se encontraba regulado en el Código Civil de Vélez Sársfield. Regulación que se vio perfeccionada con la sanción de la ley 2393 de matrimonio civil promulgada en 1888. Por su parte, y tal como se ha adelantado, el divorcio vincular como institución autónoma y sistematiza, recién hizo su ingreso al derecho argentino en 1987, tras la sanción de la ley 23.515.

La otra distinción sustancial que merece ser destacada y que involucra al divorcio vincular como a la separación personal según conceptos que incorpora la ley 23.515, es colocada sobre el escenario en 1968 tras la sanción de la ley 17.711. Se trata de la clasificación de divorcio sanción, subjetivo o culpable, en contraposición del llamado divorcio remedio, objetivo o no culpable. Es decir, tanto el divorcio vincular como la separación personal (o divorcio a secas) pueden estar fundados en uno o más hechos ilícitos en las cuales incurre uno o ambos esposos o, simplemente, en el quiebre o fracaso matrimonial, sin indagarse cuáles han sido las razones que dieron lugar a dicha ruptura y quién ha sido el autor o “el culpable” de este desenlace. Justamente, el ingreso de esta apertura hacia las causales objetivas se expone en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil al dedicar la “Recomendación” N° 10 al art. 67 bis de la ley 2393, antecedente directo de los actuales arts. 205, 215 y 236 del Código Civil que trajo la ley 17.711.

Como lo ha expresado el mentor de esta reforma, el recordado Guillermo Borda<sup>7</sup>- presidente de la Comisión encargada de redactar el proyecto y además, ministro del Interior y Justicia que tuvo a cargo su elevación al Congreso-: “*La mayoría de los juicios de divorcio concluía en primera instancia: las partes no apelaban la sentencia, lo que era la mejor prueba de que el juicio se había llevado de común acuerdo, porque cuando hay verdadero litigio, los derechos de las partes se defienden hasta la última instancia*”<sup>8</sup>, por lo cual, esta facultad que le otorga la ley civil de fondo a los cónyuges de poder peticionar en forma conjunta su divorcio

-en aquél entonces no vincular- constituyó un verdadero aporte en pos de acercar o acortar la brecha existente entre Derecho y Realidad <sup>9</sup>.

Como se verá más adelante, esta flexibilidad del sistema jurídico en materia de divorcio en lo relativo a las causales objetivas, se vio extendida aún más tras la incorporación de la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse introducida por la ley 23.515 en el art. 204 del Código Civil para la separación personal y el art. 214 inciso 2do, en lo relativo al divorcio vincular.

Como bien señala Eduardo Zannoni, esta clasificación de causales subjetivas y objetivas que instala la ley 17.711, ha significado un “cambio de enfoque” que *“incide en cuanto a los efectos del divorcio. Deja de ser, lógicamente, castigo del cónyuge culpable y reparación judicial debida al cónyuge inocente, y por lo tanto, no cabe regular sus efectos sobre la base de sanciones a aquél. La ley debe, en cambio, regular en términos generales las secuelas del divorcio, en atención a pautas ético- sociales que se consideren aceptables, que no son sancionatorias, sino sólo trasunto de situaciones jurídicas que trascienden el conflicto mismo”*<sup>10</sup>.

En síntesis, la realidad normativa vigente muestra un doble régimen o sistema para divorciarse desde dos puntos de vista: 1) se recepta la figura del divorcio vincular como así también se mantiene la separación personal, no siendo esta última subsidiaria sino alternativa; salvo en lo relativo al supuesto previsto en el art. 203 del Código Civil que es sólo una causal objetiva de separación personal por trastornos de la conducta debido a la enfermedad mental, alcoholismo o adicción a las drogas de uno de los cónyuges, accediéndose al divorcio vincular únicamente a través de la figura de la conversión y 2) se recepta un sistema causado o subjetivo como incausado u objetivo, siendo también una alternativa para los cónyuges a cuál acudir, siempre se den los presupuestos fácticos y jurídicos que los habilite. Algún autor califica a la ley 23.515 de ser una “ley de transacción”, afirmándose que *“en su texto se advierte la confluencia de corrientes adversas y filosóficas opuestas, y porque la amalgama de puntos de vista tiene lugar entre ideas del pasado absolutamente superadas (p. ej.; instrumentación de un divorcio ‘sanción’ a un culpable y un derecho matrimonial sustancialmente de orden público y por ende indisponible) y otras, inspiradas en concepciones posmodernas emergentes de estudios interdisciplinarios, que ya no observan al matrimonio con espíritu de perpetuidad y que estiman al pluralismo y a la flexibilidad de las normas matrimoniales como principios estructurales en los que debe sustentarse la relación jurídica conyugal”*<sup>11</sup>.

### **III. Sobre el art. 67 bis en las actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil**

Tratándose de un homenaje a los aportes y enseñanzas provenientes de los primeros cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil llevados a cabo en la ciudad de Córdoba, hemos focalizado en el estudio de una de las causales de divorcio que han despertado un interés particular en el último de estos cuatro eventos, el realizado en 1969 donde se profundizó sobre las principales reformas introducidas al Código Civil por la ley 17.711.

En el campo del derecho de familia, una de las modificaciones sustanciales fue la incorporación del divorcio por presentación conjunta en un articulado que se agrega a la ley 2393 de matrimonio civil, el famoso “art. 67 bis”. Este expresaba: *“Transcurridos dos años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal. El juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes, tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno. Fracasada la conciliación se convocará otra audiencia dentro de un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres. Si también ésta resultare estéril, porque no se logra el advenimiento, el juez decretará su separación personal cuando, según su ciencia y conciencia, los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que*

*dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando indicar cuáles son los hechos aducidos. Esta decisión tendrá los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos, pero sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos. Si no hubiere acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, ésta tramitará por vía sumaria. La decisión judicial determinará, a instancia de partes, cuál de los cónyuges quedará al cuidado de los hijos, para lo cual tendrá en cuenta lo que aquéllos acuerden, si el interés superior de los menores no aconsejare otra solución. En cualquier caso, podrá modificarse ulteriormente lo resuelto, según lo aconsejen las circunstancias”.*

Por lo general, los cambios radicales traen aparejadas ciertas resistencias. Máxime, cuando algunos autores entendían que detrás de la permisión de que los cónyuges solicitaran su divorcio en forma conjunta yacía el avance de la postura “divorcista”, es decir, la que bregaba por la posibilidad de que los cónyuges readquieran tras el divorcio la aptitud nupcial.

Es así, que las actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil en lo concerniente al análisis y debate sobre el art. 67 bis de la ley 2393, denotan una mirada negativa sobre este nuevo procedimiento y consigo, la habilitación a una causal de divorcio de carácter objetiva, a pesar de la recomendación o conclusión arribada por la mayoría, aceptándose la coexistencia de las causales culpables reguladas por ese entonces por el art. 67 junto a esta nueva realidad legislativa.

Como síntesis de esta resistencia, cabe traer a colación algunas de las propuestas y afirmaciones volcadas, tanto en las ponencias, en el debate como en los despachos de minoría.

Así, en la ponencia presentada por los Dres. Eppstein y León Feit, se señalaró que *“La aplicación práctica del art. 67 bis de la ley 2393 está demostrando que no cumple la finalidad con que se quiso justificar su inclusión. El fingimiento de los cónyuges que realizan la presentación conjunta está dando paso a la simple alegación de la incompatibilidad de caracteres, lo que indudablemente debe determinar al juez ‘según su ciencia y conciencia’ a rechazar la pretensión”.*

Por su parte, Lagomarsino destacó lo *“específico y excepcional de la norma del art. 67 bis de la ley 2393”*, reafirmandose de este modo la relevancia de las causales subjetivas previstas en el art. 67 y su prioridad por sobre otras causales y proceso como el regulado en el art. 67 bis.

Es interesante destacar la postura defendida por Molinario, quien no sólo proponía la derogación del art. 67 bis, sino además incorporar como art. 71 determinadas “directivas” tendientes a lograr la reconciliación de las partes a través del establecimiento de tres audiencias en un lapso de un año y medio *“con la posibilidad de pactar sucesivas separaciones provisorias con homologación judicial y con vigencia hasta la próxima audiencia”*, agregándose que *“Si no se logra el avenimiento conyugal, cuando los consortes vivan separados, serán objeto de intimación en la última audiencia para que dentro de un lapso se reintegren a la vida en común, bajo apercibimiento de ser considerados ambos incurso en la causal prevista por el art. 67 inc. 7º, a menos que promuevan dentro de dicho plazo la acción por separación causada que entiendan competirles”.*

Algunos de los fundamentos esgrimidos a los fines de defender esta idea de derogar el articulado incorporado por la ley 17.711 en materia de divorcio, fueron los siguientes: a) que la forma republicana de gobierno excluye la posibilidad de que un funcionario -en este caso, un magistrado- asuma en forma total o parcial *“la suma del poder público”*, en este caso, que quede a su criterio el divorciar o no a los cónyuges<sup>12</sup>; b) que la separación por mutuo acuerdo *“es pues inconciliable con la indisolubilidad matrimonial y con el concepto de matrimonio institución (...)”*; c) y relacionado con el argumento anterior, se defiende la idea -claramente cerrada o restrictiva a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos- que *“Lo que no debe hacerse es derribar la familia, destruirla por dentro, y por la misma sociedad a través de sus leyes equivocadas”.*

Sin embargo, otras voces doctrinarias -siguiéndose y/o defendiendo la postura asumida por Borda- afirmaron la compatibilidad y armonización del sistema de divorcio sanción, único hasta 1968 donde se introduce el divorcio remedio. En este contexto, además de la “Recomendación Nº 10” arribada en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, es decir, el despacho en

mayoría <sup>13</sup>; se vertieron tres despachos en minoría. El primero de ellos recomendaba que “1. No obstante la modificación introducida al artículo 66, y la sanción del artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil, por la ley 17.711, no ha sido introducida en nuestro régimen jurídico la causal de divorcio por mutuo consentimiento. 2. El artículo 67 bis de la ley 2393 constituye un nuevo procedimiento, paralelo al juicio de divorcio. 3. Los cónyuges pueden optar por uno u otro procedimiento; pero el acuerdo mutuo de ambos cónyuges es esencial para que se ponga en funcionamiento el nuevo procedimiento introducido por el artículo 67 bis. 4. ‘Las causas graves que hacen imposible la vida en común’, según mención del artículo 67 bis son sólo las del artículo 67 de la ley 2393, únicas causales admitidas en nuestro derecho positivo. 5. Es necesario ampliar la regulación concreta del procedimiento establecido en el artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil” <sup>14</sup>. El segundo despacho resolvió “Recomendar la supresión del divorcio consensual instituido por el art. 67 bis de la ley 2393 y toda otra regulación referente a dicho régimen sobre la base del mutuo consentimiento de los cónyuges, dado que no se concilia con la regulación de orden público de la institución del matrimonio. Asimismo, se recomienda volver al art. 66 a su anterior redacción” <sup>15</sup>. El tercer despacho recomendó “Mantener la facultad del juez de valorar las causales expuestas por los cónyuges al resolver el pedido de divorcio establecido por el art. 67 bis de la ley de matrimonio civil” <sup>16</sup>. Además, y por fuera de lo relativo al art. 67 bis, se dejó asentada la propuesta de Molinario y Bettini de incorporar un articulado que tuviera un proceso especial y extenso dedicado a la reconciliación de los cónyuges, tal como se sintetizó.

Por otra parte, cabe destacar que en este marco de intercambio académico, no sólo se debatió acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia del art. 67 bis, sino también sobre su operatividad y algunos silencios o inquietudes de índole práctica que había generado. Varias de ellas fueron motivo en el ámbito nacional, de diferentes fallos plenarios emitidos por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil como ser: 1) la inapelabilidad de la sentencia del 20/07/1972; 2) la actuación del Ministerio Público Fiscal del 15/07/1977; 3) la imposibilidad del reconocimiento de culpas en el marco del proceso regulado por el art. 67 bis, el 18/5/1977 y 4) la imposibilidad de desistimiento del proceso luego de celebrada la segunda audiencia, el 30/08/1985.

Desde un interés manifiesto por la aplicación o práctica del derecho, cabe destacarse que “A poco de entrar en vigencia esta reforma se fue produciendo un cambio considerable en la forma de encarar los trámites, pudiendo afirmarse que la gran mayoría de los juicios promovidos entre 1968 y 1987 utilizó el procedimiento previsto por el art. 67 bis de la ley 2393” <sup>17</sup>.

La fuerza de los hechos ha sido elocuente para reafirmar los efectos positivos que trajo consigo el recordado art. 67 bis. Algo similar estaría aconteciendo en la actualidad, donde la información estadística muestra que los cónyuges optan, ampliamente, por el divorcio vincular, alegándose la causal y el proceso más dúctil y rápido como lo es previsto en el art. 214 inciso 2do del Código Civil según una interpretación amplia y ya consolidada a instancias de la doctrina y jurisprudencia nacional <sup>18</sup>.

Año	Total de sep. Personal <sup>19</sup>	Divorcio vincular por culpa	Divorcio vincular por separación de hecho	Divorcio vincular por presentación conjunta	Total de divorcio vincular
<b>1987</b>	246	1041	1	3477	<b>4519</b>
<b>1990</b>	296	2239	28	4621	<b>6888</b>
<b>1993</b>	365	1760	2958	2566	<b>7284</b>
<b>1995</b>	319	1416	3521	2401	<b>7338</b>
<b>1997</b>	344	1076	4479	2524	<b>8079</b>
<b>1999</b>	294	932	4638	2113	<b>7683</b>
<b>2001</b>	272	940	4221	1904	<b>7065</b>
<b>2002</b>	248	810	3820	1651	<b>6281</b>
<b>2003</b>	267	1010	4568	1939	<b>7517</b>
<b>2004</b>	257	924	5235	1809	<b>7968</b>
<b>2005</b>	153	937	5562	1853	<b>8352</b>
<b>2006</b>	272	868	5531	1800	<b>8199</b>
<b>2007</b>	276	844	5601	1735	<b>8180</b>

Veamos los siguientes números proporcionados por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación relativo a los procesos de divorcio en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires donde interviene el fuero nacional en lo civil con competencia en asuntos de familia.

Este panorama estadístico es hábil para introducirnos al análisis de la causal objetiva de presentación conjunta en la actualidad y más todavía, al planteo de algunas modificaciones posibles a la luz del avance normativo que presentan otros ordenamientos jurídicos.

#### **IV. Focalizándose en la causal objetiva de presentación conjunta en su versión remozada según la ley 23.515**

En primer término, y tal como se ha aseverado, con la reforma al Código Civil que introduce la ley 23.515 se incorpora al derecho argentino de manera autónoma y sistematizada la figura del divorcio vincular. Por lo tanto, aquél miedo esgrimido en el debate sobre el art. 67 bis de la ley 2393 en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, afirmándose que este articulado era la antesala para el ingreso del divorcio vincular, habría perdido virtualidad ya que éste desde 1987 es una realidad.

¿Por qué ha sido importante el art. 67 bis de la ley 2393, incluso tras la sanción de la ley 23.515 y su consecuente derogación? Es el antecedente directo de la actual regulación de la causal objetiva por el cual no hace falta alegar alguna de las causales previstas en el art. 202 del Código Civil para obtener el divorcio vincular o separación personal de los cónyuges, sino simplemente alegar “causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común”, como así también, el procedimiento especial que ostenta. Precisamente, tanto la causal prevista en el art. 205 para el supuesto de separación personal y el art. 215 para el divorcio vincular, como así, el procedimiento especial regulado en el art. 236 para ambos casos, tienen su causa fuente en el reiterado art. 67 bis.

Es más, varias inquietudes que despertó el art. 67 bis y que fueron respondidas en sendos fallos plenarios ya mencionados, continúan vigentes en la actualidad. Sucede que, si bien la ley 23.515 derogó la ley 2393 -consigo el art. 67 bis-, reitera en gran parte la regulación que mostraba el art. 67 bis, por lo cual, la doctrina sentada en aquella jurisprudencia plenaria continuaría vigente.

¿Pero qué dice el texto vigente en lo relativo a la causal objetiva que involucra un procedimiento especial como lo es la presentación conjunta? El art. 205 del Código Civil expresa que transcurridos dos años de matrimonio, los cónyuges en presentación conjunta



pueden solicitar la separación personal en atención a la existencia de “*causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común*”. Esta misma línea es seguida por el art. 215 del mismo cuerpo normativo pero extendiendo el plazo del matrimonio a tres años para la solicitud del divorcio vincular.

Siguiéndose los principios y estructura propuestos por el art. 67 bis, el art. 236 del Código Civil regula un procedimiento especial para la tramitación de la causal en estudio. Este articulado expone que “*En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: 1º) Tenencia y régimen de visitas de los hijos; 2º) Atribución del hogar conyugal; 3º) Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización. También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria. El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos. Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno. Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación. Si el resultado fuere negativo el juez decretará la separación personal o el divorcio vincular, cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves. La sentencia se limitará a expresar que dichos motivos hacen moralmente imposible la vida en común, evitando mencionar las razones que la fundaren*”.

Al igual que aconteció durante la vigencia del art. 67 bis -es decir, hasta 1987 que se sancionó la ley 23.515-, la regulación que propone el art. 236 planteó algunas inquietudes que fueron respondidas gracias al desarrollo de la doctrina y jurisprudencia nacional como ser: a) que se trata de una “demanda conjunta” donde ambos cónyuges y en un mismo escrito peticionan su divorcio vincular o separación personal alegando razones graves que hacen moralmente imposible la vida en común, sin individualizar cuáles; b) la actuación de cada cónyuge con su propio letrado -al menos, esto es así en algunas jurisdicciones como en la Ciudad de Buenos Aires-; c) la posibilidad de que ambos cónyuges o uno de ellos puede desistir de la acción hasta antes de la celebración de la segunda audiencia, siendo que después de este momento tal actitud no tendrá efecto jurídico; d) que la concurrencia de las partes a la segunda audiencia no es personal y puede ser realizada a través de un abogado con poder especial -o sea, con facultades específicas para comparecer a dicha audiencia-, observándose alguna jurisprudencia vernácula donde se hizo lugar a la petición de evitar la segunda audiencia y, por lo tanto, procederse al dictado de la sentencia con la celebración de una sola audiencia<sup>20</sup> y e) la falta de constancia en el expediente de las manifestaciones esgrimidas por los cónyuges en las audiencias, por lo cual, la sentencia es inapelable, generando algunos interrogantes como ser, por ejemplo, qué sucede si por razones fácticas -fallecimiento, enfermedad o jubilación- del juez que intervino en un primer momento, no puede asistir a la segunda audiencia<sup>21</sup>.

Apartado especial merece la posibilidad que habilita la ley 23.515 en el art. 236 del Código Civil, de que los cónyuges arriben a acuerdos sobre diferentes efectos derivados de la separación personal y el divorcio vincular, con las limitaciones que impone la propia legislación civil de fondo. Esta se aprecia de manera clara en lo relativo a los bienes. Al respecto, cabe recordar que en el derecho argentino, a diferencia de la gran mayoría de los países del globo, continúa receptándose un régimen patrimonial del matrimonio rígido e inmutable circunscripto al régimen de comunidad en las ganancias, mal llamada “sociedad conyugal”. Este es el único sistema patrimonial permitido, por lo cual es escasísimo el espacio que se le deja a la autonomía de la voluntad en materia de bienes, tal como se puede colegir del texto de los arts. 1218<sup>22</sup> y 1219<sup>23</sup> del Código Civil<sup>24</sup>.

Hasta la sanción de la ley 23.515 que permite de manera expresa la celebración de convenios en el marco de un proceso de divorcio por presentación conjunta (conf. art. 236 del

Código Civil, extensible por interpretación doctrinaria y jurisprudencial a los supuestos de separación de hecho sin voluntad de unirse), la postura reinante era aquella que negaba validez a todo tipo de acuerdo de bienes durante la vigencia del matrimonio.

Tras esta normativa, el debate se trasladó a intentar compatibilizar los mencionados arts. 1218 y 1219 del Código Civil -que no fueron modificados por la ley 23.515- con el nuevo art. 236; siendo que los cónyuges, si bien se encuentran en una situación de crisis como deja traslucir un proceso de divorcio, continúan casados. La doctrina y jurisprudencia entienden que son válidos los acuerdos realizados incluso, antes de la presentación de la demanda o petición conjunta de divorcio, si ellos han tenido en miras el divorcio<sup>25</sup>. Claro está, la validez de estos instrumentos queda sujeta al dictado de la sentencia pertinente, de lo contrario, estos acuerdos pierden eficacia.

A modo de cierre de este apartado donde se destaca la normativa actual y, juntamente con ello, los importantes resabios o marcas que ha dejado el art. 67 bis, cabe traer a colación una crítica general y atendible que esgrime Zannoni en torno a la causal de presentación conjunta, y que fue también esgrimida en el debate sobre el art. 67 bis en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, desde una postura ideológicamente opuesta. Se trata de la amplia potestad de los jueces para rechazar o no el divorcio solicitado según su “sana crítica”.

La “valoración crítica” que realiza Zannoni se refiere a la posibilidad que brinda la ley -antes y después de la ley 23.515- de que los cónyuges que peticionan en forma conjunta su divorcio deban manifestar la existencia de “*causas graves que hacen moralmente la vida en común*”, como así que el juez decreta el divorcio siempre y cuando “*los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves*”. Al respecto, afirma este reconocido jurista que “*En la práctica de nuestros tribunales se termina por confirmar que si bien, formalmente, los cónyuges manifiestan que median causas graves que impiden continuar la convivencia, esa manifestación no queda sino en las palabras, y el control de mérito que la ley defiere al juez ‘según su ciencia y conciencia’ carece, a la postre, de sustento fáctico*”. Agregando que “*Lo atípico, si se quiere, es que ese control de legitimidad y de mérito no se funda en hechos que constituyen el marco de referencia de normas. La norma devuelve al magistrado dicho control con prescindencia de la explicitación de los hechos en la formulación lógica de la sentencia. Ésta, en suma, no es un juicio lógico -silogístico- sino un juicio de voluntad del juez que acude, exclusivamente, a su prudente arbitrio*”<sup>26</sup>.

## **V. Una mirada remozada sobre la causal de presentación conjunta a la luz del la legislación proyectada**

Es sabido que los proyectos legislativos constituyen una de las tantas fuentes de información hábiles a modo de “termómetro” para medir el grado o nivel de aceptación o desacuerdo con las normativas vigentes. Centrados en la causal de divorcio por presentación conjunta, varias son las propuestas que se habrían esgrimido en los últimos años.

Veamos, las Comisiones de Legislación General y de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Cámara de Diputados de la Nación, aprobaron en fecha 6/12/2006 un proyecto de ley que modifica los párrafos tercero y cuarto del art. 236 del Código Civil. Esta propuesta trae consigo tres modificaciones: a) la celebración de una sola audiencia y no dos como se estipula en la normativa actual; b) se abandona la idea de que el juez, en la primera audiencia tenga por finalidad “conciliar” a las partes, por lo cual esta audiencia no tendría como objeto el avenimiento de las partes, sino la constatación de la voluntad y el deseo de los mismos de llevar adelante el divorcio y c) el texto propuesto no permite que el juez rechace la petición, alegando la inexistencia de causas graves que ameriten hacer lugar a la separación o al divorcio; por lo tanto, constatada la voluntad inequívoca de los cónyuges, en cuanto a su deseo de divorciarse, el juzgador deberá hacer lugar a la misma<sup>27</sup>.

De manera más reciente, un proyecto de ley (4387-D-2008) propone reducir a dos años el plazo para la solicitud en forma conjunta por parte de los cónyuges su divorcio vincular, por lo

cual, el plazo se equipararía al que prevé la legislación civil de fondo actual en el art. 205 para la separación personal. Asimismo, se reduce el plazo para la convocatoria a la segunda audiencia al establecer que ésta debe ser convocada en un plazo no menor de un mes de realizada la primera y se quita la referencia a que el juez debe decretar el divorcio o la separación personal “*cuando los motivos aducidos por las partes sean suficientemente graves*”<sup>28</sup>. De esta manera, se estaría reduciendo las facultades de los jueces en este tipo de proceso, adquiriendo un rol más pasivo o de “mero homologador” de una decisión que hace a la privacidad de las partes. ¿Acaso deberían los jueces cargar con la obligación de “reconciliar” matrimonios”? ¿Están realmente capacitados para ello? ¿Es deber del Estado, a través del Poder Judicial, intentar que los matrimonios no se divorcien?

Otro proyecto flexibiliza más aún la causal objetiva prevista en los art. 205 para separación personal y art. 215 para el divorcio vincular. Se trata del proyecto 1317-D-2008<sup>29</sup> donde no se establece plazo alguno para su petición en forma conjunta. En los “Fundamentos” se expone que “*Actualmente, aun en los casos en que existe voluntad común, el ejercicio del derecho de los contrayentes a disolver el vínculo matrimonial o solicitar la separación personal está supeditado al paso del tiempo*”. Citándose a la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Bazterrica” donde se afirmó que “*El Estado no debe imponer planes de vida a los individuos sin ofrecerles la posibilidad para que ellos elijan*” y a Carlos Nino que expuso “*El intento de imponer ideales de excelencia personal es autofrustrante y, por ende, irracional*”, se asevera de manera elocuente que “*resulta ridículo obligar a las personas a mantenerse unidas si la voluntad de ambas va en sentido contrario. Ninguna pareja o grupo familiar podría beneficiarse de una situación donde la asociación es compulsiva*”.

Por último, y tal como se verá en el próximo apartado dedicado a los avances o cambios provenientes del derecho comparado, el proyecto 0277-D-2008<sup>30</sup> propone que el divorcio por mutuo consentimiento tramite ante el Registro Civil y no ante la justicia. En este sentido, se agrega como art. 216 bis que “*Cuando los cónyuges mayores de edad y plenamente capaces estuvieren de acuerdo en proceder a su divorcio vincular por mutuo consentimiento, podrán tramitarlo ante el Registro Civil que corresponda al último domicilio*”. Más allá de alguna observación de tinte jurídica relativa a la mayoría de edad, recordándose que en el derecho argentino el matrimonio conlleva consigo la emancipación y la plena capacidad civil de los contrayentes -salvo las limitaciones establecidas en los arts. 131 y 134-; esta iniciativa deja traslucir la poca complejidad que observan en la práctica los divorcios por presentación conjunta, a tal punto que se propone transferir la competencia para entender en estas cuestiones de la justicia a un organismo administrativo como lo es el Registro Civil. Cabe destacar que aquí es necesario que los contrayentes estén de acuerdo en todos los aspectos que se derivan del divorcio, por lo cual, no se distingue lo relativo al vínculo matrimonial de sus efectos. ¿Acaso no se podría estar de acuerdo con la ruptura del matrimonio pero no así con todos o algunos de los efectos del divorcio por lo cual debería, sólo con relación a ellos, intervenir y ser dirimidos en la justicia? En el proyecto se tiene en cuenta esta diferencia pero igual se opta por la postura más rígida, aquella por la cual sólo sería posible recurrir a esta vía administrativa para divorciarse si se está en total acuerdo con todas las cuestiones que rodean la ruptura conyugal. En este sentido, se expone en los “Fundamentos” que “*atento a que este régimen de excepción tiene como fundamento básico el acuerdo de voluntades de los cónyuges, se exige que tal acuerdo incluya todos los aspectos vinculados al matrimonio, y no se limite a la disolución del vínculo. No tendría sentido aceptar acuerdos parciales, porque las partes deberían recurrir de todos modos a los jueces para ventilar otras diferencias*”.

## **VI. Nuevas tensiones provenientes del derecho comparado para continuar el debate**

Por razones de espacio, se traen a colación dos posturas normativas defendidas en el derecho comparado. Una se refiere al divorcio administrativo, ya sea de índole notarial como acontece en el derecho cubano y en el derecho brasilero tras la sanción de la ley 11.441 del año 2007, o mediante la intervención de los registros civiles como establece la reciente regulación peruana, la ley 29.227 del 16/5/2008. La otra experiencia normativa se refiere a la mayor

flexibilización de las causales objetivas de divorcio. Ambas líneas legislativas permiten mostrar cuán laxa y abierta a la autonomía de la voluntad y menor intervencionismo estatal puede ser el régimen jurídico en materia de divorcio desde la mirada contemporánea.

Con respecto al divorcio administrativo, el doctrinario cubano Pérez Gallardo en un extenso trabajo relativo a esta temática asevera que *“La posibilidad de potenciar la tramitación de un divorcio amistoso ante notario público, no es una idea exclusiva de Cuba, si bien ha sido de los primeros países que la ha implementado. En el orden técnico jurídico nada priva que el notario sea competente por razón de la materia para autorizar por escritura pública la disolución del vínculo matrimonial. Negarlo sería echar por tierra la propia esencia de la función notarial, su naturaleza, y el alcance de la fe pública. No hay motivo para sustentar una prevalencia de la función judicial sobre la notarial, en razón de las garantías que para los hijos habidos de ese matrimonio a disolver se ofrece, tanto en una vía como en la otra, de modo que han de quedar protegidos debidamente todos los intereses en juego, con especial atención los de los menores, sometiéndose los acuerdos o convenciones de los cónyuges a un doble control: uno de legalidad y otro de justicia o equidad”*<sup>31</sup>

Con relación a las causales objetivas de divorcio, cabe destacar que en fecha 3/10/2008 se publicó en la Gaceta del Gobierno del Distrito Federal de México el llamado “divorcio unilateral o Express” que modifica de manera radical el régimen jurídico en la materia. De este modo, el art. 266 del Código Civil del Distrito federal reza en la actualidad el siguiente texto: *“El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges la aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial, manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio”*. En el derecho nacional, algunas voces doctrinarias también se refieren al plazo de un año pero no desde la celebración del matrimonio sino de la separación de hecho. Al respecto, Chechile propone reducir las causales de divorcio a una sola: la separación de hecho sin voluntad de unirse, cuyo plazo podría ser de dos años reducido a un año cuando el divorcio es peticionado por ambos cónyuges en forma conjunta<sup>32</sup>.

Focalizándose en el derecho comparado, también se podría preguntar si es necesario el paso de un tiempo mínimo para que los cónyuges soliciten de común acuerdo su divorcio, siendo que algunos países no establecen plazo alguno como Holanda que prevé el divorcio por consentimiento de ambos cónyuges sólo ante la constatación de la ruptura del matrimonio. Rusia también regula el divorcio por mutuo consentimiento sin la necesidad de que transcurra un plazo determinado o mínimo de celebrado el matrimonio. Japón prevé un divorcio por mutuo acuerdo y también regula el divorcio contencioso, al primero no le fija plazo alguno<sup>33</sup>. Un caso más complejo es el de Suecia que permite la obtención inmediata -o sea, sin plazo alguno- del divorcio por mutuo acuerdo, salvo en el supuesto de que haya hijos menores de 16 años, en este caso, es obligatorio pasar por un período de reflexión de 6 meses. Como cierre de esta perspectiva comparada que cruza el Atlántico, cabe señalar que los “Principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados” elaborados por la Comisión de Derecho Europeo de Familia (CEFL), dentro del Capítulo II destinado al “Divorcio por consentimiento mutuo”, el Principio 14 relativo al “Consentimiento mutuo” establece: *“(1) Se permite el divorcio en virtud del consentimiento de los esposos. No se exige ningún período de separación de hecho”*, agregando en el punto (2) que *“El consentimiento mutuo supone un acuerdo entre los esposos sobre el hecho de que su matrimonio debe disolverse”*. Por su parte, el Principio 15 sobre el “Período de reflexión”, afirma que *“(2) Si en el momento de iniciarse el procedimiento de divorcio, los esposos no tienen hijos de menos de 16 años y existe acuerdo respecto a todas las consecuencias del divorcio (...) no se requerirá ningún período de reflexión. Si no existe acuerdo respecto a todas las consecuencias del divorcio, el período de reflexión será de tres meses”*. De este modo, se puede concluir que este documento que fija o eleva al rango de “principios” ciertas máximas en la materia correspondiente al derecho europeo, está a favor -si bien ante supuestos un tanto estrictos como la edad de los hijos y la necesidad de que se arribe a un acuerdo sobre todas las cuestiones conexas al divorcio- de que los cónyuges peticionen en

forma conjunta el divorcio sin la necesidad de cumplir plazo de matrimonio o separación de hecho alguno <sup>34</sup>.

Más osado aún es el derecho nicaragüense que ya en 1988 dictó la ley 38 de disolución del matrimonio por voluntad de una de las partes, por lo cual se permite la petición unilateral de un cónyuge sin la exigencia previa del transcurso de un determinado lapso de tiempo.

En suma, la sociedad se ha complejizado, el concepto de familia se ha diversificado y pareciera que las formas de divorciarse también. Desde una mirada actual centrada de manera obligada en la doctrina internacional de los derechos humanos, debería preguntarse si es necesario esperar un determinado tiempo para divorciarse, como sí también, si el divorcio por petición conjunta es una cuestión litigiosa de por sí que ameritaría la intervención de la justicia o si, por el contrario, podría quedar fuera de esta órbita. ¿En aplicación del principio de autonomía de la voluntad no se le debería conceder a las partes la posibilidad de solicitar en forma conjunta su divorcio vincular sin la necesidad de que transcurra un plazo determinado, establecido de manera rígido y discrecional por la ley? De ser así, ¿cuál sería el papel que debería cumplir -si es que tendría alguno- el orden público?

## VII. Breves palabras de cierre

El sistema de divorcio sanción exacerba las tensiones, los odios y las broncas. El Derecho puede evitarlo, reafirmando y perfeccionando el sistema opuesto: el del divorcio remedio. ¿En qué sentido o cómo debería ser el régimen jurídico para cumplir esta finalidad? ¿Tendrían que eliminarse las causales culpables? ¿Cuál sería el aggiornamento normativo que debería sufrir el sistema vigente? ¿Habría que introducirse modificaciones tanto de fondo como de tipo procedimentales? ¿En qué dirección? ¿Sería posible una apertura tal que no se estipulara plazo alguno desde la celebración del matrimonio cuando se ponga de manifiesto una petición conjunta para la ruptura matrimonial?

En este contexto de cambio permanente al que invita el derecho y, en especial, el derecho de familia, es dable recordar las palabras de Moisset de Espanés al realizar un balance sobre las reformas al Código Civil introducidas por la ley 17.711 a diez años de este hito normativo. En esa oportunidad, este autor sostuvo que *“Se habían producido cambios sociales y también de tipo político; los maravillosos avances de la técnica, operados en la última centuria, se proyectaban sobre el entramado de la vida social, haciendo indispensable que las reglas que la rigen se adecuasen a las nuevas realidades; que por más visionario que hubiese sido el autor del Código Civil -que en verdad muchas veces tuvo una clara premonición de futuro-, no podían preverse con un siglo de antelación. La necesidad de remozar el Código Civil, era imperativa; y si Don Dalmacio Vélez Sársfield viviese aún hoy, creo que hubiese sido el primero en proclamar la necesidad de retocar su Código para ponerlo al día; porque Vélez jamás creyó que su obra fuera intangible y debiera permanecer inmutable por siglos; (...) Vélez era muy pragmático, y comprendía lo cambiante que es la realidad social y la necesidad de que esos cambios se reflejen en las leyes”* <sup>35</sup>.

Si Vélez Sársfield viviera hoy, a más de 40 años de la sanción de la ley 17.711, ¿cuáles habrían sido las propuestas de modificación al régimen jurídico del divorcio a los fines de mantener el perfil pragmático y realista que se describe?

A mi entender, y como punto de partida para responder este interrogante tratándose de un Estado democrático como el nuestro, se debería tomar como eje dos elementos centrales: el principio de libertad y la conceptualización actual y amplia sobre la familia. Sólo a través de este sendero se podría actualizar y modernizar el debate acerca del divorcio en el derecho argentino.

Esto no es otra cosa que preguntarse, una vez más, por la eterna tensión entre autonomía de la voluntad y orden público ante la ruptura conyugal, delimitación que deberá estar en consonancia con la obligada doctrina internacional de los derechos humanos (conf. art. 75 inciso 22 C.N.).

Espacios de debate, intercambio y reflexión crítica como han sido aquellos primeros Congresos Nacionales de Derecho Civil, son más que necesarios en un mundo tan dinámico, versátil y complejo, donde el derecho se encuentra en un constante “estado de interpelación”.

## NOTAS:

<sup>1</sup> *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial La Ley y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005, pág. 5.

<sup>2</sup> *Idem*, pág. 23.

<sup>3</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de Familia*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1998, t. 2, págs. 8 y 9.

<sup>4</sup> Este sistema de divorcio con los alcances de la separación personal, se mantuvo invariable hasta 1954 donde se sanciona la ley 14.394. Esta normativa permitió arribar al divorcio vincular (o sea, a obtener la ruptura del vínculo matrimonial) por vía de conversión. Esta posibilidad de alcanzar el divorcio vincular por conversión tuvo escasa vigencia. Es que el decreto-ley 4070 de 1965 decretó la suspensión de la norma transcrita hasta tanto se adoptara una ley integral sobre el tema, cuestión que ocurrió recién en 1987 con la sanción de la ley 23.515.

<sup>5</sup> Expresa el art. 213 del Código Civil que las causales de disolución del matrimonio son: a) la muerte de uno de los esposos (inc. 1); b) el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento (inc. 2) y c) la sentencia de divorcio vincular.

<sup>6</sup> Eduardo A. ZANNONI, *ob. cit.*, pág. 65.

<sup>7</sup> Tal como lo expresa el académico Luis MOISSET DE ESPANÉS, a la ley 17.711 se la conoce como la “reforma Borda”.

<sup>8</sup> Como lo expone Azpíri “*La rigidez del sistema de divorcio causado que mantenía la ley 2393 hizo que, en muchos casos en los que existía un verdadero acuerdo entre los esposos para separarse, éstos tuvieran que recurrir a la simulación de un procedimiento contencioso a fin de obtener la correspondiente sentencia*”. Y agrega: “*Todo el proyecto de ley se mantuvo en absoluta reserva sin efectuar consultas, salvo respecto de este tema que fue puesto en conocimiento del Episcopado argentino, el cual, como era de esperar, presentó objeciones, por cuanto se entendió que se facilitaba de una manera inadecuada la obtención de la separación personal y que era un paso hacia la implantación del divorcio vincular*” (Jorge O. AZPIRI, *Juicios de divorcio vincular y separación personal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, pág. 39).

<sup>9</sup> En el mensaje o nota de elevación del proyecto de ley que después se transformó en ley 17.711 firmada por el propio Borda y Etchebarne (h), se asevera que “*La reforma responde a un largo anhelo expresado a través de congresos, jornadas y publicaciones. Importa una puesta al día de nuestro derecho civil, al propio tiempo que respeta en lo esencial el Código de Vélez Sársfield, que lograra tan merecido prestigio. No sólo se procura adecuar el derecho civil a la época presente -que es, sin duda, lo sustancial- sino que se resuelven también numerosos problemas que habían dado lugar a polémicas e incertidumbres. El proyecto elevado a V.E. sólo difiere del elaborado por la comisión en lo que atañe a la redacción del art. 67 bis, que ha sufrido algunas modificaciones. Consideramos, presidente, que la reforma proyectada ha de tener positiva trascendencia en el progreso de nuestro derecho y en el perfeccionamiento de nuestras instituciones. Ello, así como la orientación general de la reforma, se destaca en la nota elevada por la comisión redactora al secretario de Estado de Justicia, que se acompaña como parte integrante del presente mensaje*”.

<sup>10</sup> *Idem*, pág. 11.

<sup>11</sup> Mauricio L. MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006, pág. 367.

<sup>12</sup> En este sentido, se puso de resalto que “*Hasta el rábula menos avisado advierte que la separación basada en confesión incontrolable por el Magistrado que la recibe, constituye una cobertura farisaica de la separación consensual. Hasta los legos en derecho hablan hoy del divorcio por mutuo consentimiento cuando aluden al art. 67 bis*”.

<sup>13</sup> Firmado por J. A. Jaureguiberry; A. G. Spota; D. Brodsky, M. F. Martínez, Francisco H. Ferrer, D. J. Basaldúa; L. A. Stivill; C. H. Vidal Taquini, H. D. Elena (h.); J. E. Casparius y M. N. Moisés.

<sup>14</sup> Defendido por J. I. Cafferata, F. Legón y D. Quevedo Paiva.

<sup>15</sup> Firmado por J. J. Llambías, P. J. Raffo Benegas; M. H. Castro Hernández; M. Loredo; R. A. Massot y León Feit.

<sup>16</sup> Firmado por N. J. Musto y C. A. Dansey.

<sup>17</sup> Jorge O. AZPIRI, *ob. cit.* pág. 40.

<sup>18</sup> Una síntesis sobre el desarrollo jurisprudencial en torno a la flexibilización procesal que observa la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse, puede verse en María Victoria FAMÁ, Marisa HERRERA y María BACIGALUPO DE GIRAR, *Compendios de Jurisprudencia. Matrimonio civil, divorcio vincular y uniones de hecho*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pág. 222 y ss.

<sup>19</sup> Cualesquiera sean las causales alegadas, por culpa o sin expresión de éstas, siendo que esta clasificación interna no es necesaria a los fines de observar la escasa cantidad de matrimonios que optan por peticionar su separación personal en vez del divorcio vincular. Incluso, en una investigación de campo que se está desarrollando en

la actualidad (proyecto titulado “El divorcio en la Argentina desde un enfoque sociojurídico. Prácticas sociales y judiciales”, D 601, dentro de la categoría “Jóvenes Investigadores” de la Programación Científica UBACYT 2008-2010) permite aseverar que la gran mayoría de situaciones en donde se peticiona la separación personal, lo es porque se carece del lapso temporal mínimo para solicitar el divorcio vincular, no por repudio o razones religiosas o morales. Esto significa que, en definitiva, el divorcio vincular es la figura que está detrás de la gran mayoría de los casos de ruptura conyugal.

<sup>20</sup> Se trata de un precedente dictado por el Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata en fecha 26/12/2006, donde se hizo lugar al pedido de los cónyuges de que no se celebre la segunda audiencia, es decir, que con la sola realización de la primera se pase a dictar sentencia. Comentando el fallo por Néstor Solari, éste afirmó que este precedente, sin rigorismos, hizo lugar a la autonomía de la voluntad de las partes al no verse lesionado derechos de orden público, sino evitar que se realice una audiencia, que en la realidad vivencial del matrimonio, ya no tiene otro sentido que el engorroso trámite de un procedimiento judicial (Trib. Familia, Mar del Plata, N° 2, 17/7/2006, “B., R.B. y L., M. A.”, comentado por Néstor E. SOLARI, “Desistimiento voluntario de los cónyuges a la segunda audiencia. El ámbito de la autonomía de la voluntad”, Revista de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2007-I, Buenos Aires, Lexis Nexis, pág. 114 y ss).

<sup>21</sup> Esta cuestión fue abordada en un fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 85 del 7/6/2006. En esta oportunidad se sostuvo que “Carece de lógica y, por ende, resulta contrario a la congruencia, así como también a la buena fe que debe regir los actos jurídicos el que el juez de la causa (a) reciba a las partes en la primera de las audiencias, (b) oiga las razones que motivan la petición, (c) las juzgue sólo internamente insuficientes -reservándose tal ponderación- como para justificar una sentencia favorable de divorcio; no obstante ello, (d) convoque a las partes a una nueva audiencia para ver si ha existido reconciliación y recién luego de ésta, (e) proceda a dictar sentencia fundándola en que en ocasión de recibir (más de dos meses atrás) a los esposos (a) observó que no había motivos para el divorcio, dictando recién entonces el rechazo de la demanda”. Agregándose: “Entiendo que lo lógico y leal de parte del juez en los contadísimos casos en los que pueda suceder que las partes no plantean motivos revestidos de entidad suficiente como para avalar su petición, el magistrado debe sin más trámite resolver la cuestión, rechazando la pretensión, evitando así la contradictoria e innecesaria demora que forzosamente se impone al supeditar la desestimación de la demanda a una inútil segunda audiencia que ha perdido razón de ser. Es que si el juez ya escuchó los motivos de las partes y los consideró insustanciales, ¿cuál es el sentido de convocarlos a una nueva audiencia? ¿de qué reconciliación podría hablarse en la segunda convocatoria si no han existido motivos para divorciarse? La cuestión no resiste mayor análisis” (Juzg. Nac., Civ., N° 85, “P., L. C. v. A., G.”, Citar Lexis N° 35010377).

<sup>22</sup> “Toda convención entre los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio, como toda renuncia del uno que resulte a favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor”.

<sup>23</sup> “Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes, podrá ser revocado, alterado o modificado”.

<sup>24</sup> Al respecto, cabe reiterar que ya en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en 1927, dentro del tema V referido a la “Disolución del matrimonio”, en el primer punto del segundo apartado se bregaba por flexibilizar el régimen patrimonial del matrimonio al expresar que “El régimen de la comunidad de los bienes del matrimonio debe subsistir, en sus líneas generales, aunque no como régimen único”.

<sup>25</sup> ¿Qué se entiende en “miras al divorcio”? Este sería el interrogante que cabe hacerse en la actualidad. Al respecto, en un caso reciente dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Provincia de Buenos Aires en fecha 4/12/2008, se revocó lo decidido en la instancia anterior y se hizo lugar al pedido de homologación de un acuerdo de adjudicación de bienes celebrado en el 2000 durante la separación de hecho de los cónyuges cuyo divorcio se decretó el 14/9/2004 (Cám. Civ. y Com. Azul, Sala 2ª, 4/12/2008, C. E. M, Citar Lexis N° 70051362).

<sup>26</sup> Eduardo A. ZANNONI, pág. cit. Págs. 133 y 135.

<sup>27</sup> Conf. Néstor E. SOLARI, “Supresión de la segunda audiencia en el divorcio por “presentación conjunta”, Revista La Ley, Suplemento Actualidad, 17/04/2007, pág. 1.

<sup>28</sup> Este proyecto presentado por el diputado Raúl P. Solanas, además, reduce el plazo para la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse. Como se expone en sus “Fundamentos”: “la reforma va en procura de apresurar los plazos tanto para la presentación de la solicitud de divorcio, en este caso acortando el tiempo en el cual los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse, como el trámite procesal mismo del divorcio (...)”.

<sup>29</sup> Presentado por un grupo de diputados integrado por Marcela V. Rodríguez, Claudia Gil Lozano, Juliana Di Tullio, Norma Morandini y Silvia Augsburger.

<sup>30</sup> Presentado por la diputada Marta Velarde.

<sup>31</sup> Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, “El divorcio por mutuo acuerdo ante notario en Cuba: mitos y tabúes”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, N° 35, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pág. 210.

<sup>32</sup> Ana María CHECHILE, *La separación de hecho entre cónyuges en el derecho civil argentino*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006, págs. 273 y 274.

<sup>33</sup> El art. 768 del Código Civil japonés es bien contundente y sintético: “Los cónyuges pueden divorciarse por mutuo consentimiento”.

<sup>34</sup> “Comisión de Derecho de Familia. Principios relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, N° 40, Abeledo-Perrot, 2008, pág. 299 y ss.

<sup>35</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, “Balance de las reformas introducidas al Código Civil por la ley 17.711 a los diez años de su vigencia”, Revista Notarial de Córdoba, N° 49, año 1985-1, pág. 21, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artbalancedelasreformasintroducidasalcodigocivil>



# LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES Y LOS ACTOS PARTITIVOS A PARTIR DE LA IGUALACIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES DE LA MUJER

por RUBÉN AUGUSTO LAMBER

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Contratación entre cónyuges. Distintos supuestos. A. Convenio sobre alimentos. B. Convenios partitivos. C. Negocios partitivos mixtos. D. Conclusiones sobre la prohibición de contratar entre cónyuges. E. los contratos permitidos o prohibidos y la ley 24.441. F. La partición por donación de ascendientes.

## I. Introducción

En el primer Congreso Nacional de Derecho Civil organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba entre el 21 y 26 de mayo de 1927, se trató en el Tema V sobre el Matrimonio, dividido en dos partes: a) Disolución y b) Régimen de Bienes.

En él se encuentra la problemática de una sociedad en crisis, cuyas instituciones jurídicas han sufrido el embate de la realidad, que pone a la familia en una situación de disolución frente a los valores tradicionales; con la mujer necesitada de salir a trabajar y dejar el solaz del hogar para enfrentar la cruda lucha de la subsistencia, el debilitamiento del arrobo materno con sus hijos, y el consiguiente cambio de roles en las tareas del hogar.

Pero también esa crisis fue el acopio de otros valores, como la participación conjunta de los padres en la educación y formación integral de sus hijos, la liberación de la mujer, sometida al poder despótico del marido, para buscar el equilibrio en el cogobierno familiar y la participación en la administración y disposición de los bienes.

La permanente evolución del derecho, es producto de esa realidad, recogida por aquellos visionarios esclarecidos que han sabido receptar lo positivo de los cambios para sentar las bases de la armonía y equilibrio en las relaciones familiares y sociales.

En el discurso inaugural señalaba Enrique Martínez Paz por la Comisión organizadora, entre otras palabras trascendentes *“Mi ardiente fe, sin embargo, en la ininterrumpible ley de la continuidad histórica, me impone crear la fórmula milagrosa, que ha de dictar el patriotismo iluminado, que sabe que el destino de la comunidad no se agota en el círculo de las realizaciones presentes, ni en la plenitud de los halagos o en el goce de los placeres de mundo, únicos motivos al parecer de los afanes del hombre contemporáneo, sino en una aspiración hacia la eternidad asegurada por la virtud del sacrificio, que va más allá de la vida, ligando el presente al pasado y proyectándolo sobre el porvenir”*.

Esta contribución tiene por objeto, dar una visión parcial en uno de los aspectos de la vida jurídica, de esa evolución positiva, y hacer el consabido homenaje a los precursores que estuvieron por encima de los intereses económicos y políticos, de los egoísmos de la vanidad, y del espíritu de frustración que habrán sentido, pero nunca influido en su pensamiento científico.

Desarrollamos a continuación lo que resulta de una evolución, en que la mujer era una verdadera incapaz jurídica, hasta esta realidad actual en que la libertad supera los temores de sometimiento y engaño, para tornar la familia en una fuente creadora de nuevos valores a la sombra del respeto mutuo y la solidaridad en una proyección hacia una sociedad mejor. El futuro es entonces, esa ligazón a que hacía referencia Martínez Paz, del pasado con el presente, que no se queda en el hoy, sino que está preparando un porvenir con la esperanza superadora de lo superior.

## II. Contratación entre cónyuges. Distintos supuestos

Quizá el principal elemento de análisis en la contratación entre cónyuges, será el que hace a la subsistencia del grupo familiar, y por ello, partimos desde la validez en un esquema de acuerdos para lograrlo, tal como están regulados ahora expresamente por el art. 236 de la ley 23.515.

Sin embargo, es necesario sentar los principios generales para el sustento de las principales conclusiones sobre la materia, a fin de aplicarlos a los distintos supuestos, que a través de las reformas en el régimen de bienes, evolucionan hacia un grado de mayor permisibilidad, al punto que se ha pasado de una incapacidad amplia de la mujer a la igualación de sus derechos con el hombre.

Ni en el peor momento de limitación jurídica a la capacidad de la mujer, se dictó una norma general de prohibición de contratar, siendo siempre el campo restrictivo de contratación, limitado por normas expresas como la del artículo 1358 que prohíbe celebrar compraventa entre los conyuges, aun cuando hubiese separación judicial de los bienes; la de donar, que alcanza no sólo al acto celebrado entre los esposos, sino también, por presunción legal, a los que un cónyuge haga a favor de los hijos de otro matrimonio de su cónyuge o de la persona de quien éste fuera heredero presunto al tiempo de la donación, como dice el art. 1807 inc. 1).

Otras normas se remiten a estos actos por el alcance dispositivo que representan, como la cesión onerosa, prohibida por la remisión del art. 1441 a las personas que no pueden celebrar compraventa o la permuta también reflejo de la compraventa por el 1490 o la cesión gratuita por su asimilación a la donación.

Y así, numerosas normas del Código Civil, prohíben celebrar ciertos contratos entre los cónyuges, que, sumado a la anterior incapacidad de la mujer, daba como resultado un cuadro general de incapacidad para contratar.

Pero se modifica la legislación; paulatinamente se va elevando el rol de la mujer, hasta lograr la equiparación total (leyes 11.357, 17.711, 23.515, 23.264 mediante) y el problema de la contratación entre cónyuges hay que replantearlo, porque ya no se trata de una incapaz que celebraba hipotéticamente un contrato con su representante legal, sino de dos personas igualmente capaces, que tienen la administración de sus bienes con algunas limitaciones en cuanto a algún acto de disposición, pero que apuntan más a la garantía de ciertos bienes del matrimonio y en favor de la seguridad de la familia, que por sus condiciones personales.

La figura de la mujer sometida y obligada a celebrar un acto no querido, está ya lejos de poder ser considerada como una pauta general. Por el contrario, la mayor capacitación, información sobre sus derechos y obligaciones, acceso a asesoramiento amplio y responsabilidades derivadas de la dirección conjunta de la familia, la pone en un absoluto nivel de igualdad, como para discutir cualquier cuestión de intereses comunes, sin dejarse someter por el temor reverencial o los sentimientos.

En todos los casos, si tales influencias pueden viciar un acto, tanto se da con relación a uno como al otro. Por ello, no negamos la limitación a la facultad de celebrar ciertos contratos, pero si invocamos una interpretación acorde a la legislación vigente y los tiempos que nos toca vivir, en los que limitar demasiado, parece ser contraproducente para el eficaz funcionamiento económico-social de la familia.

Los negocios llevados en común por los cónyuges, sea bajo una forma societaria admitida o simplemente de hecho, hablan de la necesidad de un campo contractual amplio, así como la actividad representativa de uno de los cónyuges con relación al otro, o el auxilio patrimonial al que debe seguirle la consiguiente garantía (constitución de hipotecas u otras garantías), como medios más eficaces para preservar y mantener la separación de los bienes de cada uno, y tantos contratos que la afinidad del matrimonio facilitaría, si no tuviera esa carga de sospecha de nulidad que muchas veces frustra la contratación conveniente.

La jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente sobre la validez de muchos contratos entre cónyuges, como el mutuo, la locación, el de sociedad, el de trabajo, la fianza, el depósito, etc. avalado justamente por la inexistencia de una prohibición legal.

Zannoni deja bien graficado el conflicto interpretativo cuando analiza el contrato de locación entre cónyuges, para unos prohibido por la extensión que la correspondería de la

prohibición de celebrar compraventa (art. 1358) ensamblado con el art. 1494 y para otros, permitido.

El argumento de los primeros resulta de un fallo que sostiene que el marido no puede, en principio, ser inquilino de la mujer <sup>1</sup>, a lo que responde Zannoni manifestando que ante el argumento de la incapacidad jurídica, la misma debe interpretarse restrictivamente: “*no hay incapacidades por vía analógica ni extensiva*”; cuando se refiere al precio de la locación, consentimiento y demás requisitos esenciales, resulta que estamos ante un presupuesto y no un requisito del acto, y que mientras la compraventa es un acto de disposición y requiere capacidad para ello, la locación exige capacidad de administrar (art. 1510), con lo que rechaza en forma terminante la prohibición de contratar locación, haciendo la salvedad que este criterio no es extensible al *leasing* por el efecto traslativo que en definitiva produce el uso de la opción <sup>2</sup>.

En términos generales se afianza la contratación entre cónyuges a partir de normas expresas, como en el caso de la ley 23515, cuando el art. 236, en los casos de separación personal o divorcio vincular por demanda conjunta (arts. 205 y 215 s/ley 23.515), autoriza los acuerdos contenidos en la demanda conjunta sobre diversos aspectos, que exceden en mucho el sólo campo patrimonial.

Esta significó un gran desarrollo al reconocimiento incipiente que diera la reforma de la ley 17.711 a la ley 2393 de matrimonio civil, cuando en un párrafo incluido en el agregado art. 67-bis que admitía el divorcio por demanda conjunta, incluyó la posibilidad de celebrar acuerdos en materia alimentaria: “... sea en el escrito inicial o en las audiencias posteriores, los cónyuges podrán dejar a salvo el derecho de uno de ellos a recibir alimentos”.

Dado que en este juicio, la declaración se hacía por culpa de ambos, salvo expreso reconocimiento de culpa de alguno de ellos, los cónyuges perdían el derecho alimentario que correspondía al cónyuge inocente. Para evitar esa pérdida, se permitía celebrar un acuerdo que dejara a salvo ese derecho. Independientemente de las discusiones suscitadas sobre que alimentos eran los dejados a salvo (los del cónyuge inocente o los de toda necesidad según los planteos de Goyena Copello y Llambías citados por Borda <sup>3</sup>, lo que importa es el reconocimiento legislativo a la celebración de los convenios, que ya se venían celebrando a pesar de las prohibiciones legales y que la ley 17.711 legitima en forma muy limitada. El avance de la permisividad en el ámbito contractual del matrimonio, se extiende notablemente ahora con el artículo 236 conforme a la reforma de la ley 23.515, excediendo largamente la materia alimentaria, para contemplar lo referido a tenencia y régimen de visitas de los hijos, la atribución del hogar, y en un apartado que abre la puerta a un contexto patrimonial mayor; se refiere a “*los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal*”.

Advertimos entonces que estos convenios son una forma más sencilla y económica para que los cónyuges separados de hecho y en trance de disolver el matrimonio, resuelvan sus enfrentamientos, dado que todo lo acordado, mientras no presente un desequilibrio manifiesto o un vicio del consentimiento que merezca el rechazo del juez, configurarán una solución directa y efectiva que evita conflictos a la justicia.

Y este reconocimiento, es producto de esa igualación de derechos del hombre y la mujer y de supresión de todo tipo de incapacidad de esta última, razón por la cual, también es válida durante el matrimonio, siempre que no caiga en una prohibición expresa. Recuérdese la importancia de los roles de los cónyuges. Y ello es producto de un acuerdo entre ambos. De la fijación de los roles, resultan ciertas formas de titularización de bienes en cabeza de uno de ellos, como gananciales, pero en su masa, porque quien gana dinero es quien puede comprar bienes, desconociéndose por el momento el derecho patrimonial de las tareas del hogar. Si celebran un acuerdo alternativo, sobre cambio de roles en forma periódica, de ningún modo podrá declararse su nulidad, porque es atribución exclusiva de los cónyuges acordar de común acuerdo el asiento del hogar conyugal, la educación de los hijos, la forma de asistencia y de trabajo.

En consecuencia, mucho es lo que ahora pueden acordar los cónyuges, y cada contrato deberá ser sometido a una doble interpretación: 1) si el que se analiza, está expresamente prohibido, o la prohibición resulta por extensión, en razón del alcance de su causa o de sus

efectos. 2) si viola la prohibición general de los artículos 1218 y 1219 modificando el régimen de los bienes, que es forzoso y de orden público, o si su ejecución permite afirmar aún más ese régimen.

Es el ejemplo del mutuo entre cónyuges. Si se prohibiera por entender que la falta de pago del cónyuge deudor al acreedor, produciría una merma patrimonial en la masa del otro, estaría desconociendo uno de los principios básicos del matrimonio, cual es el de la recíproca asistencia que se deben. Si se admite su validez -como lo hizo la doctrina y jurisprudencia cuando le tocó pronunciarse- es lógico deducir que también es válida la hipoteca que un cónyuge constituye a favor del otro, como es válida la hipoteca en garantía de un convenio de alimentos o cualquier otra obligación que no afecta el régimen de bienes, sino por el contrario, lo afirma.

Es por ello, que pusimos especial énfasis en señalar la importancia de establecer las pautas interpretativas, porque no deben confundirse normas expresas de un Código sancionado en el siglo XIX, dentro de un espectro totalmente distinto al actual, con aplicaciones que incluso tienen contractualmente un contexto amplificado y hasta sustraído de la propia raíz romanista, como son las nuevas normas sobre fideicomiso o leasing, de fuente sajona, aunque adaptados a nuestra realidad. (ley 24.441).

#### A. Convenio sobre alimentos

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza jurídica de los “alimentos” originados en un convenio como los que ahora autoriza el art. 236 s/ley 23.515, y antes, en forma más limitada y a través de la reserva expresa, según el art. 67 bis de la ley 2393.

Derogada ésta, queda lo dicho sobre ella y la mayor amplitud del 236.

Algunos autores han sostenido que tales “alimentos”, con causa en la libre expresión de la voluntad de los cónyuges, son de **fuerza contractual** (Llambías, Belluscio, etc.), lo que no significa congelar el monto a lo resuelto en el acuerdo, por cuanto, “*por tratarse de una deuda de valor...su importe debe ajustarse a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, procediendo la indexación de dicho importe. Asimismo, corresponde el aumento de la pensión si correlativamente se hubiesen intensificado las necesidades del cónyuge alimentario, con tal que el alimentante hubiera mejorado en igual proporción sus ingresos. No corresponde el aumento de la pensión convenida, sólo en función de la mejoría de fortuna del alimentante*”<sup>4</sup>.

El convenio de alimentos, tiene un ámbito de aplicación acorde con la materia tratada, que salta de la fría especulación aritmética, y se aproxima al realismo jurídico. Por ello se ha dicho que “*La cuota de alimentos fijada por convenio puede modificarse cuando cambian las circunstancias que entonces se tuvieron en mira, por existir hechos concretos determinantes de un cambio sustancial experimentado por las partes*”<sup>5</sup>. Esta es la importancia que daba Llambías a la fuerza contractual, partiendo de toda pauta que determine un inconveniente al cumplimiento del fin de la pensión, sea por condiciones inflacionarias, reconocidas o no por el Estado, o por cambio de situaciones personales del alimentante o del alimentado, cualesquiera sea el factor subjetivo u objetivo definitivo, y que sólo las partes pueden conocer en profundidad.

Otros, rechazando la fuerza contractual, sostienen que el convenio queda sujeto a la **regulación legal**, y por tanto, ésta es su fuente.

Lo único que hace al convenio, para éstos, es establecer las formas de cumplimiento, extensión, etc. En lo que se ponen de acuerdo los esposos en los alimentos de los arts. 209 y 236, no es en un contrato o en una convención, sino que simplemente reglan la extensión y desenvolvimiento del deber de asistencia del cual forma parte ineludible la prestación alimentaria, dice López Del Carril<sup>6</sup>.

Luego, la fuente de estos alimentos, es LEGAL. Dentro de esta postura están quienes entienden que siendo LEGAL, se refiere sólo a los “*alimentos de toda necesidad*” (antes art. 80 ley 2393 y ahora art. 209 ley 23.515), como lo dice el citado López Del Carril, mientras que otros parten de un criterio más amplio, tal como es el de los alimentos del “*cónyuge inocente*” (antes art. 79 ley 2393 y ahora art. 207 ley 23.515). Estas interpretaciones nos hacen preguntarnos

sobre el alcance del convenio, porque siendo de toda necesidad, corresponden incluso a favor del cónyuge culpable de la separación, si se dieran las pautas de su procedencia y posibilidad del alimentante.

En cambio, si fueran los del 207, sólo beneficiaría al cónyuge inocente. Es que tal derecho, de fuente legal, decae con la declaración de culpabilidad. Por tanto, si subsiste el convenio no es por obra de la fuente que ha caído, sino del acuerdo. Así resulta de un fallo: *“Producida la separación personal por presentación conjunta, -arts. 205 y 236, Cód. Civil- caduca el derecho de los cónyuges al reclamo de alimentos en función del art. 207 del mismo Código. Tal aserto es válido, sea que se considere que en tal supuesto medie culpa de ambos cónyuges o se presuma su inocencia recíproca; en el primer caso, no puede invocar el art. 207 quien también dio causa a la separación; en el segundo ese artículo queda excluido, por cuanto este requiere que a quien se le reclama alimentos haya dado causa a la separación.*

*En la hipótesis definida en el primer caso sólo subsisten como fundamentos del reclamo alimentario el acuerdo previsto por el art. 236 del Cód. Civil o los alimentos de extrema necesidad autorizados por el art. 209 del mismo cuerpo legal”*<sup>7</sup>.

El mismo tribunal ratificó esta postura a favor de la vigencia de los convenios y su desvinculación de la fuente legal: *“De ninguna manera expresa de la ley 23515...se desprende que del divorcio vincular sobreviniente al divorcio del art. 67 bis de la ley 2393... o a la separación personal del art. 205 del Cód. Civil, produzca automáticamente la caducidad o resolución o cesación o finalización de los convenios alimentarios sin límite de tiempo- que se hayan formalizado en oportunidad de tramitarse aquellos. Por el contrario toda vez que el art. 215 del Cód. Civil se remite al 236 del mismo, en el que expresamente se prevén entre otros convenios, el de alimentos, cabe concluir que el divorcio vincular por conversión preexistente fundado en el art. 67 bis. de la ley 2393, no supone óbice alguno para la subsistencia y/o vigencia del acuerdo alimentario celebrado en oportunidad del primer divorcio”*<sup>8</sup>.

De estos fallos se aprecia una notoria desvinculación del fundamento legal de los “alimentos” resultantes del convenio, y la fuerza autónoma de estos, no sin por ello, considerar que los mismos pudieran tener un efecto violatorio de la norma.

En tal sentido se ha dicho que *“La convención alimentaria que infrinja las prohibiciones que la ley señala con el propósito de proteger el derecho alimentario esta viciada de nulidad absoluta (art. 1047 Cód. Civil), como toda transgresión a leyes imperativas”*<sup>9</sup>.

Gustavo A. Bossert ha dicho que es necesario distinguir en esta cuestión sobre la naturaleza de los alimentos emanados de “convenios”, el medio utilizado del contenido del acuerdo.

*“El medio es, sin duda, convencional. Podrían las partes no acordar los alimentos o la reserva de alimentos, en cuyo caso el régimen legal no autoriza a reclamar sino los de toda necesidad previstos en el art. 209”*<sup>10</sup>.

Resulta así la independencia del “acuerdo” con relación a los alimentos de toda necesidad, que regulan situaciones específicas. Por ello señalaba Bossert que *“Cualquiera que sean los términos en que el convenio se haya hecho, incluyendo o no el monto de la cuota, siempre equivale a sustraer al beneficiario de los alimentos pactados del régimen excepcional de los arts. 209 y 217; de manera que no podría el alimentante obligado por convenio pedir la cesación de los alimentos pactados, tras el dictado de la sentencia, invocando lo dispuesto en dichas normas y su carácter restrictivo”*<sup>11</sup>.

Eduardo Zannoni, por su parte, afirmaba que si bien no se desconoce el carácter imperativo del régimen legal, no por ello puede desconocerse el carácter convencional del acuerdo, lo que hace difícil pronunciarse sobre el carácter legal o convencional fuera de cada caso particular en que se analizan las declaraciones de voluntad en toda su extensión.

Refiriéndose a la ley 2393 entonces vigente decía: *“A nuestro juicio resulta imposible dar una respuesta única. No debe olvidarse, como hemos dicho, que el acuerdo sobre los alimentos tiene por efecto primordial SUSTITUIR el régimen legal de los arts. 79 y 80 de la ley 2393, por el que emerge del convenio. Tal es la directiva conceptual que debe prevalecer. Siendo ello así, la respuesta... merece consideración en cada caso”*<sup>12</sup>.

El efecto inmediato de la cuestión está en la posibilidad de cumplir el convenio a rajatabla. Si es convencional, según lo pactado. Si es legal, conforme a lo que resulta de las normas vigentes. Pero entre ambas, con el interrogante sobre la admisibilidad de la modificación de la cuota por cambio de condiciones o necesidades de las partes, sea por aumento o disminución de la cuota o la cesación de la misma del derecho.

De la interpretación de Zannoni, parece desprenderse que si bien el convenio debe cumplirse, depende de las cláusulas del acuerdo, como cuando se previeron expresamente índices de actualización o supuestos de ajustes o cuotas extraordinarias, o por el contrario, cuando se pactó que la cuota sería inmodificable o que se cumplirá por un plazo determinado o sujeto a cierta condición. En tales casos, las cláusulas funcionarán como cualquier contrato, salvo la aplicación del derecho alimentario de toda necesidad, cuando el convenio ya hubiera cesado, por cuanto este no resulta condicionado a la inocencia del que lo reclama.

El cumplimiento del convenio, no exime la consideración de sus efectos. No se trata de cualquier convenio, sino de uno que tiene como base un régimen imperativo en protección del alimentado, y allí es donde tiene predominancia el régimen legal.

Si la cuota no cumple la función fijada al momento de acordarla, la ley quedaría burlada. Por ello la jurisprudencia se pronunció: *“La cuestión alimentaria evoluciona al -margen de los avatares de la economía- en función del crecimiento de los hijos y la aparición de necesidades nuevas, derivadas de su escolaridad, vida de relación, intensificación de sus actividades recreativas, etc. En suma, se requiere una adecuación cuando por circunstancias personales o ajenas al beneficiario, la cuota no responda a sus apremios”*<sup>13</sup>.

Y cuando se trata de procesos inflacionarios, tampoco puede desconocerse la particularidad y fines de este derecho, sin por ello, aceptar la violación a leyes generales de contenido económico. Por ello se ha dicho en algún momento de nuestra evolución económica que *“El ritmo inflacionario no se ha detenido en términos absolutos en los últimos meses, pero esta circunstancia no conduce necesariamente a negar la existencia del impedimento legal consagrado por los arts. 7 y 8 de la ley 23928-de orden público (art. 13)-... sino a volver al sistema previsto por el art. 650 del Código Procesal, mediante el mecanismo del aumento de cuota, en los supuestos de probarse el incremento de las necesidades reales de los beneficiarios, modificación de las circunstancias que fundaron la fijación de la pensión anterior o mejoramiento del nivel económico del alimentante.... La cuota alimentaria eventualmente irá evolucionando al margen de los avatares de la economía, cuando por circunstancias personales o ajenas al beneficiario, la cuota no responda a sus apremios, o cuando se prueba el mejoramiento de las condiciones económicas del obligado y su nivel de ingresos, criterio que más se adecua a un sistema de estabilidad monetaria como el que se procura”*<sup>14</sup>.

Es evidente que estos casos hay que tratarlos en particular, porque la necesidad del que pide, puede estar directamente relacionada con ciertas variables económicas, que, aunque sean síntomas de estabilidad, no por ello dejan de causar un efecto pernicioso, como la reducción de horas de trabajo o la pérdida misma de la fuente productiva.

Lo que ha tratado de señalar la jurisprudencia, es la inconveniencia de aplicar índices supuestos que podrían distorsionar la realidad tanto como el desconocimiento de la necesidad de ajuste en ciertos casos. Por ello se ha dicho que *“No es admisible la indexación automática de la cuota alimentaria con posterioridad al 1 / 4 / 91 en función de los normado por los arts. 7, 8 y 10 de la ley 23928... Por ello, si bien el ritmo inflacionario no se ha detenido en términos absolutos, tal circunstancia no autoriza a negar la existencia del impedimento legal, sino a volver al sistema previsto por el art. 650 del Cód. Procesal, mediante el mecanismo del incidente de aumento de la cuota alimentaria”*<sup>15</sup>.

De los fallos parece desprenderse entonces la razonabilidad de respetar la ley económica que rechaza un sistema de actualización automática, sin perjuicio de la posibilidad de hacer el ajuste conforme a las pautas en materia alimentaria, ante el órgano jurisdiccional respectivo.

No hay contrato prohibido para quien busca cumplir la ley y asegurar efectos imperativos y de orden público, como no hay convenio válido, cuando bajo la forma encubierta de un acuerdo

alimentario se pretende hacer un traspaso de bienes prohibido o cambiar el régimen de la misma con el fin de dar a alguno, lo que la ley no admite.

### *B. Convenios partitivos*

Entre los convenios que autoriza el art. 236 de la ley 23.515, se encuentran los de carácter partitivo, encaminados a distribuir los bienes en el proceso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Pero estos convenios exceden el marco del 236, porque pueden no haberse celebrado durante su vigencia o en el proceso de disolución, y hacerlo -como ocurre frecuentemente- cuando la misma ya se ha disuelto, con la diferencia en este caso, que los cónyuges han recuperado para algunos la capacidad plena, sea separación personal o divorcio vincular, y para otros sólo se alcanza la plenitud en el último caso, porque la separación personal no disuelve el vínculo y por tanto, subsistirían las incompatibilidades.

El tema asimismo está conectado con actos que se celebran durante la plena vigencia del matrimonio y que tienen por objeto preservar los bienes al momento de la disolución, como la reserva de usufructo o derecho de habitación en favor del cónyuge no titular o contratos que tengan por fin el cumplimiento del derecho alimentario de los cónyuges en contraposición con incompatibilidades formales que determinarían su nulidad.

Por ello vamos a referirnos primero a ciertos acuerdos partitivos, sea para su presentación conjunta en la demanda de divorcio o los que se celebren en forma definitiva una vez disuelto el vínculo y luego a los casos de conflictos de ciertos contratos que se ejecutan durante la vigencia del matrimonio. Para ello tomamos partido desde ya por quienes sostienen la amplia libertad de contratación a partir, tanto de la sentencia de divorcio vincular como de separación personal, sin distinciones.

Así lo sostiene Zannoni, luego de plantear las dos posturas interpretativas del art. 1358 (“*el contrato de compraventa no puede tener lugar entre marido y mujer aunque hubiese separación judicial de ellos*”), entiendo que la separación judicial no está referida en el actual contexto a la separación personal, sino a la mera separación de bienes del art. 1294 donde el matrimonio subsiste, aunque no el régimen de comunidad<sup>16</sup>.

En el trabajo que mereciera el premio de las XXVIII Jornadas Bonaerenses celebradas en Mar del Plata del 20 al 23 de junio de 1991, se distinguió claramente la imposibilidad de obtener la separación personal o el divorcio vincular sin producir la liquidación de los bienes del matrimonio, a diferencia del viejo Código de Vélez Sársfield que permitía al cónyuge inocente oponerse a la separación de bienes. En consecuencia “*quien está divorciado también está separado de bienes, pero estas expresiones no son sinónimas y puede existir un separado de bienes sin estar divorciado*”<sup>17</sup>.

Se parte así del criterio restrictivo de las prohibiciones para contratar, la principal de ellas resultante del art. 1358, pero no por el daño que pudiera causar a los bienes del matrimonio una venta entre cónyuges, que si fuera real, de hecho no modificaría su estructura, porque a cambio de la cosa se ingresaría el precio, sino por el traspaso gratuito de bienes y el consiguiente daño de terceros.

Pero disuelto el matrimonio, sea por separación personal o divorcio vincular, el propio art. 236 admite los convenios para liquidar los bienes en ambos casos.

El problema entonces queda reducido, -cuando el 1358 se refiere a la prohibición de contratar cuando hubiera separación judicial-, al único caso de separación de bienes, sin separación personal o divorcio vincular, tal como resulta del art. 1294 para el caso de mala administración de uno, concurso o abandono de la convivencia.

Por su parte, Fassi-Bossert coinciden con la interpretación restrictiva, acorde con la naturaleza de las incapacidades, que no se deben extender más que a lo indicado, señalando la razonabilidad de la prohibición para el caso del 1294, por cuanto en este régimen, “*los cónyuges tienen separados sus bienes, pero continúan unidos por algo sumamente más importante como*

*es la unión personal*”, y agregan que el artículo no incluye supuestos distintos a la separación judicial de los bienes, en especial “*no incluye una aclaración respecto a un supuesto distinto, como es el del divorcio*”<sup>18</sup>.

La ley 23.515 no puede hacer variar esta interpretación, dada a la luz de supuestos que no contemplaban el divorcio vincular, y por otra parte, no se ha dictado ninguna disposición en contrario. Por tanto, una vez dictada la sentencia de separación personal o divorcio vincular, desaparecen las prohibiciones de celebrar compraventa entre cónyuges, al igual que las demás limitaciones a la contratación.

Los puntos fundamentales de interés social, son los vinculados con la vivienda, a los que se refieren normas expresas como el 211, estableciendo excepciones como aquella que impide partir a pesar de la disolución, rompiendo con la norma general en materia de partición de herencias, a las que se remite el art. 1313 del Código Civil, y más excepcional aun el derecho de incluir en esa restricción un bien propio del otro cónyuge, que en verdad no integrará la cuenta particionaria, pero que por su destino y las particularidades del ocupante del bien y su situación personal, le dan derecho a ello hasta que el juez considere superado el trance.

La vivienda es entonces factor preponderante en estos acuerdos, lo que no descarta la importancia que tienen con respecto a otros bienes, y entre ellos el derecho de recompensa que podrá ejercerse en esa instancia, las compensaciones y las recíprocas concesiones, incluyendo todo tipo de negocios mixtos de naturaleza partitiva, cuyo fin esencial es justamente la liquidación de ese patrimonio dividido en masas separadas, pero gananciales al fin y por tanto, componentes de un conjunto que concluye con la disolución del vínculo.

Estos acuerdos, si son presentados con la demanda conjunta, quedarán supeditados a la “objeción judicial” cuando “*afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos*”, como dice el cuarto párrafo del art. 236. Pero si el juez no los observare, los mismos alcanzan plena vigencia, estén o no expresamente homologados, porque como dijimos en una consulta que relacionaremos más adelante, no es la homologación judicial expresa lo que exige la ley, sino la convalidación que da el juez tomando conocimiento de la existencia del convenio sin objeciones.

Estos acuerdos, o los que celebren los ex cónyuges a partir de la disolución del matrimonio, seguirán en líneas generales las reglas de la partición de herencia, por remisión del art. 1313, y como tal, podrán celebrarse judicialmente, en juicio de partición de los bienes del matrimonio disuelto, o extrajudicialmente, conforme a las reglas del 3462, cuando estuvieren presentes y fueren capaces, en cuyo caso se deberá recurrir a la forma de la escritura pública (art. 1184 inc. 2°), salvo que el instrumento privado que contenga la partición extrajudicial, como dice esta última norma, se presente al juez no ya de la sucesión, porque no es el caso, sino del que interviniera en la disolución del matrimonio.

La rica problemática jurídica que presentan estos negocios, lleva muchas veces a confusiones que complican la interpretación del propio tribunal, porque, en tren de hacer arreglos, en la lucha de intereses personales, presiones y disputas que engendran la tenencia de los hijos, la carga alimentaria o la adjudicación, se trata de transarlo dejando ciertos bienes sobre los que no hay acuerdo, a favor de los hijos menores. Y no se advierte en estos casos que si no se documenta bien, en verdad se está encubriendo una donación en un acuerdo partitivo, omitiendo los requisitos de forma y de fondo de este contrato, con la consiguiente nulidad futura y la partición carece de contenido.

Aclaremos que cuando se parte en una herencia, se trata de un acto de extinción de la comunidad hereditaria, porque por él se adjudican ciertos bienes a uno o unos herederos y el resto a otros, buscando el equilibrio de las cuentas y la preferencia de la adjudicación en valores. Todos son dueños por el carácter de su título de herederos en los bienes que componen la masa.

En la disolución del matrimonio, la ganancialidad dividida en masas durante su vigencia, se convierte en un estado de indivisión post-comunitaria, porque se actualiza el derecho que ambos cónyuges tienen sobre los gananciales, con independencia de las titularidades que antes tenían. Por tanto, como en la herencia, la partición es un acto celebrado por los titulares que transforman un derecho compartido, (llámese comunidad, condominio, indivisión, etc.), por un



derecho exclusivo de propiedad sobre los bienes, salvo que acordaran adjudicarlos en condominio, raro pero posible, como consecuencia del negocio partitivo si así lo desean.

Pero lo normal es adjudicar en propiedad exclusiva los bienes, porque es la forma de terminar con la comunidad, que es el objeto de la partición. Lo que no es compatible con ella, es adjudicar a un extraño, como son los hijos, por más que sean de los que parten y que estén bajo su patria potestad.

Si el convenio dice que el bien es ganancial, sea de la masa de uno o del otro, será adjudicado a uno o a todos los hijos, lo que en verdad se está haciendo no es un convenio de partición, sino una donación.

Hay una notoria transmisión de dominio de un bien en comunidad, a un tercero como es el o los hijos, y toda transmisión tiene que tener una causa. Por ello decimos que hay una donación, única figura posible en principio, porque los padres no podrán vender bienes a los hijos menores y si fueran mayores y existiera tal precio, deberían previamente adjudicarlo a alguno o en condominio entre ambos para después venderlo, no siendo posible saltar la partición y encubrir ésta en la venta (aunque fuera a favor de un tercero), porque desnaturaliza el negocio.

Una cosa es vender para partir el dinero y otra muy distinta hacerlo sin aclarar cuál es el destino del precio, porque entonces no hay partición. Decimos entonces que tratándose de hijos menores y bajo la patria potestad de las partes del negocio partitivo, es factible hacer una donación, previa adjudicación, pero cumpliendo con las formas del acto, tal como resulta del 1810 del Código Civil, que exige la escritura pública cuando se trate de inmuebles y con la debida invocación de la actuación para aceptar los padres en ejercicio conjunto la donación que hacen conforme a la facultad del 1805, cuando expresa que los padres pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquier edad que estos sean, lo que incluye a los menores, y entonces habrá que ver si la donación es lisa y llana, sin cargos ni condiciones ni remuneratoria que -según su magnitud- transforman lo gratuito, gradualmente en oneroso, tal como resulta de los arts. 1827/28 del Código Civil.

En tal caso, la calidad de menores, implica la aplicación de las restricciones a la contratación con los hijos, sin la debida autorización judicial, tal como lo dispone el art. 297 del CC. Lejos estamos entonces de la partición, cuyas partes son únicamente los titulares de las porciones indivisa, y nada tienen que ver los destinatarios de esos bienes a partir de ella. Ni tiene que ver tampoco el tema de la partición que hacen los padres de los bienes que reciben sus hijos bajo patria potestad de otras sucesiones, aun cuando fuera el otro progenitor fallecido, por cuanto en este caso, el matrimonio se ha disuelto por muerte, y la liquidación de los bienes se produce por la concurrencia de la indivisión post comunitaria con la comunidad hereditaria.

Por tanto, las adjudicaciones a terceros, aun cuando fueran los propios hijos menores, nada tienen que ver con el negocio partitivo, y la falta de cumplimiento de requisitos esenciales del acto, determina su total nulidad si no se cumplen las reglas de forma y de fondo para el acto que pretende documentar como destino final de los bienes.

### *C. Negocios partitivos mixtos*

Otros negocios pueden permitir el acceso a la partición, como cuando no habiendo acuerdo, resuelven la venta de un inmueble, o uno le compra la parte al otro, o hace una permuta con otros bienes o con otros créditos o deudas.

La formación de la masa a partir, no impide que se alleguen otros bienes propios de cualquiera de las partes, para compensar cuentas, pero en este caso el bien extraño a la masa, se transmite, sin por ello perder la esencia el negocio partitivo global que puede incluir compensaciones en dinero y hasta donaciones.

Así lo ha dicho la jurisprudencia: *“Nada impide que con las formas de la partición se acuerde entre los herederos un “negocio mixto”, por el cual se atribuyen derechos o bienes que*

*exceden estrictamente el acto de asignación que aquella importa. La partición así cumplida, pese a combinar diferentes negocios jurídicos, constituye una unidad negocial que, al derivarse de una relación sucesoria única, determina que en lo sucesivo los distintos aspectos del negocio mixto no sean separables”*<sup>19</sup>.

En otro fallo se estableció: *“La partición en la que se combinan diferentes negocios jurídicos constituye una unidad negocial que sintetiza un conjunto de causas, en abstracto individuales; y como esa unidad negocial deriva de una relación sucesoria única, ocurre que en lo sucesivo los distintos aspectos del negocio mixto no serán separables, de manera que la relación sucesoria única, queda sujeta a la garantía de evicción entre coherederos, que establece el C.C. art. 3505”*<sup>20</sup>.

Estas normas del derecho sucesorio, aplicables a la liquidación de los bienes del matrimonio, permiten ejecutarla sea por partición privada o judicial. La primera tiene amplia libertad en cuanto a las modalidades para acceder a las adjudicaciones, a fin con esos negocios mixtos de que hablaban los fallos transcritos y que dejan de lado incluso, normas esenciales para la partición, cuando es judicial.

Zannoni expresaba: *“... se ha considerado que la partición no altera los principios que rigen la partición hereditaria por el hecho de que en ella se asignen a los bienes valores distintos de los que le han atribuido en la tasación; tampoco se encontraría afectada por la desigualdad de los lotes, aun cuando algunos de ellos no alcanzara a cubrir la legítima del adjudicatario; o porque se adjudiquen a un heredero las sumas que fueron adelantadas después del fallecimiento del causante, etc.*

*Del mismo modo, la unanimidad de los herederos puede disponer la venta de algunos o de todos los bienes de la sucesión a efectos de distribuir su producido; hacer efectiva la colación que cualquiera de ellos debiese a los demás, imputándose en su hijuela los valores donados en vida por el causante; determinar los valores con que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3477, deberán atender las deudas y cargas, etcétera”*<sup>21</sup>.

La libertad de la partición extrajudicial por extinción de la comunidad hereditaria, aplicables a nuestro caso, nos permite asimilar modalidades contractuales acordes con ella.

Ponemos como ejemplo clásico el del único bien, la vivienda asiento del hogar conyugal, adquirido por un cónyuge, pero que se le adjudica al otro en el todo y a cambio no se hace compensación dineraria alguna.

Podría tratarse de una donación de la parte de uno a favor del otro, pero en esencia, no es lo normal. Lo que ocurre en estos casos, es que se hacen reconocimientos difíciles de comprobar por las particularidades de la comunidad de vida, o por la propia naturaleza del sistema, como cuando planteamos la falta de reconocimiento del valor económico de quien desarrolla las tareas del hogar, o a título indemnizatorio, como un reconocimiento del daño moral ocasionado por la ruptura del vínculo.

No hay entonces una verdadera donación, sino una compensación, pero en esencia, eso no importa para el negocio partitivo, porque los cónyuges, siendo capaces como lo son, y no sujetos ya a ninguna restricción en su facultad de contratar, pueden configurarlo como mejor convengan, y no por ello transforman el acto en donación, venta, permuta, etc., tal como resulta de los fallos que en forma generalizada reconocen la practicidad de los negocios mixtos, alguno de los cuales, citamos antes.

Es así, como en la Sesión Académica del 13/11/95 de la Academia Nacional del Notariado, se preguntaba el Dr. Carlos Nicolás Gattari, (Acta 165 de la hoy Academia Nacional del Notariado) si *“¿es observable la adjudicación de la totalidad de los gananciales, por liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio, hecha a uno sólo de los cónyuges, sin compensación alguna?...Gattari ensaya su respuesta advirtiendo que en el propio régimen de bienes del matrimonio hay una desconexión entre las normas referidas a la disolución del matrimonio por las diversas causales de separación personal o divorcio vincular (arts. 201 a 239) y las de disolución y liquidación de la sociedad conyugal (1291 y ss. del C.C.).*

Mientras en el primer grupo de normas se atiende a las conductas, en el segundo se refiere a los bienes. Al llegar al art. 1315 que establece la división por mitades entre el marido y la mujer, se pregunta:

¿No era que las conductas determinaban ciertas cargas para quien causara la separación personal o el divorcio? ¿Cómo es posible entonces adjudicar por igual los bienes al culpable y a quien no lo es?

Y citando a Guastavino, concluía que el art. 1315 sólo se aplica para el caso de muerte.

*“Cuando hubiere disolución de la sociedad conyugal por separación personal o divorcio” - continuaba Gattari- “no es admisible un trato igualitario a méritos desiguales ni la división por mitades, sin atender a la culpa”*

De otro lado, el 1299 expresa que cada cónyuge recibirá sus bienes propios y los que por gananciales le correspondan; asimismo el 236 dice que las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal.

Adviértase que al no hablarse de mitades, la partición no debe efectuarse invariablemente de tal modo.

Por ello, disuelta la sociedad conyugal los convenios que libremente pacten las partes son válidos y pueden celebrar la adjudicación de lotes desiguales con o sin compensaciones por diferencias de valores <sup>22</sup>.

*“Las compensaciones pueden ser con otros bienes, incluso propio o en dinero...”*.

Lo expuesto es concordante con la teoría de la libertad de la partición extrajudicial y los negocios mixtos, justificando y admitiendo la validez de estos acuerdos.

Distinto es el caso de la partición que se hace en instancia judicial, donde el perito partidor debe tomar conocimiento de los valores de la masa, formar la cuenta particionaria demostrando el equilibrio de las cuentas y obteniendo la aprobación judicial.

Pero ello es así cuando no hay acuerdo entre las partes y el equilibrio debe resultar de la actuación del juez y de todo el sistema procesal destinado a cumplir un fin legal, lo que no debe llevarnos a confundir el convenio contenido en la demanda conjunta, con la partición judicial, porque esta última se rige por las reglas diferenciadas, tanto para la formación de la masa mediante el inventario y avalúo por peritos al efecto, como la formación de las hijuelas por el perito partidor cumpliendo las reglas del derecho de forma y de fondo. Como dice Zannoni, *“Las normas aplicables a este tipo de operaciones están contenidas, en lo fundamental, en el Cód. Civ., reglamentadas en el contexto del trámite sucesorio por los Códigos de Procedimientos”* <sup>23</sup>.

Quedan así perfectamente diferenciadas las distintas formas de partir los bienes por disolución de la sociedad conyugal, con la misma legitimidad, pero con modalidades y requisitos diversos.

La partición judicial por un lado, de la que el Juzgado actuante expedirá el testimonio con las hijuelas y oficios para su inscripción, o los testimonios de los convenios presentados conforme al art. 236 sin observaciones de las partes ni del juez en autos, o de los convenios extrajudiciales presentados por las partes para su homologación, para legitimar los mismos en instancia judicial, o los convenios partitivos celebrados por los ex -cónyuges después de dictada la sentencia de separación personal o divorcio vincular, celebrados en escritura pública, fuera del proceso judicial, y presentados para su inscripción con relación a los bienes registrales.

Al respecto cabe hacer notar que en algún momento, los Registros de la Propiedad Inmueble confundieron estas modalidades, y pedían la homologación aun cuando se tratara de particiones privadas, error que fue luego corregido en mérito a la clara redacción del art. 3462 del Código Civil, dictándose disposiciones reglamentarias, que dieron correcta acogida a estos actos, según su naturaleza.

Así fue como el art. 108 del decreto 2080/80, reglamentario de la ley 17801 para la Capital Federal, junto con la Orden de Servicio número 20, dispusieron la admisibilidad de la escritura partitiva sin necesidad de cumplir con homologaciones o autorizaciones judiciales de ningún tipo.

En igual forma el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, por la Disposición Registral N° 4/83, reglamentó la inscripción de estas adjudicaciones:

*“Art. 1º: Cuando en sede registral se proceda a calificar la documentación por la que se adjudiquen los bienes inmuebles o derechos reales de la sociedad conyugal disuelta por divorcio, se aplicarán las siguientes normas de interpretación:*

*B) Si el acto se verifica en expediente judicial, la documentación que se presente deberá contener: a) La sentencia que haya dispuesto el divorcio, con la constancia que se encuentra consentida., b) El convenio de adjudicación suscripto por los cónyuges y el auto judicial homologatorio, c) Si no hay acuerdo entre los cónyuges, la resolución judicial que establezca la división y adjudicación, con la constancia de encontrarse firme.*

*El testimonio de dicha adjudicación deberá ser expedido por el Secretario del Juzgado en el que tramite el juicio. II- Si en el proceso judicial se hubiera resuelto la protocolización de las actuaciones en forma notarial, la escritura deberá relacionar y transcribir en lo pertinente los puntos señalados en el aparato anterior. III- Si el acto se formaliza en escritura pública, esta deberá contener:*

- La declaración de los cónyuges en la que proceden a su adjudicación.*
- La relación en lo pertinente, de la sentencia de divorcio, con la constancia de que se encuentra firme.*
- La constancia de que se ha dado cumplimiento a las prescripciones de las leyes 6716 y 9266.*
- Especificación de la carátula del juicio, indicación del Juzgado y Secretaría en la que tramita el divorcio”.*

Luego en el artículo segundo, la disposición contiene una norma general para todos los casos, indicando que la documentación a inscribir contenga la correcta descripción de los inmuebles comprendidos, especificación de los derechos reales a inscribir sobre ellos y cumplimiento con el pedido de certificados al efecto <sup>24</sup>.

#### *D. Conclusiones sobre la prohibición de contratar entre cónyuges*

Ya señalamos algunas reglas generales, como la de inexistencia de una prohibición de contratar entre cónyuges, salvo que la contratación se refiera a los temas tratados por los artículos 1218 y 1219 del Código Civil, que afirman el carácter de orden público del régimen de bienes, obligatorio y forzoso, a diferencia de otras legislaciones que aceptan regímenes optativos.

Por ello, cuando el 1218 expresa que *“toda convención entre esposos sobre cualquier objeto relativo a su matrimonio.... es de ningún valor”*, no está estableciendo la prohibición de tal o cual contrato en particular, sino de una pauta interpretativa, según la cual, fuere cual fuere el contrato, será prohibido cuando afecte el régimen de bienes y la estructuración de las masas para la administración y disposición de los cónyuges en el cumplimiento de los fines básico de la institución, cual es el de garantizar la vida en común y formación de la familia en el marco de la cohabitación y la asistencia recíproca.

Las primeras convenciones que sufren directamente la prohibición, son aquellas que se refieren expresamente a ese régimen de bienes, como las que exceden el marco del 1217, que sólo autoriza ahora dos convenciones prematrimoniales, como son el inventario de los bienes que los futuros cónyuges llevarán al matrimonio y las donaciones que el esposo haga a la esposa, extendido ahora por interpretación doctrinaria y jurisprudencial, a la que haga cualquiera de los futuros cónyuges por la igualación de los derechos de la mujer con el hombre.

Serán prohibidas bajo pena de nulidad absoluta, las que se hagan para modificar el régimen de bienes o que pretendan dar mutabilidad al mismo, admitiendo regímenes alternativos de comunidad o separación, o de administración exclusiva de uno, o de liquidación diferente al sistema legal, a partir de la disolución, etc.

Respecto del tipo de nulidad dicen Fassi-Bossert: *“La nulidad que afecta al convenio es absoluta, no susceptible de confirmación y puede ser declarada de oficio y articulada por los acreedores hasta el momento de la disolución y liquidación de ella...la nulidad de un convenio opuesto al régimen matrimonial de bienes, que afecta al orden público, no es pasible de prescripción”*<sup>25</sup>.

Respecto de los contratos que habitualmente celebran las personas en su vida civil o comercial, el Código contiene algunas prohibiciones expresas por la peligrosidad que representan para este régimen de bienes.

Cuando se prohíbe la compraventa (art. 1358 del C.C.), más que a ella se apunta a la donación encubierta, que como tal modificaría el régimen de bienes, porque bajo la forma simulada de compraventa se traspasaría un bien de un cónyuge al otro, sin la debida compensación dineraria, con el consiguiente perjuicio para los acreedores y terceros en general, para los que el patrimonio de cada cónyuge, y en especial la masa que cada uno administra, es la prenda común; y para los propios cónyuges que ven modificado lo que es inalterable.

En los casos particulares en que la transferencia no presenta ese riesgo por las características de la operación, la prohibición desaparece: *“... la doctrina y la jurisprudencia están contestes por lo demás”* -dice Zannoni- *“en que la incapacidad se refiere al CONTRATO de compraventa entre los cónyuges, no a otras adquisiciones de un cónyuge de los bienes del otro, realizadas por otra vía. Por ejemplo, adjudicación en venta judicial de un bien que pertenece a uno de los cónyuges. También procede a ordenar la escrituración de un bien de un cónyuge a favor del otro, cuando la compraventa se celebró mediante boleto de compraventa con anterioridad a la celebración del matrimonio”*<sup>26</sup>.

La limitación de la prohibición, aun frente al caso de norma expresa como la del 1358, se da en estos casos, como cuando los cónyuges, siendo solteros, habían celebrado boleto y lo ejecutan después, incluso cumpliendo obligaciones pendientes.

Supongamos la venta de un inmueble a la mujer, por la que ésta pagó un porcentaje a cuenta. Luego se casan y se disponen a ejecutar la obligación pendiente: pago del saldo y escrituración. Es indudable, que el bien tiene carácter propio de la mujer, por cuanto al hacer la compra era soltera. El pago del saldo, aun con dinero ganancial, no modifica la naturaleza de la adquisición, y solamente da derecho de recompensa al marido, al momento de disolver la sociedad conyugal, por la parte que le corresponde en la inversión ganancial de su cónyuge.

El hecho que el vendedor sea el actual marido, no modifica la estructura del negocio. Al igual que Zannoni, expresan Fassi-Bossert: *“Quienes van a contraer matrimonio no están afectados por las incapacidades que alcanzan los esposos. Por tanto, pueden hacer contrato de compraventa. Consideramos que dicho contrato es igualmente válido aunque se halle sujeto a plazo o condición que se cumple durante el matrimonio, ya que es en el momento de contratar cuando deben contar con capacidad suficiente, sin perjuicio de las modalidades que impongan a sus contratos, o aun de la condición que completa el contrato con efecto retroactivo pero no lo constituye... Si antes de la celebración del matrimonio se suscribió entre los prometidos un boleto de compraventa, entendemos que nada se opone a su cumplimiento, siempre que se justifique aquella anterioridad, por la existencia de fecha cierta”*<sup>27</sup>.

En cuanto a la recompensa por el supuesto pago del saldo con dinero ganancial, está debidamente fundado en la teoría de las recompensas desarrollada por el derecho francés, y en el nuestro, conforme al desarrollo que señala Zannoni, del que se desprenden dos grupos de situaciones: *“a) La comunidad haya acrecido o se haya beneficiado con valores en su origen propios de cualquiera de los cónyuges...b) La segunda categoría comprende los casos en que el patrimonio propio de uno de los cónyuges haya acrecido o se haya beneficiado con valores en su origen gananciales... adquisición de bienes propios con fondos parcialmente gananciales...”*<sup>28</sup>.

Es el caso que planteamos como ejemplo y que sirve para comprobar cómo funciona la excepción a la prohibición de celebrar compraventa entre cónyuges, la que si no resulta tan clara por la existencia del boleto previo, sí aparece con mayor notoriedad en los demás casos que citan Fassi-Bossert, tales como la venta forzada: *“Si se ejecuta el bien de uno de los cónyuges, en que está instalado el hogar conyugal, sería demasiado duro impedirle al otro cónyuge que*

*lo adquiera en el remate, si tiene fondos para ello”* <sup>29</sup>. O cuando la subasta se ordena en la liquidación de la sociedad conyugal, pues *“Es admisible que un cónyuge compre un bien ganancial del otro, cuando la subasta ha sido ordenada en el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal”* <sup>30</sup>.

El art. 1358 establece entonces una prohibición expresa, pero al mismo tiempo, la interpretación permite hacer excepción de la misma, toda vez que el acto no afecte el régimen general garantizado por los arts. 1218 y 1219.

Pero si aún en la excepción se probara que el acto encubre la violación del orden público, modificando el estatuto forzoso o afectando a terceros, el acto no es válido, en la misma medida que se rechaza la titularidad aparente en la masa de un cónyuge, cuando el dinero es de otro.

Pero este es un problema propio de la simulación o fraude, que afecta a cualquier acto jurídico en general, y en consecuencia ajeno a las particularidades del régimen de bienes.

Fuera de las prohibiciones expresas, rige la libertad de contratación, pero también con la salvedad de que ese acto permitido, no afecte al orden público constituido por el régimen forzoso.

*“Si los que luego se unieron en matrimonio habían constituido una sociedad en que uno o los dos asumieron la responsabilidad ilimitada, dicha sociedad, luego de la unión, puede resultar una burla a la prohibición del art. 5° de la ley 11.357, limitativa de la responsabilidad de cada cónyuge. Consideramos que, aun cuando el caso no esté previsto expresamente, será de aplicación el art. 27 de la ley 19.550 y habrá que transformar la sociedad preexistente en otra por acciones o de responsabilidad limitada, dentro del plazo de seis meses a contar de la celebración del matrimonio”* <sup>31</sup>.

La guía interpretativa no es la letra de la ley en cuanto a la prohibición o no de determinado contrato, sino del efecto o consecuencias que produce el mismo dentro del estatuto forzoso.

Con ello no queremos señalar que se puede celebrar cualquier compraventa, porque en este caso la prohibición es preventiva. Establece la restricción en previsión de un supuesto fraude a los acreedores o al propio régimen legal, encubriendo una donación.

Pero en la medida que las particularidades del caso, ponen fuera de toda duda la inexistencia de violación a estos principios, como en el boleto previo al matrimonio o la subasta pública, la permisión gana espacio y el negocio es válido.

#### *E. Los contratos permitidos o prohibidos y la ley 24.441*

Vamos a considerar ahora alguno de los contratos permitidos y su vinculación interpretativa con los nuevos contratos derivados de la ley de financiamiento de la vivienda y la construcción (24.441).

Entre los contratos que no tienen expresa prohibición y que la doctrina en forma casi unánime los considera permitidos, figuran el mandato, la fianza, el mutuo, el depósito, el comodato <sup>32</sup>.

Los nuevos contratos de la ley 24.441, si bien constituyen formas típicas incorporadas al Código Civil, tienen una estructura multifacética que resulta de la combinación de uno o varios contratos, con las variables que le impone la norma, sin perder por ello su identidad.

Del fideicomiso, debemos recordar la distinción entre la relación causal y la transmisión fiduciaria, dado que la misma se puede operar en administración, en depósito, en razón de una relación de mandato, en garantía, etc.

Estas diversas modalidades implican un diverso tratamiento contractual en cuanto a los contratantes. Asimismo, por la naturaleza de este contrato, el triángulo fiduciante- fiduciario-beneficiarios o fideicomisarios (estos últimos en los casos que puedan superponerse) determina diversidad de relaciones jurídicas e interpretativas en cuanto a las incapacidades, y la consiguiente pregunta en nuestro caso, si hay o no prohibición de contratar.

Conforme al art. 1 de la ley 24.441, “*habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario) quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario) y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario*”.

Algunas de las situaciones que se pueden plantear entre los cónyuges, son las siguientes:

1. En materia de **fideicomiso**, que el marido fiduciante, transmita el bien en fideicomiso a la propia esposa, para que ésta lo administre durante un plazo, o hasta el cumplimiento de una condición (por ejemplo, terminación de una obra que se levanta en el inmueble) y luego se transmita a los beneficiarios designados.

Si la observación se pretende hacer por la prohibición de contratar del art. 1358, debemos decir que la causa de la transmisión no es la compraventa, figura tipificada, sino el contrato de fideicomiso, que ahora tiene estructura propia y carece de una expresa prohibición.

Pero de la diversidad de causas que dan lugar a la transmisión fiduciaria en el contrato de fideicomiso (mandato, administración, garantía etc.) sí puede aparecer la prohibición o permisividad.

Si la transmisión se hizo por un fideicomiso en administración, puede decirse que el bien se transfiere de la masa de un cónyuge a la masa del otro, sin por ello provocar una verdadera transmisión, porque quién lo recibe como fiduciario, no lo hace para ingresar en su patrimonio, sino para el cumplimiento de un objetivo fijado en el contrato.

La separación de patrimonios entre el bien adquirido en fideicomiso y los que integran el patrimonio personal del fiduciario (art. 14 ley 24.441) descarta toda confusión patrimonial con la masa del cónyuge adquirente. Pero al darse el bien en administración, lo que se está haciendo es cambiar el orden de administración de los bienes por los cónyuges, que eso sí conforma una parte esencial del régimen de bienes.

El bien de administración del transmitente, por más que no se incorpore al patrimonio del cónyuge adquirente-fiduciario, sí permite que este pase a administrarlo, aunque no lo es en forma definitiva.

Si este acto implica una modificación al régimen de administración, entrará en la prohibición del art. 1218, a pesar de no haberse establecido restricción alguna. En cambio si el bien se transmite fiduciariamente en garantía o en depósito, atentos a que estos contratos podían ser celebrados entre los cónyuges, y que la transmisión no es para beneficiar o mejorar el patrimonio del fiduciario sino para cumplir un fin que ayuda a los cónyuges en la ejecución de sus fines en el matrimonio, desarrollando una actividad que cuadre mejor a sus intereses, no se ve qué lesión podría causar al estatuto forzoso y por tanto sería permitido.

Las particularidades del acto determinarán la observabilidad o no, pero no por los Registros, que se constituirían así en verdaderos intérpretes-legisladores, sino por los jueces en el caso que deban pronunciarse.

La regla será entonces, la que beneficia la apariencia del contrato, cuya figura abstractamente tipificada, es un contrato válido entre cónyuges, salvo manifiesta violación del régimen de bienes, que como toda nulidad manifiesta, los Registros pueden observar.

Como sostiene Eduardo Gabriel Clusellas: “*si el fideicomiso produce como efecto principal la fundación de un patrimonio de afectación, separado, independiente, del que su fiduciario es simplemente el titular de los efectos de cumplir los fines previstos en el contrato, no corre ningún peligro la defendida separación patrimonial y la imposibilidad de confundir los bienes o la atribución de responsabilidades. En el fondo fiduciario no existe posibilidad alguna de calificar los bienes como propios o gananciales. Son simplemente bienes del fideicomiso. Y si el fiduciario nunca puede hacer suyos los bienes del fideicomiso (art. 7 ley 24.441), no podrá usarse para perjudicar o beneficiar el patrimonio personal de uno de los cónyuges, por influencias morales o afectivas*”<sup>33</sup>.

2. El contrato de *leasing*, es otra de las modalidades contractuales de la ley 24.441. Como tal, está regulado ahora con total autonomía, desapareciendo la asimilación al contrato de locación con opción de compra., tal como resulta de la ley 25248.

No obstante ello, si nos atenemos al componente contractual, la primera etapa de la relación, puede estar permitida para algunos, aunque la jurisprudencia es contradictoria en materia de locación de cosas. Pero partiendo del criterio de quienes lo consideran válido, es el caso pensar si puede celebrarse *leasing* entre cónyuges.

El primer inconveniente, sería la violación del art. 27 inc. a) si el dador no es una entidad financiera, pero con independencia de este problema y suponiendo la validez del *leasing* inmobiliario que no cumpliera tal requisito, en definitiva toda norma interpretativa de un contrato tipificado, debe apuntar al conjunto y no a la parte.

Por más que se admitiera la validez de contrato de locación, dado que el contrato se perfecciona con la opción, produciendo la transmisión al tomador, el contrato ofrecería los mismos riesgos que la compraventa, y en definitiva, mediante otra figura jurídica, se operaría el mismo fin.

Por consiguiente, las presunciones legales en contra de la compraventa son extensibles a esta figura afín, ya que el *leasing* ejecutado produce la transmisión a favor del tomador, por un precio en dinero, fraccionado en pagos parciales, con imputación hasta que se tome la opción como simple canon, pero precio al fin si el contrato se consuma.

Por ello, luego de pasar por todas las reflexiones posibles, desde la prohibición que resultaría para la locación de cosas por el art. 1494 y el rechazo de la misma porque el precio, consentimiento y demás requisitos esenciales de la compraventa no afectarían a la locación, dado que la capacidad para comprar y vender es un presupuesto y no un requisito del contrato, y por tanto no lo alcanzaría como incapacidad que se interpreta con criterio restrictivo, concluye Zannoni que para el *leasing*, *conlleva, como un efecto propio, una eventual traslación patrimonial equiparable a la compraventa en este aspecto*” y por tanto prohibido<sup>34</sup>.

3. Las letras hipotecarias, son otra de las nuevas modalidades creadas por la ley 24.441. En definitiva constituyen una modalidad conocida, como es el mutuo con emisión de letras, que antes se conocían a través del art. 3202 del Código Civil por su equivalente del pagaré hipotecario.

Una de las diferencias esenciales de la nueva legislación, es que la letra produce la extinción de la relación causal de la hipoteca, por novación (art. 37 ley 24.441). Sobre esta moderna modalidad del crédito, ya nos pronunciamos oportunamente<sup>35</sup>.

Pero no tratamos entonces la posibilidad de que un cónyuge, que conforme a la posibilidad de celebrar mutuo con el otro con la consiguiente garantía hipotecaria como contrato válido, lo hiciera con emisión de letras hipotecarias.

No vacilamos en afirmar que tal modalidad no afecta norma alguna del régimen de bienes del matrimonio y tiene la particularidad de permitir una más ágil obtención del crédito, porque el propio cónyuge acreedor, será el portador de las letras que llevará para su negociación fraccionada de acuerdo con las modalidades de la emisión y la ventaja de no ser observable la relación causal, por la novación operada a través del art. 37 antes citado, con lo que se da absoluta seguridad al adquirente de las letras, que ya las recibe inscriptas en el Registro de la Propiedad y sin temor por ataques a la causa.

El espíritu de la ley es garantizar el crédito y su circulabilidad, e impedir obstáculos como los ataques que pudiera sufrir el contrato causal. Reiteramos entonces, que la creación de letras a favor del cónyuge, es un acto no prohibido por norma alguna, y que en nada contradice al estatuto forzoso y por el contrario, facilita la comunidad de vida y de intereses del matrimonio con independencia de la separación de masas.

#### *F. La partición por donación de ascendientes*

Es esta una modalidad contractual poco usada en nuestras costumbres, a pesar de la muy clara y precisa regulación legal contenida en los arts. 3514 a 3538, entre normas del Libro IV del Código Civil referidas a la División de la Herencia.



Extrañamente esta partición no pone fin a la comunidad hereditaria, como la partición propiamente dicha, sino que la impide, siendo otorgada en vida con las formas de una donación, pero con efectos de una verdadera partición después de la muerte.

Sólo puede celebrarse en un contexto familiar legitimario en línea recta: *“El padre y madre y los otros ascendientes pueden hacer por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes, y también, por actos especiales, de los bienes que los descendientes obtuvieran de otras sucesiones”* (art. 3514).

Dejamos de lado por ahora la partición de ascendientes por testamento y nos abocamos especialmente a la que lo es por donación a fin de encontrar la vinculación con el tema en estudio.

Previamente debemos aclarar que cuando se trata de partición por donación de ascendiente, la forma es justamente la de donación firme y definitiva, transmitiéndose irrevocablemente la propiedad con la consiguiente aceptación de los donatarios, tal como resulta del art. 3516 que a su vez es concordante para las donaciones simples, con los arts. 1790 y 1792.

Tampoco puede hacerse bajo condiciones que dependan de la sola voluntad del disponente, conforme al art. 3517 en concordancia con el 1802 y no puede comprender sino los bienes presentes, según art. 3518 en concordancia con el 1800 que prohíbe la donación de bienes futuros. La irrevocabilidad del acto resulta de la limitación exclusiva a causas legales conforme a los artículos 3521/22 en concordancia con los art. 1848 y ss, con la exigencia legal de acreditar en juicio la existencia de la causal y ser declarada expresamente por el juez, tal como resulta de los arts. 2666/67 del Código Civil.

La forma es la de la donación (art. 3523), requiriéndose la escritura pública conforme al art. 1810 no sólo cuando hay inmuebles, sino en todos los casos por efecto del art. 1184 inc. 2 para las particiones extrajudiciales de herencia y sin la excepción del instrumento privado, presentado al juez del sucesorio, por cuanto no existe tal en estos casos.

No hay causante y por tanto no existe proceso alguno abierto.

Así lo sostiene Zannoni: *“si bien como donación podría no exigir la escritura pública”*, (se refiere a los casos que no incluya inmuebles ni prestaciones periódicas o vitalicias) *“ como acto particional está sujeto a esa forma en virtud del citado art. 1184 inc. 2º”*<sup>36</sup>. En igual sentido, Elías P. Guastavino<sup>37</sup>.

Justamente el carácter irrevocable de esta donación-partición es lo que excluye de la masa del futuro causante (hoy donante partidor) esos bienes de su sucesión.

Dado que hasta la muerte no se conocerá cuál es el acervo del causante, toda partición por donación es parcial, por cuanto potencialmente la persona en su vida puede seguir adquiriendo bienes, y una de las exigencias de validez del acto es que conserve lo necesario para su subsistencia, tal como lo señala expresamente para las donaciones el art. 1800 del C.C.: *“... Las donaciones de todos los bienes presentes subsistirán si los donantes se reservaren el usufructo, o una porción conveniente para subvenir a sus necesidades...”*.

Reafirmando este principio, el art. 3518 dice que *“La partición por donación no puede tener por objeto sino los bienes presentes. Los que el ascendiente adquiera después y los que no hubiesen entrado en la donación, se dividirán a su muerte como está dispuesto para las particiones ordinarias.”*

Pareciera que en las particiones por donación, no se alcanzará el extremo del art. 1800, en cuanto no subsistirán si no se hace la reserva de subsistencia.

Pero ello es así, porque en este caso el acto lo celebran con sus propios herederos, que además de la obligación alimentaria del 1837 imputable a cualquier donatario, tienen la de los descendientes; y si esto no alcanzara, el legislador les atribuye la obligación de pago de todas las deudas del donante partidor que dio todo lo que poseía. Conforme al art. 3519: *“Cuando el ascendiente efectúa la partición por donación entre vivos, entregando a los descendientes todos los bienes presentes, los descendientes están obligados al pago de las deudas del ascendiente, cada uno por su parte y porción, sin perjuicio del derecho de los acreedores para conservar su acción contra el ascendiente”*.

Así las cosas, se preguntará el lector qué tiene todo esto que ver con los contratos entre cónyuges, dado que se trata de un acto entre ascendientes y descendientes. Aquí está justamente la cuestión: el plural del término ascendientes, que tiene como los más próximos al padre y a la madre, que en un parentesco legítimo, están unidos por el matrimonio.

Así resulta del art. 3514, en el inicio del tema: “*El padre y madre y los otros ascendientes, pueden hacer...*”. No se trata de un acto individual.

Puede serlo múltiple, y muy especialmente cuando se trata del padre y la madre, porque un artículo que estuvo sujeto a grandes discusiones dice que “*La partición por el ascendiente entre sus descendientes no pueden tener lugar cuando existe o continúa de hecho la sociedad conyugal con el cónyuge vivo o sus herederos*” (art. 3526).

Aclaremos el texto: el ascendiente solo, no puede hacer la partición sin el concurso de su cónyuge. Si está vivo, debe concurrir a otorgarlo. Si está muerto no habría partición por donación (último párrafo del artículo 3526, porque hay dos masas indivisas: la comunidad hereditaria formada entre los hijos por muerte de uno de sus progenitores, y con el otro en los bienes propios; y la indivisión post comunitaria que resulta de la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de ellos).

Se trata indudablemente de un caso de partición ordinaria de herencia y no de partición por donación, aunque una vez liquidada ésta, con los bienes resultantes y adjudicados, nada impide que el progenitor supérstite haga un partición por donación entre sus hijos.

Pero ello siempre con los bienes ingresados en su masa y adjudicados por él. Tampoco hay impedimento para que simultáneamente se haga la partición ordinaria y el padre transfiera a sus hijos lo adjudicado por él, mediante la donación-partición, con la sustancial diferencia entre uno y otro acto, que resulta del carácter traslativo de la última

La partición ordinaria, distribuye entre los herederos lo que han recibido como dueños por muerte del causante, y lo que se adjudican, o hacen en forma directa e inmediata, tal como resulta del art. 3503: “*Se juzga que cada heredero ha sucedido sólo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición, y que no han tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido a sus coherederos...*”.

La partición por donación en cambio, tiene esencialidad traslativa, porque los bienes son de propiedad del donante-partidor, y éste debió transmitir a sus donatarios-herederos en forma irrevocable y definitiva, lo que los herederos no tenían en modo alguno.

Volvemos entonces al art. 3526 en cuanto limita la posibilidad de hacer partición por donación al ascendiente solo, sin su cónyuge, cuando el mismo está vivo. Y volvemos, porque una parte importante de la doctrina, ha interpretado que en ningún caso, es posible hacerlo durante la sociedad conyugal porque implicaría una especie anticipada de liquidación de la misma, no reconocida por la ley.

Sin perjuicio del detalle minucioso de estas cuestiones, anticipamos alguno de los argumentos en contra de esta postura.

Si ninguna partición por donación de ascendiente puede tener el carácter de partición definitiva, sino como mucho, parcial, con los bienes presentes que tenga el donante-partidor a ese momento, y haciendo las reservas de lo necesario para su subsistencia, ¿cómo sostener que se liquida la sociedad conyugal por este acto, cuando la misma subsiste y generará continuas relaciones hasta su extinción?

¿Cómo pensar en una liquidación anticipada por este acto, y no opinar lo mismo cuando se vende el único bien que integra el acervo? ¿Cómo saber que con ello no quedan bienes ni posibilidades cuando en la partición por donación, los propios descendientes beneficiarios tienen que absorber las deudas de su donante partidor, con lo que está creando un verdadero activo por eliminación del pasivo? ¿No es activo aquello con que paga el heredero?

Es por ello que merece especial tratamiento, en particular por sus fuentes, la validez de la **partición conjunta de gananciales**, con total exclusión de los bienes propios, en que la prohibición de contratar alcanza plena vigencia, más cuando implicaría una renuncia a la herencia futura (art. 1075 C.C.).

Pero para los gananciales, -como ha dicho Borda- *“No hay inconveniente en que la donación se haga conjuntamente por el padre y la madre a sus hijos, más aún, mientras subsista la sociedad conyugal, esta será la única manera válida de hacerla”*<sup>38</sup>.

Refiriéndose a la partición ordinaria, dicen Fassi y Bossert que la misma es factible.

*“Suponiendo que ambos cónyuges participaran en una indivisión, como si hubieran concurrido a la sucesión del mismo causante, es procedente la partición entre ellos, para que cada uno reciba la propiedad de bienes particulares”*<sup>39</sup>.

En el caso que estamos considerando, ya no se trata de partir lo que se recibe de causantes comunes, sino de participar conjuntamente en un negocio traslativo, según el cual, uno o ambos cónyuges, según sea la titularidad ganancial de los bienes comprendidos, transmiten a sus herederos a título de donación, pero con el alcance de producir el efecto partitivo entre los donatarios a partir de la muerte de los donantes, evitando así la formación de la comunidad hereditaria, que al decir de Vélez en la nota al art. 3514 es el *“medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos...”*.

El problema radica en la interpretación de art. 3526, en cuanto, mientras para unos prohíbe efectuarla mientras subsiste la sociedad conyugal, para otros, exige que en tal caso, se haga en forma conjunta, ya que se trata de la transmisión de gananciales.

Partiendo de la primera postura, la que rechaza su legitimidad, vamos a analizar los argumentos dados por Zannoni: *“Primariamente el precepto aparece justificado en que la subsistencia de la sociedad conyugal impide partir, de modo actual, bienes gananciales (a estos se refiere la norma)”*<sup>40</sup>.

A nuestro modo de ver, el distinguido tratadista, equivoca la interpretación de la naturaleza de la institución tratada, dado que debe analizarse como funciona en su conjunción de donación y partición.

Hasta tanto no se produzca la muerte de los donantes, no hay verdadera partición, sino donación firme e irrevocable, que produce la transmisión inmediata de la propiedad a los herederos.

Como tal es admitida por nuestro legislador, tanto cuando dice en el 1805 que *“el padre y la madre o ambos juntos, pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquier edad que estos sean...”*, en forma concordante con el 3514, que también se refiere al padre y madre.

El efecto como partición recién después de la muerte del o de los donantes, resulta expresamente del art. 3536, en cuanto no admite su rescisión, sino después de su muerte. *“La partición por donación o testamento, puede ser rescindida cuando no salva la legítima de alguno de los herederos. La acción de rescisión SÓLO PUEDE INTENTARSE DESPUÉS DE LA MUERTE DEL ASCENDENTE”*.

Hasta la muerte, tiene el efecto de una verdadera donación, y como tal está sujeta a la acción de colación, que como resulta del art. 3477 no implica traer los bienes a la masa, sino sus valores.

Con ello se da toda la certeza al acto traslativo, firme y definitivo, sin descartar la posible acción de reducción prevista por el art. 3537.

Sin embargo, esta acción no tiene por objeto atacar la transmisión en sí, por cuanto el último párrafo del citado artículo establece que *“Esta acción sólo debe dirigirse contra el descendiente favorecido”*. Dado que la acción de reducción sólo puede intentarse después de la muerte del causante, sería imposible aplicar estos efectos durante la etapa de la “donación” propiamente dicha,

Así resulta del art. 1831 cuando establece que *“si por el inventario de los bienes del donante fallecido, se conociere que fueron inoficiosas las donaciones que había hecho, sus herederos necesarios podrán demandar la reducción de ellas, hasta que queden cubiertas sus legítimas”*. De lo dicho se desprende que la donación-partición de ascendente, no puede ni debe considerarse como partición, hasta la muerte del o de los donantes.

Y si no es tal entre los herederos beneficiarios, menos puede serlo entre los cónyuges que como ya dijimos, con cita del art. 1800, no sólo no pueden desprenderse de todos los bienes,

sino que, en términos de expectativa legal y realismo material, no pueden desprenderse absolutamente de todo.

Pretender decir que la transmisión como donación-partición, que siempre es parcial, implica tal partición entre los gananciales, sería ignorar el mismo efecto de cualquier donación, con el grave defecto de asimilar a la partición, algo que el mismo legislador ha rechazado expresamente en su tratamiento efectivo.

El otro argumento indicado por Zannoni, radica en la separación de masas y la administración y disposición por cada cónyuge, “*De modo que la partición-donación no podría, en rigor, ser afectada sino por el cónyuge a quien compete la gestión (administración y disposición) del o de los bienes gananciales de que se tratase. El otro, a lo sumo, podría prestar el asentimiento...*”<sup>41</sup>.

Es lo que ocurre en la donación partición conjunta de gananciales: el titular transmite y el otro asiente, porque es en ese momento una donación. Justamente la partición toma tal carácter, cuando uno de los cónyuges muere, pero a diferencia de lo que ocurre normalmente, en que se forma la comunidad hereditaria y la indivisión post comunitaria para liquidar el acervo, los bienes que integraron la partición conjunta impiden integrar esta masa, porque ya fueron partidos anticipadamente, mediante la donación que ahora sí alcanza efectos partitivo.

En cuanto a que “*disponer, entre los cónyuges, este modo de partir los gananciales sería introducir una forma de partición no contemplada en el art. 1291*” y que “*Si comprendiese todos los bienes-por hipótesis- resultaría que los cónyuges disuelven la sociedad sin que concurra la separación judicial de bienes*”<sup>42</sup>, respondemos con los mismos argumentos de separación temporal entre la donación propiamente dicha y la partición, ésta sólo después de la muerte, y le agregamos la imposibilidad legal de la situación planteada, sin caer en la nulidad, por efecto del 1800 que impide la donación de todos los bienes, con lo que nunca podría hablarse de tamaña liquidación.

Elías P. Guastavino, en su obra *Pactos sobre herencia futura*, analiza y admite la Donación-Partición conjunta, pero con la limitación a los gananciales. Decíamos en nuestra obra *Usufructo y donaciones*, con cita de este tratadista: “*Con relación a los propios no puede haber duda de calificarlo de prohibido*” -como lo hace Guastavino- porque implicaría una renuncia de herencia futura.

A su vez, para eludir la renuncia tendría que incluirse en la partición donación al otro cónyuge, ya que comprende a todos los herederos (art. 3528 del C. C.) y producir efectos inmediatos durante el matrimonio, dado que por el art. 3516 del Código Civil se debe transmitir irrevocablemente la propiedad de los bienes incluidos en ella, con lo que se caería en la prohibición de donar durante el matrimonio del art. 1807 inc. 1°.

En cambio, **con relación a los gananciales**, opina Guastavino que la prohibición rige únicamente cuando la partición la hace el ascendiente y no **los ascendientes**, y agrega: “*si se realiza conjuntamente la partición donación acordando ambos cónyuges el reparto de los bienes gananciales entre sus descendientes, desaparece la razón que funda la prohibición del art. 3526 del Código Civil. Aunque los bienes por ser gananciales sean todavía indeterminados en cuanto a su titular ulterior, el sentimiento de los dos únicos posibles titulares definitivos obvia todo inconveniente de la adjudicación*”.

Y funda su proposición en que los cónyuges no son herederos entre si en los gananciales<sup>43</sup>.

Llambías-Méndez Costa, se pronuncian en igual sentido: “*Se discute la admisibilidad de la partición conjunta de bienes gananciales. Considerada en el vigente régimen patrimonial-matrimonial, no corresponde referirse a donación conjunta salvo con respecto a cosas en condominio entre los cónyuges en porciones alícuotas gananciales de uno y de otro (o, en su caso, de transmisión gratuita de bienes en copropiedad entre ellos con idéntica característica)*.”

En los restantes supuestos, sea o no exigido por ley el asentimiento conyugal, es evidente que sólo el cónyuge titular inviste el carácter de donante.

**Pero es aceptable argumentar que la conformidad** manifestada por el cónyuge del propietario en la partición-donación efectuada por el otro, implica la **decisión de partir también la parte que oportunamente le sea atribuida como socio**: la partición donación sigue

siendo individual del donante pero no ajena a la voluntad del consorte que asintió y que no podrá rehusar en el futuro lo que en el momento de la donación aceptó libremente (aplicación de la doctrina de los actos propios).

El art. 1218 no es afectado porque no se presenta el beneficio del consorte donante a cuyo favor el que asiente no renuncia a su expectativa de compartir los gananciales de titularidad de aquel.

*Tampoco la partición será disolutoria de la sociedad conyugal al margen del régimen específico: Los cónyuges pueden seguir adquiriendo bienes que quedarán sometido al mismo”<sup>44</sup>.*

Ratifican estos autores con sus conclusiones, el carácter parcial de la entrega, la consiguiente plena vigencia de la partición conjunta, sin por ello liquidar la sociedad conyugal en modo alguno por cuanto el titular transmite y el otro asiente, como en cualquier transmisión, preservando así una institución válida que el Codificador la previó aun para el caso de administración despótica del marido, como un modo de evitar conflictos entre los hijos.

La moderna concepción por separación de masas, afirma la contratación entre cónyuges, y en este aspecto, el interés familiar está altamente comprendido, dado que la orientación de la familia no es monopolio de uno, sino de ambos que conjuntamente ejercen la patria potestad, y atienden a la necesidad de educación, asistencia y formación integral de los hijos.

Junto con lo patrimonial, deben conceptuarse otros valores, tal como lo decía Vélez, cuando en la citada nota al art. 3514 expresaba: “*Los padres sustituyen su voluntad ilustrada a la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuir a cada uno de sus hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión, o a su posición pecuniaria*”.

Hoy con la equiparación de los derechos de la mujer a los del hombre, ¿cómo podría desaprovecharse una institución tan rica en la solución de los problemas familiares?

#### NOTAS:

<sup>1</sup> CNPaz, Sala IV, 21-8-57, L.L. 92-31.

<sup>2</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de familia*, 5ª ed., Buenos Aires, 2006, t. I, págs. 657/58.

<sup>3</sup> Guillermo A. BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971, págs. 442 / 443.

<sup>4</sup> Jorge Joaquín LLAMBIAS, *Código Civil anotado. Personas. Familia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, t. I, pág. 613.

<sup>5</sup> CNCiv., Sala C, set. 22-987. L.L. 1988-B, 32, s/ cita en Act. Jurisp. It. 443, pág. 39.

<sup>6</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, *Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio. Ley 23.515*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 168.

<sup>7</sup> C.Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com., 31/10/91, D.J. 1993-2-489, en Actualización de Jurisprudencia de La Ley, “Alimentos” por María Denise FELDMAN It. 48, pág. 6.

<sup>8</sup> Set. 30-991, D.J. 1992-2-203 en la citada Actualización de La Ley, cit. 67, pág. 8.

<sup>9</sup> CNCiv., Sala A, dic. 5/995, en Rev. La Ley del 16/5/96, P.5, fallo 94281 en el Resumen de Mayo/96, L.L. it. 87, pág. 14.

<sup>10</sup> BOSSERT, *Régimen jurídico de alimentos*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pág. 130.

<sup>11</sup> BOSSERT, ob. cit., pág. 126 .

<sup>12</sup> Eduardo ZANNONI, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1978, t. II, págs. 238/39.

<sup>13</sup> CNCiv., Sala A, 12/3/92. L.L. 1992-C-565, cit. en Act. Jurisp. It . 487, pág. 42.

<sup>14</sup> CNCiv. Sala A, 11/3/92, L.L. 1992-D- 654 s/cita Act. Jurisp. It. 489/90, pág. 42

<sup>15</sup> CNCiv., Sala A, 27/8993. L.L. 1993-E, 546, s/cit. Act. Jurisp. It. 495, pág. 546.

<sup>16</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1978, t. 1, págs. 623/25.

<sup>17</sup> “Estados de indivisión hereditaria y postcomunitaria. Contratación entre cónyuges”, por Néstor Daniel LAMBER, Nélica Haydée GONZÁLEZ, Rodolfo Luis CARVALLO, Susana MARIÑO DE GÓMEZ y Ana María ONETO, en Rev. Not. 909, pág. 802 con cita de Julio César CAPARELLI, “La compraventa entre cónyuges divorciados”, E.D. 98, pág. 468.

<sup>18</sup> FASSI-BOSSERT, *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, 1977, t. I, pág. 121/22.

<sup>19</sup> CNCiv., Sala F, 21 / 11 / 81, “Alessandroni, Atilio s/suc.”, J.A. 1986, II, Síntesis.

- <sup>20</sup> CNCiv., Sala A, 27/12/84, "Reichman del Hron, Elena, Suc. - Partición, Reseña de Marco A. Rufino, J.A. 1989-III, pág. 955, it. 18 .
- <sup>21</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 1976, vol. 2, pág. 688.
- <sup>22</sup> Jornadas Not. Bonaerenses, San Martín 1976, Mar del Plata 1983.
- <sup>23</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de las sucesiones*, ob. cit.
- <sup>24</sup> La disposición relacionada se encuentra transcrita íntegramente en Rev. Not. 868, pág. 771 y ss. de 1983 .
- <sup>25</sup> Santiago FASSI y Gustavo A. BOSSERT, *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, 1977, t. I, págs. 107/108.
- <sup>26</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de familia*, Buenos Aires, Astrea, 1978, t. I, pág. 625.
- <sup>27</sup> FASSI - BOSSERT, ob. y t. cits., págs. 120/121 .
- <sup>28</sup> Eduardo ZANNONI, ob. y t. cits., págs. 725 / 726.
- <sup>29</sup> FASSI-BOSSERT, ob. y t. cits., págs. 122/23.
- <sup>30</sup> FASSI- BOSSERT, ob. y t. cits..
- <sup>31</sup> FASSI- BOSSERT, ob. y t. cit., pág. 104.
- <sup>32</sup> Ver Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de familia*, 5ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2006, t. 1, pág. 672 .
- <sup>33</sup> Eduardo Gabriel CLUSELLAS, Cuaderno de Apuntes Notariales N° 25, Enero 2007, Ed. FEN, pág. 30
- <sup>34</sup> Eduardo ZANNONI, ob. y t. cits., 5ª ed., pág. 659
- <sup>35</sup> *Comentarios y Aplicación de la ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción*, Ed. Fundación Pregón, noviembre de 1995 y en el XXX Seminario Teórico Práctico de la Academia Nacional del Notariado, Rev. del Notariado 843 pág. 891 y ss.
- <sup>36</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de las sucesiones*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1976, vol. 2, pág. 707.
- <sup>37</sup> Elías P. GUASTAVINO, *Pactos sobre herencia futura*, Buenos Aires, Ediar, 1968, pág. 320.
- <sup>38</sup> Guillermo A. BORDA, *Manual de sucesiones*, 2ª ed., Buenos Aires, Perrot, 1963, pág. 265.
- <sup>39</sup> *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, Astrea, 1977, t. I, pág. 123.
- <sup>40</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de las sucesiones*, 2ª ed. actualiz., Buenos Aires, Astrea, vol. 2, pág. 708.
- <sup>41</sup> Eduardo A. ZANNONI, ob. y t. cits., pág. 709 .
- <sup>42</sup> Eduardo A. ZANNONI, ob. y t. cits., pág. 709.
- <sup>43</sup> Elías P. GUASTAVINO, *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*. Rubén A. LAMBER, y otros, Buenos Aires, Centro Norte, 1990, pág. 220, con cita de Pactos sobre Herencia Futura, Elías P. GUASTAVINO, Buenos Aires, Ediar, 1968, págs. 321 / 22.
- <sup>44</sup> Jorge Joaquín LLAMBÍAS-María Josefa MÉNDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, t. V-B, pág. 299.

# EL RÉGIMEN DE BIENES Y LA INDIVISIÓN PROTECTORIA DE LA FAMILIA Y DE SU VIVIENDA

por EDUARDO IGNACIO FANZOLATO

**SUMARIO:** El régimen de bienes en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil. Posturas referidas a la reforma del régimen de bienes. Proyectos en estudio. Consulta a nuestra Academia. La protección de la vivienda en el régimen de bienes y en la legislación general. Indivisión protectoria de la familia y de su vivienda. Sistemas legales comparados sobre partición hereditaria. Legislaciones que se enrolan en este sistema. Facultad de los jueces. Los pactos de indivisión y su admisibilidad por los ordenamientos jurídicos. Indivisión hereditaria como instrumento de protección familiar. Las indivisiones autorizadas por la ley 14.394 y sus efectos. Fundamentos de la indivisión y posibles aplicaciones prácticas. Publicidad y oponibilidad.

## El régimen de bienes en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil

El Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba en 1927 con el propósito de contribuir al estudio de la revisión del Código Civil, aprobó una Recomendación sobre la base de una Ponencia presentada por el Dr. Juan Carlos Rébora, en la que se manifiesta:

“El régimen de la comunidad de los bienes del matrimonio debe subsistir, en sus líneas generales, *aunque no como régimen único...*

Debe instituirse un régimen de separación de bienes por el cual pueda optarse en ciertas circunstancias y bajo requisitos de forma que impliquen garantías, ya para los cónyuges entre sí y respecto de terceros, ya para las personas que con ellos contraten”.

La Recomendación fue aprobada por unanimidad en la Sesión de la mañana del 24 de mayo de 1927<sup>1</sup>.

La admisión facultativa de un régimen de separación de bienes supone que el ordenamiento jurídico debe prever normas generales, aplicables en todo matrimonio, cualquiera sea el sistema patrimonial de bienes elegido, incluso en caso de vigencia del régimen legal supletorio ante la falta de opción por los contrayentes. Esto significa que, de reconocerse legislativamente, con mayor o menor amplitud, la facultad de seleccionar un régimen de bienes, se impone que la ley regule algunos aspectos básicos comunes en toda convivencia matrimonial, tales como el deber de contribución, la responsabilidad de uno de los cónyuges por las deudas contraídas por el otro, y la protección de la vivienda conyugal y familiar. Lógicamente, esta reglamentación del régimen primario regiría, también para el sistema de separación propugnado como opcional por el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil.

Asimismo recordamos que, en la época de este Primer Congreso, no existían en nuestra legislación los instrumentos jurídicos aptos para el resguardo de la vivienda familiar que luego se consagraron, especialmente a partir de la ley 14.394, de 1954, (que sancionó el *bien de familia* y la *indivisión testamentaria*), y del artículo 1277 del Código Civil en su versión de la ley 17.711.

## Posturas referidas a la reforma del régimen de bienes

Con posterioridad al Primer Congreso referido, se propugnaron otras modificaciones a la legislación civil patrimonial matrimonial, algunas favorables y otras contrarias a la libertad de elegir régimen de bienes. Entre los más importantes antecedentes sobre el particular mencionamos:

a) El Anteproyecto Bibiloni de 1931 que defiende la exclusividad del régimen de sociedad conyugal, imperativo, desechando todo sistema matrimonial económico, opcional o alternativo. Aboga por el sistema comunitario de orden público como único régimen, concebido como

necesario para mantener y estrechar la unión de los esposos, estimularles en la cooperación y vincularles en la prosperidad común. Argumenta que "... el régimen legal del Código está calculado para proteger los derechos de los cónyuges e impedir alteraciones peligrosas para su existencia y eficacia. Alterarlo por convención, es permitir el abuso de influencias perniciosas o la colusión de los esposos en fraude de terceros. Basta el sistema de la ley para proteger todos los intereses leales y permitir el ejercicio de los derechos de los esposos y de terceros"<sup>2</sup>.

b) La Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 expresa que se mantiene el régimen de Vélez, considerando que no había interés en modificarlo para dar cabida a estatutos distintos, que se explican en otros países de costumbres y tradiciones diferentes<sup>3</sup>.

c) En 1954, bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías<sup>4</sup> se elaboró un Anteproyecto de Código Civil que, no obstante el prestigio del propulsor de la obra, no innovó sobre esta materia y su labor no tuvo trámite legislativo.

d) Ese mismo año, se sancionó la ley 14.394 con importantes y trascendentes incorporaciones legislativas en orden a la salvaguardia de la vivienda familiar.

e) Al reformarse la Constitución en 1957 se introdujo el artículo 14 bis que, entre otras disposiciones consagra la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia y el acceso a una vivienda digna.

f) Luego se sancionó la ley 17.711 de 1968 que, si bien no contempló la elección facultativa de otros regímenes, sin embargo modificó el artículo 1277 del Código Civil en claro resguardo de la vivienda familiar. Esta norma, en las legislaciones modernas, suele figurar entre las prescripciones propias del régimen primario

Además allanó sustancialmente el camino para la instauración de un régimen de separación de bienes al hacer desaparecer todo vestigio de incapacidad de la mujer casada consagrando la norma de que "la mujer mayor de edad, cualquiera sea su estado, tiene plena capacidad civil" (art. 3º, inc. 1, ley 17.711).

g) Con posterioridad se registran varios intentos de reformas a favor de reconocer el régimen de bienes separatista, especialmente en proyectos defendidos en la última década del siglo XX.

En 1992 el Poder Ejecutivo Nacional, por Decreto 468/92, designó una Comisión<sup>5</sup> con el objeto de proyectar reformas al Código Civil tendientes a la unificación de la legislación civil y comercial de la Nación. La Comisión resolvió reelaborar el Libro Segundo del Código Civil trasladando el Título "de la Sociedad Conyugal", a continuación de la Sección Segunda del Libro Primero, creando una Sección Tercera designada "Del régimen patrimonial del matrimonio" (que comprende los arts. 495 a 571). Regulaba tres regímenes: comunidad de gananciales, separación de bienes y participación, revistiendo el primero el carácter de régimen legal supletorio a falta de capitulación matrimonial. El Proyecto no tuvo tratamiento legislativo.

h) En 1998 se elaboró el Proyecto de Nuevo Código Civil, por una Comisión de Expertos, labor que, logró media sanción legislativa pero que no se transformó en ley. Según este Proyecto los contrayentes tienen opción para elegir entre dos regímenes: la comunidad de gananciales y la separación de bienes, siendo supletorio el régimen comunitario. Asimismo se reglamenta la posibilidad de cambiar de régimen durante el transcurso del matrimonio.

Este Proyecto contenía una sección referida a las disposiciones comunes a todos los regímenes en la cual se protegía la vivienda familiar, exigiendo la intervención de ambos cónyuges para disponer o gravar la misma y consagrando la inejecutabilidad de la residencia común por deudas contraídas después del matrimonio (art. 448). Y, específicamente regula, en general, el amparo de la vivienda frente a la acción persecutoria de los acreedores, a través de la afectación como bien de familia, siguiendo los lineamientos de la ley 14.394, aunque modificados convenientemente para adaptarlos a las costumbres y necesidades de la época actual (art. 233 y ss.). Además, conserva la indivisión testamentaria como instrumento jurídico de resguardo de la vivienda de sucesores menores, incapaces o desvalidos.



Últimamente se han presentado en el Congreso otros Proyectos similares propugnando la incorporación de un régimen separatista opcional. A la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba se le solicitó su opinión sobre tales iniciativas <sup>6</sup>.

Sobre el particular manifestamos compartir la idea de ampliar los sistemas de regulación de los efectos económicos del matrimonio, reconociendo a los contrayentes la posibilidad de optar por un régimen de bienes de su preferencia. De esta manera se armonizaría nuestra legislación con la de los países del Mercosur.

Dado que los proyectos que informamos introducen como sistema facultativo, el régimen de separación de bienes, aconsejamos regular complementariamente las “prestaciones compensatorias”, siguiendo la experiencia de los ordenamientos más modernos, como el francés, el alemán, el salvadoreño, el chileno y el art. 523 del dictamen de la comisión de legislación general (1-11-2001) respecto del proyecto de nuevo Código Civil de 1998.

Expresamos que se deberían disciplinar los instrumentos correctores de las inequidades y de los indebidos enriquecimientos que el principio separatista (opuesto al de ganancialidad) puede desencadenar a la hora de disolverse el vínculo; un largo matrimonio, la colaboración desinteresada en los emprendimientos del cónyuge, la crianza y formación de numerosa descendencia, la atención de los requerimientos domésticos han privado a uno de los cónyuges, generalmente la esposa, de las posibilidades de dedicarse a su propia capacitación, ejercicio profesional, ocupaciones lucrativas y rentadas, dejándola inerme, si no tuviera bienes personales, para hacer frente, con sus propios recursos y medios, a las exigencias de la vida después del divorcio; en cambio, su consorte, generalmente el marido, no tendrá que compartir los bienes que, merced a aquella valiosa e imponderable ayuda, fue adquiriendo durante esa larga vida conyugal.

El régimen de separación, sin correctivos compensatorios, a la hora de disolverse el matrimonio, puede provocar verdaderas injusticias o, situaciones que repugnan a la equidad, similares a las que suelen producirse cuando termina una convivencia de hecho.

Por ello, no parece acertado ni prudente que los proyectos omitan la reglamentación de las adecuadas prestaciones compensatorias que si bien no han sido concebidas pensando sólo en los regímenes separatistas, constituyen el instrumento jurídico más apto para contrarrestar las fallas de este sistema, equilibrando la situación de las partes, a la hora de disolverse el régimen.

## **La protección de la vivienda en el régimen de bienes y en la legislación general**

En los países cuya legislación matrimonial resguarda la vivienda conyugal y familiar no sólo se concreta este amparo jurídico en el respectivo régimen patrimonial primario (aplicable cualquiera fuere el sistema de bienes vigente) sino que también se la protege, accesoriamente a través de otras instituciones legislativas que coadyuvan al propósito constitucional de defensa integral de la familia y de su vivienda.

Este tema, íntimamente unido a la moderna diversidad de concepciones (separatistas o comunitarias) del régimen de bienes y a la satisfacción básica de las necesidades habitacionales del individuo y de la familia, genera una renovada reflexión sobre diversos mecanismos protectrices. En esta oportunidad focalizaremos el amparo que puede brindar la indivisión consagrada en el artículo 51 de la ley 14.394 a la que nos referimos a partir del epígrafe siguiente.

## **Indivisión protectoria de la familia y de su vivienda**

### *Introducción*

Las reglas adoptadas por Vélez Sársfield propiciando la partición a ultranza frente a una comunidad hereditaria o posganancial (arts. 3452 y 1313) suelen repercutir desfavorablemente respecto de coherederos de escasos recursos para adquirir la totalidad de un bien hereditario (apto para la vivienda) o productor de rentas, frente a la urgencia de coindivisarios que exigen presurosos su parte. Muchas veces se liquida el bien malamente a favor de terceros y en otras, el necesitado de vivienda, se suele endeudar más allá de sus posibilidades para adquirir la parte de los demás. Habiendo menores el riesgo se acrecienta, en particular cuando entre los bienes comprendidos en la partición requerida se contabiliza la casa que les sirve de morada sin que dicho inmueble esté afectado por alguna de las instituciones que lo protegerían como el bien de familia o un derecho real de habitación.

## **Sistemas legales comparados sobre partición hereditaria**

Dentro de los sistemas que regulan la partición de los bienes hereditarios se distinguen: a) los ordenamientos que establecen la división forzosa y no reconocen al testador la facultad de imponer la indivisión; b) aquellos ordenamientos que invisten al causante de la facultad de imponer la indivisión, con mayores o menores limitaciones, exigencias o excepciones.

Entre los legitimados para pedir la partición figuran los acreedores personales de los herederos; pero la situación de estos acreedores no es igual que la de los acreedores del causante porque, mientras estos últimos pueden embargar y ejecutar los bienes del *de cuius*, de esta facultad no están investidos los acreedores de los herederos quienes pueden promover la partición por una suerte de acción subrogatoria en los derechos de su deudor; sin embargo sólo estarán legitimados para accionar en tal sentido siempre que los propios herederos gocen de la facultad de pedir la división (art. 1196). Es lógico que los acreedores no puedan subrogarse en un derecho que no tiene su deudor. Y esto sucede cuando existe una cláusula de indivisión legal, testamentaria o convenida.

La posibilidad de oponerse a la partición imponiendo indivisiones forzosas es un tema que es tratado de distintas maneras en el derecho comparado, en general, y en el derecho de los países del Mercosur en particular. Se pueden distinguir los siguientes sistemas:

### *a) Partición forzosa.*

En este sistema se reconoce el derecho que tienen todos y cada uno de los coindivisarios a ponerle fin al estado de indivisión, sin que ninguno de ellos pueda oponerse<sup>7</sup>. Es el sistema que tuvo como bandera a la regla del primitivo artículo 815 del Code francés<sup>8</sup> y que después inspiró a diversos ordenamientos como la ley uruguaya, haitiana, brasileña, y al que se afilió Vélez Sársfield en los arts. 3452 y 436 aunque más tarde, en nuestro país, en 1954, dicho régimen sufrió la profunda modificación generada por los arts. 51, 52 y 53 de la ley 14.394.

Existen legislaciones que, al no contemplar normas sobre indivisión testamentaria, la rechazan. El artículo 1115 del Código Civil del **Uruguay**, establece que “la partición de la herencia podrá siempre pedirse, cualquiera que sea la prohibición del testador o el pacto que haya en contrario, salvo lo que al respecto dispongan leyes especiales”<sup>9</sup>. **Brasil** cuyo Código Civil, artículo 2013, dice: “el heredero siempre puede requerir la partición, incluso cuando el testador la prohíba, correspondiendo igual facultad a los cesionarios y acreedores”<sup>10</sup>. En una postura similar se alinea el Código Civil del Distrito Federal de **México**, cuyo artículo 1768 dispone: “a ningún coheredero puede obligarse a permanecer en la indivisión de los bienes, ni aun por prevención expresa del testador”. Sólo la admite cuando la unanimidad de coherederos lo convenga (art. 1769).

En **Haití** se consagra la misma regla: “nadie puede ser obligado a permanecer en la indivisión; y la partición siempre puede ser provocada, no obstante prohibiciones y convenciones contrarias. Se puede sin embargo convenir suspender la partición durante un

tiempo limitado: esta convención no puede ser obligatoria más allá de cinco años; pero puede ser renovada” (art. 674 C.C.)<sup>11</sup>.

En la **República Dominicana**, el artículo 815 de su Código Civil dispone: “A nadie puede obligarse a permanecer en el estado de indivisión de bienes y siempre puede pedirse la partición, a pesar de los pactos y prohibiciones que hubiere en contrario. Puede convenirse, sin embargo, en suspender la partición durante un tiempo limitado; pero este convenio no es obligatorio pasados cinco años, aunque puede renovarse”.

En **Chile** “ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular será obligado a permanecer en la indivisión; la partición del objeto asignado podrá siempre pedirse con tal que los coasignatarios no hayan estipulado lo contrario. No puede estipularse proindivisión por más de cinco años, pero cumplido este término podrá renovarse el pacto (art. 1317 C.C.). Esta norma está reproducida en el artículo 1374 del Código Civil de **Colombia**; en el artículo 1360 del Código Civil del **Ecuador** y en el artículo 1225 del Código Civil de **Honduras**.

En **Guatemala**, “a ningún coheredero puede obligársele a permanecer pro indiviso en los bienes hereditarios ni aun por orden expresa del testador” (art. 1087 C.C.)<sup>12</sup>.

En **Panamá** se establece que “ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión; la partición de la herencia podrá siempre pedirse, con tal que los coherederos no hayan estipulado lo contrario. No puede estipularse indivisión por más de diez años; pero cumplido este término podrá renovarse el pacto” (art. 908 C.C.).

En **Perú**, el artículo 984 de su Código Civil dispone que “los copropietarios están obligados a hacer partición cuando uno de ellos o el acreedor de cualquiera lo pida, salvo los casos de indivisión forzosa, de acto jurídico o de ley que fije plazo para la partición”<sup>13</sup>.

La legislación de **Portugal** establece que cualquier coheredero o el cónyuge sobreviviente tiene el derecho a exigir la partición y que no se puede renunciar a este derecho aunque puede convenir que el patrimonio se conserve indiviso por cierto plazo, que no exceda de cinco años; es lícito renovar este plazo, una o más veces, por una nueva convención (art. 2101 C.C.). Por otro lado, el art. 2232, menciona “el no partir o dividir los bienes dejados a su muerte” entre las condiciones contrarias a la ley y que, lógicamente, no puede imponer el testador.

Según el Código Civil **suizo**, “cada heredero tiene el derecho de pedir en todo tiempo la partición de la sucesión salvo que esté obligado convencional o legalmente a permanecer en indivisión” (art. 604).

#### *b) Prerrogativa del testador de oponerse a la partición*

Otras estructuras jurídicas nacionales invisten al testador de esta facultad, como una prolongación *posmortem* de las atribuciones del *dominus* de disponer el destino de sus bienes para después de su muerte, aunque sometiendo la prerrogativa a particulares condiciones. Se alega que el testador es el dueño de los bienes y el que está en mejores condiciones para juzgar si, en el caso concreto de su deceso, es conveniente o no mantener la indivisión de los mismos o que se disuelva semejante indivisión por la partición que tiene efectos declarativos y retroactivos, a la fecha de la muerte del causante.

En los ordenamientos que otorgan al testador la facultad de imponer una indivisión hereditaria se distinguen dos grupos:

1) Aquellas estructuras que admiten la indivisión sólo cuando no afecta a herederos forzosos, los cuales están protegidos en su legítima y la cláusula de indivisión sólo puede afectar a la porción de libre disponibilidad; y

2) las legislaciones que admiten que la indivisión recaiga tanto sobre herederos voluntarios, legítimos como sobre los forzosos.

El sistema codicial que sólo admite la cláusula testamentaria de indivisión cuando no hay herederos legitimarios es el que mejor se compadece con las enseñanzas de la escuela liberal que preconiza el respeto a ultranza de las normas sobre legítima hereditaria como institución de orden público que hace a la organización de la propiedad privada y su transmisión. La legítima debe ser entregada al heredero libre e intacta. Por ello, ciertos autores afirman que la indivisión

testamentaria implica una limitación a la disponibilidad de la legítima. Y agregan que *“la legítima le viene al heredero de la ley, no de la voluntad del testador. Es así un derecho personal del heredero, en ejercicio del cual está autorizado para atacar los actos de causante que la comprometan”*<sup>14</sup> En esta postura se encolumnan las siguientes normativas:

El Código Civil del **Paraguay**, cuyo artículo 2525, manifiesta que *“si no hubiere herederos, podrá el testador ordenar que se mantenga la indivisión por un plazo no mayor de diez años. Al respecto, sostiene Pangrazio que la cláusula de indivisión sólo es válida si no hay herederos forzosos”*<sup>15</sup>.

Recayendo sobre un bien determinado o un establecimiento comercial o industrial, podrá extender el plazo, cuando hubiere menores, hasta que ellos hubieren llegado a la mayoría de edad...” y el artículo siguiente dispone que *“los coherederos podrán convenir que la indivisión continúe total o parcialmente, por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de partir en forma provisional el uso y goce de los bienes, por acuerdo unánime de los interesados...”*.

El Código Civil de **Venezuela**, estipula en el artículo 1067: *“cuando todos los herederos instituidos o algunos de ellos sean menores, el testador puede prohibir la partición de la herencia hasta un año después que hayan llegado a la mayor edad los menores...”*.

La legislación de **Puerto Rico** dispone que *“ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, a menos que el testador prohíba expresamente la división. Esta prohibición no alcanzará a los bienes que constituyen la legítima de los herederos. En todo caso, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad”* -Código Civil, 1930, art. 1005 (§ 2871)-<sup>16</sup>.

2) Las normativas que admiten establecer la indivisión, aunque haya herederos forzosos, consideran que esta restricción es una excepción al principio de intangibilidad de la legítima según el cual el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas por la ley y si lo hiciera se tendrán por no escritas. La defensa absoluta de la integridad de la legítima constituye una secuela, propia de una concepción dominial individualista. Hoy resulta anacrónica y superada por los modernos lineamientos jurídicos sociofamiliares. La protección plena y cabal de la familia y de los menores e incapaces son principios jerárquicos superiores frente a los cuales, las *“intocables”* normas sobre la legítima deben ceder y compatibilizarse, tal como ocurre con el bien de familia y el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

Bibiloni, en su Anteproyecto de Código Civil, en caso de existir herederos legitimarios regula la posibilidad del testador de imponer la indivisión, admitiendo que *“si los herederos son forzosos podrá prohibir de igual manera la división cuando existan uno o varios menores, hasta que haya llegado el último de ellos a la mayor edad. Podrá extender en este caso, la prohibición a los bienes gananciales por el tiempo que le sobreviva su cónyuge, aunque todos los herederos sean mayores”*<sup>17</sup>.

Respecto de los herederos legítimos no forzosos y los testamentarios se alega que, así como el testador puede excluirlos, no dejándoles nada, del mismo modo, en caso de llamarlos a suceder instituyéndolos como herederos, está facultado para aumentar o retacear el beneficio, a su voluntad y de acuerdo a sus pautas personales. Al respecto, Guaglianone recuerda que *“toda liberalidad puede hacerse bajo condición (o con determinadas cargas), aunque imponga algún sacrificio a quien se beneficie con ella”*<sup>18</sup>.

Cuando la indivisión se impone incluso a los herederos forzosos, agrega Bibiloni que se tratará de *“herederos hijos o esposos, a quienes el jefe de familia protege, en vista de muchas circunstancias que conoce íntimamente, mejor que la ley, y mejor que los jueces, para salvarles la herencia, que considera en peligro...”*<sup>19</sup>.

A menudo, la cláusula testamentaria de indivisión suele perseguir propósitos vinculados con la protección del heredero, de su familia, de su vivienda y la continuidad de empresas iniciadas por el causante. Estando en juego la protección constitucional de la familia (art. 14 bis CN) la restricción debe prevalecer respecto de los fundamentos de la legítima hereditaria.

Es común que un padre o un ascendiente que, teniendo hijos o nietos con importantes compromisos patrimoniales insatisfechos, advierta que, en condiciones normales, al producirse su deceso (y la instantánea transmisión hereditaria de sus bienes a semejantes sucesores), es previsible que los acreedores personales de los herederos generen una inmediata persecución sobre el caudal heredado para cobrarse -al fin- su acreencia impaga. Con lo cual podría esfumarse la herencia al sucesor insolvente. Para proteger a su familia de tal riesgo, impone en su testamento una cláusula de indivisión por el lapso máximo permitido por la ley. De esta manera resguarda temporalmente a la familia de sus herederos respecto de la absorción de los bienes heredados por parte de los acreedores de los mismos. Y, directa o indirectamente, salvaguarda patrimonial y habitacionalmente al grupo familiar del heredero perdulario.

Frente a esta prevención patrimonial del testador (generalmente un ascendiente) los acreedores personales de los herederos no pueden sentirse defraudados o frustrados en sus expectativas porque, al nacer la relación creditoria con su deudor, no contabilizaban, entre las garantías de cobro, con los beneficios que pudieran derivarse de una eventual sucesión a favor de ese mismo deudor.

También suele suceder que el testador, al imponer la indivisión, busque proteger temporáneamente al heredero de su prodigalidad, mala administración, ligereza, etc., circunstancias que podrían provocarle la desaparición infructuosa de los bienes heredados.

---

### Legislaciones que se enrolan en este sistema

Según el Código Civil **español**, (art. 1051) el testador puede prohibir expresamente la división de la herencia, sin límite de tiempo (cuestión discutida en doctrina). En **Navarra**, se puede establecer la indivisión hasta que el heredero más joven llegue a los 25 años o contraiga matrimonio y, salvo los supuestos consignados, por un máximo de diez años (ley 331). El Código de las sucesiones de **Cataluña** dice que “el causante puede ordenar, y los herederos convenir unánimemente que, tanto respecto de la herencia como de bienes concretos de la misma, no es procedente la partición durante un término que no podrá exceder los dos años a contar desde la apertura de la sucesión. Este término puede llegar a los quince años respecto del inmueble que sea la residencia habitual de uno de los coherederos si este es cónyuge o hijo del testador...” (art. 45).

En **Alemania**, dice el artículo 2044, del BGB: “1. El causante puede excluir la partición por disposición de última voluntad en relación al caudal relicto o a objetos particulares del mismo, o hacerla depender de la observancia de un plazo de denuncia... 2. La disposición se hace ineficaz si han transcurrido treinta años desde la producción de la muerte del causante. El causante puede, sin embargo, ordenar que la disposición deba valer hasta la producción de un determinado acontecimiento en la persona de un coheredero...”<sup>20</sup> (por ejemplo, llegar a la mayoría de edad, recuperar la capacidad, etc.).

En **Québec** “el testador puede, por un motivo serio y legítimo, disponer que la partición sea total o parcialmente diferida durante un tiempo limitado. Puede también ordenar que la partición sea diferida si, para perfeccionar la ejecución de sus últimas voluntades, los poderes y obligaciones del liquidador deban continuar ejercidos a otro título” (art. 837, C.C. quebécois).

“El mantenimiento de la indivisión puede solicitarse al tribunal por todo heredero que, antes del deceso, participaba activamente en la explotación de la empresa, o vivía en la residencia familiar” (art. 841).

En **Italia** (art. 713 C.C.), “los coherederos siempre pueden demandar la división; sin embargo, cuando todos los *herederos instituidos* o algunos de ellos sean menores de edad, el testador puede disponer que la división no tenga lugar antes del transcurso de un año de la mayoría de edad del último nacido. También puede disponer que la división de la herencia o de algunos bienes de ella no tenga lugar antes que haya transcurrido desde su muerte un término que no exceda el quinquenio. En ambos casos, cuando una grave circunstancia lo requiera, la

autoridad judicial, a instancia de uno o de varios coherederos, puede consentir que la división se efectúe sin demora o después de un término menor que aquel establecido por el testador”.

En **Bélgica**, se establece un sistema intermedio ya que “si entre los herederos en línea recta del esposo premuerto, se encuentran uno o varios menores, la indivisión de los bienes gravados por el usufructo del cónyuge sobreviviente en virtud del artículo 745 bis o del artículo 915 bis del CC, sea a pedido de uno de los interesados **sea de oficio**, pero con la conformidad del consejo de familia, puede ser mantenida por el juez de paz por un término o por términos sucesivos que no se prolonguen más allá de la mayoría de edad del heredero menor más joven (Anexo I, al Código Civil, Petits héritages, artículo 3).

El Código Civil de **Japón** (art. 908) dispone que “el causante podrá determinar en su testamento..., prohibir la partición por un plazo no superior a cinco años”. Según los traductores y anotadores de este Código <sup>21</sup>, en Japón, se imponen límites legales a la libertad de la partición cuando, entre los principios generales sobre división de herencia, el Código Civil establece que deberá realizarse atendiendo “a la especie y naturaleza de las cosas y de los derechos del haber hereditario, **a la edad, ocupación, estado físico y psíquico, condiciones de vida de cada uno de los herederos y otras circunstancias**” (art. 906). Esta norma, modificada por la ley 51 del 17 de mayo de 1980, introdujo, en la frase final del artículo “para asegurar, entre otras cosas, que el cónyuge viudo conservara la vivienda”; pero es útil para otros supuestos, como el referido a instrumentar un medio de protección de la vivienda de los hijos menores del *de cuius* o de los incapaces que se encontraban a su cargo a la fecha del deceso. Completando la idea, el artículo 907, tercer párrafo prescribe: “si concurre alguna circunstancia especial, el Juzgado de Familia **podrá prohibir la partición total o parcial** de la masa hereditaria durante un período de tiempo”.

En **Bolivia**, el Código Civil, artículo 1233 expresa que “el testador, aduciendo un interés serio, puede disponer que la división de la herencia o de algunos bienes comprendidos en ella no tenga lugar antes de transcurrido, desde su muerte, un plazo no mayor de cinco años. Sin embargo la autoridad judicial, mediando circunstancias graves, a instancia de uno o varios coherederos, puede autorizar la división antes de cumplirse el plazo establecido por el testador”. El artículo 1237 dispone que “en la división de bienes hereditarios no se pueden comprender los bienes constituidos en patrimonio familiar <sup>22</sup> hasta que el último de los beneficiarios menores llegue a la mayoría”.

En nuestro país, el **Proyecto de Código Civil de 1998** se adhirió al sistema que reconoce al testador la facultad de imponer la indivisión, siguiendo, en lo sustancial, las pautas de los artículos 51 y siguientes de la ley 14394. Así, se establece:

Artículo 2279. *Indivisión impuesta por el testador.* El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez (10) años.

Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores, hasta que todos ellos hayan llegado a la mayoría de edad:

B) Un bien determinado.

C) Un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica.

D) Las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual sea principal socio o accionista.

En ambos casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste.

El tribunal puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad”.

*Facultad de los jueces*

En las legislaciones que admiten la indivisión (impuesta por la ley, el testador o convenida) es común que se faculte al juez a levantar la restricción toda vez que se solicite la partición, alegando y probando que la indivisión es motivo de discordia irremediable entre los herederos o que no existe posibilidad de acuerdo respecto de la administración del o de los bienes indivisos (arts. 1223 y 1224 **Código de Luisiana**)<sup>23</sup>.

En **Brasil** “a requerimiento de cualquier interesado y si graves razones lo aconsejaren, puede el juez determinar la división de la cosa común antes del plazo” (art. 1320 § 3º, C.C.).

Entre nosotros, “el juez puede conceder licencia para la venta de bienes raíces... cuando el pupilo posea un inmueble con otra persona, y la continuación de la comunidad le fuese perjudicial...” (art. 438, inc. 5º, C.C. **argentino**).

Conforme a las tendencias actuales en derecho de familia, las leyes modernas al respecto se complementan con la concesión de amplias facultades otorgadas a los jueces no solo para dejar sin efecto una indivisión establecida sino que también se los suele facultar para disponer indivisiones u otros mecanismos jurídicos siempre que las circunstancias lo aconsejen en protección de menores o incapaces, cuando así lo exija el interés familiar<sup>24</sup> o sea conveniente para la continuación de la actividad económica de la familia.

Así, en **Québec**, “a pedido de un heredero, el tribunal puede, a fin de evitar una pérdida, aplazar una partición inmediata de todo o parte de los bienes y mantener la indivisión a su respecto” (art. 843 C.C.). “El mantenimiento de la indivisión tiene lugar bajo las condiciones fijadas por el tribunal; no puede, sin embargo, ser acordada por una duración superior a cinco años, salvo acuerdo de todos los interesados. Puede ser renovada hasta la muerte del cónyuge o hasta la mayoría del más joven de los hijos del difunto” (art. 844). El tribunal puede ordenar la partición cuando los motivos que justificaron la indivisión hubieren cesado, o ésta se ha vuelto intolerable o presenta graves riesgos para los herederos (art. 845). También suele habilitarse a los herederos para satisfacer a aquel que se oponga al mantenimiento de la indivisión pagando ellos mismos su parte o atribuyéndoles, previa valuación, ciertos otros bienes de la sucesión (art. 846).

Los pactos de indivisión y su admisibilidad por los ordenamientos jurídicos.

Existen ordenamientos civiles que desconocen el valor de los pactos de indivisión. Tal sucedía en nuestro país mientras se mantuvo la vigencia exclusiva del artículo 3452 según el cual “los herederos, sus acreedores y todos los que tengan algún derecho declarado por las leyes, pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador o convenciones en contrario”. Esta norma es reproducida por el artículo 1349 del Código Civil de **Nicaragua**. En igual sentido el código **uruguayo** (art. 1115) y el **brasileño** en el artículo 2013 transcripto *supra*. La principal objeción que se le hacía a esta norma consistía en el desconocimiento que implicaba respecto de la libertad de contratar porque el precepto “impide que los herederos, existiendo unanimidad de pareceres, convengan por un plazo prudente la indivisión”. Tal acuerdo no es contrario a las leyes ni a la moral ni al orden público. Por ello, Ovejero, sostenía que “el sistema de nuestro código resulta,..., no solamente anárquico e inorgánico, sino extremo”<sup>25</sup>.

Pero existen numerosos ordenamientos en los que, si bien declaran ineficaz cualquier prohibición para partir la herencia, se admite que los coherederos puedan convenir la indivisión por períodos determinados, generalmente prorrogables por los mismos sucesores. Así, en **Guatemala** se establece que “sólo puede suspenderse una partición, en virtud de convenio expreso de los interesados y por un término que no pase de tres años” (art. 1086 C.C.). En el Distrito Federal de **México**, el artículo 1769 del Código Civil estatuye: “puede suspenderse la partición en virtud de convenio expreso de los interesados. Habiendo menores entre ellos, deberá oírse al tutor y al Ministerio Público, y el auto en que se apruebe el convenio, determinará el tiempo que debe durar la indivisión”.

En el Proyecto de Código Civil de 1998, el artículo 2280 dispone que “los herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no

exceda de diez (10) años, sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes.

Si hay herederos incapaces, el convenio concluido por sus representantes legales requiere aprobación judicial.

Estos convenios pueden ser renovados por igual plazo al término del anteriormente establecido.

El pacto con relación a bienes registrables debe ser inscripto en los registros respectivos, para los efectos previstos en sus ordenamientos.

Cualquiera de los coherederos puede pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que medien causas justificadas”.

### **Indivisión hereditaria como instrumento de protección familiar**

La casa hogar está signada por el riesgo de su posible ejecución o por una demanda de división en los supuestos en que exista una copropiedad sobre ella constituida por un acto de última voluntad, de un contrato o de la ley (art. 2675).

Parafraseando a Bibiloni, al influjo del artículo 3452, la muerte del propietario de un vivienda familiar puede significar el desamparo, la desprotección y la pérdida de toda vivienda para los huérfanos menores o incapaces que en ella habiten, bastando que cualquier heredero impaciente, distanciado o desafecto de su familia, o alguno de sus acreedores, atendiendo a su solo interés económico individual, solicite la división para que se actualice el riesgo señalado.

A veces la propia situación patrimonial de los herederos mayores es tan comprometida que los bienes hereditarios, lejos de satisfacer sus necesidades habitacionales, son absorbidos por las deudas personales que sobre ellos inciden, gracias al “celo” de sus acreedores en la cobranza de sus créditos.

Uno de los instrumentos aptos para paliar estas desventuras es la indivisión hereditaria temporaria respecto de la que, como queda consignada, hay doctrina, jurisprudencia y legislación nacional y comparada disonante.

Compartimos el pensamiento de Guaglianone considerando que a través de la ley 14.394, el individualismo excesivo del código ha desaparecido... dando lugar a un nuevo espíritu y a preceptos que subordinan el derecho personal de los copartícipes y de los acreedores de los herederos a intereses de relevancia mayor, cuales son el *favor familiae*, el *favor minoris*, la protección de los huérfanos, incapaces, ancianos y discapacitado (art. 75, inc. 23 CN) y la defensa de empresas familiares susceptibles de un progreso económico respetable, impidiendo su división prematura frente al peligro de destruirse por la división forzada y caprichosa, exigida abusivamente por uno de los copartícipes o de los acreedores que se subroguen en sus derechos.

### **Las indivisiones autorizadas por la ley 14.394 y sus efectos**

El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o en caso de haber herederos menores, hasta que todos ellos hayan llegado a la mayoría de edad, un bien determinado o un establecimiento que constituya una unidad económica (art. 51).

Los herederos podrán convenir que la indivisión perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda los diez años, sin perjuicio de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes (art. 52). Los convenios pueden renovarse al término del lapso.

Durante la indivisión los acreedores de los copropietarios no podrán ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal del mismo; pero podrán cobrar sus créditos con las utilidades de la explotación correspondiente a su respectivo deudor (art. 55, ley 14.394). Estas normas, tal como



lo consignamos más arriba, se han reproducido casi textualmente en el Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 2279, indivisión impuesta por el testador).

Los coindivisarios quedarán al abrigo de la acción de sus acreedores personales respecto de los bienes indivisos por deudas anteriores o posteriores a la adquisición del inmueble indiviso heredado.

### **Fundamentos de la indivisión y posibles aplicaciones prácticas**

Si la indivisión hereditaria impuesta por el testador o convenida por los coherederos (arts. 51 y 53 ley 14.394) reconoce como entramado teleológico que la inspira al amparo de intereses familiares superiores (vivienda, empresas familiares, habitación del cónyuge supérstite) tales intereses deben prevalecer respecto de las pretensiones de alguno de los coindivisarios, o de otros terceros interesados (*como la aspiración de los acreedores del heredero de ejercer los derechos persecutorios que como tales les competen*).

a) Este instrumento puede utilizarse como sustitutivo de la declaración de bien de familia cuando no se den las condiciones legales para afectar por testamento el inmueble hogar a esta protección (art. 44, ley 14394), por ejemplo, establecer indivisión respecto de inmuebles vivienda familiar que supera el valor máximo para afectarla como bien de familia.

Como la indivisión testamentaria no requiere que se trate de una sucesión intestada, los herederos beneficiarios pueden no tener entre sí, ninguno de los vínculos parentales comprendidos en el grupo familiar definido por el art. 36 ley 14.394; por ejemplo, podrían ser beneficiarios de la indivisión un hermano del causante y la concubina de aquel, con hijos menores de uniones anteriores, cuya vivienda ha resuelto proteger el testador mediante una cláusula de indivisión.

Este resorte jurídico también puede servir de símil a la declaración de bien de familia a favor de otros parientes del testador no incluidos entre los posibles beneficiarios del citado art. 36, por ejemplo, instituir herederos, con cláusula de indivisión a parientes afines, hijastros, yernos, suegros; o a colaterales lejanos del testador, no parientes entre sí (primos, sobrinos nietos, -sean menores huérfanos o mayores- que, por estar dentro del cuarto grado de colateralidad respecto del constituyente y ser extraños entre sí, escapan a la posibilidad de constituir el grupo familiar protegido o definido por la ley <sup>26</sup>. Puede tratarse de ancianos o minusválidos que sean o no familiares cercanos o lejanos entre sí o que carezcan de todo parentesco recíproco, respecto de los cuales no procedería designarlos como beneficiarios de un bien de familia (arts. 36 y 44, ley 14394).

En todos los casos ejemplificados, no habiendo legitimarios, bastará que a los beneficiarios se los instituya herederos con cláusula de indivisión por el tiempo máximo previsto para cada situación concreta. De esa manera, la protección brindada a través de la indivisión sería similar a la otorgada por la figura del bien de familia <sup>27</sup>.

### **Publicidad y oponibilidad**

Respecto de la eficacia y oponibilidad frente a terceros de la cláusula de indivisión, existe poca claridad en nuestra doctrina. Según el artículo 54, “la indivisión hereditaria no podrá oponerse a terceros sino a partir de su inscripción en el registro respectivo”.

Pensamos que la solución podría distinguir el origen de la indivisión:

a) Si se trata de indivisión impuesta por el causante en un testamento, regiría desde el momento en que se opera la transmisión de los derechos, es decir, desde el momento del deceso del causante (nota al art. 3282 C.C.). Según Guaglianone, en este supuesto no es necesaria la inscripción en el registro para que los terceros acreedores o interesados se hallen limitados en el ejercicio de sus acciones respecto de los bienes comprendidos en la indivisión; de otra manera,

sería dable burlar la voluntad del testador mediante acuerdo entre sus derechohabientes con intereses distintos de los del causante para abstenerse de inscribir la indivisión que, así, sería ineficaz respecto de terceros<sup>28</sup>. Esto es una consecuencia del carácter declarativo de los derechos transmitidos. Se transmitieron con cláusula de indivisión.

b) En cambio, tratándose de indivisiones convenidas por los coindivisarios, o impuestas por el juez, regirá desde el momento de la inscripción en los registros respectivos.

#### NOTAS:

<sup>1</sup> Primer Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, Imprenta de la Universidad, Córdoba, 1928, págs. 144 y 145.

<sup>2</sup> Juan Antonio BIBILONI, *Reforma del Código Civil. Anteproyecto*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, Editor, 1931, t. V, pág. 175

<sup>3</sup> *Reforma del Código Civil. I. Antecedentes – II. Informe – III. Proyecto*, Buenos Aires, Gmo. Kraft Ltda. Soc. Anón. de Impresores Generales, 1936, t. I, pág. 52

<sup>4</sup> Con la parcial colaboración de los Dres. Roberto Ponssa, Jorge Mazzinghi, Jorge Bargalló Cirio y Ricardo Alberdi.

<sup>5</sup> Integrada por Augusto Belluscio, Salvador Bergel, Aída Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo Zannoni.

<sup>6</sup> En el texto se sintetiza el dictamen que la Academia remitió a la presidente de la Comisión de Legislación General y Familia de la Cámara de Diputados de la Nación elevando a su consideración el informe solicitado respecto de los Proyectos de ley sobre Régimen Patrimonial del Matrimonio: Expte. N° 1482-D-07 (T.P. N° 28); (Expte. N° 3925-D-07 (T.P. N° 100); Expte. N° 5431-D-07 (T.P. N° 159).

<sup>7</sup> Dora BAGDASSARIAN y Mabel RASINES DEL CAMPO, *Partición extrajudicial*. Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2003, pág. 39.

<sup>8</sup> Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit Civil. Les Successions. Les libéralités*, Paris, Edition Cujas, 1993, pág. 473, N° 933 : “le de cujus ne pourrait imposer aux héritiers de rester dans l’indivision”.

En la actualidad el primitivo artículo 815 del Código Napoleón se encuentra modificado por ley 76-1286, de diciembre de 1976 que le incorporó 18 nuevos incisos en los que se reglamentan las diversas situaciones de indivisión, la acción de partición y los derechos y obligaciones de los coindivisarios durante la indivisión. Con posterioridad, la ley 2006-728 del 23 de junio de 2006 introdujo otros cambios al régimen legal de la indivisión. Ambas reformas, atemperan el sistema originario.

<sup>9</sup> Como la referida a bien de familia.

<sup>10</sup> Sin embargo, el artículo 1320, § 2°, indirectamente, habilita al testador para imponer la indivisión de una cosa común por un plazo que “no podrá exceder de cinco años”.

<sup>11</sup> Pierre-Louis MENAN, *Code Civil Haïtien*, Port-au-Prince, décembre, t. I, 1993.

<sup>12</sup> Los textos transcritos del Código de Guatemala se han tomado de la Revista Española Información Jurídica N° 276-277, mayo-junio págs. 113 y 114, Madrid, 1966.

<sup>13</sup> El art. 993 prevé los pactos de indivisión: “los copropietarios pueden celebrar pactos de indivisión por un plazo no mayor de cuatro años y renovarlo todas las veces que lo juzguen conveniente... Para que produzca efectos contra terceros, el pacto de indivisión debe inscribirse en el registro correspondiente. Si median circunstancias graves el juez puede ordenar la partición antes del vencimiento del plazo”.

<sup>14</sup> Salvador FORNIELES, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Buenos Aires, TEA, 1958, t. II, pág. 101, N° 91, 91 bis y 92.

<sup>15</sup> Miguel Angel PANGRAZIO, *Código Civil paraguayo comentado, Libro Quinto*, art. 2525. Asunción, Paraguay, Intercontinental Editora, 1995.

<sup>16</sup> *Código Civil de Puerto Rico Comentado*, publicado por Equity Publishing Corporation. Printed in U.S.A., reimpresión de julio 1987.

<sup>17</sup> Juan A. BIBILONI, *Reforma del Código Civil. Anteproyecto*, Buenos Aires, 1931, t. 4, art. 16, cap. II, pág. 250.

<sup>18</sup> Horacio Aquiles GUAGLIANONE, “La indivisión hereditaria pactada o impuesta y la ley 14.394”, J.A., 1956-II, sec. Doctrina, pág. 76;

<sup>19</sup> Juan Antonio BIBILONI, *Reforma del Código Civil. Anteproyecto*, Buenos Aires, 1931, t. 4, pág. 254.

<sup>20</sup> Emilio EIRANOVA ENCINAS, *Código Civil alemán comentado*, BGB, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, pág. 563. Según BIBILONI (ob cit., pág. 253), el artículo 2044 del BGB consagra una facultad del testador que recae tanto sobre herederos testamentarios como sobre herederos forzosos.

<sup>21</sup> Rafael DOMINGO y Nabuo HAYASHI, *Código Civil japonés*, Madrid Ediciones Jurídicas y Sociales, Marcial Pons, 2000, pág. 273 nota 47, al pie.

<sup>22</sup> Según el art. 31 del Código de la Familia, “el patrimonio familiar comprende un inmueble o una parte del mismo destinado a la vivienda, pudiendo agregársele los muebles de uso ordinario”.

<sup>23</sup> Históricamente, el Código Civil de **Luisiana** dejó de lado la postura prohibitiva del Código Napoleón, y dispuso: “... Si el padre u otro ascendiente ordena en su testamento que no se haga partición entre sus hijos o nietos menores llamados a la herencia, durante el tiempo de su minoridad, esa prohibición será respetada hasta que uno de los hijos o nietos llegue a la mayoría y pida la partición” (Código de **Luisiana** art. 1224, ahora derogado). Los primitivos artículos 1223 y 1224 han sido derogados por el Acts 1960, N° 30, § 2, eff. Jan. 1, 1961.

<sup>24</sup> En **Chile** se dispone que durante el matrimonio, **el juez**, prudencialmente (teniendo en cuenta el interés de los hijos y las fuerzas patrimoniales de los esposos) podrá constituir a favor del cónyuge no propietario, derechos de usufructo, uso o habitación sobre los bienes familiares. La declaración judicial al respecto sirve de título, a todos los efectos legales. Esta constitución de derechos sobre bienes familiares será oponible a los acreedores de fecha posterior; es decir, no perjudica los derechos de los acreedores del cónyuge propietario anteriores a la fecha de constitución. Tampoco aprovecha a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento (art. 147 C.C.).

En el Código Civil de **Québec**, el art. 840 dispone que “la indivisión puede también se mantenida respecto de la residencia familiar o de los muebles que constituyen su ajuar, incluso en el caso en que un derecho de propiedad, de usufructo o de uso sea atribuido al cónyuge supérstite”. El art. 841 agrega que “El mantenimiento de la indivisión puede ser solicitada al tribunal por todo heredero que, antes del deceso, participaba activamente en la explotación de la empresa (familiar) o habitaba en la residencia familiar”. El art. 844 dispone que “el mantenimiento de la indivisión tendrá lugar en las condiciones fijadas por el tribunal; sin embargo, no puede ser acordada por un término superior a cinco años, salvo acuerdo de todos los interesados. (La indivisión) puede ser renovada hasta la muerte del cónyuge o hasta la mayoría de edad del hijo más joven del difunto.

<sup>25</sup> D. OVEJERO, “Algunas observaciones al Anteproyecto Bibiloni en materia de sucesiones”, J.A., t. 44, Sec. Doctrina, pág. 32.

<sup>26</sup> Según Elías P. GUASTAVINO, *Bien de familia*, 2ª ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1985, t. II, N° 396, pág. 169, para constituir un bien de familia “los beneficiarios deben estar emplazados en un determinado estado de familia en relación al constituyente, pues deben unirse a él por alguna de las vinculaciones familiares determinadas en el artículo 36 de la ley 14.394. Únicamente en el supuesto de haber sido constituido el bien de familia por un tercero, no es necesaria la vinculación señalada entre los beneficiarios y el constituyente, la que es reemplazada por una necesaria vinculación familiar entre el adquirente del derecho de dominio y los beneficiarios del bien de familia”.

<sup>27</sup> Siendo varios los herederos con cláusula de indivisión, las dificultades de una convivencia en tales condiciones pueden paliarse a través de la partición temporaria del uso y goce de los bienes entre los copartícipes (art. 52, ley 14394)

<sup>28</sup> Horacio Aquiles GUAGLIANONE, ob. cit., pág. 91, primera columna.

# SUCESIONES

## EN EL DERECHO ARGENTINO SÓLO ES HEREDERO QUIEN QUIERE SERLO

por ROBERTO MIGUEL NATALE

La ley de fondo argentina permite tomar la herencia a los que invoquen un derecho hereditario igual o más lejano que el de aquellos que no se presentaron por ausencia o inacción (art. 3424 C.C.)<sup>1</sup>, y no los torna de mala fe el hecho de conocer la existencia de tales herederos, salvo que además supieran que los mismos no se presentaron a la sucesión porque ignoraban la muerte del causante (arg. arts. 3428 y 3282 y nota C.C.)<sup>2</sup>, pero en tal supuesto el cargo de la prueba de la eventual mala fe del heredero poseedor de la herencia corresponde a los herederos excluidos. Al interesado le basta, pues, para el dictado de la declaratoria de herederos, con la invocación y prueba de su título. No tiene por qué justificar el título hereditario de otros parientes, ni demostrar que no existen otros<sup>3</sup>. Ello tiene sustento en la misma publicación de edictos, que está diciendo que el interesado no está constreñido a la prueba de la inexistencia de otros pretendientes que lo excluirían o concurrirían con él<sup>4</sup>.

“El heredero que se presenta, no tiene por qué justificar la premuerte de otro heredero, ni siquiera de grado preferente. Basta que acredite la ‘inacción’ de éste (art. 3428 C.C.). Y la inacción queda patentizada ante lo infructuoso de la citación por edictos, que en el caso se ha llenado cumplidamente. Con ello, el heredero presentado y declarado, es de toda buena fe (mismo precepto). Para que pudiera resultar de mala fe, sería menester probarle que sabía que el heredero incompareciente no se había presentado ‘por ignorar que la sucesión le había sido deferida’... Por lo demás, se comprende que obligar al heredero que se presenta a probar el fallecimiento o la ausencia de los otros eventuales coherederos, es obligarle a cosas imposibles. Puede ser que no sepa si han fallecido o no. Puede ser que conozca la circunstancia del fallecimiento y que ignore época y lugar. Es posible que ni sepa dónde se pueden encontrar. Bastante hace, entonces, con citarlos por edictos...: con ello, la ‘inacción’ legal está más que justificada, y de esa inacción resulta o que el heredero ha fallecido o está ausente o no sabe que la sucesión se ha abierto o no tiene interés. Como quiera, lo positivo es que no comparece y el derecho se hace para los diligentes: *jura vigilantibus et non dormientibus succurrunt*”<sup>5</sup>.

Los edictos publicados no bastarían cuando existan herederos con domicilio conocido, pues deben entonces ser citados directamente. Esto es entendible desde el punto de vista procesal, porque genéricamente son nulas las notificaciones efectuadas por edictos si se conocía el domicilio (arg. art. 69 CPCSF)<sup>6</sup>. Pero no lo es frente a la ley sustancial que permite tomar la herencia a los que invoquen un derecho hereditario igual o peor que aquellos que no se han presentado por ausencia o inacción (art. 3424 C.C.); y lo que es más aún la sola circunstancia de tener conocimiento de la existencia de esos otros herederos no los torna de mala fe, sino que es necesario además -o sea que se trata de requisitos acumulativos- que sepan que ellos no se han presentado a recoger la sucesión porque ignoraban que les fuese deferida, es decir la apertura de ella o, lo que es lo mismo, la muerte del causante (arg. arts. 3428 y 3282 y nota C.C.)<sup>7</sup>. Dicho en pocas palabras: quien invoque mala fe del poseedor de la herencia deberá probar que conocía que existían herederos de igual o mejor derecho y que “sabía que no sabían” la muerte del *de cuius*.

“Si el que aspira a la herencia sabe que hay otro pariente más próximo que ignora la apertura de la sucesión, antes de tomar posesión de los bienes hereditarios, debe hacérselo saber, porque la inactividad como heredero del pariente más próximo se debe a un vicio de la voluntad, la ‘ignorancia’ de la muerte del causante (art. 922)<sup>8</sup> que excluye la conducta voluntaria de no presentarse. Para hacer conocer al heredero más próximo la apertura de la sucesión, no bastará la publicación de edictos, sino que requiere una notificación personal. Pero no es necesario poner en conocimiento la iniciación del juicio sucesorio. Si el heredero con mejor derecho, a pesar de haber sido notificado, se mantiene inactivo, el otro puede tomar la posesión de la herencia sin incurrir en la calificación de mala fe”<sup>9</sup>.

Por lo tanto, no corresponde notificar especialmente a las personas que no se hubieran presentado en autos y cuya existencia fuera denunciada en calidad de parientes del causante. La

ausencia o inacción de ellos no perjudica la marcha del trámite del juicio ni suspende la declaratoria, ni puede ser obstáculo para la validez de la transmisión<sup>10</sup>.

Por los mismos motivos, tampoco es necesario el nombramiento y actuación del defensor de ausentes para resguardar los derechos de posibles herederos, denunciados o no, con domicilio conocido o ignorado, que no se presenten. Las normas de los códigos procesales que así lo ordenan, pugnan con las disposiciones del Código Civil y perturban su economía en materia de ausencia o de inacción al quitar estabilidad a las situaciones contempladas por la ley de fondo, privando a los herederos presentados del goce de un estado establecido por ésta y de la ventaja que importa la posesión continuada de la herencia por un término más o menos largo. Con el reconocimiento de la posibilidad que atacamos el art. 3424 C.C. -que permite, ante la inacción del heredero legítimo o testamentario, el ejercicio de la acción de petición de herencia a los parientes más lejanos que se encuentren en grado sucesible contra el tenedor de ella, sin que éste pueda alegar que existen parientes más próximos- nunca recibiría aplicación<sup>11</sup>.

No obstante el claro texto del art. 3428 C.C., que -repetimos- alude a la ignorancia del deferimiento de la sucesión, en pugna con el recto sentido de la ley que venimos marcando, se ha considerado de mala fe a los parientes que han hecho omisión de un heredero del mismo grado si, pese a conocer su existencia y domicilio, no acreditan haber realizado gestión alguna para que intervenga, aun cuando no pueda alegar ignorancia de que la sucesión se le defería, ya que había asistido al sepelio del causante<sup>12</sup>.

Se debe prescindir del heredero que no comparece, y sin designarle defensor de ausentes, se debe proseguir el trámite de la causa, no debiendo incluirse en la declaratoria de herederos. La omisión de la citación directa a los herederos que tengan domicilio conocido no es causal de nulidad de las actuaciones, y conforme al sistema del Código Civil, sólo están habilitados a plantear por la vía que corresponda sus pretensiones sobre la herencia<sup>13</sup>.

De manera entonces que la declaratoria de herederos solamente será dictada a favor de los herederos que han acreditado su título a la herencia y soliciten además expresamente que el juez los declare tales. Se define así una cuestión controvertida en la doctrina y jurisprudencia, y optamos por el criterio predominante: no puede ser declarado heredero quien no comparezca al juicio sucesorio ni solicite al juez su inclusión en la declaratoria de herederos, pues se trata de un llamado cuya vocación se perfecciona con la aceptación (arg. arts. 3319, 3323 y concs.)<sup>14</sup>. Además, la justicia no puede suplir de oficio la voluntad de las partes; por lo que la inclusión en la declaratoria de herederos requiere del interesado una categórica manifestación de voluntad en tal sentido<sup>15</sup>.

Sin embargo, se ha hecho la salvedad del cónyuge supérstite en razón de que mantiene su titularidad sobre su parte de gananciales al margen de su comparencia al proceso, de manera que su eventual inacción procesal no puede afectar derechos fundados en el régimen patrimonial matrimonial<sup>16</sup>.

En síntesis: en principio, procede declarar heredero exclusivamente a quien ha manifestado su voluntad de ser incluido en el auto respectivo de declaratoria de herederos. O sea que, salvo la circunstancia que se hayan ocultado o sustraído bienes de la sucesión -en que concomitantemente se adquiere la calidad de heredero y, además, se pierde el beneficio de inventario, asumiéndose la calidad de aceptante puro y simple, en virtud de la realización de un acto de aceptación tácita incompatible con el carácter de heredero beneficiario (arg. arts. 3319, 3331, 3329, 3363, 2º párr., y 3405 C.C.)<sup>17</sup>- en nuestro régimen a nadie se le impone la calidad de heredero.

“Ningún texto procesal ni de fondo impone a los herederos presentados en el juicio sucesorio, la obligación de determinar la inexistencia de herederos de grado preferente o concurrentes y ni siquiera el solo conocimiento de que los hubiera los convertiría en poseedores de la herencia de mala fe, ya que para ello no basta saber que la sucesión también es deferida a otra persona, sino que es también necesario que se conozca que ésta no se ha presentado a recoger la sucesión por ignorar que le fuese deferida (art. 3428 C.C.)”<sup>18</sup>.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Art. 3424: “En caso de inacción del heredero legítimo o testamentario, la acción corresponde a los parientes que se encuentran en grado sucesible, y el que la intente no puede ser repulsado por el tenedor de la herencia, porque existan otros parientes más próximos”.

<sup>2</sup> Art. 3428: “El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. Los parientes más lejanos que toman la posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a este último. Pero son de mala fe, cuando conociendo la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida”.

Art. 3282: “La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley”, y en su nota se lee que “la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en un mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo; son indivisibles...”.

<sup>3</sup> J.C. RÉBORA, *Derecho de las sucesiones*, 2ª ed., Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1953, t. III, parág. 748; S. FORNIELES, *Tratado de las sucesiones*, 4ª ed., Buenos Aires, T.E.A, 1958, t. I, pto. 176; G.A. BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones*, 9ª ed., Buenos Aires, Perrot, 2008, t. I, pág. 343, pto. 455; A.J. STRATTA, “La declaratoria de herederos”, en *Sucesiones, Libro Homenaje a la Prof. Dra. María J. Méndez Costa*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, pág. 37, punto II, ap. 4.2.2; CNCiv., Sala D, 18/3/82, L.L. 1983-A-582, N° 4905; CNCiv., Sala F, 14/2/84, L.L. 1984-C-188, etc..

“De esta suerte, cuando se presenta un cónyuge sin hijos que concurre a la herencia con los ascendientes del premuerto (art. 3571), no corresponde imponerle la demostración del deceso de los padres o los abuelos, porque sin duda el supérstite invoca un título suficiente para obtener la declaratoria, lo que no impide que los interesados remisos puedan reclamar sus derechos, ni afecta el dominio de los adquirentes con buena fe y a título oneroso cuando el sucesor que ha obtenido la posesión hereditaria les hubiera transferido inmuebles (art. 3430 C.C.)” (H. LAFAILLE, *Curso de derecho civil. Sucesiones*, compilado por Argüello y Frutos, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932, t. I, pág. 219, pto. 325).

<sup>4</sup> F. LEGÓN, “La declaratoria de herederos y la desintegración de la comunidad hereditaria”, J.A. 47-943, pto. I, ap. 1, 2°; STRATTA, op. cit., *ibidem*.

<sup>5</sup> Voto de Colmo, CCiv. 1ª Cap., 16/3/25, J.A. 15-256.

<sup>6</sup> Art. 69 CPCSF: “Son nulas las notificaciones efectuadas en contravención a lo dispuesto precedentemente, en un domicilio falso o por edictos si conocía el domicilio quien la pidió... No serán nulas las notificaciones si el defecto que contengan no hubiere impedido al interesado conocer en tiempo el acto judicial, su objeto esencial y el juzgado de donde procede”.

Similarmente se pronuncia el C.P.C.C.N. Así, luego de reglar el régimen de notificaciones, entre las cuales se encuentra la edictal, el art. 149 establece: “Nulidad de la notificación. Será nula la notificación que se hiciere en contravención a lo dispuesto en los artículos anteriores siempre que la irregularidad fuere grave e impidiera al interesado cumplir oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica. Cuando del expediente resultare que la parte ha tenido conocimiento de la resolución, la notificación surtirá sus efectos desde entonces...”, lo que reitera más adelante en el art. 345 preceptuando: “Citación defectuosa. Si la citación se hiciere en contravención a lo prescripto en los artículos que preceden, será nula y se aplicará lo dispuesto en el art. 149”.

<sup>7</sup> Cám. 1ª C. y C. La Plata, J.A. 1948-II-537; Cám. 1ª C. y C. La Plata, J.A. 1947-IV-831; *idem*. J.A. 1948-II-537; *id.* Sala III, DJBA 55-326; CNCiv., Sala E, L.L. 106-168; C1ª Apel. Mercedes, L.L. 34-534.

<sup>8</sup> Art. 922 C.C.: “Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia o error y aquellos que se ejecutaren por fuerza o intimidación”.

<sup>9</sup> C. ROLANDO, en LLAMBIÁS-MÉNDEZ COSTA, *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, t. V-A, pág. 389.

<sup>10</sup> LAFAILLE, op. cit., t. I, págs. 219/20, pto. 325.

<sup>11</sup> FORNIELES, op. cit., t. I, págs. 251/3, pto. 176 bis; STRATTA, op., pág. y pto. cits..

<sup>12</sup> CNCiv., Sala E, 7/11/61, J.A. 1962-III-29.

<sup>13</sup> L.E. PALACIO, *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988, t. IX, págs. 410 y 371; CCiv. 1ª Cap., L.L. 59-430. En contra: H. R. GOYENA COPELLO, *Curso de procedimiento sucesorio*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 1970, pág. 399; CCiv. 2ª Cap., J.A. 1942-II-300.

<sup>14</sup> Cámara Apel. C. y C. Mercedes, 30/4/46, J.A. 1946-II-279.

<sup>15</sup> CNCiv., Sala D, 24/5/78, E.D. 111-254; CNCiv., Sala C, 12/7/76, E.D. 70-301, pto. 9; CNCiv., Sala A, 21/10/74, L.L. 1975-A-556; CNCiv., Sala B, 23/4/81, L.L. 1981-D-461; G. MEDINA, *Proceso sucesorio*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, t. I, págs. 214/215; C. VARELA, *Juicio sucesorio*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2000, parág. 79. En contra, se ha interpretado que puede incluirse en la declaratoria de herederos a aquel heredero que no se presentó, pero que su vínculo fue acreditado en la sucesión por los restantes coherederos que pidieron que así fuese declarado, sin que ello implique tenerlo por aceptante (STRATTA, op. cit., pág. 41, pto. 5.2.; C2ª Ros., 4/11/49, JTSF. 28-249).

<sup>16</sup> PALACIO, op. cit., t. IX, págs. 420/1, ap. c); CNCiv., Sala B, L.L. 1981-D-461.

<sup>17</sup> Antes de la Reforma al Código Civil realizada en 1968 mediante la ley 17.711, la aceptación de la herencia por regla se entendía pura y simple; mientras que la aceptación beneficiaria era la excepción, ya que no se presumía y debía ser expresa en el término de diez días (art. 3363 C.C.), y para conservarlo debía hacerse el inventario dentro de los tres meses, contados desde la apertura de la sucesión o desde que se supo que la sucesión se le defería, y luego se tenía treinta días más para deliberar sobre la aceptación o repudiación de la herencia (art. 3366 C.C.).

Pero luego de aquella se ha invertido el régimen, siendo la regla que toda aceptación de herencia se presume efectuada con beneficio de inventario (art. 3363); y la excepción la aceptación pura y simple, lo que puede ocurrir voluntariamente, por renuncia (art. 3404 C.C.), o por sanción, en virtud de la comisión de actos prohibidos al heredero beneficiario (arts. 3363, últ. p.). Estos son: la venta de inmuebles sin autorización judicial y sin remate público (arts. 3321, 3406 y 3393, *in fine*, C.C.) o de bienes muebles sin licencia judicial, salvo los que no puedan conservarse o los que el causante tenía para vender (arts. 3321 y 3393, 1ª p., C.C.); la ocultación o sustracción de bienes sucesorios (arts. 3331 y 3405 C.C.); la aceptación o repudiación de herencias deferidas al causante, sin autorización judicial y sin beneficio de inventario (art. 3389 C.C.); la constitución de derechos reales sobre bienes hereditarios, sin autorización judicial (arts. 3321, 2ª p., y 3390, 1ª p., C.C.); o transar sobre ellos o someter en árbitros asuntos sucesorios, sin autorización del juez de la sucesión (arts. 3324, 3383, últ. párr., y 3390, 2ª p., C.C.). También se han incluido como actos prohibidos cuya comisión hace perder el beneficio de inventario: la enajenación a título gratuito de los bienes de la sucesión, pese a la derogación del art. 3407 C.C. que se refería a ella; la dación en pago de inmuebles de la sucesión, pues pese a la derogación del art. 3407 que se refería al caso, es aplicable lo normado por el art. 781 C.C. y sería absurdo que el heredero beneficiario no pudiese constituir hipotecas o derechos reales sobre tales bienes y, sin embargo, pudiese darlos en pago; y la permuta si no se cumplen los recaudos legales, ya que la misma se rige por las disposiciones de la venta (art. 1492 C.C.) (E.P. GUASTAVINO, “Beneficio de inventario”, J.A. Doctrina, 1969-183, pto. IX, ap. 48 y correlato con pto. III, aps. 16/18).

Para que el heredero mantenga la limitación de la responsabilidad por las deudas y cargas de la sucesión con los bienes recibidos, no es necesario que realice el inventario, salvo que sea intimado judicialmente por parte interesada, entendiéndose que lo son los acreedores hereditarios, los legatarios y aquellos en cuyo favor se impongan cargas a la sucesión (arg. art. 3358 C.C.). En tal caso tiene tres meses, más la eventual prórroga que se le conceda (art. 3368 C.C.), para hacerlo -término que, al ser dado por la ley sustancial, es corrido, continuo y comprensivo de los días feriados-. Si lo hace tiene luego treinta días para renunciar a la herencia -pudiendo también abandonar los bienes de la sucesión a los acreedores y legatarios (arg. arts. 3379/81 C.C.) o renunciar al beneficio de inventario, convirtiéndose en aceptante puro y simple (arts. 3404, y 3408/9 C.C.)-, vencido el cual se lo considerará aceptante beneficiario. Si no lo hace pierde el beneficio de inventario (art. 3366 C.C.), discutiéndose si queda como aceptante puro y simple, es decir con responsabilidad *ultra vires hereditatis* que lo hace responder por el pasivo hereditario incluso con sus bienes propios, o todavía le cabe la posibilidad de renunciar a la herencia en tanto, además, no haya hecho actos incompatibles con el carácter de heredero beneficiario (incompatibles son los prohibidos a los cuales nos hemos referido; compatibles son demandar y ser demandado por cuestiones de la sucesión -arts. 3323, 3325 y 3383, 1º párf. *in fine* C.C.-; pagar y recibir pagos por ella -arts. 3326 y 3383, 2º párr., C.C.- y la realización de los actos que ejemplificativamente enumera el art. 3327 C.C.) (confr. GUASTAVINO, “Consideraciones sobre el beneficio de inventario y la renuncia a la herencia”, J.A. 1971-10-657). Sin perjuicio de reconocer que la cuestión no es pacífica, a los compatibles hay que agregarle la cesión de derechos hereditarios (art. 3322 C.C.) (confr. F.A.M. FERRER, “Actos de disposición, caducidad del beneficio de inventario y acción pauliana”, J.A. 1995-II-686, pto. XI, y *La sucesión beneficiaria. Régimen legal del beneficio de inventario*, Rosario, Juris, 2007, pág. 73, pto. 28, y págs. 331/6, pto. 174, pudiendo en ambos verse una nutrida doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, sobre el tema).

La pérdida del beneficio de inventario trae importantísimas consecuencias: a) la confusión del patrimonio del causante con el del heredero (arts. 3342, 3442 y 3ª p. de la nota al art. 3446 C.C.); b) la responsabilidad *ultra vires* del heredero, o sea que éste responde con sus propios bienes por las cargas y deudas de la sucesión en caso que el patrimonio dejado por el causante no alcance para cubrirlas (art. 3343 C.C.), y c) dicha confusión y responsabilidad *ultra vires* tienen efecto retroactivo al día de la muerte del causante (arts. 3408/9 C.C.).

Entre paréntesis, conviene recordar que en el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1927) al tratar la condición jurídica del heredero, conoció una ponencia de Juan Carlos Loza que propuso reformar al Título IV del Código Civil de acuerdo a las siguientes bases: a) Eliminación del principio sancionado por el art. 3417, o sea que “el heredero continúa la persona del difunto”, y en su lugar sanción de otro que consagre la idea de sucesión en los bienes; b) Responsabilidad del heredero en cuanto a las deudas y disposiciones testamentarias de su causante, limitada al valor de los bienes recibidos como herencia; sólo en caso de fraude en perjuicio de acreedores o legatarios, los herederos serían responsables *ultra vires*; c) Separación absoluta y de pleno derecho, de los patrimonios del *de cuius* y sus herederos; d) Indivisibilidad para su ejecución y cobro de los créditos activos y pasivos que pertenecieron al autor de la sucesión; y e) Intransmisibilidad del carácter de la posesión que tuvo el causante. Las cuatro primeras fueron aprobadas y la última quedó redactada de la siguiente forma: “Intransmisibilidad del carácter de la posesión que tuvo el causante, salvo que se trate de posesiones legítimas”. Similar criterio aprobó el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1937), al declarar que es conveniente establecer como regla general que el heredero responde solamente hasta la concurrencia de los bienes hereditarios. El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961), después de declarar que si no se considera existente en el Código el derecho de deliberar se aconseja su introducción, recomendó la regulación del régimen de administración de la herencia aceptada con beneficio de inventario de acuerdo a las normas del Proyecto de 1936.

La adopción entre nosotros del beneficio de inventario como una modalidad de la aceptación de la herencia por medio del cual el heredero limita su responsabilidad por las deudas y cargas de la sucesión hasta las fuerzas de ésta ha importado la consagración de la separación de patrimonios del causante y del heredero y la responsabilidad



*intra vires* de éste por el pasivo hereditario (arg. art. 3371 y 3379 C.C.), importando una atenuación del principio de la continuación de la persona del causante (art. 3417 y correlato con los arts. 3342 y 3343 C.C.). Pero el sistema de la sucesión en la persona consagrado por Vélez subsiste en diversos aspectos del derecho sucesorio: posesión hereditaria de pleno derecho, carácter de la posesión de los sucesores, principio de la unidad de derecho aplicable a la sucesión, etc. Y también se mantiene el régimen de pago a acreedores y legatarios por el heredero beneficiario, es decir el criticado sistema de pagar a los mismos a medida que se presenten, salvo que medie oposición (art. 3398 y conec. C.C.) (conf. GUASTAVINO, “El beneficio de inventario”, cit., J.A. Doctrina, 1969-183, pto. 52; C.H. VIDAL TAQUINI, “Conceptos estructurales del beneficio de inventario”, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1978, N° 120, 2ª parte, pág. 278; FERRER, *La sucesión beneficiaria...*, cit., págs. 33/5, pto. 11, ap. b; CNCiv., Sala B, 11/11/97, L.L. 1999-C-722, 41.435-S).

<sup>18</sup> CNCiv., Sala C, 28/5/76, J.A. 1977-I-515.

# EL DERECHO HEREDITARIO DE LA NUERA VIUDA EN LA SUCESIÓN DE LOS SUEGROS

por MARCOS M. CÓRDOBA

**SUMARIO:** La evolución de nuestro derecho. Familia. La influencia de la cuestión en otros ámbitos. Las ponencias con relación al propósito de estas consideraciones. Heredera. Justificación del distinto tratamiento legislativo en atención al sexo del sujeto. Condición prohibida y discriminación injustificada. Duda de conveniencia de este derecho. Sucesora de vocación limitada. Los despachos. Antecedentes y fuentes. Roma. Las Siete Partidas. Anteproyectos de reformas al Código Civil. Babiloni y la Comisión de Reformas de 1936. Anteproyecto de 1954. Proyectos en el derecho extranjero. El Proyecto del Código Civil italiano de 1942. Influencia del IV Congreso Nacional de Derecho Civil en la producción de los fallos judiciales y la doctrina de los autores. Las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La controversia entre las resoluciones judiciales. Doctrina plenaria de interpretación. El espíritu del legislador. El Proyecto de Unificación sancionado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en 1993. Preferencia injustificada. Solvencia argumentativa de inconstitucionalidad. Dictamen fiscal. Declaración de inconstitucionalidad. Recapitulación. Los textos legales. Colofón.

Fue la solvente y sólida argumentación jurídica, expuesta en la ocasión, elemento esencial del mantenimiento de su plena vigencia en debates que casi medio siglo después se reproducen.

Con la intención de fomentar todo criterio que favorezca el fortalecimiento de los vínculos entre todas las personas que integran la familia, como consecuencia de la extensión que la ley le determina, es que considero útil analizar *el desarrollo y evolución de la doctrina, jurisprudencia y legislación de Argentina* consecuente del tratamiento que le cupo a la materia sucesoria en lo relativo a “El derecho hereditario de la nuera viuda en la sucesión de los suegros”.

## La evolución de nuestro derecho

### *Familia*

Han transcurrido cuarenta años desde la celebración del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, y hasta hoy último, realizado en la ciudad de Córdoba desde el 22 al 27 de septiembre de 1969. Fue en el curso de estos años que se produjo en el derecho argentino su más profunda transformación en el ámbito de aquellas cuestiones alcanzadas por las consecuencias de las normas que rigen el derecho de familia. Destaco lo que en ello influyó la reforma de la Constitución Nacional de 1994, lo que lo hicieron las aprobaciones de las convenciones: Americana sobre Derechos Humanos; sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; sobre los Derechos del Niño; la sanción de las leyes 23.263 de Derecho a Pensión del Cónyuge Supérstite; la 23.264 de Filiación, que reformó el Código Civil; como también lo hizo la ley 23.515 de Matrimonio Civil; la 23.570 de Derecho a Pensión en el caso de Convivencia en Aparente Matrimonio; la 24.193 de Trasplantes de Organos y Materiales Anatómicos; la 24.417 de Violencia Familiar; la 24.779 de Adopción, la 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, entre otras.

## La influencia de la cuestión en otros ámbitos

Considerando que la familia es el grupo de personas conformado en la medida en que la ley le adjudica efectos al vínculo dependiente del parentesco y del matrimonio, con el propósito de la satisfacción de los objetivos comunes de esencia afectiva y el cumplimiento de deberes de naturaleza solidaria.

En razón de la tendencia a la anomia que expone alguna escuela dedicada a la divulgación de los desarrollos que propone para la familia, los que no coinciden con los establecidos por los órganos del Estado que tienen la función de crear normas jurídicas.

Atendiendo que ello provoca, entre otros efectos, pérdida de vigor en la exigencia de los deberes emergentes de tal vinculación.

Relacionando esto con la implicancia que el derecho de familia, o extrapatrimonial, refleja en algunos aspectos del patrimonial y la reciprocidad en ello de este último en el primero.

En conciencia de la solvencia argumentativa expuesta por los protagonistas de aquel trascendente Congreso de 1969, donde se analizaron exhaustivamente, entre otros elementos, las consecuencias de los tres anteriores en su influencia en la redacción de las normas que la ley 17.711 produjo en nuestro Código Civil y atento a que la mencionada argumentación jurídica mantiene plena vigencia en debates que casi medio siglo después se reproducen, y con la intención de fomentar todo criterio que favorezca el fortalecimiento de los vínculos entre todas las personas que integran la familia, como consecuencia de la extensión que la ley le determina, es que considero útil analizar *el desarrollo y evolución de la doctrina, jurisprudencia y legislación de Argentina* consecuente al tratamiento que le cupo a la materia del derecho sucesorio en lo relativo a “*El derecho hereditario de la nuera viuda en la sucesión de los suegros*”, en aquella oportunidad en que fueron ponentes individuales los profesores Elías P. Guastavino, Horacio L. Poviña, Alberto D. Molinario, Luis Moisset de Espanés y Carlos Alberto Dansey, haciéndolo en coautoría los profesores José I. Cafferata, Alberto B. Eppstein, Pedro León Feit y Nélica M. Moisés y habiendo efectuado observaciones la profesora María Josefa Méndez Costa.

### **Las ponencias con relación al propósito de estas consideraciones**

Respecto del propósito que motiva este trabajo deben mencionarse los contenidos de las propuestas que se relacionan con ello y así diré que esencialmente se distinguen entre las que ven en el sujeto del beneficio a una heredera o las que la consideran sucesora limitada en la extensión de su llamamiento respecto a las consecuencias transmisibles emanadas de la sustitución del sujeto en los vínculos que permanecen como resultado del hecho biológico de la muerte, que es al que se le atribuye ser provocador del más intenso desencadenamiento de efectos y consecuencias jurídicas en todo el derecho<sup>1</sup>, y con abstracción de ello, por un lado los que justifican y por otro los que no toleran el trato legal diferenciado de la nuera respecto del que corresponde al yerno (pariente afín del mismo grado y línea pero del otro sexo) ni la falta de reciprocidad del llamamiento, como consecuencia que los suegros no tienen vocación en la transmisión derivada de la muerte de quien fue cónyuge de su hijo.

### **Heredera**

Quienes, en la oportunidad, reconocieron la calidad de heredera al sujeto beneficiado por la disposición legal justificaron esta tesis, entre otras argumentaciones, en la ubicación del art. 3576 bis en el Capítulo III “Sucesión de los cónyuges”, dentro del Título IX que se refiere al “Orden de las sucesiones intestadas”, indicando que si bien es cierto que no siempre el método del legislador es perfecto, en principio la ubicación de una norma en la estructura del derecho codificado contribuye a la determinación de la naturaleza jurídica de la institución. Mientras no haya razones inexcusables, abandonar las pautas que se desprenden del método legislativo sería abdicar de una de las principales características y ventajas de la legislación codificada. Se agregó que a la nuera le resultan de aplicación las mismas causas de pérdida de la vocación hereditaria establecidas para el cónyuge supérstite -y no las causas de caducidad o de revocación de los legados de los arts. 3799 y ss. y 3841 y ss.- y ello corrobora su calidad de

heredera. Se observó al respecto que la ley 17.711 en los arts. 3574 y 3575, aplicables a la nuera por expresa disposición del art. 3576 bis, alude expresamente al “*derecho hereditario*” y a la “*vocación hereditaria*”. Se agregó a ello que la limitación del derecho sucesorio de la nuera con la locución empleada en el art. 3576 bis (“tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubiese correspondido a su esposo en dichas sucesiones”) no convierte su llamamiento intestado en un legado, del mismo modo que la limitación de otras vocaciones hereditarias no significa que los herederos se transformen en legatarios legales. En esta perspectiva se estimó que las limitaciones legales a diversas vocaciones hereditarias de los arts. 3570, 3578, 3579 y 3581 y 3586 (según la redacción de la Ley 17.711), y de los arts. 3570, 3578, 3579 y otros (según la redacción originaria del Código Civil), para deducir que las indicaciones a *partes* o *proporciones* no enerva la calidad hereditaria intestada, por ello la referencia legal a la cuarta parte de los bienes que hubiese correspondido al esposo en la sucesión puede entenderse como formulada en relación al supuesto de que existan otros herederos. La norma legal nada establece, de modo expreso, respecto al caso en que la nuera sea la única llamada a la sucesión de los suegros; y, en tal supuesto -sin duda excepcional- corresponde admitir la eficacia de su vocación a la totalidad de la herencia, que le incumbe por la índole hereditaria de su llamamiento; que los requisitos de permanencia en estado de viudez y de falta de hijos al tiempo de abrirse la sucesión, son condiciones impuestas por el legislador para que surja el llamamiento intestado de la nuera, que no alteran su calidad de heredera, en consecuencia, en virtud del carácter hereditario de la nuera viuda y sin hijos en la sucesión de los suegros, ella tiene derecho de acrecer, en cuya virtud siendo única sucesora, excluye al fisco. Lo contrario, o sea admitir que la nuera sólo retirase una cuarta parte de los bienes y que el resto correspondiese al Fisco, como sucesión vacante, no armonizaría con la naturaleza del derecho de la nuera ni con la noción legal de sucesión vacante (art. 3539). Como heredera la nuera goza de la presunción de aceptación beneficiaria de la herencia, pero puede asumir responsabilidad *ultra vires* en los casos previstos por la ley (arts. 3363 y 3366 C.C., según ley 17.711, y concs.), su vocación hereditaria está sometida a la posibilidad de extinción por las causas previstas en el art. 3576 bis, siendo inaplicables las causas de caducidad o revocación de los legados de los arts. 3799 y ss. y 3841 y ss. del C.C. Se enfatizó entonces al sostener que en razón de su carácter de heredera la nuera tiene derecho a intervenir en la administración y en la partición de la herencia, sin que puedan oponérseles las limitaciones que suelen invocarse respecto a los legatarios de cuota <sup>2</sup>.

Desde otra postura se concluyó en que la beneficiaria tiene derecho de acrecer, no obstante destacarse que es una heredera legitimaria y condicional. Legitimaria, porque reunidos los requisitos legales es heredera forzosa de sus suegros, dado que tiene una porción legítima asignada por la ley (arts. 3592 y 3714), que es la cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido a su esposo en dichas sucesiones” (art. 3576 bis); condicional, porque la nuera viuda debe permanecer en ese estado, no tener hijos en el momento de abrirse la sucesión de los suegros, no encontrarse en ninguno de los casos previstos por los arts. 3573, 3574 y 3575. Se aclaró que a este respecto, el término hijos empleado por el art. 3576 bis no debe tomarse estrictamente, porque pueden existir descendientes que invoquen el derecho de representación y ocupen el lugar de su ascendiente premuerto, excluyendo a la viuda de éste. La fundación normativa del planteo se basó en que la situación que la disposición contempla responde a las mismas razones jurídicas en que descansa todo nuestro ordenamiento sucesorio, o sea, un vínculo de parentesco que autoriza a tener por existente la voluntad presunta del causante, que el Codificador da como fundamento de la transmisión *mortis causa*, en la nota al art. 3283. La premoriencia de un cónyuge no implica la extinción del parentesco del supérstite con sus suegros, tal como se infiere de los arts. 368 C.C. y 9º inc. 3 ley 2393 (hoy la mencionada norma se encuentra establecida en el art. 166 inc. 4 C.C.) y se advirtió que en la misma situación contemplada puede hallarse también el yerno, por lo que es incuestionable que esa nueva vocación sucesoria les debe ser reconocida a ambos, dada la identidad del fundamento jurídico, pues la discriminación actual sobre la viudez de la nuera, con exclusión del yerno, torna arbitraria la solución legal <sup>3</sup>.

## **Justificación del distinto tratamiento legislativo en atención al sexo del sujeto**

Desde este aspecto, según las circunstancias correspondientes al tiempo y lugar en que se efectuaba el análisis, se justificaba el diverso tratamiento legislativo en atención al sexo del sujeto alcanzado al exponer que el fundamento del derecho sucesorio reconocido a la nuera en el art. 3576 bis tiene como presupuesto el vínculo de afinidad existente entre ella y los suegros, y que su finalidad específica consiste en satisfacer la necesidad de una mayor protección o asistencia de la nuera. La finalidad tuitiva surge, aunque no se requiera que la nuera sea pobre, de la consideración de los requisitos legales -viudez, falta de hijos-, y de la inexistencia de derecho similar en favor del yerno viudo sin hijos. La no exigencia del requisito de pobreza, que permite suceder a la nuera con recursos económicos, considerando que el legislador no creyó conveniente descender a la regulación detallada de su propósito asistencial. La norma se funda en la consideración genérica o abstracta de la necesidad de asistencia de una viuda sin hijos<sup>4</sup>.

Las observaciones, posteriores a la defensa de todas las ponencias, no compartieron el pensamiento de quienes sustentaban que la vocación hereditaria de la nuera debe suprimirse del ordenamiento legal argentino y se fundamentó ello en las diferencias en el tratamiento legal del vínculo parental, según el sexo, basándose en desigualdades de situación socioeconómica que subsistían en aquel medio y momento histórico<sup>5</sup>.

## **Condición prohibida y discriminación injustificada**

De otro lado se sostuvo, con sólida y concreta argumentación, que la reforma, al reconocer el llamamiento, estableció una preferencia injustificada a favor de la mujer; presumiendo un afecto sin que exista ningún fundamento para ello, a lo que se agregó para justificar su supresión, que el art. 3576 bis constituye una verdadera anomalía, que quebranta diversos principios de nuestro ordenamiento jurídico, ya que impone una condición especialmente prohibida (no casarse); no concede a los suegros el correlativo derecho hereditario; no determina con precisión si la viuda es realmente heredera, con derecho de acrecer, o solamente un legatario<sup>6</sup>.

## **Dudosa conveniencia de este derecho**

En similar postura conclusiva se expuso que la norma plantea una serie de torturantes problemas, y se anticipaba “con toda seguridad dividirá a la doctrina y a la jurisprudencia”, agregándose “su fuente es el art. 2001 del Proyecto de 1936, a cuyo respecto los miembros de la comisión redactora dan como única fundamentación que *han estimado razonable incluirlo*. Los escritores de derecho no le prestaron ninguna atención a este aspecto del Proyecto, y siendo Martínez Paz coautor del mismo se limita a fundarla muy sucintamente diciendo que *esta disposición tiende a reparar los males que una muerte prematura produce, y a asegurar, dentro de la familia, la persistencia del vínculo moral indisoluble*. Se arguyeron justificaciones de criterio adverso fundadas, en síntesis, en el dispar tratamiento que se da a la nuera y al yerno; en el híbrido que surge de la rara formulación de la norma y en la dudosa conveniencia de este derecho hereditario. Se reflexionó y sostuvo, que contemplando el asunto con la perspectiva más amplia resultante del transcurso del tiempo, debía ratificarse aquella opinión por no existir razón atendible para no conferir al yerno el mismo derecho que a la nuera por considerarse que si la base de nuestra sucesión legítima es el afecto presunto del causante no puede explicarse semejante diferencia de tratamiento al reflexionar que hablar de una general situación de inferioridad de la nuera viuda -en la que no se hallaría el yerno viudo- no tiene apoyo en la realidad y desde tal análisis se concluía: la norma es injusta por contemplar una situación

particular -la de la nuera- sin ningún motivo que aconseje este especial tratamiento. Se complementó con que si tuviera que darse una solución “de *lege ferenda*”, lo más aconsejable sería la derogación del art. 3576 bis, estableciéndose en su lugar un derecho alimentario a cargo de los herederos del causante, sobre la base de lo dispuesto por el art. 368 C.C., que vendría de este modo a cobrar una aplicación extensiva. De lo contrario, es decir si no se deroga el art. 3576 bis, resulta imperioso conceder igual derecho hereditario al yerno viudo, mientras tanto la nuera es heredera forzosa, pero no desplaza a los colaterales ni al Fisco y hereda por derecho propio<sup>7</sup>.

### **Sucesora de vocación limitada**

Otras manifestaciones fueron coincidentes en cuanto al derecho hereditario de vocación limitada que le corresponde a la nuera y en lo relativo a organizar en su substitución un derecho alimentario, se recomendó derogar el art. 3576 bis C.C.<sup>8</sup>.

Se propuso, y argumentó también, que el llamamiento a la nuera viuda a la sucesión de los suegros importa otorgarle la calidad de heredera legítima con vocación limitada ya que cualquiera sea la naturaleza jurídica que corresponda a la vocación sucesoria de la nuera debe descartarse la posibilidad de atribuirle la calidad de sucesora *mortis causa* a título singular y, en consecuencia, no cabe duda que inviste la calidad de sucesora universal, agregándose que debe admitirse también que la nuera viuda no tiene vocación potencial al *universum ius defuncti*, porque el texto sólo le concede derecho a la cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido a su esposo en la sucesión de los suegros, y parece evidente que en ningún caso -concurran o no otros herederos- la nuera puede exceder de la asignación alícuota que le ha sido conferida, pues la disposición le otorga derecho a una cuota determinada, que será la cuarta parte de la herencia en caso que el marido hubiese sido el único heredero legitimario de sus padres, y la nuera, a su vez, sea la única sucesora universal de sus suegros; o, en la hipótesis de concurrencia, la cuarta parte de la cuota que le hubiese correspondido a su esposo. Por ello se dijo que el derecho de la nuera contrasta nítidamente con la potencia expansiva del título de heredero otorgado por los arts. 3565, 3568, 3569 bis, 3572, 3577, 3584 y 3585, así que en esta argumentación, la nuera viuda no presenta el carácter esencial del heredero<sup>9</sup>.

### **Los despachos**

La comisión encargada de estudiar el tema 25 sobre el derecho hereditario de la nuera viuda en la sucesión de los suegros, aconsejó aprobar el siguiente despacho:

#### *De mayoría*

Que el tema sea considerado en las próximas jornadas o Congreso de Derecho Civil, sirviendo de antecedentes los trabajos presentados.

#### *De minoría*

A) Derogar el art. 3576 bis del C.C. y establecer en su lugar un derecho alimentario a cargo de los herederos del causante, sobre la base de lo dispuesto por el art. 368 del mismo Código.

B) Si no se deroga el art. 3576 bis, resulta imperioso conceder igual derecho hereditario al yerno viudo.

C) La aplicación práctica del art. 3576 bis debe efectuarse, mientras tanto, sobre la base de los siguientes principios:

- La nuera es heredera forzosa, pero no desplaza a los colaterales, ni a los ascendientes, ni a los padres naturales, ni al Fisco.

- Hereda por derecho propio.
- Su legítima es la cuarta parte de la legítima del esposo.
- La conducta inmoral, que obstaculiza el derecho hereditario de la nuera, debe ser de tal naturaleza que pueda significar una afrenta a la memoria de los suegros o de su esposo y siempre que no haya sido perdonada por los agraviados.
- La causal de exclusión puede ser invocada por cualquiera con interés legítimo.

## Antecedentes y fuentes

### Roma

Llama la atención la escasa referencia doctrinaria a la existencia, desde época previa al cristianismo, del reconocimiento de derechos hereditarios a favor de la nuera efectuada en la Ley de las XII Tablas que estableció una primera categoría de herederos en la que estaban comprendidos los hijos y nietos de ambos sexos; los demás descendientes por vía masculina, no sometidos a otra potestad; la mujer casada con el *paterfamilias* mediante la *conventio in manu* y que ocupaban el lugar de hijo; la nuera ***in manu*** que heredaba solamente cuando el marido no se encontraba bajo la potestas en el momento de la muerte del causante<sup>10</sup>. Transcurridos seis siglos, en las Institutas de Gayo se indicaba la determinación de un derecho sucesorio otorgado a la nuera cuando al referirse a los herederos “suyos y necesarios” (*sui et necessarii heredes*), establecía quienes tenían este carácter, tal el caso del hijo y la hija, el nieto y la nieta nacidos del hijo, y así todos los otros que de algún modo han estado bajo la “potestas” del difunto. También la mujer *in manu* y la nuera ***in manu*** cuando haya muerto su marido<sup>11</sup>. Eran considerados *sui heredes* también la *uxor*, mujer, que está *in manu* del marido ya que está ocupando el lugar de hija (*filiae loco*), del mismo modo que lo está la nuera que está sometida a la *manus* del hijo, ya que ella está ocupando el lugar de nieta (*neptis loco*). Pero esta última sólo será *sua heres* en el caso de que el hijo bajo cuya *manus* está, no se encuentre bajo la *potestas* del *pater* al tiempo de la muerte de éste<sup>12</sup>.

### Las Siete Partidas

La sexta, de las Siete Partidas glosadas por Gregorio López, Título XIII, Ley. VII, da cuenta de la existencia de un derecho sucesorio en el que se encuentran afinidades con el aquí tratado, pero en el caso a favor del cónyuge, ordenando: *en cuarta parte de los bienes del marido rico puede heredar la mujer pobre si se casase sin dote y no tuviera de que vivir. Se justificó ello en que: De manera que se casan con ellas sin dote, aunque sean pobres y justo es, pues que las aman y las honran en su vida, que no queden desamparadas a su muerte. Y por esta razón tuvieron por bien los sabios antiguos, que si el marido no dejare a tal mujer en que pudiese vivir bien y honestamente, ni ella lo tuviese de lo suyo, que pueda heredar hasta la cuarta parte de los bienes de él, aunque haya hijos, pero esta cuarta parte no debe subir más de cien libras de oro, cuanto quiera que sea grande la herencia del finado. Mas si tal mujer como está tuviese de lo suyo con que pudiese vivir honestamente no hay demanda ninguna, en los bienes del finado, en razón de esta cuarta parte.*

## Anteproyectos de reformas al Código Civil

*Bibiloni y la Comisión de Reformas de 1936*

Otro antecedente de este derecho lo constituyen las propuestas de reformas al Código Civil realizadas en 1936 sobre la base del Anteproyecto Bibiloni. Con el contenido de su art. 2001 se intentaba establecer: “La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido a su esposo en las dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos del art. 1999”.

El informe de la Comisión correspondiente al Libro V, “De la sucesión hereditaria”, Sección Segunda “De las sucesiones intestadas”, Título III, “Del orden hereditario en las sucesiones intestadas”, Capítulo III, “Sucesión de los cónyuges”, expresaba que “Un artículo nuevo contempla el caso de la viuda que permaneciere en ese estado, sin hijos, o que habiéndolos tenido, no sobrevivieren al abrirse la sucesión de los suegros. Estimamos razonable reconocerle derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido al esposo en aquellas herencias”<sup>13</sup>.

La profesora cordobesa García de Solavagione deduce que en este proyecto, la naturaleza jurídica de la nuera viuda era la de ser heredera, por dos razones, una por la ubicación mencionada *supra* del art. 2001 y la otra por aplicársele las mismas causas de exclusión que al cónyuge, cuyo carácter de heredero es indiscutible<sup>14</sup>.

#### *Anteproyecto de 1954*

El segundo precedente nacional, y el inmediato en lo temporal, se reconoce en el Anteproyecto de Reformas de 1954. Su art. 723 expresa: “La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviera hijos o los hubiese perdido, tendrá derecho a recibir en la sucesión del suegro o de la suegra, la cuarta parte de los bienes que habrían correspondido a su esposo, si éste hubiese sobrevivido. Esta vocación hereditaria se pierde en los supuestos del artículo precedente”<sup>15</sup>.

### **Proyectos en el derecho extranjero**

#### *El Proyecto del Código Civil italiano de 1942*

Indagando en el derecho privado extranjero que incide sobre el nacional hallamos un antecedente constituido por el art. 138 del Proyecto de Código Civil de Italia, que proponía: “A quien muere sin dejar parientes en grado de suceder ni cónyuge, suceden en cuotas iguales yernos y nueras o, en defecto de éstos, suegros y suegras”<sup>16</sup>.

### **Influencia del IV Congreso Nacional de Derecho Civil en la producción de los fallos judiciales y la doctrina de los autores**

Cinco años después de celebrado el debate referido, en el ámbito de la Justicia Nacional en lo Civil se consideraba: a la nuera una heredera legitimaria que si bien no desplaza a otros herederos que no tienen tal carácter, si lo hace con el fisco. Tiene vocación a la totalidad de la herencia, conclusión que se corrobora por lo preceptuado en el art. 3592 C.C., y el capítulo en que se incluyó el art. 3576 bis. La nuera es heredera legitimaria, carácter éste que no se ve oscurecido o rechazado por el hecho que el Código Civil le haya fijado a ella el *quantum* de la herencia con relación a otro heredero -su esposo- toda vez que dicho sistema ya ha sido establecido por otras disposiciones (v.gr., art. 3571, 2º párr., y 8º ley 14.367). Admitir que la nuera únicamente retiene la cuarta parte de los bienes y que el remanente corresponde al Fisco como sucesor por vacancia no condice en modo alguno con la naturaleza del derecho de la



nuera ni con la noción legal de sucesión vacante que el art. 3539 del C.C. regula pues no se dan en el *sub lite* ninguna de las tres hipótesis que ese artículo enumera para configurar la vacancia. La nuera viuda heredera como tal siempre tiene derecho a acrecer en razón de la naturaleza misma de su vocación sucesoria<sup>17</sup>.

En divergencia con ello, desde la doctrina autoral, se afirmó que se debe distinguir cabalmente al heredero del sucesor universal no heredero. Este último será quien está llamado a adquirir en la universalidad patrimonial sin, por eso, subrogarse en la posición jurídica del difunto, tal la situación del legatario de cuota o parte alícuota. Tanto éste como el heredero gozan de expectativas en la universalidad patrimonial, pero mientras el heredero deriva esas expectativas como continuador de la persona del causante, el legatario de cuota o parte alícuota es sucesor universal en tanto adquirente de una cuota o parte alícuota del patrimonio del causante. Agregándose que el llamamiento de la nuera se fija en relación a la hipotética adquisición de su cónyuge premuerto, en la sucesión de sus padres (los suegros) y tiene fijada su cuota o alícuota independientemente de la eventual concurrencia con otros llamados a la sucesión. La adquisición de la nuera se limita al cuarto y siendo como es “sin consideración a su contenido especial ni a los objetos de los derechos” (conf. art. 3281), se trata de un llamamiento a la universalidad o “a título universal” (conf. art. 3263). Como sucesor en los bienes, a título universal, su interés se agota en la alícuota establecida, concurren o no otros herederos no permitiendo acordarle esta suerte de “acrecimiento anómalo”<sup>18</sup>.

Por su parte, y en contrario, Vidal Taquini sostenía que la nuera viuda es heredera legitimaria por derecho propio. Es heredera por tener título universal y derecho de acrecer según la nota del art. 3812; lo es por derecho propio y no por representación, porque ésta se da sólo en la línea descendente y en la colateral por consanguinidad. Respecto del fundamento de la vocación el mencionado autor sostiene que si éste sólo fuere asistencial se debió contemplar a la nuera viuda pobre, para dar esta vocación, lo que no se ha hecho. Quizá, lo más objetable puede ser el resultado que se obtiene ante la concurrencia de la nuera rica a la sucesión de suegros pobres, por lo cual se puede llegar a una situación de injusticia, pero es que en derecho sucesorio no se tiene en cuenta la riqueza o la pobreza de quienes van a suceder y resultaría más que inconveniente y poco práctico que el legislador hubiese fijado un límite en consideración al patrimonio de la nuera. Concurren razones socio-económicas que hacen preferible que la nuera, única heredera, recoja la herencia íntegramente y no que una parte sea adquirida por el Estado<sup>19</sup>.

## **Las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil**

En las VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Santa Fe, en la Universidad Nacional del Litoral, en 1977, se recomendó establecer que “En nuestro derecho civil no existe la posibilidad del legitimario no heredero”, no obstante, una ponencia presentada por los profesores Carlos Morello y Roberto Natale en que sus autores sostuvieron que la nuera viuda es legitimaria (correlato arts. 3592 y 3576 bis), pero no es heredera ya que no tiene vocación al todo sino sólo al cuarto que le hubieren correspondido a su esposo en la sucesión de sus suegros, siendo también sucesora universal ya que no recibe bienes determinados sino una fracción de la universalidad transmitida.

## **La controversia entre las resoluciones judiciales**

En tanto, en la época, la producción doctrinaria de los jueces, en general, coincidía en atribuir a la nuera viuda la calidad de heredera legitimaria, “pese a lo excepcional del derecho que dimana del art. 3576 bis del Código Civil” (ADLA, XXVIII- B, 1799), y ello por derecho propio y no por derecho de representación, excluyendo al Fisco cuando concurre sola a la sucesión de sus suegros<sup>20</sup>. Abonándose a ello con que el nuevo art. 1178 del Código Civil, reformado por la ley 17.711 (ADLA, XXVIII- B, 1799) determina que la acción por

indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo, pero si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos; y entre éstos últimos se encuentran el o la cónyuge de la víctima, sus hijos y demás descendientes, sus padres y otros ascendientes y su nuera que sea viuda sin descendencia (arts. 3565 y ss., 3584, 3591, 3592 y concs. C.C.)<sup>21</sup>.

## **Doctrina plenaria de interpretación**

### *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*

Si bien en la tendencia jurisprudencial producida en las provincias perseveró la doctrina que reconoció el llamamiento al todo de la nuera viuda, no ocurriría lo mismo en el ámbito de la competencia correspondiente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que reunida en acuerdo plenario planteó: “la presente convocatoria se circunscribe resolver si en ausencia de otros sucesores del causante, la nuera que accede a la herencia en virtud del art. 3576 bis del C.C., tiene derecho a recibir la totalidad de los bienes o si, por el contrario, su derecho se encuentra limitado a la 4ª parte que le asigna la norma, concurriendo en consecuencia con el fisco”<sup>22</sup>

A efectos de esto último considero conveniente recordar la postura jurídica expuesta, en la oportunidad, por Rómulo Vernengo Prack, quien en disidencia, con fundamentos propios, expresó que vacancia y titularidad son términos excluyentes, son vocablos antitéticos. La vacancia no admite cotitulares, porque si hubiera un titular no habría vacancia, afirmar que coexisten encierra una contradicción. Agregaba a ello, fundando en los contenidos de los arts. 2342, inc. 3, y 3588 y su nota, del Código Civil, la vacancia supone un todo o nada. No hay vacancia proporcional o compartida. Ello en virtud que pertenecen como bienes privados del Estado los de las personas que mueren sin tener herederos.

En virtud que el llamado a recibir la sucesión se llama heredero, y habiendo el Código Civil acordado derecho hereditario a la nuera en la sucesión de los suegros ésta no puede ser declarada nunca vacante, porque ya existe una persona que al ser convocada como heredero, destruye el concepto de vacancia, cuyo significado es, precisamente: ausencia de herederos.

Con invocación de Escriche, el autor de la disidencia, ratificó: o existe un titular o heredero y la vacancia desaparece, o existe la vacancia por ausencia total de herederos o derechohabientes.

La disidencia, coincidiendo con la mayoría doctrinaria y jurisprudencia provincial y de otros fueros de la nacional, sostuvo “la nuera, por revestir el carácter de heredera, tiene derecho de acrecer”, como conclusión de que la misma Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil estableció como doctrina legal obligatoria que “quien es titular de la porción legítima de una sucesión, lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se lo declare tal si fuere omitido por este último en su testamento”. Allí ya se definió que la legítima es *pars hereditatis*<sup>23</sup> y este fallo se encuentra vigente y se lo debe respetar por su fuerza obligatoria (art. 303 Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación), pues los fallos plenarios no pierden su vigencia por el mero transcurso del tiempo<sup>24</sup>. Se consideró indudable que la reforma introducida por la ley 17.711 se inclinó claramente por esa teoría, cuando precisamente derogó el art. 3354, único artículo del código que, con bastante fuerza, colocaba la teoría de la *par bonorum* con fundamento. Al desaparecer esta norma, todos los argumentos que se puedan dar en contra quedan sin fundamento, ya que con esa supresión la reforma no sólo estableció que la legítima es una parte de la herencia, sino también que al desaparecer el supuesto que contempla, ya no queda otro sucesor universal que el heredero. Se excluye la posibilidad de que exista más heredero que el que tiene a título universal la herencia, lo que descarta asimismo, la posibilidad de que haya legitimarios no herederos y también sucesores universales no herederos.

Se consideró aspecto de singular importancia para dilucidar el interrogante planteado en la convocatoria el método del Código. Al respecto se indicó que el hecho de que el legislador coloque una norma en un título o capítulo determinados por sí solo no define su naturaleza jurídica, pero en caso de duda es un elemento importante que coadyuva para la interpretación.

Se dijo que resultaba inobjetable reconocer que el legislador de 1968 quiso que la nuera sea heredera ya que hay una norma expresa del Código, el art. 3592, que dice: “tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior”. El capítulo III que le precede, por su parte, trata la sucesión de los cónyuges y dentro de él la reforma incluyó el art. 3576 bis que consagra el derecho sucesorio de la nuera viuda y sin hijos. Esta ubicación demuestra inobjetablemente que el legislador tuvo un plan y que en su desarrollo no pudo ignorar aquella disposición que automáticamente la convertía en heredera, por incluirla en un capítulo que comprende a quienes lo son. Es indudable que de ser otra su intención, la estructura del Código le brindaba la posibilidad de darle otra ubicación.

En otro orden de ideas, se recordó el contenido normativo del art. 3545, que en su última parte dice que “... no habiendo sucesores legítimos, los bienes corresponden al Estado general o Provincial”. Si, como quedó demostrado; la nuera es legitimaria por la correlación del art. 3592 con los capítulos que le preceden, necesariamente excluye al Estado. A idéntica conclusión se llegó a través del art. 3588, incluido en el capítulo relativo a la sucesión del fisco, que dice “a falta de los que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto anteriormente, los bienes del difunto, sean raíces o muebles, que se encuentran en el territorio de la República, ya sea extranjero o ciudadano argentino, corresponden al Fisco, provincial o nacional; según fueren las leyes que rigen a este respecto”.

No enervó la conclusión el hecho de que la nuera reciba en la sucesión una cuota determinada por la ley, ya que la ley 14.367, que trataba de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, en su art. 8º disponía que “los hijos nacidos fuera del matrimonio tendrán en la sucesión del progenitor un derecho igual a la mitad del que asigna la ley a los hijos nacidos dentro del matrimonio”. Esta norma, al igual que el art. 3576 bis, no mencionaba al sucesor como heredero, no hablaba de legitimarios, y sin embargo y a pesar de que otorgaba a los hijos extramatrimoniales una parte de lo que en la herencia correspondía a los matrimoniales, no se ha dudado en considerarlos herederos *ultra vires hereditatis*, con pérdida del beneficio de inventario y derecho de acrecer como sucesor universal.

Con tales consideraciones se intentaba establecer que la nuera viuda que sucede a sus suegros en los términos del art. 3576 bis del C.C., “tiene derecho a acrecer en caso de que no concurren otros herederos”.

Principal atención provocan las argumentaciones vertidas por el doctor Santos Cifuentes, en su ampliación de fundamentos, que en mucho exceden el interés singular de la cuestión específica, para provocar el llamado a la razón que obliga al debido desempeño del jurista, en este caso en la función de aplicar el derecho, conforme a lo establecido por las normas exigibles. Interrogó el mencionado profesor de derecho: ¿debemos acatar la ley o entraremos en la incoherencia y en el desorden aquí mismo, desde el estrado judicial? Y afirmó fundando, la nuera tiene una porción legítima, según art. 3592, porque quedó emplazada en el Capítulo III, del Título IX, del Libro IV, sec. 1ª, del Código Civil. Porque, además, su derecho es a la cuarta parte de lo que hubiera recibido el marido -hijo premuerto-. Goza de ese derecho sin posibilidad de que se la prive por voluntad testamentaria o por donación, dado que no puede privársele la herencia al hijo del causante y ella accede a una parte de dicha herencia, a la que a éste hubiere correspondido de sobrevivirlo. Luego, plenario de por medio <sup>25</sup>, es también una heredera y, como tal excluye al fisco. Nada más cabe decir. Agregando “Soy, ante todo, obediente del orden jurídico. Lo demás que se quiera recrear en la especulación resulta producto de la mera fantasía, la cual alcanza el etéreo sostén de la dialéctica poco o mucho inteligible; rodeada o no de sutiles argumentaciones, pero contrapuesta a la norma que impera”.

Desde otra postura se expresó al respecto que la opinión predominante consideraba heredera a la nuera, sin embargo “esta mayoría no comparte ese criterio y en cambio participa del que le asigna el carácter de una sucesora universal no heredera”. Se argumentó partiendo de la fuente del art. 3576 bis., que se atribuyó a los arts. 2001 del Proyecto de Reformas del Código Civil Argentino de 1936, y 723 del anteproyecto de 1954, reconociendo que en ambos se la considera como “heredera”, pero aduciendo que ello lo fue en función de otro instituto también creado, el heredero de vocación limitada. Se interpretó que del juego armónico de las normas relativas al tema que originaron el plenario surgía claramente que se instituyó el derecho de la nuera a suceder a sus suegros, en ciertas condiciones y respecto de una parte de los bienes que le hubieren correspondido a su cónyuge de sobrevivir, pero ubicándola en la categoría de los herederos de vocación limitada, que en esos precedentes se estableció en forma expresa.

Por esas razones, es que a los efectos de establecer la doctrina legal aplicable, se tornaba necesaria la consideración de esa fuente, pero en su totalidad y no en forma aislada, como pretendían quienes, considerando que la nuera es una heredera, y obviando el otro instituto -el heredero de vocación limitada-, pues son ambos el origen de una nueva figura.

Se agregó, que “si las reglas prácticas de interpretación de la ley, imponen que no se lo haga en forma aislada sino en armonía con las otras disposiciones de la misma ley, por ser éste el único modo de obtener el recto significado de sus disposiciones igual principio puede ser de aplicación, en el pensar de esta mayoría, cuando esa interpretación se realiza en función de las fuentes”. Ello llevó a concluir, así, que la reforma de 1968 incorporó, tal como lo hicieron aquellas fuentes, el concepto de heredero de vocación limitada, estructurado a través del derecho concedido a la nuera en el art. 3576 bis.

Se reflexionó respecto de que quienes sostienen el derecho de acrecer de la nuera en ausencia de otros sucesores, dan como uno de los fundamentos la ubicación de la norma en el Capítulo III, que trata la “Sucesión de los cónyuges”, que integra, a su vez, el título IX, “Del orden de las sucesiones intestadas”, aquélla debe considerarse heredera, para concluir en que este no es un argumento decisivo para conferirle ese carácter, ya que “la reforma introducida por la ley 17.711 ha pecado en varios aspectos de falta de rigor legislativo incurriendo en una técnica sumamente objetable,...”. Por lo tanto, al método del Código, alterado por la reforma, no puede asignársele una función tan trascendente como para, a través de la dudosa ubicación de la norma, definir su naturaleza jurídica que sólo puede ser establecida por la institución en sí misma, con prescindencia del lugar en que el reformador la colocó, con más razón si, como ya se vio, su verdadero alcance y contenido surge de las fuentes que la originaron consideradas en su totalidad. Para la mayoría, ese aspecto debía prevalecer sobre el metodológico.

Se afirmó que la finalidad de la norma es asistencial, y también que puede asimilarse a un derecho alimentario. En esta razón se reafirmó la conclusión de mayoría, porque, se dijo, esa finalidad se cumple plenamente con la porción que la ley acuerda. En cambio se la podría desnaturalizar si, considerando a la nuera heredera, se le hiciera cargar con las responsabilidades que impone tal condición, revirtiéndose aquel fin en su contra. Por ello, se sostuvo que la ley acuerda al vínculo de afinidad un efecto jurídico absolutamente excepcional, basado en una presunción de afecto y necesidad económica, pues de lo contrario hubiera eliminado el requisito de la viudez y falta de descendencia, acordando también al yerno y a los suegros el derecho sucesorio. De ahí que esa presunción ha sido cuantificada por la ley, promediando aquellos casos en que el afecto es grande con aquellos en que no existe o es tibio; computando los supuestos de indigencia con los de riqueza; y la conclusión ha sido que reciba la nuera la cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido a su marido muerto. Y nada más.

Concluyendo al sostener que es legitimaria no heredera y que su derecho se rige analógicamente por las normas aplicables a los legatarios de cuota; que su cuota hereditaria es siempre parte de una cuota legitimaria; que su llamamiento es imperativo, sino que la cuota, cuya garantía se determina en referencia a la alícuota de la vocación fallida del marido premuerto y se limita a la cuarta parte, constituye una carga de la sucesión, pero, se afirmó, lo

único que tiene relevancia es que de la cuota que la ley le concede a la nuera no puede ser privada. Por un lado por el fundamento de la institución, y por el otro, porque esa porción está fijada en función de una cuota legitimaria, de la cual el causante no la hubiera podido privar. De esta manera, siendo la nuera sucesora universal no heredera, su concurrencia con el Fisco es perfectamente compatible y armoniza con la noción de sucesión vacante (arts. 3545 y 3588).

Por todo lo expuesto se estableció como doctrina legal aplicable (art. 303 Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación) que: “La nuera viuda que sucede a sus suegros en los términos del art. 3576 bis del Código Civil no tiene derecho a acrecer en caso de que no concurren otros herederos”.

### **El espíritu del legislador**

Resulta de importancia destacar que las reformas a nuestro Código Civil, producidas como consecuencia de la promulgación de la ley 17.711 corresponden a la autoría de una comisión de juristas en cuya formación y desempeño participó el doctor Guillermo Borda, al que unánimemente se le reconoció un mérito principal en la labor legislativa. De otros textos de su autoría se extrae: “*No significa que la viuda carezca de derecho de acrecer, que en su caso se manifiesta si no hay otros herederos: en tal supuesto ella hereda el todo, desplazando al fisco*”

26.

### **El Proyecto de Unificación sancionado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en 1993**

Transcurridos diez años de vigencia del plenario en el ámbito de la Justicia Civil de la Nación, desde el órgano de gobierno que tiene la función de dictar las normas legales de derecho de fondo que son obligatorias en todo el territorio nacional, se gestó el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, que fue sancionado por la Cámara de Diputados el 3 de noviembre de 1993, y se remitió a consideración del Senado. Fue redactado por una Subcomisión de “juristas de reconocida capacidad y prestigio en la disciplina del derecho privado”, designada por la Comisión de Legislación General para proyectar las reformas necesarias de tal derecho, entre ellas la unificación de la legislación civil y comercial. Tal como consta en el Orden del Día N° 503 de 1992, el 16 de julio de ese año se resolvió cumplir con el cometido indicado, con la aprobación de la Cámara en la sesión del 5 de agosto de 1992, designando un cuerpo de juristas que representaran a los más altos centros académicos de las distintas jurisdicciones, conformando de tal manera una auténtica “Comisión Federal”<sup>27</sup>.

Los autores del Proyecto, en esta cuestión, argumentaron que la propuesta de modificación del art. 3576 bis, *tiende a equiparar la situación al yerno viudo. Debe ser así porque el fundamento de la norma, tal cual se encuentra previsto, es consecuencia de un vínculo familiar, es decir, de parentesco por afinidad, y no requiere -como en el derecho español-, que la viuda sea pobre e indotada. El derecho no nace por la circunstancia de que la viuda se encuentre en estado de indigencia, sino por la acreditación de los requisitos señalados en la norma, a los cuales les resulta irrelevante aquella circunstancia*. Es decir, que por la muerte de su cónyuge y la no concurrencia de sus hijos a la sucesión de sus abuelos, se vea privado del efecto del desencadenamiento natural de los acontecimientos. Se hizo especial mención a que *se adoptó la doctrina jurisprudencial mayoritaria en los tribunales de provincia, que la reconoce a ésta como heredera*. Es decir, en el caso de que se presente a la sucesión sólo el sujeto previsto en la norma, recibiría el contenido total de la herencia. Tal como lo manifestara Vélez Sársfield en la nota al art. 3283, cada ley positiva trata de interpretar la voluntad presunta del difunto, no porque ello sea un hecho, sino porque es la que se considera más apropiada a la naturaleza de

las relaciones de familia del lugar donde la norma debe regir. Por lo demás, existe un vínculo familiar que impone esta solución. Por ello, la “Comisión Federal” propuso como texto del art. 3576 bis el siguiente: “*El cónyuge viudo que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren al momento en que se abrió la sucesión de los suegros, o si aquellos fueron declarados indignos o desheredados, o hubieren renunciado a la sucesión, no existiendo quienes lo representen, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su cónyuge en dichas transmisiones hereditarias. De no existir herederos legítimos o testamentarios del causante, tendrá derecho al todo de la herencia. Este derecho no podrá ser invocado en los casos de los artículos 3573, 3574 y 3575*”.

Se intentó, con ello, dar solución a dos cuestiones ya advertidas como inconvenientes por la más calificada doctrina autoral de la nación, en oportunidad de celebrarse el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, en la Ciudad de Córdoba: la preferencia injustificada a favor de la mujer y la indeterminación respecto de si la viuda es realmente heredera, con derecho de “acreecer”, o solamente un legatario<sup>28</sup>.

## **Preferencia injustificada**

### *Solvencia argumentativa de inconstitucionalidad. Dictamen fiscal*

Transcurridos casi cuarenta años del debate producido en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil, en inédito y valioso dictamen fiscal, en el que profundamente se analizó la naturaleza jurídica del “llamamiento especial” de la nuera viuda; las condiciones en que procede dicho llamamiento y el origen de la institución, se expusieron los fundamentos de inconstitucionalidad del contenido del art. 3576 bis de nuestro Código Civil, en aquello que establece una irrazonable desigualdad entre el hombre y la mujer al excluir al yerno viudo sin hijos de la sucesión de sus suegros. Al analizar el pronunciamiento indicado, nuestra doctrina, puso de manifiesto que “una vez más, un intento solitario vuelve a atacar una injustificada desigualdad normativa en nuestro derecho, ante la carencia o el fracaso de reformas legislativas que de una vez por todas recojan integralmente los defectos resaltados a través de largos años por trabajos doctrinales y jurisprudenciales que persisten en su labor”. El autor agrega que negado el carácter asistencial, la concesión del beneficio a la nuera y no al viudo pierde todo sentido. Ello no sólo por las características de la sociedad actual, en la que hombre y mujer se encuentran indistintamente en mejor o peor situación económica, o aún, con mejores o peores posibilidades de acceder a un empleo; sino, y como principal fundamento jurídico, por normativa expresa constitucional, ya sea por el principio de igualdad contenido en nuestro art. 16 de la Constitución, como también frente a la actual jerarquía constitucional, a partir de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22), de los Tratados sobre Derechos Humanos que la norma violara, en particular la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. II); la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2º y 7º); la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, arts. 1.1 y 24); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (arts. 1º y 15); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2º, 3º, 14 y 26) y la Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 2º); y con sujeción a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865 (art. 27), que establece que las normas del derecho interno no pueden oponerse a lo establecido en aquéllos. En consecuencia, sin lugar a dudas, el art. 3576 bis establece un orden sucesorio basado en la diferencia de sexos, en una situación de igualdad jurídica, lo cual constituye lisa y llanamente discriminación, inaceptable en el orden constitucional vigente, generando en palabras del dictamen en análisis, un “*írrito privilegio femenino*”<sup>29</sup>.

Concluye el dictamen de García de Solavagione, coincidiendo con la postura expuesta por Moisset de Espanés cuarenta años antes, al advertir que la norma en cuestión consagró desde su origen un claro privilegio femenino, que se fue consolidando con el tiempo al no haber sido modificada de acuerdo al avance de los paradigmas constitucionales que protegen a los individuos contra toda forma de discriminación. El art. 3576 bis es arbitrario por la irrazonable

desigualdad entre hombre y mujer por lo que solicitó se acogiera el recurso de inconstitucionalidad planteado por atentar contra lo prescripto en los arts. 16 y 18 C.N., los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional a través del art. 75 y contra toda forma de discriminación, y en consecuencia, propuso se incorpore al texto del art. 3576 bis en un pie de igualdad, al yerno viudo<sup>30</sup>.

## **Declaración de inconstitucionalidad**

La instancia judicial, en el caso concreto, ha intentado consideraciones concienzudas. Con ellas, considera el magistrado actuante Dr. José Luis García Sagüés, ha quedado suficientemente revelado el motivo por el que el art. 3576 bis C.C., resulta ilegítimo, al sostener que no ha sido otro que el de conculcar el derecho a la igualdad de trato que merecen el hombre y la mujer frente a igualdad de situaciones y circunstancias calificadoras del hecho de que cada uno de ellos tipifique para acceder a un derecho que se le reconoce a uno de ellos y no al otro, y ese resulta un motivo suficiente para declarar inconstitucional ese precepto y, por ello, inaplicable al caso concreto, desde que el Estado se encuentra exigido, por la Convención Americana de Derechos Humanos, por vía del Poder Legislativo pero, en subsidio de éste, por cualquiera de los poderes que lo integren, a hacer realidad el acceso de todo habitante de la Nación a todos los derechos reconocidos, como derecho constitucional, en cualquiera de los pactos o convenciones relacionadas en el art. 75 inc. 22, sin discriminación alguna fundada en razones de sexo, y mucho menos si ello pudiese importar un trato diferente a los cónyuges con motivo del matrimonio o durante el matrimonio o luego de su disolución, razón por la cual, corresponde declarar admisible el incidente de declaración de inconstitucionalidad del art. 3576 bis del C.C. Por lo que se resolvió hacer lugar al planteo incidental porque su aplicación provoca discriminación arbitraria entre el hombre y la mujer, por razón de sexo, prohibido por el art. 16 de la C.N., y de todos los tratados y convenciones que han resultado jerarquizados como ley suprema de la Nación, retaceándole a él, por omisión, lo que expresamente le confiere a la mujer, ambos en iguales condiciones frente a las sucesiones de sus suegros<sup>31</sup>.

## **Recapitulación**

### *Los textos legales*

El art. 3576 bis de nuestro Código Civil ordena que la viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos vivos en el momento en que se abrió la sucesión de sus suegros “tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido a su esposo en dichas sucesiones...”.

Se ha sostenido que la ley determina un llamamiento limitado, que la nuera viuda no tiene derecho al todo en ninguna circunstancia.

Resulta necesario desentrañar el exacto significado de la expresión legal, intentando ello sin eludir el tenor literal del texto. Ninguna palabra utilizada en él limita el llamamiento tan sólo se afirma la cuota del derecho.

Si analizamos con la misma regla de interpretación doctrinal, es decir la literal, otras imposiciones legales relativas a quienes jamás nadie ha dudado de su llamamiento al todo, veremos que en el art. 3591, que se refiere a la porción de los herederos forzosos, se determina que es “un derecho de sucesión *limitado a determinada porción de la herencia*”, porción que es de cuatro quintos a favor de los hijos; de dos tercios en favor de los ascendientes y de la mitad en beneficio de los cónyuges “cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto”.

La conclusión que aparece es que el legislador no ha limitado a la nuera viuda y al punto tal que la palabra “limitado” ha sido utilizado pero respecto de aquellos que claramente benefició con el llamamiento al todo.

Se ha sostenido que la nuera jamás tiene derecho de acrecer y que ese derecho les corresponde a los herederos.

Ordena el codificador con el contenido del art. 3810 C.C. que “El derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias”. Explica luego que habrá acrecimiento en las herencias y legados cuando diferentes herederos o legatarios sean llamados conjuntamente a una misma cosa en el todo de ella. Teniendo en consideración que el heredero es sucesor universal, es decir, es llamado al todo ideal, “sin consideración a su contenido especial, ni a los objetos de esos derechos”, no es posible que diferentes herederos sean llamados conjuntamente a una misma cosa, el heredero nunca es llamado a la cosa, supuesto sólo aplicable a los colegatarios de cosa cierta sin asignación de parte, ya que en el art. 3814 se establece que si el testador ha asignado partes el acrecimiento no tiene lugar. De lo que se concluye que el derecho de acrecer sólo le corresponde a éstos en tanto que los herederos no son sujetos de esta disposición legal, que por otro lado carecería de sentido en virtud que ellos tienen un llamamiento al todo lo que no permite acrecimiento alguno. Resulta absurdo, no puede creerse más allá del todo.

La nuera viuda está establecida como sucesora en el Capítulo III del Título IX que es el que trata “Del orden de las sucesiones intestadas”. Este se compone con la sucesión de los descendientes, la sucesión de los ascendientes y la sucesión de los cónyuges. En el Título X del Capítulo VIII el legislador indica que tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior. Este título, el décimo, es el que corresponde a “De la porción legítima de los herederos forzosos”. Indudablemente, la interpretación literal de las normas desentraña el exacto significado que le ha querido dar el legislador. No corresponde recurrir a la invocación del “error del legislador” en toda oportunidad en que no se compartan las bondades de las disposiciones del derecho vigente, lo contrario importa atribuirse facultades y capacidades que no nos han sido otorgadas por quienes tienen aptitud para hacerlo.

Tampoco los jueces pueden invocar el error del legislador para apartarse del derecho vigente. Ello importa transgredir el principio de división de poderes. Vale decir, el juez no puede actuar como legislador, corrigiendo los textos legales en su tarea de interpretación. *“El juez debe limitarse a aplicar las leyes sancionadas por el Poder Legislativo, salvo que una disposición infrinja normas superiores de jerarquía constitucional”*<sup>32</sup>.

## **Colofón**

Afirmadas las virtudes emergentes del profundo tratamiento dado a la cuestión en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil y sintetizados los desarrollos relacionados que se causaron en el derecho argentino, y que inexorablemente fundamentaron sus análisis en el pensamiento de los juristas que allí intervinieron, considero necesario cosechar las conclusiones que han brotado de la riqueza de tal saber, para aportar con ello al interés común.

Es aceptado por todos que el método legislativo y expositivo utilizado en la incorporación de reconocimientos de derechos sucesorios a la nuera resultó deficiente, causando con ello un estado de incertidumbre en cuanto a la aplicación de las normas que los establecieron.

Si bien las circunstancias de tiempo y lugar existentes a la época de entrada en vigencia del texto legal provocaron conflicto entre las opiniones que justificaban un tratamiento legal distinto en razón del sexo y los que no veían justificación al distingo, la modificación de las circunstancias sociales han alterado las consideraciones de modo que hoy tal diferencia es pacíficamente reconocida como repugnante a la consideración general y al orden constitucional.

Resulta necesaria la exacta determinación de la clase de sucesor que corresponde al cónyuge del descendiente de primer grado.



Es deber del poder legislador atender la producción doctrinaria que informó a los jueces y los efectos que tal transferencia produjo para, con ello, proveer normas del derecho positivo que pongan fin al estado de incertidumbre que resulta de lo expuesto.

#### NOTAS:

<sup>1</sup> Ver Carlos H. VIDAL TAQUINI, *Prólogo* en CORDOBA-LEVY- SOLARI, *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Wagmaister, 1991.

<sup>2</sup> Ponencia presentada por el profesor Elías P. GUASTAVINO (Universidad Nacional del Litoral).

<sup>3</sup> Ponencia presentada por los profesores José Ignacio CAFFERATA, Alberto B. EPPSTEIN, Pedro León FEIT, Nélida María MOISÉS (Instituto de Derecho Civil de Córdoba).

<sup>4</sup> Ponencia presentada por el profesor Elías P. GUASTAVINO (Universidad Nacional del Litoral).

<sup>5</sup> María Josefa MÉNDEZ COSTA (Universidad Nacional del Litoral).

<sup>6</sup> Ponencia presentada por el profesor Luis MOISSET DE ESPANÉS (Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba).

<sup>7</sup> Ponencia presentada por el profesor Carlos Alberto DANSEY (Universidad Nacional del Nordeste).

<sup>8</sup> Ponencia presentada por el profesor Alberto D. MOLINARIO (Universidad Católica Argentina Universidad Nacional de La Plata).

<sup>9</sup> Ponencia presentada por el profesor Horacio L. POVIÑA (Universidad Nacional de Tucumán).

<sup>10</sup> Nina PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, *El derecho de las sucesiones en Roma*, Buenos Aires, Lerner, 1981, pág.86

<sup>11</sup> Inst. 2, 19, 2; conf. epit. 2, 3, 6; Ulp. 22, 24; Cayo III, 2 ss.; Inst. 3, 1, 2 ss. -*Institutas*-. Texto traducido y notas por Alfredo DI PIETRO, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.

<sup>12</sup> Conf. GAYO I, 114; 115 b; 118; 148; II, 139; 159 -*Institutas*-. Texto traducido y notas por Alfredo DI PIETRO, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.

<sup>13</sup> *Reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1936, pág. 214.

<sup>14</sup> Alicia GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Dictamen del Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en autos: "Morales o Morales, Agustina - Declaratoria de herederos" (Expte. N° 1261142/36), Córdoba, Advocatus, octubre de 2008.

<sup>15</sup> Anteproyecto del Código Civil de 1954 para la República Argentina, Universidad Nacional de Tucumán, 1968, publicación N° 979.

<sup>16</sup> El texto definitivo del Código Civil italiano de 1942 no consagró tal derecho sucesorio de los afines del causante.

<sup>17</sup> CNCiv., Sala F, 13/9/1974, "Fernández, Ricardo, suc."

<sup>18</sup> Eduardo A. ZANNONI, "Nuera versus fisco", en comentario al fallo CNCiv., Sala F, 13/9/1974, "Fernández, Ricardo, suc.", L.L. 156-608).

<sup>19</sup> Carlos H. VIDAL TAQUINI, "Vocación sucesoria de la nuera", E.D. 75-805.

<sup>20</sup> S.C. Buenos Aires, 15/4/1980, "Boss de Eder, Berta, suc." -Ac. 28.074-, DJBA, 118-353, E.D. 89-279.

<sup>21</sup> CNEsp.C. y C., Sala III, 21/10/1980, "Veliz, Erminda c/ Landau, Roberto J.", L.L. 1982-C, 510, J. Agrup., caso 4696, BCECyC, 692, núm. 10.29).

<sup>22</sup> Autos: "Gorbea de Buonocore, Gertrudis, suc.", Plenario: 29/8/1983, L.L. 1983-D-176. Lo resuelto por mayoría en la oportunidad lo suscribieron los magistrados Armando J. Fernández del Casal, Jorge H. Palmieri, Patricio J. Raffo Benegas, Alberto J. Bueres, Carlos E. Ambrosioni, Osvaldo D. Mirás, Néstor L. Lloveras, Leopoldo Montes de Oca, Marcelo Padilla; haciéndolo los doctores Jorge H. Alterini y Agustín Durañona y Vedia (por sus fundamentos).

Las disidencias fueron suscriptas por los magistrados Pedro R. Speroni, Jorge E. Beltrán, César D. Yáñez, Ricardo L. Burnichón, Jorge Escuti Pizarro, Alfredo Di Pietro, Félix R. de Igarzábal; Antonio Collazo; Santos Cifuentes (ampliando fundamentos) y Rómulo E.M. Vernengo Prack (por sus fundamentos);

<sup>23</sup> CNCiv., en pleno, "Gambó, Francisco de Asís s/ sucesión", del 10/8/53, L.L. t. 71, pág. 634 y J.A. 1953-IV, pág. 15.

<sup>24</sup> CNCiv., en pleno, 15/7/77, "Kartopapel, S.A. c/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", primer punto del temario, E.D. t. 74, pág. 322, L.L. t. 1977-C, pág. 361.

<sup>25</sup> CNCiv., en pleno, "Gambó, Francisco de Asís s/ sucesión", del 10/8/53, L.L. t. 71, pág. 634 y J.A. 1953-IV, pág. 15.

<sup>26</sup> Guillermo BORDA, *Manual de derecho civil -Sucesiones-*, 15ª ed. act. por Delfina M. Borda, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 290

<sup>27</sup> La Comisión Federal de Juristas fue integrada por los doctores: Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel C. Araya, María Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitia, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín H. Richard, Néstor E. Solari, Félix Trigo Represas y Ernesto Wayar.

<sup>28</sup> Ponencia presentada por el profesor Luis MOISSET DE ESPANÉS (Instituto de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba).

<sup>29</sup> Ramiro FLORES LEVALLE, Su conferencia “Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones”, Buenos Aires, 2008.

<sup>30</sup> Alicia GARCÍA DE SOLAVAGIONE, Dictamen del Ministerio Público Fiscal del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, en autos “Moralez o Morales, Agustina - Declaratoria de herederos” (Expte. N° 1261142/36), Córdoba, Advocatus, octubre de 2008.

<sup>31</sup> Juzgado Civil y Comercial de 27ª Nominación de la Provincia de Córdoba, en autos: “Moralez o Morales, Agustina - Declaratoria de herederos” (Expte. N° 1261142/36), Resolución que no se encuentra firme.

<sup>32</sup> Alejandra Gils Carbó, fiscal general, su dictamen en “Compañía Arenera Río Luján S.A. s/ quiebra s/ incidente de apelación promovido por: Coop. de Trabajo Arepalba Ltda.”; CNCom., Sala E, 22/6/05.

# EL DERECHO HEREDITARIO DE LA NUERA VIUDA EN LA SUCESIÓN DE LOS SUEGROS

por NORA LLOVERAS <sup>1</sup>

**SUMARIO:** Introducción. 1. El derecho hereditario: ¿para quiénes? 2. La nuera viuda: ¿quién es? 2.1. La historia reciente de la norma de la “nuera viuda”. a. Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina. b. Reforma del Código Civil (Buenos Aires, 1936). c. Anteproyecto Bibiloni. d. La Reforma de 1968 al Código Civil (ley 17.711) y la introducción a la ley argentina del derecho sucesorio de la nuera viuda. e. El IV Congreso Nacional de Derecho Civil de 1969. f. Proyecto de 1993. g. Proyecto de 1998. h. Una conclusión a propósito de la historia legislativa de la nuera viuda sin hijos. 2.2. La nuera viuda: conceptualización. a. Estado de familia de viudedad: la nuera viuda. b. Permanencia en el estado de familia de viudedad. c. La nuera viuda sin hijos. 3. La sucesión de los suegros: la “ausencia” del hijo premuerto y la “presencia” de la nuera viuda. 4. La Constitución Nacional, la nuera viuda y el yerno viudo. 4.1. El derecho humanitario y el art. 3576 bis C.C. 4.2. El alcance del actual art. 3576 bis C.C. 4.3. El yerno viudo sin hijos: ¿una exclusión inconstitucional? 4.4. La Constitución Nacional, y el yerno viudo desde la jurisprudencia. 5. Conclusiones.

## Introducción

En el presente trabajo nos proponemos desandar dos caminos: el primero es la norma reglamentaria del art. 3576 bis C.C., desde sus antecedentes, su evolución, su mirada por la jurisprudencia y la doctrina, y las vicisitudes que puede tener.

En el segundo sendero, intentamos una mirada a la figura de la nuera viuda, desde una perspectiva de género, y con un enclave en la Constitución Nacional.

Nuestro plan de trabajo nos llevará a concluir en la necesidad de tener por inconstitucional la norma del art. 3576 bis C.C., en cuanto no incluye al yerno viudo sin hijos -como postulado mínimo-, y a postular la derogación íntegra de ésta -como propuesta de *lege ferenda*-.

## 1. El derecho hereditario: ¿para quiénes?

La transmisión hereditaria de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían, se organizó en el siglo XIX en la Argentina conforme a un doble sistema de llamamiento, pudiendo la sucesión ser legítima o testamentaria <sup>2</sup>, abordaje que permanece inalterado en lo sustancial en el siglo XXI.

En la sucesión legítima las personas reciben el derecho de la ley y en la sucesión testamentaria, de la voluntad del testador contenida en un testamento válido <sup>3</sup>.

La ley impone herederos al causante basada en el afecto presunto: son sus herederos las personas más vinculadas por la sangre o por el afecto, y que habrían sido favorecidas de todos modos -descendientes, ascendientes, y el cónyuge-. No estando presentes estos herederos forzosos, la ley autoriza a cada ciudadano para disponer libremente de sus bienes, instituyendo herederos a la o las personas que decida, pudiendo ser extraños al parentesco, excluyendo incluso a algunos parientes que no tienen legítima -los colaterales- <sup>4</sup>.

En un primer momento, la ley interviene creando herederos forzosos <sup>5</sup> -hoy descendientes, ascendientes y cónyuge <sup>6</sup>- a quienes se les asigna una porción de la herencia llamada porción legítima <sup>7</sup> que es mayor o menor según la proximidad del parentesco: para los hijos es de cuatro quintos, para los ascendientes es de dos tercios, y para el cónyuge de la mitad -sin desconocer la facultad que tiene de instituir herederos sobre la porción de libre disposición- <sup>8</sup>.

En un segundo momento, si muere sin formular testamento, la ley interviene nuevamente, supliendo ese silencio del causante y designa nuevamente herederos, en los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive <sup>9</sup>.

La persona tiene predeterminados los herederos en los descendientes <sup>10</sup>, en los ascendientes para el supuesto de no tener hijos, y en el cónyuge como figura permanente y singular de concurrencia con los descendientes y con los ascendientes. Si estos legitimarios no están presentes a la muerte del causante, se activa la posibilidad de testar libremente, excluyendo incluso a los parientes colaterales. Y si la persona no ha testado, la ley predetermina los herederos en los parientes colaterales mencionados <sup>11</sup>.

En este contexto, opera la inserción en el sistema sucesorio de la figura de la llamada “nuera viuda sin hijos”, introducida por la reforma de la ley 17.711, a través del art. 3576 bis. Esta norma fue reajustada por la ley 23.515 de 1987 <sup>12</sup>.

Es que no se trata de un tema menor, pues el derecho de sucesiones está formado por un conjunto de normas que regula el destino que se atribuye a las relaciones jurídicas de una persona física cuando ésta muera, y que ordenará la creación de relaciones jurídicas nuevas, subordinadas a la muerte de dicha persona <sup>13</sup>.

No perteneciendo al esquema sistemático de la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían, la nuera viuda integra el derecho sucesorio argentino excepcional desde 1968 como pariente afín, estimada por ello destinataria parcial -si se quiere- de los derechos por muerte de la persona del suegro o de la suegra.

Nos preguntamos, entonces, si esta creación de la figura sucesoria de la nuera viuda sin hijos o el yerno viudo sin hijos -si se interpreta constitucionalmente-, puede permanecer en el derecho sucesorio vigente o en su caso, debe reverse <sup>14</sup> su situación jurídica <sup>15</sup>.

## **2. La nuera viuda: ¿quién es?**

La figura de la “nuera viuda” no fue contemplada por Vélez Sársfield, en el derecho diseñado en el Código Civil del siglo XIX para la transmisión de los derechos por causa de muerte.

La reforma al Código Civil, que introduce la ley 17.711 de 1968, reconoce un derecho sucesorio -en sentido amplio- a la viuda sin descendencia en la sucesión del suegro o de la suegra.

El art. 3576 bis C.C. estatuye que “la viuda que permaneciera en ese estado y no tuviera hijos, o que si los tuvo no sobreviven en el momento que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieran correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los arts. 3573, 3574 y 3575”.

### *2.1. La historia reciente de la norma de la “nuera viuda”*

Ponemos de realce esta breve referencia que efectuamos de la historia del art. 3576 bis C.C, ya que en la medida que podamos dilucidar la trayectoria evolutiva, puede fundarse una u otra interpretación de la institución, y postularse hacia el futuro decisiones diferentes.

Desde 1968 (ley 17.711) hacia atrás, de manera retrospectiva, consignamos el Anteproyecto de 1954, que remite al Proyecto de 1936 -que tiene a la vista el Anteproyecto Babiloni-, ya que la reforma Borda expresamente alude al Proyecto de 1954.

Señalamos, luego, nuevas propuestas de reformas en el tema.

#### *a. Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina*

El Anteproyecto de 1954, regula la figura de la nuera viuda en la sucesión de los suegros (art. 723) <sup>16</sup>.

Este anteproyecto de 1954 dice puntualmente que la fuente del art. 723 <sup>17</sup> es el art. 2001 del Proyecto de la Comisión de 1936 <sup>18</sup>.

La prioridad que le adjudicamos en el orden de exposición al Anteproyecto de 1954, se origina en que es el más próximo a la reforma de 1968 -ley 17.711- que concreta la institución de la nuera viuda en el derecho sucesorio argentino.

#### *b. Reforma del Código Civil (Buenos Aires, 1936)*

Cuando la Comisión de 1936 incluye el art. 2001 (nuera viuda sin hijos a la sucesión de los suegros) <sup>19</sup>, lo funda concretamente en que es razonable concederle ese derecho a la nuera viuda -no se encuentran en los dos Libros de Actas y observaciones de la Comisión de 1936, otras referencias, ni se alude de otro modo a la fuente de la norma-

“... Un artículo nuevo contempla el caso de la viuda que permaneciere en ese estado, sin hijos, o que habiéndolos tenido, no sobrevivieren al abrirse la sucesión de los suegros. Estimamos razonable reconocerle derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido al esposo en aquellas herencias”.

Esta Comisión de 1936, tiene a la vista el Anteproyecto Bibiloni completo, y sobre él debaten, elaborando un nuevo Proyecto de Código Civil, el de 1936 <sup>20</sup>.

Y Bibiloni no consagró el derecho sucesorio de la nuera viuda en la sucesión de los suegros.

Se materializa, sorpresivamente así, el art. 2001 del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1936, sólo con las explicaciones reseñadas.

Cabe realzar, que opera la apertura de la sucesión al parentesco afin: la nuera viuda concurre a la sucesión de los suegros, aunque lo sea de un modo demarcado.

#### *c. Anteproyecto Bibiloni <sup>21</sup>*

El Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, que contempla en el t. IV -Sucesiones-, la sucesión de los cónyuges, no trata la nuera viuda sin hijos, ni alude al tema, ni menciona su exclusión, como ya expresamos.

Es importante el dato, pues la Comisión de 1936 incluye ese derecho de la nuera viuda -a pesar de no constar en Bibiloni-, apuntando el fundamento de razonabilidad.

#### *d. La Reforma de 1968 al Código Civil (ley 17.711) y la introducción a la ley argentina del derecho sucesorio de la nuera viuda*

La reforma de la ley 17.711 al Código Civil, introduce el art. 3576 bis, consagrando el derecho de la nuera viuda sin hijos en la sucesión de los suegros <sup>22</sup>.

Este art. 3576 bis que abre un nuevo derecho sucesorio en favor de la viuda en las condiciones marcadas por la ley, ostenta como precedente el art. 2001 del Proyecto de 1936, ya analizado más arriba, y no hemos podido constatar otros, tal cual lo señalara la doctrina cordobesa, al analizar las reformas del Código Civil de 1968 <sup>23</sup>.

Borda, el principal referente de esta reforma de 1968, expresa <sup>24</sup> que “... *ha querido proporcionar a la mujer que ha quedado viuda y sin hijos algunos recursos, llamándola a una pequeña parte de la sucesión de sus suegros. La solución es justa pues muchas veces la muerte del marido deja en desamparo a la viuda. Si tuviere hijos, éstos heredarían a sus abuelos en representación de su padre y, durante su minoridad, la madre tendría el usufructo de sus bienes. Y si los hijos son mayores, pueden y deben ellos ayudar a su madre. Por eso, la ley concede esta vocación sucesoria extraordinaria, sólo en el caso de viuda sin hijos*” <sup>25</sup>.

Se consagra, por esta vía, la figura sucesoria de la nuera viuda, extraña al sistema en el que se insertaba: no se había estructurado orden hereditario alguno que incluyera parientes afines, en la sucesión del causante <sup>26</sup>.

Este llegada de la nuera viuda sin hijos <sup>27</sup>, exhibe así, las características de excepcional y extraordinaria, ya que se le otorga un derecho sucesorio a quien es pariente afin a la muerte del

suegro o de la suegra -único pariente afín con derecho sucesorio en el derecho argentino-, que reconoce un llamamiento intestado y que no responde al esquema o sistema de la transmisión de los derechos por causa de muerte, que organizara el Codificador en el siglo XIX.

*e. El IV Congreso Nacional de Derecho Civil de 1969* <sup>28</sup>

El IV Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en 1969 en Córdoba, abordó sólo en comisión el tema: “El derecho hereditario de la nuera viuda en la sucesión de los suegros”.

Las ideas presentes en dicho evento tienen importancia, pues se trataba de examinar la reciente reforma de la ley 17.711 de 1968, que había justamente introducido en el derecho sucesorio, la figura de la nuera viuda sin hijos.

Se constatan seis (6) ponencias a la cuestión y una observación <sup>29</sup>, suscribiéndose un despacho en mayoría <sup>30</sup> que recomienda diferir el tratamiento del tema, y uno en minoría <sup>31</sup> que postula interpretaciones escalonadas que se extienden desde la derogación del art. 3576 bis C.C., hasta requerir el consenso sobre criterios de aplicación de la norma, para el supuesto de no sufrir su derogación.

Desde nuestra perspectiva, cobra realce la posición de Luis Moisset de Espanés, quien remarca que el art. 3576 bis C.C., constituye una verdadera anomalía que quebranta diversos principios de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto debe ser suprimido <sup>32</sup>.

Avanza Moisset de Espanés con claridad y precisión científica, que el fundamento de esta propuesta de exclusión del sistema de la figura de la nuera viuda sin hijos en la sucesión de los suegros, es que la norma impone una condición especialmente prohibida (no casarse), quebranta la igualdad que debe existir entre los cónyuges, presume un afecto sin que exista ningún fundamento para ello, no concede a los suegros el correlativo derecho hereditario, y no determina con precisión si la viuda es realmente heredera con derecho de acrecer o solamente un legatario <sup>33</sup>

*f. Proyecto de 1993*

Se ha equiparado a la nuera viuda sin hijos, la situación que corresponde al yerno viudo.

Este Proyecto de 1993, recibió la sanción sólo de la Cámara de Diputados de la Nación, lo que evidencia la importancia del tema, y del contenido propuesto.

Se estima que el fundamento de la misma, es consecuencia de un vínculo familiar, es decir, de parentesco por afinidad, y no requiere -como en el derecho español-, que la viuda sea pobre e indotada. El derecho no nace por la circunstancia de que la viuda se encuentre en estado de indigencia, sino por la acreditación de los requisitos señalados en la norma, a los cuales les resulta irrelevante aquella circunstancia.

Es decir, que por la muerte de su cónyuge y la no concurrencia de sus hijos a la sucesión de sus abuelos, se vea privado del efecto del desencadenamiento natural de los acontecimientos <sup>34</sup>

Además, se adoptó la doctrina jurisprudencial mayoritaria en los tribunales de provincia, que la reconoce a ésta como heredera. Es decir, en el caso de que se presente a la sucesión sólo el sujeto previsto en la norma, recibirá el contenido total de la herencia <sup>35</sup>.

*g. Proyecto 1998*

El privilegio otorgado a la nuera viuda sin hijos ha sido eliminado en el proyecto de reforma de 1998, porque carece de justificación este derecho hereditario a un pariente de afinidad femenino.

El Proyecto de Reforma del Código Civil propone normas que eliminan los matices discriminatorios en contra de la mujer, cumpliendo de este modo con el compromiso asumido por la República Argentina de adecuar la legislación interna a las normas de la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer <sup>36</sup>.

Se elimina el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos, porque es discriminatorio en contra del hombre y carece de fundamentación en la actualidad.

#### *h. Una conclusión a propósito de la historia legislativa de la nuera viuda sin hijos*

El llamamiento de la nuera viuda sin hijos no reconoce un desarrollo doctrinario ni jurisprudencial en el derecho argentino, irrumpiendo sorpresivamente en 1968 en el sistema de transmisión de los derechos por muerte de las personas.

Si bien en el Proyecto de 1936 se incluyó la figura de la nuera viuda sin hijos, que recogió la reforma de la ley 17.711 incorporándola al Código Civil, no puede entenderse en el presente la categoría de “razonabilidad” del derecho a que se alude por la Comisión de 1936, a la cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido al esposo premuerto respecto de sus padres.

Se consagró la figura sucesoria de la nuera viuda, extraña al sistema del Código Civil: no luce orden hereditario alguno que incluya parientes afines, en la sucesión del causante.

A la sucesión del suegro y de la suegra -sin generar reciprocidad como señala Moisset de Espanés-, puede acudir la nuera viuda sin hijos, en las condiciones que la ley exige, lo que deviene francamente extraño al sistema sucesorio del Codificador -más allá de las propuestas que se intenten formular superadoras del actual régimen de transmisión por causa de muerte-.

## *2.2. La nuera viuda: conceptualización*

La relación de parentesco por afinidad -que nace del matrimonio-, define el vínculo entre el suegro y la suegra y la nuera y el yerno <sup>37</sup>.

En el supuesto del derecho sucesorio de la nuera viuda sin hijos, se conecta a la esposa supérstite sin hijos del marido premuerto con los parientes consanguíneos del cónyuge fallecido, en línea recta ascendente en primer grado: la nuera concurre a la sucesión del suegro y a la sucesión de la suegra, en las condiciones que marca la ley.

Debe tenerse presente que algunos efectos del parentesco por afinidad, subsisten luego de disuelto el vínculo matrimonial, como el impedimento nupcial en línea recta (art. 166 inc. 4 C.C.).

El llamado a la nuera viuda exige las siguientes condiciones:

#### *a. Estado de familia de viudedad: la nuera viuda*

A la muerte del suegro o de la suegra, la nuera debe ostentar el estado de familia de viudedad.

Premuerto el marido a sus progenitores, la esposa viuda puede concurrir a la sucesión del suegro o de la suegra.

Es aquí donde aparece claramente un requisito discutible: la prohibición de contraer matrimonio después de la muerte del marido -hijo del o de la causante-, respecto a la mujer.

#### *b. Permanencia en el estado de familia de viudedad*

La esposa viuda debe permanecer en ese estado de familia.

La permanencia en ese estado de viudez, importa simplemente que la nuera no haya contraído nupcias nuevamente.

Permanecer en ese estado, muestra la premoriencia del cónyuge, y que la viuda siga siendo “viuda”, sin perjuicio de las causales de exclusión de la concurrencia o de la vocación hereditaria o del llamado a esta sucesión que indica la propia norma -según se entienda-.

Esta permanencia en el estado de familia de la nuera, deviene exigible a la fecha de apertura de la sucesión, del suegro o de la suegra <sup>38</sup>.

#### *c. La nuera viuda sin hijos*

La nuera no debe tener descendencia.

Esta previsión comporta que la nuera viuda no debe tener hijos, o en caso de haberlos tenido, los hijos deben haber fallecido antes de la muerte del suegro o de la suegra, que es el momento en que se analiza su concurrencia a la sucesión.

No indica puntualmente la norma a qué hijos se refiere, ya que pueden presentarse varias posibilidades en la realidad; pero a pesar de tal omisión por nuestra parte entendemos que la nuera viuda sin hijos, es una expresión que engloba a la nuera que no tuvo hijos del matrimonio con el cónyuge premuerto, o que si los tuvo, los hijos “comunes” han premuerto a los abuelos, y que permanece en ese estado.

Cumplidas las condiciones referidas, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieran correspondido a su esposo en dichas sucesiones <sup>39</sup>.

### **3. La sucesión de los suegros: la “ausencia” del hijo premuerto y la “presencia” de la nuera viuda**

Premuerto el esposo e hijo -de la nuera viuda y del suegro o suegra respectivamente-, muere uno o ambos suegros, y a la apertura de esta sucesión se convoca a la nuera viuda sin hijos.

En esta convocatoria, las opiniones difieren <sup>40</sup>: para un sector la nuera viuda se reputa heredera legitimaria <sup>41</sup> o en otro matiz, legitimario no heredero <sup>42</sup>; para otros es legataria de cuota *ex lege*; desde una óptica distante se la reputa legitimaria no heredera <sup>43</sup> sosteniéndose para un grupo de opinión que aun siendo heredera, no lo es por derecho propio <sup>44</sup>, sino por derecho de representación <sup>45</sup>, y entendiendo otros que es heredera de “vocación limitada” <sup>46</sup>.

Destacamos por su importancia el Plenario de la Cámara Nacional Civil de 1986 -“Gorbea” <sup>47</sup>-, de efectos trascendentes, ya que la viuda nuera no tiene derecho a acrecer en caso de que no concurren otros herederos <sup>48</sup>, por lo cual no desplazaría al fisco.

La respuesta que se asuma respecto a qué carácter se atribuye a la nuera viuda sin hijos, acarreará efectos relevantes <sup>49</sup>, ya que en algunos supuestos podrá acrecentar o no su parte, frente a la no concurrencia de otros herederos <sup>50</sup>.

Para Borda -teórico fundamental de la reforma de 1968- la nuera es una heredera legitimaria, y eventualmente, si es la única llamada a la sucesión, y no hay herederos testamentarios debe admitirse su vocación a la totalidad, es decir que en tal supuesto desplaza al fisco <sup>51</sup>.

A nuestro juicio la respuesta debe atender la característica que asuma el llamamiento de la nuera viuda en la sucesión de los suegros.

Por nuestra parte entendemos que la “nuera viuda” tiene el carácter de sucesora, ya que su llamamiento por parte de la ley la ubica junto a los otros sucesores universales como son los ascendientes, los descendientes, el cónyuge supérstite y los colaterales -aunque debatamos si debe o no permanecer en el derecho este llamado- <sup>52</sup>.

Su vocación se limita a un cuarto de lo que hubiera recibido su marido en tanto concorra con cualquiera de los herederos legítimos mencionados en este párrafo, pero indudablemente que de no existir ningún pariente con vocación sucesoria la nuera viuda excluye al Fisco, actualizando de esa manera su vocación al todo <sup>53</sup>.

### **4. La Constitución Nacional, la nuera viuda y el yerno viudo**

Los derechos humanos -DD.HH., en adelante- tienen actualmente reconocimiento supranacional y una nueva visión que sitúa al individuo como sujeto de derechos <sup>54</sup>

Los cambios sociales, históricos, axiológicos, científicos <sup>55</sup> -entre otros-, deben ser legislados, reconocidos, y receptados por las sociedades, en tanto en general existe consenso en que el “derecho” de una sociedad debe reflejar la realidad -valores- existente en ella.



Se impone la mirada desde la Constitución Nacional, a fin de bucear en el derecho reglamentario que debe acordar y lograr sintonía con el derecho primero o fundamental, también en el campo del derecho de sucesiones, donde se conjugan instituciones como la propiedad, las relaciones familiares y la muerte.

Este es el paso que damos de inmediato.

#### 4.1. *El derecho humanitario y el art. 3576 bis C.C.*

Los DD.HH. imponen una nueva mirada, y en ella está la visión del principio de igualdad.

La noción de igualdad requiere una descripción de aspectos empíricamente relevantes a los que se adjudican cuestiones valorativas. Así, en 1968 -fecha en que se incorpora el art. 3576 bis C.C. relativo a la nuera viuda, con origen o fuente reconocida en 1936-, la mujer aparecía como un sujeto desvalido, necesitado, no inmerso en general en el sistema productivo, a quien se debía proteger, aun a costa del “asistencialismo” sucesorio.

Esta es la cuestión valorativa de la mujer y sus condiciones -si se nos permite-, en el contexto en que se incorpora la norma del art. 3576 bis al C.C., con la ley 17.711.

En la actualidad, la mujer ha desarrollado su proceso de modo diferente, pudiendo si bien con limitaciones reales, acceder a trabajar en diversas áreas, mejorando su situación política, civil, económica, entre otras.

Si bien la Cedaw <sup>56</sup> pone de relieve la discriminación que se constata en contra de la mujer, lo hace también en un sentido diferente, prescribiendo la igualdad entre hombre y mujer, y presumiendo en un contexto valorativo diferente al de 1936, que la mujer titulariza y efectiviza derechos-deberes, insertándose en la realidad histórica social actual.

La norma que le otorga derechos sucesorios sólo a la mujer -nuera viuda sin hijos- significó considerarla desvalida, con menores posibilidades, y sujeta a la protección de la familia del esposo premuerto.

La misma norma, en el presente, resulta discriminatoria del hombre -el yerno viudo sin hijos-, toda vez que el plexo valorativo del rol femenino y masculino, ha variado sustancialmente en el siglo XXI.

Lo que en 1936 fue asistir otorgando derechos sucesorios a una minusválida o a una persona con posibilidades recortadas, hoy configura en algún sentido discriminar al hombre.

Sin embargo, entendemos que esta noción de minusvalía y discriminación no tiene lugar en el siglo XXI ni para el hombre ni para la mujer, por lo que propugnamos que mínimamente se equipare el derecho sucesorio de la nuera viuda y del yerno viudo.

Y de *lege ferenda*, se deroga el derecho sucesorio abierto a los parientes afines -nuera y yerno viudos sin hijos-, por considerar que reconocer este derecho a los afines desconoce otras prioridades en el llamamiento, además de contradecir el sistema sucesorio global, como se encuentra legislado.

#### 4.2. *El alcance del actual art. 3576 bis C.C.*

El actual art. 3576 bis C.C., incluye literalmente sólo a la nuera viuda sin hijos, en el llamado como pariente afín, a la sucesión del suegro o de la suegra.

En el Código Civil vigente la nuera viuda sin hijos hereda a sus suegros, en un cuarto de lo que le hubiera correspondido, y este derecho no lo titulariza el yerno en la sucesión de sus suegros <sup>57</sup>.

#### 4.3. *El yerno viudo sin hijos: ¿una exclusión inconstitucional?*

La ley 17.711 innova fundamentalmente en el derecho sucesorio, llamando a la sucesión *ab intestato* de los suegros a la nuera viuda sin hijos<sup>58</sup>. Esta norma fue reajustada por la ley 23.515 de 1987<sup>59</sup>.

El art. 3576 bis en su redacción actual, convoca sólo a la mujer viuda sin hijos.

El llamamiento evoca de alguna manera la cuarta de la viuda pobre e indotada que acordaban las Partidas y que Vélez Sársfield recuerda en la nota al art. 3572<sup>60</sup>.

Resulta infundado sostener el llamamiento a la nuera viuda sin hijos, y excluir de esta convocatoria, al yerno viudo sin hijos<sup>61</sup>, en el análisis de esta apertura excepcional y única de la sucesión a los parientes afines en el derecho argentino<sup>62</sup>.

La doctrina se ha pronunciado en este sentido diciendo que *“las características que asume el llamado a heredar que tiene la ‘nuera viuda’ surge de las relaciones de familia existentes entre los parientes afines en primer grado y no tiene un sentido asistencial, ya que en este caso deberíamos limitar la vocación a la ‘nuera viuda’ sin recursos económicos. Y aun en este último caso también tendríamos que extender la vocación al ‘yerno viudo’ que se encuentre en estas mismas condiciones”*<sup>63</sup>.

La igualdad frente a la ley exige el mismo tratamiento para el hombre y la mujer en iguales situaciones, en cuya virtud estimamos que en el derecho sucesorio de la nuera viuda sin hijos resulta discriminado el hombre sin razón jurídica que sostenga tal tesis.

Esta norma debe ser reputada inconstitucional, por lesión al principio de igualdad entre el hombre y la mujer, sin razón alguna que funde la diferencia, y esta distinción deviene irrazonable.

Más claramente: entendemos factible el reclamo de los yernos viudos sin hijos que pueda llevarse adelante judicialmente, para actualizar la vocación sucesoria en la sucesión del suegro o de la suegra, invocando como fundamento de tal petición el trato discriminatorio que la norma reglamentaria introduce, pues encontrándose en una misma situación fáctica que la nuera viuda -estado de familia de viudez, sin hijos- arbitrariamente el legislador lo ha excluido.

En consecuencia<sup>64</sup> como hemos expresado, en la demanda deberá peticionarse la declaración de inconstitucionalidad de la parte pertinente del art. 3576 bis C.C., en cuanto establece que el derecho sucesorio sólo se concede a la nuera viuda, es decir sólo a la mujer, excluyéndose al hombre.

Por otra parte, debe también tenerse presente la ley antidiscriminatoria N° 23.592, que impone el ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional<sup>65</sup>.

El yerno viudo sin hijos no sólo no es heredero forzoso sino que no tiene siquiera derecho sucesorio legítimo sobre los bienes de sus suegros. De modo que sólo aquél tendrá derechos sucesorios sobre los bienes de sus suegros, en tantos éstos se lo dispongan por vía testamentaria.

La incorporación a la Constitución Nacional de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1994<sup>66</sup> supone la adecuación del derecho reglamentario a los textos constitucionales, y la Cedaw, forma parte de la Constitución Nacional de acuerdo con lo establecido en el inc. 22 del art. 75 C.N. Interpretada la Convención globalmente dentro de la sistemática de la Constitución Nacional, no sólo exige la igualdad o no discriminación de la mujer, si no que fija un principio general de igualdad entre el hombre y la mujer, que no puede ser desconocido<sup>67</sup>.

Desde otra perspectiva, se afirma radicalmente que los motivos de la creación de esta clase de heredera legitimaria -nuera viuda sin hijos- hoy día carece de toda significación y hasta resulta arcaico mencionarlos<sup>67</sup>.

Corresponde, en esta línea, que postulemos un ordenamiento más ajustado a las exigencias y necesidades sociales que procuren mejores y equitativos derechos humanos, como también, contextos más favorables para el desarrollo de todos los grupos sociales.

Las leyes deben perseguir atenuar las desigualdades ya marcadas en la sociedad, y colaborar en la construcción de una sociedad más pluralista<sup>69</sup>.

#### 4.4. La Constitución Nacional, y el yerno viudo desde la jurisprudencia

Desde una perspectiva diferente, puede pensarse que el yerno viudo como pariente afín del suegro o de la suegra -así como la nuera viuda-, contempla lazos francamente diferentes a los derivados de las otras clases de parentesco.

Sin menospreciar el vínculo político o afín, entre yerno-nuera-suegro/a-, nos permitimos pensar en la debilidad del fundamento en el llamado sucesorio a estos parientes afines <sup>70</sup>.

Es que la analogía, la semejanza, la similitud, o el parecido del parentesco afín con el parentesco consanguíneo o en su caso adoptivo <sup>71</sup>, no arriba a fundar razonablemente el llamamiento sucesorio <sup>72</sup>.

Obsérvese que la presencia del cónyuge sobreviviente “sólo”, excluye a los parientes colaterales del causante <sup>73</sup>, es decir a sus hermanos -verbigracia-, figuras francamente relevantes en la vida de las personas, en general.

Recientemente en la ciudad de Córdoba, en este 2009, se ha dictado por el juez García Sagüés <sup>74</sup> una decisión en el sentido de igualar a la nuera y el yerno, en el sistema vigente, resolviendo: “Hacer lugar al planteo incidental y declarar inconstitucional al artículo 3576 bis del C.C., porque discrimina arbitrariamente entre el hombre y la mujer, por razón de sexo, prohibido por el art. 16 de la C.N., y de todos los tratados y convenciones que han resultado jerarquizados como ley suprema de la Nación, retaceándole a él, por omisión, lo que expresamente le confiere a la mujer, ambos en iguales condiciones frente a las sucesiones de sus suegros...”.

El juez cordobés del 2009, alude puntualmente en esta sentencia al marco constitucional federal; apunta que por tratarse, la desigualdad del viudo, de una disparidad de trato entre el hombre y la mujer, en abstracto y sin otra connotación que la del sexo mismo, parece razonable apelar al derecho interno de la República, es decir a la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, art. 75 inc. 22, segunda cláusula.

Agrega en su decisión que el preámbulo de la Convención comienza con consideraciones tales como: “... que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y *en la igualdad de derechos del hombre y la mujer*;...” <sup>75</sup>. Para procurar un análisis coherente de nuestro derecho nacional supremo agudamente apunta el juez que “se verifica cuál es el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que conforma también la legislación constitucional, siendo que a ella remite el preámbulo de la Convención, según lo que previamente se extractara de ella, y allí, en su art. 16 se impone que “1. Los hombres y mujeres...disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio...”.

Este paso jurisprudencial cordobés del 2009, es cualitativamente relevante, en torno a la adecuación del derecho reglamentario a las normas fundamentales y rectoras contenidas en el bloque de constitucionalidad federal.

## 5. Conclusiones

A manera de síntesis, apuntamos las siguientes conclusiones:

a. La inclusión de la figura de la nuera viuda en el art. 3576 bis C.C., desconoce la estructura general del régimen sucesorio generado en el siglo XIX, contrariando el sistema de valores que funda el sistema de transmisión de los derechos por muerte de las personas.

b. No se desconoce el sentido asistencial que pudo tener en cuenta el legislador de 1968 -o la Comisión de 1936-, pero ello responde a una mirada no jurídica, ya que “la nuera viuda”

puede constituirse en los hechos, en una violación flagrante del sistema de transmisión por muerte de las personas.

c. El eventual fundamento asistencial del llamado a la nuera viuda sin hijos, se puede tornar contraproducente, pues por un lado no es un fin específico del derecho sustancial, en el régimen de transmisión de los derechos por muerte de la persona; y por otro, no se puede desconocer que el patrimonio que se lleva la nuera viuda, egresa del patrimonio familiar si contrae nuevas nupcias posteriormente, después de recibir un cuarto de lo que le correspondía a su esposo premuerto.

d. La norma que le otorga derechos sucesorios sólo a la mujer -nuera viuda sin hijos- significó considerarla desvalida, con menores posibilidades, y sujeta a la protección de la familia del esposo premuerto.

e. La misma norma en el presente, resulta discriminatoria del hombre -el yerno viudo sin hijos-, toda vez que el plexo valorativo del rol femenino y masculino, ha variado sustancialmente en el siglo XXI.

f. Lo que en 1936 o en 1968, comportó asistir a una persona con posibilidades recortadas otorgándole derechos sucesorios, hoy configura en algún sentido discriminar al hombre.

g. La reflexión de alcances mínimos, exige hacia el futuro, incluir expresamente al yerno viudo, en la misma situación que la nuera viuda. Y, en su caso, los jueces deben declarar la inconstitucionalidad del art. 3576 bis del C.C..

e. De *lege ferenda*, la reflexión de alcances más profundos, exige postular la derogación del derecho sucesorio de la nuera viuda o el yerno viudo -alcanzado constitucionalmente-, por ser el beneficiario/a, un titular ajeno al principio rector del derecho sucesorio y a sus fundamentos.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Nora LLOVERAS, profesora titular de la Cátedra de Derecho Privado VI (Familia y sucesiones). Agregada a la Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba; investigadora categorizada de la Secyt. Mail: noval@arnet.com.ar

<sup>2</sup> Exponemos el derecho sucesorio tal cual se encuentra en el 2009 en el Código Civil argentino, sin dejar de apuntar que existió una evolución en la materia (confr. Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de sucesiones*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. II, pág. 107 y ss.; Julio J. LÓPEZ DEL CARRIL, *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pág. 214 y ss.; José Ignacio CAFFERATA, *Comunidad hereditaria e indivisión hereditaria*, Córdoba, Lerner, 1984, entre otros).

<sup>3</sup> Conf. Salvador FORNIELES, *Estudios sobre derecho sucesorio*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1926. Pág. 8 y ss..

<sup>4</sup> El art. 3592 C.C., norma que tienen una porción legítima los descendientes, los ascendientes y el cónyuge, en la lectura del derecho vigente que remite de modo claro a los mencionados.

<sup>5</sup> Así lo establecen para los tres órdenes hereditarios legitimarios, los arts. 3565, 3567, 3570 ss. y conc. C.C..

<sup>6</sup> Confr. Lidia B. HERNÁNDEZ - Luis A. UGARTE, *Sucesión del cónyuge*, Buenos Aires, Universidad, 1996, pág. 45 y ss.. Destacan los autores el avance del cónyuge en el Código Civil ideado por Vélez Sársfield, con relación a los ordenamientos de la época.

<sup>7</sup> El art. 3591 y ss. C.C., regulan la legítima de los herederos forzosos.

<sup>8</sup> Roberto M. NATALE, *La acción de reducción*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Advocatus, 2008. Exponiendo sobre los legitimarios, quienes lo son, porción legítima y concurrencias, pág. 106 y ss..

<sup>9</sup> Se admite también morir en parte testado y en parte intestado (art. 3280 y conc. C.C.), situación que sólo dejamos consignada.

<sup>10</sup> La porción disponible del causante, habiendo hijos, queda confinada al veinte por ciento, lo que motiva innumerables posiciones que debaten esta regulación y propuestas legislativas de reformas (confr. Roberto M. LÓPEZ CABANA, "La porción disponible del causante con hijos", en: *Sucesiones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, pág. 184 y ss.).

<sup>11</sup> Todo ello acarrea importantes efectos, como la posesión hereditaria, o la necesidad de peticionarla (confr. Marcos M. CÓRDOBA, *Derechos del heredero. La posesión hereditaria*, Buenos Aires, La Ley, 1998).

<sup>12</sup> Confr. Nora LLOVERAS - Mónica ASSANDRI, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges*, Córdoba, Lerner, 1989, pág. 181.

<sup>13</sup> Confr. José Luis PÉREZ LASALA, *Curso de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, pág. 12 y ss..

<sup>14</sup> María Josefá MÉNDEZ COSTA, “Sucesión de los descendientes, de los ascendientes y de los colaterales en el Proyecto de 1998”, pág. 219 y ss., en: Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 2002-II, *Sucesiones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000; analizando las reformas avanzadas.

<sup>15</sup> Graciela MEDINA, “Reforma del Código Civil argentino en materia sucesoria”, pág. 181 y ss., en: Revista de Derecho Privado y Comunitario, t. 2002-II, *Sucesiones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000; postulando modificaciones.

<sup>16</sup> Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina. Elaborado por el ex Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación; ex director: Dr. Jorge Joaquín LLAMBIAS, Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil y Comparado. Director: Dr. Fernando J. López de Zavalía, 1968.

<sup>17</sup> Anteproyecto de Código Civil de 1954. Libro Tercero “De la herencia”, Sección Segunda, “De la sucesión intestada”, Tít. VIII -Del orden sucesorio legal-, 716-733, aborda -De la sucesión del cónyuge- en el art. 723 la vocación de la nuera: “La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviera hijos o los hubiese perdido, tendrá a recibir en la sucesión del suegro o de la suegra, la cuarta parte de los bienes que habrían correspondido a su esposo, si éste hubiese sobrevivido. Esta vocación hereditaria se pierde en los supuestos del artículo precedente” (el art. 722, en sus tres incisos trata los supuestos de exclusión de la vocación hereditaria conyugal, reseñando el matrimonio *in extremis*, el divorcio por culpa, y la separación de hecho o provisional por mandato judicial).

<sup>18</sup> *Reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Kraft, 1936. Antecedentes, Informe y Proyecto de Código Civil. El decr. 12.542 designó a la Comisión reformadora del Código Civil, 2/7/1926; y su ampliatorio decr. 13.156, 16/7/1926, integrada por numerosos juristas.

El Proyecto de Código Civil de 1936, en el Libro Quinto, “De la sucesión hereditaria”, Sección Segunda “De las sucesiones intestadas”, Título III “Del orden hereditario”, Capítulo III “De la sucesión de los cónyuges”, emplaza el art. 2001 que dice: “La viuda que permaneciere en ese estado, y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieren correspondido a su esposo en las dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos del artículo 1999 (el art. 1999 trata la exclusión de la vocación hereditaria conyugal, el matrimonio *in extremis*, separación judicial y separación de hecho o provisional judicial).

<sup>19</sup> Libro Quinto, Sección Segunda, Título III “Del orden hereditario en las sucesiones intestadas”, Capítulo III -Sucesión de los cónyuges-.

<sup>20</sup> El Proyecto de 1936, consta publicado en seis (6) tomos, tomos I y II: Reforma del Código Civil. Observaciones y actas de la Comisión de 1936, Buenos Aires, Kraft, 1938; 3 tomos son sobre la “Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni”, Buenos Aires, Kraft, 1939; y 1 tomo, que trae las reformas del Código Civil. Antecedente, Informe y Proyecto, Buenos Aires, Kraft, 1936. Hemos compulsado las observaciones y las actas de la Comisión, pág. 211 y ss., t. II, para conformar los datos.

<sup>21</sup> Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino, presentado a la Comisión encargada de redactarlo por Juan Antonio Bibiloni, t. IV (*Sucesiones*), Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1931. Sección 1ª, Título VII (De las sucesiones intestadas), Cap. II “Del orden hereditario en las sucesiones intestada”. par. 3, Sucesión de los cónyuges (arts. 17 al 22).

<sup>22</sup> Conf. Roque GARRIDO - Luis ADORNO, *Reformas al Código Civil. Ley 17.711. Comentada*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1969, t. II.

<sup>23</sup> Alberto B EPPSTEIN, conferencia: “El ordenamiento del derecho sucesorio y las reformas al Código Civil”, *Reformas al Código Civil (Ley 17.711)*, Córdoba, Tapas, t. 2, 1968.

<sup>24</sup> Guillermo A BORDA, *Tratado de derecho civil. Sucesiones II*, 5ª ed. actualizada, Buenos Aires, Perrot, 1980, pág. 75 y ss., parág. 871-1.

<sup>25</sup> Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho...* cit., pág. 75 y ss., parág. 871-1. Agrega que “*La proporción... es lo bastante discreta como para no comprometer lo que le toca a los otros hijos y para ella significa una ayuda material y moral, plenamente justificada cuando se ha guardado fidelidad a la memoria del difunto, no contrayendo nuevas nupcias y llevando una vida ordenada*”. Y que “*el derecho reconocido a la viuda tiene un fundamento asistencial y se nutre de la idea de la solidaridad familiar. El carácter asistencial explica que se lo conceda a la viuda y no al viudo, porque se supone, son razón, que el hombre tiene mas posibilidad de ganarse la vida que la mujer. Es ésta la que la muerte del marido suele quedar en un cruel desamparo... no priva del derecho a la nuera con bienes de fortuna; la ley a querido evitar odiosas cuestiones en torno a la existencia suficiente de viene*” (pág. 76).

<sup>26</sup> Las condiciones legales para la nuera viuda son básicamente las previstas en el Proyecto de 1936, en el cual no lucen expresiones fundantes sólidas de esta figura. Véase sobre tales condiciones: Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho...* cit., pág. 78 y ss., parág. 871-3.

<sup>27</sup> Confr. más ampliamente: Eduardo Ignacio FANZOLATO, *Los derechos del viudo en la sucesión de su cónyuge*, Separata de la Revista Foro de Córdoba Nº 89, pág. 56.

<sup>28</sup> *IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, 22 al 27 de septiembre de 1969; celebración del Centenario del Código Civil, t. II, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil “Henocho D. Aguiar”, 1972 (en tapa: t. II, 1971).

<sup>29</sup> *IV Congreso Nacional de Derecho Civil*; celebración del Centenario del Código Civil, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil “Henocho D.

Aguiar”, 1972 (en tapa: t. II, 1971), t. II, págs. 795 a 826. Seis ponencias al tema: a) Elías P. GUASTAVINO, afirmando que la nuera viuda es heredera de los suegros y hereda por derecho propio. b) José I. CAFFERATA. Alberto B. EPPSTEIN, Pedro LEÓN FEIT, Nérida María MOISÉS (Inst. de Derecho Civil de Córdoba), sostienen que la nuera viuda es una heredera legitimaria, condicional y excepcional. c) Horacio POVIÑA, afirmando que la nuera viuda es heredera legítima con vocación limitada. d) Alberto D. MOLINARIO, apuntando que la nuera viuda es heredera legítima con vocación limitada; recomienda derogar el art. 3576 bis. e) Luis MOISSET DE ESPANÉS. Remarcando que “... *el artículo constituye una verdadera anomalía que quebranta diversos principios de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto debe ser suprimido...*” (pág. 817). f) Alberto DANSEY, en una posición diferente que luego se reseña como despacho de minoría, en este texto (pág. 817). Destacamos que consta de una sola observación de María Josefa MÉNDEZ COSTA.

<sup>30</sup> *IV Congreso Nacional de Derecho Civil*; celebración del Centenario del Código Civil, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil “Henoch D. Aguiar”, 1972 (en tapa: t. II, 1971). Despacho de Mayoría: La Comisión aconseja que el tema sea considerado en las próximas jornadas o Congreso de Derecho Civil, sirviendo de antecedentes los trabajos presentados. Elías P. GUASTAVINO, Federico D. QUINTEROS, Carlos H. VIDAL TAQUINI, José I. CAFFERATA, Alberto D. MOLINARIO, Eduardo MORENO DUBOIS; María Josefa MÉNDEZ COSTA, Carlos A.R. LAGOMARSINO, Augusto C. BELLUSCIO, Jorge José ELENA y Luis OVSEJEVICH.

<sup>31</sup> *IV Congreso Nacional de Derecho Civil*; celebración del Centenario del Código Civil, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil “Henoch D. Aguiar”, 1972 (en tapa: t. II, 1971). Despacho de Minoría:

A) Derogar el art. 3576 bis C.C. y establecer en su lugar un derecho alimentario. B) Si no se deroga el art. 3476 bis, resulta imperioso conceder igual derecho hereditario al yerno viudo. C) La aplicación práctica del art. 3576 bis: establece principios (Carlos Alberto DANSEY, Córdoba, 23 de septiembre de 1969).

<sup>32</sup> *IV Congreso Nacional de Derecho Civil*; celebración del Centenario del Código Civil, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho Civil “Henoch D. Aguiar”, 1972 (en tapa: t. II, 1971), t. II, págs. 795 a 826; ponencias al tema, pág. 817.

<sup>33</sup> Luis MOISSET DE ESPANÉS, *IV Congreso Nacional de Derecho Civil*, t. II, págs. 795 a 826; ponencias al tema, pág. 817.

<sup>34</sup> *Unificación de la legislación Civil y Comercial. Proyecto 1993*, Buenos Aires, Zavalía, 1994, pág. 289. El proyecto de 1993 postula: Art. 3576 bis. “El cónyuge viudo que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren al momento en que se abrió la sucesión de los suegros, o si estos fueron declarados indignos o desheredados, o hubieren renunciado a aquella, no existiendo quienes lo representen, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su cónyuge en dichas sucesiones. De no existir herederos legítimos o testamentarios del causante, tendrá derecho al todo de la herencia. Este derecho no podrá ser invocado en los casos de los artículos 3573, 3574 y 3575”.

<sup>35</sup> Tal como lo manifestara el Codificador en la nota al art. 3283, cada ley positiva trata de interpretar la voluntad presunta del difunto, no porque ello sea un hecho, sino porque es la que se considera mas apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia del lugar donde la norma debe regir. Por lo demás, existe un vínculo familiar que impone ésta solución.

<sup>36</sup> Graciela MEDINA, “Situación de la mujer en el Proyecto de Código Civil de 1998”, <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000012.pdf> (consultado el 15/5/09).

<sup>37</sup> Reformas al Código Civil (Ley N° 17.711), conferencias pronunciadas por los profesores Dres. Pedro LEÓN, José A. BUTELER, Alberto B. EPPSTEIN, Pedro LEÓN FEIT. Versión taquigráfica, t. II. Ed. Tapas. Cba. 1968. Sostienen que el origen de la reforma está en el proyecto de 1936 art. 2001. Salas ha hecho un estudio muy profundo del tema, y la considerada heredera legítima.

<sup>38</sup> Con ello indicamos que luego de la apertura de la sucesión, no detectamos que el eventual matrimonio de la nuera viuda posterior a la muerte del suegro o suegra pueda impedir su concurrencia a la sucesión.

<sup>39</sup> Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los arts. 3573 , 3574 y 3575.

<sup>40</sup> Véase Jorge O. AZPIRI, *Derecho sucesorio*, 4ª ed. act., Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 558 y ss., par. 52 y ss.; Elías P. GUASTAVINO, “Derecho sucesorio de la nuera”, L.L. 134-1343.

<sup>41</sup> Conf. Julio J. LÓPEZ DEL CARRIL, *Sucesiones*, Buenos Aires, pág. 182, N° 589. Sostiene que la nuera viuda es legitimaria, y su legítima consiste en su misma cuota hereditaria: la cuarta parte de la legítima y cuota que le hubiera correspondido al marido premuerto en las sucesiones del padre y la madre de éste.

<sup>42</sup> Confr. Augusto C. BELLUSCIO, *Vocación sucesoria. Sus fuentes en la reforma del Código Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1975; y en “Naturaleza del derecho sucesorio de la nuera viuda”, J.A. 10-1971-601; Jorge O. MAFFIA, *Manual de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Depalma, 1980, t. II, pág. 59, N° 422.

<sup>43</sup> Confr.: CÓRDOBA, LEVY, SOLARI, WAGMAISTER, *Derecho sucesorio*, Buenos Aires, Universidad, 1992, t. II, pág. 281 y ss..

<sup>44</sup> CNCiv., Sala C, 15/8/1979, “Gurevich, Jacobo y otra - succs.”, L.L. 1980-A-112. Expresa el Tribunal: “A partir de la vigencia del art. 3576 bis del Código Civil (ADLA, XXVIII-B, 1799), la viuda, que permaneciere en ese estado y no tuviese hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubiesen correspondido a su esposo en esas sucesiones y en ese supuesto ella hereda por derecho propio”.

<sup>45</sup> Confr. José Luis PÉREZ LASALA, *Curso de derecho sucesorio*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, pág. 413. Expresa el autor que “la nuera viuda hereda por representación, porque la manera de recibir la herencia responde al concepto esencial de ese instituto ...”.

<sup>46</sup> Véase: CNCiv, Sala B, 9/5/1986, “Peláez de Arhex, Marta E. c/ Arhex de Fernández, María A.”, L.L. 1986-E-284 - D.J. 1986-2-385. La nuera viuda es una sucesora universal, porque su título no se relaciona con bienes determinados, sino con una fracción o cuota de la universalidad de bienes transmitida: pero no es heredera, porque su llamado no es potencialmente al todo, sino a una fracción, en que la vocación queda confinada.

<sup>47</sup> Se expresa desde la doctrina que el fallo plenario fue adoptado por mayoría de once votos contra 10 votos, lo que demuestra la dificultad del tema (Jorge, O. AZPIRI, ob. cit., pág. 562).

<sup>48</sup> CNCiv, en pleno, 29/8/1983 “Gorbea de Buoncore, Gertrudis - suc.”, L.L. 1983-D-176. La nuera viuda que sucede a sus suegros en los términos el art. 3576 bis del Código Civil (ADLA, XXVIII-B, 1799), no tiene derecho a acrecer en caso de que no concurren otros herederos.

<sup>49</sup> Confr. Pedro Di LELLA, “De la nuera viuda”, J.A. 1993-II-205.

<sup>50</sup> Jorge, O. AZPIRI, ob. cit., pág. 562. Expresa el autor, que la nuera viuda es una heredera forzosa con todas las consecuencias que ello trae aparejado.

<sup>51</sup> Guillermo A. BORDA, *Tratado de derecho* cit., pág. 75 y ss., parág. 871-1.

<sup>52</sup> Confr.: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15/4/1980, “Boss de Eder, Berta - suc.” - Ac. 28.074-. Expresa la mayoría del Tribunal: “Corresponde atribuir a la nuera viuda la calidad de heredera legitimaria, pese a lo excepcional del derecho que dimana del art. 3576 bis del Código Civil (ADLA, XXVIII-B, 1799), y ello por derecho propio y no por derecho de representación, excluyendo al Fisco cuando concurre sola a la sucesión de sus suegros”.

<sup>53</sup> En contra: CNCiv, en pleno, 29/8/1983, “Gorbea de Buoncore, Gertrudis - suc.”, L.L. 1983-D-176. La nuera viuda que sucede a sus suegros en los términos el art. 3576 bis del Código Civil (ADLA, XXVIII-B, 1799), no tiene derecho a acrecer en caso de que no concurren otros herederos.

<sup>54</sup> Nora LLOVERAS - Marcelo SALOMÓN, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, pág. 53 y ss..

<sup>55</sup> Confr. Encarna ROCA TRIAS, *Derechos humanos y derecho de familia*, en: X Congreso Internacional de Derecho de Familia: “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998, Libro de Ponencias, pág. 14, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Económicas, Facultad de Derecho, Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

<sup>56</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -Cedaw-. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, del 18 de diciembre de 1979.

<sup>57</sup> Graciela MEDINA, “Situación de la mujer en el Proyecto de Código Civil 1998”, <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000012.pdf> (consultado el 15/5/09).

<sup>58</sup> La parte final del art. 3576 bis en la ley 17.711 expresaba que la viuda no tendrá este derecho en los casos de los arts. 3573, 3574 y 3575, o si hubiere incurrido en actos de notoria inconducta moral.

<sup>59</sup> Nora LLOVERAS - Mónica ASSANDRI, *Exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges*, Córdoba, Lerner, 1989, pág. 181.

<sup>60</sup> Eduardo A. ZANNONI, *Derecho de sucesiones*, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. II, pág. 107 y ss., N° 887; confr. Julio J. LÓPEZ DEL CARRIL, *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pág. 214 y ss..

<sup>61</sup> La tendencia también se denota en los proyectos que iguala a la viuda y al viudo, en la reforma que se avanza del art. 3576 bis C.C.: Proyecto de ley, Cámara Diputados de la Nación, N° de Expediente 3142-D-2007, Trámite Parlamentario 78 (27/6/07), Código Civil: modificación del artículo 3576 bis (sucesión del cónyuge supérstite). Firmantes: Ingram, Roddy Ernesto. Girado a: Legislación general; familia, mujer, niñez y adolescencia. <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numex=3142-D-2007>.

<sup>62</sup> Nora LLOVERAS - Marcelo SALOMÓN, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, pág. 367. Exponemos que la nuera viuda sin hijos y el “yerno viudo” sin hijos, no pueden recibir un trato diferenciado en el derecho sucesorio, desde el plano constitucional.

<sup>63</sup> Gabriel E. TAVIP, “El art. 3576 bis y su vigencia luego de la incorporación a la Constitución Nacional de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer”, J.A. 2001-IV-993, Lexis N° 0003/008585.

<sup>64</sup> Nora LLOVERAS - Marcelo SALOMÓN, *El derecho de familia desde...* cit., pág. 367 y ss..

<sup>65</sup> Ley N° 23592, Derechos Humanos. Garantías Individuales. B.O., 5/11/1988. Art. 1º.- Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

<sup>66</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por Cedaw), aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 18/12/1979, entró en vigencia el 3/9/1981, ratificada

por ley 23.179 del Congreso de la Nación en 1984 y se incorpora a la Constitución Nacional con la reforma de 1994. El art. 75 inc 22 C.N., 1ª parte, asigna a los tratados internacionales y a los concordatos una jerarquía superior a las leyes, entre ellos, la Cedaw.

<sup>67</sup> Conf. Gabriel TAVIP, “El art. 3576 bis y su vigencia luego de la incorporación a la Constitución Nacional...” cit.

<sup>68</sup> María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 254.

<sup>69</sup> Confr. Isidoro KEPEL, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Carrera de Abogacía, *Adecuación de la ley antidiscriminatoria Ley 23592*, Universidad de Belgrano, Departamento de Investigación, junio 2006, [http://74.125.47.132/search?q=cache:zNNk-C4K7bwJ:www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/150\\_kepel.pdf+nuera+viuda+sin+hijos+discriminacion+genero&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=ar](http://74.125.47.132/search?q=cache:zNNk-C4K7bwJ:www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/150_kepel.pdf+nuera+viuda+sin+hijos+discriminacion+genero&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=ar)

<sup>70</sup> Alberto D. MOLINARIO, en el sentido del texto; ponencia al *Cuarto Congreso Nacional de Derecho civil*, Libro de Ponencias, 1971, t. II, pág. 815.

<sup>71</sup> Nora LLOVERAS, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24779*, Buenos Aires, Depalma, 1998. Véanse los efectos de la adopción plena y simple, pág. 212 y ss. y pág. 288 y ss..

<sup>72</sup> Véase: Héctor Roberto GOYENA COPELLO, “El derecho sucesorio en la reforma civil”, L.L. t. 133-1969, pág. 1091.

<sup>73</sup> El art. 3572 C.C. establece que “si no han quedado descendientes ni ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales”.

<sup>74</sup> Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de 27ª Nominación, Dr. José Luis García Sagués, de la ciudad de Córdoba. Autos caratulados: “Moralez o Morales, Agustina - Declaratoria de herederos” (Expte. N° 1261142/36), abril 2009.

<sup>75</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de 27ª Nominación, Dr. José Luis García Sagués, de la ciudad de Córdoba. Autos caratulados en nota anterior.

Agrega que “... la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen... iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos... proclamados en esa Declaración... sin distinción de sexo; que los Estados Partes... tienen la obligación de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos... civiles”; y luego hace una toma de conciencia de cuál es el contenido de “las convenciones internacionales concertadas bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de los organismos internacionales para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer”; cuál el de “las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas... para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer”, para, inmediatamente, llegar a la conclusión de que “el establecimiento del nuevo orden... basado en la equidad y la justicia contribuirá... a la promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer”, por medio de las medidas que describe como oportunas “promoverán el progreso y el desarrollo sociales y, en consecuencia, contribuirá al logro de la plena igualdad entre el hombre y la mujer”, hace el reconocimiento de que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia...”; y dentro del contenido de la convención misma, se acuerda el art. 16 que reglamenta que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres... c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución...”.



**DERECHO  
INTERNACIONAL  
PRIVADO**

# **BASES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA UNA LEY DE INTRODUCCIÓN AL CÓDIGO CIVIL**

por ADRIANA DREYZIN DE KLOR

*“Time present and time past.  
Are both perhaps, present in time future.  
And time future contained in time past”.*  
T.S. Elliot (Buirnt Norton)

**SUMARIO:** Nuestro agradecimiento a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba I. A manera introductoria. II. La equivalencia más allá del devenir. 1. El derecho internacional privado en el Código Civil. A. La arista estructural. B. Metodología y sustancia. 2. En torno a la concepción actual de Derecho internacional privado autónomo. III. A manera de reflexiones.

## **Nuestro agradecimiento a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba**

En el mes de setiembre de 2008 me fue cursada una invitación a fin de participar en el Homenaje que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba decidiera rendir a los Cuatro Congresos Nacionales de Derecho Civil celebrados en esta ciudad en 1927, 1937, 1961 y 1969.

Una decisión de semejante tenor no podía ser soslayada por quienes nos dedicamos a la ciencia del derecho en la Universidad a la cual tenemos el privilegio de pertenecer. Además, tratándose de una iniciativa que merece la mayor ponderación desde todas sus aristas resultaba altamente convocante brindar una respuesta positiva sin perjuicio de conocer a ciencia cierta, el enorme desafío que lleva consigo. Bien sabemos que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba no es sólo un ámbito prestigioso cuya trayectoria enorgullece a los argentinos en su conjunto, sino que es marco de importantes desarrollos científicos.

Asimismo, el homenaje se extiende a quienes integran un capítulo sobresaliente de nuestra historia universitaria y académica, los cuatro presidentes de la Academia, que fueran el Dr. Enrique Martínez Paz, Henoch D. Aguiar, Pedro León y José A. Buteler Cáceres. Si bien a través de sus inmortales obras de la literatura jurídica continúan transmitiendo concepciones fundamentales de justicia, resulta intransferible el bagaje humanista que legara cada uno de los grandes Maestros a quienes tuvieron el ingente privilegio de ser sus discípulos durante el paso por las aulas<sup>1</sup>.

Dada la vasta calidad de las investigaciones y análisis que constantemente se realizan por los académicos de esta Alta Casa de la Ciencia Jurídica y las permanentes propuestas que ofrecen a la comunidad jurídica tanto de carácter nacional como internacional, mucho agradecemos la invitación para integrar con nuestro modesto aporte un libro organizado a su amparo a la vez que nos sentimos altamente honrados de poder ser parte de un homenaje sentido y profundo.

### **I. A manera introductoria**

El escrito que el célebre jurista Arturo Orgaz redactara en su calidad de autor del proyecto de celebración del Primer Congreso de Derecho Civil (en adelante PCDC), cuyo objetivo sería “contribuir al estudio de Revisión del Código Civil Argentino”<sup>2</sup>, bien podría traspasarse a la hora actual revistiendo absoluta vigencia los argumentos esgrimidos hace algo más de ochenta años.

¿Podríamos acaso restar veracidad a sus aseveraciones en tanto destaca la importancia de adaptar las instituciones a la realidad? o, ¿a las referidas a la necesidad de cubrir la insuficiencia y el retraso en la regulación jurídica de instituciones normadas en el Código Civil (en adelante C.C.)?

Durante el período que se extiende entre aquel primer evento organizado para plantear la necesidad de una reforma al legado que recibíamos del inmortal jurista Dalmacio Vélez Sársfield y la fecha en que escribimos estas páginas<sup>3</sup>, se han producido vastas modificaciones en la legislación nacional y particularmente en el área que nos ocupa -Derecho internacional privado (en adelante DIPr)- de significativa relevancia.

Sin embargo, las circunstancias aún hoy nos encuentran frente a un conjunto de normas dispersas en el Código Civil, en el Código de Comercio, en el Código Procesal Civil de la Nación, en los Códigos Procesales de las Provincias, y en numerosas leyes especiales, afrontando una necesidad de catarsis pocas veces vista, y desde diferentes planos.

Soy consciente de las dificultades que se plantean a la hora de elaborar y presentar una reforma integral de un sector de la legislación nacional. Estimo que ésta es una verdad irrefutable pero no por ello puede obrar de obstáculo para efectuar la tarea que conduzca a la adecuación de las normas a la realidad. El cambio es un imperativo inexorable que no pretende un apartamiento de la calidad de sistema que debe identificar al ordenamiento jurídico nacional.

Entiendo que el DIPr, al no ser un compartimento estanco en relación con el sistema jurídico del Estado sino formar parte del mismo, participa de la interdependencia mutua y de las consiguientes influencias recíprocas, a la vez que se despliega al amparo de la Constitución Nacional. Empero, vivimos un tiempo en el cual la velocidad con que se suceden los cambios, supera de forma impredecible las previsiones más innovadoras y si bien reconocemos que la ley, particularmente el código de fondo, en el que están insertas en su mayoría las normas jusprivatistas internacionales de fuente autónoma, es un orden racional que se propone regular para todos los tiempos en todas las latitudes<sup>4</sup>, no lo es menos que actualmente, en virtud de la exigencia de adecuar la legislación a las constantes mutaciones producidas casi sin intervalos, asistimos a un proceso de proliferación de leyes modificatorias de las normas codificadas. En la comprensión de que el derecho, como fenómeno cultural que es, responde necesariamente a las características de un momento histórico y por tanto su evolución es paralela a otras manifestaciones de la cultura del país<sup>5</sup>, se ha abusado de la potestad legislativa, por lo que hoy el Código “pierde abarcabilidad”. Contamos con tal cúmulo de leyes que bien se ha dicho que “la igualdad legislativa es un sueño olvidado, en la medida que las normas jurídicas son particularizadas y con efectos distributivos precisos”. Este fenómeno derivó en lo que se conoce como el “big bang” legislativo<sup>6</sup>, cuyo efecto más lesivo radica en la imposibilidad de mantener principios generales.

En efecto, las leyes especiales derogan los axiomas inspiradores del texto positivo y consecuentemente restan al ordenamiento la calidad de unidad, de macrosistema único, consustancial a su naturaleza<sup>7</sup>.

La línea de pensamiento en la que me enrolo al efectuar tales aseveraciones no difiere marcadamente de la esgrimida en ese magnífico discurso inaugural del maestro Orgaz -incorporado a las Actas del PCDC- al señalar que: *“Retoques diversos, hechos algunas veces bajo la presión de situaciones delicadas, han venido supliendo, imperfectamente, las deficiencias de nuestra legislación civil, con lo que el cuerpo del Código ha llegado a desintegrarse faltándole la armonía y unidad que fuera una de las razones de su gran prestigio”*.

Luego de citar un importante número de leyes que fueran incorporadas a la legislación nacional afirma el distinguido jurista que éstas *“...han llegado a conmover la economía del Código por la fuerza misma de las circunstancias”*.

A partir de la lectura de las Actas de esa nutrida reunión celebrada en nuestra ciudad; de la trascendencia no siempre reconocida de las actuaciones desarrolladas en el seno de la Comisión en comentario, y de la algo escasa proyección de las conclusiones aprobadas, decidí abocarme a trabajar en las líneas que elevo a esa Honorable Academia. De esta suerte, las ideas volcadas en este trabajo son el fruto de reflexiones nacidas al amparo de una investigación cuyo núcleo gira

en torno a la vinculación existente entre las “Bases de Derecho internacional privado para una Ley de Introducción al Código Civil” (en adelante “Bases”) presentadas en 1927 y las normas elaboradas sobre la materia que se encuentran actualmente en estudio ante el Poder Legislativo Nacional, bajo la denominación de “Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado” (en adelante “Proyecto”)<sup>8</sup>.

Como primera meditación podría adelantar que una vez estudiados ambos documentos me han surgido ciertas sorpresas; desde una arista por ser ilustrativas y desconcertantes en razón de su equivalencia con los mismos reclamos que actualmente integran las conclusiones de congresos, seminarios y jornadas sobre el tema, en tanto que otras insuflan alguna dosis de escepticismo. Entre las primeras, destaco la marcada coincidencia entre los documentos de ayer y de hoy, en orden a señalar la necesidad de modificar aspectos estructurales y metodológicos. Asimismo, coincido incluso con algunas de las “Bases” de entonces más que con las elevadas en el Proyecto, y aunque no me enrolo en los criterios acordados, sí en cambio, me sorprende gratamente conocer la preocupación que sobreolaba los cielos de aquella generación, preocupada por dar respuesta a la problemática atinente a tópicos que por diversas razones, en el Proyecto no aparecen<sup>9</sup>.

Ahora bien, en el otro extremo el gran interrogante es: ¿el tiempo ha transcurrido en vano? Nuestros legisladores ¿callan sus voces? o quizás el planteo pase por interrogarnos acerca de la posibilidad de los juristas de ser escuchados cuando merced a la especialización en un área jurídica, proponemos cambios que son fruto de investigaciones profundas y análisis solventes. Además, dadas las características de la disciplina, los estudios comprenden razonamientos multidisciplinarios e interdisciplinarios, generadores de conclusiones, sugerencias y / o reflexiones conjuntas.

No niego los avances que se han producido en numerosos campos fruto de modificaciones oportunas y relevantes, pero ateniéndome al tema en análisis -el DIPr: 1927 / 2003- debo señalar que hay pendiente una modificación estructural, metodológica y sustancial que como fuera apuntado halla sus raíces en ese Primer Congreso de Derecho Civil celebrado en esta ciudad de Córdoba, en el cual se debatiera sobre las mismas problemáticas que atesoran nuestra máxima atención a la hora actual.

## **II. La equivalencia más allá del devenir**

El DIPr ha sido objeto de diferentes metodologías en función de la finalidad que se le asigna a lo largo del tiempo, y según las perspectivas doctrinarias que le asistieran<sup>10</sup>. No podemos retrotraernos al siglo XIII en que se suele ubicar el nacimiento de la disciplina<sup>11</sup> aunque más acertado sería hablar de su blanqueo -pues dado el carácter del presente trabajo, considero adecuado posicionarme en el PCDC para desde allí alzar vuelo hacia el Proyecto del Siglo XXI.

En consecuencia, referimos al objetivo y metodología de esta ciencia nos circunscribe al período que se extiende entre 1871 -en que entra en vigor el C.C.- y 2003.

Permítaseme una breve digresión; la actual etapa -conocida como la era de la globalización- actúa como marco cabal del DIPr al facilitar la comprensión de muchos de los fenómenos que están sucediendo y encuentran respaldo en las fuentes de que se nutre la materia, a saber: el orden normativo transnacional y el conjunto de reglas de carácter supranacional institucional de los órdenes legales comunitarios, entre otras vertientes<sup>12</sup> que brincan las limitaciones del conflicto de leyes transformando y ampliando día a día el ámbito material de esta ciencia jusprivatista internacional<sup>13</sup>.

### *1. El Derecho internacional privado en el Código Civil*

Determinar las características que el DIPr asume en el Código Civil conduce -como paso previo- a introducirnos en el pensamiento que detentaba el codificador sobre la ubicación que correspondía dar a las normas con conexiones extranacionales así como sobre la metodología y el objetivo que lo orientó a la hora de legislar sobre esta disciplina.

No es tarea difícil bucear en su posición pues Vélez Sársfield ha sido muy explícito al determinar las fuentes históricas y doctrinarias de las cuales se valió a la hora de regular las situaciones jurídicas privadas con elementos extranjeros.

En este orden de ideas cabe recordar que a fines del siglo XIX ya era conocida en nuestro país la obra del gran jurista prusiano Friedrich Carl von Savigny<sup>14</sup>, quien influyó notablemente en el codificador. En efecto, a través de su teoría basada en la noción de comunidad internacional formada por estados que mantendrían una estrecha relación entre sí por un lado, y la consideración de que esa noción se desenvuelve al hilo de entender al derecho romano como patrimonio ideológico común, elabora un sistema de normas que a su juicio, derivaría en afrontar los conflictos de leyes con un espíritu comunitario<sup>15</sup>. Las decisiones judiciales de los tribunales nacionales irían confluyendo en una misma dirección en la medida que las soluciones a estas relaciones jurídicas serían juzgadas de la misma manera, independientemente del estado en que sean pronunciadas.

El planteo savigniano se aparta de la metodología de quienes le precedieron<sup>16</sup> al determinar que el camino consiste en: *“buscar para cada relación jurídica el territorio jurídico al cual esa relación jurídica pertenece o esta sujeta, según su propia naturaleza”*<sup>17</sup>.

En función de esta hipótesis, Savigny desarrolla un complejo normativo de validez universal cuyo objetivo de alcanzar la armonía de las decisiones entre los países interesados en regular una situación jurídica internacional, se torna una constante de numerosas doctrinas desarrolladas a posteriori.

Ahora bien, situándonos en la normativa jusprivatista internacional y el tratamiento que recibe en el Código Civil, cabe consignar que conforme se desprende del cuerpo normativo, el DIPr tradicional campea a lo largo del articulado específico. De esta suerte, la elección de las conexiones, sigue a pies juntillas la vertiente clásica en orden a determinar el derecho aplicable a través de planteos relativamente abstractos que remiten principalmente, al derecho del domicilio, al lugar de celebración, al lugar de ejecución, etc.<sup>18</sup>.

No todas las reglas jurídicas de esta ciencia que integran el Código se nutren de la conexión establecida por el jurista prusiano pero sí, en cambio, es de quien deviene el método de elección. Las normas de DIPr incorporadas al Código Civil reciben asimismo influencia de Story<sup>19</sup> y de Texeira de Freitas<sup>20</sup> entre otros internacionalistas, la que puede ser consultada en las notas de los artículos respectivos.

En base a la normativa codificada y a la metodología imperante en la primera mitad del siglo XX, se concibe al DIPr como un sistema de distribución de competencias legislativas, en donde era indisociable el ámbito de la ley y la esfera de la soberanía de la autoridad que la dictaba. Bajo ese prisma, pertenecía al Derecho Internacional Público la tarea de delimitar las competencias legislativas respectivas de los Estados -incluso en el ámbito del derecho privado- transformando así en juspublicistas los conflictos emergentes de la vida internacional de las personas privadas. Ello derivó en considerar que el objeto del DIPr era un conjunto de normas tendientes a resolver problemas de la aplicación de la ley en el espacio, siendo su base la norma de indirecta y su única técnica, la remisión<sup>21</sup>.

En tanto que otra vertiente de respetada doctrina nacional sostuvo que el objeto de la materia es regular las relaciones jurídico-privadas con elementos extranjeros, caracterizándose por una actitud de comprensión y respeto hacia la existencia de grupos humanos o comunidades que viven bajo órdenes jurídicos distintos, cuyos comportamientos en la vida de relación pueden no coincidir con los que son propios de nuestra comunidad. Esta actitud de respeto, se concreta en la aplicación del derecho extranjero, frente a la virtualidad que poseen las relaciones jurídicas de estar conectadas con más de un ordenamiento o de una jurisdicción<sup>22</sup>.

Las situaciones jurídico privadas de tráfico externo aparecen de esta manera a los ojos del hombre de derecho como un supuesto atípico en el que, desde el primer intento de

aproximación, pueden avizorarse posibles áreas conflictivas. Ello hace necesario considerar los diferentes sistemas jurídicos estatales y conlleva adoptar una postura ideológica en función del tratamiento que habrá de dispensarse a la relación jurídica<sup>23</sup>. De este modo, se le plantea al operador del derecho y también al jurista el problema de decidir cómo se obrará frente al derecho extranjero y cuál de los sistemas jurídicos en juego, cabrá aplicar.

En la segunda mitad del siglo XX de la mano de un prominente jurista alemán radicado en Argentina, el maestro Werner Goldschmidt<sup>24</sup> la metodología aplicable a esta ciencia dio un vuelco singular. Tal metamorfosis opera de cara a las normas preexistentes pues éstas no sufren cambios. Desde una arista, la que denominamos estructural, se revitaliza la iniciativa de codificar la materia dotándola de autonomía legislativa<sup>25</sup>, en tanto que desde la metodología y sustancia de esta rama legal, se adopta la llamada técnica indirecta, a partir de centralizar en la particular estructura de la norma jusprivatista internacional el análisis de los problemas de la disciplina.

#### *A. La arista estructural*

En 1952, Goldschmidt publica por primera vez sus “Bases de un Anteproyecto de Codificación del Derecho Internacional Privado”<sup>26</sup>. Su elaboración respondió a la entrada en vigencia de la Constitución Argentina de 1949 que al modificar algunos derechos y principios fundamentales, exigía correlativamente una reforma del sistema argentino de DIPr.

Entre los motivos que inducen al eminente jurista alemán a trabajar en un proyecto de tamaño envergadura, las evidentes notas de dispersión normativa y heterogeneidad metodológica del sistema, tuvieron un peso considerable. En la Introducción a su proyecto, el autor hace hincapié en dos puntos: por un lado señala la existencia de defectos “intrínsecos”, en tanto que por otro, se refiere a aquellos “sobrevenidos en el transcurso del tiempo”.

El vicio básico del DIPr de fuente interna -entre los primeros- consiste en el hecho de desconocerle la calidad de ciencia autónoma pese a tener para el jurista una parte general exclusiva, hecho que se pone de manifiesto en la dispersión normativa de sus reglas.

Como es dable observar, los argumentos que fueran enunciados en el PCDC al considerar que aunque con “*método deficiente*”<sup>27</sup> se han sancionado en el Código Civil un conjunto de reglas que son “*todo un sistema*” de DIPr, se mantuvo vigente como argumento a mediados del siglo pasado. Las reformas efectuadas durante los ochenta años transcurridos entre la entrada en vigor de tan ponderable cuerpo normativo y la publicación de las Bases de Goldschmidt fueron insuficientes, por lo visto, para producir un cambio en su estructura.

No podemos dejar de señalar que entre las conclusiones aprobadas en 1927 y las enseñanzas de Goldschmidt se produce cierto retroceso en orden a avanzar en el cambio estructural tan febrilmente defendido por Posse y aprobado a manera de conclusiones de ese primer evento. Señalaba con puntual habilidad científica el insigne jurista que “*como toda construcción humana*”, el Código Civil está sujeto “*a la integración y reforma que el tiempo impone y aconseja la experiencia*”, refrendando en su ponencia la importancia de superar los defectos que metodológicamente presentaba la normativa del Código Civil en buena medida “*por la complicación que presenta su mecanismo y estudio, comprobado en las diversas interpretaciones a que dichas reglas han dado lugar, desarticulando así y haciendo perder la unidad a lo que debiera ser un solo cuerpo, donde estuvieran contenidas todas las normas básicas de nuestro derecho internacional privado, volviendo aún más visible el error que se señala, las múltiples disposiciones diseminadas en el cuerpo del Código, conteniendo otros principios, que completan el sistema y, por lo tanto, fuera del título preliminar*”.

Empero, retomo el aludido retroceso, que tuvo lugar durante el Segundo Congreso de Derecho Civil (SCDC) celebrado en Córdoba entre los días 1 a 7 de noviembre de 1937. El tema fue reflatado a partir de su incorporación en la lista de sugerencias elevadas por el Instituto de Derecho Civil de Córdoba, a efectos de acercar tópicos importantes a los miembros del Congreso.

Al centrarse en la estructura, esto es: qué posición adoptar en materia de DIPr al determinar cómo corresponde ubicar las normas de la materia, la Comisión respectiva aprobó un despacho

mayoritario sosteniendo la conveniencia de mantener la ubicación que el codificador había dispuesto para tales disposiciones. Este enfoque fue defendido por Romero del Prado vino a echar por tierra las conclusiones aprobadas diez años atrás, que fueran tan apasionadamente sustentadas por Posse en el sentido de encuadrar las reglas jusprivatistas internacionales en una unidad y bajo un sólo título.

La iniciativa estructural, acorde a la nueva tendencia mundial que se mostraba en la codificación de las entonces modernas legislaciones<sup>28</sup>, reverdece con Goldschmidt. Los esfuerzos reinstalados por el Maestro continuaron su derrotero, avalados por un importante grupo de juristas que comenzaron a reclamar una modificación del sistema nacional de la disciplina.

La reformulación del diseño inicial ve la luz en 1974 bajo el título “Anteproyecto de bases de una ley uniforme de Derecho Internacional Privado”. Comprende: una ley nacional de DIPr y una ley de Derecho Internacional Procesal Civil Comercial para la Justicia Federal, la de la Capital Federal y la de los Territorios Nacionales<sup>29</sup>. El texto aprobado por mayoría en la Comisión designada al efecto por el Ministerio de Justicia, tampoco prosperó.

En 1986 Piombo eleva a la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados, un texto revisado del proyecto “Goldschmidt” con algunas correcciones en orden al fondo, al sistema y al estilo de la conocida labor del insigne jurista, resolviéndose que dicho documento sea utilizado como base de trabajo de un grupo de expertos a quienes se asigna la tarea de efectuarle las modificaciones necesarias para convertirlo en Código de DIPr<sup>30</sup>. El Proyecto, que volvió a la Comisión de Legislación General el 2 de julio de 1989, tampoco fue refrendado y transcurrieron cuatro años, hasta la elevación de un nuevo documento al Ministerio de Justicia. En esa oportunidad, el DIPr es nuevamente objeto de estudio, elaborándose una serie de disposiciones para proceder a su reformulación. En efecto, por decreto 468, el Poder Ejecutivo designa en 1992, una Comisión que debía abocarse a trabajar en la modificación al Código Civil siendo la tarea principal “proyectar la puesta al día y unificación del régimen de obligaciones y contratos civiles y comerciales”<sup>31</sup>.

Tiempo después, por decreto del Poder Ejecutivo Nacional (Dcto. 685/95), se designa una nueva Comisión Honoraria a la que se encomienda elaborar un Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio<sup>32</sup>. La regulación jurídica correspondiente al DIPr es elevada al Ministerio de Justicia de la Nación, el 24 de agosto de 1999, integrando lo que se dio en llamar “Libro Octavo” de dicho Proyecto<sup>33</sup>.

La fuente principal de inspiración es el anteproyecto redactado por la Comisión designada por decreto 468/92.

En orden a la faz estructural como cabe advertir, prácticamente desde el primer proyecto Goldschmidt, no vuelve a ponerse en tela de juicio, la necesidad de aunar la normativa jusprivatista internacional bajo un mismo título. O sea, tal como entendiera Posse, se trata de un criterio para nada azaroso teniendo en cuenta que hace a la comprensión del sistema y coadyuva a concederle tal carácter, a la vez que facilita la correcta interpretación de problemática captada por el DIPr.

### *B. Metodología y sustancia*

La otra perspectiva a que hiciera referencia Goldschmidt, pasa por las deficiencias de que adolece la legislación jusprivatista internacional contenida en los cuerpos legislativos internos.

No se trata de un fenómeno aislado sino que procede en razón del transcurso del tiempo y se traduce en la aparición de “lagunas, contradicciones, incongruencias y ambigüedades”<sup>34</sup>.

Centrada nuestra óptica en la actual normativa correspondiente a la dimensión autónoma, debo expresar que lamentablemente, ésta continúa anclada bajo el dominio del lenguaje conflictualista, prevaleciendo el empleo de soluciones extraterritorialistas limitadas, y capitaneando como técnica, el método indirecto.

Bien se afirma que cualquier método que se vincule al ámbito espacial de las normas jurídicas, necesariamente se vale de un criterio que conduzca a determinar el alcance territorial y personal de cada regla concreta. De esta suerte, un paseo por la historia del conflictualismo

deja entrever con claridad que la respuesta que se brinda al planteo sobre la determinación de ese ámbito personal y territorial de las normas sustantivas da lugar a razonamientos no pocas veces erróneos.

Con muy buen tino, Rabel expresó que las respuestas a los interrogantes sobre conflicto de leyes rara vez están contenidas en las leyes locales, en tanto que las normas de derecho privado no establecen en general, qué personas o qué bienes incluyen<sup>35</sup>.

En consecuencia, al no conocer el alcance que les asiste, se requiere de un mecanismo de localización para conectar a la persona, cosa o suceso de que se trate con un ordenamiento jurídico determinado. Las argumentaciones por las cuales se infiere ese mecanismo dotándolo de construcciones que generalmente se alejan de la realidad, difícilmente pueden conducir a sostener una teoría que desde la óptica práctica sirva a las relaciones jurídicas captadas por la ciencia jusprivatista internacional.

El país no es inmune al espíritu de nuestra época que se refleja sobre todo, a partir de la crisis que sufre el DIPr tradicional<sup>36</sup>. El cambio alcanza al concepto, al objeto y al método de la materia así como a sus contenidos, y se deja sentir en la doctrina.

La recurrencia al pluralismo metodológico, la incorporación de soluciones materiales, leyes de aplicación inmediata así como la relevancia de las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, se refuerza con el ímpetu de los especialistas en DIPr, altamente influenciados por los desarrollos de la vertiente convencional.

Las teorías que manifiestan un notorio interés por la adopción de conexiones flexibles frente al fracaso de los puntos de conexión rígidos, van concatenándose a lo anterior, con el objeto de cumplir los fines que se atribuyen a la disciplina. Mientras que paralelamente, la jurisprudencia norteamericana manifiesta el avance de la fórmula impresionista de la “relación más significativa”, provocando una reorientación que diera paso a la llamada revolución conflictual<sup>37</sup>.

A su vez, de la mano de la escuela norteamericana -aunque con cavilaciones de nuestros autores al menos en orden a los razonamientos esgrimidos- se acentúa la importancia de la problemática jurisdiccional que decide en definitiva, la suerte del derecho de fondo<sup>38</sup>.

Desde una perspectiva lógica, tratándose de una situación conflictiva a plantear ante los tribunales, el primer interrogante que merece respuesta está referido al juez que habrá de entender en la cuestión. En el supuesto que corresponda al juez nacional, el siguiente planteo es acerca del derecho aplicable y el interés en regular el caso del DIPr argentino. Si por el contrario, al tribunal del país no le compete la causa se cierra allí el problema de DIPr que podrá luego regresar frente a la solicitud de asistencia judicial internacional o al pedido de reconocimiento de la sentencia dictada por un tribunal foráneo.

En este ir y venir entre las primeras “Bases” elaboradas en el país después de la codificación y el último Proyecto presentado, los cambios que se pretendieron instalar sin mucha solución de continuidad, obligan a reconocer un hecho que se alza a manera de símbolo. Fue en el I Congreso de Derecho Civil cuando -sea por intuición, y/o por vasta sapiencia científica- los miembros adoptan una actitud “verniana”<sup>39</sup>. Con este neologismo, pretendo transmitir el espíritu que aflora entre líneas, de la lectura atenta del Acta. Los participantes del PCDC, se adelantaron a la época y legislaron para el futuro que es hoy, incorporando, por ejemplo, reglas consideradas netamente procesales hasta muy avanzado el siglo pasado. A la hora actual, las normas sobre cooperación judicial internacional forman parte de los sistemas de DIPr autónomo respondiendo de este modo a las necesidades de nuestro tiempo.

Ateniéndonos a lo dispuesto en las “Bases” presentadas en el evento de principios de siglo XX, destacamos particularmente la siguiente base:

“19.a - Las sentencias de los tribunales extranjeros tendrán fuerza de tales en el territorio del Estado, conforme a lo que disponga la ley argentina, salvo lo estipulado en los tratados internacionales”.

Más allá del alcance territorialista otorgado al reconocimiento -en mucho superado aunque con oscilaciones- el efecto de una sentencia extranjera en nuestro país no había sido



contemplado por el codificador, siendo un tema que a mi juicio, como expresara *supra*, es uno de los ejes esenciales en torno al cual gira el DIPr.

El punto es central en este trabajo pues habiendo sido incluido para su tratamiento en las Bases de 1927, fue excluido del Proyecto de Código de DIPr 2003 que se encuentra a estudio de los legisladores. Sobre este tópico se producen interesantes debates pues las posiciones continúan -mal que nos pese- siendo vacilantes.

Sin embargo, la ausencia normativa deriva en la creación de lagunas en un tema crucial. Bien conocemos los jusprivatistas internacionalistas las áreas por las cuales se mide la verdadera importancia de la materia y ésta no es otra que la eficacia de las decisiones, vía solicitud de reconocimiento y de ejecución de sentencias extranjeras<sup>40</sup>.

Bajo el antiguo prisma puede entenderse la conceptualización de Goldschmidt al definir al DIPr como *“el conjunto de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético-judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero”*<sup>41</sup>.

Va de suyo que el normativismo de la concepción goldschmidtiana no puede identificarse con las características que revisten los desenvolvimientos actuales de la materia. Ciertamente, el sabio jurista no se encuentra totalmente separado del pluralismo metodológico que encierra aspectos procesales y sustanciales de la disciplina en tanto las normas imperativas y la cláusula de orden público se encuentran en su teoría. Siempre consideradas de aplicación excepcional y con fundamento en razones de fondo, aunque extensibles a cuestiones económicas, políticas y/o sociales<sup>42</sup>.

De esta suerte, y para no quedar en un diagnóstico, un paso hacia adelante se produce al combinar el pluralismo metodológico con la solución material en el caso concreto, desde un vértice; enfatizar la importancia radical de la catadura jurisdiccional y acentuar la relevancia que adquiere el auxilio jurídico internacional desde los otros ángulos, se presentó como una fórmula posible. El derecho material avanza a paso redoblado a través de elaboraciones en foros de codificación internacional como son Uncitral, Unidroit, La Haya, CIDIP entre otros, y la búsqueda de soluciones como las que brindan los convenios dobles, dejó hace tiempo de ser una extravagancia para convertirse en el haz que ilumina no pocos institutos, para de esta manera, producir progresos notorios en la práctica jusprivatista internacional.

Permítanme reiterar la idea bajo otro prisma. Las concepciones normativistas orientadas por la metodología de la norma indirecta, de conflicto o de colisión, fueron abandonándose al hilo de acontecimientos que de forma progresiva, las han ido desbordando<sup>43</sup>.

El hecho de dar cabida a las nuevas posiciones se robustece por el consenso referido al carácter sustantivo que presentan las doctrinas dominantes en la actual etapa, conjugando la actitud con la selectividad de los resultados. Ello implica investigar el resultado que devendrá de la aplicación de la norma conflictual a fin de verificar que el pronunciamiento que se obtenga sea “sensato”. ¿Qué quiere significar Juenger con su propuesta de “sensatez” para calificar a las sentencias?

Para comprender este posicionamiento que comparto sin matices, es menester rescatar el rol fundamental que asumen los jueces ya que es en el “principio del mejor derecho” en el cual encontramos la idea guía, así como en la interpretación teleológica de las normas que parece haber llegado para quedarse.

Este principio está instalándose en nuestros tribunales y poco a poco permea la jurisprudencia tal como lo demuestra, entre otros, un reciente fallo dictado por nuestro máximo tribunal<sup>44</sup>.

Siendo que el DIPr es parte de un orden jurídico determinado participando necesariamente de las funciones a que ese orden se orienta, no podemos mantenernos aislados si se pretende que la aseveración no sea tildada de estéril. De allí que requiera algún tipo de irisación que justifique un estudio individual, punto en que la especificidad funcional del DIPr aparece dirigida a la satisfacción de las funciones generales del derecho -y a la que es por excelencia su función:

alcanzar una solución justa- en relación con el objeto que le compete. Así, la importancia del objeto se revitaliza merced al análisis de la función<sup>45</sup>.

Como cualquier otra rama del ordenamiento jurídico cumple una función social y en consecuencia no es ajena a los cambios políticos, económicos y culturales de la sociedad. Estos fenómenos repercuten en su evolución y para comprender e interpretar de manera adecuada las normas de DIPr es preciso ubicarlas en un determinado contexto histórico<sup>46</sup>, pero tan necesario como ese enfoque es a mi juicio, el que intenta proyectarse hacia los resultados.

Los conceptos “pluralidad metodológica”, “flexibilidad de la conexión”, “armonía de las soluciones” y “vínculos estrechos” se han ido instalando entre nosotros, empero, ello no es suficiente. Los tribunales están buscando, creando y brindando nuevas respuestas a viejos y nuevos problemas y en este sentido los resultados juiciosos, reflexivos -aunque el término que manifiesta más acabadamente la calidad pretendida es “sensato”- va comprendiéndose paralelamente a la valorización que se realiza de la justicia material en el caso concreto<sup>47</sup>.

En este orden de ideas, el rol activo que se exige a los jueces se torna decisivo al pronunciarse en conflictos jurídico-privados de carácter internacional. La labor creativa de la jurisprudencia se deja sentir en las decisiones de los tribunales sobre la materia y, en no pocos supuestos, colma las lagunas normativas de que adolece la legislación, e inclusive, por vía interpretativa, modifica lo dispuesto por la norma de derecho positivo.

## 2. En torno a la concepción actual de Derecho internacional privado autónomo

Exponer sobre la concepción de DIPr a la hora actual excede ampliamente las posibilidades de cumplir con las reglas de extensión a observar en este trabajo. En consecuencia a fin de acotar la presentación intentando la mayor claridad expositiva, decidí eslabonar los temas abordados sometiéndolos a la visión del PCDC y del Proyecto de 2003.

La cuestión a considerar transita por establecer si el Proyecto 2003 recepta la que a mi juicio es la concepción en que el DIPr se debe enrolar en aras de lograr justicia y eficacia. Para ser leal a mi pensamiento, me permito tomar cierta distancia sin que esta actitud implique negar ni en un ápice mi condición de defensora acérrima de su aprobación pues -aunque no comparto algunos aspectos filosóficos reflejo de teorías y criterios receptados- apuntalo su vigencia porque sería un avance muy importante para el DIPr desde la dimensión autónoma.

Ahora bien, retomando la propuesta temática, el *objeto* de esta disciplina ¿es actualmente el mismo que se planteaban nuestros maestros reunidos en 1927 cuando se celebra el PCDC?

Entendiendo objeto como ámbito material del DIPr cabe responder afirmativamente. Interesaba entonces y preocupa hoy el tratamiento de las situaciones jurídico privadas internacionales. El objeto se identifica con una relación jurídica que se configura con elementos pertenecientes a distintos sistemas jurídicos estatales. El supuesto no equivale a la existencia de conflicto entre ordenamientos jurídicos nacionales contrapuestos respecto a una relación jurídica. En consecuencia, de lo que se trata es de situaciones jurídicas vinculadas a diferentes órdenes jurídicos estatales y no de conflicto de ordenamientos. Y así entendido el objeto del DIPr es el mismo desde que se plantea el primer problema de tráfico jurídico externo hasta nuestros días.

En relación a la *metodología* empleada para discernir el objeto, ¿hay coincidencia entre la técnica orientadora de principios de siglo XX y la que nos inspira en los albores del siglo XXI?

En este ítem conviene dividir las aguas entre la metodología utilizada para legislar estructuralmente la disciplina y la metodología entendida como el procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y transmitirla<sup>48</sup>.

En cuanto a la primera cuestión, desde 1927 se insistió en nuestro país en reformar el Código Civil unificando bajo un mismo título la normativa dispersa en códigos, leyes especiales, ordenamientos provinciales y nacionales (sea como Título Preliminar del Código Civil, sea como ley específica, o a través de un Código autónomo). Inclusive, la posición esgrimida en ese importante encuentro científico, recibió el voto favorable por unanimidad<sup>49</sup>.

Diez años más tarde, en contra de esta tesis se pronunció Romero del Prado quien actuó de relator en el Segundo Congreso de Derecho Civil propiciando un despacho que finalmente logró la aprobación, por el cual se consideraba adecuado continuar con la técnica de la dispersión, esto es, ubicar las disposiciones de DIPr en el título correspondiente al instituto que se legisla.

En el segundo tópico, esto es la metodología entendida como el camino a seguir para hallar una respuesta a los contenidos del DIPr, se suceden numerosas formulaciones, las cuales son trascendentales en la concepción y el desarrollo de la materia.

La metodología como vía para desentrañar y encauzar las complejidades fue alternando diferentes atajos en orden al modo de concebir la realización del objeto. He afirmado *supra*, que las doctrinas tradicionales a través de modalidades diferenciadas se valen de enfoques espacialmente orientados, y desde ese lugar se ha ido avanzando hacia “una reorientación del conflicto de leyes”<sup>50</sup>. La jurisprudencia, es en buena parte la dimensión catalizadora de la situación jurídico privada internacional. Los magistrados -en calidad de pretores- se valen de la interpretación teleológica, consustanciados por enfoques valorativamente orientados<sup>51</sup>. Se evidencia, aunque no tanto como sería deseable, el diálogo de fuentes. Esta interrelación normativa consiste en articular las reglas jurídicas de conexión con las normas materiales sobre las cuales dichas fuentes se proyectan. El empleo de esta técnica es posible a partir del método de interpretación teleológico inspirado en la faz axiológica concatenada a la justicia del resultado<sup>52</sup>.

Cuando se hace referencia a fallos sensatos -en mi interpretación- se alude al sentido de la realidad, a la repercusión socio-económica del pronunciamiento y a la experiencia de los magistrados puesta al servicio de la justicia.

Paralelamente a los desarrollos enunciados, la idea de conflicto ha ido cediendo espacio para convertirse en una mera duda sobre el derecho aplicable. No obstante la validez de tal premisa, es éste el escenario sobre el que se vienen forjando tanto principios como métodos cuya finalidad es solucionar la incertidumbre que suscita un objeto socio-jurídico así entendido. Los principios constituyen los objetivos de regulación que se conseguirán a través de los métodos<sup>53</sup>. Estas son las “ideas-guía” que actuando a través de los métodos, aspiran a alcanzar un resultado final de “*justicia, de protección, de armonía, de respeto a los derechos adquiridos, de preservación de las legítimas esperanzas de las partes o de equilibrio entre los intereses de los distintos sistemas con vocación para regular el supuesto*”<sup>54</sup>.

En 1927, ¿de qué metodología se valen los juristas que elaboran las “Bases” del que aspiraban sea el nuevo DIPr? Ubicándonos en la época, situándonos en la filosofía imperante desde la perspectiva histórica, política social y cultural del momento, se comprende que haya una posición territorialista pues ésta se corresponde con el concepto tradicional de soberanía imperante. El mayor debate giró en torno a la regulación de la persona jurídica de carácter privado y esta discusión es acorde a la interpretación que primaba respecto a la actuación extraterritorial de la misma y al alcance del reconocimiento de la personalidad jurídica.

Mientras que el contexto en que se elabora el Proyecto refleja signos más flexibles a la vez que incorpora principios de la *lex mercatoria* cuya vigencia como *soft law* resulta a todas luces innegable. Sin embargo, sigue con la metodología indirecta, cuyos signos se advierten de forma meridiana al incorporar instituciones como el reenvío que a mi juicio, ya no tiene espacio en una regulación del siglo XXI.

La posición sustentable implica por una parte, flexibilizar las conexiones dando amplia cabida a principios cuya evaluación por los jueces, permiten un grado de discrecionalidad que en nada conduce a la arbitrariedad, ya que basa la argumentación en los valores e intereses contrapuestos en el contexto concreto. El DIPr actual se caracteriza por asumir un compromiso entre las técnicas clásicas de remisión a un derecho aplicable y una cierta “materialización” de reglas para los conflictos de leyes, soluciones que pasan por arribar a un cierto resultado material o sustancial<sup>55</sup>.

En cuanto a los *contenidos* del DIPr ¿coinciden los que integraban el catálogo en 1927 con los que actualmente son vértice de la materia?

Los contenidos esenciales del DIPr son actualmente un tríptico de cuestiones jurídicas, a saber: competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones<sup>56</sup>.

En la época en que se sanciona el Código la temática procesal internacional no fue considerada parte de la asignatura, atendiendo a la interpretación que se hiciera de la Constitución Nacional, en tanto la legislación quedaba reservada a las provincias y las cuestiones referidas a Derecho procesal internacional contenidas en las respectivas legislaciones procesales.

Sin embargo, hemos enunciado la norma que en el PCDC se incorporó a las “Bases” referida al reconocimiento de sentencias extranjeras a través de una disposición con efecto netamente territorial. En lo que interesa, esta consideración trasluce una inteligencia cual es reconocer que el instituto integra la problemática del DIPr y debe sumarse al contenido de “Bases” cuya aprobación tuvo lugar en el evento.

Empero, años más tarde, Goldschmidt en consonancia con las expresiones vertidas en su obra -en la que ubica al derecho procesal internacional como una asignatura afín al DIPr- elabora el Proyecto de Código de DIPr integrándolo por dos proyectos de leyes, la primera de DIPr y la segunda de Derecho internacional procesal. A los fines de justificar esta decisión acude a argumentos basados en la organización federal del país diferenciando los tópicos que pertenecen a la Nación de aquellos que son incumbencia de las provincias. Cabe destacar que en todo momento se refiere a dos ramas jurídicas. En tanto que en la etapa que transitamos, buena parte de la doctrina asevera que el Derecho procesal internacional es parte del DIPr<sup>57</sup>.

Ahora bien, ¿cómo legisla al respecto el Proyecto de DIPr presentado en 2003?

El Proyecto de DIPr no aborda el reconocimiento y ejecución de decisiones, incluyendo solamente dos de los tres tópicos que integran la asignatura.

Es difícil comprender las razones por las que se adopta esta posición cuando la cooperación jurídica se alza con entidad propia al punto que hace tiempo ha cobrado carta de ciudadanía como uno de los ejes esenciales en torno al cual gira la ciencia jusprivatista internacional. El reconocimiento de decisiones es el grado más profundo de la asistencia judicial internacional porque el juez renuncia a su propia potestad soberana admitiendo como propia la sentencia extranjera. De esta suerte, la eficacia de los pronunciamientos foráneos aparece como una de las dificultades de mayor resonancia de la vida jurídica privada internacional y así se reconoce en la doctrina comparada<sup>58</sup>.

A mi entender, la regulación autónoma de DIPr debe englobar la cooperación jurisdiccional en su totalidad. Las cuestiones planteadas como el tríptico problemático que se identifica con el contenido del DIPr no agotan las materias que lo integran. Correspondería añadir el sector global de cooperación o sea, el auxilio en todas sus manifestaciones<sup>59</sup>. Este instituto refiere a una serie de técnicas que aportan soluciones puntuales a determinadas cuestiones de tráfico externo y que dentro del derecho procesal internacional presentan una notable importancia<sup>60</sup>.

Sobre todo en los últimos tiempos ha tomado un vuelo inusitado por inimaginable algunas décadas atrás, a raíz del crecimiento de las relaciones privadas internacionales. Fruto de esta circunstancia se observa un paralelo incremento de los litigios suscitados en torno a las situaciones de tráfico externo. De esta suerte, las hipótesis que se plantean cada vez con mayor habitualidad ante los tribunales y la consulta profesional, están vinculadas a la condición procesal del litigante extranjero, al valor de los instrumentos públicos o privados provenientes de un Estado e invocados en procesos iniciados en otro, a los recaudos necesarios para notificar una demanda articulada en extraña jurisdicción, a la producción de medidas probatorias, a la información y prueba del derecho extranjero, a la eficacia de las medidas cautelares cuyo cumplimiento es en un territorio diferente de aquél en que se ordenan. A fin de asegurar la efectividad del derecho sustancial comprometido es menester bucear en la regulación del

reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales dictados por tribunales de otro país<sup>61</sup>.

En consecuencia a la argumentación vertida para justificar los motivos por los cuales se niega espacio al reconocimiento y ejecución de sentencias y a la cooperación jurisdiccional internacional<sup>62</sup>, cabe responder que el tratamiento halla sustento en la especificidad de la disciplina, tanto en orden a su contenido como en la realización de su objeto.

Asimismo, al entender que la materia procesal se integra por un ámbito formal, referido a la faz procedimental propiamente dicha y por uno material, este último aspecto debe incorporarse en la legislación de fondo<sup>63</sup>.

Resulta ilustrativa la ley venezolana al considerar en la Exposición de Motivos que la reforma no modificó aspectos específicamente procedimentales al estimar que “por razones prácticas y de buena técnica legislativa, debían seguir constituyendo materia específica de la legislación procesal”<sup>64</sup>. Sin embargo, ello no fue óbice para legislar sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras<sup>65</sup>.

Debemos afrontar un cambio que se corresponda con las modificaciones producidas en las relaciones de tráfico externo y los modos de manifestarse la vida jurídico-privada. De allí que haya que procurar una mejor comprensión de la realidad a la vez que arbitrar procedimientos técnicos y normativos que posibiliten a esta materia cumplir la función que le viene asignada, reflejando la congruencia y convicción del jurista sobre las actitudes y los fenómenos que se producen en los nuevos tiempos así como la legitimidad de las soluciones acordes a la realidad de los hechos.

La dirección a tomar a fin de adecuar la disciplina a los desarrollos que se producen en su entorno y que inciden en su contenido y método requiere una mirada analítica y profunda a la jurisprudencia de los tribunales pues es aquí donde encontramos el verdadero sensor de la concepción de justicia de la disciplina, escudriñar en los nuevos desenvolvimientos, valernos del método comparativo<sup>66</sup> y consultar las legislaciones más modernas en el área, introducimos en los desarrollos que los foros de codificación internacional vienen elaborando al hilo de importantes debates que se hacen eco de todas las vertientes<sup>67</sup>.

La reforma integral del sistema de DIPr interno vigente en el país no puede seguir aguardando; lo expresaban los juristas en 1927 y lo señalamos en 2009, luego de recorrer los diferentes intentos de reforma que por una u otra razón no cruzaron la barrera que permanentemente obstaculizó la vigencia del cambio.

Estamos entonces frente a un diagnóstico preciso: el Código Civil -que es el cuerpo normativo que contiene lo que podría calificarse como la columna vertebral del DIPr interno- fue sancionado en 1869<sup>68</sup>, en una época en que el contenido y la metodología de la disciplina diferían ostensiblemente, de la concepción que impera en la era contemporánea. Soluciones que bien podrían considerarse de avanzada al momento de su entrada en vigencia, hoy están totalmente superadas. A lo largo del siglo pasado se han producido modificaciones profundas en la ciencia jurídica en general y particularmente, en esta rama jurídica que además, ha sufrido una notoria crisis en todos sus elementos<sup>69</sup>.

En consecuencia, tanto las reglas en sustancia como el método que se emplea dejan fuera del contenido y finalidad de la materia, la realización de la justicia en la complejidad multinacional del caso, al extender innecesariamente tal contenido, pues el problema de la aplicación de la ley en el espacio aparece en distintas ramas del derecho aun cuando sus aspectos internacionales no responden estrictamente al conflicto de intereses privados propios del DIPr<sup>70</sup>.

Ciertamente, el método en que me afilio -normas valorativamente orientadas en la realidad- facilita el dictado de un fallo sensato pero no desplaza el conflicto jurisdiccional y trae consigo un laborioso proceso que implica una considerable carga a los jueces. El eclecticismo, en pos de articular las reglas de elección de la jurisdicción y las normas orientadas en la realidad es para Symeonides, el nombre del juego<sup>71</sup>.

### III. A manera de reflexiones

- El DIPr de fuente interna, adolece de múltiples complejidades, las que no son nuevas ni originales. En el Primer Congreso de Derecho Civil celebrado en Córdoba, se plantearon problemas equivalentes a los que hoy preocupan a los especialistas en la materia.

- Las manifestaciones de las dificultades apuntadas se perciben principalmente, desde dos aristas interrelacionadas, a saber: desde el punto de vista estructural y desde la faz metodológica/sustancial. Que existan problemas equivalentes con algo más de ochenta años de diferencia no significa que haya equivalencia en las respuestas que corresponden a uno y otro momento histórico.

- Las respuestas a las necesidades de esta ciencia requieren la articulación de numerosos enfoques: por una parte, elucidar cuestiones orgánicas vinculadas a las transformaciones socio-culturales y a las exigencias de una cultura jurídica acorde con el desarrollo tiempo espacial. En tanto que desde otra arista, es menester lograr una mayor eficacia del sistema desde un replanteo de los estatutos epistemológicos.

- Desde la óptica autónoma estructural padece de una marcada dispersión normativa cuya consecuencia es desde todo punto de vista perjudicial al logro de sus objetivos. Complejidad que fue denunciada en 1927 y objeto de modificación en las “Bases” presentadas entonces y nuevamente planteada y modificada en el Proyecto 2003.

- Desde la perspectiva metodológica sustancial el DIPr adolece de una evidente insuficiencia de disposiciones para reglamentar las situaciones privadas de tráfico externo, generadas por la falta de una necesaria reglamentación que capte las nuevas situaciones que se presentan y generando una cantidad de lagunas considerable. Así se sostuvo en 1927 cuando sólo habían transcurrido algo más de cincuenta años de vigencia del Código Civil, y se reitera en términos semejantes al elevar el Proyecto 2003.

- Los problemas que se manifiestan son diferentes en función de las necesidades de una y otra etapa histórica aunque en ambos casos la justificación es que enraízan en el transcurso del tiempo. En 2003 con mayor razón, incardinan en el anacronismo que caracteriza el sistema -aunque a la hora actual estimo que no es dable identificar al DIPr argentino de fuente autónoma como un “sistema”<sup>72</sup>- ya que subsisten regulaciones arcaicas e inadecuadas a los desenvolvimientos cotidianos de las relaciones del tráfico privado externo.

- A manera de sugerencia entiendo que dado que el DIPr transita por una fase más en la evolución general del tráfico jurídico externo, instancia que refleja una acusada transformación, es menester aceptar e incorporar fórmulas más aptas, más en consonancia con las exigencias de la sociedad contemporánea. La complejidad que afecta esta ciencia, abarca a sus supuestos sociológicos y políticos exhortando una completa revisión doctrinal, metodológica y de política legislativa.

- En la convicción de que el DIPr es lazo de unión entre una caótica realidad normativa, imbuida por las disparidades nacionales y la necesaria comunicación de los pueblos del orbe obra como directriz, concurrir con el método comparativo, escrudiñar las nuevas regulaciones jurídicas que los países están adoptando y no proceder a efectuar copia indiscriminada pero sí a trabajar alineadamente con los foros de codificación creadores de fuentes convencionales, transnacionales, e institucionales a fin de avanzar hacia un verdadero sistema.

- El derecho “caso por caso”, sin embargo, no debe sustituir a un sistema codificado que otorga certeza al derecho<sup>73</sup>. La jurisprudencia orienta las propias soluciones y su papel activo se afirmó en el DIPr ante la falta de modificación de las normas que integran el sector.

- Reconocer a la *cooperación* jurídica internacional el rol que asume en esta época de relacionamiento dinámico incrementado por las políticas integracionistas y la labor conjunta de los operadores coadyuva a expandir la concepción de justicia a través de la circulación de pronunciamientos “sensatos” articulados desde una interpretación teleológica y respuestas valorativamente orientadas. En esta línea se requiere que los jueces asuman un rol activo y tengan presente que razones de interés público y motivaciones de índole práctico avalan esta afirmación.

- Una visión teleológica se traduce en compatibilizar los tres sectores que integran del DIPr generando la convergencia hacia un sistema en el sentido que ha sido entendido a lo largo de estas páginas, por una parte contaminarlo de la realidad sociopolítica cultural de vasta tradición jurídica, en tanto que por otra, impregnar la normativa de los principios incorporados a la CN con carácter universal articulados con esta disciplina desde su raíz hasta el último brote: acceso a la justicia, no discriminación del litigante, debido proceso, seguridad jurídica. En la actual instancia la práctica judicial ha tomado la delantera porque desde la faz legislativa no se asume el cambio, punto radical entre las antiguas construcciones y las nuevas realidades que lleva al embate de la teoría por la práctica.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Fui alumna del Dr. Buteler Cáceres a poco de ingresar a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. El Maestro dictaba cátedra en Derecho Civil I y no puedo asegurar que recuerdo fehacientemente todas sus enseñanzas sobre la asignatura, pero sí afirmo con certeza que permanecen incólumes los debates que generara sobre los ideales de justicia, el rol del derecho, el respeto a la vida y la integridad de la persona.

<sup>2</sup> Su texto completo puede verse en las Actas del Primer Congreso de Derecho Civil celebrado en Córdoba entre los días 21 y 26 de mayo de 1927, que fuera organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Ver Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/bibliotecavirtual/actaprimercongresodscivil2.pdf/view?searchterm=1%20Congreso%20de%20Derecho%20Civil>

<sup>3</sup> 10 de marzo de 2009.

<sup>4</sup> Ver R. LORENZETTI, quien efectúa un muy interesante análisis acerca de la descodificación del derecho privado. Entre las argumentaciones que sustentan su tesis, basada en demostrar que “se asiste a una progresiva recodificación del sector”, señala que “*el Código fue un reflejo de la creación del Estado Nacional; su pretensión era ordenar las conductas jurídico-privadas de los ciudadanos de forma igualitaria; una sola norma aplicable para todos los ciudadanos por igual, sean nacionales o extranjeros (art. 1, Código Civil)*”. *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 13.

<sup>5</sup> Conf. S. SÁNCHEZ LORENZO, *Postmodernismo y derecho internacional privado*, REDI, Madrid, 1994, vol. XLVI, 2, pág. 557.

<sup>6</sup> Véase R. LORENZETTI, nota 4, pág. 13.

<sup>7</sup> Me he pronunciado en igual sentido en: “Los principales desarrollos dentro del Derecho internacional privado en el próximo siglo en Argentina”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número especial, México D.F., 2000, págs. 52-53.

<sup>8</sup> Su autoría corresponde a la Comisión designada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJDH) Resolución N° 191/02 prorrogada por Resolución 144/02 del MJDH.

<sup>9</sup> Me refiero particularmente a un hecho que resulta poco menos que insólito a la hora de trabajar en un proyecto de legislación de DIPr. Se trata de la no inclusión de regulación jurídica de un tópico consustancial a la materia, como es el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Al respecto puede verse A. DREYZIN DE KLOR, “La ausencia de normas de reconocimiento y ejecución de sentencias en el Proyecto de Código de DIPr argentino”, en: *DeCITA 4*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, págs. 469-484.

<sup>10</sup> Sobre la temática ver: B. AUDIT, “Le droit international privé en quête d’universalité. Cours général” (2001), *Recueil des Cours*, t. 305, 2003.

<sup>11</sup> Así lo expresa entre otros tratadistas, I. G. BOUTIN, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Panamá, Maitre Boutin, pág. 42.

<sup>12</sup> Sobre las fuentes jurídicas de DIPr, véase DREYZIN DE KLOR A. / SARACHO CORNET T, *Trámites judiciales internacionales*, Buenos Aires, Zavalía, 2006, págs. 15-46.

<sup>13</sup> En este línea se pronunció L. PEREZNIETO CASTRO, quien en el III Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado, celebrado en la Universidad Complutense, disertó sobre el tema: *Autoregulación y unificación del derecho de los contratos internacionales*. El autorizado jurista se refirió a las causas que identifica como factores productores de cambio dada la influencia que ejercen en la ciencia jusprivatista internacional, entre las cuales la globalización cobra un papel significativo. Madrid, 5 y 6 de febrero de 2009.

<sup>14</sup> Especialmente, *Sistema de Derecho Romano actual* obra publicada por primera vez en 1849. SAVIGNY dedica el VIII volumen al análisis de la aplicación del derecho en el espacio y en el tiempo abordando de este modo los fundamentos y las instituciones de DIPr, *Traite de Droit Roman, Tome Huitieme*, traduit de l’allemand par M. Ch. Guenoux. Paris, Firmin Didot Frères, Imprimeurs de l’Institut de France, 1851.

<sup>15</sup> En la misma línea se enrolan los desarrollos de autores como J. Jitta, C.L. von Bar y A. Pillet, siendo sólo posible sostener los planteamientos admitiendo la existencia de una comunidad jurídica universal. Ver: CALVO CARAVACA / CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, pág. 62.

<sup>16</sup> Previo a la construcción savigniana la metodología imperante era la formulada por la escuela de los glosadores y posglosadores. La visión que introduce el jurista prusiano es a tal extremo innovadora que al decir de calificada doctrina, causa una verdadera revolución copernicana en esta materia. Ver: P. NEUHAUS, *Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache*, Rabel's Zeitschrift, Tübingen, 1949, pág. 366.

<sup>17</sup> Ver F. C. VON SAVIGNY, nota 14, pág. 532.

<sup>18</sup> Así, v.gr., la capacidad se rige por la ley del domicilio (arts 6, 7 y 8 C.C.), la forma de los actos jurídicos, por la ley del lugar de su celebración (arts. 12 y 950 C.C.); la sucesión se rige por la ley del último domicilio del causante (arts. 3283 y 3612, C.C.) La validez del matrimonio se rige por el derecho del lugar de su celebración (art. 159 C.C.); los contratos se rigen en cuanto a su naturaleza, validez y efectos por la ley del lugar de cumplimiento (arts. 1209 y 1210 C.C.), siendo éstos sólo algunos institutos entre tantos otros regulados con la misma configuración normativa y equivalente y metodología.

<sup>19</sup> J. STORY, *Commentaries on The Conflict of Laws, Foreign And Domestic*, 1834.

<sup>20</sup> Jurista de Brasil, autor del Proyecto de Código Civil para su país, conocido como el *Esbozo de Freitas*. Si bien no fue aprobado en Brasil, sirvió de base para no pocos institutos de los códigos civiles de Argentina y Uruguay.

<sup>21</sup> Conf. M.S. NAJURIETA, "El pluralismo metodológico en el derecho internacional privado actual", Buenos Aires, El Derecho, t.161, pág. 1064.

<sup>22</sup> Conf. L. FERMÉ, *Tratado de Derecho del Trabajo* (Vázquez Vialard, A.Dir.), t. II, Cap. VII, pág. 851. Son numerosas las definiciones que la doctrina nacional brinda sobre lo que debe entenderse por Derecho Internacional Privado. Entre otras obras, pueden consultarse: B. KALLER DE ORCHANSKY, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1991, pág. 15, PARDO, A., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abaco, 1975, pág. 9; I. WEINBERG DE ROCA, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Buenos Aires, LexisNexis/Depalma, 2004, pág. 19; R. BALESTRA, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Buenos Aires, LexisNexis /Abeledo-Perrot, 2006, pág. 5.

<sup>23</sup> Conf. M. E. UZAL, "El pluralismo en el derecho internacional privado como una necesidad metodológica", Buenos Aires, E.D. t. 161, pág. 1057.

<sup>24</sup> El profesor Werner Goldschmidt, ocupa un espacio de singular trascendencia en el desarrollo del derecho internacional privado en Argentina, "país al cual brindó las últimas décadas de su descollante labor científica y académica". Su obra, en la expresión de Ciuro Caldani, está centrada en los grandes aportes que hizo a esta rama del derecho a partir de 1935, con la concepción normológica de la ciencia respectiva y la contribución jusfilosófica que realizó con la teoría pluralista del mundo jurídico, expuesta a partir de 1958. Su pensamiento continúa vivo aún luego de su desaparición física -ocurrida en 1987- no sólo porque sus discípulos han proseguido las investigaciones que el Maestro iniciara, sino porque su obra ha evidenciado ser un instrumento indispensable para comprender los problemas que la realidad jurídica actual plantea en orden a la disciplina. Estimamos que toda referencia al Derecho internacional privado argentino no puede prescindir de una mención destacada y un homenaje a tan eximio profesor, quien es un "verdadero clásico del pensamiento jusprivatista internacional de nuestro tiempo". M. A. CIURO CALDANI, "Nota de la Sexta Edición", GOLDSCHMIDT, W., *Derecho internacional privado - Derecho de la tolerancia*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1995, págs. XV-XVI.

<sup>25</sup> Ver *Actas del 2º Congreso de Derecho Civil*, pág. 6. <http://www.acadec.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actasegundocongresodcivil.pdf/view?Searchterm=2%20Congreso%20de%20derecho%20Civil>

<sup>26</sup> Véase REDI t 5, N 2, págs. 499-528.

<sup>27</sup> *Actas del 1º Congreso de Derecho Civil*, nota 2.

<sup>28</sup> En Sudamérica, v.gr., el Código Civil de Brasil vigente desde 1917 que incorpora en su título preliminar las normas de DIPr.

<sup>29</sup> Ello obedece a que en virtud del art. 67 inc. 11 de la C.N. de 1853 (hoy art. 75 inc. 12) es atribución del Congreso Nacional dictar las normas de fondo, quedando reservado a las provincias el derecho de dictar sus propios códigos procesales.

<sup>30</sup> Integraron dicha Comisión H. Piombo, A. Boggiano, J. C. Arcagni y A. Perugini. El grupo efectuó las modificaciones teniendo en cuenta las reformas operadas en el sistema argentino de fuente convencional y de fuente interna, así como también las nuevas regulaciones de DIPr extranjeras. Boggiano manifestó su voluntad de expedirse por separado.

<sup>31</sup> La Comisión se integró por A. C. Belluscio, S. D. Bergel, A. Kemelmajer de Carlucci, S. Le Pera, J. C. Rivera, F. Videla Escalada y E. A. Zannoni, En orden a la metodología empleada respecto al DIPr, se optó por incluir en la primera parte, un conjunto de disposiciones propias de la materia (arts 4 a 14) y luego, en cada Sección, incorporar normas específicas correlativas al tema tratado. Las normas de derecho internacional privado fueron elaboradas y redactadas por M. S. Najurieta conforme expresa la Comisión en la "Nota de Elevación" del Proyecto. *Reformas al Código Civil, Proyecto y Notas de la Comisión designada por decreto 468/92*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

<sup>32</sup> La Comisión que finalmente signa el Proyecto de Reforma se integró por H. Alegría, A. Alterini, J. Alterini, M. J. Méndez Costa, J. Rivera y H. Roitman.

<sup>33</sup> La elaboración de la normativa fue encomendada a B. Kaller Orchansky, quien a su vez convocó a A. Uriondo de Martinoli y B. Pallarés.



<sup>34</sup> Conf. W. GOLDSCHMIDT, nota 24, pág. 687 y ss.

<sup>35</sup> E. RABEL, *The conflict of Laws vol. I*, 2<sup>nd</sup>. ed., Michigan, Michigan Legal Studies, 1960, pág. 103.

<sup>36</sup> Acerca de la crisis del DIPr tradicional puede verse T. SARACHO CORNET - A. DREYZIN DE KLOR, *Una visión actualizada de las fuentes*, Córdoba, Advocatus, 2003, pág. 16 y ss.

<sup>37</sup> F.K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dodrecht / Boston / London, Martinus Nijhoff Pub., 1992, pág. 97.

<sup>38</sup> Ver R. MICHAELS, "Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions", en: *Conflict of Laws in a Globalized World*, Gottschalk/Michaels/Rühl/ von Hein, New York, Cambridge University, 2007, págs. 3 y ss.

<sup>39</sup> Incluimos esta voz que la Academia de la Lengua Española no contiene en su terminología para referirnos a Julio Verne quien predijo con asombrosa exactitud muchos de los logros científicos del siglo XX.

<sup>40</sup> A. DREYZIN DE KLOR, nota 9, pág. 469 y ss.

<sup>41</sup> Véase W. GOLDSCHMIDT, nota 24, pág. 3.

<sup>42</sup> Así puede verse en W. GOLDSCHMIDT, nota 24, pág. 147.

<sup>43</sup> Con relación a la evolución metodológica del DIPr y su desarrollo en el mundo jurídico occidental, ver: H. BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, Recueil des Cours, vol.139, 1973-II.

<sup>44</sup> C.S.J.N., "Recurso de Hecho en "Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.", 24/2/09.

<sup>45</sup> Conf. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, "Objeto del derecho internacional privado y Especialización Normativa", Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1993, vol.II, p.1149.

<sup>46</sup> Ver: J. C. FERNÁNDEZ ROSAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, Civitas, 2007, pág. 23.

<sup>47</sup> Dos fallos -entre otros- resultan paradigmáticos para graficar nuestras aseveraciones: el recientemente dictado en causa citada (nota 44) y el dictado por la SCBA- "B., G. o H. F. Sucesión *ab intestato*" 13/06/2007.

<sup>48</sup> Definición que brinda el diccionario de la Real Academia Española: <http://www.rae.es/rae.html>

<sup>49</sup> Véase en las Actas del PCDC, (nota 2).

<sup>50</sup> Ver F. JUENGER, *Derecho internacional privado y justicia material*, México, Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2006, pág. 213 y ss.

<sup>51</sup> Para una acabada comprensión de la articulación de los valores y el DIPr resulta altamente ilustrativo: E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: Le Droit international privé postmoderne", Recueil des Cours, t. 251, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1996.

<sup>52</sup> Conf. E. JAYME, "Sociedade Multicultural e Novos Desenvolvimentos no Direito Internacional Privado", en *Cadernos Do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir/UFRGS, Seleçãode textos da Obra de Erik Jayme*, 2<sup>da</sup> ed., v. I, N<sup>o</sup> I, março 2003, págs. 99 y ss.

<sup>53</sup> Ver J.M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre teoría general del Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 61.

<sup>54</sup> Id. nota 53.

<sup>55</sup> En E. JAYME, nota 52, pág. 99.

<sup>56</sup> El reconocimiento de decisiones engloba tanto los efectos de una decisión cuanto de un acto extranjero

<sup>57</sup> Ver E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, quien afirma que el DIPr venezolano participa de la corriente de pensamiento que engloba los problemas de Derecho procesal civil internacional dentro del objeto de estudio del DIPr. *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*, Caracas, Sherwood, 2004, págs. 16-17.

<sup>58</sup> Nos referimos a la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 (LDIP). Ver *Proyecto de LDIP 1996. Comentarios*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, pág. 157 y ss. No es ocioso señalar que la legislación comparada muestra a las claras la tendencia que impera en las legislaciones de DIPr. En la misma línea se enrojan entre otras, la legislación italiana de 1995 y la Ley Federal Suiza de 1987.

<sup>59</sup> Véase en igual posición E. HERNÁNDEZ BRETÓN, nota 57, pág. 16.

<sup>60</sup> Conf. J. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado* 3<sup>a</sup> ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2004, pág. 33.

<sup>61</sup> En A. DREYZIN DE KLOR, "La ausencia de normas de reconocimiento y ejecución de sentencias en el Proyecto de Código de DIPr argentino", *DeCITA 4*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, págs. 469-484.

<sup>62</sup> Llama la atención que entre las justificaciones para no incluir la normativa relativa al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras se expresa: "... que ello podría considerarse como una invasión de las atribuciones no delegadas por las Provincias al Estado Nacional".

<sup>63</sup> Resulta esclarecedor el pensamiento de James Goldschmidt cuando distingue el derecho judicial formal (cómo el juez debe proceder) del derecho judicial material (cómo el juez debe decidir. En este orden de ideas, piénsese concretamente en un supuesto de cooperación de primer grado. Así, la situación en que se encuentra el tribunal cuando debe decidir sobre la solicitud de receptar una prueba. El término para ofrecerla es temática atinente al ámbito formal, netamente procesal. En tanto que la decisión de admitir o no la solicitud, es sustancial.

<sup>64</sup> Ver nota 58, pág. 167.

<sup>65</sup> T. MAEKELT desarrolla con claridad meridiana esta distinción en “Eficacia de las sentencias extranjeras en el sistema venezolano” en: *Avances del derecho internacional privado en América Latina - Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, FCU, 2002, pág. 569. Tanto la Ley Venezolana de 1998, como la Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado de 1987, y la Ley Italiana de Derecho internacional privado de 1995 receptan esta temática

<sup>66</sup> Conf. S. SYMEONIDES, “Private International Law at the End of the Twentieth Century: Progress or Regress?”, General Report XVth, *International Congress of Comparative Law 29*, 1999, #37.

<sup>67</sup> L. PEREZNIETO CASTRO ha escrito un interesantísimo artículo en el cual se refiere de forma meridiana y sustanciosa a las relaciones entre los diversos órdenes jurídicos. Bien puede afirmarse que el diálogo de las fuentes encuentra en el aporte del jurista a las Sextas Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado celebradas en Segovia (1 y 2 de diciembre de 1995) una acertada canalización de la importancia que deviene de dicha articulación. Ver aut. cit. “Las influencias recíprocas entre la codificación interamericana y los sistemas de derecho internacional privado”, en: *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Eurolex, 1997, págs. 241-259.

<sup>68</sup> Ley 340, del 25 de setiembre de 1869, para regir a partir del 1º de enero de 1871.

<sup>69</sup> Entre los innumerables trabajos publicados sobre el tema, pueden consultarse: P. LAGARDE, “Les principes du droit international privé hier, aujourd’hui et demain”; F. JUENGER, “Balance y perspectivas de la década en los Estados Unidos”, ambos en: *Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Eurolex, 1995, págs. 15-77; P. NORTH, P., *Private International Law - Problems in Common Law Jurisdictions*, The Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1993; S. SÁNCHEZ LORENZO, nota 55, págs. 557-585, J. ESPINAR VICENTE, nota 53, 1997.

<sup>70</sup> Así lo afirman J. FERNÁNDEZ ROSAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, quienes al referirse al contenido de la materia distinguen entre el DIPr. *latu sensu* y *strictu sensu* aseverando que “desde un punto de vista estricto, el contenido del DIPr. viene predeterminado por su objeto científico: la situación privada internacional”. En tanto que la materia, *latu sensu* ampliaría su contenido a partir de una delimitación diversa de su objeto. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 87.

<sup>71</sup> Expresa el jurista que el verdadero desafío al resolver los conflictos contemporáneos en un sistema codificado de DIPr no pasa por eliminar las normas de elección de jurisdicción sino por encontrar la mejor manera de combinarlas con las normas orientadas a la realidad, de tal modo que ambas reglas conjuntamente, den por resultado un sistema racional. Ver S. SYMEONIDES, “American Choice of Law at the Dawn of the Twenty First Century”, en *Willamette Law Review*, vol. 37:1, pág. 57.

<sup>72</sup> Nuestras dudas se plantean a raíz de las diversas reformas que se vienen sucediendo desde la entrada en vigor del esquema primigenio, puesto que por “sistema” entendemos al conjunto de principios, normas o reglas ordenadas y armónicas enlazadas entre sí acerca de una ciencia o una materia. M. OSSORIO, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, pág. 918.

<sup>73</sup> Conf. E. JAYME, nota 52, pág. 90.

**LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO.  
Algunas apreciaciones sobre la Jurisdicción Internacional  
en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado  
para la República Argentina**

por LUIS CRUZ PEREYRA Y CHRISTIAN G. SOMMER

**SUMARIO:** Introducción. I. La determinación del foro como presupuesto de la aplicación de todo sistema de derecho internacional privado. II. El sistema de jurisdicción internacional en el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. 1. La jurisdicción general. 1.1. Foro de la autonomía de la voluntad. 1.2. Foro de necesidad. 1.3. Medidas provisionales y cautelares. 2. Las jurisdicciones especiales. 3. La jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos. 4. Litispendencia internacional. 5. Reflexiones finales

---

## Introducción

Los debates sobre la codificación de las normas de Derecho internacional Privado han tenido su evolución desde el siglo XIX. Cabe recordar las ya clásicas posiciones enfrentadas de Savigny<sup>1</sup> que a través de la Escuela histórica consideraba que la codificación civil generaba una “estaticidad” en el avance del derecho y limitaba su interpretación, y la de Thibaut<sup>2</sup>, quien defendía la necesidad de la codificación por considerar que ello permitía ordenamientos jurídicos más ordenados, brindando una mejor seguridad jurídica a los operadores jurídicos. A lo largo del tiempo, la segunda posición se impuso como práctica en los países del sistema jurídico continental. Sin embargo, la codificación de un conjunto de normas interrelacionadas que se dedican a regular diversas áreas de un mismo derecho produjo, en algunos casos -al no estar unificadas en un mismo libro o título, por más metódicos que hayan sido sus redactores-, que las normas puedan ser interpretadas en forma disímil por los jueces y la doctrina<sup>3</sup>. Mucho más cuando el Derecho Internacional Privado autónomo abarca normas no sólo civiles, sino de otras ramas del derecho como el comercial, laboral, tributario y hasta procesal. En síntesis, ese fraccionamiento del Derecho privado ha llevado a las corrientes codificadoras a buscar sistematizar o unificar en cuerpos legales autónomos, el amplio espectro de normas iusprivatistas internacionales.

Esta necesidad de procurar una sistematicidad especial de las normas del Derecho Internacional Privado argentino, fue avizorada ya desde el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1927, oportunidad en que la Comisión debatió sobre el punto “*Bases de Derecho Internacional Privado para una ley de introducción*”. El proyecto fue presentado por el Dr. Luis J. Posse quien aclaraba que si bien “(...) *el Código Civil argentino en el título preliminar, sienta principios y reglas de derecho internacional privado, a manera de visuales jurídicas para precisarlos en los títulos respectivos (...) el método es defectuoso por la complicación que presenta su mecanismo y estudio, desarticulando así y haciendo perder la unidad a lo que debería ser un solo cuerpo en donde estuvieran contenidas todas las normas de derecho internacional privado (...)*”<sup>4</sup>. Con ello, los participantes de la Comisión postularon la necesidad de que el Poder Ejecutivo elevara una propuesta para reformar el Código Civil agrupando todas las normas del Código Civil sobre la materia internacionalista.

Durante el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil de 1937, esta postura visionaria hacia la codificación particular de las normas internacional privatistas tuvo su revés, en parte, por la postura del despacho del profesor Víctor Romero del Prado, el cual estimaba que era conveniente mantener la metodología originaria utilizada por Vélez Sársfield. Como parte del temario de sesiones y bajo el título de “Plan del Proyecto de la Comisión Reformadora en lo relativo a las normas de Derecho Internacional Privado (Tema I)”, la Comisión respectiva debatió sobre si debía mantenerse el plan seguido por el Proyecto de Reformas<sup>5</sup>, en lo referente al orden y distribución de las normas de Derecho Internacional Privado, el cual, después de

formular las reglas básicas, determina en cada caso de conflictos de leyes, la regla jurídica aplicable.

En esa oportunidad el Dr. Romero del Prado sostuvo “(...) que el título preliminar debe ser conservado con la fisonomía que ofrece en la actualidad; que no debe ser transformado en una ley de introducción destinada a reunir todas las normas de derecho internacional privado esparcidas en el conjunto de las leyes codificadas; que no pueden organizarse en un solo cuerpo los preceptos del derecho internacional privado (...) En mi opinión, debe mantenerse en dicha distribución el método del Código de Vélez, que es en definitiva el seguido por Bibiloni en su Anteproyecto de reformas y por la Comisión en su Proyecto de Código Civil, no obstante que acusan pobreza de soluciones en la materia”<sup>6</sup>.

Sin embargo, luego de más de tres décadas, en ocasión del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil de 1961 se retoma con ímpetu las primeras líneas de pensamiento del Congreso de 1927, en gran medida por el espíritu y las propuestas que el jurista alemán Werner Goldschmidt viniera insistiendo desde décadas atrás<sup>7</sup>.

En esa oportunidad, los juristas allí convocados debatieron sobre el Despacho de la Segunda Comisión cuyo punto 2º llevaba precisamente el título “*Codificación de las normas de Derecho Internacional Privado*”. El dictamen preliminar de los Dres. Werner Goldschmidt, Jorge J. Llambías y Juan Carlos Smith, al cual adhirió el Dr. Adolfo E. Colombres, proponía que una vez que se acepte la conveniencia y “urgencia” de una codificación del Derecho Internacional Privado argentino, se designe a una Comisión para que elabore un Anteproyecto sobre bases generales acordadas por el Congreso<sup>8</sup>. Cabe recordar que algunas de las justificaciones que ameritaban la necesidad de este tema, estaban enmarcadas en el reconocimiento que se le atribuía al Derecho Internacional Privado como una rama del Derecho con autonomía científica, por lo que se sumaban voces solicitando la recopilación y sistematización de las normas iusprivatistas internacionalistas, ante la cada vez más voluminosa dispersión de las múltiples regulaciones contenidas en las normas de fuente autónoma y convencional.

Los debates que se suscitaron en el Tercer Congreso, enfrentaron posiciones en cuanto a la metodología a seguir en la tarea de codificación de las normas de Derecho Internacional Privado, es decir de cómo y dónde se incorporarían esas normas sistematizadas y armonizadas. El tema referido al orden y distribución de estas normas, planteado ya en los Congresos anteriores, persiste hasta la actualidad.

Para los miembros preopinantes del Dictamen, originalmente la propuesta estaba materializada en la codificación del Derecho Internacional Privado en una ley especial, y en tal sentido se defendió la viabilidad que la Constitución Nacional en virtud del antiguo 67 inc. 11, permitiera la creación de un Código nacional. Esta posición ya tenía sus antecedentes comparados en diversos Estados europeos. Sus detractores, especialmente los Dres. Díaz de Guijarro y León, consideraban que no debía modificarse la integridad sustancial y metodológica del Código velezano, ya que ello generaría “*un fraccionamiento de lo que debe ser una materia única, coordinada y por lo tanto sistematizada*”. Este último sin embargo proponía que en todo caso, se agruparan las normas de carácter internacional en un “*Título Preliminar*”, posición que fue secundada por el Dr. Llambías al considerar viable la incorporación de todas las normas del derecho argentino vinculadas a la temática, quedando así integrada esa disciplina en el Código Civil, el cual es la categoría más amplia del derecho privado y el tronco común que vertebraba todas las ramas del derecho privado. Como consecuencia de los enriquecedores debates y propuestas, el Tercer Congreso resolvió “Recomendar” la sistematización del Derecho Internacional Privado en el Código Civil, como un título preliminar y que al efecto se consulte a especialistas en la materia. Sin embargo, esta recomendación no fue tomada por los responsables políticos del Estado de esa época.

Esta falta de materialización de la propuesta, no menguó la persistencia del maestro Goldschmidt, quien presentó en 1974 ante el Poder Ejecutivo Nacional, un Anteproyecto de Bases de una Ley Uniforme de Derecho Internacional Privado, la que comprendía tanto una normativa nacional que aglutinaba las normas de fondo del Derecho Internacional Privado argentino, como una norma procesal sobre la materia para el ámbito federal<sup>9</sup>. Por su parte, hacia

1989 se presentó ante la Cámara de Diputado de la Nación, un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial y que fuera elaborado oportunamente por el Dr. Goldschmidt, que llevaba el auspicio del Dr. Horacio Piombo.

Los últimos intentos codificadores sobre el Derecho Internacional Privado argentino hasta la fecha, se plasmaron en la última década del siglo XX.

Atento que hacia 1998 se presentó el “Proyecto de Unificación del Código Civil y del Código de Comercio”, que fuera elevado al Parlamento al año siguiente para su tratamiento legislativo, los miembros redactores del Proyecto de Unificación elevaron un Proyecto de ley que se anexaría al ya presentado y que llevaba el título de “Libro VIII - De Derecho Internacional Privado”<sup>10</sup>. El Proyecto constaba de tres Títulos: Título I “Disposiciones Generales”, Título II “Competencia Internacional” y Título III “*Derecho Aplicable*”. Se siguió así con el método utilizado de agrupar en un libro específico integrado al Código, como lo regulan el Código de Québec (Canadá) o el del Estado de Luisiana (EE.UU.), entre otros. Si embargo, atento a las observaciones hechas por destacados juristas nacionales sobre el método y el contenido de diversas normas del proyecto de Unificación<sup>11</sup> éste no avanzó en su tratamiento legislativo.

Por ello, en procura de continuar en la búsqueda de una necesaria unificación de las normas del Derecho Internacional Privado, el Ministerio de Justicia de la Nación, encomendó en 2002 a una Comisión Especial, el estudio y elaboración de una Ley (Código) de Derecho Internacional Privado. El Proyecto fue llevado a cabo por un grupo de internacional-privatistas argentinos de reconocida trayectoria académica<sup>12</sup>, quienes entregaron la propuesta de ley el 14 de mayo de 2003. Al año siguiente fue elevado al Congreso de la Nación, por el diputado nacional Jorge E. Vanossi, encontrándose en estudio de diversas Comisiones Parlamentarias. Con esta propuesta, los especialistas en la temática procuran sumar a la República Argentina a países como Suiza (1987), Italia (1995), Venezuela (1998) y más recientemente Bélgica (2004) que cuentan con leyes especiales o Códigos de Derecho Internacional Privado.

En consonancia con lo sostenido por el profesor Miguel Angel Ciuro Caldani<sup>13</sup>, consideramos que la *internacionalidad* en la que se relacionan los Estados en la actualidad, cobra especial significación frente a los procesos de integración y globalización, en los que los particulares (y los jueces) se topan con barreras jurídicas al momento de aplicar e interpretar el derecho extranjero. Manifiesta el maestro rosarino que “*La situación actual respecto de nuestro problema significa que quienes desde el extranjero deben aplicar el Derecho Internacional argentino, tienen que hacer todavía un importante esfuerzo para conocer su contenido, sobre todo si ese derecho se halla, como sucede hoy, en estado “no formal”, planteado en múltiples aspectos de la jurisprudencia y la doctrina*”.

De allí la necesidad de contar con una ley que aglutine la normativa internacional privatista de fuente autónoma, adaptada adecuadamente con las disposiciones iusprivatista que surgen de las fuentes convencionales e institucionales suscriptas por la República Argentina en las últimas décadas.

## **I. La determinación del foro como presupuesto de la aplicación de todo sistema de derecho internacional privado**

El Derecho Internacional Privado, es el sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las situaciones privadas internacionales. Su función es la solución de las relaciones jurídicas internacionales entre particulares con arreglo a criterios de justicia, los cuales pueden variar en el tiempo y en el espacio debido a las diferentes concepciones del legislador estatal. Por ello el Derecho Internacional Privado es distinto en cada Estado.

Al igual que las demás ramas del derecho tratan de cumplir sus fines mediante la realización de unas funciones que tienen que realizarse teniendo en cuenta ciertos “valores”, las funciones que realiza el Derecho Internacional Privado no son, o no deben ser, funciones a

ciegas, es decir, concebidas desde un plano puramente técnico, sin consideración alguna a las realidades que laten en su seno<sup>14</sup>.

Las relaciones que regula esta disciplina jurídica, son “las situaciones privadas internacionales”, las cuales presentan ciertos caracteres propios y ciertas dificultades especiales que no concurren en las situaciones de tráfico jurídico interno, por lo que requieren una regulación específica. Estos caracteres y dificultades están determinados por el carácter internacional de las relaciones jurídicas objeto del Derecho Internacional Privado. Muchas circunstancias pueden conducir a la internacionalización de la situación jurídica, como por ejemplo, la diversidad de nacionalidad, domicilio, residencia, lugar de celebración o cumplimiento de un acto, el lugar de situación de los bienes, etc.; o porque un derecho o acto y las condiciones de su otorgamiento de acuerdo a las leyes de un Estado sean invocados en otro.

Desde la óptica del Derecho Internacional Privado la cuestión es que la internacionalidad del supuesto genera la necesidad de determinar la competencia judicial internacional o jurisdicción internacional<sup>15</sup> y la ley aplicable a la situación en sus diversos aspectos, a fin de obtener la eficacia extraterritorial de las decisiones.

Cuando las situaciones privadas internacionales se tornan litigiosas, normalmente presentan conexiones con diferentes jurisdicciones estatales, las cuales, fundándose en tales conexiones se consideran con competencia internacional para entender en la solución de las mismas.

Surge así la cuestión de determinar la competencia judicial internacional o jurisdicción internacional más adecuada, problema que tiene que ser resuelto también en el ámbito del Derecho Internacional Privado, lo cual nos demuestra que la competencia judicial internacional y el derecho aplicable son dos perspectivas fundamentales del Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, debemos destacar el relevante protagonismo del conflicto de jurisdicciones por sobre el conflicto de leyes, debido a que el contexto jurisdiccional es el punto de partida de todo el sistema normativo<sup>16</sup>, y de las soluciones de los casos multinacionales.

La solución del llamado “conflicto de jurisdicciones” constituye un paso previo para abordar el análisis jurídico de cualquier cuestión de tráfico externo, tanto si se trata de un supuesto contencioso, como de un acto de jurisdicción voluntaria o de la mera determinación de los efectos directos de una norma.

Dicho en otros términos, antes de acudir a los preceptos reguladores de un sistema de D.I.Pr., es preciso averiguar su vocación para regular la relación o situación presentada (determinar la competencia judicial internacional o jurisdicción internacional)<sup>17</sup>.

Es debido a ello, que el tráfico jurídico internacional requiere encaminar los esfuerzos en dotar de cierto grado de certeza y seguridad a las relaciones privadas transfronterizas, tratando de proporcionar adecuada respuesta a este primer problema, que es el de la determinación del juez competente para entender en casos jusprivatistas multinacionales.

*“En principio, cada Estado es libre para determinar en el ejercicio de su soberanía cuáles son los litigios o grupos de litigios derivados del tráfico externo cuyo conocimiento se atribuye al conjunto de Juzgados y Tribunales de ese Estado y cuáles quedan excluidos”<sup>18</sup>.*

*“La norma de competencia define el ámbito de aplicación del precepto regulador, circunscribiendo su acción a los supuestos que aquella ha determinado previamente como susceptible de conocimiento por los órganos encargados de la aplicación del sistema”<sup>19</sup>.*

En este sentido y más allá del reparto de las competencias en la esfera internacional a través de convenios internacionales, surge como una necesidad ineludible de cada Estado la elaboración de un sistema unilateral de atribución de competencias o jurisdicciones internacionales, en el cual se delimite el cúmulo de situaciones sometidas a conocimiento y resolución de sus órganos judiciales.

La elección de foros en dicho sistema por parte del legislador nacional estará condicionada por:

1. Los principios de ineludible observancia emanados de las Convenciones y Declaraciones sobre Derechos Humanos de valor universal, que garantizan principalmente la igualdad en el acceso a la justicia, el derecho al juez natural y el debido proceso<sup>20</sup>. En base a ellos, el foro

seleccionado deberá atender a principios procesales como la mayor facilidad de la defensa, las mejores condiciones para aprehender los datos del hecho, la celeridad y la economía procesales y las facilidades para hacer efectiva la solución que se dé al caso.

2. Los valores e intereses concretos de la sociedad en un momento histórico. De tal modo que éstos determinarán si respecto de una relación jurídica privada internacional existe un interés social que justifique la necesidad de que sólo el foro nacional sea competente para entender en dicha cuestión, con exclusión de otro situado en el extranjero, o por el contrario, existe una vinculación suficiente que justifique la intervención de autoridades nacionales pero sin excluir la posibilidad de reconocimiento de un acto jurisdiccional proveniente de un órgano judicial extranjero.

3. Los principios tácitos de limitación de competencia<sup>21</sup>.

4. Una metodología global para definir el sistema y una técnica de regulación.

Como complemento directo de la determinación del régimen de la competencia judicial internacional, aparece una amplia y discutida problemática: la de la eficacia de las sentencias extranjeras, es decir, la necesidad de que las sentencias o decisiones tengan efectividad en el territorio de un Estado distinto de aquél cuyos tribunales los han dictado.

## **II. El sistema de jurisdicción internacional en el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado**

La Comisión Especial, de estudio y elaboración de una ley (Código) de Derecho Internacional Privado, Designada por las Res. M.J y DH 191/02 y Res. M.J.S y D.H. 134/02 -en adelante Comisión Especial-, se planteó la conveniencia de utilizar la expresión “jurisdicción internacional” o emplear, en cambio, la de “competencia internacional”. Se manifiesta, por una parte, que es tradición en nuestro país usar el vocablo “jurisdicción” para delimitar la aptitud de un Estado para resolver casos internacionales, de la de otros Estados. Pero también se pone de realce que en muchos países se utiliza la expresión “competencia” y ésta quizás fuera de más fácil alcance para el lector. Tras un intercambio de opiniones sobre el empleo de la voz “jurisdicción” o “competencia” se llega a un acuerdo para conservar el término *jurisdicción*, dado, entre otros motivos, por la tradición de los países de derecho continental y en particular de nuestro país y que es la expresión que utiliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>22</sup>. Se acordó asimismo, utilizar la palabra tribunales en lugar de jueces y que la expresión abarca órganos judiciales, administrativos y arbitrales. El Proyecto de Código<sup>23</sup>, se enrola en la tendencia moderna que prioriza la necesidad de establecer un sistema de jurisdicción internacional que responda a las necesidades del comercio internacional y de la economía de la sociedad posmoderna

En este sentido, el Proyecto, siguiendo la línea de modernos Convenios Internacionales, sistematiza los foros de jurisdicción internacional en tres diferentes niveles:

1. *Foros de jurisdicción general*, es decir aquellos establecidos “en función de consideraciones basadas en intereses globales de justicia y pertinencia”<sup>24</sup> y con independencia de la institución con la que se vincula la relación jurídica privada internacional.

2. *Foros de jurisdicción especial*, determinados por especial consideración a las conexiones que pueden extraerse de la naturaleza específica de las instituciones que contemplan y guardan una relación de complementariedad con los generales, constituyendo con los mismos, foros alternativos.

3. *Foros de jurisdicción exclusiva*, definidos en base a los principios que informan la organización del Estado y sus instituciones fundamentales en aras a la protección de intereses sociales y del orden público de la Nación.

1. *La jurisdicción general*

En el Capítulo I del Título II, la propuesta establece aquellos foros que revisten el carácter de general dentro del sistema.

Tales foros son:

- la autonomía de la voluntad;
- el foro de necesidad;
- medidas provisionales y cautelares

El proyecto no regula en forma general sobre el foro del domicilio o residencia habitual, sino que esta regulación queda plasmada en los diversos articulados de las regulaciones de las “Jurisdicciones especiales”. En el Proyecto se utilizan los puntos de conexión “*tribunales del domicilio*” o “*la residencia habitual*” estableciendo un foro designado indistintamente bajo estas dos expresiones.

Ahora bien, si ante un planteo de jurisdicción de los tribunales argentinos debemos calificar el domicilio de la persona física, la apreciación de la existencia del mismo se llevará a cabo mediante el recurso a las normas internas del lugar donde se predique la vinculación domiciliar, en este caso derecho interno argentino, por lo que las dos expresiones se concentrarán en una, la del domicilio.

Pero podría darse el caso de que resultare necesario calificar dicho concepto por *lex causae* -tal como lo establecen ambas propuestas- y que ese derecho considerara al domicilio y a la residencia habitual como conceptos autónomos, lo cual traería aparejado que este foro “único” se transformara en concurrente.

#### *1.1. Foro de la autonomía de la voluntad*<sup>25</sup>

Se consagra la autonomía de la voluntad en la determinación del foro (art. 17)<sup>26</sup>, en sus dos vertientes: la *prorrogatio fori*, a través de la cual las partes pueden someter el negocio jurídico internacional a la competencia de los tribunales argentinos, sin que exista norma de competencia especial que así lo disponga; y la *derogatio fori*, en virtud de que las partes pueden, en determinadas condiciones y supuestos, dejar sin efecto las normas del sistema de competencias del Estado argentino. De allí que se recepta:

a) la sumisión expresa a los tribunales nacionales o arbitrales, facultando a la partes a pactarla con anterioridad al litigio.

b) la sumisión tácita al presumir la prórroga ante la no interposición de la “excepción de falta de jurisdicción” por el demandado, al contestar la demanda incoada (art. 18)

Con respecto a la *derogatio fori*, resulta destacable la facultad que la norma otorga a los particulares, de dejar sin efecto las normas de competencias generales y especiales del sistema nacional, atribuyendo el conocimiento del caso a “tribunales o árbitros que actúen en el extranjero”. Contribuye así al desarrollo del comercio internacional, al reconocer al arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, el cual es muy utilizado en la actualidad.

El límite de esta facultad lo constituye la indisponibilidad de las competencias exclusivas.

Cabe hacer nota que con esta postura, se estarían modificando anteriores posiciones del país sobre la materia. Así se legisla una postura que en la doctrina y la jurisprudencia se venía acentuando en sentido de considerar factible el acuerdo por la autonomía de la voluntad ante el silencio de no prohibición en el Código Civil argentino, sobre todo a partir de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Nación a mediados de los '70.

A diferencia de algunos instrumentos convencionales en la materia <sup>27</sup>, el Proyecto no impone como requisito de validez del acuerdo, la forma escrita. Este requisito garantizaría un mínimo de seguridad y certeza sobre la existencia de un pacto en el cual resultaría indiscutible la manifestación de voluntad de las partes. No obstante ello, con la necesidad de que el medio de comunicación permita:

- a) la identidad de las partes, y
- b) la aprobación del contenido de lo acordando (2ª parte del art. 17)



Se está así, adoptando una postura que garantiza, por un lado, la incorporación de las nuevas formas de contratación que se están imponiendo en el comercio internacional<sup>28</sup> y, por el otro, el respeto al valor “seguridad jurídica” que debe sustentar toda relación jurídica. Esta fórmula además, contribuye a armonizar las soluciones adoptadas en el ámbito convencional e institucional con las de fuente interna, ya que responde a los mismos fundamentos antes apuntados.

### *1.2. Foro de necesidad<sup>29</sup>*

La determinación de este foro, en las condiciones establecidas en el art. 19 del Proyecto, tiene su fundamento en evitar la denegación internacional de justicia y garantizar derechos consagrados constitucionalmente y en Convenciones internacionales de la cual la República Argentina es parte. Se recepta así el criterio admitido por la Corte Suprema de Justicia en numerosos fallos<sup>30</sup>.

La norma establece como condiciones para la competencia de los tribunales o autoridades argentinas fundada en el foro de necesidad las siguientes:

- a) Que no exista foro de competencia a favor de tribunales argentinos;
- a) Que sea extremadamente difícil iniciar una acción en el extranjero o no pueda exigirse que sea incoada allí. Este parámetro, debidamente acreditado, orientará al juez a la hora de asumir competencia;
- b) Que la causa presente vínculo suficiente con el país;
- a) Que se garantice el derecho de defensa en juicio del demandado;
- b) Que se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

Estas condiciones evitan que el foro del juez nacional se configure como exorbitante. Debe tenerse presente que todo ser humano tiene el derecho de acceso a la justicia en el contexto internacional y hay que evitar, por lo tanto, la denegación de justicia que se produce, no sólo cuando no hay un tribunal nacional dispuesto a intervenir, sino cuando no hay un tribunal accesible. A su vez, el derecho de acceso a la justicia a nivel internacional, debe ir acompañado de la garantía de igualdad procesal en el procedimiento ante el órgano judicial, elemento esencial de cualquier mecanismo de protección de las personas y de sus derechos. Además se debe remarcar que, a partir de 1994, la Constitución Nacional recepta con jerarquía máxima el respeto de los derechos fundamentales de los seres humanos. Entre ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos que obligan al Estado argentino a garantizar el acceso a la justicia no sólo a sus ciudadanos, sino a toda persona (física o jurídica) que resida en el país.

### *1.3. Medidas provisionales y cautelares<sup>31</sup>*

El Proyecto de Código, legisla lo atinente a la posibilidad de que los jueces nacionales se abroguen jurisdicción para resolver sobre “medidas provisionales y cautelares”, a fin de resguardar los fines del proceso principal, aunque éste no se localice en el país. Este articulado sin duda responde a una necesidad crucial en el respeto y consolidación del Derecho Internacional Privado, como es la Cooperación Judicial Internacional.

La Comisión Especial prefirió utilizar los vocablos “medidas provisionales y cautelares” y no el de “medidas urgentes como decía el Proyecto de Libro VIII. Se dejó expresamente aclarado en las actas respectivas, que ambos preceptos tienen un sustrato común dado que la urgencia en el caso de la no denegación de justicia es en razón del espacio y en el de las medidas provisionales con motivo del tiempo.

## *2. Las jurisdicciones especiales*

En el Capítulo II, sobre “*Jurisdicciones Especiales*”, el Proyecto fija las reglas de jurisdicción internacional que operan en defecto de sumisión expresa por las partes y siempre que no se trate de una de las materias objeto de Jurisdicciones Exclusivas previstas en el art. 45. Las reglas atributivas de jurisdicciones especiales, en atención a la materia de que se trate, utiliza criterios de conexión aceptados y receptados en disposiciones de fuente autónoma, convencional e institucional, brindando a las personas un sistema de foros que asegure el acceso a la justicia y la efectiva protección de los derechos. Por su parte, el art. 6, en consonancia con los modernos Códigos y Tratados de Derecho Internacional Privado, “califica” los diversos supuestos que el Código regula.

Así se establecen los foros de jurisdicción para acciones relativas a:

- B) Acciones personales en general<sup>32</sup>
- C) Tutela y curatela<sup>33</sup>
- D) Validez y nulidad de matrimonio, separación judicial y disolución del vínculo<sup>34</sup>
- E) Efectos del matrimonio, regímenes del matrimonio<sup>35</sup>
- F) Filiación y reconocimiento de hijo<sup>36</sup>
- G) Patria potestad<sup>37</sup>
- H) Otorgamiento, anulación o revocación de la adopción<sup>38</sup>
- I) Desplazamiento o retención ilícita de un incapaz<sup>39</sup>
- J) Prestación de la obligación alimentaria<sup>40</sup>
- K) Sucesiones<sup>41</sup>
- L) Ausencia y presunción de fallecimiento<sup>42</sup>
- M) Cosas muebles<sup>43</sup>
- N) Inmuebles<sup>44</sup>
- O) Contratos<sup>45</sup>
- P) Contratos de trabajo<sup>46</sup>
- Q) Transporte internacional de mercaderías por vía terrestre, transporte de mercaderías por servicios acumulativos<sup>47</sup>
- R) Transporte terrestre de personas<sup>48</sup>
- S) Relaciones de consumo<sup>49</sup>
- T) Sociedades y personas jurídicas<sup>50</sup>
- U) Títulos valores<sup>51</sup>
- V) Insolvencia<sup>52</sup>
- W) Responsabilidad civil<sup>53</sup>

### 3. *La jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos*<sup>54</sup>

La determinación de la jurisdicción exclusiva en un sistema cerrado, de interpretación restrictiva, cumple una doble función:

1. En un sentido positivo, establece los foros que resultan indisponibles por voluntad de las partes.
2. En un sentido negativo, también cumple la misión de evitar el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada por un juez extranjero que se atribuyó competencia en virtud de un foro declarado exclusivo por el sistema argentino.

Este tipo de foros, que reúnen las características de excepcionalidad se configuran en el imperante interés del Estado en determinadas materias y de “proteger” sus afectaciones jurídico-patrimoniales. Pese a los argumentos invocados por los Estados, como sostienen algunos doctrinarios, no es excesivo afirmar que ese interés en reservarse competencias jurisdiccionales

exclusivas, aparece por lo general más avalado por la tradición que por el razonamiento y el tráfico jurídico en nuestros días<sup>55</sup>.

#### 4. *Litispendencia internacional*

*En el Capítulo IV, el Proyecto regula el tema de la Litis Pendencia Internacional, al disponer en el Art. 46: “Litispendencia internacional. Cuando una acción que tenga el mismo objeto y la misma causa estuviera pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los tribunales argentinos deben suspender el juicio si fuera previsible que la decisión extranjera pudiera ser reconocida en el país.*

*El proceso suspendido podrá continuar en la República si el tribunal extranjero declina su propia jurisdicción o si el proceso extranjero se extingue sin que exista resolución sobre el fondo del asunto o en el supuesto de que habiéndose dictado sentencia en el extranjero ésta no fuera susceptible de reconocimiento en nuestro país”.*

### III. Reflexiones finales

La jurisdicción internacional de los tribunales nacionales se plantea sobre la base de la soberanía y con una naturaleza distinta de la jurisdicción interna. La falta de un Sistema Internacional de Jurisdicción de los tribunales internos lleva a la necesidad de que cada Estado regule su propia jurisdicción internacional, por ello las fuentes de regulación son muchas veces autónomas o nacionales, debido a que es imposible delimitar convencionalmente todos los supuestos que puedan plantearse, aunque debemos señalar que hay un sinnúmero de tratados celebrados al respecto.

El estudio del problema de la jurisdicción internacional implica sacar de su contexto natural -Derecho Procesal Internacional- una materia que es propia del mismo. “La razón de esta extrapolación es exclusivamente funcional, en cuanto ante una relación litigiosa el problema del cauce para su solución es previa al de su solución misma”<sup>56</sup>.

En un enfoque realista debe admitirse que cada juez nacional va a aplicar al caso su propio Derecho internacional Privado, de fuente convencional o interna, por lo tanto la determinación del derecho aplicable debe buscarse a partir de la respuesta a la pregunta de ¿cuál es el juez competente?<sup>57</sup> Pero esta afirmación, no significa confundir la naturaleza procesal -y entre nosotros federal- de las normas atributivas de competencia internacional, con la naturaleza sustancial de las normas de derecho aplicable al fondo del conflicto<sup>58</sup>.

Por ello, en la extensión conceptual del Derecho Internacional Privado no cabe excluir el estudio de las normas de jurisdicción internacional que determinan el juez nacional competente para solucionar la situación privada multinacional.

El Derecho Internacional no impone normas precisas de jurisdicción internacional, ni establece límites intrínsecos al ejercicio de esta manifestación de la soberanía del Estado. Sólo contiene principios de orientación, dentro de los cuales, está la exigencia de un “mínimo de contacto razonable” para que la jurisdicción pueda asumirse sin caer en la exorbitancia o abuso jurisdiccional, cuya sanción más importante es el desconocimiento extranjero de la sentencia dictada por un tribunal que se arroga una jurisdicción excesiva.

El principio general de “conexión razonable”, tiene tanto raíz constitucional (art. 28 C.N.), como fundamento en el Derecho Internacional. Así debe haber conexión razonable tanto para asumir la jurisdicción internacional en la solución de un caso multinacional, como para determinar el derecho aplicable al mismo y para reconocer y ejecutar sentencias extranjeras pronunciadas por jueces con contacto suficiente o próximo a la situación.

Sobre este fundamento debe llevarse a cabo toda propuesta de normas de Derecho Internacional Privado, ya se encuentren como Ley Especial de Derecho Internacional Privado o

formando parte de un Libro del Código Unificado y, teniendo en cuenta los principios y reglas establecidos en los tratados y convenios universales, regionales y subregionales de los que la República Argentina es parte.

La situación privada internacional requiere del aparato jurisdiccional una respuesta jurídica e institucional enmarcada en garantías de carácter universal, con la aspiración de lograr la justicia del caso concreto con efectividad en la esfera internacional. Por ello el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, al incorporar normas reguladoras del tráfico jurídico privado, constituye un valioso aporte.

Este Proyecto es perfectible, y por eso es tan enriquecedora la participación y opinión de todos los sectores de la sociedad, siendo fundamental la de los especialistas y académicos, a fin de lograr un Sistema Nacional de Jurisdicción Internacional y de Derecho aplicable que asegure la eficacia extraterritorial de las decisiones y signifique un avance para el derecho internacional privado argentino y la inserción de la República en la Comunidad Internacional. Esta es la responsabilidad de nuestros representantes políticos el retomar el debate sobre el Proyecto que se encuentra en tratamiento en el Congreso Nacional para no seguir dilatando la imperiosa necesidad de armonizar en un solo cuerpo legal toda la normativa iusprivatista internacional.

## NOTAS:

<sup>1</sup> Enrique DE GANDÍA, estudio preliminar sobre *El espíritu del nuevo derecho alemán*, Buenos Aires, Atalaya, 1946. Cita a Federico Carlos von SAVIGNY, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, traducción de Adolfo G. Posada.

<sup>2</sup> Anton F. J. von THIBAUT, *Civilistiche Abhandlungen*, Estudios de Derecho Civil N° XIX, Heidelberg, 1814, en "La Codificación Civil en Alemania", Boletín Mensual N° 97/98, Secc. Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires. 1940.

<sup>3</sup> Para una mayor precisión sobre el proceso codificador ver: Luis MOISSET DE ESPANÉS - María del Pilar HIRUELA, "Derecho Civil y Codificación", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-civil-y-codificacion>.

<sup>4</sup> Actas del 1º Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1927.

<sup>5</sup> Cabe recordar que este Plan de reformas hace referencia al trabajo de la Comisión elegida por el PEN para reformar el Código Civil, y en donde también existía el Anteproyecto del Dr. Bibiloni.

<sup>6</sup> Acta del 2º Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1937.

<sup>7</sup> Particularmente cabe destacar sus notas sobre una ley de Derecho Internacional Privado. Werner GOLDSCHMIDT. "Codificación del Derecho Internacional Privado argentino, Reformas requeridas por la Constitución Nacional y reformas convenientes aconsejadas por la vida y la ciencia", Revista Española de Derecho Internacional, Vol. V, 1952, págs. 499-528.

<sup>8</sup> Esta posición fue observada por la académica cordobesa Dra. Berta Kaller de Orchansky, la que consideraba oportuno que una vez decidido el Anteproyecto, éste sea presentado al Poder Ejecutivo para que sea el órgano nacional quien designe una Comisión encargada de puntualizar el Proyecto. Esta posición fue aceptada por la Comisión.

<sup>9</sup> Para un conocimiento más amplio sobre el aporte del jurista alemán ver: Alejandro A. MENICOCCHI. "Werner Goldschmidt y la Codificación del Derecho Internacional Privado. En Jornadas "Werner Goldschmidt y el Derecho Internacional Privado". Rosario 9 de febrero de 1990. Disponible en: [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/630/505](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/view/630/505)

<sup>10</sup> El Proyecto Libro VIII fue elaborado por las Dras. Berta Kaller de Orchansky, Beatriz Pallarés y Amalia Uriondo de Martinolli. El Proyecto fue revisado por los Dres. Miguel Angel Ciuro Caldani, Inés M. Weinberg de Roca y Gualberto Lucas Sosa, y discutido en las distintas Jornadas Nacionales sobre Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial convocadas por las Comisiones de Legislación General de las HH. Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación y llevadas a cabo en las ciudades de Mendoza, Comodoro Rivadavia, La Plata, Rosario, Córdoba, Buenos Aires y La Rioja.

Las Jornadas Nacionales sobre la Unificación y Reforma del Código Civil tuvieron por objeto difundir los lineamientos generales del Proyecto de Código Civil a fin de recabar de los interesados la presentación de observaciones al Proyecto redactadas en forma de propuestas normativas que luego serán analizadas por las Comisiones Redactoras de las HH. Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación. El Reglamento respectivo estableció en el Capítulo II "Difusión y Análisis Público", Art. 8º: "JORNADAS JURÍDICAS: La Comisión realizará diversas Jornadas de análisis público del Proyecto atendiendo a la realidad geográfica y cultural de nuestro país, en las cuales podrán participar las instituciones, colegiadas o no, a través de sus representantes así como individualmente quienes tengan interés en aquellas materias por las cuales se convoquen".

<sup>11</sup> Ver entre otros: Roberto H. BREBBIA (director), *Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Buenos Aires, Zavallia, 2001.

<sup>12</sup> Designada por las Res. M.J y DH 191/02 y Res. M.J.S y D.H. 134/02, e integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manóvil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia María Perugini Zanetti, Horacio Daniel Biombo, Julio Cesar Rivera, Amalia Uriondo de Martinolli e Inés M. Weinberg de Roca. *La Comisión, a los fines de realizar la tarea encomendada, recibió del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el material consistente en copia de la Resolución Ministerial de creación de dicha Comisión, el Directorio con los datos de los integrantes, y el proyecto de Libro VIII del Código Civil unificado con el comercial así como también diversos proyectos de ley o Códigos de Derecho Internacional privado, según el detalle siguiente: consistente en el proyecto de Libro VIII del Código Civil unificado con el comercial así como también diversos proyectos de ley o Códigos de Derecho Internacional privado, según el detalle siguiente: a) Resolución N°191/02 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; b) Directorio de la Comisión Res. N°191/02 MJDH; c) Proyecto de Libro VIII del Derecho Internacional Privado del Código Civil elevado por la Comisión de Reforma del Código Civil (Decreto 685/95) al P.E.N.; d) Proyecto de Libro VIII del Derecho Internacional Privado del Código Civil elevado por las Dras. Berta Kaller de Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés al Sr. ministro de Justicia de la Nación; e) Jornada sobre el Libro VIII del proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio realizada en la Universidad de Buenos Aires el 14 de agosto de 2000; f) Informe acerca de la Jornada sobre la Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial (convocada por las Comisiones de Legislación General de las HH. Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación)- Rosario, 4 de agosto de 2000; g) Jornadas Libro VIII Córdoba; h) Anteproyecto actualizado del Código de Derecho Internacional Privado y de la Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial para la República Argentina de Werner Goldschmidt (José Carlos Arcagni, Antonio Boggiano, Alicia Perugini, Horacio Piombo); i) Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (Werner Goldschmidt); j) Anteproyecto de Ley Nacional de Derecho Internacional Privado (Juan Carlos Smith, y un Dictamen de la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, emitido a fines de 2001, que contiene algunas reformas al proyecto original.*

<sup>13</sup> Miguel A. CIURO CALDANI, “La codificación civil y la internacionalidad (significados internacionales del proyecto de Código Civil)”. Disponible en: [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/573/467](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/view/573/467)

<sup>14</sup> Luis Cruz PEREYRA, Eloísa del V. SACCO, “Adopción Internacional. Estudio, reflexión y crítica de legislación”, Revista Notarial N° 73, vol. 1, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 1997, pág. 95.

<sup>15</sup> Existe un tradicional debate entre los juristas de formación procesal y los de cuño internacional privatista, al referirse al proceso de delimitación del volumen de supuestos que pueden llegar al conocimiento de los tribunales de un determinado sistema jurídico. Mientras los primeros hablan de *jurisdicción*, los segundos, utilizan el *de “competencia judicial internacional”*, y si bien es cierto que en la actualidad parece abrirse una cierta línea de consenso a favor de la segunda de las nociones indicadas, no debe perderse de vista que detrás de lo que puede parecer una irrelevante polémica terminológica, subyace una importante discrepancia de fondo. En efecto, al hablar de competencia o de jurisdicción carecería de relevancia si no fuese porque, tras definiciones en apariencia similares, se esconden dos concepciones radicalmente distintas.

<sup>16</sup> Incluso puede llegar a ser determinante de la internacionalidad misma del supuesto, ya que el caso puede ser considerado o no internacional según sea presentado ante el juez de un Estado u otro.

<sup>17</sup> El proceso que permite discernir esa idoneidad se realiza a través de las reglas que delimitan el volumen de cuestiones cuyo conocimiento o control se asigna a la autoridades y tribunales de cada sistema jurídico-autónomo. Así, por ejemplo, cuando el art. 164 del Código Civil argentino dispone que el divorcio se rige por la ley del domicilio de los cónyuges, no pretende decir que, en cualquier ordenamiento del mundo, que la disolución del vínculo se rige por lo preceptuado en la ley del domicilio conyugal, tampoco pretende decir que nunca reconocerá una decisión extranjera de divorcio que haya sido dictada al amparo de una legislación distinta. Lo que quiere decir es que cuando un matrimonio solicita su divorcio ante un juez en Argentina, el juez argentino aplicará el Derecho del país del último domicilio conyugal para resolver el pleito, siempre que sea competente para hacerlo y será competente si en la Argentina está el último domicilio conyugal efectivo o el domicilio del cónyuge demandado (art. 227 C.C.). Por consiguiente el artículo de nuestro ejemplo, sólo resulta operativo cuando en virtud del sistema argentino de jurisdicción, nuestros jueces tengan potestad para el conocimiento del asunto, lo que a tenor del art. 227 del C.C. sólo ocurrirá cuando en la R. Argentina se encuentre “el último domicilio conyugal” o “el domicilio del cónyuge demandado”. Así entonces, la norma de nuestro sistema, una vez integrada lo que dispone es lo siguiente: “cuando un matrimonio esté domiciliado en la República o el cónyuge demandado tenga en nuestro país su domicilio, podrá sustanciarse su divorcio ante los tribunales argentinos y éstos fallarán en base a la ley del último domicilio conyugal.

Como puede comprobarse, la norma de competencia define el ámbito de aplicación del precepto regulador, circunscribiendo su acción a los supuestos que aquella ha determinado previamente como susceptibles de conocimiento por los órganos encargados de la aplicación del sistema, La norma reguladora sólo opera en relación con los hechos, acaeceres, relaciones o situaciones que puedan ser oídos y substanciados por tales órganos.

<sup>18</sup> Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Competencia judicial internacional de los tribunales españoles”, en Elisa PÉREZ VERA y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 4ª ed., 1992.

<sup>19</sup> José M. ESPINAR VICENTE, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1993.

<sup>20</sup> En la esfera internacional la garantía brindada por los Convenios Internacionales es cuantitativamente parcial, ya que no ampara a todos los negocios jurídicos internacionales y cualitativamente absolutos, porque las

personas amparadas disfrutan de la tutela en las mismas condiciones que los nacionales. Conf. José M. ESPINAR VICENTE, ob. cit., pág. 130.

<sup>21</sup> Son principios del orden internacional, limitativos de las normativas estatales el de aceptabilidad, el de efectividad, el de exclusividad y el de unilateralidad. Ver José Luís FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Libro segundo, Madrid, 1996, pág. 184 y ss..

<sup>22</sup> En efecto, al hablar de competencia o de jurisdicción carecería de relevancia sino fuese porque, tras definiciones en apariencia similares, se esconden dos concepciones radicalmente distintas.

Así para la tesis que podríamos llamar “jurisdiccionales” la competencia jurisdiccional internacional se predica de frente a los órganos extranjeros. Esta posición, se fundamenta claramente en criterios de delimitación de poderes soberanos. El planteamiento de partida es el siguiente: “La función estatal de satisfacer las pretensiones de las partes en el proceso, es una manifestación de la soberanía del Estado. Este tipo de manifestaciones de soberanía que provienen de diversos Estados, confluyen simultáneamente en un espacio ideal donde se yuxtaponen, haciendo preciso el establecimiento de unos límites recíprocos”.

Para los defensores de esta tesis, cuando el legislador argentino positiva en la legislación nacional normas relativas a la “extensión y límites de la jurisdicción” está actuando como un legislador internacional encargado de trazar la línea de frontera mas allá de la cual los jueces y tribunales argentinos carecen de todo poder para ejercitar la función de juzgar y más acá de la cual ningún juez extranjero podría penetrar.

Para las tesis “competencialistas” el problema se suscita de otro modo. Obviamente se acepta que la función de juzgar es una manifestación de la soberanía, pero al recurrir a las normas de Derecho Internacional Público destinadas a establecer las pautas de deslindamiento entre poderes soberanos, se comprueba que, en este ámbito, el Derecho de Gentes actual, no impone más limitaciones a esta potestad que las que puedan derivarse de los Tratados libremente concluidos por cada Estado.

Por consiguiente, desde la perspectiva del conflicto de soberanías, la *jurisdicción es ilimitada* y su único coto estriba en el derecho que tienen los demás órdenes jurisdiccionales a negarse a aceptar, *in casu*, las sentencias dictadas por jueces que conocieren con base en criterios que fuesen considerados por tales órdenes o bien como de su competencia exclusiva, o bien como exorbitantes, por ausencia de una vinculación real entre el juzgador y el supuesto juzgado.

Otra cosa bien distinta es que cada Estado pueda o no poner límites al ejercicio de esa manifestación de su soberanía, pero el que se autolimita voluntariamente, dotándose de un marco funcional *ad intra* no quiere decir que renuncie a su plenitud funcional “ad extra”, ni que considere que al limitar su soberanía está limitando indirectamente a todos los demás.

En conclusión, cuando nos referimos a la competencia judicial internacional, estamos atendiendo al volumen de negocios cuyo conocimiento se atribuye cada orden jurisdiccional, en uso de su soberanía y a partir de sus particulares concepciones, en cada momento histórico concreto.

En este sentido es de destacar que, como en cualquier otro sector del contenido del D.I.Pr., cada Estado es libre de fijar los límites de su competencia, ya sea directamente, a través de sus órganos legislativos (derecho de fuente autónoma) o mediante el establecimiento de Tratados internacionales de carácter bilateral, multilateral, universal (derecho de fuente convencional).

Cuando el Estado procede a esta delimitación, lo hace siempre de forma unilateral, puesto que con base en las premisas que configuren la naturaleza jurídica de esta facultad, un Estado no podría legislar sobre materias que emanen directamente de la soberanía de otro. Sin embargo lo que si puede hacer el sistema jurídico es fijar las condiciones en las que reconoce en su ámbito de poder las consecuencias del ejercicio de esa misma función por parte de los demás. Un sistema de competencia judicial internacional no puede evitar que determinadas cuestiones de las que desea entender se incluyan también en la delimitación efectuada por otro sistema distinto, pero si puede establecer unas condiciones que eviten que el derecho declarado o constituido por el Tribunal extranjero pueda surtir todos o partes de sus efectos en el foro. Confr. José M. ESPINAR VICENTE, ob. cit., pág. 131.

<sup>23</sup> La Comisión acordó trabajar sobre la base del proyecto de Libro VIII del Código Civil unificado, elaborado por las Dras. Berta Kaller de Orchansky, Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés, que ha recibido diversas modificaciones recogidas finalmente en el Dictamen de la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, al que ya se hiciera referencia. Se planteó todas las posibilidades acerca de las diferencias entre redactar una ley de derecho Internacional privado, por un lado, o el libro VIII de la materia en el Código Civil, por el otro. Se intercambiaron ideas y se llegó a consensuar que se proyectaría la elaboración de una ley o código de derecho Internacional privado, tomando como base el proyecto de Libro VIII aprobado por Dictamen de la Comisión de Legislación general de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación *ut supra* mencionado.

La Comisión entendió que sobre la base de los textos referidos, había que incorporar normas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias, así como también de concursos y quiebras, salvado el problema de la modificación de la ley respectiva que se trata actualmente en el Congreso de la Nación. Con relación a esto último, se hizo constar que la Comisión de tratamiento de la Ley de Concursos y Quiebras decidió incorporar la Ley Modelo UNCITRAL de insolvencia transfronteriza, que cuenta con el aval del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Se sugirió que, oportunamente, la Comisión de Concursos y Quiebras consulte a esta Comisión acerca del tema.

Se estimó conveniente la posibilidad de consultar a las autoridades políticas, académicas y a las áreas involucradas en temas específicos, a fin de recabar opiniones, con el objetivo de que el proyecto reflejara la realidad para que sea exitoso. También se sugirió dar difusión a la labor de la Comisión, teniendo en cuenta como antecedente el exitoso caso de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado, que fue ampliamente circulada antes de su

tratamiento. No obstante, la Comisión estimó que quizás había que emprender la tarea de elaboración y luego presentar el proyecto a las diferentes áreas.

<sup>24</sup> J.M. ESPINAR VICENTE ob. cit. pág. 133.

<sup>25</sup> Esta institución se basa en el carácter normalmente disponible de las reglas de atribución de la jurisdicción internacional en el sistema actual; dicha disponibilidad permite afirmar la prevalencia de los intereses de las partes frente al interés estatal en el sistema vigente de jurisdicción.

<sup>26</sup> **Art. 17. Acuerdo de elección de foro.** En materia patrimonial tienen jurisdicción los tribunales elegidos por las partes, salvo la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República.

<sup>27</sup> Por ejemplo el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en materia contractual de 1994 en su artículo 4. También cabe recordar que la Argentina realizó una reserva a la Convención de Viena sobre Compra Venta Internacional de Mercaderías en la cual exigiría la forma escrita como prueba del consentimiento.

<sup>28</sup> Como los contratos electrónicos, entre otros.

<sup>29</sup> **Art. 19.- Foro de necesidad.** Aunque las reglas del presente código no atribuyan jurisdicción internacional a los tribunales argentinos, éstos pueden intervenir con la finalidad de evitar la denegación de justicia, cuando no sea posible iniciar la demanda en el extranjero siempre que la causa presente vínculo suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

<sup>30</sup> Siguiendo el precedente sentado en el caso "*Vlasov, Emilia Cavura c/ Alejandro Vlasov*," el cual conjuga el principio del Derecho Internacional Público que prohíbe la denegación internacional de justicia con el principio constitucional argentino de la defensa en juicio. Es ante conflictos negativos de competencia internacional que se agudiza el peligro para la defensa en juicio. En este marco se torna imprescindible la existencia de un foro de necesidad.

<sup>31</sup> **Art. 20. Medidas provisionales y cautelares.** Los tribunales argentinos tienen jurisdicción para decretar medidas provisionales y cautelares cuando:

- a) entiendan en el proceso principal aunque los bienes o las personas no se encuentren en la República;
- b) los bienes o las personas se encuentren o vayan a encontrarse en el país aunque carezcan de jurisdicción internacional para entender en el proceso principal;
- c) la sentencia dictada por un tribunal extranjero haya de ser reconocida o ejecutada en la República.

<sup>32</sup> A diferencia del Proyecto de Libro VIII, este Código no regula lo referente a las jurisdicciones sobre acciones relativas a la existencia, estado y capacidad de las personas físicas, y sobre la protección y cambio de nombre, los que se encuentran calificadas en el Título III "sobre derecho aplicable".

**Art. 21.- Acciones personales.** A falta de disposición especial, las acciones personales deben interponerse ante los tribunales del domicilio del demandado.

<sup>33</sup> **Art. 40. Tutela y Curatela.** Para el discernimiento de la tutela y de la curatela tienen jurisdicción los tribunales del domicilio de la persona de cuya protección se trate. Si se trata de persona en estado de abandono tienen jurisdicción los tribunales de su residencia habitual y si ésta no se conociere, los del lugar donde se encuentra.

<sup>34</sup> **Art. 35. Validez y nulidad de matrimonio. Separación y disolución del vínculo.** Las acciones de validez, nulidad, separación y disolución del matrimonio, así como las conexas con ellas, deben interponerse ante los tribunales del último domicilio conyugal efectivo o ante los del domicilio o de la residencia habitual del demandado. Si la disolución del régimen matrimonial fuere consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges tienen jurisdicción los tribunales de la sucesión.

<sup>35</sup> **Art. 36. Efectos del matrimonio.** Las acciones que versan sobre los efectos del matrimonio deben interponerse ante los tribunales del domicilio conyugal efectivo, o ante los del domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado.

<sup>36</sup> **Art. 37. Filiación y reconocimiento.** Las acciones relativas a la determinación o a la impugnación de la filiación, deben interponerse, a elección del actor, ante los tribunales del domicilio del hijo o los del padre demandado. En caso de reconocimiento tienen también jurisdicción los tribunales del lugar de nacimiento del hijo.

<sup>37</sup> **Art. 39. Patria potestad.** Las acciones relativas al ejercicio de la patria potestad deben interponerse ante los tribunales del domicilio de quien la ejerce. Cuando las acciones sean ejercidas por los padres o por el hijo también pueden interponerse ante los tribunales de la residencia habitual del hijo.

<sup>38</sup> **Art. 38.- Adopción.** Para el otorgamiento de la adopción tienen jurisdicción los tribunales del domicilio de la persona de cuya adopción se trate y subsidiariamente los de su residencia habitual o los del lugar donde se otorgó la guarda. Para la anulación o revocación de la adopción tienen jurisdicción los tribunales que la hubieran otorgado.

<sup>39</sup> **Art. 41.- Desplazamiento o retención ilegales de un incapaz.** El desplazamiento o la retención ilegales de un incapaz no altera la jurisdicción.

<sup>40</sup> **Art. 31.- Alimentos.** Las acciones que versen sobre la prestación de la obligación alimentaria deben interponerse, a elección de quien requiera la prestación, ante los tribunales de su domicilio o residencia habitual o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. Además, si fuera razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los tribunales del lugar donde el demandado tuviera bienes. Las acciones de alimentos entre cónyuges o ex cónyuges deben deducirse ante los tribunales del domicilio del demandado.

<sup>41</sup> **Art. 42.- Sucesiones.** Tienen jurisdicción para entender en la sucesión por causa de muerte los tribunales del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes hereditarios respecto de éstos.

<sup>42</sup> **Art. 43. Ausencia y presunción de fallecimiento.** Tienen jurisdicción para entender en los procedimientos de declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento los tribunales del domicilio o de la residencia de la persona de quien se trate.

Si el domicilio o la residencia no fueran conocidos también tienen jurisdicción para declarar la ausencia y tomar las medidas de protección y administración de los bienes, los tribunales del lugar de situación de los mismos, en relación con éstos.

<sup>43</sup> **Art. 34. Acciones reales sobre cosas muebles.** En las acciones reales sobre cosas muebles tienen jurisdicción los tribunales del domicilio del demandado o los del lugar de situación de los bienes.

Si se trata de bienes muebles registrables en registros públicos tienen jurisdicción los tribunales del lugar donde están registrados.

En caso de que existan varias registraciones que se consideren vigentes tienen jurisdicción los tribunales del lugar de la inscripción más antigua.

*Además de la regulación clásica del domicilio del demandado, la incorporación del segundo punto de conexión de este foro, (que establece la competencia de los tribunales en razón del lugar en que se encuentran situados las cosas o bienes objeto del litigio), resulta de gran utilidad, ya que contribuye a la realización de la justicia del caso, en virtud del principio tácito de efectividad. Este foro también tiene, como presupuesto que los bienes determinantes de jurisdicción sean objeto del litigio (registrables), este fundamento torna razonable la intervención de los jueces argentinos en el pleito. Entendemos que esta normativa se enmarca en el camino de que la presentación de las acciones en el foro del lugar de los bienes, se esta garantizando o al menos favoreciendo la posibilidad de lograr una efectiva ejecución de la sentencia.*

<sup>44</sup> **Art. 33.- Acciones reales sobre inmuebles.** En las acciones reales sobre inmuebles tienen jurisdicción los tribunales del lugar de su situación. *Es llamativo que esta cuestión esté regulada, por una parte, como de jurisdicción especial pero también como jurisdicción exclusiva, tal como sucede en el actual sistema jurídico.*

<sup>45</sup> **Art. 24. Contratos.** No existiendo acuerdo de elección de foro, a opción del actor, tienen jurisdicción para conocer de las acciones derivadas de un contrato:

- a) los tribunales del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existieran varios demandados, los tribunales del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos;
- b) los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada;
- c) los tribunales del lugar en que el demandado tenga sucursal o establecimiento respecto a las acciones relativas.

*Al haberse regulado diversos contratos en particular, de gran incidencia en el Derecho Internacional Privado, observamos que sin embargo no se contempla la totalidad de ellos, como por ejemplo el contrato de seguro, de asidua utilización y en donde participan más de dos sujetos contractuales.*

<sup>46</sup> Este punto es una novedad no incluida en anteriores Proyecto de Ley, en donde se perfila la unificación de normas no solo civiles y comerciales, sino también laborales.

**Art. 28. Contratos de trabajo.** En los contratos de trabajo no se admite el acuerdo de elección de foro. Cuando el actor es el trabajador tienen jurisdicción los tribunales indicados en el Art. 24. Cuando el actor es el empleador tienen jurisdicción los tribunales donde se realiza el trabajo si el contrato estuviera en ejecución; de lo contrario tienen jurisdicción los tribunales del domicilio del trabajador.

<sup>47</sup> **Art. 25. Transporte terrestre de mercaderías.** Las acciones basadas en el transporte internacional de mercaderías por vía terrestre pueden ser iniciadas a elección del actor ante los tribunales del Estado:

- a) donde el demandado tenga su domicilio o residencia habitual, su establecimiento principal o la sucursal, agencia o filial por cuyo intermedio se emitió la carta de porte;
- b) del lugar de expedición de las mercaderías;
- c) del lugar designado para la entrega de las mercaderías;
- d) del lugar de tránsito en donde exista una representación permanente del transportista, si éste es el demandado.

En los casos de transporte de mercaderías por servicios acumulativos tienen jurisdicción cualesquiera de los foros anteriormente indicados, a elección del actor.

Cuando las acciones sean iniciadas por el consignatario o el cargador pueden ser intentadas, conjunta o separadamente contra el transportista inicial, el transportista final o el transportista que haya efectuado el tramo de transporte durante el cual se produjo el incumplimiento.

En materia de transporte terrestre no se admiten los pactos de elección de foro, ni los acuerdos arbitrales, concertados antes de que ocurra el hecho litigioso.

<sup>48</sup> **Art. 26.- Transporte terrestre de personas.** Tienen jurisdicción para entender de las acciones basadas en el transporte terrestre de personas, a elección del actor, los tribunales del lugar de celebración del contrato, los del lugar de destino del pasajero o los del domicilio del demandado.

<sup>49</sup> **Art. 27.- Protección del consumidor.** Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de las mercaderías, o del cumplimiento de la obligación de garantía o del domicilio del demandado.

Se considera lugar de entrega de las mercaderías, salvo estipulación diferente, el lugar determinado por la cláusula FOB, definida por los INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional.



También tienen jurisdicción los tribunales del Estado donde el demandado tuviere filial, sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hubieran intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las hubiere mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro.

<sup>50</sup> **Art. 23.- Sociedades y personas jurídicas.** Las acciones de nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, las relativas a la validez de sus cláusulas contractuales o estatutarias, las acciones de impugnación de las decisiones de sus órganos, las acciones de responsabilidad contra sus integrantes y las que se funden en la condición de socio o de miembro de la sociedad o persona jurídica, deben ser entabladas ante los tribunales del lugar de su constitución.

<sup>51</sup> **Art. 29.- Títulos valores.** Para conocer de las acciones basadas en títulos valores tienen jurisdicción los tribunales del lugar de pago o los del domicilio del demandado.

**Art. 30.- Oferta pública de títulos.** Para entender en las acciones de los tenedores de títulos admitidos a la oferta pública y adquiridos en mercados del país, tienen jurisdicción los tribunales de la República.

<sup>52</sup> El proyecto de Código incorpora un tema tampoco abordado por anteriores proyectos, en particular el Libro VIII.

**Art. 44. Insolvencia.** Tienen jurisdicción internacional para entender en la insolvencia los tribunales del domicilio del deudor. Se entiende por domicilio del deudor el centro principal de sus intereses. Cuando el deudor tenga su domicilio en el extranjero, tienen también jurisdicción los tribunales argentinos cuando existan bienes del deudor en el país o una sucursal en la República. Los tribunales argentinos del lugar de situación de los bienes o de la sucursal del deudor con domicilio en el extranjero Tienen jurisdicción para declarar la extensión de la quiebra y las responsabilidades concursales en los términos del derecho de la República.

La calificación de domicilio del deudor como “centro principal de sus intereses”, que contiene el artículo 44 del Proyecto, en reemplazo del punto de conexión ya existente “domicilio de deudor” fue incorporado debido a las objeciones realizadas por la Comisión de estudio (Ver Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (Segunda parte), por S. L. FELDMAN DE CÁRDENAS, M. S. RODRÍGUEZ Y L. B. SCOTTI, en El Dial 23/11/07, Suplemento de Derecho Internacional Privado).

<sup>53</sup> **Art. 32.- Responsabilidad extracontractual.** Tienen jurisdicción para conocer de las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil, a opción del demandante:

- a) los tribunales del domicilio del demandado;
- b) los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, o donde éste produce sus efectos directos y relevantes;
- c) si se trata de una obligación generada en la explotación de una sucursal o establecimiento, también tienen jurisdicción los tribunales del lugar donde éstos estén situados.

<sup>54</sup> **Art. 45.- Jurisdicción exclusiva.** Los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva para conocer de:

- a) las acciones reales sobre inmuebles situados en la República;
- b) las acciones que tengan por objeto rectificar las inscripciones practicadas en un registro público argentino;
- c) las acciones referidas a patentes, marcas, diseños, dibujos, modelos y demás derechos de propiedad industrial, cuando se hubiera solicitado, o efectuado el registro o depósito en la República.

<sup>55</sup> Conf. José M. ESPINAR VICENTE, *Derecho Internacional Privado Español. Derecho Procesal Civil Internacional*, España, Universidad Alcalá de Henares, 1993; Alfonso Luis CLAVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Granada, España, Comares, 1999, vol. I; Inés M. WEINBERG DE ROCA, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2004; Diego FERNÁNDEZ ARROYO (coordinador), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 2003.

<sup>56</sup> Luis CRUZ PEREYRA, ob. cit., pág. 97.

<sup>57</sup> Luis CRUZ PEREYRA, ob. cit., pág. 97.

<sup>58</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, t. I, págs. 233, 234.

# LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

por RICARDO R. BALESTRA

**SUMARIO:** I. El enfoque del tema. 1. El caso de la sociedad extranjera con sede o principal comercio en el país. II. Antecedentes: el Código de Comercio y sus fuentes. 1. La ley belga. Las fuentes del art. 286. 2. El Código de Italia. 3. El Código de Portugal. 4. La opinión de Zeballos. 5. La ley 3528. III. La Ley de Sociedades. IV. Las consecuencias prácticas del apartamiento de las fuentes. Fallos diversos de la Cámara Nacional Comercial y de nuestra Corte Suprema. 1. “Great Bands”. 2. El más reciente caso de la Compañía General de Negocios. V. La insolvencia en el derecho comparado. A. Nuestro proyecto en la materia. B. El criterio recogido en la materia de las personas jurídicas por el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Recomendación N° 4. Tema VI. C. La necesidad, pues, de reformar el art. 124 L.S.

## I. El enfoque del tema

En distintas obras de nuestra autoría<sup>1</sup> nos hemos referido a este tema antes de ahora y bajo diversos ángulos: el de las Personas Jurídicas, las Sociedades, las Empresas Transnacionales, la Integración Económica y la Responsabilidad Internacional del Estado.

Una visión, que hoy entiendo interesante exponer, parte de la presente crisis financiera internacional, surgida en el mercado hipotecario estadounidense en 2008 y extendida a Europa y otras regiones del mundo.

Ocurre que, en veces como ésta, el fenómeno económico financiero produce repercusiones en el orden jurídico que, por deficiencias o carencias del mismo, no encuentra respuestas prontas y adecuadas.

### *1. El caso de la sociedad extranjera con sede o principal comercio en el país*

Un ejemplo de ello es el referido a la actuación de las sociedades y bancos extranjeros en el país cuando los mismos tienen su sede o su principal comercio en el país.

## II. Antecedentes: el Código de Comercio y sus fuentes

Disponía al respecto el art. 286 de nuestro Código de Comercio: “*Las sociedades que se constituyan en país extranjero para ejercer su principal comercio en la República serán consideradas para todos sus efectos como sociedades nacionales, sujetas a las disposiciones de este Código*”.

El artículo contempla la eventualidad de sociedades constituidas en el extranjero, al amparo de una legislación más favorable, no obstante su posterior desvinculación total con el Estado de su constitución.

Así por ejemplo, la inexistencia en el país de constitución, de determinados requisitos fiscales, la no obligatoriedad de ciertos requisitos de publicidad o inscripción o el posterior ejercicio de una actividad ilícita contribuyen a la constitución de sociedades consideradas por un sector de la doctrina *in fraudem legis*, para eludir las exigencias de la legislación donde tendrán su sede efectiva.

Evidentemente, el lugar de constitución presenta un carácter contingente y accesorio. Tal carácter de contingencia hace que el lugar de la constitución de la sociedad no reúna la entidad suficiente para regular el funcionamiento social que puede desenvolverse en un medio ajeno al de aquella constitución.

De ahí que el favor de la buena doctrina se haya inclinado en este caso por el sistema de la sede social. Como decíamos al tratar la teoría de la autorización<sup>2</sup>, según la estricta aplicación de ella, en los casos de sociedades supuestamente constituidas en fraude a la ley del lugar de su actuación, la “ley personal de la corporación” (según la terminología anglosajona) no es la ley de la sede real, sino la ley del Estado de su incorporación. Por tal razón es que, aun en los países que siguen el sistema de la incorporación, se ha querido evitar el fraude a la ley, exigiendo a las sociedades que soliciten personería que cumplan con el requisito del establecimiento de su centro real de administración en el territorio del Estado donde pretenden funcionar<sup>3</sup>.

### *1. La ley belga. Las fuentes del art. 286*

Las fuentes de nuestro artículo han sido, también en este caso, la ley belga de 1873 y el Código de Comercio de Portugal, a más del Código de Comercio italiano.

Decía el art. 129 de la ley belga: *“Las sociedades cuyo principal establecimiento se encuentra en Bélgica caerán bajo la ley belga aun en el caso de que las escrituras de constitución hayan sido redactadas en país extranjero”*.

La redacción belga seguida por el art. 286 de nuestro Código presenta inconvenientes al tener que deslindar el alcance de los términos “principal establecimiento”. ¿Aluden al lugar de dirección o al centro de su explotación? Vico<sup>4</sup>, pone el ejemplo de una empresa ferroviaria, cuyas líneas están todas situadas en el territorio argentino, pero que puede tener su dirección y su administración principal en Londres. Y agrega que si se toma entonces, según quiere Weiss, como principal establecimiento el de la explotación, será ella una sociedad argentina y si se toma como principal la dirección o administración, deberá considerársela como sociedad extranjera. Este argumento, que también es válido para otro tipo de empresas (petroleras, de instalación de cables submarinos, fábricas de automotores) muestra la estrechez del criterio del centro de explotación como regulador del funcionamiento de las sociedades extranjeras.

### *2. El Código de Italia*

A su vez, el Código de Comercio italiano precisaba más claramente en su art. 240: *“Las sociedades constituidas en país extranjero, que tengan en el Reino su domicilio y el principal objeto de su empresa, serán consideradas como sociedades nacionales y estarán sujetas a todas las disposiciones de este Código en cuanto a formas y validez de las escrituras de constitución, aun cuando ellas sean estipuladas en país extranjero”*.

Con cierto mejor criterio que en la ley belga, se establecen conjuntamente los presupuestos de domicilio y principal objeto de la empresa, para asimilar estas sociedades a las nacionales.

### *3. El Código de Portugal*

En sentido parecido, disponía el art. 110 del Código portugués: *“Las sociedades que traten de constituirse en país extranjero, pero que deban tener su asiento y ejercer sus principales operaciones en el Reino, serán consideradas para todos sus efectos como sociedades nacionales, quedando sujetas a todas las disposiciones de este Código”*.

Esta conjunción de los lugares del domicilio o asiento y del principal objeto o lugar donde las sociedades ejercen sus principales operaciones constituye sin duda la buena doctrina.

Exigir que una sociedad extranjera deba constituirse nuevamente según las reglas legales del país donde actúa cuando en él tiene un “comercio principal” y no su domicilio importa, por cierto, una pretensión desmedida y desalentadora para la actuación internacional de las

sociedades. Ello reviste tanta mayor importancia cuando se trata de sociedades inversoras de capital que actúan en países como el nuestro, receptores necesarios de aportes extranjeros en el proceso de su desarrollo.

El art. 286 de nuestro Código de Comercio que sigue las fuentes citadas fue proyectado, en su redacción originaria, por la Comisión Legislativa de la Cámara de Diputados de la Nación. Tal Comisión estaba integrada por los doctores Zeballos, Basualdo, Colombres y Escalante.

La asimilación hecha entre sociedades constituidas en el extranjero para ejercer su principal comercio en la República y sociedades nacionales, para todos sus efectos, originó numerosas dificultades en la aplicación jurisprudencial del artículo.

En efecto, nuestros tribunales y el gobierno no discriminaron, como debían hacerlo, entre sociedades tan sólo vinculadas al extranjero por su constitución y con asiento o sede social en la República, por una parte, y sociedades constituidas en el extranjero, en forma seria, real y no ficticia, con sede social en el extranjero y una actividad comercial paralela en la República, por la otra.

Para ambos casos, las decisiones fueron en varias oportunidades unitarias: se les exigía someterse a todas las exigencias establecidas para las sociedades nacionales. Esto importaba que debían llenar todos los requisitos locales de constitución de forma y fondo, modalidades exigidas en materia de inscripción, registro y publicidad, pago de gravámenes fiscales, etc. Debían las sociedades constituidas en el extranjero, sin domicilio en la República, constituirse prácticamente de nuevo en el país.

#### 4. La opinión de Zeballos

El doctor Estanislao Zeballos señaló en la 5ª edición de su *Manual de Derecho Internacional Privado*: “Desgraciadamente, y por inadvertencia, la Comisión alteró la redacción del art. 110 del Código de Portugal y, en parte, la del Código de Italia, produciéndose una situación legal confusa y contraria al espíritu y a los fines de las instituciones argentinas protectoras del capital extranjero...”.

Y se refiere, más adelante (p. 415), al problema que se planteó entre nosotros con varias sociedades organizadas en Europa para explotar negocios en la República Argentina. Dichas sociedades presentaron sus estatutos al gobierno, solicitando personería jurídica.

A su vez, otras sociedades extranjeras se presentaron directamente a los tribunales, pidiendo la inscripción de sus documentos constitutivos en el Registro Público de Comercio para abrir agencias o sucursales en la República.

Las decisiones del gobierno y los tribunales, respectivamente, fueron contradictorias. En algunos casos, rechazaron las solicitudes, sin tener en cuenta la constitución social en el extranjero.

El mismo Zeballos intentó desde la cátedra en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, a partir de 1892, y en razón de los efectos perjudiciales en esta hostilidad a las sociedades comerciales constituidas en el extranjero, forzar la interpretación del art. 286.

Al efecto, separaba el texto legal en dos partes: la primera relativa a los “efectos exteriores” de la existencia de la sociedad extranjera; la segunda relativa a los “efectos producidos en la República Argentina”.

Así, la primera parte del artículo, “*Las sociedades que se constituyan en país extranjero para ejercer su principal comercio en la República...*”, comprendería todo lo relativo a las relaciones de los accionistas entre sí y con las asambleas, administración, empleados y/o banqueros en Europa, por ejemplo.

La segunda parte del texto legal, “*...serán consideradas para todos sus efectos como sociedades nacionales, sujetas a las disposiciones de este Código*”, se limitaría a los efectos de la actuación de la sociedad en la Argentina.

Se disociaba de este modo, por una sutileza interpretativa, el régimen jurídico aplicable a la sociedad constituida en el exterior: por una parte se respetaba la regulación de su constitución y funcionamiento en el extranjero según la ley del país al que estuviesen vinculadas por razón de su nacionalidad o domicilio.

Y sólo debían ajustarse a nuestro régimen legal societario en el ámbito de su actuación en el país.

La interpretación conciliatoria de Zeballos y que, por otra parte, afirma la buena doctrina, chocaba, empero, con el sentido claro del texto legal que alude a “*todos los efectos*” de la sociedad extranjera.

La solución dada por las fuentes especialmente italiana y portuguesa exige, conjuntamente, los supuestos de domicilio y principal objeto en el país, para someter a las sociedades extranjeras en un todo al derecho local. Se evita así la presunta evasión fraudulenta a este derecho local por sociedades constituidas en el extranjero sólo por la conveniencia de una legislación más benévola.

Pero, faltando el supuesto del domicilio, como ocurre en el art. 286, exigir a las sociedades extranjeras, con domicilio en el extranjero, some-terse *in totum* al derecho argentino, asimilándolas a las sociedades nacionales, importa crear graves dificultades a aquellas sociedades extranjeras.

Tantas que desalentarían su actuación en nuestro territorio. Ello nos privaría del aporte valioso de empresas inversoras de recursos técnicos y de capital de singular valor para nuestro país.

La interpretación de Zeballos contó con la adhesión de un juez de Comercio de la Capital, en el caso de la *Société Belge Sud Americaine San Luis*, organizada en Amberes, para establecer un negocio agrícola en la República. Pero el fallo del Tribunal de Comercio en Primera Instancia fue revocado por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, que sostuvo la aplicación literal del art. 286, basándose en que la sociedad tenía su principal comercio en la República.

Esta situación de confusión jurisprudencial y administrativa determinó la sanción de la ley 3528 del 30 de setiembre de 1897. Según tal reforma, el art. 286 quedó redactado del siguiente modo: “Las sociedades que se constituyan en país extranjero para ejercer su comercio principal en la República, *con la mayor parte de sus capitales levantados en ésta o que tengan en la misma su dirección central y la asamblea de socios*, serán consideradas, para todos sus efectos, como sociedades nacionales, sujetas a las disposiciones de este Código” (en bastardilla, lo agregado por la ley 3528).

## 5. La ley 3528

La nueva redacción del artículo, resultado de una iniciativa del doctor Barroetaveña, entonces diputado de la Nación, no constituyó la solución definitiva. Pues, en el espíritu de restringir el campo de aplicación del enunciado, que asimilaba las sociedades extranjeras con comercio principal en la República a las sociedades argentinas, no hizo sino introducir una alternativa equivocada.

Es decir que no todas las sociedades constituidas en el extranjero con su comercio principal en la República serían tratadas como sociedades locales.

Tan sólo se produciría la asimilación cuando se tratase de sociedades comerciales constituidas en el extranjero con principal comercio en la República y estuviesen incluidas en alguno de estos supuestos de la ley 3528:

- 1º) Que estuviesen la mayor parte de sus capitales levantados en la República, o que
- 2º) tuvieran en la República su directorio central y la asamblea de socios.

Decíamos que el agregado no constituyó la solución definitiva del problema.

Por una parte, conservaba la expresión “principal comercio”, que arroja de por sí incertidumbre en cuanto a su alcance. No surge de ella si se refiere al centro de administración o al centro de explotación de la sociedad. Pareciera querer referirse al centro de explotación, dado que en la segunda parte del agregado se añade como segunda alternativa necesaria para que opere la equiparación de la sociedad extranjera con la nacional, el requisito de que la sede administrativa (directorio o asamblea social) se encuentre en la República. Pero, de todos modos, no se define expresamente al principal comercio.

En cuanto al agregado introducido en la primitiva redacción del art. 286, adolece de un exceso defectuoso.

En efecto, la primera de las alternativas introducidas, “... *la mayor parte de los capitales levantados en la República*”, constituye un hecho de carácter contingente.

Si se entiende por “capitales levantados” los suscriptos en el país, como debía decirse, el hecho de la suscripción en el país no otorga, por cierto, nacionalidad a los capitales generalmente accionarios, susceptibles de ser transferidos al portador y, por lo tanto, de pasar a manos de extranjeros.

Además, las hipótesis que contempla el doctor Argüello<sup>5</sup> tornan la nueva redacción aún más criticable. Dichas hipótesis son:

1º) La emisión de empréstitos en el país por sociedades con sede real en el extranjero y la mayor parte de su capital suscripto en el país, y

2º) En el caso de las mismas sociedades contempladas en la primera hipótesis, un aumento de capital lanzado y cubierto por las mismas en el país.

La conclusión común a ambas hipótesis es que dichas sociedades, normalmente reguladas por el art. 287 del Código de requisitos de inscripción y publicidad, podrían pasar a estar a reguladas por el art. 286 y, por lo tanto, asimiladas a las sociedades nacionales por un mero hecho numérico.

En efecto, si en la primera hipótesis los empréstitos emitidos en el país, sumados a las acciones suscriptas en la Argentina, diesen una cifra mayor a la de los capitales suscriptos en el extranjero, la sociedad tendría “la mayor parte de sus capitales suscriptos en el país”.

Lo mismo ocurriría si la sociedad extranjera, con domicilio en el extranjero, aumentase su capital de modo tal que este aumento, sumado a la parte del capital originario suscripta en la Argentina, determinase otra vez que la “mayor parte de los capitales” de la sociedad se ha suscripto en el país.

Se aprecia claramente que el resultado común a ambas hipótesis es asimilar sociedades extranjeras a nacionales por el hecho accesorio de que su mayoría de capitales esté suscripta en el país. Aunque, como es obvio, y sería lógico que ocurriera, la posesión de los nuevos capitales no esté en manos argentinas sino de extranjeros o de argentinos controlados por extranjeros que, en definitiva, conducirían en realidad la sociedad. El mero hecho de suscripción de capitales en el país no tiene, pues, relevancia.

La segunda alternativa del agregado, “*o que tengan en la República su dirección y la asamblea de socios*”, corresponde al criterio argentino en materia de domicilio social, expresado señeramente por Vélez Sársfield en el art. 44 del Código Civil.

Además, el criterio del domicilio para determinar la regulación jurídica de la sociedad es el acertado y responde a la doctrina más evolucionada en la materia.

Pero, al igual que los precedentes italianos y portugués, debió constituir el criterio decisivo de asimilación de las sociedades extranjeras a las locales.

Y por ser decisivo el domicilio, es que en las fuentes se lo estableció como condición *sine qua non*, necesaria, para regular a las sociedades extranjeras como si fueran nacionales. Y así es que se hablaba de “... *domicilio y principal objeto de su empresa*” en el Código italiano y de “*asiento*” y de ejercicio de “... *sus principales operaciones en el Reino*” en el Código de Portugal. Por ello es que se usó la cópula “y”. No la forma alternativa de la ley 3528.

Esta ley debió seguir, pues, los modelos italiano y portugués, agregando solamente la condición “*domicilio en el país*” para asimilar las sociedades extranjeras a las argentinas en cuanto a su regulación legal.

### III. La Ley de Sociedades

La ley vigente N° 19.550, con sus posteriores reformas, trata el tema en su art. 124 que disponía en el texto de su Anteproyecto elaborado por los Dres. Halperin, Fargosi, Odriozola, Zaldívar y Colombes:

“La sociedad constituida en el extranjero que tenga su domicilio en la República o su principal objeto destinado a cumplirse en la misma será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de su constitución o de su reforma y de su contralor de funcionamiento en su caso”. Pero la ley fue finalmente sancionada con esta modificación: “La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de su funcionamiento”. El cambio que ha sufrido el artículo es el de “domicilio” por “sede”; éste no es más que una calificación de aquél que da la norma.

El punto 6, último de la Sección XV de la Exposición de Motivos afirma rotundamente: “La norma final, o sea el art. 124, no necesita de explicaciones que la justifiquen”.

Creemos que no es así. Como dijéramos al tratar el caso en el comentario al art. 286 del Código de Comercio, se contempla en el artículo la eventualidad de sociedades constituidas en el extranjero al amparo de una legislación más favorable, no obstante su posterior desvinculación total con el Estado de su constitución.

La disposición del Anteproyecto presenta semejanza parcial -aunque discrepancia fundamental- con el artículo 230 del Código de Comercio italiano que sirviera de fuente -junto con la ley belga de 1873 y el Código de Portugal- a nuestro primitivo art. 286 del Código de Comercio.

Decía, en efecto, el texto italiano: “Las sociedades constituidas en país extranjero, que tengan en el Reino su domicilio y el principal objeto de su empresa serán consideradas como sociedades nacionales y estarán sujetas a todas las disposiciones de este Código en cuanto a formas y validez de las escrituras de constitución, aun cuando ellas sean estipuladas en país extranjero”.

El sentido de tal disposición fue evitar la constitución de sociedades extranjeras en presunto fraude a la ley -en un lugar contingente donde los requisitos fiscales o de publicidad fueran menores a los locales- o se propusieran el ejercicio posterior, en el país, de una actividad ilícita para eludir las exigencias del país donde tendrán su sede efectiva. Por eso es que la ley italiana establecería conjuntamente los requisitos del domicilio y principal objeto de la empresa en el Reino para que la sociedad constituida en el extranjero fuera asimilada a las locales.

En cambio, obligar a una sociedad extranjera a que deba constituirse nuevamente en el país sólo porque tenga en él su “principal objeto” (cabe preguntarse por ejemplo, ¿cuál es el principal objeto de una sociedad que explota pozos petrolíferos o instala redes de comunicación en diversos países del mundo...?), aunque su sede no se encuentre en el mismo país, importa un requisito desalentador para la actuación internacional de las sociedades. Tal desaliento cobra mayor importancia en el caso de países como el nuestro, receptores necesarios del aporte extranjero en el proceso de su desarrollo.

Recordemos que el art. 286 del Código de Comercio en su versión originaria estaba redactado del siguiente modo: “Las sociedades que se constituyan en país extranjero para

ejercer su principal comercio en la República, serán consideradas para todos sus efectos como sociedades nacionales sujetas a la disposiciones de este Código”.

Los términos “principal comercio”, de alcance tan vago e impreciso como los de “principal objeto” que usa el Anteproyecto, determinaron a su turno defectuosas decisiones administrativas y judiciales. En ellas, no se discriminó entre sociedades tan sólo vinculadas al extranjero por su constitución y con asiento o sede social en la República, por una parte, y sociedades constituidas en el extranjero, en forma seria, real y no ficticia, con sede social en el extranjero y una actividad comercial paralela en la República.

En ambos casos, las decisiones fueron muchas veces unitarias: se exigía a las sociedades constituidas en el extranjero someterse a todos los requisitos establecidos para las sociedades nacionales: de forma y fondo, inscripción, registro, publicidad, pago de gravámenes fiscales, etc. Debían por lo tanto, las sociedades constituidas en el extranjero, sin domicilio en la República, constituirse prácticamente de nuevo en el país. Ello dio lugar a la crítica de la doctrina, la forzada interpretación de Zeballos y en fin, la sanción de la ley 3528 que no superó el problema, pues introdujo un nuevo criterio de conexión para la sociedad, que resultaba irrelevante: la suscripción de la mayor parte de sus capitales, en forma alternativa con el domicilio social. Tal criterio resultó en el agregado de la ley 3528 al art. 286 de un nuevo requisito, a más del comercio principal en la Argentina, para que se asimilara las sociedades constituidas en el extranjero a las locales. No se admitió que lo único realmente decisivo, para operar tal asimilación, resulta el domicilio social constituido efectivamente en la República. De ahí entonces, las numerosas críticas de que fue objeto el art. 286 luego de su modificación por la ley 3528.

El Anteproyecto debió entonces haber seguido las enseñanzas de la buena doctrina, que se plasmó legislativamente en los Códigos de Comercio italiano y portugués y utilizar la fórmula conjunta de “sede y principal objeto en la República” para que la sociedad constituida en el extranjero sea considerada como sociedad local.

Finalmente, cabe referirnos al fundamento de orden general dado por la Comisión Redactora del Anteproyecto a comienzo de la Sección XV -“De las Sociedades constituidas en el extranjero”- en el punto 1 de la misma, para justificar el artículo respectivo. Dícese allí: “Esta sección contempla el delicado problema de las sociedades constituidas en el extranjero. La Comisión, persuadida de la trascendencia del asunto, trató, siguiendo el anteproyecto y proyectos mencionados (se refiere al Anteproyecto elaborado por los profesores Enrique Aztiria y Carlos Malagarriga y al Proyecto definitivo presentado al Poder Ejecutivo por la Comisión revisora y asesora en 1963) de conjugar los intereses en juego y de poner en pie de paridad a las sociedades constituidas en el país y a las constituidas en el extranjero, tratando de no caer en un tratamiento peyorativo, no en un trato preferencial que contradiga, en todo caso, el precepto constitucional de igualdad ante la ley”.

Ahora bien, la igualdad ante la ley que sienta el art. 16 de la Constitución Nacional debe entenderse, cuando se trata de los derechos de “trabajar y ejercer toda industria lícita” en armonía con las leyes que reglamenten el ejercicio de tales derechos individuales -art. 14 de la Constitución Nacional-. Dichas leyes, cuando son leyes de derecho internacional privado, o derecho privado de los extranjeros (cuando de ellos se trata) deben admitir la aplicación del derecho objetivo extranjero, en algunos casos, y en otros, el reconocimiento de derechos subjetivos obtenidos al amparo de aquel derecho objetivo extranjero. Tal el caso de las sociedades constituidas fuera del país. La finalidad del derecho internacional privado, que es obtener el orden en las relaciones internacionales, asegurando la certidumbre de los derechos de las personas, titulares últimas de aquellos derechos que nuestra disciplina regla -derechos privados- no podría realizarse si, por vía de preceptos constitucionales de una Nación, se negara la aplicación del derecho extranjero o el reconocimiento de los derechos legítimamente adquiridos a su amparo, cuando no afecten el orden público local. No es ése evidentemente en



materia de sociedades el alcance de la igualdad ante la ley que impone el art. 16 de la Constitución. Lo contrario, amén de negar el derecho internacional privado mismo, sería imposibilitar en gran medida la actuación de sociedades extranjeras, al obligarlas, como hace el Anteproyecto al fin del 2 párrafo del art. 118 y en el art. 124, a constituirse prácticamente *ex novo* en el país. Para ser coherente con tan extrema apreciación de la igualdad ante la ley, tampoco se debió admitir que la existencia y la forma de las sociedades constituidas en el extranjero se rigieran por las leyes del lugar de su constitución y no por la ley argentina. Pero la lógica de sus redactores no podía llegar a una injusticia tal. Y se admitió la aplicación de la ley extranjera.

No es la igualdad ante la ley lo que está en peligro en la actuación de sociedades extranjeras, porque se les reconozca derechos derivados de la personalidad, que resulta en ellas de una ley extranjera. Lo que sí puede verse afectado en tal actuación es el orden público local. Y a velar por tal orden deben tender las medidas de control y fiscalización de la actuación en el país de sociedades extranjeras. Tal control no debe llegar a desalentar dicha actuación, imponiendo a la sociedad foránea una nueva constitución en el país, cuando aquélla es el resultado de una asociación lícita según un derecho extranjero. La comunidad jurídica internacional, que es fundamento del derecho internacional privado, así lo exige.

#### **IV. Las consecuencias prácticas del apartamiento de las fuentes. Fallos diversos de la Cámara Nacional Comercial y de nuestra Corte Suprema**

##### *1. "Great Bands"*

En este caso la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, resolvió en favor de la constitución válida de una sociedad en el extranjero en la que uno de los socios detentaba el 99% de las acciones.

En primera instancia se había juzgado, en el asunto de índole concursal, la situación de una sociedad extranjera cuya única actividad denunciada era ser propietaria de un conjunto de acciones, que le permitía, a su vez, controlar a otra sociedad constituida en la Argentina, habiendo cumplido al respecto con la inscripción establecida en el art. 123 de la ley 19.550.

El *a quo* sostuvo, al respecto, la aplicación al caso del art. 124 de la ley de sociedades, por hallarse destinado a cumplirse en el país el principal objeto social. Pero, además, consideró a la sociedad como unipersonal, figura inexistente a su criterio en nuestro derecho, para negarle así el derecho a solicitar su concurso preventivo.

Con mejor criterio, la Cámara Comercial revocó la decisión del inferior y entendió que no existía en el caso afectación del orden público societario ni perjuicio a terceros, añadiendo a su razonamiento que el solo hecho de que el único activo societario fuese el 99% del activo de una sociedad local, no derivaba *per se* en el supuesto previsto en el citado art. 124.

Por otra parte, entendió la Cámara que, aun en el supuesto de encuadrarse la conducta antedicha en el art. 124, ello no podría conducir a negar la existencia misma de la sociedad, derivada del lugar de su constitución en el exterior, conforme al art. 118, lo cual le aseguraba su derecho a solicitar su propio concurso. Ello así, tanto más, en razón del art. 100 L.S. que dispone, en caso de duda acerca de una causal de disolución, estar a favor de la existencia de la sociedad.

Ahora bien, de haberse interpretado el art. 124 de acuerdo a las fuentes italiana y portuguesa del similar y anterior art. 286 del Código de Comercio, el problema no hubiera existido.

Pues, si la sede social no se encuentra en el país, por más que el objeto principal de la misma esté destinado a cumplirse en la República, ello sólo no sería suficiente para considerar a

la sociedad como local respecto a las formalidades de su constitución y contralor de su funcionamiento.

## 2. El más reciente caso de la Compañía General de Negocios

En esta nueva controversia, se trató del pedido de quiebra formulado a esa compañía por Ricardo L. Mihanovich en el país.

En las anteriores instancias, se había rechazado dicho pedido de quiebra, formulado contra la sociedad que se hallaba constituida en el Uruguay, por entenderse que era, a tal efecto, competente el juez del domicilio del deudor en dicho país, aun cuando tuviere agencias o sucursales en otros países, cuando, como en el caso, el acreedor solicitante no hubiese demostrado su carácter de acreedor local.

En la controversia, nuestra Corte Suprema (en fallo del 24 de febrero de 2009), resolvió finalmente que correspondía la competencia concursal del juez argentino fundada -además de considerar el régimen legal y modalidades operatorias de la sociedad- en la circunstancia de hallarse el principal objeto social en la Argentina, donde la Compañía había realizado operaciones financieras clandestinas en su sede argentina del Banco General de Negocios.

Otra vez pues la cuestión del “principal objeto social” que, al establecerse en forma opcional y no conjunta con el criterio de la sede social, determinaría la aplicación del art. 124 de la ley de sociedades para negar, en el caso, la jurisdicción extranjera.

La consecuencia de esta interpretación es -en la práctica- desconocer la aptitud jurisdiccional de la justicia uruguaya, surgida tanto del Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 como de 1940 (arts. 35 y 40 respectivamente), entre otros países, el nuestro y el Uruguay que establecen, para el supuesto de quiebra, la competencia del juez del domicilio comercial.

Cierto es, como también lo señaló la Corte, que para el juzgamiento de las actividades de sus sucursales, establecimientos o agencias, las sociedades se reputan situadas, según dichos tratados, en el lugar donde dichos establecimientos se encuentran (arts. 7 y 11 respectivamente de los citados Tratados).

Pero, no es menos cierto que el supuesto de la apertura de un nuevo juicio de quiebra, no existiendo casas comerciales independientes, está sujeto a la solicitud al respecto de los acreedores locales, sin que al respecto tenga que considerarse el régimen constitutivo de la sociedad, en el caso “*off shore*” (artículos 35, 36 y 39 del Tratado de Montevideo de 1889 y 40, 41 y 45 del Tratado de 1940).

Desde luego, siempre cabrá el recurso al orden público o, para algunos, al fraude a la ley, para resolver la cuestión.

Sin embargo, tales criterios deben ser excepcionales, pues de lo contrario se estaría negando la aplicación misma del derecho extranjero, con el consiguiente retroceso de la comunidad jurídica internacional<sup>6</sup>.

## V. La insolvencia en el derecho comparado

A más de las normas citadas de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, conviene recordar las modalidades más modernas de cooperación internacional recogidas, entre otras, por el derecho inglés, norteamericano y la comunidad europea<sup>7</sup>.

En Inglaterra, la “*Bankruptcy Act*” de 1914 reconoció la competencia de los tribunales del país donde el deudor tiene su sede el “centro de sus negocios” para decretar la falencia.

A partir de la “*Insolvency Act*” de 1986, se acentuó el criterio de cooperación en los procesos internacionales de insolvencia puesto de manifiesto en el caso británico de Robert Maxwell, fallecido en 1991, cuyo holding contaba con el 75% de sus activos en filiales de Estados Unidos.

En dicho caso, se aplicaron simultáneamente el Título 11 del *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos y la *Insolvency Act* británica, llegándose a un acuerdo, homologado por los tribunales de ambos países, entre los “*administrators*” ingleses y el “*examiner*” americano, pues la mayoría de los acreedores se hallaba en Inglaterra y la mayoría de los bienes en Estados Unidos.

En este último país, la “*Bankruptcy Reform Act*” de 1978 modificó el citado Título 11 del *U.S. Code* permitiendo al representante de una quiebra extranjera (síndico, *trustee*, etc) petitionar ante los tribunales de quiebras de Estados Unidos un procedimiento subordinado o dependiente -“*ancillary proceeding*”- de otro proceso principal extranjero.

Este criterio se ha visto afianzado por la ley de 2005 (*the 2005 Act* sobre Prevención del Abuso y Protección del Consumidor en los supuestos de quiebra) que introdujo el Capítulo 15 al *U.S. Code*.

Esta normativa ha seguido también las pautas fijadas por la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza, uno de cuyos principales objetivos es, precisamente, facilitar la reestructuración financiera de las explotaciones en problemas, proteger la inversión y preservar el empleo.

En el antedicho rumbo de la cooperación interjurisdiccional se inscribe además el Reglamento No. 1346 del Consejo de la Comunidad Europea relativo a los procedimientos de insolvencia, en vigor desde el 31 de mayo de 2002.

Por la vía del reconocimiento automático mutuo, el citado Reglamento procura alcanzar un efecto universal de los procedimientos de insolvencia relativos a empresas domiciliadas en los Estados miembros.

#### *A. Nuestro proyecto en la materia*

Como lo sostuvimos en nuestras sucesivas obras en la materia y más recientemente en representación del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires al dictaminar acerca del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado en el Ministerio de Justicia de la Nación<sup>8</sup>, el siguiente debiera ser el texto del art. 124 de la ley de sociedades: “*La sociedad constituida en el extranjero que tenga su domicilio en la República y su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y de su contralor de funcionamiento en su caso*”.

#### *B. El criterio recogido en la materia de las personas jurídicas por el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil. Recomendación N° 4. Tema VI*

El mismo coincide con el criterio de nuestro Anteproyecto de ley de sociedades y sostiene al respecto que: “... *II. Las personas jurídicas de carácter privado se rigen en cuanto a su existencia, calidad y capacidad por las leyes del país de su domicilio. Se entiende como tal el lugar donde ejerzan los actos comprendidos en su objeto social. Si el lugar no pudiera ser individualizado o si se realizare el objeto en distintos países, se considerará como domicilio de las mismas el asiento real y principal de su administración*”<sup>9</sup>.

Obsérvese que se establece aquí, para el domicilio de las personas jurídicas, el criterio del **asiento real y principal** de su establecimiento.

Se evita así el conflicto entre los criterios de la sede estatutaria y el de la sede real<sup>10</sup>, que, disociados para establecer el máximo de rigor constitutivo o de control, pueden conducir a

excesos incompatibles con la necesaria previsibilidad que debe presidir todo comportamiento extraterritorial.

*C. La necesidad, pues, de reformar el art. 124 L.S.*

Todo lo dicho nos afirma aún más en la necesidad de establecer en forma conjunta los recaudos de la sede y del principal objeto social en una futura reforma a la ley, del modo en que lo hicieron, a su tiempo, las principales fuentes del viejo art. 286 del Código de Comercio y como forma idónea, además, de exigir una adecuación máxima de la sociedad extranjera a las prescripciones locales en materia de constitución y contralor de aquéllas.

NOTAS:

<sup>1</sup> *Nacionalidad, control y régimen internacional de las sociedades*, 1969; *Derecho Internacional Privado*, ediciones de 1988, 1995 y 2006; *Las sociedades en el Derecho Internacional Privado*, 1991; *Empresas transnacionales, inversiones y arbitraje. Mi visión desde Harvard*, 1995; todos ellos editados por Abeledo-Perrot y Lexis Nexis, Buenos Aires.

<sup>2</sup> Obs. citadas en nota 1.

<sup>3</sup> Tal solución ha sido adoptada por el Proyecto de Convención sobre Conflictos de Leyes, relativos a sociedades, elaborado por la *International Law Association* entre 1956 y 1958.

<sup>4</sup> Carlos M. VICO, *Curso de Derecho Internacional Privado* compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1934-1939.

<sup>5</sup> Carlos M. VICO, ob. cit., edición de 1961, t. II, pág. 104.

<sup>6</sup> Este aspecto lo hemos tratado especialmente en la Parte General de nuestras obras citadas sobre Derecho Internacional Privado, al tratar de los Problemas de dicha Parte General. En particular, sobre el Fraude a la Ley puede verse nuestra colaboración sobre “La confirmación judicial de un criterio erróneo: el supuesto de fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado”, revista *La Ley*, 1982, t. C. Puede verse además Federico G. POLAK, *La empresa extranjera*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2003.

<sup>7</sup> En este acápite hemos recogido información del reciente trabajo de María Elsa UZAL en la revista *La Ley* 2008-C, 828, Buenos Aires.

<sup>8</sup> Véase Apéndice de nuestra obra citada de Derecho Internacional Privado, edición 2006, con nuestra posición referida al citado Proyecto.

<sup>9</sup> Véase el Libro III de nuestro *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., citado, págs. 535 y ss.

<sup>10</sup> Véase nuestros *Estudios sobre Integración Económica Social y Jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, donde se explica ya el conflicto entonces existente entre concepciones distintas de Holanda e Inglaterra, por un lado, y Alemania, Francia y Bélgica por el otro en materia de ley aplicable a las sociedades.

# EFFECTOS EXTRATERRITORIALES DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO

por AMALIA URIONDO DE MARTINOLI

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Efectos extraterritoriales de la sentencia de divorcio. 1. T.S.J., “B., S. B”- Antecedentes fácticos. 2. Sentencia de instancia. 3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba: a. Control de los requisitos formales. b. Control de los recaudos procesales. b.1. Competencia judicial internacional. b.2. Tutela judicial efectiva. b.3. Sentencia firme. b.4. Ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente argentinos; c. Compatibilidad con el orden público internacional argentino. III. Aplicación del derecho extranjero. IV. Régimen convencional. V. Panorama actual de la cuestión.

## I. Introducción

El tema lo desarrollaré a través del análisis de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (T.S.J.), porque esta ciudad es la sede del V Congreso Nacional de Derecho Civil y porque uno de los integrantes del alto tribunal, a la fecha de dictada la sentencia, ha sido mi profesora y amiga Berta Kaller de Orchansky que tuvo una activa participación en el debate sobre el tema escogido durante el transcurso del III Congreso Nacional del año 1961.

En esa época regía la ley 2393<sup>1</sup>, cuyo eje giraba en torno a la indisolubilidad del vínculo matrimonial, ya que éste sólo se disolvía por la muerte de uno de los esposos (art. 81) y por el nuevo matrimonio que contrajera el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento (art. 31, ley 14.394<sup>2</sup>).

La doctrina consideraba que la jurisdicción internacional argentina del domicilio conyugal - cuando éste se situaba en el país- era exclusiva y excluyente de cualquier otra (art. 104) porque se hallaba comprometido el orden público de nuestro ordenamiento. De tal forma, que si la sentencia de divorcio había sido pronunciada por jueces extranjeros se interpretaba como una invasión de la jurisdicción nacional y traía como consecuencia el no reconocimiento de esa sentencia respecto a matrimonios aquí celebrados. Ese es el contenido del primer punto del dictamen de la mayoría y que resultó aprobado por todos los delegados de la Comisión N° 2.

La disidencia de la minoría se centró en la tercera parte del despacho “Si el matrimonio se ha celebrado en el extranjero con el fin de eludir la protección que el derecho argentino confiere a la indisolubilidad de los matrimonios celebrados en la República, el matrimonio celebrado en el extranjero disfruta del amparo concedido a la indisolubilidad de aquellos”. El dictamen, aprobado por un voto de diferencia, se refería al matrimonio “*in fraudem legis*”, esto es, cuando los contrayentes domiciliados en el país cambian el lugar para la celebración del matrimonio con el sólo objeto de evadir las prescripciones de la ley, a los efectos de la ulterior disolución de esa unión y de un posterior segundo matrimonio de alguno de los esposos.

Durante la vigencia de la ley de matrimonio civil, la doctrina y la jurisprudencia discrepaban en la calificación que debía dar a los segundos matrimonios contraídos en el exterior con impedimento de ligamen argentino, pronunciándose por la nulidad absoluta<sup>3</sup>, inexistencia<sup>4</sup>, cuasi-inexistencia<sup>5</sup>, desconocimiento de eficacia extraterritorial o de validez internacional<sup>6</sup>.

Desde la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) establecida el 27/11/86 -por tres votos contra dos- en el caso “Sejean, Juan B. c/ Zacks de Sejean, Ana M. s/divorcio”<sup>7</sup>, la disolubilidad del matrimonio por divorcio fue admitida y luego recogida por la reforma que la ley 23.515<sup>8</sup> introdujo en el derecho matrimonial positivo argentino (art. 213).

No obstante el tiempo transcurrido, los matrimonios contraídos en el extranjero por personas domiciliadas en la República que cuentan con una sentencia de divorcio de un anterior enlace celebrado en el país, ya fuera dictada por el juez del domicilio (con el alcance limitado de la ley 2393) o por un juez extranjero (que había invadido la jurisdicción exclusiva argentina) continúan movilizándose a los tribunales, los que se expiden con dispares conclusiones. En efecto,

algunas instancias se inclinan por el primer punto del despacho “Una sentencia extranjera de divorcio vincular respecto de un matrimonio celebrado en la Argentina no tendrá eficacia en el país”, tal como se pronuncia la Sala G de la CNCiv. en la causa “Solá, Vicente s/suc. ab intestato” que, si bien admite que la indisolubilidad del matrimonio ha dejado de integrar el orden público interno, sostiene que lo que el impedimento de ligamen protege no es esa indisolubilidad sino la monogamia que integra el orden público, tanto antes como después de la vigencia de la ley 23.515.

Otra es la doctrina que sienta la C.S.J.N., al fundamentar la revocación de la resolución apelada en la modificación de los principios que informan la citada legislación, lo cual incide en el concepto de orden público internacional que se adapta a la evolución de las concepciones sociales y culturales que prevalecen en cada momento en la Nación<sup>9</sup>.

La sentencia que será objeto de estos comentarios, aborda la problemática relativa al fundamento principal del *exequatur* cuando se solicita el simple reconocimiento de una sentencia extranjera a través de su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas; y los supuestos que surgen de la correlación de los arts. 13 y 14 del C.C., que tratan las cuestiones de la aplicación del derecho extranjero y de la cláusula de reserva del orden público internacional.

## **II. Efectos extraterritoriales de la sentencia de divorcio**

### *1. T.S.J., “B., S. B”- Antecedentes fácticos*

El 15 de marzo de 1984, el Tribunal de Distrito del Condado de Harris, Estado de Texas - Distrito Judicial 308 (EE.UU.) expidió una sentencia de divorcio vincular de los esposos residentes en ese país. Esta -legalizada y traducida- fue presentada por la actora, a través de sus apoderados, ante el Tribunal de Familia de primera nominación de la ciudad de Córdoba a efectos de obtener el reconocimiento del divorcio extranjero y la correspondiente inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Admitido dicho pedido, el Tribunal le dio el trámite de incidente (art. 131, ley 7676) a fin de que el solicitante acredite la legitimidad de la acción y el derecho extranjero aplicable, aduciendo que, de esa forma, se ajustaba a los requisitos establecidos por el art. 825 de la ley 8465.

Se fijó audiencia para designar peritos a los efectos de que se traduzca la resolución que se solicitaba inscribir. Diligenciada ésta, se corrió vista al fiscal de familia y al director del Registro Civil, quienes no manifestaron objeciones.

El apoderado de la actora requirió que se ordenase la inscripción peticionada, porque sostenía que no resultaba aplicable el art. 13 del C.C..

### *2. Sentencia de instancia*

El tribunal *a quo* fundamentó el rechazo del pedido de inscripción y reconocimiento de la sentencia de divorcio dictada en el extranjero, en la necesidad de evaluar si la resolución cuya inscripción se pretende efectuar en el país, había sido dictada en virtud de normas cuyo alcance y efectos podían afectar los principios de orden público familiar argentino. A su vez, resaltó que era necesario cotejar la normativa extranjera aplicada y nuestro ordenamiento legal, por lo que resultaba imprescindible contar con la prueba del derecho extranjero, a fin de precisar sus normas y determinar si ellas se compatibilizaban con las del orden jurídico nacional. La exigencia la desprende del art. 13 del C.C., en cuanto requiere la prueba del derecho extranjero vigente al dictarse la resolución.

Contra esta decisión, los apoderados de la peticionante interpusieron recurso de casación, el que fue concedido por el T.S.J.. La recurrente se agravió, manifestando que el *a quo* efectuó una errónea aplicación e interpretación del art. 13 del C.C., por las siguientes consideraciones:

a) De los arts. 13 y 14 del C.C. surgen dos supuestos, el primero, como es en el caso de autos, el juez extranjero ya aplicó el derecho vigente en su país a la relación sometida a su consideración, por lo que lo único a examinar es si el acto pronunciado en su alcance y efecto violan los principios que informan el orden público y la moralidad nacional.

El segundo supuesto, se refiere a cuando una o todas las partes en el proceso piden al juez la aplicación del derecho extranjero a una relación jurídica, en razón de las conexiones internacionales que pudiera haber tenido aquélla, tales como el lugar de celebración del negocio, domicilio, lugar de ejecución etc. Es en esta última hipótesis donde el juez podrá exigir la prueba del derecho extranjero para que, luego de conocido, pueda decidir su aplicación o no al caso. La petición se enmarca en el primer supuesto y sólo resta saber si el contenido y los efectos del acto dictado respetan o lesionan el orden público nacional.

b) El divorcio vincular admitido no lesiona nuestro orden público, dados los elementos esenciales de la sentencia: el domicilio conyugal de los esposos se encuentra en el Estado de Texas; se ha establecido un régimen de tenencia, visitas, vacaciones y alimentos de menores; no se ha privado al padre de la patria potestad, sino que es cotitular de ella, con facultades de control y ejercicio de una disciplina razonable; y la sociedad conyugal se ha liquidado y distribuido de común acuerdo entre los cónyuges.

c) La causal de separación ha quedado en la intimidad de las partes y del juez, lo cual guarda absoluta similitud con la previsión contenida en el art. 215 del C.C.

d) Los elementos obrantes en el proceso son suficientes para realizar el control que la ley argentina propone, sin necesidad de conocer en detalle la ley extranjera.

### 3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

Admitido el recurso de casación, el T.S.J. resolvió declarar la nulidad del pronunciamiento recurrido y acoger el pedido de inscripción de la sentencia<sup>10</sup>. Pero antes de seguir adelante, me parece necesario realizar breves comentarios sobre el tema.

El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras constituye lo que se denomina el tercer grado de la cooperación jurídica internacional, pues no se trata de prestar un auxilio concreto para una actuación desarrollada en el extranjero, sino de renunciar a la propia potestad decisoria sobre una pretensión y permitir que esa sentencia despliegue sus efectos en el foro local.

La extraterritorialidad de los pronunciamientos judiciales, es la consecuencia de un principio general que se advierte con nitidez a partir de la Segunda Guerra Mundial y que se ha denominado la dimensión transnacional del derecho y la justicia. Se fue así admitiendo la necesidad de aceptar como válidas -previo cumplimiento de algunas condiciones- las decisiones emanadas de tribunales foráneos<sup>11</sup>.

El estudio de las sentencias extranjeras evidencia una relación entre el derecho internacional privado y el derecho procesal, siendo difícil delimitar las cuestiones que pertenecen a cada uno. No obstante, como expresa Sentís Melendo, se puede afirmar que todo lo que concierne al “por qué” se le reconoce valor a la sentencia extranjera es preocupación de la primera disciplina, en tanto “cómo” se le otorga ese valor, es materia de la segunda de ellas<sup>12</sup>.

El reconocimiento de una decisión se configura como presupuesto de la declaración de ejecutividad. Cuando se solicita el *exequatur* de una resolución extranjera susceptible de ejecución (v.gr. sentencia de condena) se procederá a otorgar conjuntamente el reconocimiento y la declaración de ejecutividad. Las sentencias declarativas y constitutivas únicamente pueden obtener su reconocimiento para que puedan desplegar sus efectos en territorio argentino, no se les puede otorgar efecto ejecutivo que por naturaleza no poseen<sup>13</sup>.

Doctrinalmente se afirma que “el acceso al Registro Civil es un acto tendiente a reforzar la efectividad práctica del pronunciamiento constitutivo sobre el divorcio - técnicamente, del efecto constitutivo- que en ningún momento precisa de la declaración de ejecutividad”. El efecto constitutivo es el que emana de las resoluciones que crean, extinguen o modifican un derecho o relación jurídica<sup>14</sup>.

Si se trata de hacer valer el efecto registral de una sentencia de divorcio extranjera, se procederá a determinar la adecuación de la decisión con las condiciones y el régimen previsto en las normas procesales convencionales o internas.

El año pasado se sancionó la ley 26.413 de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas<sup>15</sup>, que establece la obligación de inscribir todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La ley prescribe que las inscripciones de documentos de extraña jurisdicción, que se hallaren debidamente legalizados por autoridad competente y traducidos al idioma nacional por traductor público debidamente matriculado, deberán ser asentados en libros especiales que a tal efecto habilite la dirección general, consignando todos los datos que ellos contengan (arts. 74 y 76). Estas inscripciones no podrán ser modificadas sin que previamente lo sean en su jurisdicción de origen (art. 75).

Para el registro de sentencias disolutorias de matrimonios realizadas en otros países, será necesario que cumplan las disposiciones legales en vigor, tanto en lo que respecta a sus formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca. Este registro deberá ser ordenado por juez competente, previa vista a la dirección general, a quien compete examinar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite u ordene, cualquiera sea su origen, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos, rechazando los que adolecieren de vicios que pudieran determinar la sanción de nulidad absoluta y manifiesta o formulando las observaciones que la documentación mereciere, fijándose un plazo para su subsanación, en el lugar de origen (arts. 77 y 83). Exige, también, que todas las resoluciones judiciales que den origen, alteren o modifiquen el estado civil o la capacidad de las personas, sean remitidas al Registro de origen de la inscripción para su registro. Los jueces antes de dictar sentencia, en todos los casos, deberán correr vista a la dirección general que corresponda (art. 78). En las actuaciones respectivas, será juez competente el que determine la jurisdicción local del domicilio del peticionante o el del lugar donde se encuentre la inscripción original. El procedimiento será sumario con intervención del Ministerio Público (art. 84).

A los efectos que nos interesan de la sentencia comentada, la ley 4992<sup>16</sup> - Provincia de Córdoba- hace depender la inscripción registral de la decisión extranjera sobre divorcio del previo reconocimiento de la misma, de acuerdo a lo que dispone el régimen procesal convencional o interno, por lo que la tramitación del exequatur se convierte en presupuesto de la inscripción (art. 1). La razón para esta exigencia es la de evitar que el posible reconocimiento que haya podido realizar la autoridad encargada del Registro Civil se enfrente, posteriormente, con la negativa a la concesión del exequatur, que puede haberse solicitado con el fin de conseguir la ejecución en Argentina de las resoluciones susceptibles de ello.

De allí, que sea preciso constatar la concurrencia o no de los requisitos formales, procesales y sustanciales establecidos por los convenios internacionales o, en su defecto, por la legislación procesal interna.

Iniciaremos su examen con el art. 825 del Código Procesal de la Provincia de Córdoba (ley 8465)<sup>17</sup> porque es la normativa declarada aplicable por el T.S.J. para reconocer la sentencia de divorcio emitida en el Estado de Texas, ante la ausencia de reglas comunes para ambos países oriundas de un tratado específico. En ese sentido, es preciso recordar que a los efectos de obtener el *exequatur*, el artículo mencionado otorga primacía a las normas convencionales sobre las de origen interno.

#### *a. Control de los requisitos formales*



Desde el perfil de los recaudos formales, el art. 825 exige que “la sentencia reúna los requisitos necesarios para ser considerada como tal en el lugar en que hubiere sido dictada y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional” (inc. 3).

La prueba de la autenticidad de los documentos exhibidos, es un requisito previo que debe aportar quien solicita el reconocimiento, por lo que deben estar traducidos por traductor público nacional y debidamente legalizados de acuerdo a las reglas vigentes, o exentos de tal exigencia con relación a los Estados ligados por la Convención de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Supresión de la Exigencia de la Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros<sup>18</sup>, o porque resulte aplicable un régimen convencional que suprima todo requerimiento de legalización o apostilla.

El Convenio de La Haya ha sustituido el tradicional requisito de la legalización diplomática y consular del país en el cual el documento ha de ser presentado, para limitar la prueba extrínseca del mismo (autenticidad de la firma, calidad del signatario del documento actuante e identidad del sello o timbre) por la “apostilla” impresa por el funcionario competente del Estado del que dimana el documento (arts. 2 y 3) a petición del signatario o de cualquier portador del documento (art. 5). Esta legalización única puede venir redactada en el idioma de la autoridad que la expida, pero debe hacerse constar en francés el título “Apostille (Convention de La Haye du 5 octobre 1961)”<sup>19</sup>. La acotación deberá ser hecha en el mismo documento o en una prolongación del mismo, de conformidad con un modelo que la Convención proporciona en un anexo. Dentro del concepto de documentos públicos se incluyen los judiciales, los administrativos y los notariales (art. 1)<sup>20</sup>.

#### *b. Control de los recaudos procesales*

*b.1. Competencia judicial internacional:* Dentro del elenco de los requisitos procesales, se pide que la “sentencia emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional” (inc. 1).

Se acude a la tesis bilateralista, en la medida que controla la competencia indirecta de los tribunales del Estado requirente a tenor de los criterios atributivos de jurisdicción directa contemplados en el ordenamiento interno del foro de reconocimiento<sup>21</sup>. La objeción que se formula a esta doctrina como sistema general y único, es que constituye un grave entorpecimiento a la eficacia de la sentencia fuera del país que la dictó<sup>22</sup>, ya que exige una coincidencia fortuita entre los criterios del foro y los extranjeros, alejándose así del postulado de la cooperación internacional que promueve el régimen convencional.

Cabe destacar que el control de competencia, es una condición común en los distintos regímenes de reconocimiento. Las razones que avalan este control las resume Alfonso L. Calvo Caravaca en las siguientes: protección de las competencias exclusivas de los tribunales del foro; protección de la posición del demandado frente a foros exorbitantes; lucha contra el *forum shopping* que impida seleccionar el tribunal competente a efectos de conseguir la aplicación de una determinada ley; y regularidad general de la decisión extranjera<sup>23</sup>.

La sentencia bajo análisis, aborda la cuestión en los siguientes términos “de las constancias del pronunciamiento foráneo surge que el último domicilio efectivo de los cónyuges se encontraba en el extranjero”. Se cumple así el requisito del inc. 1, que la sentencia emane de tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional, pues el art. 227 del C.C. establece como foros concurrentes para las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad del matrimonio, el del último domicilio conyugal efectivo o el del domicilio del cónyuge demandado.

*b.2. Tutela judicial efectiva.* Otra condición del reconocimiento, apunta a garantizar la no vulneración de derechos fundamentales al expresar “Que la parte demandada contra la que se pretende ejecutar la sentencia hubiese sido personalmente citada y se haya garantizado su defensa” (inc. 2).

El respeto de las garantías procesales y de defensa de las partes, implica la necesidad de una notificación personal y con tiempo suficiente para que el demandado haya podido

defenderse efectivamente en el procedimiento abierto en el extranjero. Se procura verificar cómo fueron respetados los derechos de defensa del demandado, entre otros aspectos, la utilización de medios de prueba razonables, asistencia letrada, cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio y, en especial, la necesidad de fundamentación jurídica de la decisión. La condición sólo protege al rebelde indefenso, el demandado que no haya tenido conocimiento del proceso, quedando fuera de la misma el que ha sido emplazado en debida forma pero no comparece por su exclusiva voluntad o conveniencia.

El derecho a la tutela jurisdiccional, es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia” y éste comprende el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y la eficacia de la sentencia<sup>24</sup>. El acceso a la jurisdicción supone que se trate del acceso a un proceso que pueda cumplir su misión de satisfacer las pretensiones que se formulen, pero “no comprende -obviamente- el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello”<sup>25</sup>. En cuanto a estos requisitos procesales se ha sostenido que el legislador no goza de total libertad para establecerlos “ya que constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compaginen con el derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser, en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta más trascendente”<sup>26</sup>.

Los Tratados sobre Derechos Humanos, que desde 1994 comparten con la Constitución Nacional igual jerarquía, consagran el derecho esencial del ser humano a la tutela judicial efectiva. El principal instrumento internacional es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948<sup>27</sup>, cuyo art. 8 promueve el respeto del derecho humano de recurrir ante los tribunales nacionales competentes para hacer valer sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley. El derecho de justicia había sido ya reconocido, en el mes de marzo del mismo año, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>28</sup>, el que presupone que la persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que viole ese derecho inalienable (art. 18).

Al no tener la Declaración carácter vinculante, se elaboraron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>29</sup>, refiriéndose éste a la tutela judicial efectiva mediante el compromiso de los Estados Partes de garantizar el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y el cumplimiento de la decisión final (arts. 3.1 y 14). Ratifican estos principios la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 (art. 5 a), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (art. 7- Derecho a la libertad personal, art. 8 -Garantías judiciales<sup>30</sup> y art. 25- Protección judicial<sup>31</sup>), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 (art 2 e) y la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 12.2).

De las constancias arrojadas a la causa, resulta que los esposos comparecieron personalmente y que han sido escuchados en sus demandas y defensas. Desde el punto de vista del orden público procesal, queda a resguardo esta condición de reconocimiento que enlaza necesariamente con los derechos y garantías procesales consagrados en el art. 18 de la Constitución Nacional.

*b.3. Sentencia firme.* También se exige que la sentencia tenga fuerza “de cosa juzgada en el Estado en que se ha pronunciado”, es decir, que no sea susceptible de ulterior impugnación o recurso dentro de un mismo proceso (inc. 1).

La prueba de la firmeza de la decisión, surge de la aportación del documento público traducido en el que se han consignado los siguientes elementos: un régimen de tenencia y alimentos de los hijos menores que equilibran los derechos y obligaciones de los padres; la cotitularidad de la patria potestad; la provisión del seguro médico de los hijos a cargo del padre,

imponiendo hasta el detalle la obligación de avisar con determinada antelación al otro, todo cambio de domicilio y hasta de teléfono; y la liquidación de la sociedad conyugal.

*b.4. Ausencia de contradicción con una decisión judicial o un proceso pendiente argentinos* . Finalmente, el acto de reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera dependerá de que ésta “no sea incompatible con otra pronunciada, con anterioridad o simultáneamente, por un tribunal argentino” (inc. 5).

Se procura evitar las distorsiones que puedan derivarse de la convivencia en un mismo orden jurisdiccional de dos resoluciones contradictorias -idénticas partes, objeto y causa- una de las cuales fue pronunciada o reconocida en el Estado requerido. Las mínimas exigencias de coherencia y seguridad jurídica impiden llegar a este resultado, tratándose además, de una solución seguida unánimemente en el régimen convencional sobre la materia<sup>32</sup>.

Asimismo, se regula el conflicto entre un procedimiento pendiente en el foro de un asunto, entre las mismas partes, fundada en los mismos hechos y que tuviere el mismo objeto, al que resuelve la sentencia cuyo reconocimiento o ejecución se solicita. La ausencia de litispendencia pretende “moralizar los litigios internacionales entre los dos países”, evita que las partes intenten beneficiarse, provocando decisiones contradictorias para neutralizar los efectos de un litigio<sup>33</sup>.

La disposición no fija ningún límite temporal al procedimiento local, ello significa que esta limitación podría operar con independencia de que tal procedimiento se hubiese iniciado antes o después que el proceso incoado en el extranjero. Sin embargo, para este mismo supuesto, el Protocolo de Las Leñas -que rige en el Mercosur- opta por un criterio de prioridad temporal, de forma que sólo sería posible denegar el reconocimiento cuando el procedimiento abierto en el foro se inició con anterioridad al juicio extranjero que ha dado lugar a la decisión que se pretende reconocer (art. 22, seg. párr.).

Los elementos obrantes en el proceso, conducen a comprobar que no existe contradicción de la sentencia extranjera de divorcio con una decisión dictada o reconocida en nuestro país; y que tampoco existe un proceso pendiente en el foro que pueda dar lugar a una sentencia contradictoria con aquélla que se pretende reconocer.

### *c. Compatibilidad con el orden público internacional argentino*

La sentencia del T.S.J. incide con fuerza en otro campo decisivo, la defensa de los principios fundamentales recogidos en el texto constitucional que integran el orden público internacional argentino, cuya invocación impide la aplicación del derecho extranjero o la eficacia de decisiones extranjeras cuando lo contradigan.

La institución del orden público aparece en el tomo octavo de la obra de Friedrich Karl Von Savigny, *Sistema de Derecho Romano actual*, publicada en 1849. En ese año, confluyen por primera vez en la historia de la humanidad las dos circunstancias básicas del orden público: la obligación de aplicar derecho extranjero en los casos que presenten elementos conectados con ese país extranjero; y la existencia de una cantidad de derechos con bases ideológicas diferentes e incompatibles<sup>34</sup>.

La primera condición nace en el siglo XIII, cuando Acursio difundió una glosa a la Constitución Cunctos Populus (1228) que consagra la personalidad de los estatutos, ilustrando su razonamiento con este caso: “si un boloñés es demandado en Módena, no debe ser juzgado con arreglo a los estatutos de Módena, a los cuales no está sometido”. Esta glosa inaugura la separación de jurisdicción y ley aplicable.

La obligación de aplicar derecho extranjero desaparece en el siglo XVII con los estatutarios flamencos - holandeses que negaron toda vigencia extraterritorial de las leyes extranjeras, pero paralelamente aparece la segunda condición, ordenamientos jurídicos con bases ideológicas diferentes e incompatibles en materia religiosa -derechos basados en el catolicismo o en el protestantismo- política -Estados autoritarios y Estados liberales- y económica - ideas

capitalistas y pensamiento socialista-. Es decir que, desde Acursio hasta la formación de los Estados modernos se extiende la aplicación extraterritorial del derecho.

Recién en el libro octavo Savigny restablece la obligación de cada país de respetar el derecho internacional privado que la comunidad jurídica de los Estados establece y aplicar, en los casos en que así corresponda, las leyes extranjeras, aunque admite que la obligación cesa cuando sus normas desplacen a una ley propia absolutamente obligatoria y cuando impongan alguna institución que no puede ser reconocida dentro de fronteras <sup>35</sup>.

La cuestión de orden público siempre suscitó divergencias debido a la dificultad en determinar su alcance y contenido. Previamente, es preciso diferenciar el concepto de orden público interno del de orden público internacional. El primero, es entendido como aquel conjunto de disposiciones cuya aplicación no podrá ser derogada por la autonomía de la voluntad de las partes. Se trata del supuesto previsto en el art. 21 del C.C. "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

El orden público internacional, involucra un conjunto de principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico "fundados en conceptos de justicia, de moral, de religión, de economía..." <sup>36</sup> y que el juez que entiende en la causa debe invocar y utilizar para excluir la aplicabilidad de una ley extranjera o el reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos extranjeros que los vulneren. En ese orden de ideas, se lo ha conceptualizado como aquel "conjunto de principios inspiradores de la organización del Estado y de la familia, que de acuerdo al orden moral y a las buenas costumbres, aseguran la realización de los valores humanos fundamentales" <sup>37</sup>. La excepción se nutre de principios o valores extraídos de la Constitución Nacional, como norma fundamental del Estado argentino, y se encuentra en el inc. 2 del art. 14 del C.C. que se refiere "al espíritu de nuestras leyes".

Goldschmidt alude al orden público internacional como característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma indirecta, que impide la aplicación de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto del foro <sup>38</sup>.

Ahora bien, debemos tener en claro que nos encontramos frente a principios básicos mutables a través del tiempo, de acuerdo a un momento económico, político y cultural determinado, y a las concepciones morales imperantes en cada Estado. El carácter variable del orden público se resume al decir que "...El espíritu que informa la legislación de un Estado tiene el dinamismo propio de lo viviente y avanza con la vida de una comunidad" <sup>39</sup>.

La relatividad en el tiempo y el criterio de actualidad con que debe utilizarse la excepción, lo pone de relieve la doctrina al sostener que "la actualidad del orden público es el resultado indefectible de su variabilidad" <sup>40</sup>. En ese sentido se pronuncia la CSJN al decidir que la pretensión de reconocimiento de una sentencia extranjera de divorcio que disolvía un matrimonio celebrado en el país durante la vigencia de la ley 2393, más cuyo reconocimiento se solicita una vez modificado este sistema legal (Ley 23.515), debe ser resuelta, en cuanto a su compatibilidad con el orden público del foro, conforme al contenido de éste al momento en que se reclama su reconocimiento y no cuando el tribunal extranjero pronunció el divorcio <sup>41</sup>.

Esa línea de razonamiento sigue el T.S.J. al señalar que, admitida la institución de divorcio vincular en nuestro país por ley 23.515, la disolubilidad resuelta por el Tribunal del Estado de Texas no lesiona los principios de orden público del derecho argentino. Distingue, además, entre ambos conceptos del instituto al expresar que "el régimen de las causales de divorcio de nuestra legislación hace al orden público interno, pero no puede condicionarse el reconocimiento de sentencias extranjeras que han disuelto vínculos matrimoniales, a que haya una absoluta identidad entre las de ambos países".

Asimismo, confirma que no cabe una revisión sobre el fondo del pronunciamiento extranjero, independientemente de la obligación que tiene de comprobar el respeto a las garantías constitucionales. Con palabras de Boggiano añade "Ni siquiera cuando el juez extranjero ha aplicado el derecho material argentino su decisión es revisable por vía de reconocimiento o exequatur; tampoco procede revisar las normas de conflicto aplicadas por el tribunal extranjero. El respeto a la decisión extranjera comprende también el de las normas de conflicto aplicadas por el juez que la dictó" <sup>42</sup>.

### III. Aplicación del derecho extranjero

La aplicación del derecho extranjero está en el centro de gravedad del conflicto, porque recordemos que la falta de acreditación por parte del peticionante de la prueba del derecho norteamericano, constituyó la base para rechazar el reconocimiento de la sentencia de divorcio y su inscripción registral.

El art. 13 del C.C. refiere específicamente a la aplicación de las leyes extranjeras cuando las normas de conflicto así lo impongan, lo que nos lleva necesariamente a distinguir la cuestión de la naturaleza del derecho extranjero (norma o hecho) del problema de su aplicación oficial o sólo a instancia de parte. La tesis de que la ley extranjera es un hecho que debe probarse aparece en la nota del artículo, mientras que su texto establece que son las partes las únicas que pueden alegarlo y probarlo. Este principio dispositivo sólo admite dos excepciones, la aplicación de oficio del derecho extranjero impuesto por un convenio internacional o en virtud de una ley especial<sup>43</sup>.

No obstante ello, la jurisprudencia fue erosionando paulatinamente el rigor de este principio dispositivo al pronunciarse a favor de la aplicación de oficio del derecho extranjero haya sido o no invocado por las partes, pues “de lo contrario, la aplicación de las normas de conflicto inderogables quedarían a merced del arbitrio de las partes, dueñas de invocar o no el derecho extranjero indicado por las normas de conflicto argentinas”<sup>44</sup>.

Desde la perspectiva del derecho convencional, acorde a la excepción prevista en el citado art. 13, cabe mencionar los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 13 de noviembre 1889<sup>45</sup> y de 19 de marzo de 1940<sup>46</sup> que establecen la aplicación de oficio de las leyes de los Estados Parte por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada (art. 2).

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado<sup>47</sup> (Montevideo, 8/05/79) prescribe que “Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada” (art. 2). Ello importa que dicho examen no se circunscribe a la legislación vigente aplicable, sino que comprende también la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales de justicia o de órganos administrativos con funciones jurisdiccionales del Estado a cuyo ordenamiento aquélla pertenece.

Ahora bien, esta obligación cesa cuando su aplicación sea manifiestamente contraria a los principios de orden público del Estado al que pertenecen los jueces y las autoridades llamadas a aplicar la ley extranjera reclamada por alguna Convención (art. 5). La utilización del adverbio “manifiestamente”, evidencia una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada declaren no aplicable preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica<sup>48</sup>.

La Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero<sup>49</sup>, de igual fecha e idéntica sede, dispone que las partes cooperarán para la obtención de elementos de prueba e información sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho de cada uno de ellos, siendo idóneos la prueba documental, la prueba pericial y los informes del Estado requerido sobre el tema (arts. 2 y 3).

El Convenio bilateral argentino-uruguayo sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero<sup>50</sup> (Buenos Aires, 20/11/1980) inicia su articulado con la fórmula recogida en la Convención sobre Normas Generales, exige que los jueces y autoridades de las Partes apliquen el derecho extranjero, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece.

Ya el Convenio sobre Información en Materia Jurídica respecto al Derecho Vigente y su Aplicación (Brasilia, 22/09/1972)<sup>51</sup> sin perjuicio de aclarar que la respuesta no tendrá fuerza

vinculante, estableció que la información en materia jurídica contendrá, según los casos, los textos legislativos y reglamentarios y en lo posible, las decisiones jurisprudenciales y extractos de los comentarios doctrinales, acompañándose en caso de ser necesario, un comentario explicativo (art. 5).

En el ámbito del MERCOSUR, rige el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Las Leñas, 27/06/1992)<sup>52</sup>, que dedica el capítulo 7 a la información sobre el sentido y alcance legal de los derechos de los Estados Parte en las materias referidas que, en concepto de cooperación jurisdiccional, se suministrarán sus respectivas autoridades centrales, siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público. El art. 30 deja en claro que, tanto el Estado que brinda la información como el que la recibe, no están obligados a aplicar el derecho según el contenido de la respuesta proporcionada o recibida.

En la sentencia comentada, el aspecto problemático recae en la adecuada interpretación y aplicación del art. 13 del C.C., cuando la decisión extranjera sobre divorcio se pretende emplear como título para la inscripción registral. En este supuesto, el T.S.J. afirma que el recaudo de la prueba del derecho extranjero no constituye un requisito indispensable para que el juez verifique. Lo único a considerar en el exequatur es la defensa del orden público mediante la constatación previa de que la sentencia extranjera reúne los requisitos formales, procesales y sustanciales establecidos por el ordenamiento argentino.

En razón que la sentencia extranjera de divorcio ha cumplido los recaudos formales, en tanto se encuentra debidamente legalizada y traducida; los procesales, la sentencia firme emanó de un juez internacionalmente competente, se respetó el derecho de defensa en juicio y se verificó la inexistencia de cosa juzgada y de litispendencia internacional; y los sustanciales, en la disolución del matrimonio resuelta no se aprecia contrariedad alguna con el orden público internacional argentino, se resolvió admitir el pedido de inscripción registral de la decisión dictada el 15 de marzo de 1984 por el Estado de Texas.

#### **IV. Régimen convencional**

Con el fin de dejar constancia de la doble dimensión, internacional e interna, de esta disciplina, junto a las normas de fuente estatal ha de tenerse presente las contenidas en convenios internacionales, multilaterales o bilaterales, que se encuentran en vigor en el ordenamiento argentino y que presentan puntos de contacto con el mismo. Precisamente, en el ámbito de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras la concurrencia de los tratados multilaterales resulta más acentuada, cabe mencionar los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 11 de enero de 1889<sup>53</sup> y de 19 de marzo de 1940<sup>54</sup>, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 6/5/1979, CIDIP II)<sup>55</sup> y los instrumentos vigentes en el Mercosur, el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Las Leñas, 27/6/1992)<sup>56</sup> y el Acuerdo celebrado entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile (Buenos Aires, 5/7/2003) que tiene igual regulación que el instrumento anterior<sup>57</sup>.

Solamente el Protocolo de Las Leñas, incluye expresamente la regla de compatibilidad que otorga prevalencia a la aplicación del convenio más favorable al reconocimiento, al expresar que “no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados en tanto no lo contradigan” (art. 35). Por lo tanto, en lo relativo al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales concurre con la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958<sup>58</sup>, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y la CIDIP II, mientras que con los tres últimos el encuentro se extiende a las sentencias judiciales. Aún cuando esta regla no sea expresa en los otros convenios, puede interpretarse que se infiere de la propia naturaleza y función de las normas que disciplinan el reconocimiento de decisiones<sup>59</sup>.

Por las materias que abarca el reconocimiento y ejecución de resoluciones, el ámbito de aplicación de los distintos tratados es marcadamente dispar, desde la materia civil y comercial que comprende el de 1889, a las que el homónimo de 1940 agrega los asuntos contenciosos administrativos y las sentencias civiles dictadas por un tribunal internacional, pasando por las sentencias penales, en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito, incorporadas por la CIDIP II, hasta complementar la cooperación jurisdiccional en materia laboral, administrativa y penal, en lo relativo a la reparación de daños y restitución de bienes, tal como lo hace el Protocolo de Las Leñas.

A continuación, examinaremos brevemente las distintas condiciones del procedimiento de reconocimiento y ejecución de decisiones contenidas en dichos instrumentos, señalando que, en general, son muy semejantes y que no excluyen expresamente la posibilidad de una revisión de fondo de la sentencia extranjera.

El primer recaudo que regulan los convenios, es la exigencia de prueba suficiente de autenticidad de la decisión que pretenda ser objeto de reconocimiento. Se prevé la aportación de copia auténtica de la resolución jurisdiccional; la debida certificación del carácter de fuerza de cosa juzgada y/o ejecutoria de la decisión; la acreditación de las debidas notificaciones y del ejercicio del derecho de defensa de las partes<sup>60</sup>; y, en algunos de ellos, se contempla el requisito de la traducción<sup>61</sup>.

En lo que se refiere al control de la competencia indirecta de los tribunales del Estado requirente, algunos de los tratados se remiten a los criterios atributivos de competencia directa del Estado requerido<sup>62</sup>.

No existe unanimidad en cuanto al control de la notificación al demandado en la jurisdicción de origen de la decisión, pues sólo la CIDIP II exige que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia deba surtir efectos (art. 2 inc. e). No obstante, todos los demás coinciden en asegurar al demandado el ejercicio de su derecho de defensa en el proceso abierto en el extranjero que, según se ha visto, exige la adecuación de la sentencia extranjera a los derechos fundamentales previstos en la Constitución Nacional (art.18)<sup>63</sup>.

El Protocolo de Las Leñas es el único que prevé expresamente la denegación del reconocimiento por contrariedad con un proceso abierto en el foro o con una decisión dictada en el Estado requerido. En el primer supuesto, incorpora el criterio de la prioridad temporal, es decir, que esta limitación sólo opera cuando el procedimiento en el Estado en que se solicita el reconocimiento es anterior al proceso abierto en el extranjero y que concluye con la decisión que se pretende reconocer (art. 22).

También se encuentra presente en estos convenios el orden público del Estado requerido como límite al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, aunque con distinta formulación procuran limitar las posibilidades de su uso. El Tratado de 1889 expresa que “no se opongan a las leyes de orden público del país de su ejecución” (art. 5, inc. d); mientras que el de 1940 refiere solamente al orden público del país de su cumplimiento (art. 5, inc. d); la CIDIP II especifica que la contrariedad con los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o ejecución tiene que ser “manifiesta” (art. 2, inc. h); esta fórmula la reitera el Protocolo de Las Leñas sin hacer referencia a las leyes de orden público (art. 20, inc. f).

Ninguna de las convenciones incluye como motivo de denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera, el control de la ley aplicada.

Frente al reconocimiento global de todos los pronunciamientos de la decisión extranjera, algunos de los textos contemplan la posibilidad de un reconocimiento parcial mediante solicitud de parte interesada, que puede servir para lograr un efecto atenuado de la excepción de orden público del foro, cuando el fallo extranjero contiene algunos pronunciamientos contrarios a éste pero otros compatibles con él<sup>64</sup>. Elementales razones de justicia justifican evitar la denegación absoluta, en la medida que sea posible su reconocimiento parcial<sup>65</sup>.

Todos los tratados coinciden en el tratamiento del procedimiento de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, por cuanto remiten en bloque a la ley del Estado requerido

66

## V. Panorama actual de la cuestión

Desde el 1 de marzo de 2005, en la Unión Europea se aplica el Reglamento N° 2201/2003 (Reglamento Bruselas II bis) 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.

El Reglamento agiliza considerablemente las cuestiones referentes al reconocimiento y ejecución, basándose en el principio de la confianza que existe entre los Estados Parte, por lo que el principio básico del sistema es el reconocimiento mutuo sin ser necesario acudir a procedimiento alguno (art. 21.1). Es preciso destacar que debe tratarse de resoluciones fundadas en un matrimonio, por lo que el Reglamento no se aplica a las disoluciones de uniones estables de parejas o figuras equivalentes que, en principio, prescinden de formalidad alguna para que se les ponga fin.

Rige el principio de reconocimiento automático, la resolución extranjera produce efectos, sin necesidad de declaración jurisdiccional sobre si debe o no darse cumplimiento a dicha ejecutoria, siempre que no exista oposición (art. 33.1). El solicitante deberá presentar una copia auténtica de la decisión, un certificado ajustado al formulario del Anexo I y, en el caso de que la sentencia haya sido dictada en rebeldía, el original o una copia auténtica del documento que acredite la entrega o notificación al demandado del escrito de la demanda o, alternativamente, cualquier documento que acredite que el demandado ha aceptado la resolución (art. 37).

Se reducen al mínimo necesario los motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución, los que se limitan al control del orden público; al control de la correcta notificación del demandado, a menos que conste en forma inequívoca que éste ha aceptado la resolución; la inconciabilidad de la resolución con otra dictada en el Estado miembro requerido; y la incompatibilidad con otra resolución dictada con anterioridad en un tercer Estado o en un Estado miembro distinto del requerido, en un litigio entre las mismas partes y susceptible de ser reconocida en el Estado miembro requerido (art. 22)<sup>67</sup>.

En una materia tan sensible como el Derecho de familia, por las distintas regulaciones nacionales que existen en el ámbito del Mercosur, resultaría conveniente adaptar a las particularidades de la región el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales y extrajudiciales, porque constituye la piedra angular tanto de la cooperación civil como de las otras materias.

Es particularmente importante que las fronteras entre los países que conforman el espacio integrado, dejen de constituir un obstáculo a la ejecución de las resoluciones en asuntos civiles que afectan a los ciudadanos en su vida diaria.

La propuesta es dar un paso más en el camino de la integración, fortaleciendo la cooperación judicial civil sobre el eje del principio del reconocimiento mutuo de las decisiones. Este principio se basa en la confianza recíproca entre los sistemas que no se tratan de uniformizar sino que conviven entre sí, aceptándose en unos Estados lo que se decida en otros, siempre que se respeten los límites que, por ejemplo, vimos establece el Reglamento Bruselas II de la Unión Europea.

### NOTAS:

<sup>1</sup> ADLA, 1881-1888-497.

<sup>2</sup> B.O., 30/12/1954.



<sup>3</sup> J. ALBORNOZ - B. PALLARÉS, “Ineficacia de matrimonios celebrados en el extranjero”, en *Enc. de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Universidad, 1992, t. II, pág. 530; Berta KALLER DE ORCHANSKY, “La doctrina reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de los matrimonios celebrados en el extranjero en fraude a la ley argentina”, L.L. 140-1117 y “Matrimonio en fraude a la ley argentina. Improcedencia de una información sumaria”, L.L. 1976-C-104; Eduardo ZANNONI, “Hacia la declaración de nulidad de oficio del matrimonio en fraude a la ley”, L.L. 138-740.

<sup>4</sup> Guillermo BORDA, *Tratado de derecho civil argentino. Familia*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. I, N° 168; Jorge LLAMBIAS, opina que ese matrimonio es inexistente porque falta el consentimiento matrimonial, ya que el intercambiado por los contrayentes en tales condiciones en nada se diferencia del que se han conferido los concubinos que viven maritalmente, L.L. 140-1116.

<sup>5</sup> Alberto MOLINARIO, “Algunas reflexiones acerca de la cuasi-inexistencia temporal: de la unidad jurisdiccional en cuestiones familiares y del régimen de la buena fe en materia de nulidad matrimonial”, J.A. 10-1971-86.

<sup>6</sup> Augusto C. BELLUSCIO, propuso privar al acto de eficacia para producir efectos en el país, es decir, declaró su ineficacia extraterritorial en “El segundo matrimonio celebrado en el extranjero”, L.L. 122-1065 y en “Difusión jurisprudencial de la tesis del desconocimiento de eficacia extraterritorial del segundo matrimonio extranjero”, L.L. 139-357. Esta posición tiene su origen en un voto del juez Barraquero, integrante de la CNCiv., Sala B, 13/12/57, “R., P., suc.”, en donde se resolvió que la solicitud de que se declare la nulidad absoluta del segundo matrimonio celebrado por el marido en México, en virtud de subsistir el primero conforme con la legislación argentina, debe limitarse a no reconocer su validez dentro del territorio de la República, L.L. 92-520. En el caso “Rosas de Egea, Manuela c/ Instituto Nac. de Previsión Social” del 12/5/69, la C.S.J.N. también admitió esta tesis, al juzgar en materia previsional y revocar una decisión de la Cámara del Trabajo, L.L. 135-624. Asimismo, la doctrina del fallo plenario de la Cám. Nac. de Apelaciones de fecha 8/11/73 en los autos “Martín González de Anotti M. s/ sucesión” en el que se dispuso que no será necesario promover la acción de nulidad prevista en la ley 2393 para privar de eficacia a la referida partida de matrimonio, CNCiv., Sala K, E.D. 54-136.

<sup>7</sup> C.S.J.N., Fallos 308: 2268 o J.A. 1986-IV-592.

<sup>8</sup> B.O., 12/6/87. La ley no sólo introduce la disolubilidad del vínculo matrimonial por divorcio, sino también la posibilidad de convertir en tal a las sentencias anteriores de separación no vincular.

<sup>9</sup> C.S.J.N., “Solá Vicente s/suc. ab intestato”, 5/8/94, J.A. 1997-IV-654.

<sup>10</sup> T.S.J., Sala Civ. y Com., 30/12/97, “B., S. B”, L.L. 1999-D-745 o L.L.C. 1999-539.

<sup>11</sup> Juan Carlos HITTERS, “Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros”, L.L. 14/12/95.

<sup>12</sup> Santiago SENTÍS MELENDO, *La sentencia extranjera*, Buenos Aires, EJE, 1958, pág. 30.

<sup>13</sup> Amalia URIONDO DE MARTINOLI, *Integración regional. Derecho Procesal Internacional*, Córdoba, Advocatus, 1996, pág. 104.

<sup>14</sup> Federico F. GARAU SOBRINO, “Las sentencias alemanas de divorcio y su acceso al Registro Civil Español. El divorcio entre la DGRN y el Tribunal Supremo”, en *Derecho Registral Internacional- Homenaje a la Memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, págs. 231 y 225.

<sup>15</sup> Sancionada: 10/9/08; promulgada de hecho: 1/10/08. Deroga el decreto ley 8204/63.

<sup>16</sup> 1/5/68.

<sup>17</sup> La disposición sigue fielmente el texto del art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

<sup>18</sup> Aprobada por 23.458 (B.O., 21/4/87). En el curso del año 2008 la Convención obliga a 92 Estados ratificantes y adherentes.

<sup>19</sup> José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS - Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pág. 499.

<sup>20</sup> Conforme al art. 1, la apostilla puede aplicarse en: a) documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del Ministerio Público o de un secretario, oficial o agente judicial; b) documentos administrativos; c) las actas notariales; d) certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como la certificación del registro de un documento, la certificación sobre la certeza de una fecha y las autenticaciones oficiales y notariales de firmas en documentos de carácter privado.

No se aplicará a los documentos expedidos por funcionarios diplomáticos y consulares y a los documentos administrativos relacionados directamente con una operación comercial o aduanera.

<sup>21</sup> Junto a la tesis bilateralista pueden mencionarse: la doctrina unilateralista, controla la competencia indirecta del tribunal del Estado requirente según los criterios de jurisdicción directa del propio ordenamiento del cual la misma emana; y el sistema flexible, la valoración de la competencia indirecta se realiza a tenor de las conexiones más próximas que presente el litigio con el país cuyo juez ha intervenido, Alejandro RADZYMSKI, “El reconocimiento de sentencia extranjera en Argentina”, E.D. 133-589, María Susana NAJURIETA, “Reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil entre la República Argentina y la República Italiana”, E.D. 141-1991-930. .

<sup>22</sup> Eduardo TELLECHEA BERGMAN, “Aproximación a la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986-1, pág. 25.

<sup>23</sup> A.L. CALVO CARAVACA - J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 1997, pág. 539.

<sup>24</sup> Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, págs. 22/29 y ss.

<sup>25</sup> Sentencia de 31 de marzo de 1981 del Tribunal Constitucional de España (S. 9/81).

<sup>26</sup> Sentencia de 7 de noviembre de 1983 del Tribunal Supremo Español (S. 90/83).

<sup>27</sup> Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III).

<sup>28</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948.

<sup>29</sup> Aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

<sup>30</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en el caso “Cantos” con relación al acceso a la justicia que “... los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier manera el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precepto citado del art. 8.1 de la Convención... la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática...”. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, N° 97.

<sup>31</sup> En el Informe 30/97 emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 30 de setiembre de 1997 en el caso N° 10.087: Argentina, se ha expresado “... La Comisión ... entiende que el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 25 no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso judicial. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del reclamo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso judicial. Es más, esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho al recurso judicial reconocido por la Convención Americana en el art. 25, que estará también revestido por indispensables garantías individuales y obligaciones estatales...”.

<sup>32</sup> Rafael ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pág. 366.

<sup>33</sup> María Susana NAJURIETA, “Reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil entre la República Argentina y la República Italiana”, *Rev. jurídica El Derecho*, 6 de febrero de 1991, pág. 937.

<sup>34</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1992, pág. 148.

<sup>35</sup> Quintín ALFONSÍN, “Savigny, nota sobre su sistema de derecho privado internacional”, *R. Montv.*, 1951, pág. 921.

<sup>36</sup> Haroldo VALLADAO, *Direito Internacional Privado*, 5ª ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, pág. 498.

<sup>37</sup> Berta KALLER DE ORCHANSKY, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, pág. 136.

<sup>38</sup> Werner GOLDSCHMIDT, “El orden público internacional en el Derecho Internacional Privado”, E.D. 109-1984-890.

<sup>39</sup> María Susana NAJURIETA, “Orden público internacional y derechos fundamentales del niño”, L.L. 1997-1437.

<sup>40</sup> Quintín ALFONSÍN, *Teoría del derecho privado internacional*, Montevideo, 1982, pág. 578.

<sup>41</sup> En la sentencia “Solá, Jorge Vicente s/suc. ab intestato”, 12/11/96, la C.S.J.N. -la suscriben los siete miembros- sentó la doctrina del criterio de actualidad con que debe apreciarse el orden público internacional argentino, para reconocer a la recurrente legitimación para promover el juicio sucesorio del causante. El matrimonio se había celebrado en Paraguay el 3 de julio de 1980, sin que por aquel entonces se hubiera disuelto vincularmente el ligamen anterior contraído en la Argentina, por cuanto la autoridad judicial había dictado el divorcio del primero en los términos del art. 67 bis de la ley 2393; J.A.. 1997-IV-654 con nota de María Josefa MÉNDEZ COSTA, “Sobre divorcio vincular y orden público”.

Esta doctrina ha sido esgrimida de manera constante, desde el año 1996, como precedente para solucionar peticiones sustancialmente análogas, entre otros fallos, pueden citarse:

1. C.S.J.N., “Z., L.I. c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”, 16/8/05. Se trata de un pedido de beneficio de pensión por quien contrajo en la República Oriental del Uruguay un matrimonio con el causante, estando divorciada en la República Argentina de acuerdo al art. 67 bis de la ley 2393, por culpa exclusiva de su anterior esposo. En el año 1989, después de diecisiete años de convivencia en aparente matrimonio con el causante -unión de la que nacieron dos hijos- por sentencia judicial se ordenó la exclusión del hogar de aquél. El voto de la mayoría sustenta su conclusión en la actualidad del orden público internacional argentino, por lo que juzga que resulta precedente la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión derivado de la jubilación de aquél, con la finalidad de resolver la situación donde imperaba la violencia psíquica y física contra quienes integraban el grupo familiar y, en especial, evitar que los hijos menores de edad continuaran viviendo en peligro; L.L. 2005-E-260. Un comentario crítico a la sentencia puede verse en Jorge MAZZINGHI, L.L. 12/9/05.

a) La S.C.B.A. en la causa “Behrens, Germán o Hermann Friedrich, Suc. ab intestato”, 13/6/07, en votación coincidente y al hilo de distintos fundamentos, resolvió reconocer a la cónyuge supérstite legitimación para iniciar el sucesorio del causante, sobre la base del matrimonio que ambos contrajeron en Alemania. La validez de éste depende de la inexistencia de impedimentos al tiempo de su reconocimiento, al no haberse puesto en duda la existencia y validez del primer enlace celebrado en la ciudad de Buenos Aires en abril de 1937, de cuya unión nacieron tres hijos. Los cónyuges se divorciaron en mayo de 1969 mediante sentencia pronunciada por las autoridades locales, con el alcance que a aquella figura otorgaba la ley 2393. Fallo publicado en La ley on line.

- La C.S.J.N. en el caso “Ulloa, Alberto s. sucesión”, 10/4/07, nuevamente trata la cuestión atinente a saber si la unión contraída en el exterior con impedimento argentino subsistente por parte de uno de los contrayentes, debe ser enjuiciada, en cuanto a su compatibilidad con el orden público del foro, conforme al contenido de éste al momento de contraerla o cuando se solicita el reconocimiento de la calidad de heredera de la cónyuge superviviente. Esta última opción es la que adopta la Corte para conferir a la peticionante la calidad de heredera en la sucesión del causante, con quien había contraído matrimonio en el Perú; L.L. 2007-D-132 con nota de Lilia María CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA y en L.L. 2007-F- 247 con nota de Néstor E. SOLARI.

<sup>42</sup> Antonio BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, t. I, pág. 564.

<sup>43</sup> Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pág. 504 y ss.

<sup>44</sup> CNCiv., Sala E, 27/2/84, “Deutsches Reisebüro, G.M. c/ Speter, Armando”, con nota a fallo de Alicia PERUGINI, “Aplicación del derecho extranjero de oficio y calificaciones en el derecho internacional privado argentino. La apariencia de la cuestión previa”, L.L. 1984-D-559.

<sup>45</sup> Aprobado por ley 3192, promulgada el 4/12/1894.

<sup>46</sup> Aprobado por decreto-ley 7771/56 (B.O., 8/5/1956).

<sup>47</sup> Aprobada por ley 22.921 (B.O., 27/9/83). Estados Parte: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>48</sup> Así lo expresa la declaración hecha por Uruguay al firmar la Convención.

<sup>49</sup> Aprobada por ley 23.506 (B.O., 20/10/87). Estados Parte: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>50</sup> Aprobado por ley 22.411 (B.O., 6/3/81).

<sup>51</sup> Aprobado por ley 21.447 (B.O., 4/11/76).

<sup>52</sup> Aprobado por ley 24.578 (B.O., 27/11/95).

<sup>53</sup> Ratificado por Argentina, Bolivia, Colombia (adhiera), Perú, Paraguay y Uruguay.

<sup>54</sup> Estados Parte: Argentina, Paraguay y Uruguay.

<sup>55</sup> Aprobada por ley 22.921 (B.O., 27/9/83). Estados Parte: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>56</sup> Estados Parte: Argentina, 3/7/1996; Brasil, 16/2/1996; Paraguay, 12/9/1995 y Uruguay, 20/7/1999. El 14 de junio de 1997 los Estados Parte, convencidos de la importancia de adoptar reglas comunes para agilizar la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa acuerdan, en la ciudad de Asunción, aprobar los formularios que, del número 1 al 11, integran el Anexo al Acuerdo Complementario al Protocolo de Las Leñas (dec. CMC 5/97); Estados Parte: Argentina, 30/3/2000; Paraguay, 18/2/1998 y Uruguay 21/2/2002. En la Ciudad de Buenos Aires, el 5 de julio de 2002, el CMC aprobó por dec. 7/02 la Enmienda al Protocolo de Las Leñas, que no ha entrado en vigor porque requiere la ratificación de los cuatro Estados Parte y sólo depositaron los respectivos instrumentos: Argentina, 3/12/04 (aprobó por ley 25.934 de 3/12/04), Brasil, 21/5/04 (aprobó por dto. leg. 970 de 16/12/03) y Paraguay, 12/8/08 (aprobó por ley 3451 de 4/4/08).

<sup>57</sup> Aprobado por Argentina, ley 29.935 de 5/3/05; Brasil, dto. leg. 1021 de 24/11/05 y Paraguay, ley 3036 de 26/10/05, todavía no está vigente porque requiere el depósito del instrumento de ratificación de dos Estados Parte y está pendiente la de los dos Estados Asociados. Adhesión de Ecuador el 21/8/06.

<sup>58</sup> Aprobada por ley 23.619 (B.O., 4/11/88). Estados Parte: entre los numerosos países que ratificaron el Convenio sólo mencionaré aquéllos que están vinculados por los otros tratados antes citados: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

<sup>59</sup> José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS - Sixto SÁNCHEZ LORENZO, ob. cit., pág. 255.

<sup>60</sup> Art. 6 de ambos Tratados de Montevideo; art. 3 CIDIP 1979; y art. 20, Protocolo de Las Leñas.

<sup>61</sup> CIDIP II, art. 2, inc. b) y Protocolo de Las Leñas, art. 20, inc. b).

<sup>62</sup> CIDIP II, art. 2, inc. d) y Protocolo de Las Leñas, art. 20, inc. c).

<sup>63</sup> Tratados de 1889 y 1940, art. 5, inc. c; CIDIP II, art. 2, inc. f; Protocolo de Las Leñas, art. 20, inc. d.

<sup>64</sup> CIDIP II, art. 4 y Protocolo de Las Leñas, art. 23.

<sup>65</sup> Eduardo TELLECHEA BERGMAN, “El Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur”, *Rev. Investigación y Docencia*, N° 22, Univ. Nac. de Rosario, 1994, pág. 236.

<sup>66</sup> Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, arts. 7; CIDIP de 1979, art. 6; y Protocolo de las Leñas, art. 24.

<sup>67</sup> El examen del Reglamento puede verse en José Francisco COBO SÁENZ, “El reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos entre las partes con fuerza ejecutiva, en el Reglamento CE N° 2201/2003 (Bruselas II), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental”, publicado en *Cooperación judicial en materia de familia y relaciones parentales en la Unión Europea*, Estudios de Derecho Judicial, 74-2005, Foro de Estudios Europeos de Murcia, pág. 52 y ss; y en Rafael ARENAS GARCÍA, ob. cit., págs. 378/406.

