

MADRID, 28 A 30 DE MAYO DE 2012

XV  **JORNADA NOTARIAL
IBEROAMERICANA**

**UNIÓN INTERNACIONAL
DEL NOTARIADO LATINO**

Tema III

PERSONA, FAMILIA y SUCESIONES

Experiencias en Ibero América

**Título: PANORAMA JURÍDICO NOTARIAL DE LA PERSONA,
FAMILIA Y SUCESIONES *MORTIS CAUSA* EN LA ARGENTINA.**

**Autores: Notario María Fernanda Moran (*)
Notario Karen Maína Weiss (*)
Notario Sebastián Justo Cosola (*)
Notario María Laura Rey (**)
Notario Gastón Augusto Zavala (***)**

(*) Integrantes del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

() Integrante del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe – Primera
Circunscripción con asiento en la ciudad de Santa Fe.**

(*) Integrante del Colegio de Escribanos de la Provincia de Río Negro.**

Entidades miembros del Consejo Federal del Notariado Argentino.

República Argentina.

<u>SUMARIO.</u>	Pág.
Ponencias.	7
<u>Parte 1: Persona y Familia.</u>	14
I. La familia.	14
1. Nociones introductorias.	14
2. El Estudio del derecho de familia en Argentina.	16
II. Adopción.	17
1. Introito.	17
2. La adopción en la República Argentina.	18
3. Teleología legal.	19
4. El sistema vigente.	20
5. Dos tipos de adopciones.	20
6. La importancia de tener en cuenta el principio “Centro de Vida”.	23
7. Las partes del procedimiento.	23
8. Procedimiento judicial. Efectos. Algunos resultados.	24
9. Consideraciones finales.	25
III. Reconocimiento de hijo.	26
1. La filiación.	26
2. Concepto.	26
3. Régimen histórico del Código Civil argentino (parte pertinente).	27
4. Régimen actual de la filiación matrimonial.	27
5. Régimen de la filiación extramatrimonial.	29
6. Régimen actual de la filiación extramatrimonial (continuación).	30
7. Reconocimiento de hijo.	30
8. Otros apuntes acerca del reconocimiento de hijo en la República Argentina.	32
9. Forma y efectos.	32
<u>Parte 2. Actas del Registro Civil.</u>	35
1. Registros Civiles en Argentina- Parte General.	35
2. El Registro Nacional de las Personas (RENAPER).	35
3. Teleología Legal.	36
4. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.	36
5. Forma.	37
6. ¿Cómo se inscribe en la República Argentina?	38
7. Los testimonios y su fuerza probatoria.	38
8. Competencia.	39
9. Calificación registral.	39
10. La modificación de las inscripciones y creación de Consejo Consultivo.	40
11. Consideraciones finales.	40
12. Alcance de la “ley marco”.	43
<u>Parte 3. Régimen patrimonial de la Familia.</u>	45
1. Régimen de bienes en el matrimonio.	45
1.1. Concepto.	45
1.2. Orden público o autonomía de la voluntad.	48
1.3. Eficacia en el país de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero. Asentimiento conyugal.	51

<u>SUMARIO.</u>	Pág.
1.4 Necesidad de una reforma legislativa.	54
2. Estipulación capitular.	55
2.1. Objeto de las convenciones matrimoniales.	61
2.2. Pluralidad de regímenes.	64
2.2.1. Comunidad de ganancias.	65
2.2.2. Separación de bienes.	66
2.2.3. Disposiciones Comunes.	67
2.2.3.1. Cargas de familia.	67
2.2.3.2. Responsabilidad por deudas.	71
2.2.3.3. Asentimiento conyugal.	75
2.3. La opción de mutabilidad del régimen. Límites.	79
3. Régimen patrimonial para uniones de hecho.	82
4. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial.	84
5. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria.	86
5.1. Publicidad en el registro inmobiliario.	90
6. Contratación entre cónyuges y ex – cónyuges.	92
7. La disolución de la sociedad conyugal <i>inter vivos</i> y <i>mortis causa</i> .	94
7.1. Principio general.	94
7.2. Tratamiento normativo.	95
7.3. Efectos de la sentencia.	98
7.4. Eficacia del acuerdo particionario <i>conyugal</i> -previo al divorcio.	103
7.5. Defunción de un cónyuge y la indivisión post comunitaria.	105
7.5.1. Incidencia de la porción legítima hereditaria.	108
8. Partición privada y adjudicación de los bienes.	111
9. Inscripción registral de la partición.	115
<u>Parte 4. Representación voluntaria y legal de los incapaces.</u>	117
1. Introducción.	117
2. La representación de los menores de edad.	119
2.1. La regulación en el ordenamiento jurídico argentino de la tutela.	119
2.2. Clases de tutela (tutela testamentaria, legal, dativa, especial y <i>ad litem</i>).	120
2.2.1. Tutela Testamentaria.	120
2.2.2. Tutela Legal.	121
2.2.3. Tutela Dativa.	121
2.2.4. Tutela Especial.	122
2.2.5. Tutela <i>ad litem</i> .	122
2.3. Nombramiento de tutores.	122
2.4. Clases de tutores que se pueden designar en testamento o en un acto notarial.	126
2.5. Intervención del notario en el régimen de la tutela. ¿Existe en el ordenamiento jurídico argentino la posibilidad de que una persona menor de edad pueda nombrar a su propio tutor?	127
3. La representación de los mayores de edad incapaces.	129
3.1. La regulación en el ordenamiento jurídico argentino de la curatela.	129
3.2. Nombramiento de curadores.	130
3.3. Clases de curadores que se pueden designar en testamento o en un acto notarial.	132
3.4. Intervención del notario en el régimen de la curatela. ¿Existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que una persona mayor de edad pueda nombrar a su propio curador para el caso de incapacidad?	132

<u>SUMARIO.</u>	Pág.
<u>Parte 5. Disposiciones para la propia incapacidad.</u>	138
1. Documento de voluntad anticipada o “ <i>living will</i> ”.	138
1.1. El consentimiento informado.	142
2. Regulación de la prórroga de los poderes en los casos de incapacidad del poderdante.	146
3. Intervención notarial. Sugerencias de la doctrina nacional.	147
3.1. Respecto a la capacidad jurídica de los menores de edad.	147
3.2. Respecto a los actos de autoprotección.	148
3.3. Proyectos de ley.	150
3.3.1. En el Orden Nacional.	151
3.3.1.1. Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio.	151
3.3.1.2. Otros proyectos.	152
3.3.2. Proyectos en el Orden Provincial.	158
3.2.2.1. Proyecto de Ley en Provincia de Buenos Aires.	158
3.2.2.2. Proyecto de Ley en la Provincia de Santa Fe.	164
3.2.2.3. Proyecto de Ley en la Provincia de Santa Fe.	165
3.2.2.4. Proyecto de Ley en la Provincia de Córdoba.	167
3.2.2.5. Proyecto de Ley en la Provincia de Corrientes.	169
3.2.2.6. Reforma de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos.	170
<u>Parte 6. La sucesión <i>mortis causa</i>.</u>	173
I. Introducción.	173
II. Sucesión testamentaria.	174
1. Concepto.	174
1.1. Actos de última voluntad.	175
1.2. Acto unilateral.	175
1.2.1. El testamento conjunto y la regla <i>locus regit actum</i> .	175
1.3. Actos personalísimos.	176
1.4. Acto escrito.	176
1.5. Actos patrimoniales.	176
1.6. Acto formal y solemne.	177
2. La capacidad y las disposiciones testamentarias.	177
2.1. La edad y la capacidad para testar.	179
2.2. La perfecta razón del Código Civil.	180
2.3. Demencia. Demencia declarada con posterioridad al testamento.	184
2.4. Carencia accidental del discernimiento.	186
2.5. Captación de la voluntad y el tipo penal.	190
3. El testamento y su forma.	194
3.1. Acreditación de la forma.	195
4. Firma del testador.	196
5. Formas de testar.	198
5.1. Testamento ológrafo.	199
5.2. Testamento por acto público.	200
5.2.1. Concepto.	200
5.2.2. Formalidades.	200
5.2.3. El testamento por acto público y la firma del testador.	205
5.2.4. Idioma extranjero.	206
5.3. Testamento cerrado.	207

<u>SUMARIO.</u>	Pág.
6. Los testigos.	209
7. Protocolización de Testamentos.	211
7.1. Necesidad de la protocolización.	214
7.2. Designación del escribano.	215
7.3. Acta de protocolización.	215
8. Obligación de comunicar.	216
9. Otras disposiciones <i>mortis causa</i> .	
9.1. Disposiciones <i>mortis causa</i> en general.	216
9.2. Disposiciones testamentarias para constituir fideicomisos.	217
9.3. El inicio de la tutela jurídica.	218
9.4. Las fuentes del fideicomiso.	218
9.5. El Fideicomiso en la Argentina: Evolución legislativa.	220
9.6. El régimen de la ley de fideicomiso en Argentina.	220
9.7. Defensa del Fideicomiso testamentario.	221
9.8. Conclusiones de la intervención notarial en los fideicomisos testamentarios.	222
10. Colofón.	223
III. La sucesión intestada en el Código Civil argentino.	224
Introducción.	224
1. Proceso sucesorio.	225
2. Transmisión hereditaria.	226
3. Posesión hereditaria.	228
4. Declaratoria de herederos.	229
5. Sistema germánico de reconocimiento de herederos con estructura francesa.	231
6. Panorama jurídico.	233
7. El notariado y sus incumbencias sucesorias.	235
8. Primeros antecedentes judiciales.	236
8.1. Caso <i>Picasso</i> .	237
8.2. Caso <i>Zavala</i> .	238
9. La transmisión hereditaria y la extinción de la indivisión.	242
9.1. Formas de partir.	243
9.2. La partición notarial.	244
9.2.1. Contenido de la partición.	245
9.2.2. Forma instrumental partitiva.	246
9.3. La registración de la partición.	247
10. Tendencias.	248

PONENCIAS.

PERSONA.

Registro Civil.

La ley argentina 26.413 de Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas determina la competencia de estos registros acerca de los actos jurídicos que deben inscribirse en los registros correspondientes de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se contempla únicamente mediante la vía administrativa, la inscripción de nacimientos y defunciones, matrimonios, divorcios, filiaciones y adopciones; que se llevan a cabo en libros con textos impresos, páginas fijas y numeradas correlativamente. Se propone ampliar al notario público, la competencia funcional para aquellas actuaciones no contenciosas.

FAMILIA.

Capitaciones matrimoniales.

El régimen patrimonial matrimonial reclama una revisión total, autorizando a los contrayentes o a los cónyuges a adecuar el régimen de bienes a sus propias circunstancias, posibilitando optar entre dos o más regímenes matrimoniales hasta contraer matrimonio, y luego, mutar de un régimen a otro, sin introducir modificaciones. De lo contrario, sólo pueden librarse de la estructura actual económica, aniquilando el estado civil en el que se encuentren.

El régimen de bienes actual en la República Argentina es único e imperativo en su origen, y la comunidad de gananciales es forzosa al casarse. Sólo por excepción legal pueden derivadamente luego del matrimonio, *cambiar* de régimen: de la separación de bienes al de comunidad o mantenerse en aquel, en forma convencional o por resolución judicial a solicitud de ambos.

Las capitulaciones matrimoniales deben ser facultativas, formalizarse por escritura pública, sin necesidad de homologación judicial. La única condición a la que están sometidas, es la celebración válida del matrimonio.

La soberanía privada no menoscaba la seguridad jurídica y compatibiliza el consentimiento personal matrimonial con el orden público, al elegir o permitir mutar entre regímenes económicos preestablecidos por la ley.

El pasivo de la sociedad conyugal cuenta con un pasivo provisorio (bienes con los que responden los cónyuges frente a sus acreedores) y un pasivo definitivo (que soportará el peso de la deuda en las relaciones internas de la comunidad conyugal). La responsabilidad por las deudas, se refiere a las relaciones de los cónyuges con los terceros, a la determinación de quién debe pagarlas. La cuestión de la contribución consiste en establecer la masa que finalmente soportará la deuda (propia o ganancial).

El cónyuge que presta el asentimiento no co-dispone, ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto; no puede decidir sobre el acto de disposición ni exigir parte del producido de la venta de un bien ganancial.

La oponibilidad del derecho del cónyuge sobre los bienes adjudicados en la liquidación de los bienes ex - gananciales, opera desde la inscripción en los registros respectivos, toma de posesión de cosas muebles no registrables, notificación al deudor del crédito o transmisión de acciones no registrables.

Si ambos cónyuges causan la ruptura matrimonial, la separación de hecho –de acuerdo a los precedentes judiciales- hace cesar la ganancialidad en ambos sentidos, por razones de justicia.

No puede pactarse que el régimen patrimonial matrimonial principie antes después de la celebración del matrimonio. Su finalización sólo se produce por las causales expresamente establecidas en la ley.

La regla general es la libertad de contratar de las personas capaces, incluso los cónyuges. Nuestra ley impone la incapacidad de derecho en forma específica para que los esposos celebren entre sí solo *determinados* actos.

La liquidación y partición de la masa ganancial es previa –aritméticamente- a la partición hereditaria. En tanto no se efectúe esa liquidación, se ignorará la cuantía de la masa post-comunitaria que pase a integrar la herencia del fallecido como los bienes singulares que la integren.

El estado de indivisión que crea la muerte de un cónyuge entre sus herederos y el cónyuge sobreviviente, produce sus efectos *erga omnes*, sin necesidad de publicidad alguna. La indivisión postcomunitaria es oponible a los terceros acreedores desde la muerte del causante.

En caso de fallecimiento la indivisión postcomunitaria y la comunidad hereditaria alteran las relaciones de titularidad originaria, y los acreedores se sujetan a la situación de herencia que se genera.

El acreedor del cónyuge supérstite, por deudas contraídas con posterioridad a la disolución del régimen matrimonial por fallecimiento, no puede pretender embargar un bien ganancial -aún inscripto a nombre de su deudor-, al formar éste parte de una universalidad. Este crédito del acreedor estará a las resultas del encogimiento y estiramiento de la garantía patrimonial de su deudor dentro del proceso liquidatorio del acervo hereditario.

Cada coheredero tiene derecho a una porción del patrimonio hereditario, pero no a una porción de cada una de las cosas determinadas que forman parte de aquél, hasta tanto no se concrete la partición de los bienes relictos.

Inscripta la declaratoria de herederos en un registro inmobiliario, puede acordarse entre los herederos la adjudicación del bien en exclusividad para alguno de ellos, pero un coheredero no puede demandar a los otros, la división de ese *supuesto* condominio hasta que no exista dicha adjudicación.

La administración y disposición de los bienes que integran la masa indivisa post-comunitaria, debe efectuarse en forma conjunta por los ex cónyuges.

Reconocimiento de hijo y filiación.

El reconocimiento de hijo es considerado unánimemente como un acto jurídico familiar. El código civil argentino prevé en la actualidad tres tipos de formas de reconocimiento: a) la declaración formulada ante el oficial del registro civil y capacidad de las personas en el momento de la inscripción del nacimiento o con posterioridad; b) la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; y c) la información que surja de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento fuera efectuado en forma incidental.

Adopción.

El régimen actual argentino para la *adopción* se encuentra regido por la Ley 24.779, que establece su viabilidad hasta la mayoría de edad (18 años) o que se trate de un menor no emancipado. El sistema presenta dos alternativas: adopción plena, si se produce una relación idéntica a la que surge de la filiación entre adoptante/s-adoptado/s, y adopción simple, si el adoptado mantiene un vínculo de parentesco con su familia de origen. La guarda sólo se puede otorgar judicialmente, debido a que está expresamente prohibido su otorgamiento mediante escritura pública o acto administrativo. Se considera la conveniencia de una reforma sustancial a la institución de la adopción.

Representación legal de menores e incapaces.

Los postulados del nuevo paradigma jurídico imperante en nuestro tiempo, imponen al Estado Argentino un razonable y necesario ajuste a las disposiciones obrantes en el Código Civil, en el que la representación de los incapaces es legal y sujeta a normas de orden público.

Según nuestro ordenamiento jurídico, el notario está plenamente facultado para intervenir en el régimen de la tutela, cuando una persona con potestad legal suficiente, concurre a una notaría para nombrar por acto público, tutor para un menor de edad.

A la luz de los principios de la Convención Internacional de los Derechos el Niño y de los postulados de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, consideramos necesaria una reforma que implemente un sistema progresivo de adquisición de la capacidad de hecho en los menores de edad, acorde a las normas aludidas, que hoy integran nuestro derecho positivo y han impactado directamente en la situación jurídica de la infancia y en su régimen de capacidad.

Según el espectro jurídico nacional, el notario esta plenamente facultado para intervenir en el régimen de la curatela, cuando los progenitores de una persona mayor de edad demente o sordomuda que no sabe darse a entender por escrito, concurren a una notaría para nombrar por testamento por acto público, curador para su hijo mayor de edad discapacitado.

Disposiciones para la propia incapacidad.

Las normas de fondo y de forma, en *apariencia* presentan obstáculos para el nombramiento del propio curador. Consideramos que los actos de autoprotección encuentran un sólido sustento en los derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales y en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro derecho interno.

Las expresiones de voluntad, acerca de los tratamientos médicos que desea o no recibir una persona acaecida su enfermedad, constituyen un apartado dentro del derecho de autoprotección. Este tipo de manifestaciones de voluntad autorreferente, hallan un firme respaldo en nuestra Carta Magna y en los Tratados Internacionales a ella incorporados.

El notariado argentino, se ha avocado seria y comprometidamente al estudio interdisciplinario del derecho que asiste a todo ser humano a tener una muerte digna, procurando rodear de las mayores garantías y seguridades jurídicas la instrumentación de tales actos de autotutela.

La escritura pública es el medio idóneo para la instrumentación de los actos de autoprotección “en sentido amplio”. Si bien esta función no ha sido asignada expresamente aún a los notarios por la legislación vigente, constituye un supuesto de incumbencia notarial

en asuntos no contenciosos y un requerimiento cada vez más recurrente y pertinaz en las notarías.

El Código Civil argentino no prevé la representación voluntaria de los incapaces. Se establece expresamente -y sin excepción alguna-, que el mandato se extingue por la incapacidad sobreviniente del mandante.

Propiciamos una reforma legislativa que reconozca y regule expresamente el apoderamiento preventivo o mandato de autoprotección y su necesaria subsistencia acaecida la incapacidad del mandante, introduciéndose así una verdadera excepción al régimen general de extinción del mandato, lo que abriría la puerta en nuestro derecho, a la representación voluntaria de los incapaces, permitiendo el mantenimiento de la autonomía de la voluntad de quién siendo capaz, pudo prever su pérdida de capacidad.

SUCESIONES.

Tramitación sucesoria en sede notarial.

En la República Argentina, la realidad forense ha circunscripto el desarrollo de los procesos sucesorios a la tramitación judicial, independientemente del contexto legal previsto en el Código Civil; marginando al notario de actuar como oficial público, limitándolo a su intervención en la autorización de determinados actos.

El notario es un profesional del derecho a cargo de una función pública, asignada por el Estado y con la autoridad consecuentemente atribuida, la que es ejercida en forma imparcial e independiente, con el deber en su actuación de escuchar, indagar y asesorar a los solicitantes de su ministerio.

La realidad internacional y los antecedentes evidencian que es una atribución del notariado, intervenir en procesos sucesorios intestados o testamentarios, no sólo cuando no exista controversia, sino también y aún, cuando intervengan en ellos herederos o legatarios menores de edad o incapaces.

Proponemos que la XV Jornada Iberoamericana -en consonancia con despachos de anteriores Jornadas-, proponga las reformas legislativas necesarias para viabilizar la introducción en los ordenamientos jurídicos de los países iberoamericanos que aún no la tuviesen, la implementación para la tramitación de las sucesiones en sede extrajudicial con participación del Notario, adaptando su normativa para la intervención notarial en esta incumbencia, de forma tal que respete la realidad jurídico-social e idiosincrasia de cada uno de ellos.

La escritura pública es el documento idóneo para formalizar extrajudicialmente el acto partitivo de los bienes relictos. El sistema jurídico argentino presenta actos o negocios unilaterales y bilaterales que regulan la transmisión del dominio para que tenga efectos después de la muerte. El fideicomiso testamentario, previsto en el código civil y en la ley argentina 24.441, es una herramienta útil para la continuidad de la voluntad del testador tendiente a preservar y garantizar el patrimonio familiar para la prosperidad..

“Panorama jurídico notarial de la persona, familia y sucesiones *mortis causa* en la Argentina”

Persona y Familia

I. La familia. 1. Nociones introductorias. 2. El Estudio del derecho de familia en Argentina. II. Adopción. 1. Introito. 2. La adopción en la República Argentina. 3. Teleología legal. 4. El sistema vigente. 5. Dos tipos de adopciones. 6. La importancia de tener en cuenta el principio: “Centro de Vida”. 7. Las partes del procedimiento. 8. Procedimiento judicial. Efectos. Algunos resultados. 9. Consideraciones finales. III. Reconocimiento de hijo. 1. La filiación. 2. Concepto. 3. Régimen histórico del Código Civil argentino (parte pertinente). 4. Régimen actual de la filiación matrimonial. 5. Régimen de la filiación extramatrimonial. 6. Régimen actual de la filiación extramatrimonial (continuación). 7. Reconocimiento de hijo. 8. Otros apuntes acerca del reconocimiento de hijo en la República Argentina. 9. Forma y efectos.

I. LA FAMILIA.

1. Nociones introductorias.

Muy pocas disciplinas jurídicas de extraordinaria trascendencia proyectan en los tiempos una evolución legislativa y de argumentación iusfilosófica tan importante como el *derecho de familia*. En nuestro país, desde la *Asamblea del año XIII* y hasta la actualidad, las mutaciones fundamentales del derecho en estudio vienen aconteciendo de manera creciente y constante. Las mismas reconocen densas estructuras que se consolidan firmes dentro de las *fuentes del derecho* tradicionales, siempre en el intento por mejorar la calidad de vida de relación de las personas que pretenden una sana y perspicaz convivencia en común¹.

En la profundización del estudio metódico y disciplinado, puede advertirse la existencia de leyes de trascendencia notable para el *derecho familiar argentino*. La *ley 2393 del primer matrimonio civil*; la *ley 17.711* en lo que respecta al *régimen patrimonial del*

¹ Cosola, Sebastián Justo y Berro Madero, Antonio, *El notariado ante el derecho de familia*, (parte pertinente), Boletín Informativo del Colegio de Escribanos de La Provincia de Buenos Aires n° 1413, 2.001, p. 5.

matrimonio; la ley 18.248 de nombre de las personas; la ley 23.264 referente entre otras cosas, a la *patria potestad* y al inicio de la *igualación de los derechos de los hijos*; la debatida y cuestionada ley 23.515 de *divorcio vincular e igualdad entre cónyuges*; la esperada ley 24.779 de *adopción*-; la esperanza en la ley 26.061 de las niñas, niños y adolescentes; la necesaria ley 26.579 de *mayoría de edad* y la debatida, oportuna y políticamente popular ley 26.618 que instauro el *nuevo régimen del matrimonio civil argentino*, entre muchas otras, procuran brindar, con aciertos y defectos, un marco protectorio de tutela efectiva de/hacia los sentimientos más importantes para la vida de las personas que habitan las diferentes comunidades de nuestro país.

Precisamente por ser leyes de trascendencia notable, todas reconocen su génesis en proyectos antiquísimos, presentados para el debate de muy larga data.

La noción de familia de comienzos del siglo pasado en la Argentina era considerada únicamente a través de la institución del *matrimonio religioso*. El derecho de familia planteaba un acercamiento a la noción de *justicia legal* a partir del posicionamiento de un consorte (marido) que administra y dispone los bienes del matrimonio; que además toma decisiones en relación a los hijos y decide el destino de la familia que ha compuesto, pues su cónyuge mujer presenta jurídicamente una incapacidad relativa. El mismo derecho presentaba una descripción de los lazos parentales que otorgaban derechos únicamente al descendiente legítimo y sanguíneo, en donde figuras como el *patronato* y la *asistencia* eran modelos de instituciones jurídicas que protegían a la parte fundamental de la creación y proyección, como son los *menores*. En épocas de esplendor del *positivismo jurídico*, con la noción de derecho imbuida en la noción de *sistema* impuesta por Savigny y consecuentemente, una *interpretación* casi exegética, en donde el derecho se encuentra inserto dentro de un cuerpo cerrado de normas que no presenta lagunas ni dificultades de aplicación, un posible planteo jurídico acerca de los *principios* tan necesarios para la vida como la *igualdad*, la *libertad*, la *independencia* y la *autodeterminación* hubiera resultado absolutamente criticable.

Sin embargo, esa concepción de familia argentina de fines del siglo XIX y hasta pasados los mediados del siglo XX en la actualidad ha quedado prácticamente extinguida. La *costumbre* se impuso al derecho, y a partir de allí éste último evoluciona hacia la *autorregulación familiar de lo establecido*. Nacen así nuevos temas que merecen la atención del jurista.

La protección jurisprudencial en resguardo de los derechos de las familias ensambladas; la consecuente igualdad en el ejercicio de la patria potestad y en la administración de los bienes; la notable influencia de la ley de adopción en la crianza igualitaria de los hijos; la justicia en el trámite de la filiación, el tan necesario derecho de la vejez e inclusive, el ejercicio pleno de la voluntad del sujeto con la reciente aceptación del matrimonio entre iguales viene a replantear definitivamente, no solo una reflexión en el nuevo concepto y alcance de la familia, sino en una –al menos culturalmente- diferente composición estructural de la vida en sociedad.

2. El Estudio del derecho de familia en Argentina.

La estructura del derecho de familia en Argentina presenta matices propios de las ciencias humanas y culturales que naturalmente inciden en la opinión de cualquier autor. La disciplina en estudio presenta –quizás como ninguna otra disciplina del derecho- notables influencias motivadas por creencias populares, costumbres ancestrales, enseñanzas y argumentaciones propias del imaginario del hombre o generadas en los estudios de otras ciencias humanas, como la psicología, la política o la religión. Especialmente a esta última ciencia se remite el derecho civil argentino, presentando una marcada influencia del derecho canónico y dentro del mismo, una clara alusión al *Concilio de Trento*, cuerpo dogmático inspirador de tantas legislaciones continentales.

El estudio profundo de la disciplina en cuestión determina que emergen conflictos que no pueden plantearse tan sencillamente a una *sociedad tan influida*, tan cercana a un modo de vida considerado como natural, modelo de una *religión milenaria*. En esta disciplina como en ninguna otra, las abrumantes diferencias que en general presentan los análisis de instituciones desde el punto de vista de lo legal y/o de lo moral, se vuelven absolutamente diminutas, casi imperceptibles. Frente a los análisis concretos, ni siquiera pueden determinarse con precisión, los límites que en otras discusiones se advierten con rigor.

Debe también tenerse en cuenta que en esta disciplina, las constantes remisiones a cuerpos decimonónicos y dogmáticos, inspirados en costumbres ancestrales de muy antigua data, terminan por considerar a los derechos familiares como un puñado de prerrogativas previstas por un legislador que crea un estándar de comportamiento que jamás será

absoluto. Incluso en ocasiones, hasta la dura regla del orden público familiar cede frente al principio de autonomía de la voluntad que mira el interés familiar.

Desde siempre este derecho se ha caracterizado por ser afín a las doctrinas positivistas o críticas. Felizmente, estamos convencidos, el derecho de familia comienza por tener una visión iusfilosófica ligada al iusnaturalismo, o sea, a la persistente búsqueda de lo justo concreto para satisfacer los bienes humanos básicos fundamentales². Un derecho de familia que alcance la justicia a través de la aplicación de los principios generales del derecho que se captan por evidencia³.

Asumidas inicialmente estas circunstancias, debe advertirse que muchos de los temas propuestos por la coordinación internacional se encuentran delineados notoriamente dentro de estas perspectivas. La adopción, la filiación, la jurisdicción voluntaria y la declaración extrajudicial de herederos, y alguno de los temas que plantea el derecho de autoprotección entre otros, son esquemas que han traído interpretaciones rebuscadas, muchas de ellas fundadas únicamente en defensas de los intereses corporativos que hacen mal al hombre, a la justicia y al derecho.

II. ADOPCIÓN.

1. Introito.

La adopción es una institución que busca crear un vínculo, entre dos personas, similar al que establece el régimen legal de filiación⁴. La ausencia del presupuesto biológico que surge de la procreación no impide el vínculo jurídico que emerge entre dos personas análogo a aquel al cual la procreación determina entre padre e hijo⁵. Si bien los fundamentos iniciales

² Méndez Costa, María Josefa, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal Culzoni. 2006. Santa Fe (Argentina).

³ Delgado de Miguel, Juan Francisco, *Acerca del fundamento moral de los principios deontológicos profesionales*, Ética de las Profesiones Jurídicas: Estudios sobre deontología, Vol I, p. 129. Universidad Católica San Antonio. 2003. Murcia (España); Vigo, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos-Perspectiva jurisprudencial*, p. 91. Depalma, 2000. Buenos Aires; Finnis, John, *Natural law and Natural Rights*, Clarendon Press, 1980. Oxford/ *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo Perrot, 1998. Buenos Aires; Cosola, Sebastián Justo, *Los deberes éticos Notariales*, p. 414. Ad Hoc. 2008. Buenos Aires.

⁴ Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, p. 575. 9° edición, Abeledo Perrot, 2009. Buenos Aires.

⁵ Zannoni, Eduardo A., *Derecho Civil-Derecho de Familia*, 5° edic, T° II, p. 579. 5ª ed., Astrea, 1006. Buenos Aires.

del instituto perseguían una doble finalidad -dar hijos a quienes no pueden procrearlos por naturaleza y consecuentemente, dar padres a quien no los tiene⁶- hoy el derecho y la jurisprudencia argentina se inclina por acentuar la segunda alternativa, en virtud de la suscripción de nuestro país a la Convención de los Derechos del Niño (1989), tratado que fuera incorporado como principio supremo en nuestra constitución nacional en el año 1994⁷. De allí que su aplicación devenga obligatoria para el jurista⁸.

2. La adopción en la República Argentina.

En nuestro país, la sanción del Código Civil –creado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield- se produce en el año 1969, y comienza a regir por orden de la ley 340 a partir del día 1 de enero del año 1971. Hasta ese entonces la adopción se regía por las leyes de Partidas vigentes en el derecho hispano, las que fueron suprimidas por el codificador. Es que el mismo había notado un fracaso en la aplicación del instituto tal cual estaba previsto, en razón de las costumbres nacionales pero más precisamente, de las experiencias foráneas. Dice el codificador en la nota de elevación del Código Civil: *“He dejado el título “de la adopción”. Cuando de esta materia se ocuparon los jurisconsultos franceses al formar el Código Napoleón, reconocieron (...) que trataban de hacer renacer una institución olvidada en Europa y que recién había hecho reaparecer el Código de Federico II. Cuando ella había existido en Roma, era porque las costumbres, la religión y las leyes la hacían casi indispensable, pues el heredero suyo era de toda necesidad para el destierro y funerales del difunto. Pero el código romano era perfectamente lógico en sus leyes. Estas, por la adopción hacían nacer una verdadera paternidad y una verdadera filiación. Sucedió una mutación completa en la familia. El adoptado o adrogado salía de su familia, adquiría en la del adoptante todos los derechos de la agnación, es decir, sucedía no solo al padre adoptante sino a los parientes de este. Los legisladores prusianos y franceses advirtieron que no era posible ni conveniente introducir en una familia y en todos sus grados un individuo que la naturaleza no había colocado en ella, y se redujeron a crear una*

⁶ Belluscio, Augusto C, ob. cit, p. 575.

⁷ Dice el artículo 21 de la Convención de los Derechos del Niño: *“Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea considerado primordial”.*

⁸ Zannoni, Eduardo A. , ob. cit, p. 608; Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, *Manual de Derecho de Familia*, p. 481 y ss. 6ª edic, 4º reimp. Astrea, 2010. Buenos Aires; Borda, Guillermo A., *Manual de Derecho Civil- Familia*, p. 303 y ss. 13ª edic, La Ley. 2009. Buenos Aires; Méndez Costa, María Josefa, Ferrer, Francisco y D’Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de Familia*, Tº IV, p. 234. Rubinzal Culzoni, 2008. Santa Fe. Para ver una visión de la familia desde el derecho cristiano consultar: Capparelli, Julio César, *La protección del interés familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*, p. 60. Educa (Editorial de la Universidad Católica Argentina). 2010. Buenos Aires.

cuasi paternidad que desde su principio hizo prever las mas grandes cuestiones. El adoptado donde es admitida la adopción, no sale de su familia, queda siempre sujeto a la potestad de sus padres; no tiene parientes en la familia del adoptante y aun es excluido de la sucesión de éste si llega a tener hijos legítimos. La adopción así esta reducida a un vinculo personal entre el adoptante y el hijo adoptivo; institución que carece hasta de tradiciones en la ciencia. Desde que por nuestras leyes le está abierto a la beneficencia el más vasto campo ¿Qué necesidad hay de una ilusión, que nada de real agrega a la facultad que cada hombre tiene de disponer de sus bienes? El Conde Portalis en su introducción al Código Sardo, dice: "...que en la época de formación del código francés, la adopción entraba en las miras de Napoleón, y se le hizo lugar en el código civil como una de las bases del estatuto de su familia. Más ella fue rodeada de tantas restricciones y sometida a condiciones tan difíciles de llenar, que fue fácil preveer que recibida con desconfianza, no se naturalizaría sino con mucho trabajo. La experiencia ha justificado las previsiones de los autores del Código, pues nada es más raro que una adopción". Tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige un bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares⁹"

3. Teleología legal¹⁰.

Recién en el año 1933 en nuestro país se presenta el primer proyecto de ley de adopción, redactado por Jorge Eduardo Coll, y presentado por el senador Ramón Castillo. El anteproyecto de reforma al Código Civil del año 1936 incluyó la adopción de naturaleza contractual. El código del niño del diputado Cabral (1941) incluyó también temas de adopción. También fue presentado un proyecto del senador Alfredo Palacios hacia 1943.

La adopción en la Argentina se introduce por ley 13.252, en el año 1948, inspirada en los proyectos de los diputados Beretta y Peña Guzmán, y de los senadores Ramella y Gómez del Junco. Esa ley fue sustituida por la nueva ley de adopción 19.134 (1971) que, desconociendo proyectos anteriores, e incluso en cierta medida el despacho del III Congreso Nacional de Derecho Civil, de establecimiento de la legitimación adoptiva¹¹, introduce dos adopciones de diferente alcance: la adopción plena y la adopción simple¹².

⁹ Vélez Sarsfield, Dalmacio, nota de elevación del Código Civil, Código Civil Argentino, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 2. Los remarcados son nuestros.

¹⁰ Para ampliar antecedentes en nuestro país consultar especialmente: Eduardo A. Zannoni, ob. cit, p. 602;

¹¹ Es la equiparación total del adoptado al hijo matrimonial, y su anotación en los registros del estado civil se realiza tal cual fuere un hijo concebido en el seno del matrimonio. Surgen algunos beneficios en el

Finalmente, la ley 24.779 (1997) modifico disposiciones e incorporó a la adopción en el articulado del Código Civil vigente. En la actualidad, los juristas argentinos reclaman una reforma sustancial urgente de la ley que pone en vigencia el instituto en tratamiento, por considerar que no alcanza a cumplir en un mínimo las expectativas de los menores, de los niños, adolescentes y de las familias en vías de adoptar.

4. El sistema vigente.

La adopción es posible hasta la mayoría de edad (18 años) o que se trate de un menor no emancipado. Puede sin embargo adoptarse un mayor de edad o a un menor emancipado previo consentimiento de los mismos, cuando se trate del hijo del cónyuge del adoptante o cuando exista un estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por autoridad judicial (art 311). Cabe destacar que la única emancipación posible y vigente en la Argentina en la actualidad es la que nace a partir del matrimonio, por cuanto la ley 26.579/2009 de mayoría de edad ha reformado sustancialmente normas operativas y programáticas del régimen de minoridad en nuestro país.

5. Dos tipos de adopciones.

El sistema vigente presenta dos alternativas –también incluidas en la anterior ley 19.134-: adopción plena, cuando deviene una relación idéntica a la que surge de la filiación entre adoptante/s-adoptado/s, y adopción simple, cuando el adoptado mantiene un vínculo de parentesco con su familia de origen¹³.

La primera solo puede otorgarse hacia los menores huérfanos de padre y madre, aquellos que no tengan filiación acreditada, a aquellos que se encuentren en instituciones asistenciales desatendidos totalmente por sus padres, los que han perdido la patria potestad, o los que hayan manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en

adoptado, resultando por demás de importante el que intenta evitar la inscripción falsa de un hijo por quien no es el padre. En nuestro país la figura en tratamiento perdió interés, pues se han equiparado las filiaciones (matrimonial y extramatrimonial).

¹² Belluscio, Augusto C., ob. cit., p 579-80.

¹³ Belluscio, Augusto C., ob. cit., p. 591; Zannoni, Eduardo, ob. cit, p. 609.

adopción (art. 325 C.C.). Por su parte, la adopción de mayores de edad con su consentimiento solo podrá ser simple.

Se impone destacar que a partir de la sanción de la ley 24.779, previo a la adopción, debe de haberse decretado la guarda del menor únicamente otorgada por vía judicial. Así, el futuro adoptante deberá (art. 316 C.C.):

- a) Tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año, plazo que será fijado por el juez competente (domicilio del menor o donde hubiese sido abandonado);**
- b) Solamente luego de transcurrido el mencionado plazo, el juez puede dar inicio al juicio de adopción (Quedan excluidas de la misma la adopción de hijos del cónyuge)**

Por su parte, los progenitores del menor deberán (art. 317 C.C.):

- a) Prestar el consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines adoptivos, no siendo necesario dicho consentimiento cuando:**
 - 1) el menor estuviere en establecimiento asistencial abandonado durante mas de un año;**
 - 2) Cuando el desamparado moral y material sea evidente, manifiesto y continuo, en situación comprobada por autoridad judicial;**
 - 3) Cuando los padres hubieren sido privados de la patria potestad;**
 - 4) Cuando manifiesten judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.**

Finalmente, se prevé expresamente la valoración judicial para advertir si la adopción es conveniente para el menor, teniendo en cuenta especialmente los medios de vida y cualidades personales y morales de los adoptantes, y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que tiene que ser mayor a 18 años (conf. art. 321 C.C.). La regla de seguimiento para esta valoración, según el Código Civil y según la Convención de los Derechos del Niño, es “en todos los casos se debe valorar el interés superior del menor”. En nuestro país además, la

ley 26.061 de Protección integral de las niñas, niños y adolescentes advierte el alcance del principio “interés superior”¹⁴:

Artículo 3° — Interés Superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley (el remarcado es nuestro)

Debiéndose respetar:

a) Su condición de sujeto de derecho;

b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;

c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;

d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;

e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;

f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

No puede dejar de destacarse que algunos juristas especializados en el estudio del derecho de la minoridad no obstante, bien advierten de ciertos peligros generados principalmente por la redacción defectuosa de este artículo, realizando una perfecta comparación con la convención de los derechos del niño¹⁵. Es un problema de interpretación

¹⁴ Armella, Cristina Noemí y Cosola, Sebastián Justo, *Abordaje teórico práctico de la mayoría de edad en Argentina- Ley 26579*, p. 114. Ad Hoc, 2011. Buenos Aires.

¹⁵ Cfr. López, Cecilia y Massano, Alejandra, *El derecho a ser oído en la Convención sobre los derechos del niño y en la ley 26.061*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP, n° 37, p. 140. La Ley, 2007.

del derecho, cuya mayor solución quizás pueda encontrarse a través de los postulados que esgrime la Escuela Analítica del Derecho.

Del artículo en referencia pueden extraerse las máximas a ser tenidas en cuenta por el intérprete jurídico a la hora de desentrañar verdaderamente cual es la voluntad real del menor. Por ello, también en materia de adopción, el menor puede solicitar audiencia para que el juez o el tribunal lo oiga personalmente (art 321 C.C.).

6. La importancia de tener en cuenta el principio “Centro de Vida”.

El *centro de vida* se encuentra relacionado con la *residencia habitual* del niño, niña o adolescente. Así lo ha establecido el decreto reglamentario de la ley 26.061, por cuando la mención en la propia ley remitía a creer que se habían reformado pautas legales vigentes en materia de ley aplicable y juez competente¹⁶. Es así que debe destacarse el centro de vida como una definición de alcance espacial, que no solamente debe analizarse desde lo jurídico sino, más que nada, desde lo sociológico. El concepto de centro de vida alcanza entonces a la Escuela donde asiste, el lugar de encuentro de familiares y amigos¹⁷, en definitiva, donde se realiza la vida real del niño, niña o adolescente.

7. Las partes del procedimiento.

Son partes del proceso de adopción el adoptante y el Ministerio Público de Menores¹⁸. El adoptante debe tener capacidad para adoptar (cualquiera fuera su estado civil) siguiendo las reglas generales de la capacidad y una residencia permanente en e país por un período mínimo de cinco años antes de la petición de la guarda (art. 315 C.C.).

No pueden adoptar:

- a) quienes no hayan cumplido los treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados y aquellos que aun sin tener en cuenta ese término de tiempo, acrediten la imposibilidad de tener hijos;

¹⁶ Gil Dominguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes-Derecho Constitucional de Familia*, p. 97. Ediar, 2007. Buenos Aires.

¹⁷ Ídem, p. 98.

¹⁸ Belluscio, Augusto C., ob. cit, p. 588.

- b) los ascendientes a sus descendientes;
- c) un hermano a sus hermanos o medios hermanos.
- d) Quien no presente una diferencia con el menor a adoptar mayor a dieciocho años, con la excepción de quien es adoptado por el cónyuge supérstite del adoptante premuerto (art. 312 *in fine* C.C.).
- e) El tutor hasta la finalización de las obligaciones emergentes de la tutela (art. 319).
- f) Quien no presente cualidades morales y personales adecuadas y medios de vida suficientes (art 321 C.C.); esta referencia es importante también para ser contrastada con lo expuesto en el “centro de vida”.

Asimismo, pueden adoptar las personas casadas en conjunto, salvo cuando exista entre los cónyuges sentencia de separación personal, o cuando uno de ellos haya sido declarado insano, o declarada su ausencia simple, con presunción de fallecimiento o desaparición forzada (art. 320 C.C.).

8. Procedimiento judicial. Efectos. Algunos resultados.

Está prohibido expresamente el otorgamiento de la mencionada guarda por escritura pública o acto administrativo (art. 318 C.C.). Esto impide que los padres puedan consentir la adopción fuera de la competencia judicial. Hasta el año 1997, el proceso judicial establecido para realizar el juicio de adopción debería haber tramitado por juicio ordinario¹⁹. Cuando no había oposición de los padres, no se cumplía acabadamente con las reglas procesales establecidas, y se admitía la prueba sumaria de cumplimiento de los requisitos legales prefijados. Así, destaca Augusto César Belluscio: “*suprimida la intervención de los padres, ya no se puede tratar de un juicio contencioso...*”²⁰. Por ello quizás se prevé el consentimiento de los padres para dar en guarda y adopción al menor, y como afirma el propio Belluscio, aunque no esté prevista la falta de consentimiento de los progenitores, si es cierto que el juez podrá atribuirse judicialmente la facultad de dar en guarda y adopción²¹.

¹⁹ Belluscio, Augusto C., ob. cit, p. 589.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ídem*, p. 587.

De manera que la forma de la adopción en Argentina es eminentemente judicial (guarda y entrega en adopción). No se admite la adopción ni contractual ni testamentaria. Y debe resaltarse con énfasis el deber que el adoptante asume de hacer conocer al adoptado su realidad biológica (art 321 inc. h) tema abordado de manera exquisita por la Dra. Marisa Herrera en su tesis Doctoral “El derecho a la identidad en la adopción” -de imprescindible lectura-²², que por razones de espacio resulta imposible desarrollar en el presente trabajo esquemático.

9. Consideraciones finales.

No se comprenden las complejidades del procedimiento argentino establecido para la adopción. Definitivamente, la burocracia termina por equiparar un proceso de naturaleza justa en un largo y doloroso camino en la búsqueda de la legalidad meramente formal. No debe dejar de advertirse que son como dos procesos en uno (pedido de guarda y juicio de adopción), cuyo cumplimiento formal aleja a las personas de la felicidad. Es imposible no tomarle cariño a un niño en el período de guarda (seis meses al año), y las consecuencias para adoptantes y adoptado si no fuese concebida la adopción (cuando se cumple debidamente con el *centro de vida* y con las condiciones requeridas por el principio de justicia) pueden ser absolutamente dañinas para el espíritu. La adopción bien considerada y basada exclusivamente en el amor es, sin dudas, una de las instituciones de mayor nobleza que la ciencia jurídica ha tenido que tener en cuenta desde antaño. La realidad judicial argentina es, como otras realidades latinoamericanas, bastante peculiar y a estos efectos, incompetente. No es posible que un juez lleve adelante un proceso de tal magnitud, si no se ocupa enteramente del mismo, con prescindencia de herramientas técnicas que muchas veces, suplantadas por ciencias auxiliares humanas y sociológicas, dan mejores resultados. Se advierte que la presencia notarial en el otorgamiento de la guarda (deberes éticos de legalidad, verdad, asesoramiento, información y consejo y gratitud en la confección del documento) como así también en las declaraciones de los padres (consentimiento para adoptar) o incluso del propio menor (deseos, expectativas) en escritura pública pueden coadyuvar a establecer una celeridad que en estos procedimientos, no solo se acerca a la verdad sino (y lo que es más importante) a la justicia familiar. La misma que el notario ha venido brindando desde siempre, planteada a partir del *Cavere, Postulare y Respondere* como máximo galardón de la

²² Herrera, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, II Tomos, Universidad, 2008. Bs. As.

función notarial, en sabias palabras de nuestro querido maestro recientemente desaparecido Juan Vallet de Goytisoló. De esta manera, quizás podamos alcanzar la justicia para el trámite adoptivo y así, alcanzar la tan necesaria redimensión de la adopción que plantea nuestra estimada Marisa Herrera, esto es, “ser una institución tendiente a efectivizar a todo niño a vivir en familia...²³”.

III. RECONOCIMIENTO DE HIJO.

1. La filiación.

La sugerencia del temario propuesto por el coordinador internacional aludiendo al reconocimiento de hijo/a como acto voluntario remite a considerar las pautas mínimas establecidas en la legislación positiva argentina dentro del instituto de la filiación. Por lo pronto, esta materia presenta excelentes estudios de doctrina argentina²⁴, que con seguridad contribuirán notoriamente a formar un concepto integral del estudio global del reconocimiento por el notariado internacional.

2. Concepto.

Las relaciones paterno-filiales reconocen un vínculo jurídico de unión entre dos o más personas, especialmente entre una persona con sus progenitores²⁵. Con el término filiación se sintetiza a un conjunto de relaciones jurídicas que se encuentran determinadas por la maternidad y la paternidad y que vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia²⁶. Como afirma María Josefa Méndez Costa, es un estado de familia “*que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado*”²⁷. En el ordenamiento jurídico pueden advertirse tres tipos de filiaciones: la matrimonial, la extramatrimonial y la adoptiva.

La primera supone una unión conyugal previa a través de la institución matrimonial; la segunda corresponde a las relaciones que se presentan entre personas que carecen de unión matrimonial; finalmente, la tercer opción remite a la relación que surge de la relación que se

²³ V. Herrera, ob. cit., T. I, p. 39.

²⁴ Famá, María Victoria, *La filiación*, 2º edic, Abeledo Perrot. 2011. Buenos Aires.

²⁵ Belluscio, Augusto C., ob. cit., p. 533.

²⁶ Zannoni, Eduardo, ob. cit., p. 319.

²⁷ Méndez Costa, Ferrer y D’Antonio, ob. cit., Tº III-B, p. 553.

crea a través de un instituto paterno-filial creado por el derecho, no correspondiendo consecuentemente, una realidad biológica sino jurídica, pudiendo ser en nuestro derecho a partir de una adopción plena o una adopción simple²⁸. Tanto la filiación matrimonial, como la extramatrimonial y la adoptiva plena causan los mismos efectos (art 240) mientras que la filiación por adopción simple mantiene algunos lazos de unión con la familia de origen.

3. Régimen histórico del Código Civil argentino (parte pertinente).

En su génesis, el código civil patrio denominaba *hijos legítimos* a los nacidos dentro del matrimonio o que luego, fueran legitimados en el matrimonio. Era una concepción fuerte, un sistema rígido -con notoria influencia del código napoleónico- que se apoyaba en presunciones *iure et de iure* sobre la concepción y en presunciones *iuris tantum* sobre la paternidad de los hijos concebidos por la mujer casada²⁹. Explica Belluscio que estos sistemas filiatorios, que se presentan como sistemas cerrados, tienen dos vertientes fundamentales³⁰:

- a) Consideración de la fidelidad de la mujer casada y ausencia de desarrollo de medios científicos adecuados que determinarían con certeza la paternidad de las personas;
- b) Una notoria desigualdad entre hijos legítimos y adulterinos.

Así, tanto los hijos adulterinos, como así también los incestuosos y sacrílegos se encontraban frente a un no reconocimiento de sus derechos, por cuanto la ley civil –y más que ello, las costumbres argentinas de gran parte del siglo pasado- favorecían las impugnaciones filiatorias, sobre todo la de paternidad.

4. Régimen actual de la filiación matrimonial.

Hoy predomina el sistema denominado abierto –por oposición-, y las declaraciones de derechos humanos suscriptas por Argentina a favor de los niños han contribuido notablemente a mejorar su derecho a reclamo de identidad. Así, si bien es cierto que se admite la impugnación de paternidad de manera abierta, las presunciones establecidas de filiación dejaron de ser *iure et de iure* para ser *iuris tantum*³¹.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Belluscio, Augusto, ob. cit, p. 540.

³⁰ *Ibid*.

³¹ *Ídem*. p. 541.

La determinación de la paternidad matrimonial se presume si los hijos han nacido después de la celebración de matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o separación personal o de hecho conyugal, no presumiéndose la paternidad si el hijo naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o divorcio vincular, salvo prueba en contrario (art. 243). También se encuentra contemplada en la legislación civil las pruebas de filiación en los nacimientos que se producen dentro de los matrimonios sucesivos de la madre (art. 244). Todas estas prueban en la actualidad, son *iuris tantum*.

La determinación de la filiación matrimonial se rige: a) por la inscripción del nacimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas; b) por la prueba del matrimonio de los padres; y c) por sentencia en juicio de filiación (art. 246). Ambas determinaciones (la de paternidad y la de maternidad) permiten las acciones de reclamación de filiación, y las mismas son declarativas, de reclamación de estado y de emplazamiento de estado de familia.

Contra ellas, también existe en nuestra legislación la acción de negación e impugnación. Primeramente, debe referirse las acciones de negación de paternidad matrimonial (art. 260) y de impugnación (art. 258). La primera es la que tiene el marido de la mujer casada que da a luz dentro de los primeros ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio, salvo que se probare que el marido tenía conocimiento del embarazo. Por su parte la acción de impugnación también esta conferida al marido –inclusive la acción de impugnación preventiva que se deduce antes del nacimiento (art 258)-, pero para derribar la prueba *iuris tantum* de paternidad de los hijos nacidos desde la celebración del matrimonio hasta los trescientos días posteriores a su anulación o disolución. Ambas acciones son típicamente declarativas, de contestación de estado y de desplazamiento de estado de familia. Las acciones se dirigen contra el hijo, sus sucesores y la mujer (legitimación pasiva) y ejercidas por el padre o sus herederos –si el deceso se produjo antes de transcurrir el termino de caducidad previsto (art 259)- y también por el hijo (legitimación activa).

En cuanto a la acción de impugnación de maternidad, cabe decir que ésta puede ser ejercida por cualquier interesado, lo que determinará de probarse el hecho fáctico, una suposición de parto. También es una acción declarativa, de contestación de estado y de

desplazamiento de estado de familia, y probada, hace caer no solo la filiación matrimonial, por no presumirse tampoco la paternidad del esposo (conf. arts 261-262).

5. Régimen de la filiación extramatrimonial.

La filiación extramatrimonial ha sufrido ciertas influencias del derecho español antiguo y del Código de Napoleón. También reconoce algún antecedente tanto en la Grecia como en la Roma originaria. Concretamente, la remisión ya sea legal o consuetudinaria a los hijos adulterinos, incestuosos, sacrílegos y mánseres se hacía notar con fuerza.

Siguiendo esas premisas –que afortunadamente empezaron a verse limitadas en razón de movimientos jurídicos generados por el cristianismo y por los resabios de la Revolución Francesa- mantuvo la distinción entre hijo legítimo e ilegítimo diferenciando los últimos en cuatro categorías: naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos³². Los primeros eran los hijos nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción hubieran podido casarse con o sin dispensa. Concretamente hijos naturales eran los concebidos fuera del matrimonio que no quedasen incluidos en las demás categorías. Los adulterinos eran los hijos que procedían de la unión de dos personas que al tiempo de la concepción no podían contraer matrimonio porque estaban afectadas a un impedimento de ligamen ya que una o ambas estaban casadas. Por su parte, los hijos incestuosos eran aquellos que nacían de padres que tenían impedimento legal para contraer matrimonio según los cánones de la iglesia católica – por consanguinidad en línea recta y de hermanos-. Finalmente los hijos sacrílegos eran los procedentes de padres ligados a votos solemnes de castidad.

En el régimen originario del código solo los hijos naturales tenían derecho a la acción de reconocimiento de paternidad o maternidad; si la acción prosperaba, tenían los mismos derechos que los otros hijos excluyéndose derechos de los padres sobre sus bienes, extendidos también hacia la administración y el usufructo.

Sin embargo, la situación de los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos era absolutamente diferente, estándole prohibida la indagación de su paternidad o maternidad, entre otras cosas.

³² Belluscio, Augusto C., ob. cit., p. 554.

La evolución legal en Argentina reconoce importantes reformas específicas. La ley 14.367 de 1954; la ley 23.264 de 1985 y la reforma de 1994 que incorpora los tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional³³. Luego de varias reformas que seguramente han estado inspiradas en las modernas declaraciones de principios y garantías, la ley argentina 23.264 –en vigencia con el primer gobierno constitucional argentino -luego de la última dictadura militar- del Dr. Raúl Alfonsín- ha establecido que tanto la filiación matrimonial como la extramatrimonial y la que emerge de la adopción plena surten los mismos efectos en la legislación patria, agregándose en párrafo memorable lo siguiente: “siempre que en código civil, leyes complementarias u otras disposiciones legales se aluda a los hijos naturales, extramatrimoniales o ilegítimos en contraposición o para discriminar derechos o deberes respecto a los hijos legítimos la situación de aquellos deberá ser equiparada a la de estos de conformidad con lo dispuesto en el código civil”.

6. Régimen actual de la filiación extramatrimonial (continuación).

La determinación de la maternidad queda establecida por la mera inscripción en los registros respectivos sin necesidad de reconocimiento expreso de la madre. Si no hubiere inscripción con fuente en un certificado de médico u obstétrica la determinación de la maternidad requerirá el reconocimiento de la madre (art. 242 y 248 C.C.).

7. Reconocimiento de hijo.

Existe acuerdo unánime en la doctrina nacional en que el reconocimiento en sentido estricto es un acto jurídico familiar³⁴. La denominación de acto jurídico familiar tiene relación directa con el acto jurídico voluntario y lícito de nuestro código civil. Consecuentemente en el derecho de familia el acto jurídico, afirma *Augusto Belluscio*, tenderá a establecer relaciones jurídicas familiares, creando, modificando, transfiriendo, conservando o aniquilando derechos subjetivos familiares, a partir de la obtención de fines particulares admitidos por la legislación.

Sin embargo en un sentido más amplio existe una distinción entre que el mismo fuera voluntario o forzado. Mientras el primero –equiparable al reconocimiento en sentido estricto-

³³ Méndez Costa, María Josefa, ob.cit, p. 227.

³⁴ Méndez Costa, Ferrer y D´Antonio, ob. cit, T° III-B, p. 605; Belluscio, Augusto C., ob. cit, p. 557.

remite a una declaración espontánea del padre o de la madre, el segundo es el producto de una sentencia judicial (art. 247 C.C.).

La doctrina en cambio, discrepa en torno a su naturaleza jurídica, reconociéndose las siguientes teorías³⁵: a) Confesión, ya sea del padre o madre extramatrimonial. b) Confesión-admisión, presentando un doble carácter confesión y reconocimiento admisión. c) Acta de poder, en referencia a que el reconocimiento es un acto de poder familiar. d) Simple acto jurídico, por oposición al acto jurídico que requiere una voluntad negocial encaminada a crear derechos y obligaciones. e) Acto declarativo, por ser una manifestación apoyada en la verdad biológica. f) Acto jurídico, es la opinión mayoritaria que sostiene que el reconocimiento es un típico acto jurídico familiar con las características anteriormente apuntadas unilateral y de emplazamiento de estado de familia.

Al discurrir acerca de la naturaleza jurídica de la institución en estudio, la doctrina se ha explayado acerca de la conveniencia o no de que el mismo sea admitido en las partidas del registro civil o en otros instrumentos públicos como la escritura pública y también en aquellos de carácter eminentemente privados. También en general concuerdan en asignarle al reconocimiento el título de estado de familia si está realizado en las partidas del registro respectivo mientras que no lo tendría el reconocimiento solo efectuado por documento público o privado. Concretamente, el estado de familia solamente estaría determinado por la inscripción de la maternidad y paternidad en el registro civil mientras que no lo tendría el reconocimiento hecho en instrumento público o privado.

Agrega la doctrina que como caracteres el reconocimiento presenta los siguientes: es unilateral, declarativo y no constitutivo de estado de familia, emplaza en el estado de familia de hijo, es puro y simple, individual e irrevocable. Destaca Belluscio que si bien el reconocimiento no constituye el estado de familia propiamente dicho *“si forma el título del estado de hijo cuando esta hecho en instrumento público”*³⁶.

³⁵ Belluscio, Augusto C., ob. cit., pp. 556.

³⁶ Belluscio, Augusto C., ob. cit., p. 558.

8. Otros apuntes acerca del reconocimiento de hijo en la República Argentina.

En cuanto a la capacidad el reconocimiento puede ser efectuado por mayores de edad capaces e inclusive en algunos casos por incapaces. Teniendo en cuenta especialmente la actual regla de la capacidad progresiva. Asimismo también puede ser realizado por los menores adultos sin necesidad de autorización alguna.

Pueden ser reconocidos como hijo cualquier persona que no tenga ya una filiación matrimonial acreditada (art. 250 C.C.), inclusive las personas por nacer (art. 70 C.C.) debiendo concurrir además, otras situaciones fácticas que responden a la lógica más pura y trascendental: debe mediar posibilidad de que quien reconoce pueda ser padre o madre.

9. Forma y efectos.

El código civil argentino prevé en la actualidad tres tipos de formas en la cuales un hijo pueden ser reconocido (art. 248 C.C.):

- a) Declaración formulada ante el oficial del registro civil y capacidad de las personas en el momento de la inscripción del nacimiento o con posterioridad.
- b) Una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido.
- c) De las disposiciones contenidas en actos de última voluntad aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental.

En el régimen vigente puede apreciarse que no todas las formas de reconocimiento tiene el mismo valor. La doctrina en general sostiene que el reconocimiento efectuado en el registro de estado civil, por instrumento público o testamento en acto público es constitutivo del título de estado de hijo, extendiéndose al testamento ológrafo o cerrado que fuera protocolizado. En cambio el reconocimiento hecho en instrumento privado o en un testamento ológrafo antes de su protocolización requiere como es lógico, la prueba de su autenticidad.

Llamativamente Eduardo Zannoni no comparte el esquema establecido anteriormente, asignando únicamente el título de estado al reconocimiento realizado ante el registro del estado civil y capacidad de las personas, y que además fuera inscripto en el mencionado

registro³⁷. Para el prestigioso maestro, el efectuado en otros instrumentos auténticos es solo el primer paso del instituto en estudio que únicamente la inscripción en el registro respectivo validará como título de estado de familia.

Creemos que no le asiste razón al distinguido maestro. El valor de la inscripción es concretamente el contenido del reconocimiento ya que la misma no podrá abundar ni ir más allá de lo que el instrumento público – y concretamente una escritura pública- establezca como contenido. El reconocimiento se efectúa frente a un notario público competente, en ejercicio de sus atribuciones, investido de legalidad formal y material que acata los deberes éticos de información, asesoramiento y consejo; legalidad; veracidad; imparcialidad; independencia; gratitud; capacitación; cooperación y compromiso que lo valida como tal. En los primeros libros de derecho publicados en la argentina por autores nacionales, se advierten una gran claridad expositiva acerca del tema en referencia – a pesar de la ya referida insuficiencia legal-, coronada con modelos de reconocimiento instrumentados en escritura pública, por ser esta fuente la más segura, eficaz y equitativa³⁸.

Si lo que se pretendiera en cambio es darle a la inscripción el valor de constitutiva para así evitar o un arrepentimiento o una declaración posterior que intente desvirtuar a la anterior, debe estarse ante la declaración de los actos propios y la responsabilidad que sobre ellos se edifica por cuando no se comprende que alguien irá declarando en diversos instrumentos asimismo, diversos reconocimientos. El valor de la inscripción hace a la publicidad de terceros lo que no obsta tampoco a las respectivas acciones de nulidad del reconocimiento, de manera que la seguridad jurídica establecida en la legislación en aras de la protección de los derechos adquiridos con justicia y equidad se verifica en presencia del funcionario público del registro correspondiente o del notario profesional del derecho en ejercicio de la función pública indistintamente.

En cuanto a los efectos del reconocimiento del hijo extramatrimonial emplaza en el estado con efecto *erga omnes* –en principio con efecto retroactivo al día de la concepción- sin perjuicio de que pueda ser desvirtuado por acción de nulidad o contradicho por acción de contestación.

³⁷ Zannoni, Eduardo., ob. cit, T° II, p. 369.

³⁸ Hall, J.J., *Colección de formularios de escrituras públicas e instrumentos privados en materia civil*, 4° edic, p. 17. Librería Bartolomé Mitre de Hall y Acevedo-Casa editora. 1927. Buenos Aires.

Asimismo, el reconocimiento puede resultar inexistente por falta de forma o falta de voluntad. También el código civil argentino como contracara del reconocimiento prevé el instituto llamado de reclamación de estado de hijo extramatrimonial (art. 254 C.C.). Para la misma acción se prevé cualquier tipo de prueba (art. 253 C.C.) inclusive se llega más lejos al considerar que el concubinato de la madre con el presunto padre hace presumir la paternidad (art. 257 C.C.). La sentencia que admite el reclamo de filiación constituye el título de estado de hijo extramatrimonial y tiene valor *erga omnes* siendo también impugnabile como lo es el reconocimiento.

Finalmente, existía en nuestro país lo que se denominaba posesión de estado, que refiere al goce de hecho de un determinado estado de familia con título o sin él. Generalmente se ha considerado que la posesión de estado era un reconocimiento de hecho del hijo extramatrimonial y por ende irrevocable. Esta situación admitía la legitimación con el matrimonio subsiguiente de los padres. La actual ley 23.264 equipara los efectos de la filiación matrimonial y extramatrimonial como ya se ha establecido por lo tanto se ha suprimido la legitimación pues como dice Belluscio carece de razón de ser.

Actas del Registro Civil

1. Registros Civiles en Argentina- Parte General. 2. El Registro Nacional de las Personas (RENAPER). 3. Teleología Legal. 4. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. 5. Forma. 6. ¿Cómo se inscribe en la República Argentina? 7. Los testimonios y su fuerza probatoria. 8. Competencia. 9. Calificación registral. 10. La Modificación de las inscripciones y creación de Consejo Consultivo. 11. Consideraciones finales. 12. Alcance de la “ley marco”.

1. Registros civiles en Argentina- Parte General.³⁹

En la mayoría de las áreas del mundo occidental existen dos tipos de fuentes de información que contienen los datos más importantes para la elaboración de los cuadros genealógicos.

Estas dos fuentes son los registros generados por las iglesias o *parroquias* (eclesiásticos) y los registros generados y conservados por *entidades civiles*. Estos contienen información respecto a nacimientos, matrimonios y muertes.

Actualmente, siguen existiendo los registros parroquiales. Todas las personas bautizadas se encuentran en las actas parroquiales. Es así que ante la eventualidad de no localizar una partida del registro civil, las actas parroquiales pueden ser efectivas y de gran utilidad.

2. El Registro Nacional de las Personas (RENAPER).

El Registro Nacional de las Personas (RENAPER⁴⁰) es el organismo nacional que tiene por cometido realizar el registro e identificación de todas las personas físicas que se domicilien en el territorio argentino o en jurisdicción argentina y de todos los argentinos cualquiera sea el lugar de su domicilio, llevando un registro permanente y actualizado de los antecedentes de mayor importancia, desde su nacimiento y a través de las distintas etapas de su vida, protegiendo el derecho a la identidad.

³⁹ Extracto de la siguiente fuente informativa : <http://genargentina.com.ar/fuentes/registro-civil.html>.

⁴⁰<http://www.mininterior.gov.ar/tramites/dni/tramDNIRenaper.php?idName=tram&idNameSubMenu=tramDNI&idNameSubMenuDer=tramDNIRenaper>

Expide, con carácter exclusivo, el Documento Nacional de Identidad (D.N.I.) y todos aquellos informes, certificados o testimonios de conformidad a la Ley 17.671, otorgados en base a la identificación dactiloscópica.

Depende del Ministerio del Interior de la Nación Argentina a través de la Secretaría del Interior. A los efectos del cumplimiento de su misión el Registro Nacional de las Personas, ejerce jurisdicción en todo el territorio de la Nación.

3. Teleología Legal.⁴¹

El decreto Ley 8204/63 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional establecía las formalidades de establecimientos del Registro Civil en la República Argentina. Posteriormente, La ley nacional 16.478 del año 1964, en el artículo primero, confirma la vigencia de los decretos dictados con fuerza de ley por el Gobierno de facto, entre el 29 de marzo de 1962 y el 12 de octubre de 1963, que no hubieran sido expresamente derogados o declarados sin efecto o suspendidos (...).

La norma originaria fue modificada o complementada por las siguientes leyes: Ley 23.128/1984, de falta de anotaciones de nacimientos; Ley 23.776/1990 referida al potencial humano; Ley 24.755/1996 de amnistías; Ley 25.219/1999, de clasificación del potencial humano nacional; Ley 25.819/2003, de identificación, registración y clasificación de potencial humano y finalmente, la actual ley 26.413/2008, del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

4. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La actual ley 26.413 de 2008 procura establecer que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas se deben inscribir en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se establece que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes

⁴¹ Fuente: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verVinculos.do?modo=2&id=145346>

registros...(art. 1). La competencia del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas estará determinada por los gobiernos de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 2) y corresponde informar acerca de nacimientos y defunciones, defunciones de niños menores de un año, defunciones fetales, matrimonios, divorcios, filiaciones y adopciones. Estará a cargo de un director general, el que deberá poseer título de abogado (art. 2) y puede requerir el auxilio de la fuerza pública para cumplir la ley vigente (art. 4). El mismo mantiene la competencia prevista en la legislación civil para los otorgamientos de los actos respectivos, no pudiendo autorizar las inscripciones que se refieran a sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 14). Cuando no hubiere centros con oficiales públicos encargados del registro, la dirección general de los registros asignará los respectivos funcionarios y podrá crear oficinas móviles (art. 3).

5. Forma.

Del artículo 5 se desprende que *“El Registro se llevará mediante un asiento en un libro que podrá ser conformado con folios individuales numerados que resguarden las exigencias de seguridad, del cual se tomará copia ya sea en forma manual, micro-filme, archivo informático u otro sistema similar. Esta copia deberá ser suscripta por el oficial público. El original y la copia así obtenida, tendrán carácter de instrumento público, así como también las fotocopias a partidas que se expidan sobre la base de dichos asientos originales o sus copias. Las partidas deberán ser autenticadas por autoridad competente. Los nacimientos, matrimonios, defunciones o incapacidades se registrarán en libros por separado, sin perjuicio de que por vía administrativa, se habiliten otros para el asiento de hechos cuyo registro resulte necesario”*. Entre otras formalidades, se establece que las inscripciones se llevaran a cabo en libros con textos impresos, páginas fijas y numeradas correlativamente (art 6). Asimismo, se establece que el último día hábil de cada año, o el último día del año en las guardias de nacimiento, matrimonio o defunción, se cerrarán los libros de Registro, certificando el oficial público correspondiente, al final de los mismos el número de inscripciones y páginas útiles e inutilizadas que contienen (art 7) permaneciendo el original en la dirección general y la copia en un lugar diferente.

Además se prevé el extravío del original (art. 8); no pudiéndose exhibir los originales a quienes no tengan interés legítimo (art. 9).

6. ¿Cómo se inscribe en la República Argentina?

Las inscripciones se registran una después de la otra, en orden numérico y cronológico. Son suscriptas por el oficial público y las personas intervinientes, previa lectura de su texto a los legítimamente interesados y exhibición, en caso de ser solicitadas (art. 10). Se prevé que si algún compareciente no sabe firmar puede efectuarse la firma a ruego acreditándose debidamente la identidad (art. 10 *in fine*). En las inscripciones pueden usarse abreviaturas y guarismos, debiéndose exceptuar los mismos en datos esenciales, que deberán consignarse íntegramente (art. 11), no pudiendo agregarse raspaduras, enmiendas, testados y entrelineados si los mismos no fueran salvados antes de las firmas, de puño y letra, por el oficial público interviniente (art. 12), ni tampoco inscribirse enunciaciones improcedentes o que no deban declararse con arreglo a la ley (art. 13). Registrada una inscripción -nombre, apellido, domicilio y número de documento nacional de identidad de todo interviniente, y si alguno de ellos careciere de este último se dejará constancia agregando su edad y nacionalidad, debiendo suscribir la inscripción dos (2) testigos que lo posean y declaren sobre la identidad de aquél quien deberá consignar la impresión del dígito pulgar derecho (art 18)- no podrá ser modificada sino en virtud de resolución o disposición de autoridad competente (art. 15). Las modificaciones del contenido de las inscripciones, suscriptas por el oficial público, se registrarán mediante nota de referencia, correlacionada con sus antecedentes (art 25).

Si el oficial público tuviese conocimiento de la existencia de un hecho que debió ser inscripto y no lo fue dentro del término legal, lo hará saber de inmediato a la dirección general, a los efectos previstos en los artículos 87 y 89 de la presente ley (art. 20).

7. Los testimonios y su fuerza probatoria.

Los testimonios, copias, certificados, libretas de familia o cualesquiera otros documentos expedidos por la dirección general que correspondan a inscripciones registradas en sus libros y que lleven la firma del oficial público y sello de la oficina respectiva, son instrumentos públicos y crean la presunción legal de la verdad de su contenido en los términos prescritos por el Código Civil (art. 23). Asimismo, se establece que ninguna constancia extraída de otro registro que el del estado civil y capacidad de las personas, tendrá validez en juicio para probar hechos o actos que hayan debido inscribirse en él, salvo los

documentos que expida el Registro Nacional de las Personas, en ejercicio de sus facultades (art. 24).

8. Competencia.

Se establece la competencia del Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas para inscribir y para expedir:

- a) Las libretas de familia (art 26);
- b) Los nacimientos destacándose a lo que a este estudio importa los incisos d) adopción plena y e) reconocimientos (art. 27);
- c) Las adopciones (art. 47);
- d) Los matrimonios (art. 51);
- e) Los matrimonios a distancia (art. 53);
- f) Las defunciones (art. 59);
- g) Los documentos de extraña jurisdicción (art. 73);
- h) Diversas resoluciones judiciales, especialmente aquellas que den origen, alteren o modifiquen el estado civil o la capacidad de las personas, deberán ser remitidas al Registro de origen de la inscripción para su registro (art. 78);
- i) Las inscripciones de las incapacidades (art. 88), y
- j) Las inscripciones de emancipaciones por habilitación de edad (Art. 90).

9. Calificación registral.

Se encuentra prevista además la calificación registral, en donde se atribuye a la dirección general el examen de 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 (art. 83). Asimismo puede rechazar aquellos documentos 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 (art. 83 *in fine*).

10. La modificación de las inscripciones y creación de Consejo Consultivo.

Las mismas, como se ha establecido líneas atrás, solo pueden ser modificadas por orden judicial, salvo las excepciones contempladas en la propia ley (art. 84). En todos los casos, antes de dictar resolución, los jueces deberán dar vista a la dirección general que corresponda. 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, en procedimiento sumario con intervención del Ministerio Público (art. 84 *in fine*).

La dirección general tiene competencia para ordenar la modificación de inscripciones que presenten omisiones o errores materiales, que surjan evidentes del propio texto o de su cotejo con otros instrumentos públicos (art 85). Para ello, necesita un dictamen letrado previo y resolución o disposición fundada.

Finalmente, se prevé la creación del Consejo Federal de Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la República Argentina, el que estará integrado por los directores generales de todas las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por un representante del Registro Nacional de las Personas. El mismo tendrá que vincular la relación funcional de todos los registros civiles del país; propender al intercambio de experiencias entre todas las direcciones generales; establecer y unificar criterios sobre la interpretación e implementación de la legislación vigente en materia registral; actuar de nexo en las relaciones ante el Registro Nacional de las Personas y los organismos nacionales e internacionales que tengan vinculación por su actividad, etc. (art. 93).

11. Consideraciones finales.

Tal como ha quedado expuesto, el notario argentino no tiene intervención en la confección, redacción, creación o modificación de las actas en el registro civil, muy a pesar que la similitud de funciones notariales con las del oficial público a cargo del registro resulta ser indudable.

Es así que debe insistirse en la concreción nacional de un derecho notarial justo, que preste principal atención al hombre y a sus problemas actuales. Las reglas de argumentación notarial definitivamente deben buscarse en la filosofía del derecho⁴².

La noción de derecho notarial moderno empobrecerá su contenido si circunscribe la función notarial a lo que sólo ordene un sistema jurídico vigente, puesto que el notario del siglo XXI ya no es un mero amanuense, sino que es verdadero protagonista jurídico del mundo actual, siendo un gran intérprete de la ley⁴³. El problema no lo es, sino porque las

⁴² Cosola, Sebastián Justo, *Los fundamentos éticos del derecho notarial*, Arco Legal editores, Lima, p. 96.

⁴³ Para un desarrollo mayormente abarcativo del tema a dilucidar, recomiendo la siguientes lecturas, no sin antes dejar de aclarar que en esta nómina subjetiva y sugestiva –por orden alfabético- podrá apreciar el lector textos o reflexiones de autores iusnaturalistas, iuspositivistas, y dentro de ellos realistas, analíticos, post positivistas y críticos, lo que quizás pueda permitirle alcanzar un cierto grado de objetividad. Son estos textos los que determinaron la redacción final de este capítulo: Así, cito libros y en algunos casos puntuales, capítulos y paginas determinadas: *En el ámbito internacional*: Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Segunda Edición, Gedisa, Barcelona, 2004 y *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, 2003; y Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio, *La pretensión de corrección del derecho y la polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, 2001; Carnelutti, Francesco, *Como nace el derecho; El arte del derecho y Metodología del derecho*, El Foro, Buenos Aires, 2006; D'Agostino, Francesco, *Filosofía del derecho*, Temis, Bogotá, 2007; ver aquí el estudio preliminar de Rodolfo Luís Vigo y los capítulos II, III, IV, XII y XVIII; Del Vecchio, Giorgio, *Los principios Generales del derecho*, Ara Editores, Lima, 2006 y *El concepto de la naturaleza y el principio del derecho*, Hijos de Reus, Madrid, 1916; Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, Segunda Edición, 1992; Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980; existe también la obra traducida al español por Cristóbal Orrego Sanchez, *Ley natural y derechos naturales*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000; García Maynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, 1944, ver aquí p. 357 y ss, acerca de los principios generales del derecho; Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, Palestra, Lima, 2003; Gómez - Lobo, Alfonso, *Los bienes humanos-ética de la ley natural*, Mediterráneo, Santiago de Chile, 2006; Habermas, Jürgen, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona, 2003; Hart, Herbert L.A., *El concepto del derecho*, Traducido por Genaro Carrio, Abeledo Perrot, 2004; ver de esta edición las paginas 251-253, que hace referencia a las virtudes de los jueces; Hervada, Javier *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 10ª edic, Eunsa, Pamplona, 2007 y *Síntesis de historia de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2006; Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Capítulo 28 "Norma Jurídica y principio Jurídico - La teoría de Esser de las transformaciones", Trillas, México, 1994 y *¿Qué es la Justicia*, octava edición, Ver aquí la teoría del derecho natural, Fontamara, México, 1997; Lask, Emil, *Filosofía jurídica*, B de F, Montevideo, 2008; ver sección segunda, que refiere con claridad las corrientes filosóficas; Peces Barba, Gregorio, *Ética, poder y derecho*, primera reimpresión, Fontamara, México, 2004; Pérez Luño, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*, Palestra, Lima, 2005; Pieper, Josef, *Las virtudes fundamentales*, Rialp, Madrid, 8ª Edic. 2003; Larentz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Madrid, 2001; Prieto Sanchís, Luís, *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*, Palestra-Temis, Lima, 2005: ver aquí el capítulo II; Radbruch, Gustav, *Filosofía del derecho*, Reus, Madrid, 2007; Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 8ª Reimpresión, principalmente el Capítulo III que desarrolla la problemática en relación al iusnaturalismo, Fontamara, México, 2004; Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, segunda reimpresión, 2000; Reale, Miguel, *Fundamentos del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1976; Ricoeur, Paul, *Lo justo*, p. 27; 161-181; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997; Talavera, Pedro, *Interpretación, integración y argumentación jurídica*, El País, Santa Cruz de la Sierra, 2008; Vallet de Goytisolo, Juan Berchmans, *Manuales de metodología jurídica*, especialmente para este tratamiento el Tº III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004; *En el ámbito Nacional (República Argentina)*: Cárcova, Carlos María, *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Lexis Nexis, 2007; ver especialmente la parte IV; Carrio, Genaro,

diferentes leyes que ordenan la función notarial latina, encuentran serias contradicciones en la interpretación de principios básicos notariales. Podremos tener más o menos alcances en razón de nuestra competencia material, podremos abrir un abanico de facultades intrínsecas a la propia función fedante, pero no puede nunca afectarse el principio de la imparcialidad notarial cuando en algunas legislaciones no se prohíbe la incompatibilidad entre la función de notario y de abogado, una función y un ejercicio profesional que resultan ser, a la luz y a lo oscuro, absolutamente incompatibles.

La *Unión Internacional del Notariado* ha publicado casi recientemente, la declaración más importante de los principios notariales: los propios del notariado de tipo romano-germánico. El derecho notarial, dice la mencionada declaración, se basa en cuatro pilares básicos insustituibles, como veremos seguidamente: *la organización del notariado, la función, el documento y la deontología*, principios estos últimos que además, cuentan con una declaración principista propia, situación que a nuestro modo de ver, nos convierte en rectores de los otros tres principios. En las recomendaciones se aduce la necesidad de tener una ley marco que reordene estas cuestiones.

“Notas sobre derecho y lenguaje”, quinta Edición, Lexis Nexis, 2006; Casares, Tomás, *La justicia y el derecho*, 3ª Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997; Cossio, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, El Foro, Buenos Aires, 2007; capítulos I, II y III y *La valoración Judicial*, El foro, Buenos Aires, 2002; Del Carril, Enrique, *El lenguaje de los jueces*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007; Guibourg, Ricardo, *La construcción del pensamiento*, Colihue, Buenos Aires, 2006, *Pensar en las normas*, Eudeba, 1999 y *Provocaciones en torno del derecho*, Eudeba, 2002; Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, Tº I, 2ª edición, Lexis Nexis, 2005 y Tº II, Lexis Nexis, 2005; *La prudencia Jurídica*, 2ª Edición, Lexis Nexis, 2006; y *El iusnaturalismo actual* (Coordinador), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996; Montejano, Bernardino (h), *Curso de derecho natural*, 7ª edición, Lexis Nexis, 2002; Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003 e *Introducción al análisis del derecho*, 13ª reimpresión, Astrea, 2005; Portela, Jorge, *Una introducción a los valores jurídicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008; Quintana, Eduardo, *Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo*, Educa, Buenos Aires, 2008; Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del derecho*, capítulos II, IV y VI, Ábaco, Buenos Aires, 2008; Rossi, Abelardo, *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Educa, 2000; Smith, Juan Carlos, *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*, 3ª Edición, Abeledo Perrot, 1999; Tale, Camilo, *Lecciones de filosofía del derecho*, Alveroni, Córdoba, 1995; ver aquí los capítulos I y VI; Vigo, Rodolfo Luís, *La injusticia extrema no es derecho*, 1ª reimpresión, La Ley, Buenos Aires, 2006; *Interpretación Jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999; *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2ª edición, Lexis Nexis, 2006; *Las causas del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983; y *Los principios jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 2000; Zuleta Puceiro, Enrique, *Interpretación de la Ley*, 2ª reimpresión, La Ley, Buenos Aires, 2006.

12. Alcance de la “ley marco”.

La ley marco es sumamente relevante y reviste el carácter de fundamental -aunque no de esencial-. Es fundamental porque viene a cubrir la necesidad de reorganizar una función propia del Estado de derecho que delega cierta porción de la dación de fe en personas probas, capaces, íntegras, en aras a la concreción casi absoluta del principio rector de la *seguridad jurídica*.

Sin embargo, los principios esenciales insustituibles de nuestra función, propios de la naturaleza del notariado, se definen y tienen valor por el solo hecho de ser eso, *principios esenciales del notariado*. Es así que ninguna ley positiva y vigente podrá contradecir, limitar, restringir, adulterar, prohibir en determinadas circunstancias, negar, el principio de imparcialidad, de independencia, de solidaridad notarial. Porque estas nociones valen mucho más que cualquier intento de negación a esta práctica, y como principios que son no necesitan de un *standard* de legitimación gubernamental para valer justamente, como verdaderos principios esenciales del notariado. De esta manera, si existiera en algún tiempo y lugar alguna ley que contradiga a esos principios universales, por el natural enfrentamiento entre normas y principios, como explican tanto *Ronald Dworkin* como *Robert Alexy*, estos últimos primarían sobre las primeras, volviéndolas inaplicables -o dejándolas-.

Por ello, el derecho notarial, siguiendo el camino que le traza la filosofía jurídica en la actualidad, debe buscar mucho mas allá de los contenidos mínimos de un programa que comprenda al derecho como algo estático, circunscripto únicamente a la noción de derecho escrito. Es que el derecho es lo escrito, pero también es lo esencial, innegable, lo que el ser humano por razón, método y convicción capta por evidencia independientemente de su legitimación normativa, fáctica, oficial.

En este sentido, el contenido del derecho notarial moderno debe resurgir de los cuatro principios esenciales de la Unión Internacional, en donde deberá considerarse sin demoras el problema del concepto de derecho notarial –problema ontológico-notarial-: el problema de la interpretación notarial del derecho; el problema de la valoración notarial del derecho

relacionada con la justicia del caso concreto –problema ético notarial- y el conocimiento de la ciencia del derecho notarial –problema gnoseológico notarial⁴⁴-.

⁴⁴ Cosola, Sebastián Justo, Tesis doctoral en elaboración (inédita), 2012.

Régimen Patrimonial de la Familia

1. Régimen de bienes en el matrimonio. 1.1. Concepto. 1.2. Orden público o autonomía de la voluntad. 1.3. Eficacia en el país de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero. Asentimiento conyugal. 1.4 Necesidad de una reforma legislativa. 2. Estipulación capitular. 2.1. Objeto de las convenciones matrimoniales. 2.2. Pluralidad de regímenes. 2.2.1. Comunidad de ganancias. 2.2.2. Separación de bienes. 2.2.3. Disposiciones Comunes. 2.2.3.1. Cargas de familia. 2.2.3.2. Responsabilidad por deudas. 2.2.3.3. Asentimiento conyugal. 2.3. La opción de mutabilidad del régimen. Límites. 3. Régimen patrimonial para uniones de hecho. 4. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial. 5. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria. 5.1. Publicidad en el registro inmobiliario. 6. Contratación entre cónyuges y ex – cónyuges. 7. La disolución de la sociedad conyugal *inter vivos* y *mortis causa*. 7.1. Principio general. 7.2. Tratamiento normativo. 7.3. Efectos de la sentencia. 7.4. Eficacia del acuerdo particionario *conyugal* -previo al divorcio-. 7.5. Defunción de un cónyuge y la indivisión post comunitaria. 7.5.1. Incidencia de la porción legítima hereditaria. 8. Partición privada y adjudicación de los bienes. 9. Inscripción registral de la partición.

1. Régimen de bienes en el matrimonio.

1.1. Concepto.

El matrimonio representa una institución social de máxima relevancia. Lleva ínsita una noción sociológica fundamental tanto en la sociedad contemporánea como en la antigüedad, generadora de un derecho positivo en la materia.

Resulta complejo definir al matrimonio sin entrar en un concepto descriptivo de los requisitos impuestos por un ordenamiento jurídico. Es menester diferenciar el acto jurídico que lo constituye de la relación jurídica que se establece entre los cónyuges como consecuencia del mismo. Así, vemos cómo la redacción del actual art. 172 C.C. extrae del precepto la mención de géneros y requiere únicamente la expresión personal de los contrayentes; y aclara que éstos podrán ser del mismo o de diferente sexo (Art. 172 C.C.:”... *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”).

El acto jurídico matrimonial se convierte en fuente (art. 499 C.C.⁴⁵) de la relación jurídica matrimonial contenida en derechos y obligaciones, la que ha recibido múltiples denominaciones: derecho matrimonial patrimonial, régimen matrimonial, régimen matrimonial pecuniario, régimen de los bienes en el matrimonio, régimen disciplinario, estatuto de disciplinamiento. A su vez, ese acto jurídico produce alteraciones en la esfera patrimonial de cada uno de los cónyuges⁴⁶, fija contribuciones para la satisfacción de las necesidades económicas de la familia, las llamadas cargas del hogar; y genera una comunidad de intereses patrimoniales que limitan, de diversas maneras, la autonomía de la esfera de acción de cada cónyuge⁴⁷.

Definimos al régimen patrimonial matrimonial como el conjunto de relaciones jurídicas de orden –o de interés- patrimonial que el matrimonio establece entre los cónyuges, y entre éstos y terceros.

Si bien la terminología del Código Civil argentino alude a la *sociedad conyugal* (Libro Segundo, Sección Tercera, Título II) y la comunidad lega y parte de la jurídica la sostenga⁴⁸, la doctrina mayoritaria es conteste en referirse a ella como régimen matrimonial y más precisamente conceptualizarla como régimen patrimonial del matrimonio, por no revestir ningún elemento característico esencial de una sociedad, sino contener el estatuto orgánico normativo relativo al funcionamiento y vicisitudes del patrimonio de los cónyuges durante el matrimonio y hasta su liquidación por muerte o divorcio.

El régimen patrimonial matrimonial es legal, imperativo en su origen, relativamente inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas como regla y de partición por mitades y se

⁴⁵ Art 499 C.C.: “No hay obligación sin causa, 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”.

⁴⁶ Fassi, Santiago C. *Estudios de Derecho de Familia*, p. 241. Ed. Platense, 1962. La Plata. Trabajo publicado en la Revista del Colegio de Abogados, Buenos Aires, v. 12, N° 3, 1944, p. 305-349.

⁴⁷ Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil “Derecho de Familia”*, T.1, p. 376. 2ª ed., Edit. Astrea, 1993. Buenos Aires.

⁴⁸ Legón, Guastavino, Fassi y Bossert.

constituye por efecto propio de la celebración del matrimonio⁴⁹. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia⁵⁰.

La voluntad de los contrayentes se ve limitada al acto que da nacimiento al régimen o en la decisión de ponerle fin a la relación matrimonial que lo sustenta, pero no incide en su estructura.

Dos son los tipos de relaciones esenciales que deben preverse: las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y de éstos con terceros. Internamente es esencial satisfacer los requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial, contribución a los gastos comunes (sostenimiento del hogar, educación de los hijos, etc.) y la gestión de los bienes del matrimonio de cada uno de los cónyuges.

Mientras que en las relaciones con terceros, es primordial mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge (o el de ambos) y el de quienes, con ellos, han establecido relaciones jurídicas de orden patrimonial⁵¹.

El Código Civil argentino adoptó un régimen de comunidad restringida -en sus orígenes de administración marital-, porque se excluyen de ella los bienes que eran de titularidad de los cónyuges al contraer matrimonio y también los adquiridos luego a título gratuito.

En cuanto a la gestión (administración y disposición) de los bienes de la comunidad, el régimen de Vélez estableció que el marido era el administrador de los bienes gananciales y de los propios de la mujer, salvo el bien raíz cuya administración se reservase, los donados por el marido con la misma reserva y los donados o dejados por testamento por terceros con la condición de no ser administrados por el marido (conf. Art. 1217 inc. 2, 1226, 1227 y 1276 el C.C., art. 52 de la ley de matrimonio)⁵².

⁴⁹ Méndez Costa, Ma. Josefa. *Código Civil comentado* “Derecho de Familia Patrimonial”, p. 13. Edit. Rubinzal – Culzoni, 2004. Santa Fe.

⁵⁰ El régimen patrimonial de la sociedad conyugal organizado por el C.C. es imperativo, está organizado por normas de orden público y en consecuencia, no pueden ser modificadas por voluntad de los esposos. C. 1ª Apel. Civ. Com. Minas, de Paz y Tributaria de Mza., 26/5/2010. AR/JUR/26645/2010.

⁵¹ Zannoni, Eduardo A. ob. cit. *Derecho* ..., T.1, p. 377.

⁵² Todo acto de disposición de inmuebles de la mujer requería su conformidad, y si el marido enajenaba o gravaba sin ese asentimiento, dichos actos eran inoponibles a aquella, quien podía reivindicarlos o requerir

La ley 11.357 de 1926, modificó sustancialmente el régimen de administración marital; excluyó de ella los bienes propios de la mujer –sin perjuicio del reconocimiento de un mandato presunto de administración, mientras ella no haga una declaración de voluntad contraria-; instituyó los bienes gananciales de administración reservada de la mujer, que eran los adquiridos con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, sobre los que pasó a tener la administración y disposición.

El Decreto Ley 17.711 de 1968, sustituye los arts. 1276 y 1277 del Código Civil y deroga el art. 3° de la ley 11.357, instituyéndose el régimen de administración separada o bicéfala de la comunidad, coexistiendo dos masas patrimoniales de gestión, distinguiéndose los bienes propios y los gananciales de titularidad de cada cónyuge.

Los cónyuges carecen de facultades para administrar o disponer de los bienes adquiridos por el otro, salvo que medie mandato, expreso o tácito que legitime una gestión en interés ajeno –aunque eximido de rendir cuentas-.

1.2. Orden público o autonomía de la voluntad.

Vélez⁵³ en su nota al título “De la Sociedad Conyugal”, considerando la ausencia de antecedentes referentes a la celebración de contratos de matrimonio en nuestro país, prefirió regular un régimen patrimonial únicamente legal, imperativo y argumenta poder evitar así “las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio”. Y justifica incluir solo aquellas excepcionales convenciones matrimoniales que juzga necesarias, para los esposos y para el derecho de terceros, no sobre el régimen patrimonial, sino sobre *objetos* (art. 1217 C.C.) y prohíbe todo contrato que pudiera derivar alguna alteración al régimen legal de bienes del matrimonio (las donaciones por el art. 1807 inc. 1, 1820, la compraventa por el art. 1358, la permuta por el art. 1490, la cesión de créditos art. 1441, etc.)⁵⁴. El X Congreso Internacional de Derecho de Familia consideró que “La

la liberación de los gravámenes a que hubiesen sido sometidos. Conf. Zannoni, Eduardo A. ob. cit. *Derecho* T.1. p. 394.

⁵³ A diferencia del *Code français* y el italiano de 1865 –al igual que el código civil español de 1889 y el alemán de 1900-, que atendieron a la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

⁵⁴ Tampoco se incorporó modificación alguna en este sentido en el anteproyecto Bibiloni, en el proyecto de 1936, en el anteproyecto de 1954 y por la forma de la ley 17.711 de 1968.

autonomía de la voluntad no se contrapone con el orden público en el derecho de familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella”⁵⁵.

La compatibilidad subsistiría igualmente, sin menoscabar el orden público, conservando la seguridad jurídica, si se diese cabida a la autonomía de la voluntad en este área del derecho privado, permitiéndose optar por un determinado régimen patrimonial que se ajuste a las aspiraciones de los contrayentes, siempre que no se alteren ciertos límites (orden público, buenas costumbres, moral, derechos de terceros).

Según Guaglianone “el orden público matrimonial se empequeñece o agranda, se debilita o fortalece, según la legislación de que se trate” y el grado de orden público del derecho matrimonial, está en relación inversa con el campo de actuación de la autonomía de la voluntad⁵⁶.

En este orden de ideas, existe una tendencia a nivel nacional de incorporar convenciones matrimoniales, y consecuentemente se han presentado innumerables proyectos⁵⁷ de reforma al Código Civil, a los efectos de modificar el carácter imperativo del régimen patrimonial matrimonial. En la mayoría de ellos, se establece la posibilidad de la libre elección del régimen por los contrayentes, a través de convenciones que se ajusten a las disposiciones del Código Civil; dicha elección se podría efectuar entre dos regímenes patrimoniales o tres, según el proyecto: el régimen de participación de ganancias, el régimen de separación de bienes, y el de comunidad restringida de ganancias. En todos los casos en el acta de celebración de matrimonio se consignará si existen o no convenciones matrimoniales.

También se prevé un régimen supletorio en el supuesto de falta de opción en la convención matrimonial, y así los cónyuges quedarán sometidos al régimen de comunidad de gananciales por ser el régimen que corresponde a nuestra tradición nacional; y en algunos casos de administración conjunta.

⁵⁵ Comisión 1. J.A. 1999-I-1025.

⁵⁶ Guaglianone, Aquiles H., *Régimen patrimonial del matrimonio*. T.I, p. 18. Edit. Ediar, 1968. Buenos Aires.

⁵⁷ Proyectos presentados en la H. Cámara de Diputados de la Nación: 1) Exped. 1183-D-2011. 2) Exped. 092-D-2011. 3) Exped. 2093-D-2009. 4) Exped. 1482-D-2007. Proyectos de Senadores: 1) S-1271/06. 2) S-1192/06. 3) S-2393/05.

Incluyen asimismo, la posibilidad de modificación del régimen luego de celebrado el matrimonio, a través de sentencia judicial en los casos de separación de bienes y por convención de los cónyuges. Se establece la posibilidad de dicho otorgamiento después de transcurrido dos (2) años de aplicación del régimen matrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública presentada al tribunal correspondiente a los efectos de su homologación; con la inscripción de la sentencia marginalmente en el acta de matrimonio a los efectos de su publicidad y oponibilidad a terceros.

En cuanto a la forma, los proyectos prevén la posibilidad de celebración por escritura pública o a través de la manifestación de voluntad prestada por los contrayentes ante el Oficial Público al momento de celebrarse el matrimonio. Ante cualquiera de las alternativas, deberá constar en el acta de matrimonio y si afectaran inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Se establece un régimen común de aplicación a cualquiera de los regímenes, inderogable por convención de los cónyuges, referido a los deberes de contribución del hogar, hijos; protección de la vivienda común y muebles indispensables, a través de actos que requieren asentimiento, y venia judicial supletoria; inembargabilidad por deudas; responsabilidad solidaria por las cargas del hogar e indistinta por las obligaciones del otro.

En varios se prevé en el régimen de separación de bienes, un derecho de compensación para el cónyuge que no pudo realizar una actividad remunerada o lucrativa vigente el matrimonio por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, al momento de la disolución del matrimonio, por el menoscabo económico sufrido por esta causa.

Los proyectos de reformas más importantes sobre el tema han sido el de Reforma integral de Código Civil y de unificación con el Código de Comercio del año 1992, - elaborado por la comisión de juristas creada por el decreto 468/92 - y la reforma del año 1998 - producto de la labor desarrollada por los juristas que integraron la comisión creada por el decreto 685/95 de la Presidencia de la Nación (Mensaje 731 del P.E. Nacional al Honorable Congreso de la Nación, del 8 de julio de 1999)⁵⁸.

⁵⁸ La reforma proyectada por la comisión integrada por los doctores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, fue creada por el

Ambas iniciativas incorporan la autonomía de la voluntad en las relaciones patrimoniales entre cónyuges, disponiendo que frente a la falta de elección, regirá como régimen supletorio la comunidad de ganancias.

El Proyecto del año 1992 permite la elección entre los regímenes de comunidad, de separación de bienes y de participación en las ganancias tanto en la convención prenupcial como, bajo ciertas condiciones, durante la vida del matrimonio. Y el del año 1998, posibilita la elección entre sólo dos regímenes, el de comunidad o el de separación de bienes, actuando el primero como supletorio ante la falta de opción.

La autonomía de la voluntad oscilará en los contrayentes, permitiéndoles escoger entre un estatuto económico matrimonial u otro, o simplemente no optar por ninguno para quedar enmarcados dentro del legal supletorio; y a los cónyuges, variar de régimen por considerar que equivocaron en su decisión u omisión inicial, o porque las circunstancias económico-matrimoniales que valoraron con anterioridad, han variado y consideran oportuno mutar de régimen.

1.4. Eficacia en el país de las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero. **Asentimiento conyugal.**

La situación imperante en los países de la región ha evidenciado la necesidad de una adecuación a las normas de derecho internacional privado a fin de evitar conflictos entre soberanías legislativas distintas, en especial entre los Estados miembros del Mercosur.

La República Argentina, es el único miembro que veda la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial matrimonial, y esta circunstancia generó durante la vigencia del art. 6° de la ley 2393 de Matrimonio Civil, antecedentes jurisprudenciales de trascendencia política, como el caso de la viuda de Goulart, ex presidente de Brasil.

decreto 685/95 de la Presidencia de la Nación para reformar íntegramente el Código Civil unificado con el Código de Comercio (mensaje 731 del Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación, del 8 de julio de 1999), y la fuente inmediata –expresamente señalada– que es el proyecto preparado por la comisión designada por el decreto 468/92 e integrada por los doctores Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni.

Goulart y su cónyuge, celebraron capitulaciones prematrimoniales, pactando separación de bienes. Ella, una vez casada, adquiere un inmueble en Argentina y lo vende siendo viuda. El registrador denegó la inscripción definitiva de la escritura de venta por no considerar el inmueble como “propio” de la viuda, lo que fue confirmado por la Sala F de la Cámara Nacional Civil⁵⁹. Goldschmidt⁶⁰ califica la resolución como visualmente acertada pero duda si el resultado es satisfactorio.

La ley 23.515 (B.O. 12/6/1987) deroga la Ley 2393, y sensible a la realidad internacional imperante en este área del derecho privado, ordena el texto del art. 163 C.C.: *“Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes. El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después de cambio”*. Afortunadamente se incorpora un “punto de conexión”⁶¹ fundamental, en el que se unifica en el *primer domicilio conyugal* todo el régimen de bienes del matrimonio, incluyendo las convenciones matrimoniales. De esta manera serán aplicables en nuestro país, las convenciones matrimoniales celebradas en el extranjero y su eventual aplicación en el territorio nacional, como también –cuya rareza destaca Mazzinghi⁶²– la posibilidad de que dichas convenciones sean celebradas en nuestro país, cuando el primer domicilio conyugal se fije en el país extranjero que admita y donde sea aplicable la convención formalizada.

El art. 40 del Tratado de Montevideo de 1889 establece que las capitulaciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de su situación. El art. 41 prevé que dichas relaciones serán regidas por la ley del domicilio conyugal que los contrayentes hubieren fijado, de común acuerdo, *antes del matrimonio*. El Tratado de Montevideo de 1940 (arts. 16 y 17), determina

⁵⁹ C.N.Civ., sala F, febrero 2-1982. V.G., J.M.- E.D. 99-676.

⁶⁰ Goldschmidt, Werner. *Derecho internacional privado referente al régimen de bienes en el matrimonio*. E.D. 99-676.

⁶¹ Punto de conexión es una norma indirecta que se limita a indicar el derecho privado que resolverá el caso cuando éste fuese de naturaleza internacional.

⁶² Mazzinghi califica de saludable la modificación y establecer un régimen congruente que sin vacilaciones fija la ley que rige las convenciones conyugales en el aspecto patrimonial, eliminando la discriminación entre los regímenes resultantes de sucesivos cambios de domicilio y sin variar el criterio respecto de bienes muebles o inmuebles. Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Convenciones matrimoniales. Régimen legal aplicable*. L.L. 2004-D-1300. En igual sentido Rapallini, Liliana Etel. *Régimen internacional del patrimonio conyugal en el Código Civil argentino*. R.N. 951, p. 619.

que todo el régimen de bienes, incluso las convenciones matrimoniales, se regirán por la ley del *primer domicilio conyugal*, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes⁶³.

Ese primer domicilio, es el hecho condicionante que determina la aplicabilidad del régimen convenido, sin importar que con posterioridad exista una mutación del lugar de residencia del matrimonio, sea ocasional o constante. Así, un matrimonio celebrado e instalado en España y que con posterioridad viniese y se radicase en la Argentina podría, de conformidad a los arts. 1315, 1318, 1325 y 1331 del C.C. español, celebrar convención matrimonial en nuestro país y cambiar de régimen económico.

El precepto legal no contempla cual es el tiempo que ha de durar la residencia común en ese primer domicilio para producir el efecto previsto por el art. 163 C.C., y deberá de ser apreciada por el criterio judicial, que evaluará si corresponde considerar o no un *animus* de permanecer en ese domicilio durante cierto tiempo o evaluar las razones que lo llevaron a permanecer allí en forma transitoria o indefinida.

El art. 1277 C.C. rige en el orden interno exigiendo el asentimiento conyugal en determinadas circunstancias, pero cuando el caso presenta elementos extranjeros, la solución varía. Si por lo expuesto, resulta aplicable una ley extranjera que no exija el asentimiento conyugal para disponer de un bien, no corresponde exigirlo en nuestro país. De esta manera, el Registro de la Propiedad Inmueble debe aceptar la validez de las estipulaciones contenidas en una convención matrimonial celebrada en país extranjero (v.gr. la adopción del régimen de separación de bienes), si al celebrarla los cónyuges dieron cumplimiento a las leyes de dicho país, habiendo tenido en él su primer domicilio conyugal y en el documento con vocación registral se *acreditase* y expusiere con claridad la circunstancia apuntada⁶⁴.

Razonablemente, en cuanto al estricto carácter real de los bienes, la ley contempla el respeto por la normativa nacional cuando estuviese en contradicción con la ley extranjera aplicable al régimen patrimonial extranjero convenido. Así por ej., los cónyuges no podrían

⁶³ El art. 2578 del Proyecto de Código Civil, prevé la opción de aplicar esta ley transcurridos cinco años desde el traslado del domicilio conyugal a la República –sin afectar los derechos de terceros–.

⁶⁴ En el mismo sentido, Lamber, Néstor D. *La acreditación del régimen patrimonial del matrimonio extranjero y la improcedencia del asentimiento conyugal*. Cuad.3 Centro de Estudios Notariales. Deleg. Lomas de Zamora. Col. de Esc. Pcia. Bs. As, 2007, p. 13.

constituir sobre un inmueble situado en nuestro país, un derecho real no reconocido por nuestra ley (art. 2502 C.C.⁶⁵); o se exigirá el asentimiento conyugal cuando habitasen en el inmueble sede del hogar conyugal hijos menores o incapaces, ya que el bien tutelado, no es estrictamente el carácter patrimonial sino la vivienda familiar como institución social, elemento sobre el cual el estado guarda un fin tuitivo fundamental y está en juego el orden público interno (art. 1277 *in fine*).

1.4. Necesidad de una reforma legislativa,

Nuestro ordenamiento jurídico recibió un régimen único y forzoso de comunidad, caracterizado por la unión de intereses entre los esposos que participan de la buena o mala fortuna del matrimonio. Su tipicidad es la formación de una masa de bienes que pertenece a los dos esposos y que ha de repartirse entre ellos o entre el sobreviviente y los herederos del otro al disolverse la comunidad.

La doctrina nacional contemporánea a la redacción de la obra de Vélez supo comprender las razones y conveniencia que motivaron al jurista cordobés a optar por un régimen único y forzoso para la familia argentina⁶⁶.

La admisión del divorcio vincular, la desaparición de la autoridad marital, la igualdad de cónyuges, la diversificación de tareas, actividades, oficios y profesiones sin consideración de géneros, el rol activo y dinámico que ha logrado la mujer argentina, la distribución de tareas del hogar entre los cónyuges, la migración a nuestro país de personas de países con regímenes matrimoniales diversos, la contratación y adquisición de bienes en nuestro territorio por personas casadas en el extranjero regidas por un determinado régimen patrimonial matrimonial, etc., son algunos de los múltiples factores que coadyuvan y obligan

⁶⁵ Art. 2502 C.C.: “Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”.

⁶⁶ En la época de codificación europea, las distintas regiones de cada estado, mantenían sus propias costumbres matrimoniales y su régimen económico. Ardua fue lograr la unidad legislativa, conciliar la determinación de un régimen legal y opciones convencionales, adecuándose a las particularidades de cada región. En Alemania al tiempo de la sanción de nuestro Código regía la unión de bienes en la parte norte del país (Sajonia, Silesia, Frisia Oriental, partes de Pomerania y de Schleswig-Holstein, Lübeck, ducado de Oldenburg, y en la mayor parte de Turingia, conf. Ennecerus, Ludwig – Kipp, Theodor – Wolff, Martin, *Tratado de Dcho. Civil*, Tomo IV, Dcho. De Familia, vol. 1º, Barcelona, Trad. De la 20ª ed. Alemana, 1953). En España, las distintas regiones se caracterizaban por contar con regímenes convencionales, siendo el régimen legal supletorio diferente según cada comunidad. Conf. Zannoni, Eduardo A. Ob. cit. pág 388.

a renovar el análisis sobre el tema, más aún hoy en período de estudio y redacción de la Comisión abocada a la elaboración del nuevo Proyecto de Código de derecho privado (Decreto P.E.N. 191/11).

Las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., 1987), concluyeron –de *lege ferenda*- por despacho en mayoría que “debe posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen sus relaciones y las relaciones de los cónyuges con terceros. A falta de capitulaciones se aplicará un régimen legal supletorio”.

2. Estipulación capitular.

Mientras el mundo jurídico se preparaba por resolver designios centrales como establecer la igualdad jurídica de los cónyuges en la disposición, gestión y administración de los patrimonios comunes, y regular la disolución del matrimonio por divorcio, una serie de situaciones explotaron casi inmediatamente frente a todos: la transexualidad, la filiación surgida de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales, el matrimonio igualitario⁶⁷.

La concepción del régimen de bienes no tendió en la mente de Vélez, al enriquecimiento de los cónyuges, sino a la provisión de un sustento económico a la familia⁶⁸.

Zannoni expresa que durante más de un siglo nuestra doctrina aceptó pacíficamente las razones que expuso Vélez Sarsfield al establecer como régimen legal único y forzoso la comunidad de gananciales, salvo supuestos específicos. Llegado el divorcio vincular, la doctrina nacional accedió a la posibilidad de salir de la inmutabilidad del régimen y adoptar convenciones de los cónyuges al respecto.

Cuando hablamos de convención entre cónyuges, nos estamos refiriendo al acuerdo entre los esposos que tiene por fin modificar o cambiar totalmente el régimen matrimonial

⁶⁷ Garrido De Palma, Víctor M. *La economía de la familia. Las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial*. Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV. Familia. Volumen 1º, p 199. Civitas 1º Ed. 2001. Madrid.

⁶⁸ Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Necesaria adecuación del régimen de bienes a la actual disciplina del matrimonio civil*. R.N. 902, p.178

vigente entre ellos⁶⁹. El sistema de Vélez fue rígido en este aspecto. Limitó las convenciones al inventario de bienes propios, reserva de administración por la esposa, donaciones del marido a la mujer y donaciones entre esposos para después de su fallecimiento. Fuera de ellas nada podía pactarse y menos aún, luego de celebrado el matrimonio (arts. 1218 y 1219 C.C.). Excepcionalmente admitió que los cónyuges pudieran apartarse de él y establecer un sistema de separación en las situaciones autorizadas por ley, no como opción sino como posibilidad de pasar del primero al segundo -en ciertos casos- manteniendo la convivencia matrimonial.

El art. 1217 C.C., tal vez sea el punto de inflexión para definir al régimen matrimonial argentino, ya que establece que nada puede incluirse en el contrato nupcial que signifique una modificación del sistema legal: *“Antes de la celebración del matrimonio, los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1) La designación de los bienes que cada uno lleve al matrimonio; 3) Las donaciones que un futuro cónyuge hiciere al otro”*⁷⁰.

El inventario tiene una utilidad innegable, y es que al confeccionarlo antes de las nupcias es la prueba más eficaz y terminante contra la presunción de ganancialidad que rige para los bienes de la pareja al disolverse la sociedad conyugal. Es una prueba preconstituida que permite incluir las deudas, acompañado de una tasación o estimación de su valor (Arts. 1251 y 1256 del C.C.).

El art. 1218 C.C. es rígido pero falto de precisión, ya que luego de estructurar las convenciones, quedó como un complemento y conclusión del art. 1217 C.C.

El régimen matrimonial argentino puede considerarse único en el derecho comparado, y única también es la limitación extrema a la posibilidad de los pactos prenupciales. Vélez Sarsfield consideraba que en nuestro país nunca se habían visto contratos de matrimonio y si éstos no aparecieron como necesarios, podían conservarse las costumbres del país. Prefirió

⁶⁹ Méndez Costa, María Josefa. *La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial*. R.N. 918. p.381.

⁷⁰ Conf. Guaglianone, Aquiles H. T.1, pág.146. El inc.1) del art tuvo su origen en el proyecto español de 1851 y en el código chileno, aunque en éstos la enunciación de los bienes era imperativa, y en el segundo exigía la mención del valor de los bienes y el detalle de las deudas. La modificación al inc 3 del art 1217 C.C. fue realizada por la ley 26618/10. El inc 2) y el 4) fueron derogados por la ley 17.711, pero no se referían a la posibilidad de elegir un régimen matrimonial patrimonial.

regular las convenciones matrimoniales con los contratos ordinarios (Sección III del Libro II)⁷¹.

Una primera característica es que los pactos prenupciales no pueden ser modificados luego de celebrado el matrimonio, y es la regla consagrada en el art. 1219 del C.C.⁷²: “*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*”. Los motivos de esta inmutabilidad (tomado de las costumbres francesas), se reducen a evitar que el marido abusara de su autoridad para imponer a su mujer que durante el matrimonio lo favoreciera con beneficios o ventajas; para seguridad de los terceros que efectuaban donaciones *propter nuptias* teniendo en mira la vigencia de un determinado régimen matrimonial elegido en el contrato original; y para que éstos no vieran alterada la garantía de sus créditos por cambios sobrevenidos.

Es perfectamente viable la modificación, revocación o alteración del contrato antes de la celebración del matrimonio, ya que hasta ese momento las capitulaciones son un mero proyecto⁷³.

Lo que existe es la prohibición de cambiar convencionalmente el régimen de bienes o las estipulaciones del contrato prenupcial luego de celebrado el matrimonio, pero ello no obsta a que esa modificación pueda provenir de *otra causa* permitida por la ley, como por ejemplo en el caso de separación judicial o el restablecimiento posterior de la misma, o la revocación de las donaciones. Disuelta la sociedad conyugal, los cónyuges pueden fijar las bases para la liquidación y partición del haber ganancial, realizar acuerdos relativos a la partición y adjudicaciones, etc.

Con respecto a las convenciones atípicas o no previstas por el sistema jurídico, el Proyecto de Reformas las prohíbe, al decidirse por un sistema opcional restrictivo (similar al *numerus clausus*), y establecer que los esposos pueden hacer convenciones antes de la

⁷¹ Vélez estructuró la sociedad conyugal como una suerte de contrato obligatorio, es el primero de los contratos regulados, una especie dentro del género sociedad civil. Lo cierto es que siendo un régimen imperativo no se aviene con la idea de contrato y la voluntad contraria de los contrayentes es ineficaz.

⁷² Este artículo ha sido tomado directamente del art. 1251 del Esbozo.

⁷³ El art 1251 del Esbozo de Freitas decía: Pero, antes de la celebración del matrimonio, estos contratos pueden ser distractados, alterados, o aumentados, toda vez que se lo haga de la misma forma y con las mismas solemnidades de la primitiva estipulación, concurriendo las mismas personas que hayan intervenido en ella.

celebración del matrimonio únicamente sobre determinados objetos, y entre ellos, la opción que hicieren por alguno de los regímenes matrimoniales previstos (art. 495 inc. 4 del proyecto)⁷⁴. Los cónyuges pueden optar por el régimen subsidiario de la comunidad de ganancias (art. 514 del proyecto), el de separación (arts. 556/560 del proyecto) o por el de participación de las ganancias (arts. 561/571 del proyecto), pero no podrán convenir un régimen mixto con disposiciones de uno u otro régimen, ni optar por el régimen dotal; tampoco será posible limitarse a declarar que no rige el régimen de comunidad de bienes sin especificar a cuál se someten.

La idea propuesta es que cada matrimonio pueda adecuar el régimen de bienes a sus circunstancias particulares, adscribiendo a uno u otro sistema que la ley podría delinear, también pasar de un régimen a otro si lo consideran conveniente; siempre cuidando la situación de terceros acreedores de los cónyuges.

Es cierto que en Buenos Aires de 1870, como también en el interior del país, pensar en un régimen de separación de bienes era contrariar la realidad objetiva. La estructura socio-económica familiar ha cambiado, los cónyuges comparten el mercado de trabajo, ejercen profesión, oficios, empleos, comercios, con lo que un régimen que fue apto para un determinado período, deja de serlo para otro sustancialmente diferente. La ley no puede presuponer que todas las familias se ajustan a un modelo único, es una realidad con muchas variables y circunstancias que justifican un grado de permisividad en el ordenamiento jurídico. Tenemos familias con tradición aún patriarcal, otras más asociativas y aún hoy matrimonios de personas del mismo sexo. No hay un régimen mejor que otro, es la ley la que debe permitir que los consortes elijan entre un espectro de posibilidades, como tampoco hay un régimen único que pueda prever la innumerable cantidad de situaciones familiares y económicas. Es aquí donde fluye como natural la necesidad de la libertad convencional.

En los países con pluralidad de regímenes, la mayoría de las convenciones matrimoniales se celebran en las segundas o ulteriores nupcias. La ley no puede permanecer inactiva fomentando de esta forma, indirectamente, el concubinato, como también es menester cuestionarse si es justo la división por mitades de los gananciales.

⁷⁴ El art. 496 del proyecto establece que toda otra convención de los esposos sobre otro objeto del matrimonio es de ningún valor.

Muchos ex cónyuges divorciados pretenden contraer nuevas nupcias, pero no quieren someterse nuevamente al régimen de comunidad, ya que cada uno tiene su propio patrimonio, consolidada su actividad, sus ingresos, y no quieren que las relaciones económicas afecten sus relaciones afectivas; o existen hijos de matrimonios anteriores y expresan sus deseos de que los bienes que tengan a ese momento sean para los hijos de esos matrimonios previos y que no se vean perjudicados por la nueva relación. Todas estas cuestiones que de ninguna manera afectan al orden público, podrían canalizarse a través de normas que no afectaren los intereses privados en lo que hacen a la organización económica del matrimonio.

Es suficiente que exista un cierto número de personas que puedan sufrir estos males para que el legislador no cierre los ojos y no siga manteniendo ni imponiendo la obligatoriedad de un régimen. Podría pensarse en la captación de la voluntad, en el dolo de un individuo que pacta el régimen de separación de bienes para condenar a su mujer al hambre, pero aquí estaríamos minusvalorando la capacidad y el raciocinio de la mujer. Hay que pensar en una respuesta para aquellos que tengan un interés real en un régimen de separación de bienes. Gran cantidad de países latinoamericanos y europeos admiten más de un régimen, y en caso que los consortes no pacten un régimen patrimonial, la ley establece uno supletorio. En la República Argentina, dicho régimen debería ser el de comunidad de gananciales, que más se identifica con la tradición nacional. Si los contrayentes no expresaran su voluntad a través de una convención, debe suponerse que adhieren tácitamente al régimen impuesto por la tradición.

La mayoría de la doctrina nacional concuerda en permitir la opción por un régimen convencional. Los argumentos a favor son varios: la diversidad de situaciones conyugales desde el punto de vista económico, que favorecería la celebración de matrimonios y el principio de libertad contractual; las muchas parejas de divorciados que desean contraer segundas nupcias y no lo hacen por no someterse nuevamente a la comunidad de gananciales. Ambos cónyuges son quienes deberían solucionar sus propios problemas en lugar de imponérseles autoritariamente una solución.

Si no hubo costumbre a favor de las convenciones es porque el marco legal no lo permitía. La solución pluralista del derecho extranjero no debe ser ignorada. El principio de igualdad jurídica se ve vulnerado cuando es impuesto un régimen legal único y forzoso. Es una opción la libertad de elección y no una obligación y aunque sea ejercida por una minoría,

no se advierte el fundamento de la negación. De igual modo, es imprescindible a la par la existencia de un régimen primario que prevea lo relativo a las cargas comunes y la protección del hogar conyugal⁷⁵.

Se han ocupado de este tema y en sentido favorable a la reforma: el Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia (Salta, 1983), el Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia (Cáceres, 1987), las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho de Familia (Buenos Aires, 1992), el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998) y las XIX Jornadas de Derecho Civil (Rosario, 2003).

Guaglianone agrega que el criterio legislativo es ir hacia una libertad cada vez mayor de los particulares, desapareció la incapacidad de hecho de la mujer casada, la condujo al mundo de los negocios y diversificó las fuentes de recursos para el sostenimiento del hogar. Fundamentalmente que la seguridad de los terceros no se encuentra en el rigor del régimen matrimonial sino en la publicidad que se da del mismo.

Las cuestiones de distribución de la riqueza de los cónyuges no debe ser una cuestión a resolver por la ley, la que sólo debe preocuparse por cuestiones básicas (contribución a las cargas del matrimonio, vivienda de la familia, deudas contraídas para el mantenimiento del hogar y educación de los hijos).

No se trata de compartir el bienestar, la prosperidad o su ausencia, que es lo que naturalmente se participa cuando el grupo está unido, sino de otorgar a las partes el derecho de convenir otra solución que resguarde la independencia de cada uno y no lo convierta, al momento de la ruptura, en un acreedor del patrimonio formado por las ganancias del otro.

En algunos países los cónyuges tienen la obligación de informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de la actividad económica que desarrollan, siendo causal de disolución de la sociedad de gananciales el incumplimiento reiterado de dicha obligación.

⁷⁵ La Comisión designada por Decreto 685/95 proyectó un régimen primario de mucha mayor protección que la otorgada por el régimen de comunidad actual.

Los contrayentes coinciden en querer los aspectos sustanciales del matrimonio, pero la mayoría ni sospecha cómo es el régimen patrimonial que los rige, ni siquiera la sumaria información que se les proporciona al momento de casarse, alude al régimen de bienes. *No se puede querer sino aquello que se conoce*, es por eso que los contrayentes no manifiestan su voluntad respecto del régimen aplicable imperativo.

Uno de los proyectos de reformas presentado en la Cámara de Diputados de la Nación⁷⁶, establece en el art. 26 el deber de información que tiene el oficial público encargado del Registro Civil y Capacidad de las personas en cada caso, a los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio, que tienen la opción de elegir el régimen patrimonial que adoptarán, y que en caso de no hacerlo expresamente, el régimen será el de la comunidad de gananciales bajo administración conjunta.

2.1. Objeto de las convenciones matrimoniales.

En nuestro derecho los únicos contenidos de las posibles convenciones matrimoniales no hacen al régimen patrimonial del matrimonio en sí mismo, sino apenas a pre constituir una prueba a través del inventario de los bienes muebles que cada uno lleva al matrimonio, o todo lo relativo a las donaciones prenupciales.

La naturaleza jurídica de la convención, es un acto jurídico familiar patrimonial. El nuevo inciso 3° del art. 1217 C.C. superó un viejo resabio de desigualdad entre hombre y mujer, al permitir las donaciones entre futuros cónyuges, fundamento en el que se basó el codificador para prohibir a la mujer hacer donaciones prenupciales⁷⁷.

Otra modificación trascendente que produjo la ley 26.618 fue que el cónyuge que no dio causa a la separación personal -y que no demandó ésta en los supuestos que prevén los artículos 203 y 204 C.C.⁷⁸-, podrá revocar las donaciones hechas al otro cónyuge en

⁷⁶ Proyecto presentado en la Cámara de Diputados de la Nación con número de expediente 1183-D-2011, con trámite parlamentario 015 (23/03/2011).

⁷⁷ Dice la Nota al título "De la sociedad conyugal": "Desde que la mujer debe entregarle al marido todos sus bienes ¿Qué fin honorable puede tener una donación de la esposa al esposo? Importaría comprar un marido".

⁷⁸ El art. 203 C.C. establece: "*Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con hijos.*" El art. 204 C.C.: "*Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los*

convención matrimonial (conf. art. 212 C.C.). Hay un cambio de fondo, antes el único que podía hacer una donación prenupcial era el marido, y lógicamente era el único que siendo inocente en la separación o divorcio, podía revocarla. Hoy la revocación de la donación hecha en convención matrimonial, puede hacerla quien revista calidad de inocente, sea hombre o mujer⁷⁹.

En cuanto a los sujetos, se requiere capacidad de obrar para todos los actos jurídicos y luego sólo los que se encuentran capaces para celebrar matrimonio entre sí son aptos para celebrarlo. El Proyecto de Reformas establece que las mujeres de 16 a 18 años y el varón o la mujer menores de edad núbil, dispensados del impedimento de falta de edad, son excluidos del pacto. Tratándose de un acto jurídico bilateral, es suficiente que uno de los contrayentes sea incapaz de celebrarlo para impedirlo. Nuestro derecho actual, conforme con el art. 1222 C.C., aunque con otros alcances, establece que el menor que puede casarse, puede efectuar las convenciones matrimoniales si concurren a su otorgamiento las personas cuyo previo consentimiento se necesita para contraer nupcias. El Proyecto de Reformas dispone que los contrayentes son admitidos exclusivamente a elegir uno de los regímenes que prevé el mismo, no pudiendo modificar el que eligen o crearse un régimen particular o substraerse a régimen alguno⁸⁰.

En cuanto a la oportunidad de la celebración, el Proyecto de Reformas establece que las convenciones son anteriores al matrimonio, y en caso que los consortes contraigan matrimonio sin convenir sobre el régimen de bienes y desean hacerlo después, deben esperar dos años luego de contraídas las nupcias.

Las convenciones son facultativas y no son inicialmente definitivas porque pueden modificarse antes de la celebración del matrimonio, siempre que se ajusten a las disposiciones pre-establecidas. Son puras y simples, no admiten modalidades impuestas por las partes, la única condición a la que están sometidas, es a que el matrimonio se celebre válidamente⁸¹. Los

cónyuges, cuando éstos hubieran interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente."

⁷⁹ Solari, Néstor E. *El régimen patrimonial del matrimonio en la Ley 26.618*. T-2010-F, Sec. Doctrina. P. 810.

⁸⁰ En otros regímenes está permitido modificar, sustituir o pactar cualquier disposición relativa al mismo. En el régimen francés, análogo y anterior al español, los consortes pueden convenir estipulaciones especiales que deroguen el régimen de comunidad o lo modifiquen; el régimen supletorio es el de comunidad.

⁸¹ Otras legislaciones aceptan las condiciones suspensivas o resolutorias o los plazos, ejemplos: si se tienen o no hijos, si uno de los cónyuges llega a ejercer profesión u oficio, etc.

efectos de las convenciones se producen desde la celebración del matrimonio y siguen su suerte.

Los sujetos de la convención son los esposos mayores de edad con vínculo vigente. En el caso de los esposos separados de bienes por separación personal está expresamente prevista en el Proyecto de Reformas para el caso de reconciliación: pueden elegir el régimen de participación o la comunidad nacida con su acuerdo expreso con efectos a partir del mismo o hacer renacer la comunidad que fue disuelta por la sentencia de separación personal u optar tácitamente por la separación de bienes en que fueron emplazados en virtud de la misma. Los esposos separados de bienes por causa diferente de la separación personal están facultados para cambiar este régimen conforme con la regla general, esperando necesariamente dos años de la vigencia de aquel⁸². Los esposos separados de hecho también pueden mutar el régimen que los rige. En el proyecto presentado en la Cámara de Diputados de la Nación en el año 2009⁸³, se prevé en el art. 1280 que en caso de reconciliación de los cónyuges separados judicialmente, subsiste la separación de bienes, salvo que los cónyuges adopten un nuevo régimen matrimonial conforme con el art. 441. También pueden convenir la reconstitución con efecto retroactivo a la comunidad que había quedado extinguida a consecuencia de la separación personal.

El acuerdo de cambio de régimen debe ser bilateral y no se propone la imposición del cambio por uno solo de los esposos. La única posibilidad es mutar de un régimen legalmente organizado por otro también organizado por la ley. Debe responder la modificación al interés familiar, expresarse las causas que motivan el cambio y contar con homologación judicial; debe ser formalizada por escritura pública, no por acta judicial, anotarse al margen del acta de matrimonio y no en el registro de bienes. No se aceptan modificaciones al régimen vigente entre los cónyuges.

Podría convenirse para producir efectos al vencimiento del plazo de los dos años de vigencia del régimen a que están sometidos los esposos, porque eso no contraría el espíritu de la ley. El nuevo régimen comienza a surtir efectos desde la fecha de la homologación judicial y es en ese momento cuando se produce la extinción del régimen que lo precede. Para producir

⁸²Méndez Costa, María Josefa. *La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial*. R.N. 918. p.399.

⁸³ Expediente 2093-D-2009. Trámite parlamentario 39 (30/04/2009).

efectos frente a terceros debe estar inscripto al margen del acta de matrimonio. La extinción del régimen de comunidad o del régimen de participación para ser reemplazado por otro debe proceder primero a su liquidación y partición de la comunidad, liquidación del crédito de participación.

2.2. Pluralidad de regímenes.

El Proyecto de Reformas y el Proyecto de Código Civil, introdujeron la libertad de elección del régimen matrimonial. En ambos se mantuvo como régimen legal a la comunidad de ganancias; en el primero se permitió elegir entre el de separación de bienes y el de participación en las ganancias; en el segundo la única opción es por el de separación de bienes. El sistema del régimen matrimonial no ha sido alterado con la ley 26.618; las reformas previas han agregado capas legislativas al texto originario del Código Civil, muchas veces incoherentes entre sí y cuya compatibilidad ha sido una tarea doctrinaria y jurisprudencial bastante ardua de lograr.

Los regímenes matrimoniales vigentes son el resultado de los mayores cambios en relación a cualquier otro período histórico. No hay país de Europa que no los haya reformado, global o parcialmente, en los últimos años. La evolución empezó con la Segunda Guerra Mundial con la reforma alemana de 1958. Todas esas reformas respondieron a transformaciones de las relaciones conyugales, sobre todo la evolución de la mujer desde su trabajo fuera del hogar, lo que dejó al hombre lejos de ser el único productor de bienes en el matrimonio. Al examinar los regímenes actuales de la legislación comparada⁸⁴, la igualdad y la independencia de los cónyuges en la gestión de los bienes, la autonomía profesional, la afectación de los bienes a las cargas del hogar, la responsabilidad solidaria por las deudas del hogar y los hijos, son características garantizadas en todos ellos, y ha derivado la igualdad en un reconocimiento de la libertad de los cónyuges para elegir el régimen patrimonial⁸⁵.

⁸⁴ Así se manifiesta en el derecho francés donde está admitida la estipulación convencional de partición no igualitaria, o en Quebec donde el derecho a compartir los gananciales es renunciante, incluso a pesar de convención en contrario. También hay previsiones en España como la compensación aún en el régimen de separación de bienes, el cómputo como carga que da derecho a una compensación del trabajo doméstico, la posibilidad de pactar una participación distinta a la establecida en el régimen de participación en las ganancias, si rige por igual para ambos cónyuges y en la misma proporción en ambos patrimonios.

⁸⁵ Hernández, Lidia Beatriz: *El régimen patrimonial del matrimonio. El rol de la autonomía de la voluntad. Revista de Derecho Privado y Comunitario*. 2008-2, p. 9. Ed Rubinzal-Culzoni. La igualdad jurídica de los consortes, deriva inevitablemente en la contribución a las cargas del hogar. Se refiere a la igualdad en la solidaridad y la dependencia recíproca de la que habla Moulders-Klein, al suprimirse la jefatura marital de la comunidad.

Admitida la necesidad de un régimen matrimonial, se abre el interrogante sobre si él supone una inflexible y única regulación jurídica o no. El derecho comparado ofrece tantos sistemas como legislaciones positivas existen, no se ha dado una regla lógica de atender a un criterio uniforme en la elección de ese criterio tipificante y no se ha logrado uniformidad en la clasificación.

La mayoría de las legislaciones contemporáneas sigue el principio de libertad de convenciones matrimoniales. Portugal que impone como régimen de separación a los matrimonios *in artículo mortis*; o por la edad de los contrayentes en el caso de Brasil cuando el hombre tiene más de 60 años o la mujer más de 50. De todos modos, aún en los países en que existe un régimen de autonomía de la voluntad, existe uno de dichos regímenes que asume un predominio respecto de los restantes, convirtiéndose en una suerte de derecho común o de la mayoría de los matrimonios, y termina por constituirse en cada país, en un régimen nacional, dominante y tradicional.

Ya desde el derecho alemán se recomendaba el régimen de la comunidad universal como un símbolo perfecto del matrimonio. Para algunos juristas, esto era una utopía, en el matrimonio en que existe amor verdadero todo se regula por sí solo. La cuestión del régimen patrimonial se pone normalmente de manifiesto en la práctica cuando ya no existe cordialidad en la comunidad. ¿Es factible y conveniente que la unidad de vida sea total, comprendiendo cuerpos, almas y patrimonio?⁸⁶.

2.2.1. Comunidad de ganancias.

La comunidad matrimonial se presenta en el derecho comparado de tan diferentes formas que no puede sostenerse doctrinariamente que exista un régimen de comunidad. En todos ellos la nota común es la unión de intereses de los esposos, que participarán de la buena o mala fortuna del matrimonio. El espíritu societario lo anima, y se caracteriza por una masa de bienes que pertenece a los esposos. No es de la esencia de la comunidad, ni la unidad de masa, de administración y de responsabilidad, ni la jefatura del marido.

⁸⁶ Guaglianone, Aquiles Horacio. *Régimen patrimonial del matrimonio*. T.I, p. 10. Edit. Ediar, 1968. Buenos Aires.

En este régimen se forma una masa de bienes que al momento de la disolución se dividirá entre los cónyuges o entre éste y los herederos del otro. Hay una expectativa común sobre los bienes adquiridos. La titularidad sobre los bienes se vincula al régimen de administración y disposición. No se trata de copropiedad o condominio sobre los bienes, y según su extensión determina distintos tipos de comunidad. El principio de administración separada lo establece el art. 1276⁸⁷ C.C., y retrasa la formación de la masa común hasta que se liquide la sociedad conyugal. Es allí donde los cónyuges actualizan sus expectativas comunes sobre los bienes que componen dicha masa. Lo esencial es la partición, aunque no se haga por partes iguales.

Restringida de ganancias: Todas las ganancias o adquisiciones a título oneroso que realicen los cónyuges durante el matrimonio, y los frutos de los bienes propios, son comunes. Son bienes propios los que sean llevados al matrimonio (sean muebles o inmuebles), o los adquiridos con posterioridad a título gratuito (herencia, legado o donación), o por permuta con otro bien propio o adquirido con el producido de la venta de un bien propio o por causa anterior al matrimonio⁸⁸. Hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, y los gananciales⁸⁹.

2.2.2. Separación de bienes.

Será un régimen original o derivado, según que se inicie el matrimonio con este régimen o se sustituya uno anterior. Y según su origen podrá ser: 1) CONVENCIONAL: No es aceptada en nuestro derecho. 2) JUDICIAL: Nace por sustitución de otro régimen hasta ese entonces vigente, que ha quedado disuelto por imperio de una sentencia dictada a pedido de uno de los cónyuges fundado en las causas legales. Es lo establecido en el art. 1294⁹⁰ C.C. que establece como causales fundantes, la mala administración o el concurso del otro cónyuge y el abandono de hecho de la convivencia matrimonial. 3) LEGAL: Se disuelve el régimen de

⁸⁷ Art 1276 C.C.: “Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier título legítimo, con la salvedad prevista en el art. 1277....”

⁸⁸ Es el régimen más difundido: Como régimen único e imperativo: Argentina, Cuba (1975). Como régimen legal básico: Uruguay (1946), Brasil (1977), Chile (1994), Paraguay (1985), Perú (1985), España (1981), Italia (1975), Francia (1965), Portugal (1967), y diversos estados de Estados Unidos.

⁸⁹ Conf. Allende Iriarte, Alberto. Op. cit., p. 99. Planiol y Ripert expresaban que estos bienes eran tan distintos de los propios de los cónyuges, hasta el extremo que se generaban relaciones jurídicas entre ellos.

⁹⁰ Art. 1294 C.C.: “Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge.”

comunidad de bienes como efecto de la sentencia de separación personal del art. 1306⁹¹ C.C.; subsiste el vínculo matrimonial pero se disuelve el régimen de gananciales, que debe liquidarse y da origen a un régimen de separación de bienes⁹².

En nuestro derecho no hay separación de bienes por convenio, pues rigen los arts. 1218 y 1219 C.C. Se requiere como forma esencial la sentencia judicial constitutiva del nuevo *status* patrimonial; y la separación debe ser causada.

2.2.3. Disposiciones Comunes.

¿Con qué recursos se debe mantener un hogar? ¿Los gastos propios de los hijos, nacimiento, educación, crianza, estudios? La responsabilidad contractual o extracontractual que se genere por la actividad de cada cónyuge, ¿debe recaer sobre el patrimonio de quien lo generó o por el beneficio que produjo o pudo producir para la familia, es razonable que comprometa el patrimonio familiar?.

2.2.3.1. Cargas de familia.

El régimen patrimonial debe fijar cómo contribuirán los consortes para satisfacer las necesidades económicas de la familia, las llamadas cargas del hogar, la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes integrantes de aquellos patrimonios o adquiridos por los cónyuges durante la subsistencia del vínculo, la medida en que esos bienes responderán por las deudas de los contrayentes, especialmente las que surgen de las destinadas a las cargas del hogar.

La igualdad jurídica de ellos debe reflejarse en la contribución a las cargas del hogar como una consecuencia ineludible. Antes le correspondía al hombre la gestión de los bienes y también las responsabilidades⁹³. La protección del hogar ocupa un lugar del mismo rango que

⁹¹ Art. 1306 C.C.: “La sentencia de separación personal o de divorcio vincular producen la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe ...”

⁹² Capparelli, Julio César. *El régimen de separación de bienes*. ED T-155, p. 874. Dicho régimen de separación subsistirá hasta que se disuelva el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por conversión de la sentencia de separación en divorcio vincular.

⁹³ Hernández, Lidia Beatriz. Op.cit. p.10. Es la igualdad en la solidaridad y la dependencia recíproca que dio lugar a la aparición de un régimen primario, buscando el equilibrio entre la libertad de los cónyuges y la protección del grupo familiar.

la citada igualdad en las legislaciones. Así aparece un régimen primario buscando un equilibrio entre la libertad de los esposos y la protección mínima del grupo familiar cualquiera sea el régimen secundario que hayan elegido, porque es posible elegir éste último pero prohibido derogar el primero.

El pasivo de la sociedad conyugal tiene dos aspectos: Con qué *bienes* responderán los cónyuges frente a sus acreedores (“pasivo provisorio”) y *quién* en definitiva soportará el peso de la deuda en las relaciones internas de la comunidad conyugal (“pasivo definitivo”). En el art. 1275 C.C. original esta distinción no se planteaba, porque esa norma regía ambos aspectos, la unidad de responsabilidad frente a los acreedores se vinculaba al régimen de unidad de administración puesto en cabeza del marido⁹⁴. La ley 11.357, en sus arts. 5° y 6°⁹⁵, introdujo una nueva regulación de la responsabilidad de cada cónyuge frente a sus acreedores, estableciendo el carácter separado en función de la titularidad de los bienes, y cada uno responde por sus deudas con los bienes, propios y gananciales que ha adquirido y administra⁹⁶.

La ley no aclaró si derogaba o modificaba el art. 1275 C.C., lo que llevó a grandes debates doctrinarios hasta llegar al criterio predominante de Belluscio que tomando los conceptos antes descriptos de *obligación* (pasivo provisorio) y *contribución* (pasivo definitivo), vincula la primera con los arts. 5° y 6° de la ley 11.357, y la segunda con el art. 1275 C.C., que quedaría definiendo las cargas de la sociedad conyugal⁹⁷, los clásicos *onera matrimonii*. Se trata de dos cuestiones: de obligación por la deuda que se presenta desde el origen de la

⁹⁴ Art. 1275 C.C.: “Son a cargo de la sociedad conyugal: 1. La manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges; los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus ascendientes. 2. Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de cualquiera de los cónyuges. 3. Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y las que contrajere la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse. 4. Lo que se diere, o se gastare en la colocación de los hijos del matrimonio. 5. Lo perdido por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etcétera.”

⁹⁵ Ley 11.357, art. 5°: “Los bienes propios de la mujer y lo bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer.” Art. 6°: “Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes.”

⁹⁶ La ausencia de mención en el título del origen de los fondos empleados en la compra de un inmueble, resulta inconducente para determinar el sistema de gestión y la responsabilidad por las deudas, pues la titularidad de la adquisición es el criterio de atribución que informa la materia. C.S.J.N., 1/12/987, *Fisco Nacional, DGI c. Hays, Juan T.* Idem, S.C. Buenos Aires, 30/08/977. E.D. 75-390.

⁹⁷ Belluscio, Augusto César. *Manual de Derecho de Familia*. T.2, p. 113. “Pasivo de la Sociedad Conyugal”. 5° edic. Depalma, 1991. Buenos Aires.

misma; y contribución a la deuda, que se presenta al momento de la disolución y partición de la comunidad⁹⁸.

Las cargas de la sociedad conyugal subsisten respecto del aspecto interno de las relaciones entre los cónyuges y cobran vigencia al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal. La ley 11.357 rige el aspecto externo de las deudas de los cónyuges - respecto de los acreedores no es aplicable el art. 1275 C.C.⁹⁹.

El art. 1275 C.C. determina cuáles son las cargas de la sociedad conyugal y que deben ser soportadas por el activo de la comunidad, y si uno de los cónyuges las paga con recursos propios, tendrá derecho a recibir una recompensa¹⁰⁰ de la masa ganancial al momento de liquidarse la sociedad conyugal. A la inversa, el pago de obligaciones personales, con fondos gananciales que no entran en la enumeración del art. 1275 C.C., da un crédito o recompensa a la sociedad contra el cónyuge que se benefició¹⁰¹. El artículo no tiene una disposición genérica sino que enuncia los supuestos en cinco incisos: 1º) Manutención de la familia y los hijos (hijos comunes, extramatrimoniales¹⁰², de matrimonio anterior del otro, todos los adoptivos, sin que sea necesaria la convivencia) y los alimentos que uno de los esposos se encuentre obligado a dar a sus ascendientes (por sentencia judicial o voluntariamente; pero no incluye a otros parientes como hermanos, medio hermanos o por afinidad). 2º) Los reparos y conservación en buen estado de los bienes particulares de cualquiera de los cónyuges¹⁰³. 3º) Todas las deudas y

⁹⁸ Bueres, Alberto J. y Highton, Elena. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Contratos*. T. 3 C. Buenos Aires. Hammurabi, 2007. Pág. 150. Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil-Derecho de Familia*. T. I, p. 574. 5º Edic. Astrea, 2006. Buenos Aires.

⁹⁹ Es la opinión de Méndez Costa, Belluscio, Fassi. CApel. CC Morón; Sala II, Junio 14-990-ED, 139-295. Bueres, Alberto J. y Highton, Elena. Op. cit., p. 150. Zannoni, Eduardo A. op. cit. *Derecho* T. I, p. 573.

¹⁰⁰ S.C.B.A., 07/03/1995. E.D. 164-399. La recompensa es un crédito existente entre el patrimonio de alguno de los cónyuges y la sociedad conyugal. Se resolvió que cuando se adquieren bienes entregando dinero en parte propio antes del matrimonio, y en parte ganancial, se le reconoce el carácter a la entrega mayor, y existe una recompensa a favor de la sociedad conyugal, si es menor la inversión ganancial. En nota al fallo citado, Mazzinghi, Gabriel. *Consolidación de doctrinas en materia de sociedad conyugal*. Discrepa expresando que lo que determina el carácter del bien, no es el pago de la mayor parte del precio, sino la causa-título de adquisición, para unos será la escritura y para otros el boleto de compraventa, pero será el juez quien en cada caso concreto lo resolverá.

¹⁰¹ Debe considerarse propio del marido el inmueble adquirido durante el matrimonio con el producido de la venta de otro bien propio del mismo, si bien la sociedad conyugal es acreedora de la diferencia de precio entre ambas propiedades. C.N.Civ., sala D, 31/03/1954. L.L., T.74, p. 504.

¹⁰² El cónyuge de todas maneras tiene una obligación alimentaria subsidiaria con respecto a los hijos extramatrimoniales del otro (art. 368 C.C.).

¹⁰³ Modificado por ley 26.618, el texto anterior decía: Gastos de conservación y mantenimiento de los bienes propios de cada uno. Incluye los gastos de conservación física como las deudas devengadas para la conservación jurídica. Tanto se aplica para bienes propios o gananciales, si los gastos se generan con fondos gananciales no da derecho a recompensa, sí cuando se realicen con fondos propios; no corresponde al caso de mejoras que da derecho a una recompensa.

obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido y las que contrajese la mujer en los casos en que puede legalmente obligarse¹⁰⁴. 4º) Lo que se diere o gastare en la colocación de los hijos del matrimonio¹⁰⁵. 5º) Lo perdido por hechos fortuito como lotería, juegos, apuestas, etc.¹⁰⁶.

Todo lo que se ha consumido durante la vigencia de la sociedad conyugal se presume gastado en su beneficio¹⁰⁷, y si a su disolución uno de ellos alega que ha invertido fondos propios en beneficio de la comunidad y el otro cónyuge no aporta prueba suficiente para desvirtuar la presunción demostrando que el dinero fue gastado en otros bienes o ha saldado deudas propias, procede una recompensa¹⁰⁸.

El tema de la contribución a las cargas del matrimonio, está regulado desprolijamente en nuestra ley. El art. 1300 C.C. establece que la contribución de los cónyuges debe ser proporcional a sus respectivos bienes. En la práctica esto es acordado por los cónyuges mediante acuerdos tácitos que rigen la convivencia, normas internas que se van renovando a medida que las circunstancias lo requieren. Es en este punto donde los cónyuges separados de bienes tienen que encontrarse patrimonialmente para proveer a las necesidades básicas de la vida en común. Puede ser que la contribución sea desigual, que uno aporte cuantitativamente más que el otro, ya que uno coopera con el cuidado del hogar y la atención de los hijos. Muchas leyes contemplan expresamente la compensación del trabajo de uno de los cónyuges para la casa, siendo computado como una contribución a las cargas, tratándose de un crédito ordinario, no siendo una obligación alimentaria sino una compensación¹⁰⁹.

¹⁰⁴ A partir de las leyes 11.357 y 17.711 debe considerarse reformulado en el sentido de las “obligaciones contraídas durante el matrimonio por cualquiera de los esposos”, éstas serían las cargas por excelencia. Si las adquisiciones onerosas de los cónyuges durante el matrimonio se presumen gananciales, es lógico que lo sean las deudas. Quedan excluidas las deudas originadas en la adquisición de un bien propio, deudas hereditarias, cargos impuestos a legados; las obligaciones que deriven del accionar antijurídico o ilícitos, o de hechos o actos antijurídicos de uno de los cónyuges; como los accidentes de tránsito en el caso que un cónyuge guiando el automóvil de otro, ocasiona un accidente, la responsabilidad del titular deviene del art. 1113 C.C.;

¹⁰⁵ Es el apoyo económico dado a hijos comunes del matrimonio para formar una base para iniciar actividades comerciales o profesionales, aunque no exista obligación legal de hacerlo (art. 270 CC).

¹⁰⁶ Así como las ganancias fortuitas son gananciales (art.1272 3º párr. C.C.) lo perdido en juegos de azar, apuestas, etc es carga de la sociedad conyugal, y quien es responsable de dicha pérdida de fondos gananciales, no deberá recompensa por ello. También los gastos personales excesivos son carga de la sociedad conyugal. C.N.Civ., sala C, 11/02/77. E.D., 73-517.

¹⁰⁷ C.N.Civ., sala C, 11/02/1977. E.D., 73-517.

¹⁰⁸ C.N.Civ., sala F, 03/6/2011- *G.J.E. c/P.E. s/separación de bienes*. El art. 1316 bis defiere al juez la apreciación del reajuste de la recompensa, y la Cámara aplicó el principio del esfuerzo compartido.

¹⁰⁹ Capparelli, Julio César. *El régimen de separación de bienes*. E.D. 155-874. El Tribunal Supremo español en S. 534/2011 el 14/7/2011 dijo que el derecho a obtener compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en régimen de separación de bienes requiere que se haya contribuido

2.2.3.2. Responsabilidad por deudas.

La *obligación*, responsabilidad por las deudas, se refiere a las relaciones de los cónyuges con los terceros, a la determinación de quién debe pagar las deudas, qué bienes pueden ser embargados por el acreedor, y en definitiva, a quién de los esposos podrá el acreedor llevar a juicio. La cuestión de la *contribución* consiste en establecer la masa que finalmente soportará la deuda, si propia o ganancial.

Puede suceder que se responda provisionalmente con bienes gananciales por deudas que no son comunes, entonces a la disolución del régimen surgirá una recompensa. La deuda será provisionalmente común ya que los acreedores del cónyuge deudor podrán perseguir bienes gananciales de su titularidad vigente la sociedad conyugal, pero en el pasivo definitivo jugará como deuda personal y pesará sobre el patrimonio propio del cónyuge que la contrajo. Asimismo, puede que la deuda sea definitivamente común perseguida por los acreedores sobre bienes propios del cónyuge deudor y en tal caso surgirá una recompensa a favor del consorte que la pagó a la disolución de la sociedad conyugal.

Para otra postura¹¹⁰ el art. 1275 C.C. ha quedado derogado por la ley 11.357. Y para una posición intermedia¹¹¹, sostenida por Lafaille, Cornejo y Guastavino sólo estiman modificado el inc. 3° del art. 1275 C.C. Es un debate jurídico aún no resuelto.

En el régimen del Código Civil el art. 1275 inc. 3° ponía a cargo de la sociedad conyugal todas las obligaciones y las deudas contraídas durante el matrimonio por el marido y las que contrajese la mujer en los casos que legalmente podía obligarse.

Los arts. 5° y 6° de la ley 11.357, rigen la posibilidad que tienen los acreedores de algunos de los esposos de agredir el patrimonio de su deudor, o en ciertos casos en forma limitada, el patrimonio del que no contrajo la obligación. El art. 5° de la ley 11.357 establece el principio general de separación de responsabilidades por las deudas contraídas por los cónyuges. Cada uno responderá por las deudas que hubiera contraído, con los bienes

a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, para obtener la compensación, que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.

¹¹⁰ Borda, Guillermo A. Op. cit., p. 281. También Mazzinghi, Vidal Taquini. En igual sentido Fleitas Ortiz De Rozas, Abel. Op. cit. p. 138.

¹¹¹ Cifuentes, Santos. *Código Civil Comentado y Anotado*. "Cargas de la Sociedad Conyugal". Tomo II. P. 126. 1° Edic., La Ley. 2003. Buenos Aires.

gananciales y/o propios¹¹², que administre, sin que los acreedores puedan extender la responsabilidad a los del otro, salvo los casos del art. 6° citado¹¹³. El art. 1275 C.C. quedaría reducido a definir las cargas de la sociedad conyugal, indicando qué masa de bienes -si los gananciales o los propios- debe soportar al momento de liquidarse la sociedad conyugal, el peso de la deuda.

El cónyuge no titular de un bien ganancial, que sólo tiene un derecho eventual para el momento de la liquidación de la comunidad, no puede impedir que el mismo sea ejecutado íntegramente por los acreedores del titular¹¹⁴. Si se trata de bienes de titularidad conjunta, condominio ganancial, el acreedor sólo podrá ejecutar el 50% indiviso que pertenece a su deudor¹¹⁵. Para determinar qué bienes podrán ejecutar los acreedores se deberá partir de cuál de los esposos contrajo la obligación, si se trata de algún supuesto del art. 6° y qué bienes son de titularidad del cónyuge deudor¹¹⁶.

El art. 6° marca los casos en los cuales un cónyuge responde por las obligaciones contraídas por el otro con el fruto de sus bienes: necesidades del hogar, educación de los hijos, conservación de los bienes comunes¹¹⁷; es una disposición común en nuestro derecho que se aplica tanto en el régimen de comunión de ganancias o el de separación de bienes.

Como se trata de una excepción al principio de separación del art. 5°, el criterio de interpretación debe ser restrictivo y no puede extenderse a otros supuestos no contemplados

¹¹² C.N.Civ., sala C. 28/11/1995. L.L. 1996-C, 123. La responsabilidad por deudas es propia del cónyuge que las contrajo y afecta su patrimonio, sea que lo integren bienes propios o gananciales.

¹¹³ C.N.Com., en pleno, 19/08/1975. *Banco de la Prov. Bs.As. c. Sztabinski, Simón*. E.D., 63-496.

¹¹⁴ Todavía suelen aparecer tercerías de dominio interpuestas por el cónyuge del deudor embargado, invocando su presunto derecho al 50% del bien con fundamento en la ganancialidad.

¹¹⁵ S.C. Mendoza, Sala I, 06/08/1991. E.D. 144-496.

¹¹⁶ El acreedor puede desvirtuar la titularidad del cónyuge de su deudor sobre un bien si logra demostrar que fue ilegítimamente sustraído a la responsabilidad, por ejemplo adquisición de un bien a nombre de uno pero con recursos del otro. S.C. Mendoza, sala I, 06/08/1991. E.D. 144-496.

¹¹⁷ Atención de las necesidades del hogar se entiende: Asistencia médica del grupo familiar, adquisición de muebles para el hogar, vestimenta para los hijos y los cónyuges, gastos de vacaciones familiares, la obligación contraída para la adquisición del inmueble donde se radica el mismo (el acreedor que no tiene garantía hipotecaria sobre el bien o es insuficiente, puede procurar el cobro de su acreencia de los frutos del otro cónyuge); si hay convivencia. La educación de los hijos abarca pago de aranceles de colegios, profesores particulares, compra de material escolar, gastos por actividades deportivas o recreativas. El término hijos abarca los hijos comunes, los de un matrimonio anterior, extramatrimoniales de un cónyuge que integren y convivan con el grupo familiar. C.N.Civ., sala C, 21/12/1995. L.L., 1996-D-467. Con respecto a los ascendientes de uno de los esposos, los alimentos debidos obligarán al cónyuge del deudor cuando exista convivencia de aquellos con el matrimonio. Con respecto a conservación de los bienes comunes no hay coincidencia doctrinaria, pero la mayoría opina que se trata de los bienes gananciales de cualquiera de los cónyuges. Fleitas Ortiz De Rozas, Abel. Op. cit., p. 136. En caso de reparación de bienes propios sólo responde el cónyuge que contrajo la deuda, aunque se trate de una carga de la sociedad conyugal.

expresamente. Los frutos con los que responde el cónyuge que no contrajo la deuda, son los frutos naturales y civiles de los bienes propios y gananciales y los frutos del trabajo personal (remuneraciones, honorarios, etc). Es un caso de responsabilidad por deuda ajena, y es concurrente, el acreedor no debe agotar los bienes del cónyuge contratante para luego poder realizar los bienes del otro¹¹⁸. Si la obligación es contraída por ambos, o uno afianza una obligación del otro, cada uno responderá frente a su acreedor con todos los bienes que administre.

La ley 23.264 introdujo en el art. 264 inc.1º C.C. la presunción de que los actos de uno de los padres con relación a los hijos cuenta con el consentimiento del otro, salvo los supuestos del art. 264 *quater* o cuando mediere expresa oposición. Para Zannoni y Bossert, esto significa que ambos padres se convierten en solidariamente responsables por las obligaciones contraídas por uno de ellos¹¹⁹. Para otros el objeto de la presunción tendría una dimensión personal en la relación entre los padres, y no la de crear una obligación común en términos patrimoniales¹²⁰.

La Ley 26.618 olvidó armonizar las disposiciones sobre responsabilidad de los cónyuges frente a terceros. El art. 5º de la ley 11.357 sigue haciendo distinción de géneros. Sin embargo, la omisión legislativa queda amparada por la norma complementaria del art. 42 de la ley citada, y así el régimen de responsabilidad de los cónyuges por deudas frente a terceros, prevista en la ley 11.357, también se aplica a los matrimonios de personas del mismo sexo.

En el régimen vigente uno de los cónyuges no puede actuar a nombre del otro sin mandato expreso o tácito conferido por éste. En un caso de la Cámara Comercial de la Capital se resolvió que la esposa dueña de importantes bienes, que autorizaba públicamente al marido a que ejerza su administración, aparentando ante terceros un estado de responsabilidad de que carece, responde por los compromisos contraídos por su marido que suscribió cheques sin provisión de fondos. Hoy de plena aplicación luego de la ley 17.711, se trataría de un mandato tácito (art. 1274 CC)¹²¹.

¹¹⁸ El cónyuge no contratante sólo discutirá si la deuda encuadra en el art. 6º de ley 11.357, ya que no es parte en el juicio según la jurisprudencia.

¹¹⁹ Por ejemplo la inscripción en un colegio, atención médica o contratación de un viaje para los hijos.

¹²⁰ Fleitas Ortiz De Rozas, Abel. Op. cit., p. 138.

¹²¹ Borda, Guillermo A. Op. cit., p. 283.

El art. 1281 C.C. que establece la responsabilidad del marido por las deudas contraídas a nombre de la mujer, ha quedado derogado por la ley 11.357. O sea que si un cónyuge contrató a nombre de su consorte como mandatario, sólo éste es responsable; pero si lo ha hecho a su propio nombre, ocultando su calidad de administrador del otro, él respondería (art. 1929 y s., CC). El principio de irresponsabilidad por las deudas del otro se aplica inclusive cuando el cónyuge obra por mandato del otro o por administrar como curador de aquel, por lo que el mandatario sólo responde si obra a nombre propio (arts. 1929 y 1930 C.C.). El cónyuge que presta el asentimiento no asume la deuda¹²².

En el Proyecto de Reformas, la partición se efectúa sobre los bienes gananciales líquidos. Así la separación de deudas continúa hasta la partición, los acreedores deben ser satisfechos antes y recién luego se puede hablar de activos líquidos. Después de la partición, la garantía de los acreedores de cada cónyuge está formada por sus bienes personales y la porción de gananciales que les fue adjudicada. Si el régimen de comunidad es sustituido por el de separación de bienes, se mantiene la regla de la separación de deudas y la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por uno de los esposos para solventar las necesidades ordinarias del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos (mientras subsista el hogar conyugal entre los esposos convivientes pero separados de bienes, minoridad de hijos). Entonces se responde por las deudas citadas con el patrimonio que ha constituido con los bienes propios, los gananciales adjudicados y los adquiridos luego de la disolución.

Rige la inembargabilidad de la vivienda común siempre que subsista como tal. En nada cambia la situación de los acreedores manteniéndose la misma que tenían antes del cambio de la comunidad a la separación o participación en las ganancias.

La responsabilidad de un cónyuge por las deudas contraídas por el otro (art. 6° ley 11.367) que actualmente se limita a los frutos de sus bienes propios y gananciales, debería extenderse a la totalidad del patrimonio dado el interés común que suele determinar la asunción de la obligación¹²³.

¹²² Interpretar lo contrario, vulneraría el fundamento que le dio origen y que se pretendió proteger con el precepto normativo. Un fallo de la Cámara Civil 2° de Capital admitió la solución contraria. C.Civil 2° Cap., 10/12/1943. J.A., 1944-I- 448. También citado por Borda, Guillermo A., Op.cit., p. 284.

¹²³ Zannoni, Eduardo A., op. cit. *Derecho* T.I, p. 585.. Mazzinghi, Jorge Adolfo. R.N. 902, p. 189. XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Idem en Proyecto de la Comisión designada por el Dec. 468/92 y con responsabilidad solidaria.

2.2.3.3. Asentimiento conyugal.

El art. 1276 C.C. consagra el principio de gestión separada de bienes propios y gananciales de titularidad de cada cónyuge, pero no constituye un principio absoluto al poder dispositivo, ya que el artículo siguiente establece restricciones en cuanto a ciertos bienes gananciales con un fundamento de estricto orden patrimonial.

La expresión *consentimiento* utilizada, es técnicamente impropia, se trata en realidad de un *asentimiento* del cónyuge no titular. Es una declaración de conformidad con un acto concluido por otro; una declaración de voluntad que no forma parte del supuesto de hecho del acto o negocio principal, sino condición jurídica para la validez de él. El cónyuge que lo presta no co-dispone, ni asume responsabilidad ni deuda por ese acto, el único que dispone es el titular. El cónyuge no titular no puede decidir sobre el acto de disposición porque no es parte en el negocio, no se solicita por él certificado de anotaciones personales para disponer, ni podrá exigir la mitad del producido de la venta si se trata de un bien ganancial, pues éste ingresará a la masa de administración del disponente. Sólo asiente o lo niega, en cuyo caso se podrá solicitar la venia judicial supletoria por el cónyuge titular.

Se busca proteger al cónyuge no titular de los bienes, contra los actos del otro que por fraude, ignorancia o impericia tiendan a disminuir el patrimonio ganancial en forma no razonable o lo pongan en peligro, como en el acto dispositivo del inmueble propio sede del hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces -aún disuelta y liquidada la sociedad conyugal, y se hubiese adjudicado a uno de los cónyuges en la partición-. Ese núcleo familiar, retaceado por la ausencia de uno de los progenitores, también merece protección de la ley (se protege el interés familiar comprometido)¹²⁴.

A los efectos de determinar cuáles son los actos de disposición, Zannoni¹²⁵ los define como los que implican la salida o sustitución inmediata de un bien del capital del patrimonio (venta, donación, etc.) o por ejemplo la constitución de un derecho real de garantía como la hipoteca o la prenda, que si bien no llevan en sí la salida del bien del capital matrimonial, generalmente comprometen su permanencia en caso que el gravamen fuese ejecutado. La

¹²⁴ S.T.J. de San Luis. 31/3/11. L.L. Gran Cuyo 2011 (junio), 451. AR/JUR/9458/2011.

¹²⁵ Zannoni, Eduardo A., op. cit. *Derecho* T.I, p. 607. C.N.Civ., sala F, 30/05/2011. La falta del cumplimiento del art.1277 provoca la nulidad del acto.

intención del legislador de 1968 fue proteger al cónyuge no administrador (principalmente la mujer) contra la mala fe del otro, que en vísperas a una disolución de la sociedad conyugal, podría enajenar real o simuladamente los bienes adquiridos durante el matrimonio. De allí que todo acto de disposición que se refiera a los bienes gananciales que enumera el art. 1277 C.C. y el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges en que radica el hogar conyugal habiendo hijos menores o incapaces, no queda librado a la sola potestad del titular, sino que requiere el *asentimiento* del cónyuge, aún disuelta la sociedad conyugal¹²⁶.

No se parte como premisa de la mala fe del cónyuge administrador, sino que equipara jurídicamente las facultades de cada uno e impone las mismas limitaciones para ambos, en razón de la comunidad. No se trata de una incapacidad de derecho para disponer del cónyuge titular, sino sólo una restricción o limitación a la facultad de disponer. Se le reconoce al otro un derecho de oposición como facultad propia.

El artículo lo exige *para disponer o gravar* como categorías diversas y no es así. Los actos de disposición incluyen la constitución de usufructo, uso y habitación, las servidumbres prediales y aquellos actos que contengan abdicación de derechos sobre bienes registrables (arts. 868 y ss., CC), la transacción, etc. Sólo se exige el asentimiento para los actos *inter vivos* (no en disposiciones de última voluntad) de disposición voluntaria que pretenda realizar el cónyuge titular del bien. Los casos de expropiación o de ejecución forzada no quedan comprendidos en la previsión¹²⁷.

No hay una imposición normativa en cuanto a la forma de su otorgamiento, podrá ser por instrumento público o privado, incluso verbalmente (art. 974 C.C.). Pero se impone la escritura pública cuando el acto que lo requiera deba ser formalizado con forma pública (conf. art. 1184 inc.10 C.C.) y puede ser otorgado simultánea o anticipadamente, y revocado hasta el otorgamiento del acto de disposición¹²⁸.

Los actos de obligación, son aquellos que no provocan por sí mismo la pérdida o gravamen de un derecho, sino que sólo obligan a ellos, sólo produce relaciones obligatorias.

¹²⁶ Sobre el asentimiento conyugal en la etapa de indivisión post-comunitaria se expidió en sentido negativo la C.N.Civ., sala C, 26/04/1984. ED (t.110)-575. Y las diferentes posiciones al mismo tema.

¹²⁷ C. 1º Civ. Com. La Plata, sala II, 13/6/72, E.D., 44-543; C.N.Civ., sala B, 07/5/96, L.L., 1996-D-732.

¹²⁸ Se ha admitido el asentimiento tácito si ambos cónyuges comparecen juntos a la escritura de constitución de hipoteca. Cám. Apel. Civ y Com. Rosario, sala II, 29/8/69. E.D., 33-598.

En nuestra doctrina y jurisprudencia, se ha discutido si se requiere el asentimiento para la celebración del boleto de compraventa. En algunos casos se ha decidido que sí¹²⁹. Pero en realidad hay que distinguir el boleto que obliga válidamente al cónyuge otorgante quien deberá al momento de la transferencia del dominio, obtener el asentimiento, y si no lo obtiene y el tercero desconocía que era casado o falseó su estado, la obligación se resolverá en los términos del art. 889 C.C. debiendo resarcir daños e intereses. De igual forma, si se obligó a obtener el asentimiento, a excepción que hubieran subordinado la transferencia de dominio a la obtención del asentimiento y luego no se obtiene¹³⁰.

Se ha decidido que si se prevé que sería prestado en el momento de firmarse la escritura, constituye un contrato preliminar en el cual el titular ofreció implícitamente el hecho de un tercero, sin el cual no puede otorgarse válidamente la escritura¹³¹. La cesión de boleto de compraventa no requiere el asentimiento porque es una disposición de derechos no registrables, salvo que sea impuesta por ley la registración.

Quedan comprendidos en la categoría de bienes gananciales y requieren asentimiento: inmuebles por su naturaleza, por accesión física, por accesión moral si son dispuestos juntamente con el inmueble del cual dependen; muebles registrables como automotores (art. 7° ley 22.977), buques (arts. 51 y 499 ley 20.094), aeronaves (art. 45 ley 17.285); la disposición de marcas y señales de ganadería (ley 22.939 y registros provinciales)¹³²; las maquinarias agrícolas, viales e industriales (casos de tractores, cosechadoras, sembradoras, fumigadoras, pavimentadoras, aplanadoras, palas mecánicas, grúas, motoniveladoras, etc. (conf. ley 24.463); equinos de pura sangre de carrera (art. 2 ley 20.378); debentures nominativos (art. 335, ley 19.550); boletos de compraventa de inscripción obligatoria (art. 4° ley 14.005 y 12° de la ley 19.724); prenda con registro (art. 4° Dec. Ley 15.348/46); acciones nominativas de sociedades anónimas (art. 213 y 215 ley 19.550), cesión de cuotas sociales de sociedades comerciales inscriptas (arts. 5° y 7° ley 19.550), transferencia de marcas de fábrica, comercio y agricultura (art. 4° ley 22.362), cesión o endoso de warrants y certificados de depósito (arts. 7° y 8° ley 9643). Con respecto a la transferencia del fondo de comercio (art. 7° ley 11.867), las

¹²⁹ C.N.Civ., sala B, 14/12/71, E.D. 42-608. La Cámara consideró al boleto como acto de disposición.

¹³⁰ Si el cónyuge hubiera prestado el asentimiento en el boleto y luego rehúse prestarlo al escriturar, el adquirente puede demandar la escrituración del asentimiento. Si no fue prestado en el boleto y se rehúsa a darlo en la escritura, el adquirente tiene la acción subrogatoria para lograr la venia judicial. Para otros, la acción en este último caso es directa.

¹³¹ C.N.Com., sala A, 23/11/76, E.D., 73-229.

¹³² Pero no se requiere para la enajenación del ganado vacuno.

opiniones están divididas, aunque una fuerte doctrina lo exige debido a que la ley dispone la obligatoriedad de la inscripción de la transferencia de la propiedad¹³³.

El caso de aportes de dominio o uso de inmuebles, muebles o derechos registrables a sociedades, constituyen actos de disposición. En el caso de transformación y fusión de sociedades de personas¹³⁴, se refiere a todas aquellas sociedades en que la titularidad de la cuota social está estrechamente vinculada al elemento personal, a través de la determinación del socio en el contrato social o sus modificaciones¹³⁵; y en estos procedimientos podría desnaturalizarse el carácter personal de la titularidad de las cuotas de capital, afectándose la integridad del patrimonio ganancial, o reducir o alterar en perjuicio del otro cónyuge el valor real de esas cuotas¹³⁶.

La necesidad de contar con el asentimiento se asimila a un control de mérito fundado en las expectativas a la participación común en los gananciales, a la disolución de la sociedad conyugal y prevenir que un cónyuge pueda sustraer sin control alguno y deliberadamente, bienes de significativo valor económico del haber común. De allí que se afirme que el cónyuge disponente no es incapaz para efectuar los actos enumerados en el art. 1277 C.C., sino solamente que el acto de disposición debe integrarse con el acuerdo del otro cónyuge.

En el caso de inmueble propio de uno de los cónyuges en el que radica el hogar conyugal si en él conviven hijos menores o incapaces¹³⁷, se advierte un fin tuitivo del núcleo familiar a través de la vivienda. En el Proyecto de Reformas se prevé una norma general aplicable a cualquiera de los regímenes matrimoniales admitidos, a los efectos de la protección de la vivienda¹³⁸.

¹³³ Zannoni, Eduardo A., op. cit. *Derecho* T. I, p. 607. Conf. Este autor también Guaglianone, y Mazzinghi. Conf. Bueres, Highton también Borda y Guastavino, Aquiles H. Op.cit., p. 191.

¹³⁴ El asentimiento debe acreditarse al momento de votarse la transformación o aprobarse el compromiso de fusión.

¹³⁵ Zannoni, Eduardo A. Op. cit., p. 620. Se incluyen la sociedad colectiva, la de comandita simple, la de capital o industria. También considera comprendida la sociedad de responsabilidad limitada. Bueres, Highton incluyen la sociedad civil a las anteriores.

¹³⁶ También puede ocurrir ello mediante la cesión, venta o entrega de las acciones en las sociedades anónimas, pero al ser un título de crédito, documento literal y autónomo que da al accionista derecho a votar la transformación o fusión en las asambleas, no tolera la exigencia extracartular del asentimiento ya que entorpecería la dinámica societaria. Podría iniciarse la acción de fraude en su caso.

¹³⁷ La jurisprudencia ha resuelto que no se aplica dicho artículo cuando el inmueble está ocupado por un hijo extramatrimonial y la madre de él. C.1ª Civ. Com. La Plata, sala I, 10/4/71, E.D. 53-596.

¹³⁸ Dice el art. 506 del proyecto: "Ninguno de los esposos puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda común ... El que no haya dado su asentimiento puede demandar la

La mayoría de la doctrina entiende que no es válido el asentimiento general anticipado ya que se estaría violando la prohibición de los arts. 1218 y 1219 C.C. Quienes lo aceptan, no ven diferencia con la posibilidad que un cónyuge pueda otorgar mandato al otro para disponer de sus bienes y el fin tuitivo de la ley estaría garantizado con la revocabilidad del asentimiento¹³⁹.

2.3. La opción de mutabilidad del régimen. Límites.

Nuestro régimen es de comunidad de ganancias, inmutable y sin posibilidad de convenir otro. Sólo en casos excepcionales, puede accederse judicialmente al de separación de bienes. La seguridad de los terceros que tal rigidez pareciera preservar, no se encuentra en el rigor del régimen matrimonial, sino en la publicidad del mismo y de sus cambios posteriores, además de la contemplación del fraude¹⁴⁰.

En nuestro derecho el paso del régimen de comunidad al de separación de bienes no depende de la voluntad de los esposos, sino que proviene de la separación personal, del divorcio (art. 1306 C.C.) o de una sentencia judicial en acción promovida por el legitimado si concurren las causales establecidas (arts. 1294, 1290, 1307 C.C.). Si bien los esposos no pueden pasar convencionalmente de un régimen a otro, hay un caso de excepción en que *sí pueden mutar* de la separación de bienes al de comunidad o mantenerse en aquél, en forma convencional o por resolución judicial a solicitud de ambos (art. 1304 C.C.).

Dicho artículo establece: “*La separación judicial de bienes podrá cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, o si el juez lo decretase a pedimento de ambos...*”. Esto concreta la reconstitución de la sociedad conyugal, tal como lo dice el final del artículo: “*Cesando la separación judicial de bienes, éstos se restituyen al estado anterior a la*

anulación del acto dentro del plazo de caducidad de un año de haberlo conocido, pero no más allá de un año de la disolución del régimen matrimonial”.

¹³⁹ Conf. Bueres, Highton. Op.cit. Pág.184, esta última es la posición de Spota y Mazzinghi.

¹⁴⁰ Guaglianone, Aquiles H. Op. cit. T.I, p.19. La Ley francesa de 1965 abandonó el principio de inmutabilidad del régimen, permitiendo las modificaciones al régimen primitivo por sentencia dictada a requerimiento de alguno o de ambos cónyuges en caso de medidas protectorias. Luego de transcurridos 2 años de aplicación de un régimen, podrán modificarlo en interés de la familia por acto notarial sujeto a homologación judicial, y posterior nota en el acta de matrimonio a los efectos de publicidad frente a terceros, pudiendo los acreedores oponerse al cambio.

separación como si ésta no hubiera existido...”. Es indudable la eficacia del convenio conyugal que genera el cambio de régimen de la separación de bienes al de comunidad¹⁴¹.

El notario que autorice dicha convención, debe dilucidar previamente, cuál fue la *causa* que provocó la extinción del régimen legal de comunidad y su reemplazo por la separación de bienes, a los efectos de establecer si procede el convenio. Las causales que provocan la extinción del régimen legal son: separación personal (art. 1306 C.C.), sentencia de separación de bienes promovida por las causales de mala administración, concurso o abandono unilateral (art. 1294 C.C.) o curatela de un cónyuge por un tercero (art. 1289 y 1290 C.C.). En este último caso, requiere ineludiblemente la intervención judicial por la finalización de la curatela. Los instrumentos de los que resulte la reconstitución del régimen de comunidad se inscriben en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La discusión doctrinaria se planteó en el supuesto de reconciliación de los cónyuges y la necesidad o no de la reconstitución formal del régimen originario. La sentencia de separación personal es una causal de disolución que opera *ipso iure* y cuyas consecuencias son arrastradas por la reconciliación de los separados, al margen de la oponibilidad a terceros¹⁴². La reconciliación es un acuerdo que surge del vigente art. 234 C.C.¹⁴³. La inscripción de esta reconciliación en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas es facultativa, salvo que haya comunicación formal al Juez (art. 51 inc. c, ley 26.413). Para la oponibilidad de derechos a terceros han de cumplimentarse los requisitos que establecen según el derecho de que se trate (dominio, creditorio) y de los bienes sobre los que recaiga (inmuebles, muebles, o derechos registrables), sobre la base de la inscripción de la reconciliación.

En caso de la reconciliación¹⁴⁴ por cohabitación o tácita es ineludible la reconstitución formal del régimen patrimonial. Entretanto no se efectivice la oponibilidad a terceros, los

¹⁴¹ Méndez Costa, María Josefa. *La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial*. R.N. 918, p. 385

¹⁴² C.N.Civ., sala K. 25/3/1998. *P. de S., C.M.E. c/Sucesión S.T. s/Repetición de herencia*. Con la reconciliación todos los efectos de la separación de cuerpos cesan, salvo uno: permanecen bajo el régimen de separación de bienes, mientras no manifiesten lo contrario.

¹⁴³ “...cesarán los efectos de la separación personal, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizan la acción. La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda. Se presumirá la reconciliación, si los cónyuges reiniciaran la cohabitación. ...” (art. 234 CC)

¹⁴⁴ S.C.J.B.A., Tomo 1986-II, p. 367. *N.de M., V.S. contra M., P.T. Divorcio, separación de bienes*. Es doctrina de esta Corte que la reconciliación matrimonial puede ser probada por cualquier medio, incluso por confesión: entre otras pruebas se valoró la declaración de ambos en una escritura de compra de un

gananciales restituidos a la situación anterior seguirán siendo para éstos, bienes personales del cónyuge que los recibió en la partición de la comunidad. Respecto a los gananciales que no alcanzaron a dividirse o los bienes adquiridos pendiente la separación que se recalifican gananciales, es necesaria la inscripción de la reconciliación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas¹⁴⁵.

Entonces, depende de la voluntad de los cónyuges permanecer en régimen de separación de bienes solamente absteniéndose de dar forma legal a la reconstitución del régimen de comunidad que los rigió hasta la sentencia de separación personal.

En los casos que llevaron a la disolución del régimen por mala administración, concurso o abandono de hecho, en que los cónyuges pueden reconstituirla en los términos expresados pero no tienen obligación jurídica de hacerlo, pueden continuar casados con régimen de separación de bienes, o en comunidad, según su elección, solamente con no hacer nada, porque la recuperación de la buena administración, la rehabilitación del concursado o el retorno del que abandonó, no operan *ipso iure* reconstituyendo la comunidad. O pueden reconstituir la sociedad conyugal por escritura pública o petición conjunta al Juez; a diferencia de quienes se encuentren en un matrimonio que transcurre normalmente, que no son admitidos a sustituir por su propia voluntad el régimen de comunidad por el de separación de bienes¹⁴⁶.

Para Borda y Guaglianone, a la reconciliación le es aplicable el art. 234 C.C., no el art 1304 C.C., y los efectos de la liquidación y adjudicación cesan *ipso iure*, restableciéndose plenamente el régimen de comunidad entre los esposos. Zannoni, opina que a partir de la reconciliación el régimen de ganancialidad se restablece para el futuro, pero con respecto a

departamento donde manifestaron que eran casados, y su real estado era divorciados. Se tomó como una "presunción corroborante" tal manifestación.

¹⁴⁵ En el Registro se inscriben las reconciliaciones comunicadas judicialmente, y no las formalizadas en escritura pública salvo que se presente al Juez para su inscripción.

¹⁴⁶ Méndez Costa, María Josefa. *La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial*. R.N. 918, p. 385. Conf. Fleitas Ortiz de Rozas, Op.cit., p.156, Rébora y Spota comparten esta postura, un sector de la jurisprudencia: C.N.C., sala K, 26/12/2000. "C., J.M. c. C., S. s/acciones relacionadas". E.D., 192-101. que "operada la disolución de la sociedad conyugal por divorcio no vincular, la reconciliación ulterior de la pareja, no produce por sí sola la restitución del régimen de bienes de dicha sociedad al sistema imperante con anterioridad a la reconciliación; los esposos permanecen bajo el régimen de separación mientras no hayan manifestado la intención de volver al régimen primitivo".

bienes liquidados y adjudicados es necesario otorgar la escritura prevista en el art. 1304 C.C., y su inscripción registral frente a terceros¹⁴⁷.

Garrido de Palma¹⁴⁸ sostiene que el Notario autorizante tiene una actuación cautelar, protección preventiva, que ha de procurar junto con el profesional del Derecho que intervenga, que la modificación del régimen de capitulaciones *post nupcias* sea en aras del interés genuino de la familia y sin perjudicar los derechos de terceros¹⁴⁹.

Las motivaciones que podrían llevar a los cónyuges a optar por otro régimen podrían ser: a) alteración de la tipología familiar; b) modificación de la residencia familiar; c) variación de circunstancias profesionales o actividades de uno u otro cónyuge; d) previsión de reveses de fortuna o de riesgos profesionales o políticos en la actividad de uno de ellos y el deseo que el consorte no los comparta ni los sufra, separando patrimonios; e) discrepancias en la dirección económica del patrimonio familiar; f) disminución de la capacidad física o mental del cónyuge gestor del caudal común, o del que viniera rigiendo el suyo privativo; g) la separación de hecho de los cónyuges o su propósito de separarse o divorciarse¹⁵⁰.

3. Régimen patrimonial para uniones de hecho.

Toda definición de unión de hecho, pecará de inútil por su amplia realidad fáctica; aunque para el tema que nos convoca, podemos considerarla por defecto, como la existencia voluntaria de una comunidad de vida estable, entre dos o más personas, que no han contraído nupcias de conformidad a la legislación civil. Ello implica la más absoluta independencia patrimonial de cada uno, ya que no están regidos por ningún régimen económico típico, sino que quedan enmarcados en los principios generales del derecho y el ordenamiento jurídico global (en especial el derecho general de las obligaciones y de los contratos). El principio de la

¹⁴⁷ En igual sentido las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata de 1983. Las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bariloche 1989, sostuvieron que la reanudación de la convivencia restituirá la sociedad conyugal para el futuro, pero los efectos de la separación judicial decretada con anterioridad a la misma no cesarán sino en las condiciones del art 1304 C.C. Fleitas Ortiz de Rozas. Op. cit., p. 156. En contra Bueres, Highton. Op.cit. Pág.230, Para quien reconciliados los cónyuges, no pueden optar entre continuar con el régimen de separación de bienes o de comunidad. La finalidad de la ley durante la unión es la aceptación de un único régimen y es el de la sociedad conyugal. De la reconciliación nace automáticamente una nueva sociedad conyugal hacia el futuro.

¹⁴⁸ Garrido De Palma, Víctor M. Op. cit., p. 213.

¹⁴⁹ En el derecho proyectado este asesoramiento se complementa con la homologación judicial conformando un sistema protector de los acreedores.

¹⁵⁰ Vallet De Goytisolo, Juan. *Las capitulaciones matrimoniales, constante matrimonio en previsión de reveses de fortuna*. Conferencia en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento de la Abogacía, Sec. de práctica jurídica, Academia de Valencia de Jurisprudencia y Legislación, 1985.

autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1197 C.C. posibilita la autorregulación de los intereses patrimoniales de los convivientes para-matrimoniales. Esta autonomía de la voluntad, es superior a la existente entre los cónyuges, los cuales por el mero hecho de serlo, están sometidos hoy, a un régimen patrimonial inmutable.

El Tribunal Supremo español en 1997, rechazó la aplicación analógica de las normas fundadas sobre matrimonio, y dijo: “no se sabe qué clase de analogía es la que se invoca cuando ninguna obligación pesa sobre los convivientes que, en uso de su libertad, han optado por esta forma de unión, no sujetándose al cúmulo de derechos y deberes que componen el estado civil de casado. Es contradictorio que en el momento en que se disuelva la unión extramatrimonial se quiera la aplicación (ahora beneficiosa) de las normas legales sobre los efectos económicos de la desaparición de aquel estado cuando matrimonio también se disuelve”.

Esta situación no es óbice para que los convivientes celebren pactos específicos sobre el tema de manera expresa o tácita, derivándose la atención al análisis de la eficacia de dicha convención que tendrá fuerza de ley entre las partes y a la interpretación de su contenido. El Alto Tribunal español en sentencia de 21/10/1992, cuando permite acudir a alguno de los regímenes económico matrimoniales, exige que quede patentizado por pacto expreso o tácito (deducido de hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que la Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por pacto expreso o por *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común), los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes algunos bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho.

Salvo una regulación específica sobre la materia, la eficacia que podrían llegar a tener estos pactos, sería exclusivamente *inter partes*; ya que para desplegar efectos frente a terceros será necesaria la inscripción en el registro correspondiente¹⁵¹.

¹⁵¹ Expresa Cantero Núñez que “las posibles inscripciones en los distintos Registros Administrativos de Uniones Civiles no son verdadero medio de publicidad frente a terceros. En esta situación, la eficacia sería

Quizás el fundamento más interesante para justificar la conformación contractual de un estatuto disciplinario patrimonial para una unión *more uxorio*, sea la virtud y eficacia que esa convención pueda tener para la liquidación de los intereses resultantes de esa unión. Ya que es utópico pensar en la continuidad de un régimen que nació y se conformó en base a una unión de sentimientos, de afectos apartados de toda estructura formal y obligacional.

Con fecha 2 de marzo de 2009 se presentó en el Honorable Senado de la Nación un proyecto de Ley de Concubinato por la Diputada Liliana Fellner¹⁵², definiendo a las uniones de hecho o concubinato como toda unión entre un hombre y una mujer que sin haber celebrado matrimonio mantienen una comunidad de vida respetando los requisitos de cohabitación, notoriedad, singularidad, permanencia y publicidad. También requiere la mayoría de edad, aptitud nupcial, unión monogámica, no tener relaciones de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción, y haber convivido durante un tiempo no inferior a los 3 años. Prevé sus causales de extinción, competencia, derechos de locación destinado a vivienda, deber de asistencia, gastos funerales, restricciones para disponer del inmueble asiento del hogar requiriéndose el consentimiento de ambos concubinos si hubiere hijos menores e incapaces, o la prohibición de realizar la venta de la única propiedad sin notificar al concubino, con autorización judicial supletoria en cualquier caso.

También se regula un régimen patrimonial previendo bienes comunes o gananciales, su administración, la aplicación de los principios de las cargas de la sociedad conyugal; derechos de sucesión, derechos de habitación, modificación al régimen de bien de familia a los efectos de incorporar a los concubinos; pensión por fallecimiento, equiparando a los cónyuges con los concubinos también a los efectos de la adopción, beneficios sociales, vacaciones, declaración de demencia, curatela; incluso previendo modificaciones al código penal.

4. Forma instrumental de las convenciones y la función notarial.

Cuando tal acuerdo se celebra entre contrayentes, técnicamente corresponde denominarlos convenciones prematrimoniales, nupciales o entre contrayentes, mientras que

meramente interna". Cantero Núñez, Federico J.: "Uniones de hecho", en *Instituciones de Derecho Privado*, T. IV, Vol. 1º., p. 411. Edit. Civitas. 2001. Madrid.

¹⁵² S-0200/09. Reproducción de expediente S-1712/07, publicado en el D.A.E nº 79.

las convenciones entre cónyuges, son las que se celebran para cambiar o modificar el régimen patrimonial que rige un matrimonio.

El documento público solemne para instrumentar las convenciones podrá ser uno de tipo administrativo, notarial o resolución judicial, según lo prevea la legislación. En los países que han acogido las convenciones matrimoniales, el oficial público autorizante de ellas suele ser de tipo administrativo o notarial.

Establece el art. 1223 C.C. –en concordancia con el art. 1184 inc. 4º- que las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, según el valor de los bienes o si se constituyeren derechos sobre bienes raíces, sino será suficiente formalizarla por instrumento privado. Mientras que en el art. 1225 C.C., agregó algunos otros requisitos a los estipulados en el art. 1001 del citado Código.

La forma para la celebración de convenciones matrimoniales se rige por la que establezca la ley del lugar de su celebración (*lex loci celebrationis*, art. 1205 C.C.). La ley argentina, determina que la forma es constitutiva (*ad solemnitatem*), es decir no existe la convención si falta la forma. Esto es en seguridad tanto de los esposos como de los terceros. Es el instrumento público adecuado para tal fin, la escritura notarial, por su matricidad protocolar, la inmutabilidad del acto, la fuerza probatoria documental, el asesoramiento e imparcialidad que garantiza la función notarial, la publicidad registral que podrá dársele por la técnica que se determine. Así también lo han propuesto las Comisiones creadas por Decreto 468/92 y 685/95.

Considerar a la escritura pública como una forma *ad probationem*, contestes con los arts. 1185, 1187 y 1188 C.C. podría significar la posibilidad de que los cónyuge pudiesen reclamarse entre sí el cumplimiento de la forma, después de la celebración del matrimonio, lo que significaría una violación al art. 1219 C.C.

No se considera oportuno, receptar en este tipo de acuerdos la formalización del acto mediante instrumento privado, ni siquiera con firma certificada por oficial público. De igual modo, se rechaza la necesidad de que la escritura notarial que contenga una convención deba ser homologada judicialmente, como lo prevén el Proyecto de Reformas y Proyecto de Código Civil para el cambio de régimen matrimonial.

Con respecto a la nulidad de la convención *in totum*, encontramos como causales las siguientes: 1) Falta de asistencia al acto de ambos o uno de los contrayentes, por sí o por medio de apoderados especiales; 2) vicio de forma; 3) incapacidad de algunos de los cónyuges o ambos; 4) posterioridad de la convención respecto del matrimonio; 5) vicios del consentimiento (error, dolo o violencia).

No son causales de nulidad, sino de caducidad de contrato válido, la falta de celebración ulterior del matrimonio y el hecho que se declare nulo. El matrimonio perfecciona la convención nupcial, es causa fin de ésta, y condición suspensiva para que comience su existencia jurídica. Su frustración, necesariamente posterior al contrato, no afecta su validez, sino que la extingue. Si la convención es declarada nula, se considera que los cónyuges están casados sin convención. La nulidad se extiende a todas las cláusulas aunque pudieran ser separadas.

Los proyectos de unificación de la legislación civil, han dejado de lado los requisitos particulares que debe contener la escritura pública del contrato de matrimonio, más allá de las normas ordinarias relativas a las escrituras públicas (art. 997 y sgts.), según lo prescribe en la actualidad el art. 1225 C.C., como lo son el nombre de los padres y madres de los contrayentes, nacionalidad de los esposos, su actual residencia, el grado de parentesco si lo hubiere (además de los supuestos en los que el contrayente sea menor)¹⁵³.

El incumplimiento de la mención de alguno de los requisitos del art. 1225 C.C., si no fuere de los exigidos por el art. 1004 C.C., no ocasionará la invalidez de la escritura, sino solo la observabilidad de la actuación del oficial público, por las omisiones.

5. Registración y publicidad. Publicidad formal. Técnica publicitaria.

Es imprescindible una adecuada técnica registral y un medio idóneo de publicidad que permita a los terceros conocer el régimen patrimonial al que se encuentra sujeto una persona y sus cambios posteriores. De lo contrario, toda capitulación que se celebre, será inoponible a los demás por desconocimiento del acto. Los terceros que entablen una relación contractual

¹⁵³ La religión dejó de ser una exigencia desde la sanción de la ley 2393.

de contenido patrimonial, no pueden dejar de conocer el estatuto económico matrimonial al que se halla sujeta una persona¹⁵⁴.

La fecha de la notificación de la demanda, produce –según el art.1306 C.C.- el instante generador a partir del cual cobra incidencia el cambio de régimen para los cónyuges, aunque quedan a salvo los derechos de terceros de buena fe.

El art. 51 de la ley 26.413 establece la inscripción por nota de referencia en las actas de matrimonio en el Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas, de los matrimonios que se celebren ante la autoridad competente, las sentencias de nulidad, separación personal, divorcio y las reconciliaciones comunicadas judicialmente.

Durante el período de indivisión post-comunitaria, los gananciales caen en copropiedad entre los cónyuges en virtud de la extinción del régimen patrimonial y que se mantienen tales hasta la división (Mazzinghi, Méndez Costa). Nace un derecho en cabeza del consorte originariamente no titular y una modificación, en cabeza de aquel originariamente titular, que se transforma en copropietario de su cónyuge.

La ley 26.413 establece la inscripción de todo cambio en el estado de familia, por lo que la oponibilidad de terceros de buena fe dependerá de esta inscripción. Pero el art. 2505 C.C., la ley 17.801 –y otras leyes específicas- establecen un tratamiento diferencial según el bien registrable –o mueble no registrable- de que se trate. Señala Méndez Costa –citando a Mazzinghi- que el derecho de cada cónyuge sobre la mitad indivisa de los bienes del otro, que rige plenamente entre ellos, queda *larvado* respecto a terceros hasta que el cónyuge interesado obtenga cómo conferirle publicidad (para los bienes registrables mediante la inscripción en el registro respectivo)¹⁵⁵. La copropiedad sobre bienes registrables *no inscripta* es inoponible al tercero quien, por lo tanto embarga correctamente el bien originariamente exclusivo de su deudor, o contrata válidamente con el titular registrado del objeto del negocio, o paga debidamente al titular originario del crédito correspondiente a su deuda.

¹⁵⁴ El despacho de la Comisión V de las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995), declaró: “las modificaciones al régimen patrimonial del matrimonio requieren un régimen de publicidad adecuado, siendo insuficiente el que actualmente se practica”.

¹⁵⁵ Méndez Costa, María Josefa: *Oponibilidad a terceros del régimen patrimonial matrimonial y sus mutaciones*. R.d.N. 794, p. 369.

La oponibilidad del derecho de cada cónyuge sobre los bienes que le fueron adjudicados en la división, opera desde la inscripción en los registros respectivos, la toma de posesión de las cosas muebles no registrables, la notificación al deudor del crédito o la transmisión de las acciones no registrables.

El acreedor por deudas de un cónyuge se cobra sobre la totalidad del patrimonio de éste, constituido por sus bienes ex propios, los bienes ex gananciales que le fueron adjudicados y bienes adquiridos luego de la disolución de la sociedad conyugal¹⁵⁶.

La oponibilidad a los terceros (adquirentes, acreedores) de derechos reasumidos por los cónyuges como resultado de la reconciliación, así ésta haya sido hecha pública mediante la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, no se compadece con el régimen específico de oponibilidad de derechos a terceros organizado por las leyes argentinas. Para concretar dicha oponibilidad han de cumplimentarse los requisitos que establecen según el derecho del cual se trate (dominio, creditorio, etc.) y de los bienes sobre los cuales recaiga (inmuebles, muebles o derechos registrables). La necesaria inscripción debe hacerse sobre la base de la constancia de la inscripción de reconciliación en el Registro Civil¹⁵⁷.

La publicidad cartular y de las copias expedidas no es suficiente como para solidificar un sistema eficaz de información a terceros y su consiguiente oponibilidad¹⁵⁸.

Por ello la conveniencia de la registración de las convenciones prenupciales -o entre contrayentes-, y la convenciones entre cónyuges. La implementación de un registro especial, como en algunos países europeos¹⁵⁹, no consideramos sea el remedio más apto. Los proyectos unificadores de la legislación civil nacional como algunos antecedentes extranjeros presentan

¹⁵⁶ La Cámara de Apelaciones de Junín concluyó que si la partición de bienes, homologada judicialmente, no está inscrita en el Registro de la Propiedad es inoponible al acreedor de buena fe de uno de los cónyuges, aunque la deuda haya sido contraída por éste con posterioridad a dicha homologación. *Boz, Marta S.*, 01/11/79. J.A. 1980-II-503.

¹⁵⁷ Méndez Costa, Ma. Josefa. *Oponibilidad a terceros del régimen patrimonial matrimonial y sus mutaciones*. R.d.N. 794, p. 392.

¹⁵⁸ Cód. Civ. Español, art. 1322, anterior a las reformas de 1975 y 1981.

¹⁵⁹ Conf. Lasarte Alvarez, Carlos, quien comenta que "...después de la ley 1 de julio de 1959 Alemania instituyó un registro de capitulaciones matrimoniales; Suecia desde el Cód. matrimonial de 1920; Noruega desde 1927; Holanda desde julio de 1956; y Portugal desde su nuevo Código". "La publicidad en el régimen económico del matrimonio", *Rev. de Dcho. Privado*, abril de 1984, p. 365. Madrid.

la *mención*¹⁶⁰-con carácter declarativo- en el acta de matrimonio del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la celebración de convenciones. Deberá anotarse por nota marginal, tanto el régimen patrimonial adoptado, y su posterior mutación convencional o por resolución judicial.

La indicación marginal deberá ser obligatoria para el oficial público interviniente en la capitulación, mencionándose el número de escritura en que se instrumentó, la fecha en que se otorgó, folio y registro notarial ante el cual pasó. Si se modifica vía judicial, los autos, el juzgado, secretaría interviniente y departamento judicial. En todos los casos se habrá de consignar el régimen patrimonial en el que se encuentra el matrimonio. El registrador solo habrá de calificar la forma pero no el contenido.

Esta tipo de publicidad meramente *indicativa* es eficaz en un sistema en el que se puede optar entre regímenes económicos preestablecidos por la ley, ya que no se publicita el contenido de la convención¹⁶¹. La eficacia protectora de quien confía en estas constancias del Registro Civil se limita a la inoponibilidad de lo no inscripto¹⁶².

El tercero tiene que ser de buena fe –desconocer el cambio de régimen- y haber adquirido sus derechos con anterioridad a la modificación (no meras expectativas). Son terceros los acreedores de los cónyuge (sin ser relevante si el crédito es a término o condicionado) y los que hayan adquirido de ellos derechos reales.

Si bien la dispersión geográfica de las oficinas del Registro Civil¹⁶³, no es realmente adecuada, se justifica la anotación en el mismo por la naturaleza del acto y el Registro de tipo personal. Habrá que implementar una nueva técnica, las formas de practicar los asientos, "ordenar sus índices"¹⁶⁴ para proporcionar una información ágil a los terceros. El punto

¹⁶⁰ Proyecto de Reformas, art. 497; Proyecto de Cód Civil, art. 440; Cód. Civil español desde la reforma de 1975, antes su Ley de Registro Civil de 1957 y Regl. de 1958 era una *indicación marginal*.

¹⁶¹ Dispone el art. 1317 C.C. español que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (arts. 1401 y 1402); si la capitulación afectare a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad (art.1333).

¹⁶² Kemelmajer de Carlucci, Aída: *Las deudas de una persona casada cuando se producen modificaciones en el régimen patrimonial del matrimonio*. Rev. de Derecho Privado y Comunitario n° 12, p. 75. Edit. Rubinzal – Culzoni. 1996. Santa Fe.

¹⁶³ Igual en España- Bello Janeiro, Domingo (citando a Rojas Montes): "Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial". Rev. Jurídica del Notariado n° 7, p. 39. Año 1993. Madrid.

¹⁶⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al código civil* (Decreto N°468/92). J.A. 1993-IV-842.

medular de la cuestión radica en publicitar el régimen adoptado en la convención prematrimonial o su cambio posterior y consagrar frente a terceros, la presunción de que la falta de publicidad de un régimen convencional, significa que el régimen es el legal supletorio¹⁶⁵. Se logrará así evitar la utilización de las convenciones o mutaciones en perjuicio de terceros de buena fe; lo no inscripto les sería inoponible. No se garantiza la certidumbre del asiento, ya que pueden existir modificaciones posteriores aún no mencionadas (*publicidad negativa*)¹⁶⁶.

Por tercero de buena fe se entiende cualquier persona que establece una relación jurídica con los cónyuges, y por no haber intervenido en las convenciones matrimoniales no tiene información de las alteraciones al régimen patrimonial¹⁶⁷, y si la tuviera, habría que probar su conocimiento para destruir la presunción de buena fe.

En el Registro Civil se anotan de manera marginal únicamente las convenciones matrimoniales –y sus modificaciones cuando estas son admitidas-, quedando excluido todo acuerdo patrimonial no convencional o derechos subjetivos singulares relativos a bienes determinados (v.gr. donación entre cónyuges).

5.1. Publicidad en el registro inmobiliario.

Consideramos inadecuado tomar al Registro de la Propiedad Inmueble como medio publicitario para dar a conocer el régimen patrimonial del matrimonio, por ser ajeno a su naturaleza. Sólo admitimos la mención del régimen matrimonial del titular registral, como publicidad complementaria de la del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, que será la registración especial y esencial, que da publicidad al régimen y demás convenciones.

¹⁶⁵ El art. 456 del Proyecto de Código Civil, estableció que “a falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en este Título. ...”; mientras que el art. 440 in fine, predica “para que la opción ... produzca efectos respecto de terceros, su otorgamiento debe haber sido mencionado en el acta de matrimonio”.

¹⁶⁶ Zavala, Gastón A.: *Registración y publicidad del régimen patrimonial matrimonial*. Ponencia presentada a la XV Jornada Nacional de Derecho Civil. Mar del Plata, 1995.

¹⁶⁷ Conf. Soto Bisquert, Antonio: *La publicidad del régimen matrimonial de bienes*, Rev. de Dcho. Privado, T. 51, p. 517. Año 1967. Madrid.

La conveniencia de ingresar convenciones matrimoniales a registros especiales, como el Registro de la Propiedad (*publicidad material*), es asignarle autosuficiencia a la publicidad formal frente a casos singulares (transferencia de inmuebles –o muebles registrables- produciendo efectos frente a terceros (*registrales*); además de agilizar la actividad del Registro de la Propiedad al hacer innecesaria la presentación del documento cada vez que el titular registral celebre actos dispositivos¹⁶⁸.

La mención a la que nos referimos, radica en consignar en el asiento registral el régimen patrimonial que hubiese pactado el titular adquirente del inmueble o derecho inscripto; o en su defecto, toda capitulación que incida en el patrimonio del titular dominial o de su cónyuge –según su régimen patrimonial - y la publicidad de la decisión (v.gr. adjudicación de un inmueble en la partición de la comunidad por mutación de un régimen a otro)¹⁶⁹. Lo que se hace constar en el Registro de la Propiedad no es el régimen del matrimonio del titular sino el régimen patrimonial matrimonial del titular dominial en relación a *ese* bien al momento de adquirirlo o el cambio posterior.

Consideramos oportuna su mención en el asiento inmobiliario registral por sentir que este Registro ofrece una mayor seguridad jurídica dinámica, tanto por su organización como por la costumbre de consultarlo cuando se pretende la celebración de algún acto jurídico o la adquisición de algún derecho sobre bienes raíces.

El asiento registral cumplirá su eficacia protegiendo sólo al tercero *-registral-* que se hubiera interesado en ese bien; v. gr. el constituyente de un derecho real, pero jamás será eficaz frente a un tercero ligado al cónyuge por derechos personales¹⁷⁰.

El tercero acreditará que su derecho es anterior a la fecha de inscripción del cambio, lo que no será sencillo si no posee documento fehaciente. La fecha de inscripción habrá que referirla en principio a la del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Si se asignase relevancia a la mención en registros especiales, habrá que analizar la relevancia de tal registración (v. gr. la del Registro de la Propiedad).

¹⁶⁸ Presa de la Cuesta, Alfonso: *Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad*. Rev. Crítica de Dcho. Inmobiliario N° 564, p.1222. 1984. Madrid.

¹⁶⁹ Magariños Blanco, Victorio: *Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por separación y derechos de los acreedores*, Rev. Crítica de Dcho Inmobiliario N° 548, p. 52. 1982. Madrid.

¹⁷⁰ Conf. Soto Bisquert, Antonio: ob. cit., p. 516.

Sería oportuno¹⁷¹ la exigencia de la previa inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a la toma de razón en el Registro de la Propiedad y así evitar el planteo de inconvenientes por la oponibilidad o inoponibilidad frente a los terceros acreedores por no haber sido mencionada la convención en el Registro Civil y sí en el de la Propiedad. Y en el caso inverso, esto es, cuando se hubieran otorgado capitulaciones mencionadas en el Registro Civil que tengan alguna incidencia sobre un inmueble y que no figuren en el Registro de la Propiedad será irrelevante frente a los terceros (civiles) acreedores del/os cónyuge/s por la falta de toma de razón en el Registro de la Propiedad, pero si fuesen terceros registrales adquirirá trascendencia la fecha del asiento de las convenciones en el Registro Inmobiliario¹⁷².

6. Contratación entre cónyuges y ex – cónyuges.

El Código Civil patrio no contiene como sucede en otras legislaciones¹⁷³, una disposición que admita la transmisión de bienes y derechos por cualquier título y celebrar entre los cónyuges cualquier tipo de contratos; pero tampoco cuenta con precepto genérico que imponga la imposibilidad o incapacidad de derecho como regla a los consortes. Sí presenta, de manera disgregada, restricciones o impedimentos para celebrar *determinados* tipos de contratos. Lo que no podemos obviar en este análisis es que la regla general es la libertad de contratar de las personas capaces y esta libertad incluye a los cónyuges¹⁷⁴.

La incapacidad de derecho para contratar, puede surgir de contratos expresamente prohibidos, que su naturaleza implique una alteración del régimen patrimonial del matrimonio o del carácter de los bienes, o bien que resulten de ellos relaciones jurídicas, derechos u obligaciones incompatibles con las características personales de la relación matrimonial. Podemos enumerar los siguientes: la compraventa –aunque hubiese separación judicial de bienes- (art. 1358 C.C.¹⁷⁵); la cesión de créditos (arts. 1435, 1436, 1437 y 1441

¹⁷¹ Como lo dispone el art. 266/6 del Reglamento del Registro Civil español, redacción dada en 1986.

¹⁷² Conf. Magariños Blanco, Victorio: ob. cit., p. 56. Madrid.

¹⁷³ Por ej. el art. 1323 del Código Civil español.

¹⁷⁴ Dijo la Cámara Nacional Civil, sala D, que “si no existe una prohibición expresa o si el fundamento del contrato no repugna a los principios legales en que se funda el régimen patrimonial, no es posible hacer pesar sobre los cónyuges una verdadera incapacidad de derecho, como es la de no poder contratar entre ellos”. E.D. 57-567.

¹⁷⁵ Con respecto a éste último artículo hubo en el recinto de la Cámara de Diputados, un interesante debate, ya que se solicitó la derogación del inciso en cuestión ya que ha sido tácitamente derogado por la el sistema de administración y disposición de los bienes de los arts. 1276 y 1277 C.C.

C.C.); la permuta (arts. 1490 y 1492 C.C.); la donación –durante el matrimonio- (art. 1807 inc. 1º C.C.); la renta vitalicia (art. 2073 C.C.).

Entre los contratos permitidos ubicamos: el mandato –sin obligación de rendir cuentas- (art. 1276 C.C.); la fianza (art. 2011 C.C.); constitución de garantías reales (art. 1259 C.C.)¹⁷⁶; el comodato (arts. 2255, 2257 y 2263 C.C.); sociedades comerciales por acciones y de responsabilidad limitada (art. 27 ley 19.550). La doctrina también ubica dentro de los permitidos al mutuo¹⁷⁷, al usufructo de bienes fungibles (art. 2832 C.C.), al depósito (arts. 2182, 2192 y 2193 C.C.).

Concluye Belluscio que los contratos sobre los cuales la ley ha guardado silencio deben considerarse autorizados, pues si no existe una normativa expresa, no es posible hacer pesar sobre los cónyuges esta incapacidad de derecho¹⁷⁸.

Los fundamentos que se han esbozado para justificar las limitaciones legislativas, concuerdan con el carácter imperativo y de orden público del régimen patrimonial matrimonial; que dan primacía a los sentimientos de cooperación y solidaridad dentro del matrimonio; que responden a la necesidad de proteger a los terceros de eventuales conductas dolosas de los cónyuges, en perjuicio de aquellos. El conflicto de intereses ínsito en todo contrato, coloca a los cónyuges en situación de acreedor y deudor, y en la eventualidad de enfrentarse en acciones judiciales de contenido patrimonial incompatible con el régimen patrimonial del matrimonio y del sentido de familia¹⁷⁹.

La separación judicial de bienes como la separación personal no vincular, no altera la situación imperante durante el matrimonio vigente el régimen de comunidad de gananciales, en relación a la imposibilidad de contratar entre cónyuges.

La terminológica expuesta en el art. 1358 C.C. no deja lugar a hesitaciones respecto a la separación judicial de bienes en la que pudieran encontrarse los cónyuges; pero la doctrina

¹⁷⁶ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y otro, opinan que este precepto ha perdido vigencia por no ser compatible con las reformas introducidas al Código. Op. Cit., Pág. 25.

¹⁷⁷ A falta de normas que establezcan la incapacidad se lo debe considerar permitido. Conf. Guaglianone, Belluscio, Gatti, Zannoni..

¹⁷⁸ Belluscio, Augusto C. *Código Civil y leyes complementarias*. “Del contrato de compra y venta”. T. 6. Buenos Aires. Edit. Astrea. 1986. Pág. 449.

¹⁷⁹ Rivera, Javier y Raganato, Claudia Graciela. *Contratos entre cónyuges. Usufructo a favor del cónyuge no titular*. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Edit. Rubinzal Culzoni. 2008-2 (II), p. 155.

ha adoptado posiciones disímiles cuando existe separación personal¹⁸⁰. Lafaille, Borda, López de Zavalía y Belluscio opinan que la prohibición alcanzaría a los cónyuges no divorciados vincularmente. Machado, Rezzónico, Lagomarsino, Mazzinghi, Fassi-Bossert, Zannoni sostienen que los cónyuges no divorciados vincularmente están habilitados para celebrar entre sí el contrato de compraventa. Argumentan que el art. 1358 aludía a los cónyuges separados de bienes, refiriéndose a los casos en que, en el contexto original del Código Civil, acaecía la separación judicial de los bienes sin divorcio, en que la unión conyugal subsistía, aunque no el régimen de comunidad. Recuérdese que según el art. 1306 en su redacción original el divorcio no producía la disolución de la sociedad conyugal, requiriéndose la acción de separación de bienes.

Lo cierto es que tampoco aquí la reforma de la ley 26.618 al Código Civil, aportó claridad a este debate doctrinario, a partir del cual podemos aferrarnos a la primera de las posturas, interpretando que sólo el divorcio vincular produce la posibilidad de contratar entre ex – cónyuges.

Una vez resuelvo el vínculo nupcial, la restricción impuesta por el art. 1358 C.C. para la compraventa y disposiciones concordantes como también el impedimento para donarse entre sí, carecerá de sustento fáctico. A partir de la resolución judicial que decrete el divorcio vincular, los ex – cónyuges podrán contratar en sí, además de recuperar su aptitud nupcial y cesar la vocación hereditaria recíproca conforme con el último párrafo del artículo 3574 C.C. Las razones expuestas que motivan la incapacidad de derecho para contratar entre cónyuges durante el *iter* matrimonial habrán desaparecido.

7. La disolución de la sociedad conyugal *inter vivos* y *mortis causa*.

7.1. Principio general.

Si bien el matrimonio en nuestro sistema, ha alcanzado un grado de fragilidad enorme acorde con los países más liberales, nuestro régimen de bienes sigue manteniendo en extremo

¹⁸⁰ Dijo el S.T.J. de San Luis que “es de ningún valor las convenciones realizadas entre esposos encontrándose reconocido por las partes la sola existencia de una separación de hecho, ..., no existiendo al tiempo de los hechos cuestionados, sentencia judicial que de por extinguido el vínculo matrimonial o separación judicial de bienes”. S.T. San Luis. 31/3/11. *B., R. A. c. A. N. B. y ot.* L.L. Gran Cuyo 2011 (junio), 451. AR/JUR/9458/2011.

su rigidez, lo que acarrea un sinnúmero de incongruencias entre las normas que rigen las relaciones personales entre cónyuges y las que disciplinan los aspectos patrimoniales. De allí que una reforma deba ser encarada en busca de un criterio realmente armónico¹⁸¹.

Conforme con el régimen legal imperativo, así como no puede pactarse que la sociedad conyugal principie antes o después de la celebración del matrimonio (conf. Art. 1261¹⁸² C.C.), tampoco puede pactarse la finalización de ella, sino que puede producirse por las causales expresamente establecidas en la ley.

La disolución de la sociedad conyugal produce la formación de una masa indivisa constituida por los bienes gananciales a los fines de su liquidación y posterior partición. En cuanto a la relación con terceros, durante la indivisión post-comunitaria, se mantienen las dos masas formadas por las respectivas adquisiciones de los cónyuges, y cada masa soporta frente a los acreedores su propio pasivo, mediante la aplicación de los arts. 5° y 6° de la ley 11.357. Al haber social se imputarán las cargas definitivamente comunes. La liquidación de la masa indivisa requerirá separar bienes comunes suficientes para el pago de esas cargas (art. 3474 C.C.) y los acreedores podrán oponerse a la partición y entrega de los bienes liquidados hasta que no se satisfagan sus créditos (art. 3475 C.C.). Surgirán también las compensaciones entre los cónyuges. Si una deuda definitivamente común fue pagada vigente la sociedad conyugal con bienes gananciales de titularidad de un cónyuge, la cuestión queda agotada.

7.2. Tratamiento normativo.

El art. 1291 C.C. establece tres supuestos de disolución de la sociedad conyugal¹⁸³: separación judicial de bienes, declaración de nulidad del matrimonio y la muerte de uno de los cónyuges. Hay otras causales que también nacen de la ley y son: la ausencia con presunción de fallecimiento (art. 30 Ley 14.394), la separación personal, el divorcio vincular, la nulidad del matrimonio en caso que ambos cónyuges fueran de buena fe o que uno opte por dividir los bienes (arts. 1306, 221 inc. 2° y 222 inc. 3° C.C.).

¹⁸¹ Mazzinghi, Jorge A. Op. cit. R.N. 902, p. 177.

¹⁸² Art. 1261 C.C.: “La sociedad conyugal principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes o después.”

¹⁸³ La expresión “disolución de la sociedad conyugal” no es la más apropiada, pues no se disuelve una sociedad, sino que se concluye un régimen durante el cual las adquisiciones de los cónyuges tienen carácter ganancial.

La acción judicial de separación de bienes estaba prevista en el Código Civil como acción autónoma¹⁸⁴ en tres casos: el divorcio (no vincular entonces); a solicitud de la mujer en caso que el marido fuera declarado insano, ella no asumiera la administración de la sociedad conyugal y no aceptare la administración por el curador del marido (art. 1290 C.C.); y cuando la mala administración o el concurso del marido la pusiese en peligro de perder sus bienes propios (art. 1294 C.C.)¹⁸⁵. La primer reforma importante llegó con la ley 11.357 del año 1926 que estableció el régimen de separación de deudas entre los cónyuges y según expresa Mazzinghi, el régimen del art. 1275 C.C. quedó sustituido por el art. 5° de la ley citada. Ya no es posible hablar de cargas de la sociedad conyugal, sino de deudas de sus miembros y así la mitad de la responsabilidad queda eliminada¹⁸⁶.

La segunda reforma de magnitud fue con la ley 17.711 en el año 1968, donde nos encontramos con una administración absolutamente independiente, privando de toda razón de ser a los artículos que admitían la separación de bienes durante la vigencia del matrimonio. Así, los bienes propios y gananciales que administraba el cónyuge interdicto, serían administrados a partir de la declaración de insania, por un curador, que sería la cónyuge en el común de los casos. Esa fue la razón por la que la doctrina consideró tácitamente derogado el art. 1290¹⁸⁷ C.C.¹⁸⁸. En cuanto a la mala administración o el concurso de uno de los cónyuges el caso es el mismo, al existir la administración separada, sólo lo perjudica a él. El riesgo de una administración calamitosa que comprometía el derecho en expectativa del otro cónyuge, no quedaba cubierto con el art. 1294 C.C. ya que sólo se refería (en su versión anterior a la reforma de 1987) al peligro de perder sus bienes propios, es decir que el argumento de la amenaza sobre los gananciales no servía de fundamento para pedir la separación. Lo mismo ocurría en el caso del concurso¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Mazzinghi, Adolfo. Op. cit. R.N. 902, p. 180. En el caso de divorcio como separación legal en el sistema del código, la sociedad conyugal podía ser disuelta pero no en la forma automática que actualmente establece el art. 1306 CC, sino a pedido de uno de los cónyuges y nunca en perjuicio del declarado inocente.

¹⁸⁵ La sociedad conyugal respondía por las deudas contraídas por el marido administrador, y la cónyuge quedaba enteramente desprotegida, y sus bienes propios y la parte que le correspondía en expectativa sobre los gananciales, quedaba afectada al pago de las deudas contraídas por el esposo. Mazzinghi, Adolfo. Op. cit. R.N. 902, p. 180.

¹⁸⁶ Mazzinghi, Adolfo. Op. cit. R.N. 902, p. 180. La ley 11.357 amplió también la capacidad civil de la mujer y el marido dejó de ser el administrador legítimo de la sociedad conyugal, desvaneciendo los elementos que la asimilaban a la sociedad civil.

¹⁸⁷ Art. 1290 C.C.: *"Si la mujer no quiere someter a esa administración los bienes de la sociedad, podrá pedir la separación de ellos"*.

¹⁸⁸ Conforme Mazzinghi, Adolfo. Ob. cit. R.N. 902, p. 182. En igual sentido Méndez Costa, María Josefa; Guaglianone, Aquiles H.; Borda, Guillermo; Lafaille, Héctor.

¹⁸⁹ Mazzinghi, Adolfo. Op. cit., R. N. 902, p. 182.

Con la ley 17.711 (año 1968) el sistema fue más rígido, se restringió al máximo la libertad de celebrar convenciones (los dos incisos subsistentes del art. 1217 C.C. no prevén verdaderas convenciones) y ya no hubo posibilidad de establecer un régimen de separación sino a través del divorcio o la nulidad del matrimonio. Con esta ley desaparece la acción de separación de bienes en caso de divorcio y la sentencia del mismo produce la separación de bienes de pleno derecho (art. 1306 párr.1º, C.C.).

Fue la ley 23.515 (año 1987) la que modificó sustancialmente el régimen, a la par que se permite aniquilar el matrimonio a través de un variado repertorio de causales transformándolo en un vínculo frágil e inestable. El régimen de bienes mantiene su rigidez que en su momento se avenía con el carácter indisoluble de aquel. Mientras el matrimonio dura, los cónyuges están atados a una estructura económica de la que sólo pueden librarse aniquilando el estado civil en el que se encuentran. Hay una incoherencia injustificada en sostener una concepción liberal incorporada a la filosofía del matrimonio sólo circunscripta al aspecto de la vinculación personal y que no se aplique a los aspectos económicos que vinculan a los cónyuges. Las modificaciones sustanciales de esta ley fueron al art. 1294 C.C.: la eliminación de toda discriminación entre la legitimación del marido y la mujer para promover la separación de bienes; el interés tutelado ya que el nuevo texto se refiere al “...peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales”. Es lógica esta modificación protegiendo el eventual derecho a recibir la mitad de los gananciales del otro por la mala gestión de un cónyuge. Agrega también en vano el caso del concurso y por último incorpora el abandono de hecho de la convivencia por parte del otro cónyuge.

En opinión de Mazzinghi, esta regulación es mezquina e imprecisa. Mezquina porque habilita la posibilidad que uno de los cónyuges acceda con facilidad a la liquidación de la familia haciendo prevalecer el interés individual de uno de ellos sobre el interés social y familiar, no concidiendo con el régimen de bienes ineludibles. Hubiera sido más apropiado habilitar la posibilidad de que optaran entre el régimen de comunidad o el de separación, evitándose así múltiples problemas. Cuando la ley deja de atribuir al marido la responsabilidad de mantener a la mujer y establece que ambos cónyuges se deben mutuamente alimentos (art. 198 C.C.); cuando autoriza a cada uno a fijar su domicilio y no discrimina el papel que les corresponde frente a los hijos, el fundamento de la ganancialidad aparece sustancialmente debilitado.

Se podría afirmar que aquel de los cónyuges que no aporta bienes al matrimonio es porque carece de iniciativa y que entonces no es justo que participe de los frutos que su esfuerzo le ha deparado al otro.

Hay una rebelión trascendental contra la ganancialidad y no sólo entre aquellos que se encuentran en conflicto, porque quienes pretendan casarse manteniendo independencia patrimonial, no pueden hacerlo.

La imprecisión deviene en el caso del concurso, ya que no tendría efecto pedir la separación de bienes, porque con el desapoderamiento de los bienes del deudor, tanto propios como gananciales, quedan afectados al derecho de los acreedores. No habría ningún tipo de protección legal entonces. En el caso de abandono de hecho, no tiene sentido ya que todo abandono es de hecho, si fuera de derecho estaría previsto en el art. 199 C.C. y ya no sería abandono¹⁹⁰.

7.3. Efectos de la sentencia.

La ley 23.515 escogió únicamente al ámbito judicial, para intervenir en la resolución del vínculo nupcial, en concordancia con el ordenamiento vigente que preveía la intervención de un funcionario judicial en las acciones de separación personal o de cuestiones al régimen patrimonial matrimonial. La ley 23.515 dispuso que tanto la sentencia de divorcio vincular como la separación personal producen de pleno derecho la disolución de la sociedad conyugal y reformuló las causales que habilitan a solicitar la separación judicial de bienes de los arts. 1290 y 1294 C.C.: 1) Interdicción de uno de los cónyuges, 2) el concurso o quiebra, 3) la mala administración de uno de los cónyuges que acarre al otro peligro de perder su eventual derecho sobre los gananciales, 4) el abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte de uno de los cónyuges.

En el caso de interdicción de cualquiera de los cónyuges, el otro puede pedir la separación de bienes si existen gananciales del otro que queden bajo la administración del

¹⁹⁰ Mazinghi, Adolfo. Op. Cit. R.N. 902, p. 903. Lo que el legislador ha querido decir es que no hace falta que el abandono haya sido calificado así en un pronunciamiento judicial, basta el alejamiento voluntario del hogar conyugal por uno de los cónyuges para que el otro pueda pedir la disolución. Habilita al cónyuge abandonado a pedir la separación de bienes sin demandar la separación personal o el divorcio en función de la causal del art. 202 inc. 5º C.C., abandono voluntario y malicioso.

tercero. Es decir un curador del cónyuge demente, sordomudo interdicto o en caso de ausencia simple (art. 15, ley 14.394). No se aplica al caso del inhabilitado del art. 152 bis C.C. pues no es un caso de incapacidad.

La previsión en caso de concurso¹⁹¹ y quiebra de uno de los cónyuges, luego de la ley 11.357 y la reforma del art. 1276 C.C., ha perdido sentido, ya que sólo lo tenía en el contexto de la administración marital. No significa que el cónyuge no concursado o fallido solicitante, retire de la masa del concurso o quiebra la mitad de los gananciales que administraba el concursado o fallido, ya que sería un privilegio para el cónyuge (el derecho es a los gananciales y no sobre los gananciales). La jurisprudencia ha acompañado esta posición¹⁹².

El concepto de mala administración¹⁹³ fue abordado por las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Carlos de Bariloche, 1989) donde se concluyó que implica un elemento objetivo determinado por una gestión inepta de los gananciales, gastos excesivos, disipación, insolvencia y un elemento subjetivo caracterizado por la falta de aptitud, negligencia o dolo en la gestión de los bienes. Se trata de prevenir el peligro, valorando la administración en conjunto, salvo que un acto aislado sea de tal magnitud que apareje peligro suficiente; evaluar la torpeza o desorden del cónyuge como administrador y no en sus relaciones personales, comprobar un manejo de su masa ganancial desordenado, inepto o dispendioso, perjudicando al consorte en su derecho a participar en los gananciales existentes al momento de la disolución. Es una norma de protección y debe irrogar al otro en un peligro cierto. La diferencia con el art. 152 bis inc. 3º C.C., es que si el pródigo dilapida sólo los bienes propios, no habilita, en principio, la acción de separación de bienes. Comprende también la administración fraudulenta si medió dolo específico para defraudar al otro en el derecho a participar en los gananciales, y en este caso ambas acciones podrían acumularse (art. 1298 C.C.).

Cuando existe abandono de hecho¹⁹⁴ de la convivencia matrimonial por parte de un cónyuge, el otro puede solicitar la separación de bienes, tratándose de la interrupción unilateral e injustificada de la cohabitación, sin estar obligado a promover demanda de

¹⁹¹ C.N.Com., sala E., 16/3/93. E.D. 153-468. C.N.Civ., sala G, 23/12/02. CNCiv. Sala G- 23/12/02. Sobrevenida la quiebra el cónyuge podrá hacer efectivo su crédito si hubiese remanente pues no puede pretender preferencia al pago de los acreedores por recompensas a su favor.

¹⁹² C.N.Com., sala E, 16/3/93. E.D. 153-468. C.N.Civ., sala G, 23/12/02, el Dial AE1ACB.

¹⁹³ C.N.Civ., sala B, 13/8/87. L.L. 1988-D-494. C.N.Civ., sala G, abril 16/4/84. E.D. 109-627

¹⁹⁴ C.N.Civ., sala C, 2/2/98. El Dial AE369

divorcio o de separación personal. Asimismo, si el cónyuge que dejó el hogar lo hizo debido a conductas culpables del otro, también está legitimado para promover demanda de separación de bienes.

Salvos los casos de concurso o quiebra, para el resto de las causales se admiten todo tipo de pruebas no siendo suficiente la confesional, sino se permitiría a los cónyuges por su sola voluntad modificar el régimen legal de bienes.

EL art. 1306 C.C. establece que la sentencia de separación personal o divorcio vincular¹⁹⁵ disuelve la sociedad conyugal de pleno derecho con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta¹⁹⁶.

Si fallece uno de los cónyuges¹⁹⁷, el vínculo matrimonial se disuelve y también finaliza de pleno derecho la sociedad conyugal (art. 1291 C.C.), coincidentemente con la apertura de la sucesión y sin posibilidad de restablecerse.

Si el sobreviviente y los herederos del premuerto no proceden a liquidarla, la sociedad no continúa, sino que se configura entre ellos una indivisión¹⁹⁸. Si el juicio de separación personal o divorcio ya se hubiera iniciado, la disolución igualmente opera en el momento del fallecimiento, al no llegar a la sentencia y la sociedad conyugal debe ser liquidada en el contexto de la sucesión universal del cónyuge premuerto (art. 1313 C.C.).

El caso que presenta cierta discrepancia es el de la ausencia con presunción de fallecimiento, ya que el art. 28 ley 14.394 establece que se realizará la prenotación de los bienes del ausente en los registros correspondientes a nombre de los herederos o legatarios que podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial; esta prenotación quedará sin efecto pasados 5 años desde el día presuntivo de fallecimiento u 80 años desde que hubiera nacido, a partir de allí se producirá la disolución de la sociedad conyugal y podrá liquidársela (art. 30 de la ley 14.394). El art. 1307 C.C. establece

¹⁹⁵ S.C. Buenos Aires, 6/3/79. E.D. 85-350. S.C. Buenos Aires, 12/8/86. A. y S. 1986-II-367; conc. C.N.Civ., sala C, 26/4/84. E.D. 110-574.

¹⁹⁶ Provincia de Buenos Aires tiene una etapa conciliatoria previa obligatoria (Ley 11.453), por lo que la jurisprudencia predominante se ha pronunciado sobre la retroactividad hasta la citación a comparecer a este procedimiento previo.

¹⁹⁷ C.N.Civ., sala G, 12/4/88. E.D. 131-225.

¹⁹⁸ Fassi, Santiago Carlos. *Estudios de Derecho de Familia*. La Plata. Edit. Platense. 1962. p. 349. Trabajo también publicado en la Revista del Colegio de Abogados. Buenos Aires. V. 12, núm. 3, 1944, pp 305-349.

una opción a favor de la mujer de mantener vigente la sociedad conyugal o pedir su disolución a partir del día declarado como presuntivo del fallecimiento. La doctrina se dividió, algunos opinaron que subsiste la opción, para otros está derogado el art. 1307 C.C. y para otra posición subsiste la opción extendida también al esposo superviviente cuando es la mujer la fallecida presunta, y los herederos o legatarios del presunto fallecido no pueden impedir que el superviviente continúe con la gestión de los bienes gananciales, hasta que puedan solicitar la partición cumplido el plazo de prenotación¹⁹⁹.

Para Fassi²⁰⁰ habría una disolución provisional de la sociedad conyugal, ya que su subsistencia no concilia con esa transmisión de derechos a los sucesores; la sociedad conyugal está *ab initio* provisionalmente disuelta y el transcurso de los cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento u ochenta desde el nacimiento, la concluye definitivamente, con o sin conformidad de la mujer. Si no opta por mantener la comunidad, la disolución tiene lugar en el día presuntivo del fallecimiento. Si opta por mantener la comunidad, ésta termina cuando exige la división judicial de los bienes, o pasados los cinco años desde aquel u ochenta desde el nacimiento del presunto fallecido.

Si el matrimonio es putativo, la sociedad conyugal sólo existirá en caso que ambos cónyuges fueran de buena fe (el matrimonio producirá todos los efectos de un matrimonio válido hasta la fecha de anulación, art. 221 C.C.); o siendo uno de los cónyuges de buena fe tiene tres opciones: dividir los bienes según las reglas del régimen de bienes del matrimonio, entender la unión como una sociedad de hecho, o conservar los bienes de su titularidad y no participar en los de titularidad del otro (art. 222 inc. 3° C.C.). Si ambos contrayentes son de mala fe, el matrimonio será reputado como concubinato y se procederá como en una sociedad de hecho²⁰¹.

Pero, los efectos de la disolución de la sociedad conyugal también pueden cesar. Es el caso de la reconciliación en la separación personal (art. 234 C.C.); el levantamiento de la

¹⁹⁹ Conforme Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y ot. Op. Cit. Pág. 154. Por la subsistencia de la opción: Llambías, Cornejo, Vidal Taquini, Belluscio. Por la derogación: Borda, Mazzinghi, Zannoni. Por la última posición: Guaglianone, Fassi y Bosert, Cafferata, Méndez Costa y Fleitas Ortiz de Rozas.

²⁰⁰ FASSI, Santiago C. Op. Cit. Pág. 350.

²⁰¹ "No existe razón para excluir a la cónyuge putativa de buena fe en ese 50% de los bienes gananciales que ingresan a la sucesión, pues, en lo que a ella se refiere el bien no es ganancial, porque en tal carácter pertenece a la sociedad integrada por el causante y su primer cónyuge legítima, para ella el bien tiene el mismo carácter que para el resto de los herederos, y debe concurrir con ellos en la sucesión." C.N.Civ., sala G, 12/4/88. E.D. 131- 224.

interdicción del cónyuge incapaz en el supuesto de los arts. 1289 y 1290 C.C.; la reanudación de la convivencia en el abandono de hecho (art. 1294 C.C.); homologación y cumplimiento del acuerdo en el concurso, o avenimiento o pago total en la quiebra. Con respecto a la separación personal y la reconciliación del art. 234 C.C. hubo diferentes opiniones, sobre todo en el aspecto patrimonial donde el art. 1304 sujeta el cese de la separación judicial de bienes por voluntad de los cónyuges, si lo hicieran por escritura pública o si el juez lo decretase a pedido de ambos. Esto ha dado lugar al nacimiento de tres posiciones: Borda y Guaglianone entienden que en este caso se restablece automáticamente el régimen de comunidad. Zannoni y parte de la jurisprudencia expresan que a partir de la reconciliación el régimen de ganancialidad se restablece para el futuro, pero para volver al régimen de comunidad de los bienes liquidados y adjudicados, es necesaria la escritura pública. Rébora, Spota, Lagomarsino y un sector de la jurisprudencia²⁰² entienden que los cónyuges permanecen en el régimen de separación de bienes mientras no hayan manifestado formalmente su intención de volver al régimen de comunidad.

En el derecho positivo contemporáneo se reconoce la vocación sucesoria de los cónyuges, fundada en el matrimonio pero surge de las sucesiones, de cuya regulación jurídica no puede ser escindida. Es por eso que cuando el vínculo matrimonial se disuelve por muerte de uno de los consortes, deben distinguirse los derechos del sobreviviente como nacidos del régimen matrimonial preexistente, de los que le corresponda como heredero por el sistema de la transmisión *mortis causa*²⁰³.

El divorcio o la separación altera la solidaridad familiar, el proyecto de unidad que le dio origen ya no está presente. En muchos casos esta situación de crisis matrimonial trae resoluciones del conflicto en forma conciliadora, equilibrada; otras veces da paso a la lesión subjetiva, por una desproporción económica entre las prestaciones que se deben las partes. Estas situaciones nacen mucho antes de la celebración de un convenio particionario, ya que ese desequilibrio existía durante la vida de la sociedad conyugal, generalmente cuando uno de ellos llevaba en forma exclusiva la administración de los bienes y la otra parte se mantuvo ajena y hasta desinformada de los diferentes movimientos financieros que su cónyuge iba

²⁰² C.N.Civ., sala K, 26/12/2000. E.D. 192-100. "Operada la disolución de la sociedad conyugal por divorcio no vincular, la reconciliación ulterior de la pareja no produce la restitución del régimen de bienes anterior ... los esposos permanecen bajo el régimen de la separación de bienes mientras no hayan manifestado la intención de volver al régimen primitivo". C.N.Civ., sala K, 25/3/98, el Dial AE186.

²⁰³ Fassi, Santiago C. Op. cit., p. 241.

realizando, confiando que todo su actuar era en beneficio de ambos. En muchos casos, estas conductas terminan en convenios leoninos, arribándose a una partición desequilibrada; o con una violencia económica que actúa silenciosa y que se evidencia recién al celebrar esos convenios que dan lugar a la acción por lesión subjetiva²⁰⁴.

Muchos convenios de partición de la sociedad conyugal no reflejan la realidad patrimonial de la ruptura o en la negociación quizás existen otras cuestiones a valorar. Y hasta se evidencia que uno de los cónyuges permaneció ajeno y desinformado del giro financiero conyugal, sorprendido de la situación ya transformada en desventajosa y muchas veces toma conocimiento del real estado después de realizado el convenio particionario, firmando acuerdos harto desventajosos. Así, una de las partes habrá abusado de la inexperiencia, ligereza del otro, explotando esa conducta generando un enriquecimiento desmedido. Para ello, es necesario que exista -y probar- la desproporción de valores entre las contraprestaciones, no alcanzando la supuesta desigualdad subjetiva.

La reforma de la ley 26.618 del año 2010, se limitó a sustituir en el art. 1299 toda alusión de géneros y de manera impersonal reitera el concepto originario “Decretada la separación de bienes, queda extinguida la sociedad conyugal. Cada uno de los integrantes de la misma, recibirán los suyos propios, y los que por gananciales les correspondan, liquidada la sociedad”.

7.4. Eficacia del acuerdo particionario *conyugal* -previo al divorcio.

Cierta jurisprudencia ha reconocido que si bien el convenio privado sobre adjudicación de bienes hereditarios requiere la aprobación judicial, para que sea eficaz y surta plenos efectos, reviste antes de la homologación, la fuerza de un acuerdo obligatorio asimilado a un contrato y no puede ser dejado de lado unilateralmente por sus firmantes²⁰⁵. Guastavino²⁰⁶ considera que igual criterio corresponde aplicar en la partición de la sociedad conyugal disuelta por divorcio sin posibilidad de objeción cuando el acuerdo se ha celebrado con posterioridad al pronunciamiento que lo declaró.

²⁰⁴ Martínez, Ana María - Basile, Carlos Alberto. Los convenios de partición de la sociedad conyugal y la lesión subjetiva. L.L. 2006-F, Sec. Doctrina, p 978. En Argentina son escasos los fallos sobre la materia que permitan orientar un criterio en cuestiones de lesión subjetiva en la partición de la sociedad conyugal.

²⁰⁵ Cám. 2ª Civil y Comercial de La Plata, sala II, 7/6/68. L.L. 134-1058. Fallo 20.155-S.

²⁰⁶ Guastavino, Elías P. *Los procedimientos, formas y técnicas de partición de los gananciales luego del divorcio*. L.L. 1985-II-492.

Es conteste la doctrina y la jurisprudencia en la restricción legal que impide a los cónyuges celebrar convenciones o acuerdos matrimoniales (conf. arts. 1218 y 1219 C.C.). Mientras que en relación a la división de los bienes matrimoniales la jurisprudencia ha sido contradictoria. El fallo plenario de la Cámara Nacional Civil “G.R., L.M. y otra”, sentó doctrina obligatoria al sostener que “los convenios de separación de bienes en los juicios de divorcio por presentación conjunta, formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y de disolución de la sociedad conyugal son válidos”²⁰⁷.

Consideramos que no se infringe el art. 1219 C.C. cuando, constante el matrimonio y con anterioridad a la sentencia de divorcio o separación judicial de bienes, celebren un acuerdo particionario de los bienes gananciales, ya sea formalizado por escritura pública o por instrumento privado, aclarándose expresamente que esa convención queda sujeta a la posterior homologación judicial, para ser ejecutable un vez disuelto el matrimonio y sin perjuicio de los derechos de terceros²⁰⁸.

El acuerdo como tal es ineficaz hasta su homologación. La esencia de dicha contratación está basada en transmitir a la autoridad judicial la voluntad liquidatoria de los cónyuges, reflejando tanto el interés personal y familiar, como la conveniencia práctica de dividir y adjudicarse los bienes gananciales de la manera propuesta *condicionada* a la homologación judicial del acto contenido en el instrumento que fuere. Una vez homologado el acuerdo, adquirirá plena eficacia, de lo contrario se deberá iniciar la liquidación y partición mediante la vía procesal correspondiente –u oportunamente por la vía extrajudicial-.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la sala 1ª de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, al sostener que es válido el convenio de liquidación de bienes celebrado con anterioridad a la interposición de la demanda de divorcio por mutuo acuerdo, destinado a tener vigencia con posterioridad a la sentencia y que ha tenido principio de ejecución luego de la disolución del matrimonio. Agrega que atento a la tendencia vigente en la actualidad hacia una apertura al régimen de la autonomía de la voluntad en materia patrimonial conyugal, resulta inadmisibles declarar la nulidad de este tipo de convenios de liquidación. Agrega que

²⁰⁷ C.N.Civ. en pleno, 24/12/1982. *G.R., L.M. y otra*. L.L. 1983-A-483.

²⁰⁸ En contra Maffia, Jorge O. *El divorcio por presentación conjunta y los convenios de disolución de la sociedad conyugal*. L.L. 1983-A-483.

los convenios de liquidación de la sociedad conyugal realizados antes de la disolución del matrimonio por divorcio o por separación personal por presentación conjunta están sujetos a la condición suspensiva del dictado de la sentencia que ponga fin a la sociedad conyugal y a que el juez los homologue cuando considere que no se encuentren comprometidos gravemente los intereses de una de las partes o de los hijos²⁰⁹.

7.5. Defunción de un cónyuge y la indivisión post comunitaria.

La defunción de alguno de los cónyuges -junto a la separación judicial de bienes, la declaración de nulidad del matrimonio (art. 1291 C.C.) y la sentencia de separación personal o de divorcio vincular (art. 1306 C.C.), produce la disolución de la sociedad conyugal y es generadora de la denominada indivisión post-comunitaria, que es la situación en la que se encuentra el conjunto de bienes gananciales hasta que acontece la partición o liquidación.

De acuerdo al art. 1313 C.C. corresponde proceder a inventariar los bienes, para luego dividirlos de acuerdo a las prescripciones del Libro 4º del Código. En caso de existir hijos menores, el cónyuge supérstite debe dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento del otro, hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio y determinarse en él los que correspondan a los hijos (conf. art. 296 C.C.)²¹⁰.

Los herederos del cónyuge fallecido reciben un derecho en la indivisión post-comunitaria, junto con la universalidad del patrimonio propio del causante, patrimonios que deberán permanecer separados hasta que la *sociedad conyugal* quede liquidada. Según Guaglianone, “la comunidad hereditaria constituida en cabeza de los herederos es, al mismo tiempo, cuota de una indivisión mayor, en la que interviene alguien que no es necesariamente otro heredero, o por lo menos otro heredero en los bienes; y en parte un conjunto de bienes propios reunidos en la unidad del haber transmitido”²¹¹.

La liquidación y partición de la masa ganancial debe ser previa –aritméticamente- a la partición hereditaria; porque en tanto no se efectúe esa liquidación, se ignorará la cuantía de

²⁰⁹ C.Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 19/10/1999. *B., G. v. M., L.* J.A. 2000-I-574.

²¹⁰ El Libro 4º del C.C., determina en el art. 3366, que el heredero perderá el beneficio de inventario, si no hiciese el inventario dentro del plazo de tres meses contados desde que hubiese sido judicialmente intimado por parte interesada.

²¹¹ Guaglianone, Aquiles H. *Disolución y liquidación de la sociedad conyugal*. Buenos Aires. Edit. Ediar. Bs. As., 1965. Pág. 20.

la masa post-comunitaria que pase a integrar la herencia del fallecido y en tanto no se efectúe la partición del haber social, se ignorará que bienes singulares, hayan quedado transmitidos a los herederos.

Los derechos de los acreedores del causante recaerán sobre la cuotaparte (mitad) que a éste le correspondería en la liquidación de los bienes gananciales, siendo indiferente que los gananciales hallan sido adquiridos por uno u otro cónyuge. La doctrina tradicional acepta su embargabilidad, pero niega la posibilidad de la venta forzosa de esos derechos y acciones, opinión que ha variado con el transcurso del tiempo. Pérez Lasala afirma que la doctrina moderna (Peirano, Méndez Costa, Ferrer) se muestra partidaria de la ejecutabilidad, porque no hay ninguna norma de fondo que lo impida, fuera de los casos de excepción especialmente previstos en el Código Civil (arts. 374, 799, 800, 1449, 2337, 3878, párr. 2º, etc.) y en las leyes especiales (art. 38 ley 14.394; etc.)²¹².

Si bien la denominada sociedad conyugal carece de personalidad, es necesario reconocer que esa supuesta comunidad, trata de una masa de bienes con autonomía jurídica, en la que activo y pasivo cumplen un destino común y viven una existencia independiente del patrimonio propio de cada cónyuge.

Se califica al estado de indivisión post-comunitaria o post-societaria –como la denomina Pérez Lazala- como una universalidad jurídica atípica, similar a la hereditaria, aunque con particularidades que las diferencian. En la universalidad hereditaria, ésta se constituye a partir de una sola persona, cuyo patrimonio (herencia) se transmite a otras llamadas herederos y que en caso de pluralidad suscitan la comunidad hereditaria. La indivisión post-comunitaria, parte de la pluralidad de sujetos (y patrimonios) unidos por el acto convencional del matrimonio, que es factor generador de un régimen patrimonial matrimonial, que como en el caso argentino, conlleva la aplicación –en principio- del régimen de comunidad en las ganancias y que luego de la disolución de la sociedad conyugal, convertirá los *bienes gananciales* en la masa indivisa post-comunitaria.

La indivisión post-comunitaria es una situación transitoria que se produce de pleno derecho, impuesta por las circunstancias y dirigida a disolverse cuanto antes en la partición.

²¹² Pérez Lasala, José Luis. *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, p. 143. Edit. Depalma. 1993. Buenos Aires.

En este sentido, no es viable pacto alguno que tienda a prolongar la indivisión post-comunitaria, acuerdo que sería inválido; característica ésta que la diferencia de la normativa del derecho hereditario (conf. art. 3452 C.C.)²¹³.

Sin perjuicio de ello, son excepciones a este principio, la posibilidad que un testador o un cónyuge supérstite, pueden imponer a sus herederos –legitimarios o no- la indivisión total de la herencia –aún comprensiva de bienes gananciales- por un plazo no mayor de diez años y más aún por el plazo necesario para que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, si es que la indivisión habrá de recaer sobre un bien determinado o un establecimiento comercial, industrial, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica²¹⁴.

La ley 14.394 prevé que la excepción dispuesta precedentemente, es aplicable a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante. Los herederos podrán convenir la indivisión del acervo hereditario y post-comunitario por un término que no podrá exceder los diez años, aunque pueden ser renovados una vez finalizado el lapso establecido como también cualquiera de los herederos puede solicitar la división de la universalidad.

Algunos autores se han planteado el problema del momento en que la indivisión post-comunitaria puede ser oponible a los acreedores de los cónyuges y establecen para ello, la necesidad de una publicidad de tal indivisión como requisito de oponibilidad a terceros. Se impone aquí la aplicación de las normas de derecho sucesorio, porque se trata precisamente de un tema de ese área del derecho, donde la transmisión de los bienes del causante opera *ipso iure* desde el momento de su muerte. Incluso contempla el ordenamiento jurídico que el acto escriturario con vocación registral que merecerá la inscripción en el registro público correspondiente, no tiene más que un efecto declarativo de la transmisión que se efectúa *ministerio legis*.

Comenta Pérez Lasala que el estado de indivisión que crea la muerte de un cónyuge entre sus herederos y el cónyuge sobreviviente produce, consecuentemente sus efectos *erga omnes*, sin necesidad de publicidad alguna. La indivisión post-societaria es oponible, pues, a

²¹³ Guaglianone, Aquiles H. Op. cit. p. 391.

²¹⁴ Guaglianone, Aquiles H. Op. cit. p. 213.

los terceros acreedores desde el momento de la disolución de la sociedad conyugal, es decir, desde la muerte del causante²¹⁵.

Forman el activo de la indivisión post-comunitaria los bienes gananciales existentes al momento de la disolución de la sociedad conyugal (independientemente de cual de los cónyuges hubiera sido su titular) y los créditos gananciales de uno y otro cónyuge contra terceros (los frutos de los bienes gananciales del causante, integran la masa hereditaria).

El pasivo de la indivisión post-comunitaria lo forman dos géneros de obligaciones, las deudas personales previstas en el art. 5° de la ley 11.357 y las deudas comunes previstas en el art. 6° de la cit. ley. (Las deudas nacidas durante la indivisión o con motivo de ella que por causa de muerte, integran las cargas sucesorias)²¹⁶.

7.5.1. Incidencia de la porción legítima hereditaria.

La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia, de la que no puede ser privado sino por una justa causa de desheredación o por las causas que la ley ha juzgado bastante graves para declararlo indigno; en que la ley substituyéndose al testador pena al heredero, suponiendo que aquél en su caso así lo hubiese hecho²¹⁷.

El Código Civil establece el porcentual que le corresponde a cada uno de los herederos y al cónyuge sobreviviente sobre la masa indivisa post-comunitaria y la hereditaria. En

²¹⁵ Pérez Lasala, José L. Op. cit., p. 146.

²¹⁶ La teoría de las recompensas consiste en un sistema de indemnizaciones que tiene por fin restablecer el monto de los patrimonios particulares de cada cónyuge, disminuido por las sustracciones efectuadas en beneficio de la masa común, así como el monto de los bienes gananciales, merituando también las sustracciones efectuadas en beneficio de los patrimonios particulares de los cónyuges. Los créditos y deudas directos entre los cónyuges no pertenecen al ámbito de la teoría de las recompensas. Se distinguen de éstas, en que las recompensas sólo pueden hacerse efectivas en la etapa de liquidación; en tanto los créditos directos pueden ser pagados antes de la disolución o después de la partición. Conf. Pérez Lasala, José L. Op. cit., p. 191.

²¹⁷ En relación a la sucesión de los cónyuges Machado expone que el sistema adoptado por el legislador "ha sido justamente criticado por nosotros en la *Instituta* y apoyado por los Dres. Segovia y Llerena, y nada tendríamos que decir sobre este punto, que el Congreso de 1882 no se atrevió a reformar; porque se consideraba entonces al Cód. Civil, como una obra acabada que no se debía tocar; pero sin negar el gran mérito que tiene el proyecto del Dr. Velez-Sarsfield convertido en ley, sin una exposición de motivos de su comisión de legislación, la crítica sería y los estudios posteriores han venido a demostrarlos lunares que afean la obra, y de que será necesaria depurarla en el porvenir, haciendo con ese motivo una exposición legislativa de las doctrinas que fueron convertidas en ley". Machado, José O. *Exposición y comentario del Código Civil argentino*. T. IX, p. 312. Librería e imprenta Europea. 1921. Buenos Aires.

relación a los bienes propios le corresponderá al cónyuge supérstite igual parte indivisa respecto de la universalidad patrimonial, que cada descendiente; mientras que en relación a los bienes que integran la masa post-comunitaria, al cónyuge supérstite le corresponderá la mitad del *saldo líquido* de esa masa, mientras que la mitad restante tendrá como destinatarios a los descendientes, en partes iguales entre ellos²¹⁸.

En el derecho patrio, el cónyuge no es excluido por ningún otro orden sucesorio sino que concurre con ascendientes y descendientes, aunque sí excluye a los colaterales. El llamamiento del cónyuge surge del art. 3545 C.C., el cual necesariamente debe conjugarse con una serie de disposiciones²¹⁹.

Ante la ausencia de descendientes y ascendientes, los cónyuges se heredan recíprocamente, excluyendo a todos los parientes colaterales, distinción innovadora de la obra de Vélez frente a los Códigos decimonónicos. Si concurre con hijos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión la misma parte que cada uno de los hijos en relación a los bienes propios (art. 3570 C.C.); mientras que en la división de los bienes que integran la masa post-comunitaria, le corresponderá la mitad del saldo líquido de esa masa, el resto corresponderá a los hijos del causante (art. 3576 C.C.). Este sistema puede resultar injusto en el caso de encontrarse dentro del régimen de comunidad de gananciales, al considerar que en la gran mayoría de los casos, el patrimonio hereditario se integra con bienes gananciales²²⁰.

Si concurriese con ascendientes, el cónyuge heredará la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de la parte de gananciales que corresponda al fallecido (art. 3571 C.C.).

²¹⁸ Guaglianone: a causa de los créditos, compensaciones o recompensas pendientes entre los cónyuges y entre ellos y la sociedad conyugal, y también a causa de la diversa responsabilidad que a los cónyuges corresponde frente a los terceros, el derecho de cada cual o de sus sucesores no es, al tiempo de disolverse la sociedad conyugal, la mitad del acervo, sino una cuota indeterminada mientras la liquidación no concluya y se ignore el saldo final; solo entonces será la mitad del saldo. Guaglianone, Aquiles. Op. cit., p. 22.

²¹⁹ "Si bien no existe una preferencia legal en la familia legítima para iniciar el sucesorio, la naturaleza del vínculo matrimonial o extramatrimonial no puede dejarse de lado como factor, si no determinante por sí solo, al menos con gravitación para resolver la cuestión". C.N.Civ., sala F, 10/9/79. *M., P.A., Suc.* L.L. 1979-D-449.

²²⁰ "Los herederos tienen derecho a tomar su porción legítima libre de todo gravamen y, dado que no es posible determinar con exactitud el legado de usufructo que favorece a la cónyuge supérstite, están autorizados a ejecutarlo, o como han optado, a entregar la porción disponible. La cónyuge beneficiada con el legado, por otra parte, no puede exigir que se pruebe que la disposición excede la porción disponible, ya que no solo es imposible una prueba completa de ello, sino porque carece de interés legítimo para exigirlo, ya que si excede, la opción no puede ser más justificada y si no excede, ganaría con la entrega de la porción disponible." C.N.Civ., sala C. 5/3/02. *T., T. C L., J. s/sucesión ab intestato.* E.D. 197-179.

El vínculo matrimonial debe haber estado vigente al momento del fallecimiento del causante. Pero si un cónyuge muriese de alguna enfermedad *ostensible* dentro de los treinta días siguientes a la celebración del matrimonio, el cónyuge supérstite perderá la vocación hereditaria, salvo que ese matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho (art. 3573 C.C.).

La hipótesis cuenta con presupuestos objetivos expuestos: *Enfermedad* de uno de los cónyuges; *gravedad* de la afección y *muerte* dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio. La hermenéutica doctrinaria le asigna además presupuestos subjetivos: como el *conocimiento* de la enfermedad perceptible o al menos cuyos signos hallan sido exteriorizados. Y el *ánimo* de captar la herencia; criterio éste que no cuenta con uniformidad de opiniones y no ser un requisito exigido por la normativa.

Si los cónyuges se hubiesen encontrado separados por sentencia firme de juez competente fundada en los casos del art. 202 del Código (adulterio, tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos sean o no comunes, la instigación de uno al otro a cometer delitos, las injurias graves y el abandono voluntario y malicioso), el que hubiere dado causa a la separación no tendrá vocación hereditaria.

Si la separación hubiere tenido su origen en la enfermedad del cónyuge supérstite, éste conservará su vocación hereditaria. Si la separación personal se decretase por la interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse por un término superior a los dos años, ambos cónyuges perderán la vocación, salvo que alguno de ellos acredite no haber dado causa a la separación y el juez, en su sentencia, le hubiera dejado a salvo esta situación -los derechos correspondientes-.

Perderán los derechos hereditarios, ambos cónyuges cuando la separación hubiese sido decretada fundada en la presentación conjunta que ellos hubieran realizado (conf. art. 205 C.C.).

Si el vínculo matrimonial hubiese concluido por divorcio vincular, los cónyuges -en principio- perderán los derechos hereditarios consagrados en el Código Civil. Pero inclusive si hubiese sido excluido de la herencia, conserva su derecho a disolver el régimen patrimonial matrimonial mantenida con el causante (art. 1261 y conc. y 1291 del Cód. Civil).

Cesa también la vocación hereditaria, en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por juez competente (conf. art. 3575, primer apartado, C.C.). Una primera interpretación de esta disposición, nos lleva a pensar que sería suficiente con acreditar la situación fáctica de la interrupción de la cohabitación a través de cualquier medio de prueba (elemento objetivo) y que los cónyuges - porque aún no hay separación personal ni divorcio vincular- no tienen voluntad de unirse (elemento subjetivo).

“La vocación hereditaria entre los cónyuges se basa en la subsistencia del vínculo matrimonial. De modo que disuelto el vínculo por efecto del divorcio cesa, en todo caso, la vocación entre los ex cónyuges. Ello es así, ya que la disolución del vínculo matrimonial importa la desaparición del fundamento objetivo de la vocación hereditaria, desde que su conservación sin correspondencia con la comunidad de vida y efectos que da razón de ser y sustento al llamamiento, sería al cabo, una pura especulación patrimonial”²²¹.

8. Partición privada y adjudicación de los bienes.

Según nuestro recordado Vallet²²² la liquidación de la sociedad conyugal puede efectuarse, en forma particional, transformando los bienes gananciales en proindivisos ordinarios, indicando que quedarán para cada cónyuge con carácter privativo los bienes que ya estuvieren titulados a su respectivo nombre, o adjudicando determinados bienes a uno de los cónyuges e indicando que los demás quedarán como privativos del otro. Aunque sin duda la forma correcta y aconsejable, es la señalada en primer término, que conlleva las operaciones de inventario, avalúo, liquidación, división y adjudicación.

El Código Civil no trata específicamente el tema, sólo menciona la necesidad de confeccionar un inventario en caso de muerte de uno de los cónyuges; limitándose a remitir a

²²¹ C.N.Civ., sala A, febrero 11 de 1988, *K. de P. A., I. E. c. P.A.*, A. L.L. 1988-B-18, con nota de Eduardo Zannoni - DJ 1988-1-918. "Ante el fallecimiento del bígamo, la cónyuge putativa concurre a la sucesión con los herederos del causante". "Excluida la cónyuge supérstite como heredera de los bienes gananciales del causante (por su carácter de socia de la sociedad conyugal), la cónyuge putativa concurre a la sucesión del 50% restante de esos bienes juntamente con los demás herederos". C.N.Civ., sala G, abril 12 de 1988, *De O. P., C. E., suc.* L.L. 1990-B-135.

²²² Vallet de Goytisolo, Juan B.: *Las capitulaciones matrimoniales constante el matrimonio en previsión de reveses de fortuna*. Conferencia pronunciada en la inauguración del XXV Curso de Perfeccionamiento para Abogacía, organizado por la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, el 23 de octubre de 1985.

las normas del derecho sucesorio, que son las reglas aplicables a la división de la masa post-comunitaria.

La partición es el acto jurídico mediante el cual la porción ideal de gananciales de cada cónyuge se concreta en bienes determinados. En caso de disolución por muerte, es el negocio jurídico unilateral o plurilateral que pone fin a la comunidad hereditaria y post-comunitaria mediante la distribución del activo neto entre los coherederos o entre éstos y el cónyuge supérstite, determinando el haber concreto de cada uno.

Cualquiera de los cónyuges –como sus sucesores- *pueden* pedir en cualquier momento la partición, aunque exista pacto en contrario (conf. art. 3452 C.C.). Sin embargo se presentan excepciones. La partición no puede obtenerse por *venta* de un inmueble afectado a bien de familia, salvo desafectación y para ello se requiere la conformidad de ambos²²³ y a falta de cónyuge, el supérstite podrá obtener la desafectación siempre que no halla interés familiar comprometido (protección de hijos). También puede ser obtenida por la mayoría de los herederos si el bien de familia fue constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, en cuyo supuesto resolverá el juez de la sucesión o la autoridad competente. Téngase presente que los bienes adjudicados al cónyuge supérstite se juzgan extraños al causante y sus herederos, como si éstos nunca hubieran tenido derecho alguno sobre esas adjudicaciones y viceversa.

La partición entre los cónyuges, está libre de toda forma, no guarda formas sacramentales y puede hacerse por el acto que juzguen conveniente. Cualquiera sea la naturaleza atribuible al conjunto de bienes y deudas resultantes de la disolución de la sociedad conyugal, rigen iguales procedimientos, formas y técnicas que en caso de herencia (conf. art. 3462 y conc. C.C.)²²⁴ –sin perjuicio de la consideración de la culpa o inocencia en el divorcio, aspecto que aquí no abordaremos-. En este orden de cosas, la partición puede acordarse de manera privada aunque instrumentada por escritura pública (art. 1184 inc. 2); mixta, cuando el acuerdo se configura en instrumento privado y se la somete a homologación

²²³ El bien de familia puede ser adjudicado a cualquiera de los cónyuges, por mutuo acuerdo –o por el juez-, todo sin pérdida de la calidad especial. Guaglianone, Aquiles H. Op. cit., p. 392.

²²⁴ “Una vez disuelta la sociedad conyugal, si no existe convenio entre los cónyuges, la liquidación se regirá por las normas de liquidación y división de las herencias. C.N.Civ., sala A, 2/8/1984. M., J.M.A. c. R., E.M.A. L.L. 1985-B-492. En el mismo sentido el despacho de la VII Jornada de Derecho Civil (Bs. As., 1979).

judicial final (art. 1184 inc. 2 *in fine*); o judicial, modalidad que se encuentra contemplada en los ordenamientos procesales de nuestro país.

La división del patrimonio indiviso puede realizarse de manera perfecta, ya sea en igualdad de bienes en especie para cada uno, con compensación de diferencias, pero también es factible que ante la imposibilidad de la división igualitaria, resulte un beneficio para alguno, lo que no implica violación del art. 1358 C.C. Una de las partes puede recibir una porción menor de la adjudicada al otro cónyuge, si proviene de un acuerdo de voluntades. Disuelto el vínculo nupcial, los cónyuges recobran su autonomía para reglar las relaciones recíprocas, en un terreno que no permita sospechar que uno ejerza un dominio invencible sobre la voluntad del otro.

Con mayor razón, el cónyuge supérstite tiene la más amplia libertad para distribuir el acervo post-comunitario con los herederos del fallecido. Sin perjuicio de la acción pauliana que incumbe a cualquier tercero perjudicado²²⁵.

La jurisprudencia ha considerado que si la partición de bienes, homologada judicialmente, no está inscrita en el Registro de la Propiedad es inoponible al acreedor de buena fe de uno de los cónyuges, aunque la deuda haya sido contraída por éste con posterioridad a dicha homologación²²⁶.

Aunque lo ideal es que la partición, se realice en relación a la totalidad de los bienes, nada impide que la partición se efectúe solo en cuanto a una parte de ellos (art. 3453). V.gr. que se adjudiquen algunos de los bienes que integran la masa indivisa o que se disponga la venta de ellos, conservando otros bienes dentro de la masa post-comunitaria. Si alguno de los cónyuges se opusiere, la situación necesariamente debe ser dirimida por la autoridad judicial²²⁷.

La disposición derivativa del art. 1262 C.C. nos conduce en el mismo sentido, al expresar que la sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no

²²⁵ C.N.Civ., sala B. 30/12/1970. *Yacone, Rosa M., suc.* L.L. 142-416.

²²⁶ C.Apel. Junin 1/11/79. J.A. 1980-II-503.

²²⁷ La cuenta particionaria puede ser atacada por los acreedores mediante el ejercicio de la acción que le acuerda el art. 961 para obtener la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos. Conf. Méndez Costa, María Josefa. *Código Civil Comentado*. T. Arts. 1217 a 1322, p. 312. Edit. Rubinzal - Culzoni. 2004. Santa Fe.

se opongan a la normativa específica. Ello nos traslada al art. 1777 C.C. que será aplicable a la liquidación de la sociedad lo dispuesto para la liquidación de las sociedades comerciales en el Cód. de Comercio y 1788 que establece que observará en la división de la sociedad, lo dispuesto en el Libro 4 del Cód. Civil, sobre la división de las herencias.

Consideramos que la administración y disposición de los bienes que integran la masa indivisa post-comunitaria, durante el período que ésta dure, debe efectuarse en forma conjunta por los ex-cónyuges, no siéndoles aplicables las disposiciones previstas en los arts. 1276 y 1277²²⁸.

Los ex cónyuges se convertirían en titulares y disponentes y ya no sería aplicable la posibilidad de obtener la autorización supletoria del juez (art. 1277 C.C.) por la negativa o falta de asentimiento para la disposición de un inmueble o mueble registrable de carácter ganancial²²⁹. En consecuencia, el otorgamiento de un acto dispositivo de un bien ganancial por parte de uno sólo de los esposos (sea o no titular de dominio) sería nulo por aplicación extensiva del art. 1331 C.C. que establece la nulidad de la totalidad de la venta –aún respecto a la porción del vendedor copropietario indiviso- y por los arts. 2680 y sgts. C.C. que inhabilitan al condómino para otorgar actos jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad de toda la cosa²³⁰.

El legislador estableció mediante una presunción *iuris tantum* (art. 1271 C.C.), que pertenecen a la indivisión post-comunitaria como *gananciales* (o mejor dicho ex – gananciales o comunes), los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación.

²²⁸ En este sentido se expidieron las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As., 1979) "...III. En cualquier caso el cónyuge que administre bienes gananciales está obligado a rendir cuentas al otro de la administración ejercida después de la disolución de la sociedad conyugal. IV. Los actos de disposición de bienes gananciales, con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, deberán ser otorgados conjuntamente por ambos cónyuges". Participan de este criterio Belluscio, Guaglianone, Mazzinghi, Vidal Taquini –entre otros-.

²²⁹ Sobre el asentimiento conyugal en la etapa de indivisión post-comunitaria se expidió en sentido negativo la C.N.Civ., sala C, 26/4/84. E.D. 110-575.

²³⁰ Zannoni, Fassi, Bossert, Fleitas Ortiz de Rozas, sostienen la subsistencia del régimen de los arts. 1276 y 1277 del C.C. por entender que la indivisión postcomunitario no altera la pluralidad de masas vigente durante la sociedad conyugal, ser más adecuada para proteger los intereses de terceros que contratan con los esposos y que no tienen porqué conocer la situación conyugal de los mismos.

Producida la separación de bienes, los ex - cónyuges no tendrán parte alguna en lo que en adelante ganare el otro. Capitant –citado por Guaglianone- expresa que la composición de la masa común queda fijada al día en que se disuelva la sociedad conyugal, en el sentido de que, a partir de ese momento, deja de ser una universalidad *abierta*, susceptible de enriquecerse con nuevas adquisiciones y se convierte en una masa indivisa *cerrada*, en la cual pueden producirse acrecentamientos y sustituciones, pero no aumentos por virtud de nuevas adquisiciones que no tengan su fuente en uno de los valores constitutivos de ese patrimonio²³¹.

A su vez, el pasivo se compone de las obligaciones nacidas durante la vigencia del régimen patrimonial del matrimonio y no canceladas (arts. 1275 inc. 3 C.C.) y por las nacidas durante la indivisión y con motivo de ella –originadas en la actuación conjunta de los dos copartícipes o dentro de los límites de la administración ejercida por uno de ellos con mandato, gestión de negocios o enriquecimiento incausado que obligue directamente a la masa común-.

Formalizada la escritura partitiva del acervo post-comunitario o firme el auto que aprueba la partición judicial u homologa la mixta, el título respectivo corresponde sea inscripto en el registro público pertinente, a fin de publicitar la nueva situación dominial.

9. Inscripción registral de la partición.

Esta inscripción es meramente declarativa. Así también lo consideró el XVI Congreso Nacional de Derecho Registral (San Salvador de Jujuy, 2011), cuyo tema II concluyó respecto de las registraciones especiales que “...Revisten el carácter de actos declarativos, entre otros: ... la partición de la herencia y la cesación del estado de indivisión post comunitaria del patrimonio matrimonial ganancial, producido por el divorcio o la separación personal”.

El acto partitivo del patrimonio indiviso, no requiere contar con el certificado registral previsto en el art. 23 de la ley 17.801 por no comportar una modificación del derecho real. Conteste con este criterio, el citado Congreso registral expresó que “en todo supuesto (con o sin pedido de certificados) el registrador debe proceder a la inscripción del documento que instrumenta el acto partitivo”.

²³¹ Guaglianone, Aquiles H. Op. cit., p. 218.

Representación Voluntaria y Legal de los Incapaces

1. Introducción. 2. La representación de los menores de edad. 2.1. La regulación en el ordenamiento jurídico argentino de la tutela. 2.2. Clases de tutela (tutela testamentaria, legal, dativa, especial y *ad litem*). 2.2.1. Tutela Testamentaria. 2.2.2. Tutela Legal. 2.2.3. Tutela Dativa. 2.2.4. Tutela Especial. 2.2.5. Tutela *Ad Litem*. 2.3. Nombramiento de tutores. 2.4. Clases de tutores que se pueden designar en testamento o en un acto notarial. 2.5. Intervención del notario en el régimen de la tutela. ¿Existe en el ordenamiento jurídico argentino la posibilidad de que una persona menor de edad pueda nombrar a su propio tutor? 3. La representación de los mayores de edad incapaces. 3.1. La regulación en el ordenamiento jurídico argentino de la curatela. 3.2. Nombramiento de curadores. 3.3. Clases de curadores que se pueden designar en testamento o en un acto notarial. 3.4. Intervención del notario en el régimen de la curatela. ¿Existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que una persona mayor de edad pueda nombrar a su propio curador para el caso de incapacidad?.

1. Introducción.

En la actualidad, tanto a nivel internacional como nacional, ha surgido -en materia de incapacidad y representación de los incapaces- una nueva filosofía jurídica de neto corte humanista. Ello coloca necesariamente a todos los operadores del derecho -y muy especialmente a los notarios, como garantes de la seguridad jurídica y depositarios de la fe pública-, ante la responsabilidad inexcusable de guiar y facilitar el cumplimiento de este nuevo paradigma jurídico, que promueve y ampara los derechos personalísimos²³² de todo ser humano.

Esta nueva juridicidad, que subyace tanto en los Tratados y Convenciones Internacionales, como en la Constitución Argentina (reformada en el año 1994), clama por una imperiosa y necesaria reforma del sistema tutelar vigente en nuestro país; el que muchas veces bajo el fundamento de salvaguardar los intereses de los incapaces termina coartando sus derechos fundamentales.

²³² “Potestad o atribución meramente individual, inherente a la persona, no transmisible”. Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, T.I, p. 656. Editorial Bibliográfica Ameba, 1969. Buenos Aires.

La República Argentina, por Ley 26.378, incorpora al derecho interno la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y asume la obligación de tomar todas las medidas necesarias -incluso las de carácter legislativo- a fin de modificar o derogar leyes, costumbres y practicas existentes que menoscaban o vulneran los derechos esenciales de las personas.

Es en virtud de esta nueva conciencia jurídica imperante en nuestro tiempo, que el estado argentino debe urgente e inaplazablemente realizar ajustes razonables al Código Civil, en el cual la representación de los incapaces es legal y sujeta a normas de orden público²³³.

Los postulados de este nuevo arquetipo jurídico (que coloca el acento en el hombre y sus derechos fundamentales), imponen una necesaria reforma legislativa que actualice y flexibilice el rígido y estricto régimen de capacidad jurídica y representación de los incapaces, normado en nuestro Código.

Así, según nuestra Ley Civil, la capacidad es la aptitud que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. A su vez, nuestro ordenamiento jurídico, distingue entre capacidad de derecho (aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones) y la capacidad de hecho (aptitud que tiene la persona para ejercer por si misma -en forma directa y personal- sus derechos y obligaciones).

Según nuestro derecho positivo, las personas pueden ser de existencia visible (personas físicas) o bien de existencia ideal (personas jurídicas). Las personas físicas son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, salvo que por ley hayan sido expresamente declaradas incapaces.

La incapacidad de derecho, tiene lugar cuando la ley prohíbe a determinadas personas físicas, realizar ciertos actos en virtud de un impedimento de índole moral o jurídico y la incapacidad de hecho, se produce cuando la ley las priva de la potestad de obrar por si

²³³ “El orden público está integrado por todas aquellas normas de interés público, que son de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica”. S.T.J. (República Bolivariana de Venezuela). Sala Constitucional Nro. 2201. Magistrado Rondón Haaz, Pedro Rafael.

mismas, declarándolas inhábiles, en base a una falta o insuficiencia del elemento volitivo considerado indispensable para concertar todo acto jurídico.

La incapacidad de derecho es siempre relativa, mientras que la incapacidad de hecho puede ser absoluta o relativa. En base al principio de igualdad ante la ley y a fin de remediar la incapacidad de hecho de las personas físicas o de existencia visible, surge la representación; instituto que tiene lugar cuando un juez competente asigna una persona física para que sustituya o convalide la voluntad del incapaz en el ejercicio de sus derechos y realice o confirme los actos jurídicos para los cuales esta legalmente impedido.

De esta manera, la representación de los incapaces en nuestro Código Civil, se caracteriza por ser *legal* y no voluntaria (porque sólo emana o proviene de la ley), *necesaria* (porque no puede prescindirse de ella), *dual y conjunta* (porque es conferida a un representante individual -tutor o curador- y promiscuamente al ministerio público de menores e incapaces) y *controlada* (porque esta sujeta a aprobación o anuencia judicial).

En nuestro derecho interno, son representantes legales: a) de las personas por nacer, su padres y a falta de éstos los curadores que se les nombren; b) de los menores no emancipados, sus padres o tutores; c) de los dementes aunque tengan intervalos lúcidos y de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, los curadores que se les nombren y d) de los inhabilitados judicialmente (alcohólicos y drogadictos consuetudinarios, los disminuidos en sus facultades mentales sin llegar a ser dementes y los pródigos en la administración y disposición de sus bienes; cuando estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales para su persona, su patrimonio y su familia), los curadores que se les nombren.

2. La representación de los menores de edad.

2.1. La regulación en el ordenamiento jurídico argentino de la tutela.

El Código Civil argentino, en su art. 377, define la tutela como “el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no esta sujeto a la patria

potestad²³⁴ y para representarlo en todos los actos de la vida civil”. Es persona sujeta a tutela, todo menor de edad no emancipado legalmente²³⁵.

La tutela es un cargo unipersonal, personalísimo, obligatorio (salvo justas causas de excusación) y supletorio (pues opera cuando el menor de edad no tiene padres que ejerzan sobre él la patria potestad). El tutor es representante legítimo del menor de edad en todos los actos o negocios civiles. Actúa en nombre de éste, prescindiendo de su voluntad, pero sujeto a un estricto control y vigilancia por parte del juez y del ministerio público de menores.

2.2. Clases de tutela (tutela testamentaria, legal, dativa, especial y *ad litem*)

En el derecho argentino, la tutela de un menor de edad se cumple por sus progenitores (tutela testamentaria), por la ley (tutela legal) o por el juez (tutela dativa, tutela especial y tutela *ad litem*).

2.2.1. Tutela Testamentaria.

Tiene lugar cuando los progenitores de un menor de edad en ejercicio de la patria potestad, nombran tutor para su hijo, a fin de que éste ejerza el cargo acaecido su

²³⁴ C.C. Art. 264 “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Su ejercicio corresponde: 1. En el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado. Se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro, salvo en los supuestos contemplados en el Artículo 264, *quater*, o cuando mediare expresa oposición; 2. En caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio, al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación; 3. En caso de muerte de uno de los padres, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad, o suspensión de su ejercicio, al otro; 4. En el caso de los hijos extramatrimoniales, reconocidos por uno solo de los padres, a aquel que lo hubiere reconocido; 5. En el caso de los hijos extramatrimoniales reconocidos por ambos padres, a ambos, si convivieren y en caso contrario, a aquel que tenga la guarda otorgada en forma convencional, o judicial, o reconocida mediante información sumaria; 6. A quien fuese declarado judicialmente el padre o madre del hijo, si no hubiese sido voluntariamente reconocido”. Art. 264 bis “Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad”.

²³⁵ C.C. Art. 126 “Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de dieciocho años “. Art 131 “Los menores que contrajeran matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil, con las limitaciones previstas en el Art. 134”. Art. 134 “Los emancipados no pueden ni con autorización judicial: 1. Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2. Hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; 3. Afianzar obligaciones”.

fallecimiento. Tal nombramiento puede hacerlo tanto el padre mayor o menor de edad como la madre que no ha pasado a segundas nupcias, en su testamento o en escritura pública para que surta efectos después de su deceso.

Si ambos padres, en actos separados, han nombrado tutor para su hijo menor de edad, se designará como tal, al elegido por el progenitor que fallezca en último término.

2.2.2. Tutela Legal.

Tiene lugar cuando los progenitores no han nombrado (por testamento o por escritura pública) tutor para su hijo menor de edad, o el elegido por éstos no fuera confirmado por juez competente (por inidoneidad o inhabilidad) o posteriormente fuera removido del cargo o falleciera.

En este supuesto, el magistrado deberá nombrar como tutor a alguno de los parientes del menor -prefiriéndose al más próximo y en igualdad de grados al más idóneo-; de modo tal que el nombramiento podrá recaer sobre los abuelos, los tíos, los hermanos o los medios hermanos del menor, sin distinción de sexos. Cuando la tutela deba discernirse entre los parientes del menor, el juez elegirá entre ellos, a aquél que resulte mas apto para desempeñar el cargo.

2.2.3. Tutela Dativa.

Tiene lugar cuando no existiese o no fuera idóneo para desempeñar el cargo (a criterio del juez competente), ninguno de los parientes del menor entre los cuales puede discernirse la tutela (abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos). Será el magistrado quién nombrará directamente al tutor del menor, que podrá ser una persona de reconocida rectitud, honradez y moralidad que esté dispuesta a aceptar el cargo.

La designación no puede recaer en aquellas personas que fuesen deudores, acreedores o socios del juez, ni en sus parientes dentro del cuatro grado, ni en sus amigos, como así tampoco en personas que tuviesen alguna de esas vinculaciones con alguno de los miembros de los tribunales de la misma jurisdicción en la que se desempeña el juez encargado de discernir la tutela.

2.2.4. Tutela Especial.

Es la que se establece para un acto o negocio jurídico en particular. Se habrá de designar un tutor especial, al menor de edad bajo patria potestad, cuando sus intereses económicos se confrontaran con los de sus padres, como así también, al menor de edad bajo tutela, cuando sus intereses económicos se contrapusieran a los de su tutor o a los intereses económicos de otro pupilo del mismo tutor.

2.2.5. Tutela *ad litem*.

Es la que ejerce el tutor designado para intervenir en juicio en representación del menor de edad.

2.3. Nombramiento de tutores.

En principio, todas las personas mayores de edad pueden ser tutores, siempre y cuando no estén comprendidas en alguna de las inhabilidades para desempeñar el cargo, taxativamente enumeradas por la ley, y que podemos agrupar en:

- a) Cuestiones psíquicas o físicas (los dementes y los sordomudos);
- b) Cuestiones que no permiten desempeñar una apropiada administración del patrimonio del pupilo (los quebrados o fallidos mientras no hayan satisfecho a sus acreedores, los que prestan servicio en las fuerzas armadas, los que ejercen profesión religiosa, los que no tienen domicilio en el país o deben realizar por largo período de tiempo un trabajo en el extranjero);
- c) Cuestiones morales o éticas (las personas con mala conducta notoria, los que no poseen un trabajo o una fuente de ingresos conocida, los que hubiesen desempeñado mal o hubiesen sido removidos o depuestos del ejercicio de otra tutela, los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenía, los que hubiesen sido privados de la patria potestad de sus hijos, los condenados por pena infamante o deshonorosa); y
- d) Cuestiones de intereses contrapuestos (aquellas personas que tengan juicios con el menor o sean sus deudores o acreedores).

En el derecho positivo argentino, el nombramiento de tutor o la confirmación del designado por los padres (bajo forma testamentaria), se hará a solicitud de parte interesada o

del ministerio público de menores²³⁶, sin forma de juicio (a menos que alguna persona pretendiese tal designación), y ante un tribunal con competencia en asuntos de familia del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio al momento de su fallecimiento.

Si se promoviere acción judicial al efecto, la cuestión se sustanciara en juicio sumarísimo y la resolución del tribunal será apelable dentro del plazo de cinco días. El tribunal nombrará o confirmará un tutor, sólo después de considerar la prueba y los mejores intereses del menor de edad, que habrá de someterse a ella.

La tutela debe desempeñarse por una sola persona, no pudiendo los padres nombrar dos o más tutores para que trabajen como tutores conjuntos. Si lo hicieran, el nombramiento permanecerá sólo para que los nombrados sirvan la tutela en el orden en que fueron designados, para el supuesto de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos en el desempeño del cargo.

En el supuesto de menores de edad no emancipados, si el padre o la madre han nombrado tutor por testamento o por escritura pública para que tenga efectos después de su fallecimiento; la persona designada como tal, deberá aceptar el cargo y además ser considerada hábil e idónea para desempeñarlo, a criterio del tribunal competente.

Si el padre o la madre no han designado tutor por testamento o por escritura pública para surta efectos después de su deceso, el tribunal competente considerará y evaluará para desempeñar el cargo, a cualquiera de los abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos del menor -sin distinción de sexos-, teniendo siempre en consideración el bienestar del pupilo y evaluando también sobre estos parientes su habilidad e idoneidad para desempeñar el cargo.

²³⁶ C.C Art. 493 “El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre la tutela o curatela, o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores. Debe también intervenir en los inventarios de los bienes de los menores e incapaces, y en las enajenaciones o contratos que conviniese hacer. Puede deducir las acciones que correspondan a los tutores o curadores, cuando éstos no lo hiciesen. Puede pedir la remoción de los tutores o curadores por mala administración y ejecutar todos los actos que correspondan al cuidado que le encarga la ley, de velar en el gobierno que los tutores y curadores ejerzan sobre la persona y bienes de los menores e incapaces”. Art. 494 “Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores”.

Si los progenitores no nombraron tutor por testamento o por escritura pública para que produzca efectos después de su fallecimiento, o el nombrado no sea apto, o no se encuentre disponible, o no sea idóneo ninguno de los parientes a quienes pueda corresponder la tutela legal, el tribunal podrá nombrar como tutor del menor a una persona de reconocida rectitud y moralidad que este dispuesta a aceptar el cargo.

En el caso de menores de edad huérfanos abandonados o discapacitados, el tribunal podrá conferir la tutela a una institución pública destinada al efecto. Antes de entrar en funciones (discernimiento del cargo), el tutor confirmado por el juez (en el supuesto de tutela testamentaria) o el nombrado por el juez (en el supuesto de tutela legal o dativa), deberá pasar por un exhaustivo análisis de su conducta y aptitudes morales, como así también demostrar que no está comprendido en ninguno de los supuestos de inhabilidad para el ejercicio del cargo. Asimismo, antes del discernimiento de la tutela, el tutor deberá asegurar al juez -bajo juramento-, un buen desempeño de sus funciones y prestar fianza en garantía de una correcta administración del patrimonio de la persona tutelada, salvo que haya sido dispensado de dicha obligación por los padres del menor (en el supuesto de tutela testamentaria o que así lo disponga la ley como excepción).

Tras el discernimiento de la tutela y antes de que se le entreguen los bienes de su pupilo, el tutor debe hacer un inventario y avalúo de los mismos, para luego ejercer la administración de éstos. Si bien los padres, pueden nombrar tutor a sus hijos menores y en dichos instrumentos eximir a aquella persona designada para ejercer la tutela, de la obligación de prestar fianza, no pueden excusarlo de la obligación de confeccionar inventario y avalúo de los bienes que componen el patrimonio del menor.

La omisión de confeccionar el inventario, en el plazo señalado por el juez al efecto, es causal de remoción o destitución del tutor. Si con posterioridad a la confección del primer inventario, ingresan bienes al patrimonio del menor -sea por actos gratuitos o por inversión de las utilidades sobrantes del patrimonio del pupilo-, el tutor deberá efectuar una ampliación del inventario e incluirlos en éste.

El tutor tiene prohibido: a) adquirir los bienes de su pupilo, b) donar, ceder o renunciar cosas del tutelado, y c) cobrar créditos que le correspondan al menor sin autorización judicial.

El tutor debe a su pupilo la atención y cuidados de un padre, es decir, debe velar por su salud, alimentación, vestimenta y educación -con arreglo a la posición y fortuna del menor-, y a su vez el pupilo debe a su tutor igual respeto y obediencia que a sus progenitores. El tutor no está obligado a solventar con dinero de su peculio los gastos del menor, pues para afrontarlos se emplearan las rentas del patrimonio del pupilo. En el supuesto de que las rentas fueran insuficientes o escasas, el juez competente podrá autorizar al tutor para que utilice parte del capital del menor a fin de hacer frente a los gastos que insuman su cuidado y atención. Si el menor no poseyera bienes, el tutor con autorización judicial, podrá demandar por alimentos a los parientes de su pupilo. Y en última instancia, si el menor no poseyera parientes que le puedan suministrar alimentos, el tutor lo pondrá en un establecimiento público destinado a tal fin, el que asumirá la guarda del menor y por lo tanto solventará los gastos de insuman su salud, alimentación, vestimenta y educación.

El tutor tiene facultades disciplinarias de orientación y corrección sobre la conducta personal del menor bajo su tutela, como así también el derecho y el deber de ejercer la guarda de su pupilo, es decir de tenerlo viviendo consigo en su casa.

El tutor debe administrar los bienes de su pupilo como un buen padre de familia y está obligado a llevar cuenta documentada tanto de los ingresos que percibe el menor como de los gastos que efectúe en su beneficio. El tutor deberá destinar -a los cuidados y atención del menor-, la renta que anualmente fije el juez al efecto. Si las ganancias que produce cada año el patrimonio del pupilo fueran elevadas, el juez autorizará al tutor una partida mayor de gastos que comprenderá otros rubros, además de salud, alimentación, vestimenta y educación, como pueden ser vacaciones, entretenimientos, un mayor perfeccionamiento pedagógico, etc. Las utilidades sobrantes, producidas por el patrimonio del menor, una vez deducida la renta anual fijada por el juez para su cuidado y atención, deberán ser depositadas por el tutor en instituciones bancarias a interés o invertidas en la adquisición de nuevos bienes, con autorización judicial. Debe rendir cuentas de su administración, tanto durante el ejercicio de la tutela como al finalizar la misma (sea a requerimiento del juez, del ministerio público de menores o del mismo menor si ha alcanzado la mayoría de edad).

El tutor es responsable ante su pupilo, por todo daño o perjuicio que resulte para él, por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, carece de validez, todo acuerdo sobre rendición de cuentas celebrado durante el ejercicio de la tutela; solo tendrá

valor aquel convenio que al efecto, firme el ex pupilo un mes después de haber alcanzado la mayoría de edad. Cuando finaliza la tutela, el ex pupilo tiene derecho a exigir a su tutor, la entrega inmediata de todos los bienes que le pertenecen, aunque aún no haya sido aprobada la rendición de cuentas sobre la administración que aquél efectuó del patrimonio del menor.

En principio la tutela se ejerce gratuitamente; solo si el patrimonio del pupilo produce frutos, el tutor tendrá derecho a una gratificación o estipendio equivalente a una décima parte de los frutos líquidos producidos por los bienes del menor.

En nuestro derecho positivo, la tutela cesa o concluye: a) cuando el menor adquiere la mayoría de edad (18 años), b) cuando el menor es adoptado, c) cuando el menor se emancipa, d) cuando cesa o termina la causa que dio origen a la tutela, e) cuando el menor fallece y f) cuando el tutor fallece, renuncia o es removido de su cargo por el tribunal competente.

2.4. Clases de tutores que se pueden designar en testamento o en un acto notarial.

El art. 386 C.C., dispone que: "El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento". Una hermenéutica integral nos permite concluir que estarían facultados para nombrar tutor por testamento (además del padre o la madre sobreviviente), el abuelo o la abuela para los nietos bajo tutela legal y cualquier testador, para aquel menor de edad que instituya como heredero o legatario, si éste careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legal. Podría efectuarse tal designación por testamento ológrafo, cerrado o por acto público.

Consideramos que aquella persona con potestad legal suficiente para nombrar tutor por testamento para un menor de edad, debe evaluar en la persona que ha elegido para desempeñar el cargo, sus habilidades y valores como padre; si es capaz de ofrecer un entorno familiar estable, cual es la calidad de relación o cercanía de vínculo que mantiene con el menor al momento de su designación como tal, si es capaz de asumir la responsabilidad de cuidar al menor a largo plazo, etc.

Asimismo, es importante que quien va a designar tutor por testamento para un menor de edad, se acerque a la persona que elegirá para desempeñar el cargo y averigüe si esta dispuesta y en condiciones de asumir tal responsabilidad, la que implicará el cuidado diario del menor sobreviviente, la toma de decisiones sobre su crianza, bienestar y la administración de su patrimonio.

2.5. Intervención del notario en el régimen de la tutela. ¿Existe en el ordenamiento jurídico argentino la posibilidad de que una persona menor de edad pueda nombrar a su propio tutor?

Según lo normado por nuestra Ley Civil, entendemos que el notario esta plenamente facultado para intervenir en el régimen de la tutela, cuando una persona con potestad legal suficiente, concurre a una notaría para nombrar por acto público, tutor para un menor de edad. Según el Código Civil, el testamento por acto público es aquel formalizado por notario, en presencia de tres testigos residentes en el lugar.

En este tipo de testamento es esencial que el mismo testador sea quien manifieste al notario -en las entrevistas previas y en forma personal y directa, sea verbalmente o por escrito- el contenido de las disposiciones que desea contenga el testamento que va a otorgar; entre las cuales -en virtud del tema que nos ocupa- estarán la designación de tutor y además aquellas reglas, condiciones y limitaciones que el propio testador desea imponer para el desempeño de la tutela, las no podrán ser contrarias a la ley, a la moral ni a las buenas costumbres.

Una persona menor de edad, de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico, no puede nombrar a su propio tutor; ya que según nuestro derecho interno, la tutela es la potestad dada por el derecho civil a una persona mayor de edad plenamente capaz e idónea, para proteger a quienes no pueden cuidarse a si mismos por razones de edad.

La tutela se otorga a personas no sujetas a patria potestad, que por su corta edad (menos de 18 años), no tienen capacidad de hecho, es decir aptitud para ejercer por si mismos los derechos que les conceden las leyes. Nuestro ordenamiento jurídico considera a los menores de edad, incapaces de obrar por si mismos, en virtud de un insuficiente desarrollo

mental que afecta el elemento volitivo, considerado básico y esencial en la concertación de todo acto jurídico.

No obstante, la inexistencia de tal posibilidad en nuestro derecho, consideramos necesario a la luz de los principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (ícono en la protección integral de la infancia aprobada en nuestro país por Ley 23.284 e incorporada a la Constitución Nacional en el año 1994) y de los postulados de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, efectuar una reforma legislativa al Código Civil que implemente un sistema progresivo de adquisición de la capacidad de hecho en los menores de edad, acorde a las normas aludidas que hoy integran nuestro derecho positivo y han impactado directamente en la situación jurídica de la infancia y en su régimen de capacidad.

Así esta nueva juridicidad, fruto de una profunda transformación social, pregona que los niños y adolescentes sean considerados sujetos plenos de derechos -de acuerdo a su desarrollo y madurez- y no meros sujetos objeto de salvaguarda y control, tal como surge de nuestra legislación vigente, cuyos preceptos en aras de proteger a los menores de edad, terminan cercenando sus derechos y garantías fundamentales (que son: expresarse libremente, compartir sus puntos de vista con los demás, ser oídos en todo proceso judicial y/o administrativo que los afecte, ejercer su libertad de pensamiento, conciencia y religión, recibir información adecuada, una familia y ser protegidos contra el descuido o trato negligente, entre otros.).

Hasta tanto se produzca la ansiada adecuación normativa de nuestro Código Civil, a los preceptos Constitucionales aludidos, los notarios no podemos actuar de manera indiferente en la instrumentación de aquellos actos jurídicos que nos son requeridos a diario y en los cuales están involucrados los derechos de menores.

Es nuestro deber, como operadores del derecho y garantes de la seguridad jurídica, adecuar nuestra labor a estos nuevos postulados, adoptar una mirada diferente y realizar una interpretación más flexible del régimen jurídico de la capacidad de los menores de edad, normado en nuestra Ley Civil (muchos de cuyos artículos hoy han quedado tácitamente derogados), en aras de dar -en la medida de su desarrollo y madurez-, intervención a los menores de edad en los actos jurídicos privados que los afectan.

En la actualidad gran parte de los tribunales competentes en el discernimiento de la tutela, receptan estos nuevos postulados o principios que consagran la autonomía gradual del niño en el ejercicio de sus derechos, donde se tiende cada vez más a ser órganos jurisdiccionales especializados y técnicamente asesorados a fin de garantizar y resolver con la mayor justicia y eficacia posible, los asuntos del derecho de familia.

Así, el funcionamiento de estos juzgados, supone la existencia de procesos adecuados (distintos a los implementados para la solución de conflictos patrimoniales) y una especialización de los sujetos que participan en el proceso como operadores de la justicia, quienes poseen amplios conocimientos en materia familiar y además condiciones de idoneidad para la resolución de los asuntos que les competen. Es en virtud de esto, que muchos de los jueces encargados de discernir la tutela de un menor de edad (sea testamentaria, legal o dativa), antes de confirmarla u otorgarla y atento a lo establecido en los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional, escuchan al menor (si tiene edad suficiente para expresarse libremente y dar a conocer lo que piensa), porque su opinión, si bien no es obligatoria o vinculante para el magistrado, es importante porque le permite saber al juez cual es la percepción del menor y con ello tener un panorama mas claro y amplio a la hora de tomar una decisión, respecto a la persona que confirmará o designará como su tutor, atendiendo el interés superior del menor y flexibilizando así, el régimen jurídico de la tutela vigente en nuestro derecho civil.

3. La representación de los mayores de edad incapaces.

3.1. La regulación en el ordenamiento jurídico argentino de la curatela.

En el derecho argentino, la ley somete a los mayores de edad, declarados judicialmente dementes o inhabilitados, a un régimen de protección o salvaguarda similar al establecido para los menores de edad, con el objeto de preservarlos no solo de su propia inconciencia o desconocimiento, y así de los actos que pudieran otorgar en detrimento de si mismos, sino también, de ampararlos del aprovechamiento de terceros.

A través del instituto de la curatela se protege a los mayores de edad *incapaces de hecho absolutos* -dementes aunque tengan intervalos lúcidos²³⁷ y sordomudos que no saben darse a entender por escrito²³⁸-como así también, a los mayores de edad *incapaces de hecho relativos*, que son los inhabilitados según el art. 152 bis C.C.²³⁹.

El art. 468 C.C. establece que “Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes”. Es relevante destacar que mientras el curador que representa legalmente a los dementes y sordomudos que no saben darse a entender por escrito, suple o sustituye por completo la voluntad del incapaz y actúa en lugar de éste, el curador que representa legalmente a los inhabilitados según el art. 152 bis C.C., acompaña y asiste al interdicto en determinados actos de la vida civil, actuando conjuntamente con éste, a fin de convalidar o confirmar sus decisiones. En el segundo supuesto, nos hallamos ante una situación de apoyo a la capacidad de obrar, porque la voluntad emitida por el incapaz es asistida por su representante legal.

3.2. Nombramiento de curadores

De conformidad al esquema jurídico argentino, la declaración de incapacidad se sustancia por juicio sumario, ante un tribunal con competencia en asuntos de familia. Las personas declaradas judicialmente incapaces, ejercen válidamente sus derechos a través del curador definitivo que les nombre. Son consideradas -en cuanto a su persona y a sus bienes- como los menores de edad, de allí que nuestra Ley Civil expresamente dispone que las normas sobre la tutela de los menores se aplican a la curaduría de los incapaces. Los actos jurídicos celebrados por el incapaz, antes de ser declarado judicialmente como tal, podrán ser anulados si la causa que dio origen a la interdicción era pública y notoria al momento de su

²³⁷ C.C. Art. 141 “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

²³⁸ C.C. Art. 154 “Para que tenga lugar la representación de los sordo-mudos, debe procederse como respecto a los dementes; y después de la declaración oficial, debe observarse lo que queda dispuesto respecto de los dementes”. Art. 155 “El examen de los facultativos verificará si pueden darse a entender por escrito. Si no pudieren expresar su voluntad de ese modo, los médicos examinarán también si padecen de enfermedad mental que les impida dirigir su persona o administrar sus bienes y en tal caso se seguirá el trámite de incapacidad por demencia”.

²³⁹ C.C. Art. 152 bis “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1. A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuesto a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2. A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; 3. A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio...”

concertación. Mientras que los actos jurídicos celebrados por el incapaz, con posterioridad a la declaración judicial de incapacidad, son nulos.

Es el juez quién designa al representante legal de los incapaces mayores de edad y para ello, toma en cuenta el orden imperativamente impuesto por los arts. 476²⁴⁰, 477²⁴¹ y 478 C.C.²⁴², pudiendo apartarse de esas directivas cuando las circunstancias del caso lo aconsejan.

La designación de curador definitivo, es una tarea ardua para el juez, quién con prudencia y apego a la ley, debe valorar en la persona que va a ejercer el cargo, su aptitud, idoneidad, interés y compromiso; también, la atención y cuidados que pondrá en la persona del discapacitado para que recobre su capacidad.

Durante el juicio de incapacidad (instado a solicitud de parte legítima²⁴³, exponiendo los hechos y acompañando certificado de dos médicos relativos al estado mental del presunto incapaz), el juez habrá de nombrar al demandado un curador provisorio para que lo represente en el juicio y dará intervención de las actuaciones del proceso, al defensor de menores e incapaces –además del demandante-. Si el presunto incapaz pretendiere ser oído, también será admitido como parte en el juicio.

La sentencia que dicte el tribunal al efecto (decretando la incapacidad o en su defecto desestimándola), podrá ser apelada dentro del quinto día por el demandante, el presunto incapaz, el curador provisional y el defensor de menores e incapaces.

En la mayoría de los supuestos, la designación de curador definitivo de una persona con discapacidad, recae en los familiares directos de éste, salvo cuando éstos fueran inidóneos o el discapacitado viviere lejos de ellos o sus intereses se contrapusiesen a los de aquellos. En

²⁴⁰ C.C. Art. 476: "El marido es el curador legítimo y necesario de su mujer, declarada incapaz, y ésta es curadora de su marido".

²⁴¹ C.C. Art. 477: "Los hijos mayores de edad, son curadores de su padre o madre viudo declarado incapaz. Si hubiera dos o más hijos, el juez elegirá el que deba ejercer la curatela".

²⁴² C.C. Art. 478: "El padre o la madre son curadores de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curatela".

²⁴³ C.C. Art. 144 "Los que pueden pedir la declaración de demencia son: 1. El esposo o esposa no separados personalmente o divorciados vincularmente. 2. Los parientes del demente. 3. El Ministerio de Menores. 4. El respectivo cónsul, si el demente fuese extranjero. 5. Cualquier persona del pueblo, cuando el demente sea furioso o incomode a sus vecinos". Art. 152 bis inciso 3: ..."La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes o descendientes"...

estos casos se designará un curador oficial o se le nombrará como tal a un abogado de la matrícula. Esta última alternativa, sólo es viable si el incapaz poseyera un patrimonio que le permita hacer frente a sus honorarios.

Si la declaración de incapacidad de una persona, tuviera su causa en la demencia, la legislación civil dispone que no será privada de su libertad personal, a menos que usando de ella pueda dañarse a si misma o dañar a terceros. Tampoco podrá ser internada en una institución mental ni transportada fuera del país, sin autorización judicial al efecto.

El fallecimiento del incapaz o el cese de las causas que hicieron necesaria la curatela, acaba también con ésta, debiendo mediar en el segundo supuesto una resolución judicial que levante la interdicción. Vemos así, que en esta materia, el cuerpo legal elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield, esta inspirado en el viejo axioma: “la ley piensa por el incapaz”²⁴⁴.

3.3. Clases de curadores que se pueden designar en testamento o en un acto notarial.

El art. 479 C.C. dispone que "En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos". Entendemos, que al igual que en la tutela, tal designación puede ser hecha -por los progenitores del mayor de edad discapacitado-, por testamento ológrafo, cerrado o por acto público.

3.4. Intervención del notario en el régimen de la curatela. ¿Existe en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que una persona mayor de edad pueda nombrar a su propio curador para el caso de incapacidad?

Según el espectro jurídico nacional, entendemos que el notario esta plenamente facultado para intervenir en el régimen de la curatela, cuando los progenitores de una persona mayor de edad demente o sordomuda que no sabe darse a entender por escrito, concurren a una notaría para nombrar por testamento por acto público, curador para su hijo mayor de edad discapacitado.

²⁴⁴ Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, p.13. Editorial Astrea, 1996. Buenos Aires.

Pero el ordenamiento jurídico no prevé la facultad explícita para que un individuo adulto, plenamente capaz, estipule o disponga válidamente sobre quién desea sea su propio curador para el caso de una incapacidad de obrar sobreviniente, sea ésta transitoria o permanente y por causa de enfermedad, accidente o vejez.

Las normas de fondo y de forma, en apariencia presentan obstáculos para el nombramiento del propio curador. No obstante, podemos decir que tal razonamiento jurídico no ha sido correcto y que hoy tales actos de autoprotección encuentran un sólido e incuestionable sustento en los derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales a ella incorporados y en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro derecho interno por Ley 26.378.

De una interpretación analógica del articulado del Código Civil brota la viabilidad jurídica de tales actos de autotutela. El art. 383, dice: "El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento" y el art. 479 expresa que "En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos".

A partir de esta posición jurídica integrada con los postulados de la Constitución Nacional (reformada en el año 1994), los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (Art. 75 inciso 22) y de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (incorporada a nuestro derecho interno por ley 26.378), es que se sustenta y fundamenta la designación del propio curador a nuestra vida jurídica. De lo contrario, incurriríamos en el ilógico de conferir a los padres la potestad de nombrar curador a sus hijos mayores de edad, dementes y sordomudos y de negar a una persona adulta y capaz, la potestad de designar a su propio curador, para una eventual incapacidad de obrar sobreviniente.

La escritura pública es el medio más idóneo para formalizar la designación del curador, como así también, para plasmar las directivas, instrucciones o mandas, acerca del cuidado de su persona y la administración de su patrimonio. Entendemos, que la designación

del propio curador para una hipotética incapacidad de obrar, es de carácter personal, no pudiendo trasladarse a terceros; en virtud de la confianza (sea por amistad, compañerismo o familiaridad) que el estipulante deposita en la persona designada al efecto. Esto no impide que el otorgante del acto de autoprotección pueda designar uno o varios sustitutos, para el supuesto de que aquella persona por él indicada para ejercer su curatela, no pueda o no quiera, ser el representante ejecutor de su voluntad²⁴⁵.

Consideramos que al producirse la exclusión de la persona designada en primer término -por el disponente-, el juez deberá llamar a la segunda en el orden por él establecido, sobre quién también evaluará, beneficios y contras de su designación como curador del hoy incapaz de hecho y así sucesivamente. Asimismo pensamos, que toda persona que otorga directivas o mandas para una eventual pérdida del discernimiento -entre ellas la designación del propio curador-, tiene derecho a modificarlas o a dejarlas sin efecto. Para que ello sea efectivo, opinamos que debe efectuarse bajo los mismos requisitos formales que la estipulación o directiva originaria; siendo el medio más idóneo la escritura pública e inscribirse en el Registro de Actos de Autoprotección.

Toda vez que se solicite la declaración de incapacidad de una persona, producida la apertura a prueba en el juicio de insania, el juez deberá librar oficio al Registro de Actos de Autoprotección que corresponda, solicitando le informe, si existe o no, un instrumento de esta naturaleza otorgado por el demandado. Si el presunto incapaz, hubiere designado curador por escritura pública, *a priori* el juez deberá respetar la voluntad del estipulante, previa evaluación de su conveniencia o idoneidad designar en el cargo al nombrado. Para ello, el juez deberá tener una entrevista personal con la persona propuesta por el incapaz para desempeñar su curatela, a fin de examinar con detenimiento sus condiciones personales, su ocupación, el lugar donde vive, su situación económica, su relación personal con el incapaz, su disponibilidad de tiempo para su cuidado y atención, entre otras.

²⁴⁵ Tengamos presente el Art. 386 del Código Civil argentino, referente a la tutela, y aplicable analógicamente a la curatela, que dice: "La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido a los padres nombrar dos o mas tutores, que funcionen como tutores conjuntos; y si lo hicieran, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos".

En forma excepcional, mediando justa causa -supuestos enumerados en el art. 398 C.C.²⁴⁶-, y en virtud de lo dispuesto por el art. 391 C.C., que dice: "El juez confirmará o dará la tutela legal a la persona que por su solvencia y reputación fuese la más idónea para ejercerla, teniendo en cuenta los intereses del menor"; el magistrado podrá apartarse de lo dispuesto por el estipulante, sobre la persona designada para ejercer su curatela, haciendo recaer el nombramiento y discernimiento del cargo en otra persona; la que a su prudente criterio considere más apta.

El funcionario judicial debe ajustarse -en tal supuesto-, al procedimiento de designación de curador establecido en el Código Civil; procedimiento éste, que no obstante el prudente criterio del juez, puede llevarlo a nombrar como curador del incapaz a uno de los familiares directos de éste; quién a pesar del vínculo de parentesco, puede ser un completo extraño a la luz de los deseos, preferencias, inclinaciones y/o intereses del discapacitado.

Consideramos, que las disposiciones o directivas dadas por una persona, acerca de sobre que persona debería recaer la designación de su propio curador, ante una eventual pérdida de las facultades de autogobierno, son de gran valor y ayuda para el juez. Se habrá de partir allí del conocimiento del notario interviniente, quien habrá autorizado el acto, con la convicción que el estipulante -al momento del otorgamiento-, gozaba de discernimiento, intención y libertad.

Estas directivas facilitan la tarea del juez, máxime aún, en aquellos supuesto en los cuales la persona propuesta por el disponente para ejercer su curatela, reúne a simple vista, los requisitos necesarios para cumplir adecuadamente con el cargo. Este tipo de disposiciones o directivas anticipadas constituyen un avance importante respecto a valorar y considerar la voluntad del incapaz -postulado del nuevo paradigma jurídico imperante en la materia-.

Se confiere así, cierta flexibilidad a nuestro ordenamiento jurídico, en el cual aún el juez por delegación del estado, en principio sustituye la voluntad del incapaz y decide por él quién será su curador; es decir la persona a quién se le encomendará su cuidado y protección

²⁴⁶ C.C. Art. 398 "No pueden ser tutores: 1. Los menores de edad. 2. Los mudos. 3. Los privados de razón. 4. Los que no tienen domicilio en la República. 5. los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores. 6. El que hubiese sido privado de ejercer la patria potestad. 7. Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión fuera del territorio de la República. 8. (derogado). 9. El que no tenga oficio, profesión o modo de vivir conocido, o sea notoriamente de mala conducta. 10. El condenado a pena infamante.

personal, como así también, la administración de su patrimonio; cargo que desempeñará sujeto a control judicial y del ministerio público de menores.

Mientras en nuestro Derecho Civil rige aún, el principio de que es el juez quién designa al representante legal del mayor de edad incapaz de gobernar su persona y administrar sus bienes; algunos derechos extranjeros facultan a las personas mayores de edad, plenamente capaces, a designar quién cuidará de ellos, ante una eventual incapacidad de hecho. Vemos así, en el derecho comparado, que algunas legislaciones foráneas ya han receptado y normado expresamente este nuevo tipo requerimiento social, basado en un arquetipo jurídico que avala plenamente el derecho de autoprotección y se funda en el más absoluto respeto por la autonomía de la voluntad y los derechos personalísimos de todo ser humano.

Concluimos, no obstante el orden público imperante en la materia, que en nuestro sistema jurídico actual es posible que una persona mayor de edad, con discernimiento, intención y libertad, designe por escritura pública, la persona del propio curador para una eventual incapacidad de obrar sobreviviente.

No obstante esta interpretación, es evidente que este instituto requiere imperiosa e inaplazablemente de un reconocimiento y regulación legislativa específica; a fin de conferirle carácter vinculante para los terceros, familiares, e incluso para el propio juez interviniente. Pensamos que es una herramienta fundamental, para el magistrado encargado de nombrar y discernir la curatela, que el propio demandado -en pleno uso de sus facultades mentales- haya otorgado por escritura pública, directivas o mandas anticipadas, señalando que persona desea lo cuide y proteja en su integridad, acaecida su incapacidad de hecho.

Nadie es más apto que el propio interesado, para saber quién debería ser o no, la persona indicada para ejercer su curatela. No obstante, pensamos que tal designación hecha por el *ahora* incapaz de obrar, debe estar sujeta a una evaluación judicial de aptitud o idoneidad, previa al discernimiento del cargo. La indudable eficacia de tales instrumentos públicos de autoprotección, cuya eficacia jurídica y ejecutoriedad -hasta tanto se produzca la necesaria y apremiante reforma legislativa interna-, dependerá del trabajo mancomunado de notarios y jueces.

Propiciamos así, un reconocimiento legal expreso, -en nuestro ordenamiento jurídico-, del derecho de autoprotección que asiste a toda persona, de poder elegir y designar, anticipadamente y en pleno uso de sus facultades mentales, la persona de su propio curador -y sus sustitutos-, para el supuesto de una eventual incapacidad de obrar sobreviniente, sea la misma temporaria o definitiva. Como así también, del derecho de dictar directivas o mandas anticipadas, al curador designado, sobre el cuidado de su persona, de su salud y sobre la administración y/o disposición de todos o parte de los bienes que integran su patrimonio.

Disposiciones para la Propia Incapacidad

1. Documento de voluntad anticipada o “*living will*”. 1.1. El consentimiento informado. 2. Regulación de la prórroga de los poderes en los casos de incapacidad del poderdante. 3. Intervención notarial. Sugerencias de la doctrina nacional. 3.1. Respecto a la capacidad jurídica de los menores de edad. 3.2. Respecto a los actos de autoprotección. 3.3. Proyectos de ley. 3.3.1. En el Orden Nacional. 3.3.1.1. Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio. 3.3.1.2. Otros proyectos. 3.3.2. Proyectos en el Orden Provincial. 3.2.2.1. Proyecto de Ley en Provincia de Buenos Aires. 3.2.2.2. Proyecto de ley en Provincia de Santa Fe. 3.2.2.3. Proyecto de Ley en la Provincia de Santa Fe. 3.2.2.4. Proyecto de Ley en la Provincia de Córdoba. 3.2.2.5. Proyecto de Ley de Ley en la Provincia de Corrientes. 3.2.2.6. Reforma de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos.

1. Documento de voluntad anticipada o “*living will*”.

En la actualidad, es frecuente conocer a través de los distintos medios de comunicación, la lucha que llevan adelante pacientes terminales y sus familias para que se les reconozca el derecho a una muerte digna.

Frente a los adelantos de la medicina, la ingeniería y la farmacología, que permiten conservar y prolongar la vida humana, muchas personas experimentan intranquilidad y preocupación ante el supuesto de una futura propia incapacidad (situación que los imposibilitará de tomar decisiones en cuanto a los tratamientos médicos y quirúrgicos a someterse o no). Por ello, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y en virtud de los derechos personalísimos inherentes a todo ser humano, pretenden efectuar –mientras son capaces- disposiciones acerca de cómo desean vivir ante el acaecimiento de su incapacidad, respecto de los tratamientos hospitalarios que desea o no recibir.

El “*Living Will*” o Testamento Vital, es la expresión que emplean los países para denominar la preocupación por regular un mismo foco perceptual: los avances tecnológicos y los derechos que le asisten al hombre frente a su incapacidad, en los umbrales de la muerte. Es el derecho de autodeterminación de la persona humana.

Cualquiera sea la forma de denominarlo internacionalmente, no se encuentra exento de críticas. Por ejemplo, Claude Couture, notario de Québec, resalta las siguientes observaciones:

a) son denominaciones erróneas, equívocas y contradictorias, en razón de que el objetivo de preocupación, el interés legítimo protegido, no es la muerte sino la vida y su calidad;

b) no son actos jurídicos destinados a tener efectos después de la muerte;

c) no se trata de una cuarta forma de testamento²⁴⁷; y

d) en los países que las han adoptado, los respectivos instrumentos así llamados se reducen en su contenido a instrucciones atinentes a la persona y al trato que desean para sí, una vez producida la incapacidad.

Se refieren a la misma realidad, las expresiones: documentos de voluntades anticipadas, directivas anticipadas, disposiciones para la propia incapacidad, entre otros²⁴⁸.

En nuestro ámbito jurídico, se ha debatido -en ocasión de sancionarse las leyes 4.263 en la Provincia de Río Negro²⁴⁹, 2.611 en la Provincia de Neuquén²⁵⁰, 14.154 en la Provincia de

²⁴⁷ Tal vez lo único en común de ambos institutos esté dado por el mismo respeto y acatamiento que deben merecer sus respectivas disposiciones

²⁴⁸ Casal, Patricia Marcela. *Una aproximación a Testamento Vital, Living Will*. Cap. 4, temas jurídico-notariales, R.I.N. Nro. 109.

²⁴⁹ En la Provincia de Río Negro, la Ley 4263, establece que toda persona que padezca una enfermedad irreversible en estado terminal tiene derecho a manifestar su rechazo a los procedimientos quirúrgicos, de hidratación y alimentación y de reanimación artificial cuando éstos sean desproporcionados a las perspectivas de mejoría y produzcan dolor y sufrimiento. Los heridos en accidentes que quedasen en la misma situación de los pacientes terminales también son considerados en la flamante norma. Asimismo, garantiza que no se interrumpan las medidas tendientes al control y alivio de ese dolor en los últimos instantes de vida, conocidas como cuidados paliativos.

²⁵⁰ En la Provincia de Neuquén, la Ley 2.611, en su artículo 13 establece: De las instrucciones previas. El paciente tendrá derecho a manifestar sus instrucciones previamente, las que serán observadas por el servicio de Salud de acuerdo a las siguientes pautas: a) Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que -llegado el caso- sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. b) Cada servicio de Salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito. c) No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la "lex artis", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. d) El paciente podrá revocar libremente y en cualquier momento las instrucciones previas dejando constancia por escrito.

Buenos Aires²⁵¹, 2.612 en la Provincia de Chaco²⁵² y III 34 en la Provincia de Chubut²⁵³ - y aún se debate, ante la eminente sanción de nuevos proyectos legislativos sobre la materia, tanto en el orden nacional como provincial, el deber de los operadores y profesionales de la salud frente a su juramento hipocrático²⁵⁴ y el derecho del paciente a optar entre batallar por su vida a cualquier costo o ser encaminado a una muerte digna, sin amputaciones o tratamientos crueles -en definitiva infructuosos en la prolongación de una vida digna-.

“Desde fines de los sesenta se asiste a un constante proceso de medicalización, expropiación y asalto tecnológico de la muerte y la consiguiente mortificación de la medicina al intentar explicar y controlar lo inexplicable e incontrolable de la muerte. La medicalización

²⁵¹ En la Provincia de Buenos Aires, la Ley 14.154, en sus fundamentos dispone que hay ciertas cuestiones en la vida de una persona, como el cuidado de su propia vida y de su patrimonio, sobre las cuales tiene derecho a disponer y decidir libremente, sin intervención de terceros, aún cuando se trate de parientes o de seres queridos. La denominada autoprotección de las personas es un novedoso instituto que posibilita a las personas manifestar anticipadamente, en previsión de la pérdida de la capacidad natural o la concurrencia de circunstancias clínicas que le impidan expresar su voluntad en el futuro, las disposiciones y las estipulaciones a tener en cuenta en referencia a su vida y su cuidado personal, a la administración de su patrimonio, a su elección acerca de un posible lugar de internación (geriátricos, psiquiátricos, centros de salud), así como su consentimiento o su rechazo con respecto a los tratamientos médicos que pudieren indicársele en ese momento. La autoprotección representa una necesidad social de creciente significación e incluye un conjunto de actos voluntarios de carácter preventivo, decididos libremente por las personas ante una futura ineptitud o incapacidad psicofísica.

²⁵² En la Provincia de Chaco, la Ley 6.212, en su artículo 603 dispone que el denunciante únicamente podrá aportar pruebas que acrediten los hechos que hubiese invocado; y el presunto insano las que hagan a la defensa de su capacidad. Asimismo ambos podrán aportar las que acrediten la voluntad del presunto incapaz relativas a la dirección de su persona y bienes.

²⁵³ En la Provincia de Chubut, la Ley III 34, en sus artículos 1 y 2 dispone que toda persona en uso de su libre discernimiento tiene derecho a manifestar anticipadamente su voluntad, a través de los denominados actos de Declaración de Voluntad Anticipada o Autoprotección, en forma de instrucciones, directivas, decisiones o previsiones, para ser ejecutada en aquellas circunstancias en que la misma esté imposibilitada por cualquier causa, sea de manera transitoria o permanente, de hacerlo por sí. Se entiende por "voluntad anticipada", toda expresión libre realizada en forma escrita, datada, fehaciente y por escritura pública, en relación a disposiciones que versen sobre la administración de su patrimonio, su cuidado personal y/o sobre cualquier otra cuestión de naturaleza extrapatrimonial, la que deberá respetarse en caso de encontrarse en el supuesto del artículo anterior.

²⁵⁴ La II Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, que se reunió en la ciudad de Ginebra del 8 al 11 de septiembre del año 1948, considerando que los actos inhumanos perpetrados por algunos médicos durante estos últimos años implican un desconocimiento o un lamentable quebrantamiento de la ética profesional y que urge restablecer a éstas en toda su dignidad, aconsejó que los médicos presten, al recibir sus diplomas, **un juramento hipocrático modernizado**. Esta medida tiende a fijar en la mente de los médicos noveles los principios fundamentales que deben regir su conducta. La versión moderna del juramento hipocrático adoptada, deberá ser denominada, de acuerdo a una decisión de la misma asamblea, **Juramento de Hipócrates, fórmula de Ginebra**. Y dice: "En el momento de ser admitido entre los miembros de la profesión médica, me comprometo solemnemente a consagrar mi vida al servicio de la humanidad. Conservaré a mis maestros el respeto y el reconocimiento a que son acreedores. Desempeñaré mi arte con conciencia y dignidad. La salud y la vida de mi enfermo será la primera de mis preocupaciones. Respetaré el secreto de quien haya confiado en mí. Mantendré en toda la medida de mis medios, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica. Mis colegas serán mis hermanos. No permitiré que entre mi deber y mi enfermo vengan a interponerse consideraciones de religión, de nacionalidad, de raza, de partido o de clase. Tendré absoluto respeto por la vida humana, desde su concepción. Aún bajo amenazas no admitiré utilizar mis conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad. Hago estas promesas solemnemente, libremente, por mi honor".

sólo es posible si se acompaña de cierto nivel de aceptación social; si opera el concepto de futilidad, comprendido como el deseo persistente de la familia o del propio afectado en la aplicación de acciones médicas sin beneficio o utilidad terapéutica. La medicalización del morir se observa dramáticamente en el denominado encarnizamiento terapéutico, es decir en la ocultación de la muerte a través del establecimiento de medidas extraordinarias o desproporcionadas que prolongan la vida en forma artificial, penosa y gravosa. Médicos con trabajo en unidades de terapia intensiva han considerado a ello como una deformación de la medicina; la sobre atención médica divorciada de todo contenido humano, constituyéndose en el paradigma actual de la indignidad asistencial”²⁵⁵.

A fin de evitar morir solos, sin acompañamiento afectivo y conectados a una parafernalia científico-tecnológica deshumanizante, algunas personas que padecen enfermedades terminales o tienen una edad biológica avanzada -acompañada de un deterioro físico general e irreversible-, manifiestan su voluntad de morir fuera del ámbito hospitalario, en sus hogares -con control de síntomas y medicinas paliativas del dolor-, rodeadas del cariño y contención de sus familiares y amigos. Para ello, expresan su deseo de no ingresar a salas de cuidados intensivos, o el rechazo a la implementación de medidas que consideran desproporcionadas para mantener artificialmente su vida.

Consideramos que la bioética²⁵⁶ y el derecho, deben estar al servicio de las personas que padecen enfermedades terminales. El deber de los médicos de respetar el derecho que

²⁵⁵ www.sama.org.ar/medicina_antropologica_articulo4.pdf. Maglio, Ignacio, abogado Jefe de la Sesión Riesgo médico Legal del Hospital Francisco J. Muñiz, en artículo titulado *Morir con dignidad y testamento vital*, citando a Minetti, J. A. *Estudios Bioéticos*. Editorial Quirón, 1.993, La Plata. República Argentina; Manzini, J. L. *Bioética paliativa*, Editorial Quirón, 1.997, La Plata. República Argentina y Gherardi, C. *Encarnizamiento terapéutico y muerte digna. Mitos y realidades*. Medicina, 1.998, 58:755-762.

²⁵⁶ La bioética es una disciplina relativamente nueva, a la que podemos conceptualizar como la rama de la ética que brinda los principios o valores que deben dirigir la conducta humana respecto de la vida o bien como **“el estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, analizadas a la luz de los valores y principios morales”** (W. T. Reich, Enciclopedia de Bioética, Nueva York, 1.918). “La bioética ha evolucionado hacia un movimiento internacional que abarca los aspectos tradicionales de la ética médica, la ética ambiental, los debates sobre los derechos de las futuras generaciones, el desarrollo sostenible, etc. La bioética es una instancia de juicio práctico que se ejerce en circunstancias concretas y a la que se le asigna una finalidad práctica a través de diferentes formas de institucionalización. La bioética se concibe como un campo interdisciplinario de especialistas y como un movimiento social y cultural de los ciudadanos. **Es un área de conocimiento que se refiere a la moralidad de las nuevas formas de nacer, morir, curar y cuidar.** La bioética no se reduce a la deontología médica clásica. No ofrece un conjunto de recetas simplistas, de valores rígidamente preestablecidos o fórmulas hechas que indiquen claramente lo que está bien y lo que está mal. La bioética, al ser dinámica, no es un conjunto de mandamientos o de prohibiciones absolutas, o un conjunto de afirmaciones subjetivas y relativas. La bioética se ha consolidado como un espacio de reflexión multidisciplinario necesario para abordar con éxito los problemas complejos suscitados en el ámbito

asiste a sus pacientes a decidir libremente acerca de los tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas a los que desean ser sometidos, constituye el eje medular del consentimiento informado.

1.1. El consentimiento informado.

Podemos definir al consentimiento informado como la manifestación de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de recibir suficiente y adecuada información por parte del profesional de la salud que lo asiste, resuelve dar su anuencia a un determinado tratamiento, procedimiento o intervención sanitaria.

La doctrina del consentimiento informado se desarrollo en base a dos valores:

- a) el principio de la autonomía de la voluntad; y
- b) el principio de maximización de la salud.

El otorgamiento de este consentimiento parte de una relación especial de confianza y de intercambio con el dador de salud, quién acuerda realizar el tratamiento dentro de las limitaciones establecidas²⁵⁷.

“Es unánime la doctrina y jurisprudencia actual, en considerar que la información del paciente integra una de las obligaciones asumidas por el equipo médico, y es requisito previo a todo consentimiento, a fin de que el paciente pueda emitir su conformidad al plan terapéutico de forma efectiva y no viciada por una información deformada o inexacta. El médico debe explicar al paciente todo lo referente a su estado de salud, posibles tratamientos, como también sus ventajas y desventajas.

El consentimiento informado debe reposar sobre una información comprensible. Ello implica que el lenguaje y la comunicación deben acomodarse al entorno cultural del paciente; deben adaptarse a las posibilidades propias de la persona asistida. Es decir, si se tiene a un

específico de la atención sanitaria y ha ido ampliando progresivamente su enfoque para estudiar los factores naturales, tecnológicos y sociales que pueden tener repercusiones importantes sobre la salud humana y en la biosfera en su conjunto”. (Secretaría de Salud, Hospital Juárez de México, Comité Institucional de Bioética).

²⁵⁷ *Actos de Autoprotección. Directivas Anticipadas*. Instituto de Derecho Notarial. Cuaderno Nro. 6. p.29, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2da. Circunscripción, 2.007. Rosario. República Argentina

médico enfrente, el lenguaje podrá adoptar la terminología científica adecuada; de lo contrario, deberá formularse de una manera simple y concreta, para que el enfermo pueda comprender acabadamente el malestar que padece y sus posibilidades de curación²⁵⁸.

Así, “el consentimiento informado es un presupuesto y un elemento indispensable para llevar a cabo la actividad médica. El mismo es ajeno a la tradición galena, que lo ha desconocido a lo largo de su historia, aunque en la actualidad es un presupuesto esencial en la relación medico-paciente, lo que redundará en una significativa mejora en la calidad asistencial. Ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que esta realizando a la medicina, por lo menos en los últimos siglos. Hoy constituye una exigencia ética y un derecho reconocido por las legislaciones de todos los países desarrollados”²⁵⁹.

En la República Argentina, la Ley Nacional 17.132 de ejercicio de la medicina, odontología y actividades auxiliares, en su artículo 19, dispone expresamente que los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones.

En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz. Consideramos, que en la mayoría de los casos excepcionales enunciados en la ley, “antes de acudir al consentimiento informado del curador, familiar, allegado, o de suplirlo por la voluntad del médico, es legítimo escuchar y respetar, en primer

²⁵⁸ Tallone, Federico C., “*El consentimiento informado en el derecho médico*”. Especial para L L, Buenos Aires. Argentina. Miércoles 28 de agosto 2002. Año LXVI N° 165. Publicado con la expresa autorización de su Director Dr. Carlos J. Colombo

²⁵⁹ *Actos de Autoprotección. Directivas Anticipadas*. Instituto de Derecho Notarial. Cuaderno Nro. 6. p.29 y 30. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2da. Circunscripción, 2.007. Rosario. República Argentina

término, la voluntad del propio incapaz manifestada cuando aún era capaz en forma fehaciente e indubitable”²⁶⁰.

Es importante destacar que “en épocas pasadas la relación médico-paciente era de tipo verticalista, esto es, el médico decidía en forma aislada el tratamiento a seguir sin consultar con el paciente, pudiendo de este modo ocultar información. En el antiguo modelo se exigía obediencia y confianza al médico, y éste, por su parte, debía tener la autoridad suficiente para cumplir con su deber de buscar el máximo beneficio para el paciente. A este deber se lo llama actualmente principio de beneficencia, y constituye la esencia del modelo paternalista. En los últimos años, este tipo de relación medico-paciente ha comenzado a experimentar una transformación. Ahora el enfermo espera que se respeten sus derechos y su autonomía para decidir y al médico se le solicita competencia técnica para realizar las aspiraciones y los deseos del enfermo. En este nuevo modelo autonomista, el principio de beneficencia del médico tropieza con las limitaciones impuestas por el reconocimiento de la autonomía que tiene el enfermo para decidir sobre sus propios valores. Actualmente, nos encontramos con una relación de tipo horizontal; existe un modelo pluralista, que respeta los diferentes códigos morales de cada persona, donde la dignidad de la misma constituye el fundamento principal de todo el ordenamiento. Precisamente por ello, el consentimiento informado esta catalogado entre los más importantes derechos humanos”²⁶¹.

Los pacientes terminales han hecho valer su derecho a conocer y decidir, basados en el principio de autonomía de la voluntad, que tipo de procedimientos e intervenciones sanitarias desean recibir o no a lo largo de su enfermedad. Opinamos que todo ser humano, con facultad de discernimiento, tiene derecho a la libre elección de sus actos, sin coacción de ninguna naturaleza y sin exigencia o imposición de persona alguna.

²⁶⁰ Taiana de Brandi, Nelly Alicia y Llorenz, Luís Rogelio, *El Consentimiento Informado y La Declaración Previa del Paciente*, p. 87. Revista Nro. 171 del Colegio de Escribanos de Entre Ríos. Provincia de Entre Ríos. República Argentina.

²⁶¹ *Actos de Autoprotección. Directivas Anticipadas*. Instituto de Derecho Notarial. Cuaderno Nro. 6. p.30 y 31. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2da. Circunscripción, 2007. Rosario.

Este tipo de manifestaciones de voluntad autorreferentes, tienen hoy en nuestro derecho, plena eficacia y validez, y encuentran un sólido sustento en nuestra Carta Magna y Tratados Internacionales incorporados²⁶².

Consideramos que las expresiones de voluntad, respecto de los tratamientos médicos que desea o no recibir una persona, acaecida su enfermedad, constituyen un apartado dentro del derecho de autoprotección, y por ende, opinamos que la forma más idónea para instrumentarlas es la escritura pública, ya que el notario -con la colaboración del médico que asiste al paciente- le asegura a éste último un debido asesoramiento acerca del contenido del acto que va a otorgar, como así también su eficacia y validez.

La intervención notarial en la instrumentación de esta clase de disposiciones o estipulaciones para la propia incapacidad - es viable plasmarlas en actos unilaterales (si concurre sólo el disponente) o bilaterales (si concurre además del disponente aquella persona que designa como su propio curador o un familiar o el médico de cabecera)-, conferirá al documento fecha cierta y certeza sobre el discernimiento del otorgante, en virtud de que el notario -tras sucesivas audiencias previas-, adquirirá el convencimiento de que éste tiene voluntad, sensatez, intención y libertad, como así también cabal comprensión de los fines y alcances del acto que va a otorgar.

²⁶² La doctrina y la jurisprudencia garantizan su vigencia. Así se resolvió en 2005 uno de los primeros fallos en la materia, dictado por el Juez Pedro Federico Hooft del Juzgado de Transición en lo Criminal Nro. 1 de Mar del Plata, a favor de una mujer que quería “una muerte digna”. El magistrado hizo lugar a un recurso de amparo presentado por una paciente -que sufría una enfermedad terminal progresiva-, solicitando no ser sometida a intervenciones cruentas e invasivas para prolongar su vida. La mujer -cuya identidad la justicia mantuvo en reserva-, pidió que cuando el deterioro de su salud sea irreversible no se le realicen prácticas médicas para mantenerla con vida pero con sufrimiento (traqueotomía con la finalidad de conectarla a un respirador artificial, gastrostomía para alimentarla e hidratarla artificialmente mediante un catéter). El juez en su resolución aclaró, que no estaba ante un caso de eutanasia, lo cual no está legislado en nuestro país (puesto que la paciente aceptaba la atención médica pero no aquellas intervenciones invasivas que la mantendrían lejos del afecto de su familia y que no iban a detener la evolución de su enfermedad ni la iban a sanar), sino ante el derecho que asiste a todo paciente a determinar que tipo de intervención acepta o no, lo que si esta contemplado en la jurisprudencia legal y bioética. El magistrado afirmó en su dictamen, que la paciente tomo la decisión con total conciencia y estado de lucidez e incluso la dejo asentada ante un escribano público, en base a una reglamentación puesta en vigencia en el año 2004, que establece la habilitación de un registro de actos de autoprotección en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, dijo que la mujer con posterioridad a su otorgamiento, solicitó a la justicia - mediante un recurso de amparo- la homologación de dicho documento, el que consistía en una directiva anticipada como testamento vital, ante notario, dictada por su propia voluntad.

2. Regulación de la prórroga de los poderes en los casos de incapacidad del poderdante.

El Código Civil argentino (desde su sanción en 1869 y aún luego de las sucesivas reformas), no prevé la representación voluntaria de los incapaces. Tal representación en nuestro derecho -como lo hemos expuesto- es legal y sujeta a normas de orden público. El art. 1.963, inciso 4º, del Código Civil establece expresamente y sin excepción alguna, que el mandato se extingue por la incapacidad sobreviniente del mandante; por ende, no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, la prórroga del poder o mandato acaecida la incapacidad del otorgante.

Así las instrucciones, directivas o mandas (acerca del cuidado de la salud y/o la administración del patrimonio) dadas -al propio curador o eventualmente a un tercero- por quién estipula para su eventual incapacidad de hecho, no podrían ser vertidas en un instrumento público de apoderamiento o mandato (el que a nuestro criterio sería una de las figuras más idóneas); debido a lo que claramente establece el art. 1.963, inciso 4º, del cuerpo normativo aludido.

En virtud de lo estatuido por nuestra Ley Civil, la pérdida total o parcial, temporaria o definitiva de la capacidad de obrar de un sujeto, acarrea la necesaria declaración judicial de incapacidad de hecho y la ineludible designación de un curador para que lo represente.

Propiciamos una reforma legislativa, que reconozca y regule expresamente el apoderamiento preventivo o mandato de autoprotección y su necesaria subsistencia acaecida la incapacidad del mandante, introduciéndose así una verdadera excepción al régimen general de extinción del mandato. Esto abriría la puerta en nuestro derecho positivo, a la representación voluntaria de los incapaces, permitiendo el mantenimiento de la autonomía de la voluntad de quién siendo capaz, pudo prever su pérdida de capacidad y evitar en consecuencia el mal uso -que en ciertas ocasiones y en connivencia con terceros- se da a tales poderes; los que en virtud de lo estatuido por nuestra Ley Civil estarían extintos.

Entendemos por apoderamiento preventivo o mandato de autoprotección, aquel acto jurídico otorgado por una persona al momento de su capacidad -sea a favor de quien designa como su propio curador o de un tercero- para que surta efectos acaecida su discapacidad, sea ésta transitoria o permanente, y por causa de accidente, enfermedad o vejez.

Lo propicio sería que el apoderamiento preventivo o mandato de autoprotección comenzara a producir efectos, a partir del momento en el que el mandante se encontrase impedido o imposibilitado de expresar su voluntad (lo que deberá ser comprobado y dictaminado por médicos), aunque aún no haya sido declarado judicialmente incapaz.

Este apoderamiento debería ser de carácter *vinculante* para familiares, terceros e incluso para el propio juez interviniente, ante quién obligatoriamente deberá ser presentado - dicho instrumento público- una vez iniciado el juicio de incapacitación.

Sería esencialmente *revocable* durante la capacidad del mandante, como así también, que debe ser necesariamente aceptado por el apoderado o mandatario al momento de su otorgamiento o con posterioridad.

Podrá contener directivas respecto al cuidado de la salud del mandante y/o respecto a la administración de todos o parte de los bienes que integran su patrimonio. Si el apoderado o mandatario fuese la misma persona designada por el mandante para ejercer su curatela, deberá rendir cuentas de la ejecución del apoderamiento o mandato al juez interviniente en el juicio de incapacitación. Por el contrario, si el apoderado o mandatario fuese un tercero, éste deberá rendir cuentas de la ejecución del poder o mandato al curador definitivo que le ha sido nombrado al mandante incapaz.

Exhortamos a nuestros legisladores al estudio de la figura del mandato otorgado en previsión de la propia incapacidad -existente en el derecho comparado- para su incorporación o adecuación al sistema jurídico argentino, en aras de una mayor protección de los derechos de las personas con discapacidad.

3. Intervención notarial. Sugerencias de la doctrina nacional.

3.1. Respecto a la capacidad jurídica de los menores de edad.

La tendencia que se observa en nuestro país, reconoce la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que implica necesariamente bregar por una adecuación del régimen de incapacidad jurídica y representación de los menores de edad normado en nuestro Código Civil, a la normativa Constitucional e internacional imperante.

Los preceptos obrantes en el Código y el criterio judicial reinante, se enrolan en la tesis de que la ley y los jueces son los encargados de decidir por el menor, a quién consideran incapaz de obrar por si mismo en los actos de la vida civil -en virtud de un insuficiente desarrollo volitivo-. Les quita en consecuencia toda participación y protagonismo en aquellas cuestiones atinentes a su persona y a sus bienes.

La doctrina sostiene, que los notarios no pueden ser indiferentes y menos aún, mantenerse ajenos a los postulados de este nuevo arquetipo jurídico “que ubica al niño y al adolescente como sujetos plenos de derecho, con participación en todos aquellos asuntos de su interés de acuerdo a su evolución y madurez y a su aptitud para comprender los actos de los que resulta protagonista”²⁶³.

El notariado, en el desempeño de la función social que les atribuye el estado, no puede permanecer impertérrito ante esta nueva concepción jurídica sobre la infancia y la adolescencia, que considera a los menores de edad como participes activos -según su desarrollo y grado de discernimiento- en la toma de decisiones sobre ciertos actos que hacen a su autodeterminación.

Los menores de edad, según su nivel de razonamiento, tienen derecho a ser escuchados y considerados por los adultos, en la toma de decisiones sobre cuestiones que los afectan. En consecuencia, los notarios deben asumir un rol preponderante y trascendente como facilitadores de la plena realización de los derechos de niños, niñas y adolescentes, utilizando para ello, las herramientas que el ordenamiento jurídico les brinda, en virtud a lo estatuido por preceptos con jerarquía constitucional.

3.2. Respecto a los actos de autoprotección.

La tendencia actual en nuestro país, es que la instrumentación de los actos de autoprotección en sentido amplio²⁶⁴, compete directamente al quehacer notarial. Se entiende por tales, a “aquellos actos voluntarios, de carácter preventivo, decididos libremente por una

²⁶³ Rajmil, Alicia B. y Arévalo, E. Jorge. “Capacidad jurídica de los menores de edad y autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos”. Instituto de Derecho e Integración. Revista N° 3. p. 92. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2da. Circunscripción, 2010, Rosario. Republica Argentina.

²⁶⁴ Trátase de directivas o mandas relativas al cuidado de la salud, a la designación del propio curador, a la administración y/o disposición del patrimonio, para ser ejecutadas acaecida la incapacidad del otorgante.

persona, que contienen declaraciones, previsiones y directivas para que sean ejecutadas en el caso de que la misma se encuentre imposibilitada en forma transitoria o permanente de decidir por si misma debido a la disminución o alteración de sus aptitudes físicas o psíquicas”²⁶⁵.

Si bien esta función no ha sido asignada expresamente aún a los notarios, por la legislación vigente, constituye sin dudas un supuesto de incumbencia notarial en asuntos no contenciosos y un requerimiento cada vez mas recurrente y pertinaz en las notarias. La doctrina sostiene, que en nuestro tiempo, el notario debe asumir un rol preponderante como garante de los derechos innatos de todo ser humano (a la vida, a la salud, a la dignidad, a la intimidad, a la igualdad, a la libertad, entre otros), debiendo para ello, interpretar las normas del Derecho Civil argentino, a la luz de los postulados de este nuevo paradigma jurídico (que pone el acento en la persona humana y sus derechos inalienables) para luego aplicarlas en la instrumentación de aquellos actos sobre voluntades autorreferentes que le sean requeridos.

Es de suma importancia, que el notario antes de materializar o instrumentar un acto de autoprotección, mantenga varias entrevistas previas con el disponente (a fin de brindarle un apropiado asesoramiento legal, suministrarle información suficiente acerca de las consecuencias del acto que va a otorgar y formularle preguntas de índole personal -sobre sus gustos, preferencias, estado de salud-, de índole familiar -sobre la elección o rechazo de determinada persona para que sea su eventual curador- y de índole económica- sobre la conformación de patrimonio, su manejo o administración-). También que deje constancia en el texto de la escritura publica, instrumento idóneo para el fin propuesto, de las razones que motivan al estipulante a otorgar este tipo de directivas anticipadas o medidas de protección a su persona y bienes, para una eventual pérdida de la capacidad de discernimiento.

Ante la ausencia en nuestro derecho civil de normas expresas que regulen la materia, el notario habrá de aceptar el requerimiento, fundado en la aplicación analógica de los artículos 383²⁶⁶, 384²⁶⁷, 479²⁶⁸ y 480²⁶⁹ del Código Civil que consagran el principio de autonomía de la

²⁶⁵ Ansó, Adriana y otros. *Actos de Autoprotección. Directivas Anticipadas*. Instituto de Derecho Notarial. Cuaderno Nro. 6. p.9, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe 2da. Circunscripción, 2.007. Rosario. República Argentina.

²⁶⁶ C.C. Art. 383 “El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento”.

voluntad, en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales incluidos en ésta y en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada a nuestro derecho interno por ley 26.378.

Luego del otorgamiento y autorización del acto de autoprotección en sede notarial (lo que torna eficaces y válidas las directivas o mandas vertidas por el compareciente ante el notario, quién dará fe de las manifestaciones hechas en su presencia, además de fecha cierta y matricidad al instrumento), es necesaria y de suma importancia su inscripción en el Registro de Actos de Autoprotección. Algunos Colegios de Escribanos del país, como son los de las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba, Chaco y San Juan han implementado estos registros, a fin de dar publicidad a aquel acto notarial.

3.3. Proyectos de ley.

Nuestro país ha emprendido un proceso de constitucionalización del derecho privado. Ello implica que los postulados de la Constitución Nacional conforman el núcleo en torno al cual ha de erigirse todo el ordenamiento jurídico. En este contexto, “todo proyecto legislativo que procure garantizar el derecho de los seres humanos a disponer y decidir sobre su vida, su salud, sus bienes y su persona, para el futuro ante una eventual imposibilidad de autogobierno es, sin dudas, encomiable.

Pero la prudencia, el sustento jurídico y el conocimiento de la realidad deben guiar la pluma del legislador, especialmente cuando se trata de proteger el ejercicio igualitario de derechos personalísimos como la libertad y la dignidad de la persona. No hay lugar en este campo para especulaciones políticas ni corporativas”²⁷⁰.

Desde hace algún tiempo -e incluso recientemente-, tanto en el orden nacional como en el provincial, se han dado a conocer nuevos proyectos legislativos sobre la materia. La mayoría prevén la instrumentación de los actos de autoprotección o directivas anticipadas

²⁶⁷ C.C. Art. 384 “El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquiera cláusula o condición no prohibida”.

²⁶⁸ C.C. Art. 479 “En todos los casos que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordo-mudos”.

²⁶⁹ C.C. Art. 480 “El curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de éstos”.

²⁷⁰ Rajmil, Alicia B., “*Derecho de Autoprotección. Proyectos Legislativos*”. Instituto de Derecho e Integración. Revista N° 2. p. 187. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, 2da. Circunscripción, 2009, Rosario. Republica Argentina.

formalizadas por escritura pública. Sólo una pequeña minoría contempla su otorgamiento en instrumento privado.

Cabe destacar que casi todos los proyectos legislativos analizados propician la creación de Registros para la inscripción de esta clase de actos, sea en el seno de los Colegios de Escribanos o bien en los Ministerios de Salud del país.

Consideramos importante remarcar que el notariado argentino, desde hace varios años, se ha avocado seria y comprometidamente al estudio interdisciplinario de este tema, procurando consolidar -con la mayor seguridad, garantía y sustento jurídico posibles-, el derecho que asiste a todo ser humano a decidir y disponer sobre su propia vida. Este objetivo, en varios de los proyectos legislativos no se logra cabalmente, porque se aborda la temática sin haber profundizado y evolucionado de una manera adecuada, lo que produciría -ante la eventual sanción-, una verdadera regresión en la materia.

3.3.1. En el Orden Nacional.

3.3.1.1. Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio.

La República Argentina, cuenta con un Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio²⁷¹ de 1.998, que no implica de modo alguno la absorción de un derecho por el otro ni la desaparición del derecho civil ni del derecho comercial como disciplinas autónomas; sino que aspira a una unificación sustancial de ambos derechos exigida por la vida moderna, eliminando distinciones artificiosas que por afectar la certeza y con ello la seguridad jurídica, devienen en ineficientes.

El objetivo de este Proyecto de Unificación es “incorporar las instituciones que se consideren convenientes para acompañar el proceso de modernización que ha emprendido el país, atendiendo a la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y a los Tratados con

²⁷¹ Su elaboración fue encomendada a una Comisión Honoraria designada al efecto, por Decreto 685/95 del Poder Ejecutivo Nacional, a iniciativa del entonces Ministro de Justicia de la Nación Dr. Rodolfo Barra. El proyecto toma en cuenta numerosos antecedentes internacionales y nacionales (entre éstos últimos están el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Cámara de Diputados de la Nación -Año 1987-; el Proyecto de Unificación redactado por la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación -Año 1993- y el Proyecto de Unificación elaborado por la Comisión creada por Decreto 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional, cuyo texto fue remitido al Senado de la Nación en el año 1993).

jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), en cuanto contienen disposiciones relativas a materias de los Derechos Civil y Comercial”²⁷².

“Han sido atendidos en especial -dentro de las incumbencias de un Código de fondo- el derecho a la vida, a la dignidad, a la seguridad de la persona humana, al respeto por la vida privada y al resarcimiento de los daños injustos que sufra”²⁷³. Los miembros de la comisión redactora de este proyecto legislativo, han puesto especial cuidado y atención en la protección de la familia y en el amparo de los menores de edad.

3.3.1.2. Otros proyectos.

En el Orden Nacional, la Cámara de Diputados de la Nación aprobó en la última sesión ordinaria del año 2011 y giró al Senado un Proyecto de Ley que Garantiza a los Pacientes Terminales el Derecho de tener una Muerte Digna, otorgándoles la posibilidad de rechazar voluntariamente terapias que sólo prolonguen la vida de manera artificial. La normativa establece que el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, así como también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. En ese sentido, indica que el paciente terminal puede rechazar procedimientos, cirugías y medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a las perspectivas de mejoría. Pero, la persona afectada deberá expresar su postura ante el facultativo para lo cual en forma previa debe ser informado de su real estado de salud, los tratamientos a realizar y sus consecuencias, así como los efectos en caso de suspenderse algunos de los procedimientos médicos. También se establece que, en caso de que el paciente se vea impedido de dar su consentimiento, serán sus familiares o los responsables legales quienes deberán hacer conocer la decisión de prolongar la agonía por medios artificiales.

La presidenta de la comisión de Legislación General, Vilma Ibarra, sostuvo que la llamada *ley de muerte digna* debería ser llamada *de vida digna*, ya que a su entender la norma permite garantizar el respeto a la autonomía de la voluntad para que las personas decidan

²⁷² www.biblioteca.jus.gov.ar/Nota_elevacion (al entonces M.J.N. Granillo Ocampo, Raúl, 1.998. Buenos Aires. República Argentina).

²⁷³ www.biblioteca.jus.gov.ar/Nota_elevacion (al entonces M.J.N. Granillo Ocampo, Raúl, 1.998. Buenos Aires. República Argentina).

cómo van a vivir hasta el último minuto de su vida, evitando -lo que denominó- el “encarnizamiento médico”²⁷⁴.

El proyecto contempla que los niños, niñas y adolescentes, tendrán derecho a intervenir a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Se contempla en el texto proyectado que ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la ley, está sujeto a responsabilidad civil, penal ni administrativa. Por último, se aclara que la norma aludida -no legaliza la eutanasia, ni el suicidio asistido-; así surge de un dictamen elaborado sobre la base de Proyectos Legislativos de los Diputados Nacionales Miguel Bonasso (Diálogo por Buenos Aires), Gerardo Millman (GEN), Juan Carlos Vega (Coalición Cívica) y Jorge Rivas (Nuevo Encuentro).

Miguel Bonasso, presentó un Proyecto de Ley sobre Protección de la Dignidad de los Enfermos en situación Terminal o de Agonía, en el que se pretende garantizar la autonomía de los pacientes y el respeto a su voluntad, en cuanto decidan rechazar la aplicación de procedimientos e intervenciones sanitarias indicadas por los médicos y/o a dejar sin efecto el consentimiento dado para un procedimiento o intervención en concreto.

Eduardo Millman, propone en el Proyecto de Ley que presentó sobre Muerte Digna para Enfermos Terminales, que el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos (sean quirúrgicos, de hidratación, de alimentación, etc.), con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad.

El Diputado Nacional Juan Carlos Vega, opina que se han producido nuevos avances en el proceso democrático de reconocimiento y ampliación de derechos que está en curso en nuestro país desde hace ocho años y que la premisa sobre la que se apoya el proyecto es que la vida no es una obligación, sino un derecho²⁷⁵.

²⁷⁴ www.lanacion.com.ar/1429077-aprueban-en-general-el-proyecto-de-ley-que-autoriza-la-muerte-digna.

²⁷⁵ www.povernoticias.com.ar/index/noticias/nacionales/item/7424-camara-baja-nacional-con-la-aprobacion-de-la-muerte-digna-se-abre-el-debate-del-rol-del-medico.

El Diputado Jorge Rivas propone una reforma de la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado (2009), a fin de que se incorporen a ella el derecho del paciente enfermo en situación terminal, estado irreversible o de agonía a tomar una decisión autónoma y a recibir cuidados paliativos integrales y un adecuado tratamiento del dolor en el proceso de muerte. En los Fundamentos de su proyecto, Rivas se apoya en el concepto de encarnizamiento terapéutico, desarrollado por juristas especializados en Bioética, es decir en la negación de la muerte como desenlace del proceso vital a través de medidas desproporcionadas que prolongan la vida de forma artificial, penosa y gravosa.

Para ello, la disposición que propone el legislador socialista es que si el paciente en estado de agonía o enfermedad terminal decidiera la suspensión o limitación del esfuerzo terapéutico cuando a criterio médico tal medida de soporte vital resulta fútil, ya que solo contribuye a prolongar en el tiempo una situación clínica carente de expectativas razonables de mejoría, tales directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo²⁷⁶.

Finalmente hacemos mención al proyecto de ley sobre Muerte Digna, presentado por el Senador Nacional por Ciudad Autónoma de Buenos Samuel Cabanchik - Partido Proyecto Buenos Aires Federal -Año 2011-²⁷⁷.

²⁷⁶ <http://prensajorgerivas.blogspot.com/2011/11/jorge-rivas-autor-de-uno-de-los.html>

²⁷⁷ Proyecto de Ley. "Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene como objeto regular el ejercicio de los derechos de la persona durante el proceso de su muerte, los deberes del equipo de salud que atiende a estos pacientes, así como las garantías que las instituciones sanitarias, estarán obligadas a proporcionar con respecto a ese proceso. Artículo 2. Fines. La presente Ley tiene como fines: a) Proteger la dignidad de la persona en el proceso de su muerte. b) Asegurar la autonomía del paciente y el respeto a su voluntad en el proceso de la muerte, incluyendo la manifestada de forma anticipada mediante el testamento vital. Artículo 3. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará, en el ámbito de la las personas que se encuentren en el proceso de su muerte o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso, al personal implicado en su atención médica, así como a los centros, servicios y establecimientos sanitarios, tanto públicos como privados, y entidades del seguro de salud, que presten sus servicios en la República Argentina. Artículo 4. Principios básicos. Son principios básicos que inspiran esta ley: a) Garantizar el respeto del derecho a la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. b) Garantizar la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus deseos, preferencias, creencias o valores, así como la preservación de su intimidad y confidencialidad. c) Garantizar de que el rechazo de un tratamiento por voluntad de la persona, o la interrupción del mismo, no suponga el menoscabo de una atención médica y sanitaria integral. d) Asegurar el derecho de todas las personas a recibir cuidados paliativos integrales y un adecuado tratamiento del dolor en el proceso de su muerte. e) Garantizar la igualdad efectiva y la ausencia de discriminación en el acceso a los servicios sanitarios en el proceso de la muerte. Artículo 5. Definiciones. A los efectos de la presente ley, se entiende por: a) Consentimiento informado: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5ª de la ley 26.529, es la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. b) Cuidados paliativos: Conjunto coordinado de intervenciones de los profesionales de la salud dirigidas, desde un enfoque integral, a la mejora de la calidad de vida de los pacientes y de sus familias, afrontando los problemas asociados con una enfermedad terminal mediante la prevención y el alivio del sufrimiento, así como la identificación, valoración y tratamiento del dolor y otros síntomas físicos y/o

psíquicos. c) Declaración de voluntad vital anticipada, testamento vital o directivas anticipadas: es la manifestación escrita hecha, por una persona capaz, que consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la atención sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad. d) Duelo patológico: La persistencia o intensidad de los síntomas del dolor por una pérdida que hacen que alguno o varios de los miembros de la familia detengan su vida laboral, social, académica, orgánica. e) Limitación del esfuerzo terapéutico: Retirada o no instauración de una medida de soporte vital o de cualquier otra intervención que, dado el mal pronóstico del paciente en términos de cantidad y calidad de vida futuras, constituye, a juicio de los profesionales sanitarios implicados, algo fútil, que sólo contribuye a prolongar en el tiempo una situación clínica carente de expectativas razonables de mejoría. f) Medida de soporte vital: Intervención sanitaria destinada a mantener las constantes vitales de un paciente, independientemente de que dicha intervención actúe o no terapéuticamente sobre la enfermedad de base o el proceso biológico, que amenaza la vida del paciente. g) Médico o médica responsable: es el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales. h) Obstinación terapéutica: Situación en la que a una persona, que se encuentra en situación terminal o de agonía, se le inician o mantienen medidas de soporte vital u otras intervenciones carentes de utilidad clínica, que únicamente prolongan su vida biológica, sin posibilidades reales de mejora o recuperación, siendo, en consecuencia, susceptibles de limitación. i) Personas en proceso de muerte: Personas que se encuentran en situación terminal o de agonía. j) Representante: Persona mayor de edad y capaz que emite el consentimiento por representación de otra, habiendo sido designada para tal función mediante una declaración de voluntad vital anticipada o, de no existir ésta, siguiendo las disposiciones legales vigentes en la materia. k) Sedación paliativa: Administración de fármacos, en las dosis y combinaciones requeridas, para reducir la conciencia de un paciente en situación terminal o de agonía, para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios, previo consentimiento informado explícito en los términos establecidos en la Ley 26.529. l) Síntoma refractario: Aquel que no responde al tratamiento adecuado y, para ser controlado, requiere reducir la conciencia del paciente. m) Situación de agonía: Fase gradual que precede a la muerte y que se manifiesta clínicamente por un deterioro físico grave, debilidad extrema, trastornos cognitivos y de conciencia, dificultad de relación y de ingesta, y pronóstico vital de pocos días. n) Situación de incapacidad de hecho. Situación en la que las personas carecen de entendimiento y voluntad suficientes para gobernar su vida por sí mismas de forma autónoma, sin que necesariamente haya resolución judicial de incapacidad. ñ) Situación terminal: Presencia de una enfermedad avanzada, incurable y progresiva, sin posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico, con un pronóstico de vida limitado y en la que concurren síntomas intensos y cambiantes que requieren una gran intensidad en las intervenciones específicas por parte de profesionales sanitarios. o) Testamento vital: Es un sinónimo de declaración de voluntad vital anticipada.

Derechos de las personas ante el proceso de la muerte. Artículo 6. Derecho a la información sanitaria Las personas que se encuentren en el proceso de muerte o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso tienen derecho a recibir información en los términos que establecen los artículos 3º y 4º de la ley 26.529 Cuando a pesar del explícito ofrecimiento de información asistencial por los profesionales de la salud implicados en la atención del paciente, éste rechace voluntaria y libremente el ser informado, se respetará dicha decisión y se le preguntará a quién desea que se comunique la información, debiendo constar todo ello en la historia clínica. Artículo 7. Derecho a la toma de decisiones y al consentimiento informado. Las personas que se encuentren en el proceso de muerte o que afronten decisiones relacionadas con dicho proceso tienen derecho a tomar decisiones respecto a las intervenciones sanitarias que les afecten. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11, toda intervención en este ámbito requiere el previo consentimiento libre y voluntario del paciente, una vez que haya recibido y valorado la información prevista en el artículo 6. El consentimiento será verbal, por regla general, dejándose en todo caso constancia en la historia clínica, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 26.529. Artículo 8. Derecho al rechazo y a la retirada de una intervención. La persona que se encuentre en el proceso de muerte, tiene derecho a consentir, rechazar y a revocar la intervención propuesta por los profesionales sanitarios, tras un proceso de información y decisión, aunque ello pueda poner en peligro su vida. Dichos derechos se harán efectivos de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Capítulo III de la ley 26.529. Artículo 9. Derecho a realizar la declaración de voluntad vital anticipada. Toda persona tiene derecho a formalizar su declaración de voluntad vital anticipada en las condiciones establecidas en la presente ley. Una vez inscrita en el Registro de Voluntades Anticipadas, que se crea en el artículo 34 de la presente ley, la declaración de voluntad vital anticipada se incorporará a la historia clínica del paciente, en los términos que reglamentariamente se determinen. Cuando en la declaración de voluntad vital anticipada se designe a una persona representante, ésta siempre actuará buscando el mayor beneficio y el respeto a la dignidad personal de la persona a la que

represente. En todo caso velará para que, en las situaciones clínicas contempladas en la declaración, se cumplan las instrucciones que la persona a la que represente haya dejado establecidas. Para la toma de decisiones en las situaciones clínicas no contempladas explícitamente en la declaración de voluntad vital anticipada, a fin de presumir la voluntad que tendría el paciente si estuviera en ese momento en situación de incapacidad, la persona representante tendrá en cuenta los valores u opciones vitales recogidos en la citada declaración. La persona interesada podrá determinar las funciones de la persona representante, quien deberá atenerse a las mismas. Artículo 10. Derechos de las personas en situaciones de incapacidad respecto a la información, la toma de decisiones y el consentimiento informado. Cuando el paciente esté en situación de incapacidad de hecho, a criterio de su médico o médica responsable, tanto la recepción de la información, como la prestación del consentimiento y, en su caso, la elección del domicilio para recibir cuidados paliativos integrales, se realizará, por este orden, por la persona designada específicamente a tal fin en la declaración de voluntad vital anticipada, por la persona que actúe como representante legal, por el cónyuge o persona vinculada por análoga relación de afectividad, por los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado el de mayor edad. En el caso de pacientes incapacitados judicialmente se estará a lo dispuesto en la sentencia judicial de incapacidad, salvo que en ella no exista prohibición o limitación expresa sobre la recepción de información o la prestación del consentimiento informado, situación en la cual el médico o la médica responsable valorará la capacidad de hecho del paciente, en la forma establecida en el artículo 20. La situación de incapacidad no obsta para que el paciente sea informado y participe en el proceso de toma de decisiones de modo adecuado a su grado de discernimiento. El ejercicio de los derechos de los pacientes que se encuentren en situación de incapacidad se hará siempre buscando su mayor beneficio y el respeto a su dignidad personal. Para la interpretación de la voluntad del paciente se tendrán en cuenta tanto sus deseos expresados previamente, como los que hubiera formulado presuntamente de encontrarse ahora en situación de capacidad. Artículo 11. Derechos de los pacientes menores de edad. Todo paciente menor de edad tiene derecho a recibir información sobre su enfermedad e intervenciones sanitarias propuestas, de forma adaptada a su capacidad de comprensión. También tiene derecho a que su opinión sea escuchada. Cuando el paciente sea menor de edad, el otorgamiento del consentimiento informado corresponderá a las personas que sean sus representantes legales y en ausencia de estos por los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado el de mayor edad. Artículo 12. Derecho del paciente a recibir cuidados paliativos integrales y a la elección del domicilio para recibirlos. Todas las personas, en situación terminal o de agonía, tienen derecho a recibir cuidados paliativos integrales de calidad. El paciente, en situación terminal o de agonía, si así lo desea, tiene derecho a que se le proporcionen en el domicilio que designe, los cuidados paliativos que precise, siempre que no esté contraindicado. Artículo 13. Derecho del paciente al tratamiento del dolor. El paciente tiene derecho a recibir la atención idónea que prevenga y alivie el dolor, incluida la sedación si el dolor es refractario al tratamiento específico. Artículo 14. Derecho del paciente a la administración de sedación paliativa. El paciente, en situación terminal o de agonía, tiene derecho a recibir sedación paliativa, cuando lo precise. Artículo 15. Derecho a la intimidad personal y familiar y a la confidencialidad. El paciente ante el proceso de muerte tiene derecho a que se preserve su intimidad personal y familiar y a la protección de todos los datos relacionados con su atención sanitaria. Artículo 16. Derecho al acompañamiento. En los términos expresados en el artículo 24 de esta ley y siempre que la asistencia se preste en régimen de internación en un establecimiento sanitario, el paciente, ante el proceso de muerte, tiene derecho: a) A disponer, si así lo desea, de acompañamiento familiar. b) A recibir, cuando así lo solicite, auxilio espiritual de acuerdo con sus convicciones y creencias. Deberes de los profesionales sanitarios que atienden a pacientes ante el proceso de muerte Artículo 17. Deberes respecto a la información clínica. El médico o médica responsable del paciente deberá garantizar el cumplimiento del derecho a la información establecido en el artículo 6. El resto de los profesionales que integren el equipo de salud que lo atiendan durante el proceso asistencial, o le apliquen una intervención concreta, también tienen obligación de facilitarle información clínica en función de su grado de responsabilidad y participación en el proceso de atención sanitaria. Los profesionales referidos en el presente artículo dejarán constancia en la historia clínica de que dicha información fue proporcionada. Artículo 18. Deberes respecto a la toma de decisiones clínicas. El médico o médica responsable, antes de proponer cualquier intervención sanitaria a una persona en proceso de muerte, deberá asegurarse de que la misma está clínicamente indicada, elaborando su juicio clínico al respecto basándose en el estado de la ciencia, en la evidencia científica disponible, en su saber profesional, en su experiencia y en el estado clínico, gravedad y pronóstico del paciente. En el caso de que este juicio profesional concluya en la indicación de una intervención sanitaria, someterá entonces la misma al consentimiento libre y voluntario del paciente, que podrá aceptar la intervención propuesta, elegir libremente entre las opciones clínicas disponibles, o rechazarla, en los términos previstos en la presente ley. Todos los profesionales sanitarios implicados en la atención del paciente tienen la obligación de respetar los valores, creencias y preferencias del paciente en la toma de decisiones clínicas, en los términos previstos en la presente ley, debiendo

abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas. Artículo 19. Deberes respecto a la declaración de voluntad vital anticipada. Todos los profesionales sanitarios están obligados a proporcionar a las personas que se la soliciten, información acerca del derecho a formular la declaración de voluntad vital anticipada, con el aporte interdisciplinario que fuere necesario. Los profesionales sanitarios tienen obligación de respetar los valores e instrucciones contenidas en la declaración de voluntad vital anticipada, en los términos previstos en la presente ley. Artículo 20. Deberes respecto a las personas que se encuentren en situación de incapacidad de hecho. El médico o médica responsable es quien debe valorar si el paciente pudiera encontrarse en una situación de incapacidad de hecho que le impidiera decidir por sí mismo. Tal valoración debe constar adecuadamente en la historia clínica del paciente. Para determinar la situación de incapacidad de hecho se evaluarán, entre otros factores que se estimen clínicamente convenientes, los siguientes: a) Si tiene dificultades para comprender la información que se le suministra. b) Si retiene defectuosamente dicha información durante el proceso de toma de decisiones. c) Si no utiliza la información de forma lógica durante el proceso de toma de decisiones. d) Si falla en la apreciación de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas. e) Si no logra tomar finalmente una decisión o comunicarla. Para la valoración de estos criterios se podrá contar con la opinión de otros profesionales implicados directamente en la atención del paciente. Asimismo, se podrá consultar a la familia con objeto de conocer su opinión. Una vez establecida la situación de incapacidad de hecho, el médico o médica responsable deberá hacer constar en la historia clínica los datos de la persona que deba actuar por el incapaz, conforme a lo previsto en el artículo 10. Artículo 21. Deberes respecto a la limitación del esfuerzo terapéutico. El médico o médica responsable del paciente, en el ejercicio de una buena práctica clínica, limitará el esfuerzo terapéutico, cuando la situación clínica del paciente lo aconseje, evitando la obstinación terapéutica. La justificación de la limitación deberá constar en la historia clínica del paciente. Dicha limitación requiere la opinión coincidente de, al menos, otros dos profesionales médicos de los que participen en la atención sanitaria del paciente. La identidad de dichos profesionales y su opinión será registrada en la historia clínica. En cualquier caso, el médico o médica responsable, así como los demás profesionales de la salud que atiendan al paciente, están obligados a ofrecerle aquellas intervenciones sanitarias necesarias para garantizar su adecuado cuidado. Garantías que proporcionarán las instituciones sanitarias. Artículo 22. Garantía de los derechos del paciente. Las autoridades sanitarias en sus distintos niveles, así como las instituciones mencionadas en el artículo 3, deberán garantizar, en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos establecidos en el Título II de la presente ley. La institución sanitaria responsable de la atención directa al paciente deberá arbitrar los medios para que los derechos de éste no se vean mermados en ningún caso o eventualidad, incluida la negativa o ausencia del profesional, así como cualquier otra causa sobreviviente. Artículo 23. Objeción de conciencia. El médico del sistema de salud, que manifieste objeción de conciencia fundada en razones éticas con respecto a las disposiciones enunciadas en la presente ley, puede optar por no participar en la mismas, ante lo cual el establecimiento del sistema de salud debe suministrar de inmediato la atención de otro profesional de la salud que esté dispuesto a llevarlas a cabo. Independientemente de la existencia de médicos que sean objetores de conciencia, el establecimiento asistencial público o privado, debe contar con recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que esta ley confiere. Los reemplazos o sustituciones que sean necesarios para obtener dicho fin serán realizados en forma inmediata y con carácter de urgente por las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda y, en su defecto, por el Ministerio de Salud de la Nación o por las autoridades responsables de la salud en las distintas jurisdicciones. La objeción de conciencia debe ser declarada por el médico al momento de iniciar sus actividades en el establecimiento asistencial público o privado y debe existir un registro en la institución de dicha declaración. Artículo 24. Acompañamiento del paciente. Los establecimientos asistenciales facilitarán a las personas en proceso de muerte el acompañamiento familiar, compatibilizando éste con el conjunto de medidas sanitarias necesarias para ofrecer una atención de calidad al paciente. Los establecimientos asistenciales facilitarán, a petición del paciente, de la persona que sea su representante, o de sus familiares, el acceso de aquellas personas que le puedan proporcionar al paciente auxilio espiritual, conforme a sus convicciones y creencias, procurando, en todo caso, que las mismas no interfieran con las actuaciones del equipo sanitario. Artículo 25. Apoyo a la familia y personas cuidadoras. Los establecimientos asistenciales prestarán apoyo y asistencia a las personas cuidadoras y a las familias de pacientes en proceso de muerte, tanto en su domicilio, como en los establecimientos asistenciales. Los establecimientos asistenciales prestarán una atención en el duelo a la familia y a las personas cuidadoras y promoverán medidas para la prevención de situaciones calificadas como duelo patológico. Artículo 26. Asesoramiento en cuidados paliativos. Se garantizará al paciente en proceso de muerte información sobre su estado de salud y sobre los objetivos de los cuidados paliativos que recibirá durante su proceso, de acuerdo con sus necesidades y preferencias. Artículo 27. Internación en habitación individual para personas en situación terminal. Los establecimientos

asistenciales, garantizarán al paciente en situación terminal, que deba ser atendido en régimen de hospitalización, una habitación individual durante su estancia, con el nivel de confort e intimidad que requiere su estado de salud. Asimismo, estos pacientes podrán estar acompañados permanentemente por una persona familiar o allegada. Artículo 28. Comités de Bioética. Todos los establecimientos asistenciales tendrán o, en su caso, estarán vinculados con un Comité de Bioética, con funciones de asesoramiento en los casos de decisiones clínicas que planteen conflictos éticos. Los informes o dictámenes emitidos por los Comités de Bioética en ningún caso sustituirán las decisiones que tengan que adoptar los profesionales de la salud. En los casos de discrepancia entre los profesionales médicos y los pacientes o, en su caso, con quienes ejerciten sus derechos o, entre éstos y las instituciones sanitarias, en relación con la atención sanitaria prestada en el proceso de muerte, que no se hayan podido resolver mediante acuerdo entre las partes, se solicitará asesoramiento al Comité de Bioética correspondiente, que podrá proponer alternativas o soluciones éticas a aquellas decisiones clínicas controvertidas. Las personas integrantes de los Comités estarán obligadas a guardar secreto sobre el contenido de sus deliberaciones y a proteger la confidencialidad de los datos personales que, sobre profesionales sanitarios, pacientes, familiares y personas allegadas hayan podido conocer en su condición de miembros del Comité. La composición, funcionamiento y procedimientos de acreditación de los Comités de Bioética se establecerán reglamentariamente. Testamento Vital, Voluntad Vital Anticipada o Directivas Anticipadas Artículo 29. Se entiende por declaración de voluntad vital anticipada, la manifestación realizada en instrumento público y por ante escribano de registro hecha para ser incorporada al Registro que esta ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia médico-sanitaria que reciba en el caso de que concurren circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad. Artículo 30. Contenido de la declaración. En la declaración de voluntad vital anticipada, su autor podrá manifestar: Las opciones e instrucciones, expresas y previas, que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal médico responsable de su asistencia sanitaria, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes. La designación de un representante, plenamente identificado, que será quien le sustituya en el otorgamiento del consentimiento informado, en los casos en que éste proceda. Artículo 31. Requisitos de la declaración. Para que la declaración de voluntad vital anticipada sea considerada válidamente emitida, además de la capacidad exigida al autor, se requiere que conste por escrito, con la identificación del autor, su firma, así como fecha y lugar del otorgamiento, y que se inscriba en el Registro, previsto en el artículo 34 de esta ley. Si no supiere o no pudiere firmar, firmará por él un testigo a su ruego, debiendo constar la identificación del mismo, expresándose el motivo que impide la firma por el autor. Artículo 32. Eficacia de la declaración. La declaración de voluntad vital anticipada, una vez inscrita en el Registro previsto en el artículo 34 de esta ley, será eficaz, de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico, cuando sobrevengan las situaciones previstas en ella y en tanto se mantengan las mismas. Dicha declaración prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por los familiares, allegados o, en su caso, el representante designado por el autor de la declaración y por los profesionales que participen en su atención sanitaria. Artículo 33. Revocación de la declaración. La declaración de voluntad vital anticipada podrá ser modificada por su autor en cualquier momento y cumpliendo los requisitos exigidos para su otorgamiento. El otorgamiento de una nueva declaración de voluntad vital anticipada revocará las anteriores, salvo que la nueva tenga por objeto la mera modificación de extremos contenidos en las mismas, circunstancia que habrá de manifestarse expresamente. Si una persona ha otorgado una declaración de voluntad vital anticipada y posteriormente emite un consentimiento informado eficaz que contraría, exceptúa o matiza las instrucciones contenidas en aquélla, para la situación presente o el tratamiento en curso, prevalecerá lo manifestado mediante el consentimiento informado para ese proceso sanitario, aunque a lo largo del mismo quede en situación de no poder expresar su voluntad. Artículo 34. Registro de Voluntades Anticipadas. Se crea el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, para la custodia, conservación y accesibilidad de las declaraciones de voluntad vital anticipada emitidas en el territorio de la República Argentina. Reglamentariamente, se determinará la organización y funcionamiento del citado Registro, asegurando en todo caso la confidencialidad y el respeto de la legislación de protección de datos personales, con el objetivo de dotar de efectividad a las declaraciones de voluntad vital anticipada, facilitando su acceso por los establecimientos sanitarios. Cuando se preste atención sanitaria a una persona, que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma, los profesionales sanitarios responsables del proceso consultarán si existe en su historia clínica y en el Registro constancia del otorgamiento de voluntad vital anticipada y, en caso positivo, recabarán la misma y actuarán conforme a lo previsto en ella. Sanciones Artículo 35. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave,

3.3.2. En el Orden Provincial.

Existen Proyectos de Ley sobre la materia, en las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba y Corrientes. Cabe mencionar también, por su adecuación normativa al tema que nos ocupa, la reforma de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos, efectuada en el año 2008.

3.2.2.1. Proyecto de Ley en la Provincia de Buenos Aires.

El proyecto de Ley sobre Declaración de Voluntad Anticipada en la Provincia de Buenos Aires (Senador Enrique Marcelo Honores -Partido Unión Cívica Radical - año 2.009, exp. E 348/08-09). persigue el objetivo de reconocer el derecho que tiene toda persona capaz de disponer directivas anticipadas sobre la atención y el cuidado de su salud. Deberá expresar su consentimiento o su rechazo con relación a los tratamientos médicos que pudieren indicársele en el futuro y sus manifestaciones valorativas sobre éstos, en previsión de la pérdida de la capacidad natural o la concurrencia de circunstancias clínicas que le impidan expresar su voluntad en ese momento (art. 1º).

Entre sus antecedentes directos se cuentan el Proyecto de Ley de Declaración de Voluntad Vital Anticipada (DVVA; exp. D 1760/04-05) y el Proyecto de Ley de Declaración de Voluntad Anticipada (DVA; exp. D 1087/06-07), presentados por el Diputado Luís Bruni, así como la Jornada Interdisciplinaria de Reflexión sobre la Declaración de Voluntad Vital Anticipada, que tuvo lugar en diciembre de 2004 en el Recinto de Sesiones de la Cámara de Diputados que contó con la intervención del Ministro de Salud provincial, Dr. Ismael Passaglia y de renombrados representantes del mundo de la bioética, entre ellos los Dres. Pedro Federico Hooft, José Alberto Mainetti, Eduardo Luís Tinant, Gisella Farías y José

siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 - Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas- y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas. Disposiciones Generales. Artículo 36. Autoridad de Aplicación nacional y local. Es autoridad de aplicación de la presente ley en la jurisdicción nacional, el Ministerio de Salud de la Nación, y en cada una de las jurisdicciones provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la máxima autoridad sanitaria local. Artículo 37. Adhesión. Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones. Artículo 38. Vigencia. La presente ley es de orden público, y entrará en vigencia a partir de los NOVENTA (90) días de la fecha de su publicación. Artículo 39. Reglamentación. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los NOVENTA (90) días contados a partir de su publicación. Artículo 40. Derogaciones. Derógase artículo 11 ley 26.529. Artículo 41. Comuníquese al Poder Ejecutivo. www.blog.cabanchik.org/2011/08/17/proyecto-de-ley-muerte-digna-080411.

María Tau, así como el Dr. Carlos Andreucci, Presidente de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Notario Luís R. Llorens, especialista en actos de autoprotección, representando al Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Para la elaboración del actual proyecto -como aconteciera con el segundo de aquéllos- se tuvo en cuenta el proyecto italiano *Progetto di legge n. 5673 del 10 febbraio 1999 (Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari)*, reproducido en 2003. Se desecharon así distintos elementos que dificultaban una cabal interpretación y aplicación de la norma originariamente proyectada y se incorporaron otros que atienden adecuadamente la situación de autonomía prospectiva que la misma encierra.

Aun cuando aquél no prosperó, sirvió de modelo a otras provincias y reproducido virtualmente *in totum*, fue consagrado como norma legal, primero en Río Negro (ley 4263 en 2007) y luego en Neuquén (2008), y presentado como proyecto de ley n° 3441/08 en la Provincia del Chaco.

El presente proyecto, contempla novedosamente en el caso de internación hospitalaria del declarante, que podrá servir de ayuda en la interpretación y aplicación de sus instrucciones²⁷⁸, una historia de valores del paciente, comunicada personalmente y registrada en su historia clínica por el equipo sanitario²⁷⁹. También una planificación anticipada de los cuidados, por la que el paciente precise tal voluntad en la medida en que es informado por el médico sobre tratamientos previsibles en el desarrollo de la patología en acción (art. 3°).

Ambas modalidades tienden a un mayor conocimiento sobre los motivos y en especial los valores éticos o morales del paciente y pueden tornar más fácil discernir la decisión final de éste, ya que permiten registrar -además de sus características biológicas, psicológicas y sociales- sus valores y preferencias en materia de salud, oportunamente expresados al equipo profesional actuante.

²⁷⁸ Acerca de cómo desea ser tratado en ocasión de enfrentar situaciones de grave riesgo de muerte o discapacidad y no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad y, en particular, si deben abstenerse de someterlo a determinados tipos de tratamientos médicos y qué tipo de tratamiento prefiere que le sea aplicado entonces.

²⁷⁹ Se inspira en la historia clínica orientada a valores, tabla de valores o axiograma, de uso en Bochum, Alemania: Protocolo de Bochum para la práctica ético-médica, desde 1987 (cf. dossier Directivas Anticipadas, 2004, con trabajos de Rita Kielstein, José Alberto Mainetti, Jorge Luís Manzini, Martín Roubicek, Hans-Martín Saas, Herbert Viefhues).

Se complementa así la facultad de designar uno o más representantes a efectos de que actúen como interlocutores válidos con el médico y/o el equipo sanitario en la interpretación de sus instrucciones, en orden a sus valores, deseos, creencias e íntimas convicciones, según lo contemplaba el anterior proyecto. Empero, según se añade ahora (art. 14º, 2º párrafo), en caso de no pronunciarse sobre si el criterio de los representantes tendrá o no preeminencia sobre el que pueda aportar el equipo de salud conforme a las modalidades ahora incorporadas, se entenderá que no lo tiene.

La declaración de voluntad anticipada, debe formalizarse por escrito, datada y de manera fehaciente (art. 2º). Se crea el Registro de Voluntades Anticipadas en el que se inscribirá el otorgamiento, la modificación, sustitución y revocación de las declaraciones de voluntad anticipada, el que deberá ser manejado en el ámbito del Ministerio de Salud con las reservas que la información contenida en aquéllas exige. Este Registro determina, asimismo, la prevalencia de la última declaración otorgada por encima de declaraciones anteriores, y la supremacía del consentimiento informado que contraríe o modifique lo expresado en la Declaración, ante un determinado proceso sanitario o en un tratamiento en curso.

En este Registro se anotarán, en lo pertinente, las declaraciones de voluntad anticipada documentadas mediante escritura pública e inscriptas en el Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Establece que, en caso de internación hospitalaria de la persona, la declaración de voluntad anticipada será transcrita con fecha cierta en la primera hoja de la historia clínica del paciente, y firmada por él, o por su representante, o médico de cabecera o responsable sanitario (art. 4º).

En diversos países ya se ha iniciado la implementación de la transcripción de la historia clínica en un minúsculo chip de ordenador (VeriChip) bajo la piel -en la parte superior del brazo- del propio paciente. La norma propuesta contempla tal posibilidad, si a futuro fuere materialmente posible.

Prevé que la Autoridad de Aplicación dispondrá la publicación de una página en Internet, la que deberá contener información detallada sobre la Declaración de Voluntad Anticipada, modelos de documentos y una base de datos de los declarantes con sus

documentos de Voluntad Anticipada. Estos documentos sólo podrán ser consultados por los declarantes y por los Centros de Salud al momento del ingreso del paciente, a los fines previstos en el párrafo final del artículo 4º, mediante un sistema de códigos, no pudiendo modificarse el documento por esta vía (art. 6º).

Incorpora un artículo (12º), referido al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud en los casos previstos por esta ley, sin consecuencia laboral, debiendo hacerlo en tiempo oportuno, vale decir, razonable. Dicha circunstancia no exime de responsabilidad respecto de la realización de aquéllas a las autoridades del establecimiento asistencial, quienes deberán disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata.

La iniciativa, como es fácil advertir, se fundamenta en el respeto a la dignidad y la libertad de la persona, su autodeterminación y autorrealización, su intimidad e integridad psicofísica y moral, en el marco jurídico de los derechos enunciados en la Constitución Nacional, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La norma proyectada procura contribuir eficazmente a evitar que se ignore o se niegue la voluntad (anticipada) del paciente capaz (expresada libremente). La autonomía de la voluntad, derecho consustancial del paciente a la hora de recibir prestaciones sanitarias, puede ejercitarse no sólo en el momento actual, sino también para el futuro. Abona tal criterio, el artículo 19 de la ley nacional 17.132 que regula el Ejercicio de la Medicina y actividades de colaboración, al establecer que -todo paciente tiene derecho a negarse a un tratamiento-, en tanto indica que -el médico debe respetar la voluntad del paciente en cuanto a su negativa-.

Las decisiones médicas deben respetar también otros valores junto con el de la vida. La vida, la libertad, la identidad, la intimidad, la integridad, la salud y el bienestar, constituyen la fundamentación de un derecho y una bioética apoyados en la dignidad de la persona y los derechos humanos. La obligatoriedad ética de no dañar (que proviene del precepto hipocrático *primum non nocere*) es anterior y más importante que la exigencia de promover el bien y ha sido reconocida como principio bioético (no maleficencia), y guarda marcada analogía, en todo caso, con el principio jurídico *alterum non laedere* de origen románico.

La traducción del imperativo tecnológico a la medicina (porque se puede se debe) puede convertirse en el sustrato de formas indignas de muerte con sufrimiento, aislamiento y desfiguración. Si bien la medicina moderna ha logrado ser cada vez más idónea y capaz de prolongar algunos parámetros de vida; como contrapartida, ha extendido el padecimiento de determinados enfermos hasta un extremo no deseable y aun inhumano, hablándose entonces, de un ensañamiento terapéutico que alarga no ya la vida sino la agonía del paciente crítico.

La D.V.A. proyectada, en modo alguno guarda relación con la eutanasia, noción ésta que significa provocar la muerte efectuada por un tercero, de un paciente portador de una enfermedad mortal a su requerimiento, en su propio beneficio y por medio de la administración de un tóxico o veneno en dosis mortal.

Tampoco corresponde confundir la D.V.A. con la versión denominada eutanasia pasiva, que suele aplicarse sin más a la cesación o no inicio de medidas extraordinarias o desproporcionadas (fútiles o innecesarias) en enfermos que presentan un cuadro clínico crítico irreversible o irrecuperable, actuaciones que en tal supuesto no constituyen ninguna forma de eutanasia; y en cambio, deben considerarse como parte de la buena práctica médica, en el marco de los derechos y bienestar del enfermo, en particular el derecho a rechazar el tratamiento.

Limitar el esfuerzo terapéutico en tales condiciones no es ninguna forma de eutanasia sino una buena práctica médica. Vale decir, medidas terapéuticas proporcionadas, evitando tanto la obstinación terapéutica como el abandono (el alargamiento innecesario y el acortamiento deliberado de la vida).

Cuando el mal que padece el enfermo es irreversible, incurable, progresivo, la ayuda médica no debe precipitar la muerte con eutanasia ni prolongar la agonía, sino que le apoyará en todo lo que necesite con una actitud paliativa mientras llega su muerte, para procurarle que muera con la dignidad deseada, respetando en tal caso su voluntad anticipada.

El Proyecto de Ley despeja toda duda al respecto, al establecer que no se considerarán las instrucciones que, en el momento de ser aplicadas, resulten contrarias al ordenamiento jurídico, o que establezcan la prohibición de recibir la medicación necesaria para aliviar el dolor, alimentarse y/o hidratarse de modo natural u ordinario (art. 10°).

La creación de un Registro Nacional de Voluntades Anticipadas permitirá una cabal aplicación del sistema en todo el país. El proceso de informatización total de las historias clínicas -que ya está en marcha-, permitirá disponer de toda la información médica relevante acerca del paciente y por tanto de las directivas anticipadas según la D.V.A., en forma instantánea.

De prosperar la propuesta de ley de la Provincia de Buenos Aires, la creación de un registro online llevaría a niveles de excelencia la conexión entre la declaración de voluntad anticipada, el registro y la toma de decisión²⁸⁰.

3.2.2.2. Proyecto de Ley en la Provincia de Santa Fe.

En cuanto al Proyecto de modificación de la Ley 5.531, Código Procesal Civil y Comercial, Actos de Autoprotección en la Provincia de Santa Fe (Diputado Hugo María Marcucci -Partido Frente Progresista Cívico y Social - año 2009-) Marcucci a través de sus iniciativas parlamentarias, persigue el reconocimiento institucional de los actos de autoprotección y propicia la modificación del Código Procesal Civil y Comercial Provincial a fin de lograr la consagración judicial de las manifestaciones de autotutela personal.

El proyecto prevé que este tipo de documentos sea formalizado por escritura pública e inscriptos en el Registro de Actos de Autoprotección, lo que sin dudas le conferirá al acto los atributos de fe pública, autenticidad, matricidad, fecha cierta y esencialmente garantizará con el asesoramiento notarial la correcta comprensión del alcance del mismo²⁸¹.

Se propuso también la modificación de los artículos del Código Procesal que refieren a cuestiones relativas a la declaración y cesación de incapacidad o designación de tutela o curatela, a fin de que los jueces que entiendan en esas causas libren oficio al Registro de Actos de Autoprotección y se les informe sobre la existencia de alguna disposición de voluntad anticipada emitida por la persona involucrada. Ello indudablemente facilitará la tarea

²⁸⁰ [www.revistapersona.com.ar/Proyecto de Ley de "Declaración de Voluntad Anticipada" en la Provincia de Buenos Aires, por Tinant, Eduardo Lu3s.](http://www.revistapersona.com.ar/Proyecto%20de%20Ley%20de%20%22Declaraci3n%20de%20Voluntad%20Anticipada%22%20en%20la%20Provincia%20de%20Buenos%20Aires,%20por%20Tinant,%20Eduardo%20Lu3s)

²⁸¹ Asimismo es dable señalar que por lo general toda manifestación de autoprotección está acompañada de la designación e individualización de la persona o personas sobre quién recaerá el deber de dar cumplimiento a dicha voluntad, quienes comparecen y firman el acto notarial.

judicial en caso afirmativo, ya que el juez deberá dar prioridad a lo manifestado por la persona”²⁸².

3.2.2.3. Proyecto de Ley en la Provincia de Santa Fe.

Respecto del Proyecto de Ley sobre Voluntades Anticipadas o Testimonio Vital en la Provincia de Santa Fe (Diputada Alicia Gutiérrez - Partido Frente Progresista - año 2.009-), uno de los problemas centrales a evitar con esta norma, según consta en el texto, es el encarnizamiento médico y/o a prácticas, tratamientos y/o procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación y/o de reanimación artificial, cuando sean extraordinarios o desproporcionados a las perspectivas de mejoría.

El derecho de la Voluntad Anticipada se ejercerá mediante un documento específico que deberá tener redacción clara, expresa y con fecha cierta de la manifestación de voluntad del otorgante. Constará allí la designación de un máximo de dos representantes para el cumplimiento de la voluntad del otorgante, y la cláusula que exime de responsabilidad a los profesionales médicos y a los representantes por el cumplimiento de la voluntad del paciente.

El contenido del documento de Voluntades Anticipadas puede incluir el alcance y forma de aplicación de los tratamientos; las directivas o instrucciones sobre el modo y administración de todo o parte del patrimonio; la designación de un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de su voluntad; la designación del propio curador, y en su caso, quién queda excluido; la designación de las personas que pueden prestar asistencia; la decisión de estar acompañados en la intimidad en los momentos cercanos a la muerte y el trato apropiado que sus acompañantes deben recibir de acuerdo a las circunstancias; la designación del lugar/es de residencia, las actividades deseadas, las visitas, los cuidados especiales, etc.

El documento podrá formalizarse ante escribano público o ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar. Como mínimo, dos testigos no deben tener vínculo con el otorgante por matrimonio, unión estable o de hecho, parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o relación patrimonial alguna.

²⁸² www.hugomarcucci.com.ar/Senador (Provincia de Santa Fe).

El documento se inscribirá en el Registro de Voluntades Anticipadas, que deberá crearse en el ámbito del Ministerio de Salud, quien garantizará la confidencialidad de datos, acceso a la información, legitimación, gratuidad del trámite y accesibilidad.

Mientras el otorgante conserve su capacidad y la posibilidad de expresarse personalmente, su voluntad prevalece sobre las instrucciones contenidas en el documento de voluntades anticipadas, ante cualquier intervención clínica. Cuando sobrevengan las condiciones de incapacidad previstas en el documento, la declaración íntegra contenida en el mismo debe prevalecer, en todo momento, sobre la opinión e indicaciones de los familiares, allegados y/o profesionales.

Excepciones: No se considerarán válidas las instrucciones contenidas en el documento cuando:

- resulten contrarias al ordenamiento jurídico;**
- prohíban la recepción de la medicación necesaria para aliviar el dolor o alimentarse o hidratarse de modo natural u ordinario;**
- no se correspondan con los tipos de supuestos previstos por la persona otorgante al formalizar el documento de voluntades anticipadas;**
- se refiera a intervenciones médicas que el otorgante desea recibir y se encuentren contraindicadas para su patología.**

Las contraindicaciones deben figurar anotadas y motivadas en la historia clínica del paciente. En caso de emergencia médica, cuando los profesionales médicos intervinientes estén en desacuerdo con el documento de voluntad anticipada que se le exhiba, se debe dejar constancia de su desacuerdo de forma escrita ante el responsable de turno.

Gutiérrez menciona que la iniciativa se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de los pacientes. Pondera que cada día es más común observar que se responsabilicen y participen en las decisiones vitales y no deleguen en el médico todo el compromiso de su atención.

Agrega la autora del proyecto, que la consagración en la bioética de la autonomía, se ha fortalecido el campo en el que el paciente participa en la toma de decisiones y el médico tiene la obligación de informar amplia, claramente y con conocimientos actualizados, las expectativas de tratamiento y el pronóstico de la enfermedad. Sostiene además que con el desarrollo y la práctica de la tanatología que se registra en la actualidad, se tienen los elementos para proporcionar a los familiares y pacientes mayor información y apoyo para lograr una mejor aceptación de la muerte²⁸³.

3.2.2.4. Proyecto de Ley en la Provincia de Córdoba.

Proyecto de Ley sobre Muerte Digna en la Provincia de Córdoba (Diputado Luis Luque -Partido Socialista-). En él se pretende establecer, regular y garantizar el derecho de las personas a expresar en forma anticipada su voluntad de negarse a ser sometidas a procedimientos médicos orientados a prolongar de manera indigna su vida, en casos de enfermedades o situaciones terminales.

La iniciativa, despachada por unanimidad desde la Comisión de Salud Humana de la Unicameral, se encuentra ahora en instancia de análisis en la Comisión de Asuntos Constitucionales, en donde se prevé formular una serie de modificaciones tendientes a eliminar cualquier tipo de riesgo que la aplicación de esta práctica pudiera generar al personal médico de la provincia.

El proyecto en tratamiento fue presentado originalmente por el ex diputado provincial socialista Luís Luque, aunque a lo largo de los años no fue puesto en análisis, hasta ahora. La iniciativa se extiende a todas las personas que de manera libre y voluntaria manifiesten expresamente la intención de que no se apliquen sobre su cuerpo mecanismos o tratamientos que tiendan a prolongar su vida en casos de irreversibilidad. La normativa deja en claro, sin embargo, que sus disposiciones no permiten ni facultan bajo ninguna circunstancia, la realiza-

²⁸³ Como antecedentes a nivel provincial, la legislador menciona la ley de Río Negro, la normativa de Chaco, la ley de actos de autoprotección de las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes y Entre Ríos. En cuanto al derecho internacional comparado, citó como ejemplos la ley de voluntades anticipadas, del Distrito Federal de México; la ley 41 del año 2002 de Autonomía del Paciente, de España, y la ley de Voluntad Anticipada, en Uruguay. www.ellitoral.com/diarios/2009/07/22/politica.

ción de acciones que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida, la eutanasia o la provocación de la muerte por piedad.

Asimismo advierte que las disposiciones tampoco afectan los cuidados básicos de la salud, de la higiene, de la comodidad y de la seguridad que deben recibir los enfermos.

Aplicación. El proyecto expresa que cualquier persona mayor de edad y en pleno goce de sus facultades mentales tiene el derecho personalísimo de expresar mediante una Declaración de Voluntad Anticipada (D.V.A.) sus objetivos vitales y valores personales, así como también las instrucciones para ser sometido o no a determinados tratamientos médicos, previendo de esta manera la pérdida de la capacidad natural que le permita llegado el momento tomar decisiones en ese sentido. Las instrucciones deberán contener la expresión del declarante mediante la cual ordena al médico o institución de salud, que le amparen bajo su cuidado y que intervengan con su cuerpo mientras el mismo esté sufriendo una condición de salud terminal o estado vegetativo permanente, y que los mismos se abstengan de someterlo a medidas desproporcionadas o de encarnizamiento terapéutico que sólo sirvan para prolongar artificialmente su agonía, apunta el proyecto.

Representantes. Según la iniciativa toda persona deberá designar un representante, el cual asumirá la responsabilidad de verificar ante el médico o equipo de salud el cumplimiento exacto de las disposiciones establecidas en la D.V.A.

Se prevé la creación de un Registro Único de Voluntades Anticipadas, dependiente del Ministerio de Salud de la Provincia, en el que se inscribirán las D.V.A., así como también su revocación. Este organismo –entre otras funciones- custodiará las Declaraciones y brindará asesoramiento a los ciudadanos y a los centros médicos.

La Declaración deberá ser confeccionada por escrito de manera personal y contener la voluntad expresa del declarante respecto a los derechos reconocidos por la ley, establecer los datos personales de un representante y estar certificada ante Juez de Paz, Escribano Público o funcionario del Registro de D.V.A. La existencia de este registro permitirá que ningún solici-

tante, ni representante, ni profesional médico, ni personal de equipos de salud, esté sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa²⁸⁴.

3.2.2.5. Proyecto de Ley en la Provincia de Corrientes.

Proyecto de Ley de Declaración de Voluntad Anticipada en la Provincia de Corrientes (Senador Horacio Colombo -Partido Nuevo (PANU) -Año 2009-). El proyecto originario data de diciembre de 2007, aunque pasó a archivo el 11 de marzo de 2009 por falta de tratamiento; aunque un día después se reincorporó para su tratamiento y tomó estado parlamentario, derivándose para su análisis en las Comisiones de Legislación y Asuntos Constitucionales y Derechos Humanos²⁸⁵.

²⁸⁴ [www.puntal.com.ar/Diario Puntal](http://www.puntal.com.ar/DiarioPuntal). Noticias de Río Cuarto y Región (Provincia de Córdoba). Entrevista al Presidente de la Comisión de Salud Humana, Podversich, Norberto, sobre Proyecto de Ley sobre Muerte Digna.

²⁸⁵ **ARTÍCULO 1º:** Toda persona capaz tiene el derecho de expresar su consentimiento o su rechazo con respecto a los tratamientos médicos que pudieren indicársele en el futuro, en previsión de la pérdida de la capacidad natural o la concurrencia de circunstancias clínicas que le impidan expresar su voluntad en ese momento. **ARTÍCULO 2º:** El derecho mencionado se ejercerá mediante una Declaración de Voluntad Anticipada (DVA), entendiéndose por tal la manifestación escrita y firmada, datada y fehaciente, de toda persona capaz que libremente expresa las instrucciones que deberán respetarse en la atención y el cuidado de su salud en el supuesto del artículo anterior. La declaración podrá ser prestada por el paciente ante el médico tratante y ante la presencia de dos testigos. Esta declaración será asentada en la Historia Clínica. Asimismo tal declaración podrá ser prestada ante Escribano Público de Registro de la Provincia de Corrientes. **ARTÍCULO 3º:** La Declaración de Voluntad Anticipada (DVA), contendrá las manifestaciones expresas y claras del declarante, orientando al médico y/o a la institución sanitaria sobre las decisiones a tomar en su caso y, en particular, si deben abstenerse de someterlo a determinados tipos de tratamientos médicos, así como qué tipo de tratamiento prefiere que le sea aplicado entonces. La Declaración de Voluntad Anticipada debe ser respetada por el médico y/o la institución sanitaria tratante. **ARTÍCULO 4º:** Créase el Registro de Voluntades Anticipadas (RVA), dentro de la órbita del Ministerio de Salud de la Provincia de Corrientes, en el que se inscribirá el otorgamiento, modificación, sustitución y revocación de las declaraciones de voluntad anticipada. En dicho Registro deberán anotarse, en lo pertinente, las declaraciones de voluntad anticipada documentadas mediante Escritura Pública que se labraren ante los Escribanos de Registro de la Provincia de Corrientes. En caso de internación hospitalaria de la persona, la Declaración de Voluntad Anticipada (DVA), será adjuntada transcrita en la primera hoja de la Historia Clínica del paciente. **ARTÍCULO 5º:** La autoridad de aplicación garantizará la accesibilidad al Registro de Voluntades Anticipadas de la Provincia de Corrientes, para lo cual contemplará la creación de oficinas delegadas en el interior provincial. Estos documentos sólo podrán ser consultados por los declarantes y por los centros de salud al momento del ingreso del paciente, a los fines previstos en el párrafo final del artículo 4º. **ARTÍCULO 6º:** La autoridad de aplicación dispondrá los mecanismos necesarios para suscribir con el Colegio de Escribanos de la Provincia de Corrientes, los convenios de colaboración necesarios para la instrumentación y difusión de la presente ley. **ARTÍCULO 7º:** La Declaración de Voluntad Anticipada (DVA), puede ser modificada, sustituida por otra o revocada en cualquier momento por el otorgante, siempre que conserve su capacidad y actúe libremente. En caso de modificación, sustitución o revocación, prevalecerá el contenido del último documento otorgado. **ARTÍCULO 8º:** Si una persona ha emitido una Declaración de Voluntad Anticipada y, posteriormente, expresa un consentimiento informado que contraría, exceptúa o modifica las instrucciones contenidas en aquélla, para la situación presente o el tratamiento en curso, prevalecerá lo manifestado mediante este último para ese proceso sanitario, aunque a lo largo del mismo quede en situación de no poder expresar su voluntad. **ARTÍCULO 9º:** La Declaración de Voluntad Anticipada que se encontrare debidamente inscripta en el Registro de Voluntades Anticipadas será eficaz cuando sobrevengan las condiciones previstas en ella y en tanto se mantengan las mismas. Dicha Declaración prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por los familiares o

3.2.2.6. Reforma de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos (Gobernador S. Urribarri).

El 1° de noviembre de 2008 entró en vigente la nueva Constitución de la Provincia de Entre Ríos. Tras la reforma de la carta magna, busca asegurar el desarrollo de políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades.

La Provincia no admite discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo.

A partir de las nuevas *mandas*, el estado Provincial deberá promover medidas de acción positiva y remover los obstáculos para garantizar la igualdad real de oportunidades y el ejercicio de los derechos, reconocidos por la Constitución Provincial, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, los jóvenes, los ancianos, las personas con discapacidad y las mujeres.

allegados y por los profesionales que intervengan en su atención sanitaria. ARTÍCULO 10°: No se considerarán las instrucciones que, en el momento de ser aplicadas, resulten contrarias al ordenamiento jurídico, o las que establezcan la prohibición de recibir la medicación necesaria para aliviar el dolor o alimentarse y/o hidratarse de modo natural u ordinario. ARTÍCULO 11°: El ejercicio del derecho regulado en esta ley no afecta en modo alguno la calidad del cuidado básico de la salud, higiene, comodidad, seguridad y atención del paciente, que serán provistos para asegurar el respeto a la dignidad humana y la calidad de vida, hasta el momento de la muerte de la persona. ARTÍCULO 12°: La entrega del Documento de Voluntad Anticipada en el centro sanitario corresponde a la persona otorgante. Si ésta no pudiera entregarlo, el centro médico efectuará la consulta en el Registro creado a tal efecto por la autoridad de aplicación, al momento de la internación. ARTÍCULO 13°: Las personas comprendidas en los artículos 1° y 2° de la presente Ley, podrán designar uno o más representantes a efectos de que actúen como interlocutores válidos con el médico y/o el equipo sanitario y facultarlos para interpretar sus manifestaciones en la Declaración de Voluntad Anticipada. ARTÍCULO 14°: El nombramiento de representante que haya recaído a favor del cónyuge o pareja de hecho de la persona otorgante se extingue a partir de alguna de las siguientes situaciones: a) Interposición de la demanda de nulidad de matrimonio, separación matrimonial o divorcio vincular. b) Renuncia expresa, fallecimiento ó incapacidad total del representante. Para el mantenimiento de la designación en la primera situación, el otorgante solicitará se inserte tal circunstancia en la correspondiente sentencia judicial o, en la segunda, lo expresará nuevamente en una declaración sustitutiva de la anterior. Asimismo, el otorgante podrá revocar por otras causas, las designaciones de representantes, en forma total ó parcial, a través de una declaración sustitutiva. ARTÍCULO 15°: Será autoridad de aplicación de la presente Ley, el Ministerio de Salud de la Provincia. ARTÍCULO 16°: El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley, dentro de los sesenta (60) días de su promulgación. ARTÍCULO 17°: de forma“ www.horaciocolombo.com.ar/Proyectos presentados año 2009.

La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad y goza de las condiciones económicas, culturales y sociales que propendan a su desarrollo y protección integral. El Estado Provincial debe establecer políticas que faciliten su constitución y fortalecimiento.

a) Niñas, niños y adolescentes. La Provincia reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos, les garantiza su protección, el derecho a vivir, crecer y desarrollarse en forma integral, lo que incluye el derecho a la identidad y a la identificación ser informados, consultados y escuchados, de acuerdo con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y promueve acciones necesarias para la protección y promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, privilegiando su interés superior. Otorga prioridad en las políticas públicas destinadas a las niñas, niños y adolescentes, las que deben promover su contención en el núcleo familiar. Promueve medidas de acción positiva que tienen por objeto esencial la prevención, detección temprana y amparo de las situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías del niño, de la niña y del adolescente, especialmente de los que se encuentren en situación de riesgo.

b) Juventud. La Provincia y los Municipios garantizan a los jóvenes la igualdad real de oportunidades y de trato, y el goce de sus derechos a través de acciones positivas que faciliten su inserción política y social. Aseguran, mediante procedimientos directos y eficaces, su participación en las decisiones que afecten al conjunto social y especialmente a su sector. Promueven su acceso al empleo, vivienda, crédito y sistema de cobertura social. Tienen derecho a la educación y desarrollo integral, al perfeccionamiento e inserción democrática, social, cultural, política y económica, a la capacitación laboral y al acceso a las fuentes de trabajo.

c) Adultos mayores. El Estado garantiza a las personas adultas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias. Desarrolla políticas sociales que atienden sus necesidades específicas y elevan su calidad de vida. Mediante políticas sociales de inclusión, el estado provincial vela en forma directa o a través de terceros, por su protección e integración socio económica y cultural, en especial a los ancianos que se hallen en situación de riesgo, abandono o desamparo.

d) Personas con necesidades especiales. El Estado garantiza el pleno desarrollo e integración económica y sociocultural de las personas discapacitadas, a través de acciones positivas que les otorgue igualdad real en el acceso a las oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional, Tratados Internacionales,

Leyes y esta Constitución, sancionando todo acto u omisión discriminatoria. Promueve y ejecuta políticas de protección integral y de fortalecimiento del núcleo familiar, entendido como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, tendientes a la prevención, rehabilitación, educación y capacitación, e inserción social y laboral. Prevé el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes.

e) Perspectiva de género e igualdad de oportunidades. El estado provincial garantiza en el ámbito público y promueve en el privado la igualdad real de oportunidades y trato entre varones y mujeres en el acceso y goce de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales²⁸⁶.

²⁸⁶ [www.senado.gov.ar 88/5377.pdf](http://www.senado.gov.ar/88/5377.pdf)

La sucesión *Mortis Causa*

I. Introducción. II. Sucesión testamentaria. 1. Concepto. 1.1. Actos de última voluntad. 1.2. Acto unilateral. 1.2.1. El testamento conjunto y la regla *locus regit actum*. 1.3. Actos personalísimos. 1.4. Acto escrito. 1.5. Actos patrimoniales. 1.6. Acto formal y solemne. 2. La capacidad y las disposiciones testamentarias. 2.1. La edad y la capacidad para testar. 2.2. La perfecta razón del Código Civil. 2.3. Demencia. Demencia declarada con posterioridad al testamento. 2.4. Carencia accidental del discernimiento. 2.5. Captación de la voluntad y el tipo penal. 3. El testamento y su forma. 3.1. Acreditación de la forma. 4. Firma del testador. 5. Formas de testar. 5.1. Testamento ológrafo. 5.2. Testamento por acto público. 5.2.1. Concepto. 5.2.2. Formalidades. 5.2.3. El testamento por acto público y la firma del testador. 5.2.4. Idioma extranjero. 5.3. Testamento cerrado. 6. Los testigos. 7. Protocolización de Testamentos. 7.1. Necesidad de la protocolización. 7.2. Designación del escribano. 7.3. Acta de protocolización. 8. Obligación de comunicar. 9. Otras disposiciones *mortis causa*. 9.1. Disposiciones *Mortis Causae* en general. 9.2. Disposiciones testamentarias para constituir fideicomisos. 9.3. El inicio de la tutela jurídica. 9.4. Las fuentes del fideicomiso. 9.5. El Fideicomiso en la Argentina: Evolución legislativa. 9.6. El régimen de la ley de fideicomiso en Argentina. 9.7. Defensa del Fideicomiso testamentario. 9.8. Conclusiones de la intervención notarial en los fideicomisos testamentarios. 10. Colofón. III. La sucesión intestada en el Código Civil argentino. 1. Proceso sucesorio. 2. Transmisión hereditaria. 3. Posesión hereditaria. 4. Declaratoria de herederos. 5. Sistema germánico de reconocimiento de herederos con estructura francesa. 6. Panorama jurídico. 7. El notariado y sus incumbencias sucesorias. 8. Primeros antecedentes judiciales. 8.1. Caso *Picasso*. 8.2. Caso *Zavala*. 9. La transmisión hereditaria y la extinción de la indivisión. 9.1. Formas de partir. 9.2. La partición notarial. 9.2.1. Contenido de la partición. 9.2.2. Forma instrumental partitiva. 9.3. La registración de la partición. 10. Tendencias.

I. Introducción.

La sucesión *mortis causa* es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, que es deferida por la ley creando expectativas actuales o eventuales -sucesión legítima-, o por voluntad del hombre manifestada en testamento válido –sucesión testamentaria-.

La ley en la estructura jurídica argentina, interviene de dos maneras. Imponiendo al heredero, aún contra la voluntad del causante; a quien le asigna una porción de bienes de la que no puede ser privado y que se llama porción legítima o simplemente *legítima*, la cual será

mayor o menor según el grado de parentesco con el causante²⁸⁷. Son los llamados herederos forzosos o legitimarios del causante, integrado por los hijos, los ascendientes y los cónyuges – únicamente en relación a los bienes propios-.

No habiendo herederos *forzosos* o *legitimarios* (hijos, ascendientes y cónyuge), la ley deja a cada uno la posibilidad de disponer libremente de sus bienes, instituyendo heredero a quien desee (parientes colaterales, amigos, etc.). Si tiene herederos forzosos, puede instituir herederos, en relación a la parte libre después de salvada la legítima, parte que se llama porción disponible o de libre disposición.

Cuando la persona muere sin haber testado ni tener herederos *forzosos*, la ley tiene por objeto suplir la falta de institución y lo hace a favor de aquellas personas que sin ser legitimarios, tienen un vínculo de parentesco con el causante y que por esa causa los considera herederos *legítimos* o legales (colaterales hasta el cuarto grado inclusive). Denominación que le corresponde a partir de su contemplación legal.

El Código Civil argentino, sancionado por ley 340 el 25 de septiembre de 1869, para regir a partir del 1 de enero de 1871, se divide en cuatro libros. La Sección Primera del último de los libros, está destinada a la *Transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes corresponden* y se divide a su vez en tres partes. La primera, que abarca los siete primeros títulos, contempla preceptos comunes a las herencias con testamento o intestadas. La segunda parte se refiere a las sucesiones intestadas (títulos 8, 9 y 10); mientras que la tercera parte, trata de la sucesión testamentaria (títulos 11 a 20).

II. Sucesión testamentaria.

1. Concepto.

El acto escrito, celebrado con las solemnidades previstas y exigidas por la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de la muerte (art. 3607 C.C.), recibe el nombre de testamento.

²⁸⁷ La porción legítima de los hijos –y descendientes- es de cuatro quintos de todos los bienes de la sucesión y de los que el causante hubiere donado (conf. art. 3593 C.C.). La porción se reduce a dos tercios, para el caso de los ascendientes (conf. art. 3594 C.C.); y será la mitad para el cónyuge supérstite cuando no existan descendientes ni ascendientes (conf. art. 3595 C.C.), mientras que si concurre con descendientes (sobre los bienes propios) o con ascendientes (sean propios o gananciales correspondientes al premuerto), será tomada de la forma asignada a sus coherederos (conf. art. 3576 C.C.).

La delación testamentaria se caracteriza por ser un acto jurídico de última voluntad o *mortis causa*, unilateral, escrito, formal y solemne, de disposición patrimonial y revocable.

1.1. Actos de última voluntad.

Son aquellos que deben producir efectos después del fallecimiento de quien emanan; aunque es imprescindible aclarar que no debe confundirse la eficacia del acto con sus efectos. En los actos de última voluntad, la muerte del otorgante es condición de su eficacia. Esto cobra especial relevancia en cuanto a la revocabilidad del testamento y al momento a partir del cual se determinan sus efectos.

Independientemente de su eficacia, la perfección del acto, se relaciona con sus presupuestos o condiciones de validez (capacidad del otorgante, objeto, forma y causa), por lo que será un acto perfecto desde su otorgamiento –independientemente de su ineficacia pendiente y su eficacia posterior- y no un simple proyecto hasta el último momento de vida del testador.

1.2. Acto unilateral.

El ordenamiento jurídico argentino, no admite que dos o más personas testen en el mismo acto, sea a favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua, por ser un acto esencialmente libre. Se prohíbe que dos o más personas constituyan una unidad intelectual, un mismo acto, que intervengan como otorgantes en un mismo testamento, porque eso atenta contra la voluntad ambulatoria y potencialmente cambiante de su autor.

Nada impide que cada uno por su parte –en testamentos separados-, disponga a favor de un tercero o a favor uno del otro, porque en este caso cada uno es dueño de revocar su testamento cuando así lo considere.

1.2.1. El testamento conjunto y la regla *locus regit actum*.

La doctrina mayoritaria sostiene que se ha reconocido que la regla *locus regit actum* tiene su fundamento predominante en el interés de quienes otorgaron el acto. Consecuentemente si se invalidara un testamento conjunto otorgado en el extranjero de

acuerdo con la forma autorizada por la ley del lugar en que se testó, se burlaría la voluntad del causante y se despojaría al heredero instituido de bienes que aquél quiso dejarle²⁸⁸. A su vez, ese testamento conjunto otorgado en el extranjero, podrá ser revocado unilateralmente en virtud de lo prescripto por el art. 14 inc. 4º del Código Civil, aún cuando la revocación no fuese eficaz según la ley del lugar donde se efectuó, ya que las leyes extranjeras no son aplicables cuando las del Código Civil, en colisión con aquéllas, fuesen más favorables a la validez de los actos.

1.3. Actos personalísimos.

Las disposiciones testamentarias, son actos personalísimos, indelegables, deben ser la expresión *directa* de la voluntad del testador (conf. art. 3619 C.C.). Por ello no se admite en el ordenamiento nacional delegar en otra persona la facultad de realizar las disposiciones *mortis causa* (testamento por *nuncio*).

1.4. Acto escrito.

La forma escrita integra el conjunto de solemnidades común a todas las formas de testar que prevé el ordenamiento jurídico argentino²⁸⁹, ellas son por acto público, cerrado y ológrafo –independientemente de los testamentos especiales-. Es decir, no se receptó en nuestra legislación el testamento nuncupativo u oral que recogieron las Partidas y el derecho escrito del sur de Francia²⁹⁰.

1.5. Actos patrimoniales.

Las disposiciones patrimoniales son las que dan mayor sentido al testamento y pueden comprender todo o parte de los bienes de quien testa, instituyendo sucesores: sean herederos,

²⁸⁸ Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. "Sucesiones", T. IV, nº 1065, p. 139. 8ª edic. Edit. Lexis Nexis Abeledo Perrot. 2003. Buenos Aires. Zannoni, Eduardo A. *Derecho Civil*. "Derecho de las Sucesiones". T. II. P. 253. 4ª edic. Edit. Astrea. 2001. Buenos Aires.

²⁸⁹ Es oportuno aclarar que la forma escrita es imprescindible, al momento de testar, lo que no implica que para que la voluntad testamentaria tenga efecto sea menester que el documento exista materialmente al momento de la apertura de la sucesión. Conf. Zannoni, Eduardo, ob. cit. *Derecho ...* T. II, p. 254.

²⁹⁰ Vélez Sarsfield rechazó las formas no escritas porque implicarían confiar las últimas disposiciones de los moribundos a la incertidumbre o la fragilidad de la memoria de los testigos y a todos los peligros de la prueba testimonial (nota al art. 3607 C.C.).

legatarios particulares o legatarios de cuota; disposiciones indirectas sobre los bienes o sobre el modo de operarse la transmisión.

No obstante lo precedentemente expuesto, un testamento puede contener disposiciones extrapatrimoniales, como nombrar tutor a los hijos menores (art. 383), o curador de dementes o sordomudos (art. 479), disponer el destino a dar a las llamadas cosas comunes a toda la herencia (art. 3473), disponer acerca de su cadáver (inhumación, sepultura, etc.); reconocimiento de hijos extramatrimoniales (art. 333); disposición de órganos para después de la muerte (art. 20 ley 24.193); etc.

1.6. Acto formal y solemne.

En nuestro derecho el testamento es un acto formal solemne, de solemnidad absoluta. Su forma reviste carácter constitutivo del acto (conf. art. 3632 C.C.); por lo que el acto será de ningún valor si no reúne las formas testamentarias requeridas.

2. La capacidad y las disposiciones testamentarias.

El testamento, como acto jurídico *mortis causa*, produce sus efectos después de la muerte del causante. Ocurre muchas veces que, quien lo celebra, lo hace en el ocaso de su vida y tal circunstancia ha generado no pocas contiendas judiciales entre familiares, quienes cuestionan su validez, en razón de las particularidades que rodean el momento de su realización, generalmente derivadas de enfermedades o de un deterioro progresivo de la salud.

El notario es hacedor de la seguridad jurídica preventiva, y no sólo su función la asegura, sino también que la construye, la realiza y la perpetúa²⁹¹. Es por eso que él debe asegurar la validez y la eficacia del acto que ante él se otorga, y quien debe llegar al convencimiento que el otorgante está en pleno uso de sus facultades mentales.

La referencia al pleno uso de su facultades mentales, no significa que el otorgante no padezca la más mínima restricción de esas facultades, ya que inevitablemente el transcurrir

²⁹¹ Ponencia presentada por la delegación Argentina al XXVI Congreso Internacional del Notariado, Marrakech, Marruecos, octubre de 2010, en el Tema II.

de los años las irá limitando. Sino que el requirente esté ubicado en tiempo y espacio, conozca el alcance que se derivará o que pudiera derivar del acto que va a otorgar²⁹².

Todo acto jurídico presupone la habilidad o la aptitud del sujeto que la otorga. Tal aptitud subjetiva se denomina capacidad. En principio toda persona puede otorgar su testamento; la capacidad es la regla. Así lo estatuye el art. 3606 C.C. Asimismo, la capacidad para testar se juzga en el momento en que se otorgó el testamento, no interesando si existía o faltaba en el instante de la muerte (conf. art. 3613 C.C.²⁹³). Ha de tenerse en claro que las nociones jurídicas de “capacidad” y “discernimiento” no son homónimas. La primera, la capacidad o su falta, se gradúa por categorías abstractas: se es o no capaz según que la persona haya sido o no declarada judicialmente interdicta. En cambio, el discernimiento se aprecia de consuno a las circunstancias personales de cada sujeto, y ésta es la situación que interesa en cuanto a las disposiciones de última voluntad²⁹⁴.

Es el notario quien tiene que llegar a un convencimiento acerca de su requirente y tratar de llegar a un convencimiento pleno o negarse a autorizar el acto. Aquí la coherencia y la razonabilidad de lo que el requirente solicita, su modo de expresarse y su actitud, son los que guiarán su decisión.

En nuestra labor diaria, se nos plantea permanentemente la dificultad de llegar en ciertos casos, a un convencimiento cierto acerca del correcto empleo de la razón por parte de nuestros requirentes. La cuestión ha arrastrado muchos problemas y la doctrina no ha sido profusa al respecto. La jurisprudencia deduce, en ciertos casos, que la ley impone al autorizante la obligación de analizar la mayoría de edad y también su capacidad natural o su discernimiento.

En nuestra doctrina y jurisprudencia, cuando se habla de “capacidad”, normalmente se alude tanto a quienes una sentencia ha restringido o anulado su capacidad de obrar a causa de una enfermedad mental, como a quienes, sin estar sujetos a régimen de protección alguno,

²⁹² El régimen del discernimiento es uno solo y consiste en la aptitud del sujeto para saber lo que hace, distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo que no lo es, lo malo de lo bueno; comprender y querer, y manifestar su voluntad tal cual lo hace el ser humano normal. C.N.Civ., sala G. 14/11/2008. LL 11/06/2009.

²⁹³ Art. 3613 C.C.: “Para calificar la capacidad de testar, se atiende sólo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad al tiempo de la muerte.”

²⁹⁴ C.N.Civ., sala G. 09/10/2007. LL 11/12/2008.

tienen de hecho limitada su aptitud de otorgar negocios jurídicos a causa de una pérdida de su discernimiento permanente o transitoria.

En esta materia rigen los principios generales relativos a la capacidad para obrar y así conforme con el art. 3606, parte 1° del C.C., *“toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento...”*²⁹⁵.

El régimen del discernimiento es uno solo y consiste en la aptitud del sujeto para saber lo que hace, distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo que no lo es; lo malo de lo bueno, a comprender y querer, a manifestar su voluntad tal como lo hace el ser humano normal.

La debilitación de facultades, las extravagancias y aún los “raptus” esporádicos que pudo manifestar quien en vida testó, que no llegan a convencer acerca de la ausencia de libertad y raciocinio, no son causa de nulidad de un acto de disposición póstuma, en tanto y cuanto no pongan a descubierto alienación mental, que consiste en un trastorno general y persistente en las cuestiones psíquicas. Tampoco la ingesta de medicamentos, estupefacientes, que si bien pueden alterar la voluntad o disminuir el entendimiento, si no se acreditó tal circunstancia o extremo, no dan cabida a la anulación del acto o de disposición que emitió el causante²⁹⁶.

2.1. La edad y la capacidad para testar.

El art. 3614 C.C. establece que *“no pueden testar los menores de 18 años de uno u otro sexo”*. Esta norma era la excepción al principio general que vedaba los actos de disposición de bienes (salvo emancipación por matrimonio o, en su caso la habilitación de edad) al menor de edad, que antes era hasta cumplir los 21 años. Con la reforma de la ley 26.579 (B.O. 22/12/09), el art. 126 C.C., considera menores de edad a las personas que no hubieren cumplido los 18 años.

²⁹⁵ La norma alude exclusivamente a las personas de existencia visible, pues las personas jurídicas no pueden disponer de sus bienes por testamento.

²⁹⁶ C.N.Civ., sala G. 09/10/2007. LL 11/12/2008.

Con respecto al emancipado por matrimonio, el art. 3614 C.C., también constituye una excepción a la norma que otorga al emancipado capacidad para todos los actos de la vida civil (art. 133 C.C.). Tratándose de emancipados por matrimonio los menores de 18 años de edad, no podrán testar, ya que el art. 3614 C.C. no distingue entre emancipados y no emancipados.

Las incapacidades que existen para ciertas formas testamentarias, se infieren de las solemnidades exigidas para cada una de ellas, y se refieren a personas que sin ser incapaces, no pueden testar bajo alguna o algunas de ellas.

2.2. La perfecta razón del Código Civil.

Las disposiciones testamentarias deben ser el resultado de una voluntad libre y consciente. El testador debe actuar con esa facultad de discriminar con sensatez entre dos conceptos que es el discernimiento; lo debe hacer con intención que no es otra cosa que la dirección impresa con juicio ponderado a la voluntad para producir un hecho o un acto; lo cual hará con libre determinación, con independencia de toda sugestión, o sea con libertad²⁹⁷.

Los arts. 3615 y 3616 C.C. han suscitado una ardiente polémica en nuestra doctrina en torno a su interpretación. Para comprender el alcance de los artículos citados, es menester recordar los principios generales que informan la materia.

En nuestro derecho, la carencia de *discernimiento* para la ejecución de actos jurídicos constituye, por una parte, el fundamento de la *incapacidad* de obrar, y por la otra, sea o no permanente en el sujeto, la causa de *anulabilidad* del acto otorgado en esas condiciones. La incapacidad de hecho (arts. 54 y 55 C.C.) trasciende frente a una carencia, falta o insuficiencia del discernimiento del titular de un derecho, y como un medio de protección o tutela del incapaz. Independientemente que el sujeto sea capaz de obrar, en términos generales, conforme con el art. 52 C.C., la incolumnidad del hecho voluntario aparece presupuesta en la consagración de los vicios: error y dolo (arts. 924 y ss. y 931 y ss. C.C.) en lo atinente a la intención, y la violencia (arts. 936 y ss.) como falta de libertad.

²⁹⁷ Vidal Taquini, Carlos H., *La perfecta razón del testador impide la captación de su voluntad*. LL 2009-B, 693.

También la ausencia momentánea o circunstancial de discernimiento, aún en quien es capaz en términos generales, obsta a la perfección del hecho que se pretende voluntario. “*Los actos serán reputados hechos sin discernimiento si fueren actos lícitos practicados ... por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón*” expresa el art. 921 C.C.

Estrictamente *demente* es, para el derecho, el sujeto que por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ha sido declarado tal, sobre la base de la constatación de una alienación mental permanente. Pero también, y en términos más generales aún, se habla de dementes para designar a quienes, incluso sin haber sido declarados tales, muestran cualquier tipo de perturbación permanente o transitoria de sus facultades mentales.

El art. 140 del C.C. expresa: “*Ninguna persona será habida como demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente.*” Pero el propio Código se refiere en otros artículos a quien se hallase “notoriamente en estado habitual de demencia” (art. 3616 C.C.) o simplemente, al demente (art. 3615 C.C.), sin presuponer la previa declaración judicial o interdicción. En la nota al art. 3616 C.C. el mismo codificador afirma que “*el estado de demencia, como un hecho, puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues que los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan*”²⁹⁸.

Aquí comenzaron los equívocos, cuando el Código alude al demente, no necesariamente se alude a quien jurídicamente se presume en estado de demencia; puede también referirse a quien de hecho sufre, en forma permanente o transitoria, de una alteración psíquica que le impide asumir un estado de idoneidad para entender o para querer. El *estado* de demencia para trascender como tal, requerirá la previa constatación de la enfermedad mental que impide al sujeto “dirigir su persona o administrar sus bienes” (art. 141 C.C.); el *hecho* de la demencia, como todo hecho, requerirá la prueba de que en determinado momento el sujeto estaba privado de razón.

²⁹⁸ La declaración del escribano público, frecuentemente contenida en el testamento de que el otorgante se halla en pleno uso de sus facultades mentales, no tiene otro valor que el de un simple testimonio, de valor muy relativo. C.N.Civ., sala B. 23/07/81. E.D. 95-391.

Existen dos corrientes al respecto: una sostiene que debe exigirse una conciencia más rigurosa que la requerida para los actos entre vivos; la otra, que la norma no exige un discernimiento más calificado que el necesario para realizar cualquier otro acto jurídico, sino que apunta a requerir una valoración más estricta de la prueba del discernimiento del disponente²⁹⁹.

El concepto de perfecta razón en principio, no se ve alterado por la ancianidad³⁰⁰ ni por la presencia de enfermedades físicas que no perturben las facultades intelectuales de aquel.

Cuando existe declaración de demencia, se genera un estado de incapacidad de hecho para esa persona, y queda sujeta a una representación necesaria, la del curador (arts. 57, inc. 3º y 468 C.C.). La ley presume que a partir de la declaración de interdicción, hay una carencia de discernimiento, “*son incapaces de administrar sus bienes, el demente, aunque tenga intervalos lúcidos ...*” (art. 469 C.C.). Diferente es si se trata del hecho de una alienación mental, de no estar el sujeto en perfecta razón en el momento de otorgar el acto, no altera la presunción jurídica de capacidad. Para que el acto sea anulado, se exigirá la prueba de la privación de razón por cualquier causa que fuere (art. 1045 C.C.).

El testador debe obrar con intención, discernimiento y libertad (conf. Art. 897 C.C.), reunir los elementos de la voluntariedad, sin los cuales los hechos “no producen obligación alguna” (art. 900 C.C.), debe conceptuarse como la capacidad intelectual corriente del hombre normal que le permite comprender lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones. No es que se exija una voluntad más intensa que en los demás actos jurídicos, sino que, con ello admite la posibilidad de atacar el testamento después de la muerte del testador³⁰¹.

La prueba que debe producir quien impugna la validez de un testamento, necesita ser decisiva, seria, fehaciente con el fin de destruir la presunción de capacidad que goza el testador, y así, avalar su pretensión, porque el poder de la inteligencia puede hallarse quebrantado por una enfermedad física sin encontrarse por ello, en principio, comprometida

²⁹⁹ C.N.Civ., sala H, 08/02/2010, G.M., M.C. c. A.A., V.S.

³⁰⁰ La enfermedad a una edad avanzada no impide testar válidamente. C.N.Civ., sala G. 14/11/2008. L.L. 11/06/2009.

³⁰¹ C.N.Civ., sala E. J.A. 2005-III-796.

la capacidad testamentaria del causante. Sin que ello exima a la contraria de demostrar la inexistencia de la falta de plena razón y en caso de duda, la decisión debe inclinarse a favor de la lucidez³⁰².

El art. 3615 C.C. comienza diciendo: “*Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón*”. El codificador en la nota traduce el artículo correspondiente del Código Civil francés que exige del testador ser *sain d’esprit* (sano de espíritu). Para Zannoni³⁰³, el sentido de este artículo es requerir del testador que obre con intención, discernimiento y libertad (conf. art. 897 C.C.). Los hechos que no fueren ejecutados con los elementos de la voluntad, no producen por sí obligación alguna (art. 900 C.C.)³⁰⁴.

Ha dicho la jurisprudencia que “la perfecta razón no debe considerarse en abstracto, tomando en comparación un ente ideal, sino que debe ser concreto, esto es, referida a las naturales falencias y aptitudes del propio sujeto disponente. No debe buscarse una suerte de perfección ideal, sino que debe apreciarse si el testador se hallaba en condiciones de expresar el querer y entender propio de su personalidad, mientras que no se transpongan los límites de su normalidad”³⁰⁵. Es necesario que el trastorno sufrido por el testador tenga tanta importancia psicológica como para que sea capaz de abolir completamente su conciencia y su libertad para actuar. No cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad de quien la padece, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de la razón³⁰⁶.

La “razón” es la facultad de discernir, de saber lo que queremos y por qué. El adjetivo calificativo de “perfecta”, la reputa como de “excelencia”, una esclarecida intención y una total libertad del testador³⁰⁷.

³⁰² C.N.Civ., sala D. E.D. 104-121; C.N.Civ., sala E. J.A. 2005-III-796.

³⁰³ Zannoni, Eduardo A.: *Derecho Civil - "Derecho de las sucesiones"*, T. II., p. 271. 4ª edición. Ed. Astrea. 2001. Buenos Aires.

³⁰⁴ La S.C.B.A. decidió el 17/10/2001 que “es improcedente concluir que el causante actuó con falta de razón al otorgar testamento por acto público, si de los testimonios de los profesionales que lo trataron durante el transcurso de su enfermedad terminal surge que al momento de testar poseía pleno discernimiento para comprender los alcances del acto que realizaba, no obstante a ello que las pericias basadas en su historia clínica hubieran concluido lo contrario, en tanto no se basaron en un conocimiento directo de aquel”. *Rodríguez, Fermín c. Prieto, María Luisa y otra*. L.L.B.A. 2002, 51.

³⁰⁵ C.N.Civ., sala J. 23/02/2010. L.L. 2010-D, 261. C.N.Civ., sala A, E.D. 140-431; sala C, E.D. 187-202.

³⁰⁶ C.N.Civ., sala E. L.L. 1977-D-918. Diario La Ley 24/09/2007, p. 11.

³⁰⁷ C.N.Civ., sala H. 29/12/2010. *C., E. y otro v. K., M.E.* Es cierto que se exige un mayor rigor que en los actos entre vivos, debido a que se faculta a la persona para apartarse del orden normal de la sucesión

2.3. Demencia. Demencia declarada con posterioridad al testamento.

El art. 3615 C.C. dice: *“Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en intervalos lúcidos que sean suficientemente claros y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces”*. El artículo se refiere a los dementes, y debemos interpretar que no se refiere al insano interdicto cuya incapacidad es absoluta *“aunque tenga intervalos lúcidos”* (art. 469 C.C.), sino a quien de hecho está privado de razón al momento de testar por causa de demencia.

El principio general es que luego del fallecimiento no pueden ser impugnados los actos, pero sí puede serlo un testamento por la razón que da Vélez Sarsfield en la nota: *“... porque el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso”*.

El art. 3616, 2ª parte, C.C. establece: *“Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido”*.

Acá nos encontramos con dos principios de prueba del hecho de la demencia: la regla es que quien ataca la validez del testamento debe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de otorgarlo. Y si quien ataca el testamento probase que el testador era, en la época en que testó, notoriamente insano, la carga de la prueba de que testó en un intervalo lúcido corresponderá a quien sostenga la validez del testamento.

En principio *la ley presume* la voluntariedad del acto celebrado u otorgado por el sujeto capaz, como también presume que se encuentra en “perfecta razón”. Es lo que expresamente prevé el art. 3616, parte 1º C.C.: *“La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario”*. Si se trata de un demente interdicto, la presunción opera precisamente a la inversa, y es así que el art. 472 C.C. nulifica los actos celebrados por el interdicto (conf. también art. 1041 C.C.). Pero el art. 3615, parte 2º C.C.,

mortis causa, por lo que debe ser inequívoco y convincente que el *de cuius* estuvo en condiciones de reemplazar con su perfecta razón la voluntad de la ley.

dispone: *“Los dementes sólo podrán hacerlo -testar- en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces”*.

Es en el confornte de estas disposiciones que se ha considerado que el art. 3615 C.C. acuerda a los dementes interdictos capacidad para testar si lo hacen durante un intervalo lúcido³⁰⁸; aplicándolo a nuestro derecho, importaría afirmar que la incapacidad absoluta de hecho que afecta al interdicto aunque tenga intervalos lúcidos, no regirá para los actos de última voluntad y sólo sería aplicable a los actos entre vivos.

El mismo Codificador en la nota al art. 3615 C.C. dice: *“Se dirá que es inútil este artículo, porque para los actos jurídicos la persona debe estar en su perfecta razón; pero por una doctrina general los actos ejecutados por una persona que no está en su completa razón, no pueden ser anulados después de su muerte, cuando la incapacidad de esa persona no ha sido declarada en juicio. El artículo, pues, hace una excepción al principio, decidiendo de manera absoluta que los dementes no pueden testar; así, aunque el testador hubiese muerto sin estar juzgado como demente, sus disposiciones testamentarias podrían ser atacadas como hechas por un demente; porque el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso”*³⁰⁹.

Así, se pone de resalto que lo estatuido en el art. 3615 C.C. constituye una excepción a la inimpugnabilidad de los actos otorgados por una persona luego de su fallecimiento, estableciéndose como causa de incapacidad la demencia no declarada ni demandada antes de la muerte (conf. art. 474 C.C.). Dicho art. 474 C.C. expresamente se refiere a la inimpugnabilidad de los actos entre vivos: *“Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de*

³⁰⁸ Esta era la doctrina sostenida por Demolombe.

³⁰⁹ Borda refiriéndose a Fornieles, recuerda las palabras de Troplong incluidas por el codificador en la nota al art. 3615 C.C. y ampliándolas, citando directamente a Troplong, dice: “lo que he visto de ciertos médicos en mi carrera judicial, es increíble: oyéndolos no hay hombre que no pueda ser declarado enfermo. Si Pascal no hubiera muerto, tendría que estar prevenido, porque conozco a más de un doctor que lo tiene por alucinado”. La gran libertad de apreciación es de los jueces, que son los únicos habilitados para decidir sobre la perfecta razón del disponente. Si las disposiciones se hallan bien concertadas y responden a las afecciones presuntas del testador, bastan para decidir la duda a favor de la capacidad. C.N.Civ., sala B. 06/05/1998. L.L. 1990-A, 294.

*incapacidad...*³¹⁰. Así, el art. 3615 C.C. se trataría de una excepción a la imposibilidad de promover la acción de nulidad de los actos del insano no interdicto.

2.4. Carencia accidental del discernimiento (débiles mentales, senilidad, embriaguez, estupefacientes, hipnotismo, sonambulismo, estados emocionales).

La misma nota al art. 3615 C.C. comprende no sólo la demencia o insania en sentido médico-legal, sino cualquier estado accidental de pérdida de la razón, como el caso de embriaguez o el uso de estupefacientes en el momento de testar. Corresponderá también la senilidad o demencia senil, y concretamente a los inhabilitados judicialmente en los casos del art. 152 bis C.C.³¹¹, a quienes si bien sólo se les prohíbe disponer de sus bienes sin asentimiento del curador por actos entre vivos, se los presume carentes de discernimiento pleno.

La jurisprudencia³¹² ha dicho que el art 152 bis, interpretado a *contrario sensu*, autoriza tácitamente a testar a los inhabilitados al preceptuar que no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Ello no significa que en los estados fronterizos con la insania, deje de aplicarse. En estos casos se aplicaría el art. 3616 *in fine* C.C. y quien sostenga la validez del testamento, no obstante tratarse de un ebrio habitual, afecto a los estupefacientes, semialienado o pródigo deberá probar que el testamento fue otorgado en un momento en que gozaba de perfecta razón, con suficiente aptitud intelectual para discernir razonablemente sobre su herencia.

³¹⁰ La ley 17.711 en el año 1968 agregó el siguiente párrafo: “Esta disposición no rige si se demostrase la mala fe de quien contrató con el fallecido”.

³¹¹ Art. 152 bis C.C.: “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1. A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio; 2. A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el art. 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio; ... Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

³¹² C.N.Civ., sala G, 05/06/95. *Uveda de Robledo, Epifanía c. Kodama, María s/ nulidad*. E.D. 163-517. En oportunidad de reverse la decisión sobre el testamento por acto público otorgado por el escritor Jorge Luis Borges.

No cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de la razón. Es decir, es necesario que haya sido capaz de entender o querer en el momento en que otorgó el testamento³¹³. Y a la inversa, la voluntad de un sujeto normal puede estar viciada cuando el discernimiento se halla oscurecido por una causa cualquiera, como la embriaguez u otras afecciones momentáneas³¹⁴.

Con respecto a los sordomudos interdictos, aquellos que no sepan leer ni escribir, el art. 3617 C.C. expresamente les prohíbe testar. Este tipo de sordomudez lleva a la interdicción conforme con los arts. 54³¹⁵ y 153³¹⁶ C.C. Aún así, cuando no hubieran sido declarados interdictos, su imposibilidad de comunicarse mediante la escritura, ni de imponerse del acto por la lectura, impiden al sordomudo testar bajo cualquiera de las formas ordinarias que exigen, en el testamento ológrafo saber leer y escribir; en el testamento por acto público escuchar su lectura; y en el testamento cerrado, leer y firmar (arts. 3639, 3651, 3658 y 3667 C.C.).

En un dictamen del Dr. Mariano Castellanos, Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que ésta hace suyo, ante la consulta del escribano Desiderio Chafén, expresó que: “Desde que el escribano abriga sospechas, que se suponen fundadas, sobre el estado de las facultades mentales de la persona que intenta otorgar una escritura pública, debe abstenerse de extenderla; y no está autorizado para ordenar reconocimientos médicos con el propósito de constatar de un modo auténtico que el interesado está en condiciones de contratar. El juicio relativo al estado de las facultades mentales de una persona corresponde seguirse ante Juez competente y por parte interesada”³¹⁷. A partir de este dictamen, se percibe la reticencia de muchos colegas en lo que respecta a servirse de certificados médicos o psicológicos de salud mental, sosteniendo que si el notario debe otorgar actos cuya validez y eficacia estén fuera de toda duda y ha pedido un certificado médico de salud mental del otorgante o ha recurrido a la consulta con otros

³¹³ C.N.Civ., sala F, 05/02/01. *Camperchioli, Teresa Lina c. Janelli, María Cristina Guillermina y otro s/ nulidad de la escritura.*

³¹⁴ C.N.Civ., sala E. E.D. 69-246.

³¹⁵ Art. 54 C.C.: “*Tienen incapacidad absoluta: ... 4. Los sordo-mudos que no saben darse a entender por escrito.*”

³¹⁶ Art. 153 C.C.: “*Los sordo-mudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito.*”

³¹⁷ Acuerdos y sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Tomo I, Tercera Serie, p. 375/6. Imprenta Europea, 1ª Edic. 1886. Buenos Aires.

profesionales, está demostrando de ese modo, que el notario no estaba seguro, y consecuentemente no debería haber autorizado el acto.

Nuestro Codificador en la nota al art. 993 C.C. ha dicho: *”... si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contra ... “*. Y luego agrega en la ya citada nota al art. 3616 C.C. que los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan, y esto por obvia misión concreta que tienen de sólo atenerse a la sustancia misma del acto y sus solemnidades prescriptas (el fedatario no es especialista en psiquiatría ni médico)³¹⁸.

Las enfermedades físicas no privan en general de la aptitud de testar, aún cuando pueden impedir optar por determinadas formas testamentarias. La pérdida de los órganos usados para la escritura impiden otorgar testamento ológrafo o cerrado. Existen enfermedades que pueden privar de la razón temporariamente, por ejemplo: delirio febril, intoxicación urémica. En cambio, el uso de medicamentos que fueran inhibitorios o actúen en el sistema nervioso central, pueden sí ser elementos a tener en cuenta para evaluar si estaba comprometida la capacidad del testador³¹⁹. La ancianidad por sí misma, no priva de la aptitud testamentaria al causante³²⁰.

Claro está que ni desde la moral ni desde el derecho, el notario tiene una obligación de negarse a la autorización ante la más mínima duda, sino sólo ante la comprobación de trascendentes alteraciones intelectuales del otorgante. Lo contrario significaría una incriminación a la persona, se trata de guardar el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas a los que se refiere el art. 3º de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por la ley nacional 26.378 publicada el 9/6/2008). Si un notario se niega a autorizar un acto por falta de discernimiento del otorgante, atenta expresamente contra el art. 140 C.C. y contra el dictamen citado del Dr. Castellanos, refiriéndose a que el juicio relativo al estado de las facultades mentales de una persona corresponde seguirse ante Juez competente y por parte interesada.

³¹⁸ C.N.Civ., sala G. 09/10/2007. L.L. 11/12/2008.

³¹⁹ C.N.Civ., sala E, 02/11/2004. *K., R.E. v. T., A.X. y otros*. El suicidio del testador inmediatamente después de testar no prueba por sí solo la falta de perfecta razón.

³²⁰ C.N.Civ., sala H. 29/12/2010. *C., E. y otro v. K., M.E.*

Llorens³²¹ expresa que el notario si bien no puede trasladar su responsabilidad a un profesional de la salud, no es cierto que en caso de duda deba siempre negarse a autorizar el acto y que no pueda afirmar su criterio en el dictamen de otros profesionales (psicólogos, psiquiatras, etc.). Puede ser tan dañosa la falta de discernimiento de alguno de los otorgantes, como la eventual negativa a autorizar un acto, tanto para esa persona como para terceros, si es que el otorgante en cuestión tuviese el discernimiento necesario.

Por otro lado, el informe de un médico psiquiatra o un psicólogo de confianza del notario podría ser útil a los efectos de corroborar la experiencia del notario en el trato personal con el requirente. Para Llorens los dictámenes de profesionales de la salud, si bien no relevan al notario de sus obligaciones y demuestran las dificultades que éste tuvo para llevar adelante su juicio de valor, pueden llegar a ser un elemento de muchísima utilidad del que corresponde se valga el autorizante del acto en la adopción de esa misma decisión valorativa propia.

El notario debe formar su criterio acerca de la aptitud de discernimiento del requirente en concreto; esa valoración la debe efectuar siempre con relación al acto que pretende otorgar. Y en estos casos es verdaderamente importante que las disposiciones del testador no carezcan de razonabilidad³²², ya que son un elemento valioso para el Juez³²³. El notario debe guiarse por la coherencia del requerimiento en su vinculación con el acto a otorgar, al igual que en todo acto que ha de autorizar.

La interpretación del testamento consiste en indagar la voluntad interna del declarante, lo realmente querido por éste al emitir su declaración. Lo que la jurisprudencia inglesa a denominado “Ponerse en los zapatos del testador”.

³²¹ Llorens, Luis Rogelio. *El Notario y el análisis del discernimiento de los otorgantes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. R.N.965, p.375.

³²² En la averiguación del estado mental del testador, la prueba más importante consiste en la rectitud y el buen sentido de las disposiciones. C.N.Civ., sala E, 25/08/76. E.D. 69-244.

³²³ C.N.Civ., sala G. 09/10/2007. *D.M., A.J. c D., M.N.* “...Si del acto mismo, por la inserción de cláusulas disparatadas o la existencia de contraprestaciones ridículas, se evidencia la notoria alienación en ese “instante”, es ese acto que lleva insito el vicio que propende a su anulación”. La Ley, 11/12/2008.

2.5. Captación de la voluntad y el tipo penal.

Cuando se presentan disposiciones testamentarias que alteran el orden sucesorio establecido por nuestro derecho civil, resulta habitual que los herederos legítimos desplazados procuren “*enderezar*” la real voluntad del testador, para así sucederlo. No obstante, la doctrina y jurisprudencia coinciden en apuntar que para que se configure una captación de la voluntad, no basta con comprobar la presencia de adulación, falso cariño o cuidados excesivos, sino que tiene que producirse un engaño tal al testador sin el cual no hubiera producido la liberalidad. Las maniobras dolosas de intriga o artificio deben ser graves y determinantes del acto de última disposición³²⁴.

Para que la captación dolosa de la voluntad autorice la nulidad de las disposiciones testamentarias, debe ser la causa determinante del beneficio, y la voluntad del testador resultar contraria a la que hubiera expresado si se hubiese entregado a sus propias aspiraciones³²⁵.

Es frecuente que en torno al lecho del enfermo los parientes, amigos y gente de su servicio, multipliquen sus atenciones. Mientras la conducta de los allegados se mantenga en ese terreno, no hay causa suficiente de nulidad, aunque las atenciones y cuidados no sean el fruto de un auténtico cariño y tengan sólo un fin especulativo, porque el juez no puede penetrar en estos estados de conciencia, en lo que suele mezclarse el cariño con el interés; ello llevaría a un terreno resbaladizo ya que probar las intenciones es casi siempre imposible. El testamento debe anularse cuando la captación de la voluntad del testador se ha logrado con medios o procedimientos reprochables, por maniobras o acciones falaces, como calumnias contra la familia, interceptación de la correspondencia, alejamiento de los parientes o sirvientes fieles, intrusión constante en los negocios del disponente, autoridad dominadora. La sugestión consiste en influir sobre el ánimo o los sentimientos del testador mediante insinuaciones, afirmaciones maliciosas o noticias falsas, de modo que no instituya a determinadas personas, o que no redacte su testamento o que en su caso, lo revoque³²⁶.

³²⁴ C.N.Civ., sala H, 08/022010, *G.M., M.C. c. A.A., V.S.*

³²⁵ C.N.Civ., sala C, 24/06/99, *C., J.C. c. C., J.M. y otros s/nulidad de testamento.*

³²⁶ C.N.Civ., sala E, 1/10/2010, *G.C.B.A. c. M., P.R. y otros.* C.N.Civ., sala G, 05/06/95. *Uveda de Robledo, Epifanía c Kodama, María s/ nulidad.* E.D. 163-517. En oportunidad de reverse la decisión sobre el testamento por acto público otorgado por el escritor Jorge Luis Borges.

Hay que diferenciar la ausencia de voluntad que implica falta de discernimiento para efectuar el acto, de la captación y/o sugestión que constituyen maniobras dolosas, determinantes del acto viciado, sin cuya concurrencia la persona víctima del artificio hubiera procedido con otro criterio.

El Código Penal argentino tipifica en su art. 174 inc. 2º el delito denominado “circunvencción de incapaz”³²⁷ y dispone: “*Sufrirá prisión de dos a seis años (...) 2º) El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo.*”

Este delito está encuadrado en el Código Penal entre “Estafas y otras defraudaciones” (Capítulo IV, del Título IV, dentro de las defraudaciones agravadas), pero a pesar de su ubicación se diferencia de la estafa, en que en esta figura no es necesario el error de la víctima, sino que la materialidad del delito está dada por el abuso de necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o un incapaz, lo que significa que el accionar del sujeto activo debe incluir el aprovechamiento del juicio defectuoso, ignorancia o bloqueo del incapaz o del menor³²⁸. No es necesario el engaño para que el delito sea consumado, ya que es suficiente el aprovechamiento de la situación.

En este caso la víctima es un incapaz, un sujeto que decide en general erróneamente, y quien explotó esa deficiencia se aprovecha de la preexistente condición defectuosa de los juicios, sin necesidad de provocarlos por medio de complicadas operaciones. El juicio del incapaz es defectuoso en concreto y contrario a sus intereses.

La ley comprende todo tipo de incapaces, declarados y no declarados; y esta incapacidad debe ser conocida o notoria para el sujeto, ya que de otro modo no podría decirse que el autor abusa de la situación del incapaz.

Aquí, el ardid de la estafa, es sustituido por el abuso. No es necesario un ardid positivo, no es necesario desplegarlo, ya que bastan los halagos culpables, porque es un ardid

³²⁷ Así suele llamarse en la doctrina italiana. Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T. IV. 4ª ed., p. 447. Tipografía Editora Argentina. 1988. Buenos Aires.

³²⁸ Rico, E. *Circunvencción de menores e incapaces*. L.L. 1993-D-960.

excepcionalmente definido sobre la base de exigencias menores (la mentira alcanza en este caso).

El abusar no sólo implica saber de la incapacidad sino también explotar o manipular al incapaz, su necesidad, sus pasiones, su inexperiencia. Hay un conocimiento de la situación de incapacidad de la víctima, conocimiento del cual parte un fin de lucro para sí o para un tercero. Si no existe ese fin, no podría hablarse de abuso.

El abuso debe dirigirse a hacer firmar un documento que importe algún efecto jurídico. Los meros tratos verbales no están comprendidos. Es importante advertir la trascendencia de la responsabilidad que asume todo funcionario que autoriza un acto jurídico -no sólo el notario-. La acción típica, siempre dolosa y nunca culposa, consiste en el otorgamiento³²⁹ de un negocio o acto jurídico. Sin él, no hay delito. El hecho consiste en hacer firmar y con ello se consuma. Basta la obtención de un documento que importe cualquier efecto jurídico. Ese documento es nulo y no se excluyen aquellos documentos que también adolezcan de otra nulidad.

Esta es una mera figura de peligro. Lo que realmente interesa, más allá si el acto es civilmente nulo, es el daño causado al menor, al incapaz o a cualquier persona que por cualquier causa, se encuentre transitoria o definitivamente en situación de “perturbación mental”; o el daño a otro (por ejemplo, los eventuales herederos de la víctima)³³⁰. En el fallo plenario “Guichandut, Carlos María” se sostuvo que el heredero legítimo o testamentario es “el otro” que puede resultar ofendido por el delito de circunvencción de incapaz en razón de la disminución del acervo hereditario que implica el abuso³³¹.

³²⁹ La norma habla de “firmar” pero más allá de la imprecisión de la descripción del tipo penal, la acción es de “otorgar”. De otra forma podría quedar fuera de la previsión, el analfabeto que no sabe firmar por sí el instrumento y recurre al procedimiento de la firma a ruego conforme con el art. 1001 C.C. sólo para las escrituras públicas. Llorens, ob.cit. p 386.

³³⁰ C.N.Civ y Correc., sala I, 13/12/2011. L.L. 28/12/2011. Se decidió que de ser posible y probada la maniobra denunciada de la circunvencción de incapaz, la recurrente podría resultar directamente perjudicada al verse afectada la herencia que, en principio y de no existir herederos con mejor derecho, le correspondiera.

³³¹ Zaffaroni dijo que se trataba de un derecho en expectativa, y como tal tiene derecho a que dicha expectativa patrimonial sólo sea desbaratada por actos lícitos. Y el derecho de propiedad en sentido constitucional sufre un detrimento cuando se desbarata una expectativa patrimonial por medio de un acto ilícito, como es un acto dolosamente viciado.

Abarca la operación directamente fraudulenta como aquella que es evidentemente ruinoso, desde el punto de vista del patrimonio del incapaz, como totalidad.

Para Llorens, no es lo mismo hablar de daño³³² causado a la persona que del ánimo de beneficiarse, ya que hay acciones que producen daño y que no benefician a nadie, y a la inversa, acciones que benefician a ciertas personas y que no producen daño, aún cuando el delito se consuma por el mero peligro para la víctima. El cuestionamiento se dirige a evaluar si es correcto incluir en este tipo penal a quien ha causado un daño sin ánimo de obtener ventaja; como aquel que se aproveche de la situación de perturbación o inmadurez de otro para obtener un beneficio para sí o para un tercero, aún cuando no se haya causado un daño al disminuido en sus aptitudes.

Otra de las críticas a este artículo se refiere a que no es la forma más eficaz de impedir la explotación de la incapacidad, ya que el lucro ilícito puede producirse sin necesidad de suscribir documento alguno.

Es importante también que el nexo causal entre el acto otorgado y el daño (o el beneficio del actor o un tercero) pueda haber sido prevista por los implicados³³³. Ya que de otro modo, es exagerado pensar que la potencialidad de este daño hace incurrir a un donante en este delito. De ser así, ningún asesor de menores o incapaces, podría aconsejar la aceptación de una herencia que incluyera inmuebles³³⁴.

Es el notario en este caso, quien necesariamente debe apreciar detenidamente, ante personas en situación de riesgo, las intenciones o peligros de la operación. Son las audiencias previas con el requirente, las que abrirán las dudas o las desecharán en todo caso. Recordando asimismo, que la negativa infundada a autorizar el acto importaría una falta

³³² Cargar un patrimonio con deudas pesadas, alimentando un vicio o usufructuando una necesidad. Cuando acciones de esa clase se cometen con fin de lucro, el delito existe, aún cuando se efectúen contraprestaciones. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*. T. IV, p. 422. Tipografía Editora Argentina. 4^a Ed. 1988. Buenos Aires.

³³³ Citando el ejemplo expuesto por Llorens, no es previsible que la donación de un inmueble a quien puede ser víctima de este delito por ser un menor, le ocasione daños. Podría ocurrir que el desmoronamiento del edificio involucre al donatario en responsabilidades civiles, y el acto en definitiva, resulte ruinoso.

³³⁴ A excepción que, en el ejemplo citado, se probare que el donante aprovechó de la situación del menor o incapaz, a sabiendas del riesgo de desmoronamiento de los edificios y para evitar los gastos de demolición o de su recuperación.

grave al notario, ya que el mismo se encuentra obligado a autorizar los actos jurídicos otorgados por quien tiene derecho a ello por gozar del discernimiento imprescindible.

La escala penal señala el deber de ser prudentes en la apreciación de la posibilidad de perjuicio. Habrá que verificar que la operación no constituya un trato normal, que el sujeto activo no alcance más lucro que el propio de operaciones del tipo de la celebrada, sin usura.

3. El testamento y su forma.

La ley otorga a la persona la opción de testar, en la forma que lo considere más conveniente, oportuna o cómoda –todas con idéntica eficacia jurídica-, aunque siempre que posea las cualidades físicas e intelectuales previstas para aquella forma en la que quiera hacer sus disposiciones.

La forma de una especie de testamento no puede extenderse a los testamentos de otra especie, sin perjuicio de las solemnidades comunes, principio previsto en el art. 3626 C.C. Todas las solemnidades deben ser consideradas al momento del otorgamiento del testamento y no al del fallecimiento del testador o apertura de la testamentaria (*tempus regit actum* en cuanto a su validez, conf. art. 3625).

La inobservancia de las formas de cada especie de testamento produce en principio, su nulidad y la nulidad de todas las disposiciones que contiene (art. 3630), lo que no es confirmable por acto posterior.

Cuando un testamento padece un vicio formal que ocasiona la invalidez del acto -y consecuentemente de cada una de las disposiciones obrantes en él-; esa escritura es inconfirmable. El llamado testamento confirmatorio, no es tal, sino que consiste en la reproducción íntegra de todas las disposiciones, es decir en el otorgamiento de un *nuevo* testamento que contenga todas y cada una de las disposiciones del acto nulo por vicio de forma y que obviamente reúna todas las formalidades requeridas.

El conjunto de solemnidades prescriptas para cada forma testamentaria son *ad solemnitatem* y no meramente *ad probationem*. Se trata de solemnidades sustanciales absolutas, cuya inobservancia priva de eficacia al acto como testamentario, a diferencia de las

solemnidades sustanciales relativas, cuya inobservancia no obsta a que la ley admita a las partes del acto exigirse recíprocamente el otorgamiento de él, en la forma prescripta.

Las solemnidades de cada forma testamentaria son solemnidades impuestas a la exteriorización de la última voluntad de quien la emite, la que habrá de efectuarse por escrito. Consecuentemente el instrumento –o documento- que contiene esa expresión de última voluntad, es constitutivo de la existencia del testamento mismo. Es menester diferenciar entre el instrumento y su contenido, ya que la ley sustancial argentina prevé una serie de supuestos en los que el extravío, la destrucción, sustracción o alteración no hace desaparecer el testamento mismo (conf. arts. 3833 a 3837).

Las solemnidades que presupone cada forma testamentaria, han sido impuestas por la ley para garantizar la absoluta certeza y seriedad de la manifestación de voluntad del testador, la propia libertad de testar y la determinación precisa del contenido de esa manifestación de voluntad³³⁵.

En este sentido se ha admitido que aunque el escribano no haga constar la edad de los testigos que intervienen en el testamento por acto público (conf. art. 3657), la exigencia queda cumplida con la mención de que son mayores de edad, que es la finalidad tenida en cuenta por la norma a efectos de garantizar su aptitud para testificar (art. 3705)³³⁶. Se revierte así la jurisprudencia anterior en la que se cuestionaba la omisión de la mención numérica de la edad de los testigos³³⁷.

3.1. Acreditación de la forma.

Corresponde diferenciar que la imposibilidad de cumplir las solemnidades puede justificar la prueba del acto por otros medios cuando las solemnidades son relativas, pero cuando la solemnidad del acto es absoluta, sin cumplirse ésta no hay prueba.

Distinto es el caso, en el que el acto formal del testamento se otorgó, pero que por imposibilidad de procurarse el instrumento, sea admitido probar que existió el acto y que se

³³⁵ Conf. Borda, Guillermo. Ob. cit. *Tratado* T. II, n° 1129, p. 183. Fornieles, Salvador: *Tratado de las sucesiones*. T. II, n° 324, p. 183. 2ª edic. Edit. Valerio Abeledo. 1941. Buenos Aires.

³³⁶ C.N.Civ., sala F, 06/4/06. D.J. 12/7/06, 771.

³³⁷ C.N.Civ., sala C, 05/6/51. L.L. 63-115. SCBA 29/8/67. L.I. 130-649.

celebró conforme a las solemnidades exigidas. Una cosa es que el testamento como acto *ad solemnitatem*, deba basarse en la satisfacción de las solemnidades exigidas para la forma testamentaria de que se trate, y otra, distinta, es que la existencia del testamento sólo pueda probarse con la materialidad física del documento o instrumento que lo contiene³³⁸. Esto último no surge de ningún texto legal específico, por lo que, habiendo imposibilidad de obtener el instrumento, nada impide en principio autorizar la prueba de que el testamento existe, que no ha sido revocado y que la expresión de la última voluntad de su autor se realizó de acuerdo con las solemnidades requeridas por la ley³³⁹.

Interpreta Durañona y Vedia que la destrucción del testamento ológrafo, hecha por el mismo testador importa su revocación, idéntico resultado le atribuye si la destrucción se produce por caso fortuito o por el accionar de un tercero con conocimiento del testador, y que si aún bajo esas circunstancias, el testador no lo quiso rehacer, ese no accionar implica tácitamente su voluntad de revocarlo (doctrina extraída a partir del art. 3837 C.C.). Pero que cuando la destrucción o desaparición del testamento se produce después de la muerte del testador, no es aplicable esa doctrina -que es de aplicación restrictiva-, porque si de lo acontecido no tuvo noticias el causante, no se produce el efecto revocatorio por cuanto la supresión de la expresión de voluntad no fue consentida por él (lo mismo si la destrucción o pérdida operan sin su conocimiento)³⁴⁰.

4. Firma del testador.

La firma manuscrita del testador, es un requisito común a todas las formas testamentarias, aunque el acto público admite la firma a ruego de un tercero o de alguno de los testigos si el testador no supiese firmar (art. 3661).

³³⁸ Zannoni, Eduardo, ob. cit. "*Derecho ...*", T. II, p. 301.

³³⁹ La C.N.Civ., sala C, reconoció la fotocopia de un testamento ológrafo certificada por el secretario del tribunal, cuando el original había sido sustraído del juzgado en que tramitaba la sucesión. L.L. 1980-D-114 y J.A. 1980-IV-188.

³⁴⁰ Durañona y Vedia, Agustín, en su voto en C.N.Civ., sala C, 26/08/1980. *Mathis, Esther y otra c. Mathis, Alberto C. y otra*. L.L. 1980-D-113.

La primera parte del art. 3633 C.C.³⁴¹ contiene una desafortunada y desacertada descripción de lo que es la firma, al sostener que la firma del testador debe escribirse con todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido.

La firma de las personas, rara vez contiene todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido. Sus trazos suelen y pueden contener solo las iniciales de sus nombre y apellido, o solo las del apellido, o son solo trazos o un dibujo grafológico³⁴².

Lo que la ley requiere es que exprese la voluntariedad del acto, lo que está representado por la suscripción de su declaración mediante la escritura de su nombre o el trazo grafológico que *habitualmente* utiliza en ese carácter. Lo cierto, es que una gran mayoría de las firmas suelen estar representada por trazos o dibujos grafológicos que no reflejan o permiten leer el nombre ni el apellido del firmante.

En este sentido fue oportuna la última parte del artículo 3633 del codificador, siguiendo a Aubry, al sostener que “una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviese acostumbrada a firmar de esa manera los actos públicos y privados”.

De acuerdo con lo expuesto, si se suscribe un testamento con todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido, cuando habitualmente su firma está constituida por rasgos grafológicos distintos, es evidente que de conformidad a lo previsto en el art. 3633 la suscripción del otorgante no contendría su firma y no podría ser tenida como tal. Lo mismo sucede, cuando se le agrega a la firma habitual, otros rasgos o rúbricas distintivos. Zannoni, sostiene que si se parte de ese modo de suscribir, es porque no ha resuelto, al menos en ese momento, manifestar una voluntad definitiva.

³⁴¹ **Artículo 3633.** En los testamentos en que la ley exige la firma del mismo testador, debe ésta escribirse con todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido. El testamento no se tendrá por firmado cuando sólo se ha suscrito el apellido, o con letras iniciales, nombres y apellidos, ni cuando en lugar de suscribir el apellido propio se ha puesto el de otra familia a la cual no pertenece el testador. Sin embargo, una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviese acostumbrada a firmar de esa manera los actos públicos y privados.

³⁴² La Real Academia Española en su 22^a ed., define la *firma* como nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido; mientras caracteriza a la *rúbrica* como el rasgo o conjunto de rasgos de forma determinada, que como parte de la firma pone cada cual después de su nombre o título, y que a veces va sola, esto es, no precedida del nombre o título de la persona que rubrica.

Expone Segovia que los defectos de ortografía, ni la ilegibilidad de la firma no constituyen por sí una causal de nulidad del testamento, especialmente cuando esa era su manera de firmar, o la irregularidad era puro efecto de la edad o de la enfermedad que perjudican la firmeza del pulso³⁴³.

La firma se coloca al final del conjunto de disposiciones de última voluntad. Aunque la jurisprudencia ha admitido la validez de la firma, consignada al margen de las disposiciones testamentarias cuando no existe lugar material al pie del instrumento³⁴⁴. Sólo se admite la firma corta o media firma en las hojas que preceden a aquella en la que obra la autorización del acto.

5. Formas de testar.

La forma ordinaria de testar, en el derecho argentino, está representada por el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado, todos con igual eficacia jurídica (conf. art. 3623). Estas formas son optativas para la persona, aunque es necesario que posea las cualidades físicas e intelectuales requeridas para aquella forma en la que quiera hacer sus disposiciones. Así, un analfabeto sólo podrá hacerlo mediante acto público; mientras que el sordo, el mudo o el sordomudo, sólo podrán optar entre el testamento ológrafo y el cerrado. Se trata de una contradicción y la doctrina ha llegado a admitir que el *mudo* otorgue testamento por acto público si, por entregar sus disposiciones escritas al escribano, no necesita hablar y puede leer el testamento. En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia³⁴⁵.

El conjunto de solemnidades que debe revestir cada forma testamentaria es autónoma e insuceptible de mezclarse o completarse las unas por las otras (art. 3626)³⁴⁶. Por ejemplo la admisión de la firma a ruego en el testamento por acto público no es aplicable en el testamento cerrado ni en el ológrafo. En este orden de cosas, si a la forma de testar escogida, cumplidas las solemnidades específicamente exigidas, se le adicionan otras solemnidades no

³⁴³ Segovia, Lisandro. Ob. cit. "El Código Civil ...". T. II, p. 570

³⁴⁴ C.N.Civ. 2ª Cap. 25/10/44. J.A. 1944-IV-767. SCBA 24/4/45. J.A. 1945-II-636.

³⁴⁵ C.Civ.y Com. Junín. 13/09/07. *Telleria, Juan José y otro c. Pizarro, María Amelia y otros*. La crítica a la norma de incapacidad específica o prohibición a los mudos, sordos y sordomudos de testar por acto notarial o abierto cuya aplicación a rajatablas se postula, es unánime. Particularmente en lo que hace a los mudos.

³⁴⁶ Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina*, su explicación y crítica bajo la forma de notas. T. II, p. 567. Imprenta de Pablo E. Coni, editor. 1881. Buenos Aires.

exigidas o correspondientes a otras formas de testar, su incumplimiento no vicia el testamento (conf. art. 3628).

5.1. Testamento ológrafo.

Su denominación responde a que debe ser redactado de puño y letra por el mismo testador (autógrafo). La ley sustancial argentina (art. 3639) prescribe que para su validez en cuanto a la forma, debe ser escrito todo entero, fechado³⁴⁷ y firmado por la mano misma del testador. El rigor del requisito sirve para establecer la autenticidad del acto, facilitando la prueba caligráfica.

No requiere la presencia de testigos, intervención de oficial público ni publicidad de ninguna naturaleza.

Este tipo de testamento, presenta un caso excepcional en el que un requisito de forma puede suplirse por medio de otras pruebas. Así, se prevé que cuando una fecha estuviese errada o incompleta como resultado de una inadvertencia del testador y existen en el testamento mismo, enunciaciones o elementos materiales que fijan la fecha de una manera cierta. Así el juez podrá apreciar las enunciaciones que rectifiquen la fecha, y admitir pruebas que se obtengan fuera del testamento.

La privacidad es una de sus principales ventajas, junto con la posibilidad de redactarlas en cualquier idioma, en su propio domicilio y en cualquier momento. Aunque como contrapartida, se ha sostenido que es pasible que la voluntad del testador sea captada o inducida, que el documento sea sustraído, destruido o modificado, ya sea dolosa o culposamente o por caso fortuito, como también se corre el riesgo que nadie sepa de su otorgamiento o sabiendo de él, no se lo encuentre, o se lo oculte.

Es fundamental que del contexto del acto resulte la voluntad inequívoca del testador, no en relación a cualquier acto, sino que es preciso un propósito manifiesto de testar, de disponer de todo o parte de sus bienes³⁴⁸.

³⁴⁷ La C.N.Civ., en pleno resolvió que la falta de fecha de un testamento ológrafo acarrea necesariamente su nulidad en todos los casos. 14/4/80. E.D. 87-673. Desechándose así la posibilidad de remitirse a otros

³⁴⁸ S.T. Entre Ríos, 12/12/40. J.A. 73-653.

El testamento ológrafo es indiscutiblemente un instrumento privado -mientras no esté protocolizado³⁴⁹-, ya que en él no interviene oficial público y carece de fecha cierta. Para su oponibilidad, es necesario su previo reconocimiento por testigos ante el juez de la sucesión, quien a partir de su reconocimiento, rubricará el principio y fin de cada una de sus páginas y habrá de ordenar su protocolización notarial (art. 3692). Desde la emisión de esta resolución judicial, el testamento ológrafo para a ser un instrumento público (art. 984).

Desde su protocolización, el régimen de impugnabilidad del testamento ológrafo se asimila al de los instrumentos públicos, es decir vale como acto público y solemne.

5.2. Testamento por acto público.

5.2.1. Concepto.

Es el que dicta o cuyas disposiciones, anticipa por escrito el testador al notario autorizante, para que éste las incluya en una escritura pública. Estas circunstancias, han llevado a denominarlo testamento notarial o abierto, porque su otorgamiento y contenido se hacen públicos desde el día del acto. Es por antonomasia un acto solemne, sujeto a una serie de reglas estrictas, bajo pena de nulidad (art. 3607 C.C.).

Al constar en escritura pública, el testador se asegura la fehaciencia y conservación de las disposiciones de última voluntad. Además puede testar mediante esta modalidad quien no sabe leer ni escribir.

5.2.2. Formalidades.

El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar, solemnidad absoluta atinente a esta forma de testar (conf. art. 3654 C.C.). El escribano debe reunir las cualidades previstas en el art. 980³⁵⁰ y siguientes para

³⁴⁹ Machado, José O. sostenía que se trabaja de un instrumento público aún antes de la protocolización. En *Exposición y Comentarios del Código Civil argentino*. T. IX, p. 533. Librería e imprenta europea de M. A. Rosas. 1921. Buenos Aires.

³⁵⁰ Art. 980 C.C.: Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones. Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a lo que establece este código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio

autorizar el testamento formalmente válido. Significativamente se establece que el escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento³⁵¹.

Esta inhabilidad –o incapacidad- para intervenir en el acto público, se entiende extensiva a cualquier notario que vaya a sustituirlo o reemplazarlo en el acto (adscripto, suplente, subrogante).

El escribano actúa tomando nota del testamento que el testador le dicte³⁵² o le entregue ya escrito, o bien puede recibir únicamente las disposiciones que la escritura habrá de contener en su redacción final o por lo menos las instrucciones para la elaboración de las mismas.

Lo fundamental es que se exprese la voluntad en forma clara y espontánea a fin de que el escribano efectúe la redacción en forma ordinaria y apartándose lo menos posible de sus expresiones, por lo que el término *dictar* contenido en el art. 3656 C.C. no debe tomarse al pie de la letra, sino que implica simplemente el hecho de dar instrucciones verbales para la constitución del acto³⁵³.

La entrega escrita de un testamento, o de disposiciones de instructivo para la elaboración de las disposiciones testamentarias, no está sujeta a formalidad alguna. Puede haber sido elaborada de forma manuscrita o mecanografiada, incluso escrita por un tercero, firmada o no. Tampoco es necesario que sean conservadas ni protocolizadas una vez que el testamento haya sido leído y firmado. En este orden, el codificador argentino dio un margen mayor que su fuente francesa (el art. 972 del *Code*), que únicamente admitía el dictado verbal.

El art. 3657 C.C. exige que ... “*el escribano debe ... designar ... si ha hecho el testamento o si sólo ha recibido sus disposiciones.*” Entre algunas de las cuestiones que se

de la República Argentina, cualquiera sea la jurisdicción donde se hubieren otorgado. (*texto conforme ley 24.441*).

³⁵¹ El art. 985 C.C. extiende la inhabilitación para intervenir el notario, en actos en los que esté interesado un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad.

³⁵² La palabra dictar no debe ser tomada en sentido literal. Di Castelnuovo, Gastón R. y Llorens; Luis R. *Testamento por acto público. Formalidades. El discernimiento del testador*. R.N. 963, p.1023.

³⁵³ L.L. 2007-E 568. y S.C.B.A. 17/10/2001. L.L.B.A. 2002. 51. *Rodríguez, Fermin c/ Prieto, María Luisa y otra*.

plantearon³⁵⁴, fue que de las declaraciones testimoniales había resultado que el testador había “dictado” previamente su testamento a un notario jubilado (que era quien generalmente lo había asistido), quien precisamente había sugerido la intervención de la escribana que finalmente autorizó el acto. Se resolvió que la palabra dictar no debe ser tomada en sentido literal. También explica que quien sostiene la validez del testamento mejora su situación procesal si aporta prueba de la plena razón del testador y la debilita si se abstiene de producirla”. “La prueba que debe producir quien impugna la validez de un testamento, necesita ser decisiva, seria, fehaciente, con el fin de destruir la presunción de capacidad que goza el testador, ... y en caso de duda, la decisión debe inclinarse a favor de la lucidez”. “... No cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de la razón, es decir, es necesario que haya sido capaz de entender o querer en el momento en que se otorgó el testamento”.

La jurisprudencia ha consentido, que las instrucciones sean dadas con anterioridad al escribano, ya sea de palabra o por escrito, a fin de que redacte la escritura y la tenga preparada para dar lectura en presencia del otorgante y los testigos³⁵⁵.

Así se ha dicho que la circunstancia de que el escribano no deje constancia si ha hecho el testamento o si ha recibido por escrito sus disposiciones, carece de relevancia, ya que tal exigencia resulta una enunciación ociosa, pues se refiere a la preparación del testamento, y toda esa etapa queda cubierta por la lectura de la escritura y su ratificación.

El hecho que la testadora³⁵⁶ dictase el testamento a medida que el notario va formulando las preguntas del caso, no indica que se hubiesen sorteado las pautas del art. 3656 C.C., si se carece de elementos que puedan contradecir al instrumento en tanto consigne el modo verbal en que fueron dictándose las disposiciones y labrándose la correspondiente escritura en un mismo ámbito y sin interrupción temporal.

Argumenta Lafaille que no está en el deber del escribano extender el acto por sí mismo, a pesar de que el pensamiento de Vélez fue ese, conforme al sistema francés. La

³⁵⁴ C.N.Civ, sala J. 23/02/2010. L.L. 2010-D-261.

³⁵⁵ C.N.Civ., sala H. 29/12/2010. C., E. y otro v.K., M.E. C.N.Civ., sala J, S.I., E.M. v. P.G. y otro. 23/02/2010.

³⁵⁶ C.N.Civ., sala A, 25/10/90. *Grosso, Eliseo A. y otro c. Rossi Ferrari, Luisa E.* E.D. 140-428.

reforma contenida en la ley 9151, sobre el art. 998, al acordar fuerza legal a una práctica inveterada, permitió que todo género de escrituras públicas –incluso éstas-, pudieran ser materialmente escritas por un tercero, que en el hecho es un dependiente del notario³⁵⁷.

El escribano debe hacer constar bajo pena de nulidad (conf. art. 3657), si ha hecho el testamento o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones. Aquí, a diferencia del testamento otorgado por quien no conoce el idioma nacional, no se requiere conservar el modelo de testamento o minuta donde obran las disposiciones de última voluntad; solo queda la fe del autorizante que certifica la entrega de la minuta y que de acuerdo con ella fueron redactadas las disposiciones.

Bajo pena de nulidad del testamento, debe designarse el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos³⁵⁸, su residencia, si ha hecho el testamento, o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones. No se requiere el uso de palabras o frases sacramentales ni otras formas que las prescriptas por la ley.

No es necesario que los testigos estén presentes en el momento del dictado o entrega de las disposiciones testamentarias; su presencia es requisito esencial al momento de la lectura, pero no durante la preparación del acto.

El escribano debe individualizar al testador sea por su conocimiento, por documentos que acrediten su identidad o por testigos de conocimiento. No es necesario que el testador sea de conocimiento del escribano, sino que éste pueda identificarlo por los medios antes indicados.

La escritura notarial y la responsabilidad del oficial público autorizante, no se extiende a la mención que el testador haga de su estado civil y de cualquier otro dato mutable, las cuales son mera declaración del compareciente.

El instrumento público notarial –por aplicación del art. 993 C.C.–, tampoco hace fe de las aseveraciones que sobre la salud física o mental del compareciente haga el escribano, las

³⁵⁷ Lafaille, Héctor. *Curso de Derecho Civil*. “Sucesiones”. T. II, p. 247. Edit. Biblioteca Jurídica Argentina. 1933. Buenos Aires.

³⁵⁸ La Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, 15/6/55, L.L. 79-459, resolvió que no afecta a la validez del testamento la circunstancia de que el segundo nombre de uno de ellos se enunciara sólo con la inicial.

cuales pueden ser desvirtuadas por cualquier medio de prueba³⁵⁹. La fe del documento notarial alcanza únicamente a la actuación personal del oficial público en el ejercicio de sus funciones, pero no se extiende a las aseveraciones al margen de su cometido, como las apreciaciones sobre la salud mental o física de los comparecientes.

En la escritura debe constar la residencia de los testigos; interpretando la doctrina que si se consigna únicamente la calle y número, se presume que el lugar de residencia coincide con el del otorgamiento³⁶⁰.

Si bien el Código requiere la edad precisa de los testigos, la exigencia del art. 3657 se entiende queda suplida con la mención en el tenor notarial, que el testigo es mayor de edad, ya que ambos casos tienden a asegurar la intervención de personas capaces. Sostiene Segovia que el error en la determinación de la edad no influye en la validez del testamento, desde que no se demuestre que no tenía la edad suficiente, demostración que puede hacerse de conformidad a los artículos 80 a 87 y sin necesidad de argüir de falso el instrumento, no obstante el art. 944, pues el escribano no es ni puede ser Juez de la edad de los testigos, que razonablemente no pueden ser obligados a conocer³⁶¹.

El otorgamiento del testamento se desarrolla en un acto en el que actúan el testador junto a tres testigos, ante el escribano quien habrá de leer –en alta voz– el testamento al testador en presencia de los testigos bajo pena de nulidad, quienes lo firmarán. De los testigos, al menos uno debe saber firmar por los otros dos, expresando el notario esta circunstancia, porcentaje ínfimo que responde al alto índice de analfabetismo que reinaba en nuestro país a fines del siglo XIX, época de la elaboración del Código Civil y de su sanción mediante la ley nacional 340.

La doctrina interpreta y sostiene que el escribano no puede delegar en otro la lectura del testamento, y debe hacer constar que dio lectura del testamento al testador en presencia de los testigos. Será insuficiente que lea por sí el testador o que la lectura sea realizada por uno de los testigos o por un empleado de la escribanía.

³⁵⁹ C.N.Civ., sala E, 12/12/1968. L.L. 135-619.

³⁶⁰ S.C.Mza. Sala I, 11/6/74. L.L. 1975-A-790.

³⁶¹ Segovia, Lisandro: ob. cit. "Código ...", T. II, p. 581.

5.2.3. El testamento por acto público y la firma del testador.

Respecto de la firma del testador, diversos son los supuestos que se pueden presentar, a los que debe estar atento el oficial público interviniente. Que durante las audiencias preliminares y en la final, logre su convicción o fundada presunción de que el otorgante sepa firmar y consecuentemente firme; que no sepa firmar; que sepa firmar pero que no pueda hacerlo; que haya comenzado la firma, pero no pueda concluirlo; que manifieste falsamente no saber o no poder firmar.

La primer hipótesis no la abordaremos porque representa el caso normal del otorgamiento del acto.

Si el testador no supiese firmar o sabiendo no pudiese hacerlo, el Código establece que al menos dos de los testigos deben saber firmar (art. 3661), haciéndolo uno de ellos a ruego del testador, o bien una tercer persona. Esta circunstancia debe ser expresada por el testador, de lo que habrá de dejarse constancia en el tenor documental, y por no hacer fe en los términos del art. 993 C.C. puede ser desvirtuada por prueba en contrario sin necesidad de argüir de falsa la escritura.

La exigencia que en estos casos, al menos dos de los testigos sepan firmar radica en evitar el riesgo de alterar la auténtica voluntad del testador en una hipotética maniobra entre el escribano y el testigo que firma a ruego.

Si el testador sabía firmar y podía hacerlo, cuando expresó una supuesta imposibilidad, el testamento corresponde sea analizado por la autoridad judicial a fin de dirimir la validez del documento. Para Segovia, esta expresión no importa otra cosa que una negativa disimulada a firmar³⁶²; en buscar conscientemente una forma de evidenciar una presión ejercida sobre él y así, generar la invalidez del acto. Borda, por su parte, efectúa una oportuna distinción: si la causa invocada fuera notoriamente falsa (por ejemplo que es manco cuando no lo es), el testamento debe ser anulado. Téngase presente que si el causante dice que no firma por no saber hacerlo y esa manifestación es falsa, el acto es nulo (art. 3660), y no se ve qué motivos habría para aplicar a este caso una solución distinta. En cambio, si la causa no

³⁶² Conf. Segovia, Lisandro. Ob. cit. *El Código ...*, T. II, p. 538.

fuera notoriamente falsa, considera que no debería admitirse la prueba de la falsedad, porque ello abriría innumerables cuestiones sobre la validez de los testamentos y comprometería la estabilidad y seguridad del acto³⁶³.

Si bien el art. 3662 exige al escribano que exprese porque no puede firmar el testador, la nota señala que el escribano debe hacer constar su *declaración*, pues la sola imposibilidad no bastaría. Al escribano no se le exige que de fe que el testador no puede firmar, sino que compruebe si existe la imposibilidad y exprese su causa, que lógicamente le habrá sido comunicada. Por más que la imposibilidad motriz, le conste al escribano, esa circunstancia no hace fe en los términos del art. 993 del C.C. o, lo que es lo mismo, no se requerirá argüir de falso el acto para desvirtuar la constancia notarial.

La jurisprudencia no es conteste respecto a si es menester mencionar la causa de la imposibilidad que sufre el testador para firmar, o si es suficiente con una mención genérica.

Haber abordado expresamente el ordenamiento jurídico argentino, el caso de la firma incompleta en un testamento, evidencia el grado de solemnidad que conlleva esta figura jurídica, en aras que la voluntad sea exteriorizada de un modo inequívoco y evidente. Vélez propuso y así quedó reflejado en el art. 3659 C.C. que “si el testador muriere antes de firmar el testamento, será éste de ningún valor aunque lo hubiere principiado a firmar”, sin importar que hubiese prestado su conformidad luego de su lectura y en su caso de incorporadas las modificaciones o aclaraciones del caso.

La firma del notario interviniente en el testamento, debe producirse –al igual que en todo documento notarial- en último término, produciendo el cierre de la actuación formal, dando fe del otorgamiento del acto por parte del testador y de los testigos, como también del cumplimiento de las formalidades exigidas.

5.2.4. Idioma extranjero.

Así como en el testamento ológrafo, se puede testar en cualquier idioma, en el testamento por acto público es admisible el otorgamiento de esta disposición de última

³⁶³ Borda, Guillermo: ob. cit. “*Tratado ...*”, T. II, p. 226.

voluntad en idioma extranjero con el condicionamiento que debe ser otorgado en presencia de dos intérpretes que harán la traducción al idioma nacional, debiendo el testamento escribirse en los dos idiomas. Los testigos instrumentales que intervengan en este acto, tienen la particularidad que deben conocer ambos idiomas (conf. art. 3663 C.C.).

Las Cámaras Civiles de la capital reunidas en plenario, resolvieron que a los efectos de reglamentar quiénes se encuentren en condiciones de traducir al idioma patrio los documentos extranjeros que se presenten a los tribunales de su jurisdicción, deberán ser traducidos exclusivamente por traductores públicos nacionales, inscriptos en la matrícula respectiva³⁶⁴.

Sostiene Zannoni que la lectura del testamento exigida en el art. 3658, debe hacerse en estos casos en ambos idiomas y firmarse la escritura por el testador, testigos e intérpretes además del oficial público autorizante.

5.3. Testamento cerrado.

Esta forma de testar llamada en el Código Civil francés *testamentum mysticum*, se caracteriza por estar contenida en un pliego que, en sobre cerrado, es entregado al escribano en presencia de cinco testigos, labrándose de inmediato un acta sobre la cubierta en que conste la manifestación del testador respecto a que el sobre contiene su testamento. Es decir, está constituido por dos actos, el testamento mismo (que podrá ser ológrafo o no) y el acta que se labra en la cubierta que constituye un instrumento público.

La escasa práctica que ha tenido esta modalidad testamentaria, ha significado que no se la incluya en los distintos proyectos de reforma a la legislación de derecho privado recientemente elaborados en nuestro país.

La redacción escrita del testamento pueda ser ológrafa del testador, mediante el dictado a un tercero, o mediante procedimientos mecánicos. La única exigencia del testamento propiamente dicho, es que esté firmado por el testador, por lo que quien no sepa firmar, no podrá testar mediante esta modalidad.

³⁶⁴ C.Civiles en pleno, 31/10/28. GF 77-118. En igual sentido Acordada del 12/12/1967 de la C.N.Civ., L.L. 130-65.

El tenor del art. 3666 C.C., impone únicamente la “firma” en el pliego interno –el testamento propiamente dicho-, circunstancia que nos lleva a analizar si sería factible, que el sobre contuviese un testamento instrumentado en un soporte informático firmado digitalmente. Una hermenéutica integral del Capítulo 3 del Título 12, Tercera Parte de la Sección Primera del Libro Cuarto, nos lleva a descartar esta hipótesis mientras una ley especial no modifique el artículo 3668 que prevé que el testamento ha de ser firmado “de su mano”, tenor este que descarta también la posibilidad de sustituirse la firma del testador por la de un firmante a ruego en el testamento.

La fecha en el testamento es una formalidad prescindible, debido a que será la fecha del acta notarial que se labra en la cubierta del sobre cerrado, la que se le asignará al testamento.

El acta notarial debe ser realizada en la cubierta del testamento por el escribano, quien habrá de expresar allí, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado *aquí* por el testador, como también el lugar, el día, mes y año en que el acto pasó.

Este acta debe ser firmada por el testador y los testigos que puedan hacerlo, y por los que no puedan, los otros lo harán a su ruego, pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiese firmar el acta labrada en el pliego, podrá hacerlo a su ruego, alguno de los testigos o un tercero.

El escribano, expresará en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, como también el lugar, día, mes y año en que el acto pasa (art. 3666). El acta notarial, no da fe del contenido del sobre o pliego que se le entrega cerrado al escribano. La fe del art. 995 se ciñe únicamente a las declaraciones del testador que afirma que dicho sobre o pliego contiene su testamento.

La ley requiere que la entrega y suscripción del testamento cerrado, sea un acto sin interrupción por otro acto extraño, a no ser por breves intervalos, cuando algún accidente así lo exigiere. La razón de este precepto, radica en evitar que por cualquier ardid o aprovechando distracciones provocadas por la interrupción, se cambiase el testamento contenido en el pliego.

El testamento obrante en el interior del pliego una vez extraído o abierto, siguiendo el procedimiento legalmente previsto, deberá ser protocolizado para adquirir el carácter de instrumento público (art. 3695).

6. Los testigos.

La intervención de los testigos tanto en el testamento por acto público como en el testamento cerrado –como también en algunos actos notariales- constituye un requisito formal, una solemnidad apoyada en la tradición, pero que en la actualidad poco o nada aporta desde el punto de vista sustancial que tuviera en sus orígenes³⁶⁵.

Las exigencias formales que imperan en el ordenamiento jurídico en relación a los testigos, los convierten en un factor potencial generador de vicios que pueden aparejar la invalidez de la disposición de última voluntad.

Los testigos que la ley exige para los testamentos –tanto para los públicos como para los cerrados- son *instrumentales*, por lo que su misión se reduce a atestiguar el cumplimiento de los distintos requisitos de los testamentos (presencia en el acto, dictado de las disposiciones por parte del testador, que oyó su lectura y firmó, etc.). No se exige que los testigos conozcan al testador, aunque algunos fallos se han expedido en sentido diferente³⁶⁶.

Puede ser testigo toda persona capaz, sin distinción de género, al momento de otorgarse el testamento. Precisa el art. 3709 que los dementes no pueden ser testigos ni aun en los intervalos lúcidos. La declaración judicial de demencia crea un estado de incapacidad de hecho absoluta que solo cesa mediante la rehabilitación del insano (art. 150). El art. 3709 inhabilita a actuar como testigos a los que estén “privados de su razón por cualquier causa que sea”, aunque oportunamente el art. 3696 establece como regla la capacidad putativa, que significa que la incapacidad no se presume y aclara que un testigo incapaz será tenido como capaz si así lo considerase la común opinión (creencia) de la gente.

Prayones recuerda el antecedente francés por el que una persona testó en Tolón y asistió como testigo un tal Recoux, quien manifestó ser mayor de edad, a pesar de faltarle aún

³⁶⁵ Conteste Borda, Guillermo, ob. cit. “*Tratado...*”, t. II, p. 287. Jornada Iberoamericana Quito 1994.

³⁶⁶ C.Civ. 2ª Cap. 22/11/26, J.A. 23-253. C.Civ. 1ª, 31/5/20, J.A. 23-263.

33 días para ello. El escribano admitió su testimonio y la disposición testamentaria fue otorgada. A la muerte del testador, los herederos *abintestato* impugnaron el testamento, argumentando que el testigo no era mayor de edad cuando se efectuó. Se comprobó luego que el testigo había suscrito ya otras escrituras públicas en iguales circunstancias y que su apariencia física contribuía para darle mayor edad. La Corte de Aix resolvió la validez en razón de que esas circunstancias constituían una notoriedad pública y no era posible rechazar el beneficio del error común³⁶⁷.

El codificador argentino entendió que los sordos, los mudos y los ciegos no pueden ser testigos en los testamentos, porque no pueden evidenciar lo que respecto de este tipo de actos, deben ver, oír o entender. Restricción que en la actualidad ha sido cuestionada por el conocimiento y discernimiento que estas personas poseen.

En el ámbito familiar los ascendientes y los descendiente del testador –sin limitación de grado- no pueden ser testigos (art. 3702), pero sí los parientes colaterales o afines, siempre que el testamento no contenga disposiciones a su favor. No hay impedimento alguno, que exista cualquier grado de parentesco entre los testigos.

Los parientes del escribano dentro del cuarto grado y sus personal doméstico (art. 3707), no pueden ser testigos. Tampoco los dependientes de la escribanía, entendiéndose por tales, aquellos que tienen una subordinación o sujeción que ordinariamente se traduce en la prestación de servicios por un precio³⁶⁸. Nada se dice en relación al cónyuge del escribano, con lo cual al ser toda incapacidad de carácter restrictivo, la doctrina entiende que podría intervenir como testigo.

El art. 3701 exige que los testigos tengan residencia en el distrito en que se otorga el testamento; aunque el art. 3654 referido al testamento por acto público exige que los testigos residan en el municipio, mientras que el art. 3655 alude al lugar en que el testamento se

³⁶⁷ Prayones, Eduardo: *Nociones de derecho Civil*. “Derecho de Sucesión”, p. 382. Edit. Ciencias Económicas. 1957. Buenos Aires.

³⁶⁸ La C.N.Civ., sala J, 23/02/2010, expresó que el hecho de que uno de los testigos del testamento, otorgado por acto público, hubiera sido una gestora que realizaba trámites aislados para la escribana interviniente, no produce la nulidad del testamento por incumplimiento de las disposiciones del art. 990 C.C., en tanto para que ello ocurra se requiere que la relación habida sea de dependencia y se de con una habitualidad que prive al testigo de la libertad espiritual necesaria para fiscalizar la fe que da el oficial público. L.L. 2010-D-261.

otorga. La doctrina es conteste, en interpretar que se alude a la misma población urbana o distrito rural, en una extensión que posibilite el conocimiento del testigo³⁶⁹.

Los testigos deben ser conocidos del escribano, si éste no los conociere podrá exigir la intervención de dos personas que aseguren la identidad de sus personas y la residencia de ellos. Lamentablemente la ley 26140, que modificó los arts. 1001 y 1002 incorporando la identificación de los comparecientes mediante la exhibición de documento idóneo, no abordó el análisis de este especial compareciente en un acto público solemne.

7. Protocolización de Testamentos.

La protocolización de documentos según lo preceptuado por el art. 1003 del Código Civil, es la agregación del original al protocolo de un notario, mediante la instrumentación de una escritura pública en que constan los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado, siendo innecesaria su transcripción.

La protocolización del testamento cumple con dos finalidades, conferirle el carácter de instrumento público al testamento desde el día en que el juez ordenó la protocolización (conf. art. 984 C.C.) y asegura la conservación de las disposiciones de última voluntad.

El Código Civil argentino sólo establece la protocolización a *solicitud de parte* para aquellos testamentos por acto público hechos en la campaña o en los pueblos de la campaña ante el juez de paz, un oficial municipal o jefe del lazareto (arts. 3689 y 3690) y para los testamentos cerrados (conf. art. 3695).

El testamento en los casos de los art. 3689 y 3690, es un verdadero testamento por acto público, en los que sólo se sustituye la figura del notario por otro oficial público, pero como se encuentra hecho en una hoja volante, debe agregarse al protocolo de un escribano, no para darle mayor autenticidad, sino para que no se conserve suelto y se pueda extraviar³⁷⁰.

Machado cuestiona que el testamento ológrafo –y aún el ológrafo que estuviese cerrado-, deba ser protocolizado, porque el Código no lo exige y porque además dispone que

³⁶⁹ Borda, Guillermo, ob. cit. “*Tratado...*”, t. II, n° 1198. Zannoni, Eduardo, ob. cit. “*Derecho...*”, T. II, p. 363.

³⁷⁰ Machado, José O.: ob. cit. “*Exposición ...*”, T. IX, p. 626.

vale como acto público y solemne. Considera que no cree “que las provincias puedan hacer esta exigencia so pena de nulidad, porque no tienen facultad para corregir el Código, ni corresponde verdaderamente a las leyes de proceso, sino al fondo del testamento mismo; pero sí, pueden ordenar la forma en que se harán las protocolizaciones, cuando los interesados quisieran verificarlo”³⁷¹. En este sentido, han avanzando las leyes procesales locales y la práctica forense, evidencia una imposición de la protocolización de estos documentos.

Sin perjuicio de las protocolizaciones de los testamentos ológrafos –y de los cerrados-, también se prevé la protocolización de los testamentos por acto público otorgados en la campaña o en los pueblos de campaña ante el juez de paz o ante un oficial municipal, como del testamento otorgado en caso de peste o epidemia ante un municipal o el jefe del lazareto, para el testamento consular, el militar, el marítimo y al otorgado a bordo de aeronaves.

La jurisprudencia se ha decidido, considerando que el testamento ológrafo no es un instrumento público, que debe ser protocolizado³⁷². Fornieles³⁷³ argumenta que el testamento ológrafo considerado en sí, no es un instrumento público, pero que la ley, por su origen y naturaleza lo ha asimilado a ellos al decir que vale como acto público y solemne.

La protocolización debe ser ordenada por juez competente, salvo el caso de los testamentos otorgados por un oficial público que no sea escribano (como por ej. el testamento por acto público hecho en campaña ante el juez de paz o un oficial municipal, o en caso de peste o epidemia ante un municipal o el jefe del lazareto), en los cuales sería suficiente según Zannoni, con la solicitud de parte sin ninguna otra diligencia previa (art. 3690). Lafaille en cambio, sostiene que es el juez quien a solicitud de parte interesada, y sin más trámite, ordenará su incorporación a un registro³⁷⁴.

El pliego que contiene las disposiciones de última voluntad en el testamento ológrafo y en el cerrado, es un instrumento privado y consecuentemente corresponde sea examinado para determinar sumariamente si procede de la persona a quien se lo atribuye (conf. 3692 y conc. C.C.). La autenticidad de estos testamentos es realizada judicialmente.

³⁷¹ Machado, José O.: ob. cit. “Exposición ...”, T. IX, p. 633.

³⁷² C.N.Civ., sala B, 19-10-82. *R. de D., M.M. s/Suc.*, L.L. 1983-B-141; E.D. 102-445.

³⁷³ Fornieles, Salvador. *Tratado de las Sucesiones*. 2ª edic. T. II, p. 206. Valerio Abeledo Editor. 1941. Buenos Aires.

³⁷⁴ Lafaille, Héctor: ob. cit. “Curso...”, T. II, p. 283.

En el caso del testamento ológrafo, quien lo presentare deberá ofrecer al juez dos testigos para que reconozcan la firma y letra del testador. Mientras que en el testamento cerrado, el juez habrá de citar al escribano y los testigos que intervinieron en el acta labrada en el sobre que contiene el testamento. El sobre no podrá ser abierto hasta tanto el escribano y los testigos reconozcan ante el juez, sus firmas y la del testador, además de reconocer la evidente inviolabilidad de dicho sobre. Si alguno de los testigos no concurriese, sea por causa de muerte o ausencia, basta el reconocimiento de la mayor parte de ellos (mínimo 3) y del escribano. Pero si no pudiesen comparecer el escribano o la mayor parte de los testigos, o ninguno de ellos, el juez lo hará constar y admitirá la prueba de cotejo de letra (art. 3695).

Reconocida la letra y firma del testador en el testamento ológrafo o abierto el cerrado, el juez rubricará el principio y el fin de cada hoja y lo mandará protocolizar.

El escribano que habrá de intervenir en la protocolización del testamento, podrá ser designado por acuerdo de los herederos o en su defecto por juzgado.

Cuando se hubiere ordenado la protocolización de un testamento, no puede dejarse sin efecto tal medida, sin que ello signifique pronunciarse sobre la eficacia o nulidad del testamento. El tribunal debe considerar prudentemente la protocolización de un testamento en casos irregulares en que sucesivamente se invocan dos testamentos impugnados de falsedad, pues aun cuando la protocolización no prejuzga sobre la autenticidad del testamento, crea una situación de preferencia con respecto a los herederos *ab intestato*.

Se cuestiona el reconocimiento que requiere efectuarse del acta extraprotocolar labrada en el testamento místico, ya que ese es un instrumento público otorgado ante escribano. Lafaille critica esta injusta excepción y comenta que la razón a tal exigencia radicaría en que el notario no lo inserta en su protocolo y que por ello no ofrece todas las garantías que pudiera presentar un documento que ocupa el orden cronológico dentro del protocolo del registro notarial³⁷⁵.

³⁷⁵ Lafaille, Héctor: ob. cit. "Curso...", T. II, p. 286.

7.1. Necesidad de la protocolización.

Otro de los factores polémicos que se presentan en la doctrina, es en relación al proceso sucesorio tanto del testamento ológrafo como del cerrado, y la necesidad de la protocolización notarial del testamento.

Goyena Copello, cuestiona el tenor del art. 705 del Código Procesal de la Nación, que dispone que “si los testigos reconocen la letra y firma del testador, el juez rubricará el principio y fin de cada una de las páginas del testamento y designará un escribano para que lo protocolice”. Sostiene una contradicción con el art. 3692 C.C. que sólo establece la entrega al escribano actuario y la decisión adoptada por el legislador local y considera que repercutiría indefectiblemente en el rubro gastos y honorarios³⁷⁶.

Barbero por su parte, entiende que no es imprescindible la protocolización notarial del testamento ológrafo y establece que análogamente a lo que sucede para las operaciones de remate, para los testamentos no es necesaria la protocolización por cuanto el secretario del juzgado es un funcionario fedatario equiparado al escribano y el testamento puede ser transcrito en el protocolo de resoluciones³⁷⁷.

Contestes con la posición de Belluscio³⁷⁸ y Medina³⁷⁹, consideramos la absoluta necesidad de la protocolización notarial del testamento ológrafo. El art. 1003 C.C. establece que el documento a protocolizarse debe ser entregado a un escribano público que ha de realizar la diligencia, quien lo agregará al protocolo mediante acta notarial. El protocolo notarial no puede ser confundido con el protocolo de resoluciones del secretario, ya que en el ámbito de la justicia nacional no existe ningún libro de registro de resoluciones ni obligación de llevar un libro donde pudiera incorporárselo. La mera agregación al expediente judicial no cumple con la seguridad de la protocolización notarial.

³⁷⁶ Goyena Copello, Héctor Roberto. *Curso de procedimiento sucesorio*. 7ª edición, p. 350. La Ley. 2000. Buenos Aires.

³⁷⁷ Barbero, Omar U. *No es imprescindible la protocolización notarial del testamento ológrafo*. L.L. 1981-A-534.

³⁷⁸ Belluscio, Augusto C. *La protocolización del testamento ológrafo*. E.D. 103-929.

³⁷⁹ Medina, Graciela: *Proceso Sucesorio*, 2ª edic. T. I, p. 394. Edit. Rubinzal – Culzoni Editores. 2006. Santa Fe.

7.2. Designación del escribano.

En un fallo aislado la sala G de la Cámara Nacional Civil³⁸⁰ ha resuelto que correspondía a los herederos la facultad de designar al escribano, ya que la cuestión no difiere de otras de índole similar, en las que se argumenta que el sucesorio debe resolverse contemplando la voluntad de los interesados. La jurisprudencia mayoritaria sostiene que es privativo del órgano jurisdiccional designar al escribano que protocolizará el testamento, con independencia del que hubiere designado el testador, o en su caso del propuesto por los causahabientes³⁸¹.

Medina, considera que si bien es privativo del órgano jurisdiccional designar a quien protocolizará el testamento, no puede ejercerse la facultad de elegir otro funcionario distinto al propuesto por los herederos sin que existan razones suficientes para ello³⁸².

7.3. Acta de protocolización.

El acta notarial de protocolización del testamento, se extiende en el protocolo del registro notarial correspondiente, anexándose el testamento y dándose cumplimiento a los demás requisitos establecidos por la ley del estado provincial correspondiente. Por ej. la ley G 4193 orgánica del notariado de la provincia de Río Negro establece que la protocolización de documentos públicos y privados decretada por resolución judicial, se cumplirá extendiendo un acta con la relación del mandato judicial y de los datos que identifiquen el documento, el cual puede transcribirse. Se aclara que el documento se agregará al protocolo, cuando ello fuere posible, con las demás actuaciones que correspondan. Aclara la ley que no es necesaria la presencia y firma del juez que hubiere dispuesto la medida, como también en aquellos casos, en los que no se hubiese transcrita el documento en el acto, se lo reproducirá en la copia que se expida o se agregará copia autenticada de aquel.

En el documento notarial, podrá efectuarse una relación circunstanciada de las demás actuaciones del proceso; en especial el proveído que ordena la protocolización del testamento.

³⁸⁰ C.N.Civ., sala G. 7/2/83. L.L. 1983-C-548.

³⁸¹ C.N.Civ., Sala F, 25/11/1983. *Gimbons, Alfonso Sixto s/Suc.* L.L. 1984-B-6; Cám. Civ. Cap., sala I, 18/6/45, L.L. 39-200; Cám. Civ. Cap., sala II, 4/5/43. G.F. 165-540.

³⁸² Medina, Graciela, ob. cit. "Proceso ...", T. I, p. 397.

La transcripción del testamento debe ser fiel a él, con todos sus agregados, como membretes, notas, rúbricas, así como la mención de la firma del juez en el principio y fin de cada hoja. El único elemento agregado al protocolo, es el testamento, restituyéndose en su caso el expediente al juzgado interviniente.

8. Obligación de comunicar.

El notario que tenga en su registro un testamento, de cualquier especie que sea, está obligado, cuando muera el testador, a ponerlo en noticia de las personas interesadas, siendo responsable de los daños y perjuicios que su omisión le ocasione.

9. Otras disposiciones mortis causa.

9.1. Disposiciones mortis causa en general.

La tesis doctoral de la Dra. Olga Orlandi remite a considerar un señalamiento de Ovsejevich, que afirma que la evolución histórica de la humanidad esta signada por tres instituciones absolutamente concatenadas: *familia, propiedad y sucesión*³⁸³. Así, al considerar las mencionadas instituciones como pilares, determina que la concepción que se tenga de ellos influirá a los efectos de terminar los sistemas políticos, sociales y económicos de una determinada sociedad. “ (...) *La concepción que se tenga acerca de la familia y la propiedad ha determinado y determina la opción de un régimen sucesorio en el que predomina la voluntad del causante, o se la limita consagrando otras instituciones, entre las cuales se encuentra la legítima*³⁸⁴” concluye por afirmar, aludiendo a concepciones políticas legislativas, éticas, geográficas y consuetudinarias.

El sistema jurídico argentino presenta actos o negocios unilaterales y bilaterales que regulan la transmisión del dominio para que tenga efectos después de la muerte; y para ello ha implementado leyes especiales, como vía posible de canalización de deseos para la disposición de bienes posteriores al deceso del testador, como el fideicomiso testamentario, previsto legislativamente pero de –llamativa- escasa aplicación. Definitivamente el testamento

³⁸³ Orlandi, Olga, *La legítima y sus modos de protección*, p. 30. Abeledo Perrot. 2010. Buenos Aires.

³⁸⁴ *Ibidem*.

sigue cumpliendo las expectativas de quienes pretenden una regulación ordenada de acuerdo a la propia voluntad para después de la muerte.

Otras instituciones también son proclives a valorar la voluntad luego de la extinción de la vida. Concretamente, el instituto de indivisión postcomunitaria previsto en la ley argentina 14.394, permite que quien transmite bienes o derechos pueda preveer una cierta indivisión por un periodo determinado de tiempo, y así, asegurar la unidad de los bienes por ejemplo, de un emprendimiento familiar por un cierto tiempo. En cierta manera, el fideicomiso testamentario persigue en gran medida esta finalidad.

9.2. Disposiciones testamentarias para constituir fideicomisos.³⁸⁵

El estudio de los orígenes de este instituto que hoy nos motiva a brindar humildes reflexiones, nos dirige a posicionarnos en Roma. Es allí en donde encuentra su primer sustento esta notable figura, tan delicada en su análisis, y tan práctica en el ejercicio del derecho actual. Así, cobra vida el fideicomiso para salvar los impedimentos legales que en ese entonces anulaban al hombre romano, permitiendo que este pueda dar a algunos de sus bienes un destino diferente al que por las leyes tenían reservado, ya sea por estar proscriptos, ya sea por haberse prohibido el destino principal que deseaba para su concreción quien transmitía.

³⁸⁵ Para un análisis exhaustivo del tema ver: Acquarone, María T, *Los emprendimientos inmobiliarios*, Ad-Hoc. 2005. Buenos Aires; Acquarone, María T, Coordinadora, *Ponencia Argentina a las X Jornadas Notariales Iberoamericanas*, Publicación del Consejo Federal del Notariado Argentino, 2002. Valencia, España; Armella, Cristina Noemí, *Exposición en el Seminario Laureano A. Moreira, sobre Fideicomiso Testamentario*, junio de 1995; Armella, Cristina Noemí, Orelle, José María, y Causse, Jorge, *Ley de financiamiento de la vivienda y construcción, 24441*, Ad-Hoc, 1995. Buenos Aires; Calegari de Grosso, Lydia E., *Fideicomiso: Ley 24.441. Colección La Ley Comentada*, La Ley, 2006. Buenos Aires; Coto, Alberto P, *Aspectos tributarios del fideicomiso*, La Ley, 2006. Buenos Aires, 2.006; Gonzalía, María Victoria y Baca Martínez, Eloisa, *Fideicomiso Testamentario*, Revista Notarial 949, p. 35, 2004; Hayzus, Jorge *Fideicomiso*, Depalma, 2000. Buenos Aires; Iturbide, Gabriela A. *El contrato de fideicomiso en el marco de los negocios fiduciarios*, Lexis N° 0003/000564, JA 1998-III-814; Kiper, Claudio y Lisoprasky, Silvio, *Tratado de Fideicomiso*, Lexis Nexis, 2004. Buenos Aires; Llorens, Luís R. y Taiana de Brandi, Nelly A., *El fideicomiso y la relación jurídica subyacente*, La Ley, 1996-A, 1417; Lorenzetti, Ricardo Luís, *Tratado de los Contratos*, T° III, Rubinzal Culzoni, 1999. Santa Fe. Martín, Julián A y otros, *Fideicomisos. Aspectos jurídicos, tributarios y contables*, Errepar, 2006. Buenos Aires; Maury de Gonzalez, Beatriz Alicia –Directora- *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, T° I, 2° Edición, 2° Reimpresión, Ad-Hoc, 2005. Buenos Aires; Maury, Beatriz Alicia –Directora- Grzona, Daniel Alejandro –Coordinador- *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, T° II, 1° Edición, Ad-Hoc, 2004. Buenos Aires. Martorell, Ernesto E, *El fideicomiso: Breve estudio crítico de la utilización de esta figura en la Argentina de hoy*, diario La Ley on line; Martorell, Ernesto E, Cúneo Libarona, Mariano (h), *Disparen sobre el fideicomiso: "Perplejidades" comerciales y penales*, La Ley, Buenos Aires, Diario de Agosto de 2007. Moisset de Espanés, Luís, *El fideicomiso*, Revista del Notariado, número extraordinario, 1995. Moisset de Espanes, Luís, *Aspectos registrales del fideicomiso*, en Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, cita on-line. Pano, Santiago Joaquín Enrique y Cosola, Sebastián Justo, *Fideicomiso: Análisis general de los elementos del contrato. Novedades y Propuestas*, Ponencia presentada para la X Jornadas Notariales Iberoamericanas, Valencia, España, Octubre de 2002. Rosenfeld, Carlos L., *Antecedentes históricos del "Fideicomiso"*, La Ley, 1998-E, 1191.

En sus comienzos, no era un negocio legal, sino simplemente una convención basada exclusivamente en la confianza que el transmitente tenía en el adquirente, razón por la cual el primero se limitaba a transferir la propiedad en fideicomiso a quien la recibía, con un encargo de fe y confianza, con fuente en la moral, de que el segundo llegara a cumplir con su voluntad en beneficio de sí mismo o de quien designara como beneficiario en el fideicomiso. Es, si se quiere, la distinción que reconocemos hoy entre convención y contrato en el Código Civil³⁸⁶, porque entre el fiduciante y el fiduciario no había ningún tipo de contraprestación.

9.3. El inicio de la tutela jurídica,

En principio, ningún fideicomiso otorgaba acciones de cumplimiento o tutela efectiva de la voluntad del *tradens*, razón por la cual ante el incumplimiento solo quedaba el desgano, la tristeza, el sentimiento de defraudación, en fin.

Así, en razón de los constantes abusos que cometía quien debía cumplir con el mandato, las primeras medidas tendieron a limitar las potestades del adquirente. Legalmente, se instituye por vez primera el *pactum fiduciae*, que era un verdadero catálogo de derechos y deberes que el transmitente le exigía al adquirente. De esta manera, empieza por formarse legalmente el antecedente más cercano a lo que hoy conocemos por Fideicomiso en Roma.

9.4. Las fuentes del fideicomiso.

El estudio de las fuentes del instituto en tratamiento, obliga al lector a diferenciar *prima facie* dos tipos de modalidad: la primera nos refiere al *fideicommissum*, que era un encargo confiado a la honradez y *fides* del heredero *-heres-* originada siempre a través de un acto *mortis causae*. Este heredero podía ser testamentario o legítimo, y generalmente cobraba vida el fideicomiso a través de una cláusula testamentaria. En definitiva, se venía con él a evitar la rigidez de los legados de esa época. En este punto, debe de tenerse presente que no perseguía el fideicomiso una función de simulación en perjuicio de acreedores o herederos legítimos, puesto a que muchas veces los que no heredaban eran o los esclavos, o la mujer casada que como se recuerda era del *pater* hasta las nupcias, y del marido después de ellas-, o los peregrinos, o los hombres sin hijos, en fin. Así, se protegía a quien a conciencia del

³⁸⁶ A tenor de lo normado en el artículo 1137 del citado cuerpo legal, congruente con los artículos 1168 y 1169 respectivamente.

transmitente debía heredar parte o toda la herencia, sin ser tan rígidos en la concepción legataria. El causante “rogaba” a quien por derecho lo sucedía que cumpla con un encargo basado principalmente, en la lealtad, en la fe, en la confianza. De esta manera, el heredero obligado por este mandato se llamo fiduciario, y quien era el beneficiario de acuerdo a la voluntad del causante, fideicomisario. Así, se configura entre nosotros el primer supuesto de fideicomiso puro, que, otra vez, encontraba su máximo fundamento en la confianza entre los hombres de buena fe. Nuevamente, ante el incumplimiento, Augusto ordeno cumplir con los mencionados *fideicommissum* a través de la intervención de los cónsules. Finalmente, para ser justos en el sistema de justicia, se reconoció en cabeza del Fiduciario un derecho remuneratorio conocido como cuarta falcidia –traducida en la cuarta parte de la herencia de los bienes en fideicomiso por causa de muerte-.

Este instituto bien puede asimilarse a lo que hoy conocemos como *sustitución fideicomisaria*. Mediante ella, en fiduciante transmitía una herencia al fiduciario, para que pudiera aprovechara hasta su fallecimiento –con el deber consecuente de conservarla- momento en el cual de manera definitiva pasaba a manos del fideicomisario.

La otra fuente del Fideicomiso es la contractual (*inter vivos*). Allí, bajo el nombre de *fiducia* -contrato mediante el cual una parte recibe de la otra una cosa con un determinado encargo para obligarlo a hacer uso de ella y a cumplir el fin encomendado, restituyéndola una vez logrado el fin- encontramos a:

I) *la fiducia cum amico*, negocio de confianza mediante el cual una persona adquiere en propiedad una cosa para cumplir con la finalidad perseguida de quien se la transmitió; generalmente, tenía en los orígenes una función de uso o custodia a favor del adquirente (similitud con el usufructo). Así, esta transmisión no reconocía acciones legales a favor del transmitente, porque de nuevo, era a título de confianza. Y nuevamente por abusos, el pretor limito las garantías –aparece aquí la *actio fiduciae*, para la rendición de cuentas-.

En torno a lo antedicho, *cum amico* cae en desuso en la última parte del imperio, siendo reemplazado este instituto por figuras mas proclives a ofrecer seguridad, como la hipoteca y el comodato.

II) *fiducia cum creditore*, que era un negocio de garantía, mediante el cual el deudor de una prestación transmitía en garantía sus bienes al acreedor, y así, al momento del cumplimiento de la deuda el acreedor se obligaba a devolver los bienes al obligado. Así, si el deudor transmitente no cumplía con la prestación debida, el acreedor adquirente optaba por

transformarse en propietario o en enajenar el bien a favor de otra persona y así, cobrarse la deuda. El problema de la *fiducia cum creditore* era que tampoco ofrecía ninguna garantía a favor del deudor, razón por la cual en una primera etapa quien era acreedor podía aprovecharse de la venta de los bienes aun en estado de cumplimiento del deudor transmitente, y cobrarse su deuda, sin ningún tipo de rendición de cuentas al transmitente.

9.5. El Fideicomiso en la Argentina: Evolución legislativa.

En Argentina, la ley de Debentures 8.875; la ley de sociedades 19.550, artículos 338 y ss. y la ley de Entidades Financieras, la primera 18.061 y la segunda y actual 21.526³⁸⁷.

Código Civil: artículo 2662 originario derogado por ley 24441: “Dominio fiduciario en el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero”. El art. 2662 actual: “dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y esta sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”.

9.6. El régimen de la ley de fideicomiso en Argentina.

El fideicomiso de la ley 24.441 es derecho vigente. Pero de las múltiples formas que tenía el legislador para optar por un antecedente en su totalidad –fideicomiso-fiducia-trust-use- se ha acercado al fideicomiso en Roma, pero limitando la confianza absoluta.

No ha optado el legislador por un dominio fiduciario pleno, porque no existe confianza ilimitada y sobre ella, posibilidad de abuso. En esto, concuerdan *Orelle*³⁸⁸, *Lorenzetti*³⁸⁹, *Calegari de Grosso*³⁹⁰, por ello la cuestión terminológica precisa que en nuestro derecho argentino, predomina lo que se llama sistema del fideicomiso latinoamericano, con origen en Panamá.

³⁸⁷ Carregal, Mario, *Fideicomiso*, Universidad, Buenos Aires, 1982.

³⁸⁸ Orelle, José María, ob. cit.

³⁸⁹ Lorenzetti, José Luís, ob. cit.

³⁹⁰ Calegari de Grosso, Alicia, op.cit.

Este fideicomiso latinoamericano, hoy típico y nominado en la ley 24441, puede constituirse a través de dos maneras: por actos *inter vivos* o *mortis causae*, esto es, por contrato o por testamento.

9.7. Defensa del Fideicomiso testamentario.

Defensa del fideicomiso testamentario por dos razones, una de causa particular (a) y otra de causa general (b):

a) como herramienta eficaz de una adecuada (y justa) planificación hereditaria que proteja en esencia, a la familia.

b) Porque sea su fuente contractual (origen) o testamentaria (2662-24.441 art. 3) una de las principales funciones del fideicomiso es dar seguridad jurídica en la puesta en marcha de la circulación de bienes (de ahí las normas imperativas que protegen a las respectivas figuras)

La defensa de la institución debe prevalecer en la actualidad, por cuanto se plantean algunos conflictos que hacen pensar que su aplicación puede aparejar problemas al momento de la ejecución, es decir, desde el fallecimiento del causante.

Algunas razones pueden estar incluidas en estas líneas que siguen a continuación:

a) Notoria insuficiencia normativa (y lo que es peor: confusión entre los orígenes: si es del fides o del trust, y por ello la acertada/desacertada cita a las leyes modelo, como la española);

b) Inexistencia casi total de sentencias judiciales;

c) Gran conflicto de normas imperativas y de orden público (comenzando por el art. 97 de la ley 24.441);

d) Acrecentado desacuerdo académico, que es la única fuente del derecho que permite la subsistencia del fideicomiso testamentario (ya que por más que sea una ley válida y vigente la que crea la figura, la absurdidad de la misma o la aplicación de una injusticia extrema la vuelve inválida (algo de la fórmula de Gustav Radbruch; Robert Alexy; Ronald Dworkin; John Finnis y Rodolfo Vigo entre otros);

e) **Imposibilidades fácticas concretas que acarrea no como fideicomiso testamentario, sino como fuente testamentaria: entre ellas, saber si se va o no se va a violentar la legítima hereditaria pues como todo testamento, proyecta su validez y vigencia desde la muerte del testador;**

f) **Conflicto entre el orden publico sucesorio y el artículo 97: que prevalece? Remisión a la cuestión de los principios y las reglas a través de la argumentación del jurista.**

g) **Naturaleza jurídica especial del fiduciario del fideicomiso testamentario: un tercero, un heredero de cuota o un heredero forzoso?**

h) **Qué tipo de propiedad fiduciaria debe transmitirse en fideicomiso: toda la universalidad de hecho, una parte alícuota o un bien determinado?**

i) **Ayuda o no ayuda el nombramiento del albacea y en todo caso: el heredero puede hacer cumplir la manda del fideicomiso testamentario al que ha sido nombrado como fiduciario?**

j) **Es el fideicomiso testamentario un régimen de excepción a la intangibilidad de la legítima como el bien de familia, la indivisión postcomunitaria, el derecho de habitación de la nuera viuda? Solución a través de una argumentación de principios.**

9.8. Conclusiones de la intervención notarial en los fideicomisos testamentarios.

Evidentemente, la familia y su consecuente proyección internacional merecen una protección a través del fideicomiso testamentario. Esto legitima a la figura, sin importar tanto la interpretación de las normas positivas y vigentes que sirven, que valen, que deben de ser cumplidas, pero que en definitiva vienen a regular una necesidad social merecedora de protección (antes de la ley 24.441 el artículo mencionado del Código Civil consideraba al dominio imperfecto singular; la misma ley agrego la fuente de creación testamentaria).

La creación de un fideicomiso testamentario es posible y hasta necesaria en sede notarial cuando el mismo se crea, se realiza o se proyecta con un fin familiar de proyección económica, patrimonial, de mantenimiento de los bienes en beneficio de un incapaz, o de

sustento moral. Sin embargo, para las interpretaciones ambiguas, debe estarse a favor de su no aplicación cuando el mismo este dirigido a falsear o simular el orden público familiar instaurado en la ley civil positiva y vigente a través de instituciones de orden público tan trascendentes como la legítima hereditaria o la institución de herederos.

Es perfectamente válida entonces la vía testamentaria, y aunque la ley positiva remite a las formas ordinarias de creación testamentaria del Código Civil, debe recomendarse con énfasis la forma de acto público. La escritura notarial en estos casos presupone los deberes éticos de asesoramiento, información, consejo, imparcialidad e independencia y especialmente, el cumplimiento de los principios de legalidad y verdad.

Asimismo, es conveniente que el fiduciario sea un tercero ajeno al núcleo familiar, para evitar confusiones, especialmente si fuera uno de los hijos que percibiera remuneración por la tarea, descompensando el orden sucesorio. En todo caso, si se eligiera esta última opción, habrá que estarse a los métodos más convenientes que prevengan de la compensación *inter vivos* de legítima hereditaria. De esta manera, sin dudas en sede notarial será posible -y hasta conveniente- afectar una universalidad de hecho o un bien singular, siempre y cuando no se violenten los principios de orden publico mencionados. Finalmente se impone la necesidad que la creación académica considere al fideicomiso testamentario como una institución indispensable para la protección familiar en la República Argentina. Si así fuere, la fuente fáctica de creación oficial (ley) podrá ofrecer lagunas, que serán interpretadas de acuerdo a los principios generales del derecho que se captan por evidencia.

10. Colofón.

El Código Civil elaborado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield fue una obra que consideró y ponderó la labor del escribano. Es así como deposita en la fe pública notarial, diversos requisitos, formas públicas o elementos distintivos que hacen a las disposiciones de última voluntad.

Vemos cómo por ej. al tratar sobre los testamentos ológrafos, que no requieren la intervención de ningún oficial público al momento de su otorgamiento, en el art. 3649 dice que “el testador puede, sí lo juzgare más conveniente, hacer autorizar el testamento con testigos,

..., o depositarlo en poder de un escribano, o usar de cualquier otra medida que de más seguridad de que es su última voluntad”.

Asimismo, se destaca como en otros casos se requerirá la intervención del escribano, para evitar la captación de la voluntad del testador o en algunos supuestos la sustitución de personas. El rol protagónico que le ha conferido, brinda certeza y permanencia por la protocolización de diversos instrumentos que contengan disposiciones de última voluntad, aún cuando hubiesen sido otorgados ante otro tipo de oficiales públicos, como por ejemplo los otorgados ante jueces de paz ubicados en los pueblos de campaña.

Paralelamente se ha establecido la tipificación como delito penal, para aquellos casos en los cuales con la participación de un notario se viese vulnerada, captada, persuadida la voluntad del testador o se lo sustituyese, en perjuicio de los beneficiarios legítimos del testador o de algunos de ellos.

III. La sucesión intestada en el Código Civil argentino.

Introducción.

El Código Civil de la República Argentina, reguló en tres títulos de la Sección Primera del Cuarto libro, lo referente a las sucesiones intestadas. En el Título 8 trata sobre el derecho de representación y sus efectos, del orden sucesorio y de la porción legítima de los herederos forzosos. Se aclara expresamente en una serie de preceptos, cómo la transmisión del acervo opera de pleno derecho hacia los herederos del causante y cómo algunos de éstos herederos no requieren cumplir con formalidad alguna.

Pero paradójicamente, cuando en nuestro país nos referimos al *proceso sucesorio* intestado, la doctrina mayoritaria y los jueces lo relacionan directamente con una etapa procesal que no se encuentra regulada en el Código Civil, que hasta parece haber sido excluida -como expresó hace varios años Borda³⁹¹- y es la declaratoria de herederos. Este reconocimiento documental, ha significado en la historia judicial nacional, en la notarial y principalmente en la faz dominial, un sinfín de situaciones que se ha tornado imposible de

³⁹¹ Borda, Guillermo A.: *Tratado de Dcho. Civil – “Sucesiones”*, 8ª edic., T. I, p. 316. Ed. Lexis - Nexis. 2003. Buenos Aires.

corregir, compatibilizar o adaptar. E incluso, acudiendo al ámbito judicial en busca de un precedente que redireccione la anómala situación imperante, lejos de rectificarse parece consolidarse a la luz de los proyectos de código civil que se han elaborado en los últimos años.

En el marco de análisis e investigación sobre la materia sucesoria en el ámbito notarial, podemos concluir y resaltar que nuestro derecho sucesorio, se erige sobre una normativa basada en sus antecedentes franceses, pero que antagónicamente, adopta un procedimiento sucesorio que adopta el sistema alemán. Conclusión de dicho análisis, es que la costumbre de la declaratoria de herederos no es más que eso, un hábito, una rutina mental, de los propios operadores del derecho quienes en su paso por las universidades son adoctrinados en considerar a la declaratoria judicial de herederos como un requisito *sine qua non* para demostrar la calidad de sucesor cuando, justamente, nuestro Código Civil marcha con una lógica completamente opuesta (demostrar el parentesco de cónyuge, ascendiente o descendiente para ser considerador sucesor).

En la misma línea de pensamiento, la reforma introducida al Código Civil en 1968 quiebra la lógica interna del ordenamiento al prescribir una declaratoria de herederos para que los actos de disposición de bienes inmuebles a título oneroso efectuados por el poseedor de la herencia sean oponibles al verdadero heredero. Sin embargo, esta ruptura a la hegemónica estructura jurídica sustancial, fue mucho menos importante que la doctrina “pro germana”. De acuerdo a la redacción dada al artículo 3430, sólo se previó su aplicación para la transferencia de inmuebles y a título oneroso, pero que por sobre todas las cosas, ni siquiera impuso la declaratoria como un requisito esencial sino que – a lo sumo- la falta de ella torna inoponible el acto al verdadero heredero.

1. Proceso sucesorio.

El verdadero proceso sucesorio no es el procedimiento destinado a la comprobación del carácter de heredero sino el que conduce a la partición de la herencia mediante los pasos previos del inventario y avalúo, el cual sólo requiere de la intervención de los jueces cuando existan menores, incapaces o ausentes, cuando terceros interesados se opongan a la partición privada y cuando no hubiere consenso unánime para realizarla (conf. art. 3465 C.C.)³⁹².

³⁹² Conf. Belluscio, Augusto César: *El juicio sucesorio y la prueba de la calidad de heredero*, Rev. del Notariado 841, p. 194. Buenos Aires. (También publicada en E.D. del 21 de marzo de 1995).

La Cámara Nacional Civil, sala C, sostuvo que “el objeto del proceso sucesorio consiste en la determinación de los bienes dejados por el causante y de las personas que los heredaron. Sólo a ello debe limitarse el proceso. Las demás cuestiones que se susciten respecto de contratos celebrados por el causante, si fueran controvertidas deben ser debatidas en los juicios correspondientes, y si existiera acuerdo entre todos los interesados, no necesitan de la intervención del juez del sucesorio para el cumplimiento de lo acordado”³⁹³.

Zannoni, encolumnado en la práctica forense, considera que mediante la instancia judicial se permite la determinación de los elementos que legitiman la relación jurídica que regula la transmisión *mortis causa*, tanto en lo referido a la vocación -legítima o testamentaria- como a la capacidad de los sucesores; la determinación de la masa transmitida, su composición y bienes o derechos que la integran, como también la determinación del pasivo -deudas, cargas- y la previsión de un régimen de administración, liquidación y partición de la masa hereditaria en caso de indivisión. Sostiene además, que asegura la publicidad de la relación misma y garantiza el debido proceso en eventuales litigios o discusiones acerca del derecho hereditario, tales como las demandas que pudieran promover sucesores a quienes se desconoce la calidad de tales, o las reclamaciones que pudieran efectuar acreedores y legatarios para el cobro de sus créditos o el cumplimiento de legados, nulidad de la partición, etc.³⁹⁴.

2. Transmisión hereditaria.

En el sistema de nuestro código, la muerte del *de cuius*, la apertura de su sucesión y la transmisión de la herencia a las personas llamadas a recogerla, se producen en el mismo instante. En consecuencia, el heredero, aunque sea incapaz o ignore que la herencia se le ha deferido, es propietario de ella desde la muerte del autor de la sucesión y en ese momento quedan fijados sus derechos de una manera irrevocable. No hay en el derecho argentino herencia yacente. Se es heredero desde el primero día, sin perjuicio de renunciar después³⁹⁵.

³⁹³ C.N.Civ., Sala C, 11/2/82, *Fornes, Antonio y otra*. L.L. 1982-B-240.

³⁹⁴ Zannoni, Eduardo A.: *Derecho de las sucesiones*, T. I., p. 134. 4ª edición. Ed. Astrea. 2001. Buenos Aires. En igual sentido la C.N.Civ., sala H, 29/10/96. L.L. 1998-B-742.

³⁹⁵ Fornieles, Salvador: *Tratado de las Sucesiones*. 2ª edic. T. I, p. 45. Valerio Abeledo editor. 1941. Buenos Aires. Idéntica convicción enseña Machado quien además de argumentar y fundar que es innecesario el dictado judicial de la declaratoria de herederos, expone que es perfectamente viable que un heredero forzoso enajene un bien hereditario y que justificará la calidad de heredero descendiente, sea uno o varios, sencillamente por el conocimiento de que se tenga de la familia o de las personas, y si de ellos no se tiene ese conocimiento, el adquirente tiene perfecto derecho para exigir al enajenamiento se le afirme por medio

La adquisición patrimonial se produce de pleno derecho, sin requerirse manifestación de parte del heredero, pronunciamiento judicial, ni formalidad de ninguna naturaleza. Este principio, se aplica por igual a toda clase de herederos, tanto a aquellos que tienen la posesión de la herencia *ministerio legis* como a los que deben solicitarla a los jueces.

Sostiene Prayones³⁹⁶ que “la transmisión *mortis causa* tiene por base el hecho de la muerte. Ese hecho equivale a la escritura pública en la transmisión ordinaria. La escritura pública, respecto de inmuebles, transfiere la propiedad cuando va seguida de la tradición. En la sucesión *mortis causa* no hay ningún acto del hombre; es un hecho de la naturaleza, de la muerte, que por sí misma transfiere la propiedad pleno *jure*”.

Esa transmisión hereditaria, en el caso de haber varios herederos, produce la denominada indivisión hereditaria; es decir queda indiviso entre todas las personas, y les corresponde a todas por entero, sujeto al resultado de la partición, sistema específicamente determinado por la ley.

El Código Civil va más allá y contiene una serie de preceptos que transparentan literalmente la posibilidad de realizar actos dispositivos sin haber llevado a cabo trámites sucesorios de cualquier naturaleza³⁹⁷. De la conjunción de artículos como el 3395³⁹⁸ y el 3406³⁹⁹ podemos considerar la eficacia de la venta de un inmueble efectuada por un heredero sin conformarse a las disposiciones prescriptas, quien solo será pasible de padecer la pérdida del beneficio de inventario, pero el acto como tal, será plenamente válido. Aunque la realidad actual, lamentablemente evidencia que estas disposiciones han pasado a ser meramente virtuales y sin asidero en la vida negocial patria.

de testigos, que tiene la calidad hereditaria que se le atribuye, presentándole además los documentos donde así constare (partida de nacimiento, matrimonio de sus padres y de su fallecimiento) Machado, José O.: *Exposición y comentarios al Código Civil Argentino*, 2ª ed. T. VIII, p. 599. Edit. Librería e Imprenta Europea de M. A. Rosas. 1920. Bs. As.

³⁹⁶ Prayones, Eduardo: *Nociones de Derecho Civil*, “Derecho de Sucesión”, p. 17. Edit. Ciencias Económicas. Buenos Aires. 1957.

³⁹⁷ “El ejercicio de los derechos de socio por parte de los sucesores del causante, no se encuentra subordinado a la inscripción de la declaratoria de herederos en los registros de la sociedad”. CNac. de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 29-10-1990, *Schillaci, Irene M. y otra c. Establecimiento Textil San Marco S.A.* L.L. 1991-E-109, con nota de Graciela Medina. D.J. 19921-575.

³⁹⁸ **Artículo 3395.** Los actos de enajenación y de disposición de los bienes, que hiciere el heredero beneficiario, como dueño de ellos, son válidos y firmes.

³⁹⁹ **Artículo 3406.** El heredero pierde el beneficio de inventario, si hubiere vendido los bienes inmuebles de la sucesión, sin conformarse a las disposiciones prescriptas. En cuanto a los muebles queda a la prudencia de los jueces, resolver si la enajenación de ellos ha sido o no un acto de buena administración.

Fornieles sostiene que la economía del Código se basa, tal como acontece en el sistema francés, a partir de la claridad expositiva del art. 3420, el cual establece que el heredero es propietario de la herencia desde la muerte el autor de la sucesión, sin distinción alguna⁴⁰⁰. Pero si la propiedad se transmite a toda clase de herederos desde el día de la muerte, no pasa lo mismo con la posesión hereditaria.

3. Posesión hereditaria.

La posesión hereditaria se diferencia entre los ascendientes, descendientes y cónyuge, quienes cuentan con la posesión de pleno derecho. Mientras que los demás parientes o personas extrañas instituidas en testamento, deben solicitar la posesión hereditaria y justificar judicialmente su derecho a heredar, caso contrario no se les permite obrar como dueños de los bienes transmitidos.

La herederos forzosos entran en posesión de los bienes desde el día de la muerte del autor de la sucesión, por ministerio de la ley, sin necesidad de ningún acto material de aprehensión, sin llenar ninguna formalidad y aún ignorando su llamamiento a la herencia. Como destaca Fornieles, “la ley convierte en poseedor de una cosa a una persona que no ha tenido contacto alguno con ella, suprimiendo por una ficción el *corpus posesorio*. Más todavía, suprime también el *animus*, puesto que el heredero se encuentra siendo poseedor aun cuando ignore que la herencia se le ha deferido”⁴⁰¹.

Pondé sostiene que lamentablemente, la disfunción judicial, alentada por intereses corporativos, y el aval normativo, otorgado por los parlamentos locales, derivó en el extremo que a los herederos que entran en posesión de la herencia de pleno derecho, se les negara ese estado porque no lo puntualizaba una resolución judicial que la ley no solamente no impone sino que, expresamente elimina. Aclara el destacado notario y recordado jurista que la deducción inmediata de la lectura del art. 3410 es la afirmación de que la intervención procesal de la justicia es innecesaria, con la fuerza y la drasticidad concreta y literal devenida del “...sin ninguna formalidad o intervención de los jueces”⁴⁰².

⁴⁰⁰ Fornieles, Salvador: ob. cit. “*Tratado ...*”, T. I, p. 162.

⁴⁰¹ Fornieles, Salvador: ob. cit. “*Tratado ...*”, T. I, p. 163.

⁴⁰² Conf. Pondé, Eduardo Bautista: Eduardo Bautista: *Posesión hereditaria y declaratoria de herederos en el supuesto del artículo 3410 del Código Civil*. Revista Notarial n° 759, p. 406. La Plata (Provincia de Buenos Aires).

4. Declaratoria de herederos.

Se puede definir a la determinación de herederos como un *acto público declarativo -que no causa estado-*, por el cual se reconoce el carácter de herederos legítimos a los llamados por la ley. La declaratoria como tal es un título hereditario objetivo, que se deriva del título de estado que acredita el vínculo de parentesco del llamado con el causante. Formalizado en un documento, es un instrumento público que se limita a reflejar -reconocer- quienes son los herederos de una persona fallecida, en base a otros documentos públicos -certificados, partidas, etc.-⁴⁰³.

La declaratoria no es título de adquisición del patrimonio hereditario a favor de los herederos declarados. Estos deberán proseguir con el proceso sucesorio propiamente dicho previsto en el Código Civil, a los fines de la determinación de los bienes que componen el caudal relicto y que se le adjudicarán en el acto partitivo de los bienes hereditarios, sea en forma individual o en condominio con el resto de los herederos. De esta manera se pondrá fin al estado de indivisión hereditaria en el que se encuentran los bienes, a partir del fallecimiento de su titular.

Su sustento legal radica en los códigos procesales de cada provincia, los que a partir de preceptos atinentes a la sucesión testamentaria han abordado diversos institutos de la sucesión intestada, estableciendo plazos y demás condiciones para la elaboración y dictado de la declaratoria judicial de herederos, aunque sin imponerla como requisito *sine qua non*⁴⁰⁴. Machado, considera que el vacío legal de la declaratoria de herederos en el Código Civil puede llenarse al otorgarse la escritura, haciendo constar en el título mismo, las circunstancias parentales⁴⁰⁵.

Maffía considera acertadamente que la declaratoria permite a los terceros conocer no sólo la calidad sino también la cantidad de herederos que suceden al causante; y agrega "...de

⁴⁰³ Zavala, Gastón A. *Declaratoria extrajudicial de herederos*, p. 78. Edit. Ad-Hoc. 2007. Bs. As.

⁴⁰⁴ Conf. Llambías, Jorge J.: *Código Civil Anotado* – "Sucesiones", T. V-A, p. 352, Edit. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1988; Borda, Guillermo A.: ob. cit. *Tratado ...*, T. I, p. 316; Zannoni, Eduardo: ob. cit. *Derecho ...*, T. I, p. 468; Medina, Graciela: Medina, Graciela: *Proceso sucesorio*, T. I, p. 208. 2ª edic. Edit. Rubinzal - Culzoni. 2006. Buenos Aires.

⁴⁰⁵ Dice Machado "Eso lo consigue con mayor seguridad por los medios privados, que por los judiciales de la declaratoria, que son una vana formalidad, que no expresan la verdad, ni satisfacen ni convencen" (Machado, José O.: *Exposición y comentarios al Código Civil Argentino*, 2ª ed. T. VIII, p. 599. Edit. Librería e Imprenta Europea de M. A. Rosas. 1920. Bs. As.).

allí que tanto los que tienen la posesión de pleno derecho, como los que deben obtenerla de los jueces, soliciten su dictado”⁴⁰⁶.

Palacio dice que la declaratoria de herederos es el pronunciamiento judicial mediante el cual se reconoce el carácter de heredero emergente de la ley. Es una resolución que no causa estado ni tiene eficacia de cosa juzgada por cuanto no constituye sentencia que ponga fin a una controversia, razón por la cual no descarta la posibilidad de que se incluyan nuevos herederos o de que se excluyan los que la declaratoria contiene⁴⁰⁷.

La Cámara Primera Civil y Comercial de Bahía Blanca consideró que la declaratoria de herederos no es requisito indispensable para que el sucesor *ab intestato* que recibe la posesión de la herencia por ministerio de la ley pueda ejercer todos los derechos que competían al difunto (arts. 3410 y 3417, Cód. Civil)⁴⁰⁸. Conteste con este pronunciamiento la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Martín se explayó diciendo que “la esposa del causante entra en posesión de la herencia desde la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia”⁴⁰⁹.

Sostiene Lafaille que “sin perjuicio de recurso técnico en cuya virtud el muerto entregaba por sí mismo los bienes al vivo, era indispensable comprobar el derecho de los pretendientes y al mismo tiempo, impedir que los terceros fueran víctimas de acciones reipersecutorias. Por ello se arbitró en el derecho francés, y en toda Europa, el procedimiento de los '*actos de notoriedad*', o sea de las informaciones. Cuando se trataba de liquidar una herencia, el oficial público levantaba una encuesta entre los vecinos capaces de establecer si los postulantes eran realmente las personas más próximas al difunto, que estaban dentro de la situación legal y que tenían, por consiguiente, la posesión hereditaria”. Esta figura responde principalmente al pensamiento de garantizar la mutación y ampara la buena fe de los

⁴⁰⁶ Maffía, Jorge O.: *Manual de Derecho Sucesorio*, 3a. ed., T. I, p. 276. Edit. Depalma. Buenos Aires, 1987.

⁴⁰⁷ Palacio, Lino E.: *Manual de Derecho Procesal Civil*, 7ª ed. actualizada, T. II, p. 469. Edit. Abeledo - Perrot. 1987. Buenos Aires.

⁴⁰⁸ La Cám. 1ª Civ. y Com. de Bahía Blanca, 13/11/70, *Giménez, Dionisio c/Canelo, Antonio*. E.D. 35-65.

⁴⁰⁹ *Meresanoni de Brandariz, María L. y otra c. Bertolano, Mario D. y otro*; 16/03/78; E.D. 96-550 (23). En igual sentido la C.N.Civ., sala C, determina que los ascendientes, descendientes y cónyuge entran en posesión de la herencia desde el día de la muerte del causante, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces; autos *Lainez, María E. B. y otro*, 05/03/81; E.D. 96-551 (24)

extraños⁴¹⁰. Esos actos o diligencias de notoriedad que tramitaban ante notarios u otros funcionarios públicos consistían en demostrar que no existían parientes más próximos y que ningún heredero preferente ha reclamado la herencia.

5. Sistema germánico de reconocimiento de herederos con estructura francesa.

La claridad normativa que contiene el Código Civil argentino, tal como se practica en muchos de los países que integran la Unión del Notariado, no ha logrado dejar de ser un aspecto teórico en cuanto a la transmisión fáctica de los bienes relictos a los herederos.

La sucesión tramitada en sede judicial, requiere la intervención del juez y el desarrollo de una serie de actos y etapas procesales, no para dirimir un conflicto litigioso ni tiende a la satisfacción de pretensiones resistidas o insatisfechas, sino que se lo emplea para legitimar, determinar o constituir ciertas relaciones jurídicas de acuerdo a la ley y en el que no se hallan en juego sino intereses patrimoniales⁴¹¹.

Es así como se procedió a regular en los códigos procesales de cada estado local (provincias), lo referido a la declaración de herederos, cuerpos rituales en los que se apreció que el proveído judicial que se dicta en este sentido no es más que un pronunciamiento judicial -o un *auto* como algunos lo denominan- de carácter formal o alcances comprobatorios, que no constituye una sentencia porque no pone fin a cuestión alguna, ni es definitiva, ya que es susceptible de ser modificada en cualquier momento⁴¹². Es decir "no hace cosa juzgada y no enerva, por lógica consecuencia, el derecho de quienes, por encima o junto con los que se hubiesen presentado al juicio, pudieran tener título a la herencia"⁴¹³.

⁴¹⁰ Lafaille, Héctor. *Curso de Derecho Civil*. "Sucesiones". T. I, p. 207. Edit. Biblioteca Jurídica Argentina. 1933. Buenos Aires.

⁴¹¹ Conf. Zannoni, Eduardo: *Derecho Civil* – "Derecho de las Sucesiones", T. I., p. 134 y 470. 4ª edición. Ed. Astrea. 2001. Bs. As.

⁴¹² C.N.Civ., sala F, 29/08/83, *T.A., M. A. y otro c/T.C., F. J. M. y otros* (L.L. XLIII, J-Z, 2351, sum 57); en igual sentido C.N.Civ., sala D, 08/05/84, *Veglia, María T. s/Suc.* L.L. 1984-D-588.

⁴¹³ Santos S. Faré, Fiscal de la C.N.Civ., sala F, *Giani, Luis s/Suc.*, 21/10/74. L.L. 1975-A-555. En igual sentido: C. 1ª Civ. y Com. de Bahía Blanca, 05/08/80, *Desch, Bárbara*. E.D. 96-562; C.N.Civ., sala A, 15/12/67, *Serrano, Raúl F. L. s/Sucesión*. 17.612-S. L.L. 131-1089. C.N.Civ., sala B, 06/06/61, *C. T., J. s/Suc.*, 7335-S. L.L. 104-763; C.N.Civ., sala F, 27/07/61, *N., J. s/Suc.* L.L. 104-543; CNCiv., sala B, 23/10/75, *Correa de Flores, Matilde s/Suc.*, E.D. 66-520; C.N.Civ., sala B, 15/08/78, *Uccello, Virginia C y otra s/Sucs.*, E.D. 82-428 (11); C.N.Civ., sala B, 13/04/82, *T. A., M. A. y otro c. T.C., F.J.M. y otros*, E.D. 100-534; C.N.Civ., sala G, 05/07/89, *Fiorentino, Julia*. L.L. 1989-E-242; D.J. 1990-1-642.

Las únicas normas que se apartan de la aplicación de los principios generales del Código Civil se encuentran en las normas registrales. Pero mientras la Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801 alude tangencialmente a la declaratoria de herederos, refiriéndose únicamente a los “herederos *declarados*”, son las leyes provinciales, las que se refieren a la declaratoria de herederos para que los sucesores puedan disponer de los bienes inscriptos a nombre del causante, aunque solo mencionándola.

Lo grave de la situación es que haciendo uso de una interpretación extensiva, la mayoría de los distintos Registros de la Propiedad erróneamente han impuesto en la *práctica* - y en franca oposición al criterio sentado por la Corte Suprema⁴¹⁴ - la necesidad de contar con la declaratoria de herederos e incluso, hasta atribuyéndole el carácter de “*título*” para su inscripción registral a fin de publicitar frente a terceros, aparentes derechos *dominiales*.

Es menester ser sumamente cuidadosos no solo en la sanción de dichas normas, sino también en su interpretación, puesto que las disposiciones registrales -y menos aún su aplicación práctica- no pueden imponer soluciones distintas a las consagradas en el ordenamiento jurídico de fondo.

Para sustentar nuestra posición, nos remitimos a la pacífica doctrina nacional, la cual considera que “Las normas registrales deben considerarse una herramienta al servicio de las prerrogativas sustanciales generadas por las leyes que regulan la constitución, modificación, o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Por ello, una interpretación armónica del sistema jurídico positivo, no puede hacerlas aparecer como obstáculo para la plena realización de dichas prerrogativas. ... En consecuencia con lo antedicho debe prevalecer la idea de que en cualquier supuesto en que las normas sustanciales confieren facultades dispositivas a los titulares de derechos, éstos tendrán también legitimación registral para realizarlos, caso contrario las normas registrales serían un obstáculo para su ejercicio y, como expresáramos, no es esa la función que deben cumplir en un sistema jurídico”⁴¹⁵.

⁴¹⁴ C.S.J.N. expresó el 13/08/98 en *Codevilla, Víctor y otros c/Ayelli, Enrique A. y otros s/División de condominio*, que “La inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad no produce el cese de la indivisión hereditaria, el que sólo ocurre mediante la partición de los bienes debidamente inscripta”. Fallos: 321 - 2162. Idem C.S.J.N, marzo 03 de 1982, *Gauna, Juan y otro*. L.L. 1982-C-360.

⁴¹⁵ Ponencia al XIV Congreso Nacional de Derecho Registral, Córdoba 2006 *Aplicación amplia del tracto sucesivo abreviado.*, Esteban M. Picasso y Gabriel Ventura.

Para advertir que las normas registrales son contrarias al Código Civil es necesario entender esta contradicción entre el Código “a la francesa” y una costumbre de tipo germánica. Justamente el discurso doctrinario dominante considera que las pautas registrales son uno de los elementos que han desvirtuado la aplicación práctica del Código Civil. Es decir, nos encontramos frente a un pensamiento circular, una falacia autoreferencial que se sostiene por una simple petición de principios.

Por ello, los esfuerzos notariales han estado siempre encaminados a demostrar cuál es la correcta interpretación del Código Civil a efectos de construir, al menos, una práctica notarial y registral acorde a estos principios que permiten soslayar la declaratoria judicial de herederos, o en su defecto, admitir una alternativa extrajudicial para el reconocimiento de los parientes y cónyuges.

6. Panorama jurídico.

Es oportuno ahondar un poco sobre la situación que ya describía Fornieles y que caracteriza al derecho sucesorio argentino: la inquietante contradicción entre la normativa y la realidad jurídica.

Sería obvio para cualquier jurista que, en tren de optar, entre norma y costumbre la primacía la debe tener la ley. Más aún cuando el Código Civil argentino, en su artículo 17 preceptúa: *Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente*, pero en Argentina ha triunfado una realidad “*contra legem*”.

Si bien nuestro Código Civil establece en su artículo 3410 que cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de muerte del autor de la sucesión sin ninguna formalidad o intervención de los jueces y es propietario, acreedor o deudor, de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, lo cierto es que la realidad impone la tramitación de una declaratoria judicial para *todos* los herederos del acervo sucesorio.

Nuestros primeros tratadistas, a fines del Siglo XIX y principios del Siglo XX, consideraban poco menos que anatema y abominación esta costumbre de diligenciar una

innecesaria declaratoria. Por ejemplo, al analizar la posesión de pleno derecho que tienen los herederos y, específicamente, el significado de la expresión “sin ninguna formalidad o intervención de los jueces” aclaraba Llerena “Es decir, sin necesidad de ningún acto de posesión material y sin necesidad de que el Juez le mande dar la posesión judicial, pues entra de pleno derecho por el sólo hecho de la muerte del autor de la sucesión. Con esta posesión puede [el heredero], desde luego, ejercer actos materiales sobre los bienes. Puede también vender y hacer tradición...sin necesidad de que haya tomado la posesión material de los bienes, pues le basta la que tenía el causante de la herencia”⁴¹⁶.

Agregaba que “en la práctica de los tribunales de la Capital, como en la mayor parte de las provincias argentinas, se ha establecido como necesario, la declaratoria del heredero por el juez de la sucesión, aún cuando se trate de descendientes o ascendientes. Esta declaratoria, que en realidad no puede dar ni quitar a los herederos a favor de los cuales se hace, puesto que siempre se declara en ella que es sin perjuicio de terceros, es inútil tratándose de herederos descendientes o ascendientes; es inútil porque, con arreglo al artículo que estudiamos, ellos entran en posesión de la herencia y pueden disponer libremente de los bienes sin necesidad de declaración alguna por parte del Juez”⁴¹⁷.

Los comentarios expuestos que evidencian la realidad nacional, son un fiel reflejo de la situación reinante en el ámbito judicial, que se ha incrementado desde principios del Siglo XX; panorama que presenta una serie de disfunciones y características negativas que se pretenden mejorar, cambiar. Aunque de manera elocuente describió Medina lo que es regla en cada intento por rectificar esta maquinaria judicial; expresa la Camarista capitalina que “hoy existe plena conciencia de que se deben introducir reformas para mejorar el sistema de justicia y existe acuerdo generalizado de que en la actualidad el sistema es lento, entre otras cosas por la sobrecarga de tareas. Todo el mundo critica la lentitud de los procedimientos judiciales y la falta de eficacia de su respuesta pero cuando se proponen dar soluciones al problema sacando situaciones voluntarias de sede judicial, los mismos que critican la ineficiencia del sistema se niegan a aceptar estas soluciones, alegando posibilidades de fraude, o inseguridades jurídicas, o cuestiones corporativas”⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Llerena, Baldomero, *Concordancias y Comentarios del Código Civil*, T. IX, p. 228.

⁴¹⁷ Llerena, Baldomero: Ob. cit. *Concordancias ...*, T. IX, p. 230.

⁴¹⁸ Medina, Graciela: *Proceso sucesorio*, T. I, p. 25. 2ª edic. Edit. Rubinzal - Culzoni. 2006. Buenos Aires.

7. El notariado y sus incumbencias sucesorias.

La realidad jurídica argentina se aparta de toda consideración a la intervención notarial en esta etapa preliminar del proceso sucesorio, sin comprender que ésta no es una cuestión jurisdiccional, sino que pertenece a las competencias materiales del notariado⁴¹⁹; y marchó pacíficamente por el camino descripto, imponiendo *de facto* la declaratoria judicial de herederos. A lo largo de los años el discurso doctrinario se ocuparía de realizar una breve mención a esta anomalía y pese a esto, seguir enseñando y construyendo sobre esta realidad virtual que, volvemos a repetir, es contraria al Código Civil y los pocos antecedentes notariales que encontramos en el país, cesaron a principios del siglo pasado. Lo interesante del tema es que, desde hace algunas décadas, comienzan a aparecer entre los escribanos argentinos algunas voces que propugnan la posibilidad del dictado de una declaratoria en sede notarial que reemplace a la dictada por los jueces, posibilidad que siempre fue resistida y contestada por los colegios de abogados en defensa de presuntas incumbencias profesionales.

La ofensiva notarial dio lugar a varios trabajos sobre el tema, así como Congresos y Jornadas profesionales en las cuales se lo debatió⁴²⁰, llegándose a concretar anteproyectos de códigos procesales que contemplaban algún tipo de participación notarial y hasta proyectos de ley que pretendían la incorporación concreta de la incumbencia notarial (Proyecto de Ley tramitado por expediente 712/04 de la Provincia de Río Negro), aunque todos ellos terminaron siendo sólo *proyectos* de ley.

Similares razones que impidieron la prosecución de esos intentos legislativos, llevaron a incorporar en el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio para la República Argentina de 1998, que a contramano de la historia se quisiera hacer prevalecer los intereses corporativos por sobre los de la comunidad, al proponer completar la involución consagrando el *juicio* sucesorio en el código de derecho privado⁴²¹.

⁴¹⁹ Zavala, Gastón A.: *El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos*. “La competencia notarial en trámites sucesorios”, p. 278. Edit. Temis S.A. en Bogotá; Ubijus en México, Reus en Madrid y Zavallia en Buenos Aires. 2010.

⁴²⁰ El despacho en minoría de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. 2005) contempla que: “...En el marco legal vigente y por medio de leyes provinciales que así lo reglamenten, es jurídicamente viable realizar en sede notarial la comprobación de la calidad de herederos”. En sentido conteste se pronunció la XXVIII Jornada Notarial Argentina, realizada en Rosario del 26 al 28 de junio de 2008.

⁴²¹ Belluscio, Augusto C.: *La reforma del derecho sucesorio en Francia*. L.L. 2002-A-1359.

Esta hermenéutica legislativa -o si se prefiere construcción teórica- no ha tenido la repercusión esperada en el pensamiento notarial argentino, o quizás ha sido silenciada por otros factores. Una de las razones que explican porque es tan complejo avanzar de manera sostenida en esta tesitura, es la poderosa *creencia* de las virtudes de la declaratoria de herederos y su tramitación *judicial* para contribuir a la seguridad jurídica como también una inhibición profesional a enfrentar estructuras anejas, que representan un factor económico importante para los operadores que allí intervienen. Creencia preconizada desde los establecimientos universitarios y bibliografía contemporánea. Pero, tenemos para nosotros, que otra razón importante es que esta línea revisionista brinda al notariado una plataforma desde la cual iniciar acciones concretas para socavar la prerrogativa que los abogados y jueces han construido alrededor de la transmisión sucesoria.

8. Primeros antecedentes judiciales.

Desde el seno notarial, se han instado acciones en busca de que los tribunales declaren la inconstitucionalidad de las normas registrales que se oponen a la plena vigencia del ordenamiento civil. Como también para que se reconozca la competencia notarial para intervenir como órgano instrumentador del acto traslativo de dominio fundado en causa de muerte intestada entre herederos forzosos.

Los resultados han sido los imaginables. Los jueces se abroquelan en su aquilosa práctica forense, con el razonamiento circular y contradictorio que hemos considerado. Sin embargo, sostenemos que la experiencia ha sido enriquecedora porque el discurso doctrinario hegemónico no había sido cuestionado, y al ser refutado debe necesariamente revisar sus contradicciones y puntos débiles y construir una argumentación más sólida, aunque cae una y otra vez en fundamentos inconducentes que demuestran su carencia de cobertura legal.

En los últimos cuatro años, un par de casos ingresaron en los estrados judiciales, con la intención de lograr un pronunciamiento judicial en el que se analizase el tratamiento de las mal llamadas sucesiones notariales en el Código Civil, prefiriéndose la denominación de intervención notarial en el proceso sucesorio.

8.1. Caso Picasso.⁴²²

El escribano Esteban María Picasso, planteó una acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén en el que pretendió que el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia ordenara al Registro de la Propiedad Inmueble la inscripción de una partición extrajudicial realizada por unos herederos sobre un bien inmueble, sin contar éstos con una declaración judicial ni notarial de herederos a su favor.

Se sostuvo –y acreditó– allí que todos los herederos eran descendientes y cónyuges de los causantes (se encontraban involucradas varias sucesiones) y que en dicho carácter contaban con la posesión hereditaria de pleno derecho atento lo dispuesto en el artículo 3410 que establece que cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de muerte del autor de la sucesión sin ninguna formalidad o intervención de los jueces y es propietario, acreedor o deudor, de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor.

Desde esa posición se criticó la ley 2087 –reglamentaria en la Provincia de Neuquén de la inscripción registral– la cual en su artículo 51 establece que en las particiones extrajudiciales debe expresarse que se ha dictado la declaratoria de herederos o aprobado el testamento; lo cual implica una contradicción o al menos un agregado, a lo previsto en el Código Civil.

Se argumentó allí, que si bien la ley registral 17.801 habla en su artículo 16 de “herederos declarados” no precisa quién ni cómo debe declararlo pero que dicha imprecisión legal no daba derecho a la Provincia de Neuquén a aclarar la laguna legal imponiendo un trámite contrario al Código Civil.

De manera muy incidental, reconoce el Tribunal que en nuestro Código Civil es innecesaria la intervención judicial para poner en posesión de la herencia al cónyuge, ascendientes y descendientes, pero acto seguido hace mención a los usos y costumbres que convirtieron en práctica acreditar la calidad de herederos frente al juez en un proceso judicial y rechaza la demanda del escribano neuquino. Olvida el Tribunal que los usos y costumbres

⁴²² Sincero agradecimiento al Esc. Esteban M. Picasso quien colaboró con sus valiosos aportes en la elaboración de esta parte del trabajo.

no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente (art. 17 C.C.). Por otro lado, el juzgador hace una vaga referencia al artículo 3284 del Código Civil que otorga a los jueces del último domicilio del causante la jurisdicción sobre las sucesiones sin distinguir a los llamados a recibir la herencia. No tuvo aquí en cuenta, que el recurrente había advertido al presentar la demanda, que el art. 3284 tiene aplicación directa, cuando la actuación judicial fuese necesaria y forzosa para dirimir un *conflicto u oposición* de intereses suscitados entre partes⁴²³ lo cual no ocurría en el supuesto de autos.

El Tribunal Superior de Justicia pretendió hacerse fuerte en el art. 2505 del Código Civil, que establece que “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 (texto conforme ley 17.711)”. Olvida que, justamente, este artículo no se aplica a las transmisiones *mortis causa* ya que como establece el art. 3282 la misma se produce en el momento de la muerte del causante.

8.2. Caso Zavala.

En la Provincia lindera de Río Negro, ubicada al norte de la región patagónica, el 23 de julio de 2008 se labra un acta de notoriedad (escritura 78) destinada a comprobar el fallecimiento del causante y la supervivencia de su esposa e hijos matrimoniales⁴²⁴. Simultáneamente se autoriza una escritura (nº 79) mediante la cual la viuda y los herederos se adjudican por partición hereditaria y postcomunitaria extrajudicial, el único inmueble relicto, con constitución de derecho real de usufructo vitalicio⁴²⁵.

Solicitada la inscripción registral de la escritura partitiva, la Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble rechaza *in limine* la rogación por sostener que el título

⁴²³ Zavala, Gastón A, *Declaratoria Extrajudicial de Herederos* p. 35, Ed. Ad-Hoc. 2007. Buenos Aires.

⁴²⁴ Cómo hecho anecdótico y para que se evalúe la real dimensión del ámbito imperante en el país cada vez que se incursiona en esta temática, se destaca que al iniciar las diligencias preliminares a la autorización del acta de notoriedad, el Colegio de Abogados de Gral. Roca de la Provincia de Río Negro denunció penalmente ante el Juzgado 30 de la II Circunscripción Judicial de Río Negro (R.A.) al escribano Gastón Zavala, imputándole haber incurrido en el delito de usurpación de títulos (art. 246 Código Penal) y como medida intimidatoria solicitó -y se produjo- el allanamiento al registro notarial a su cargo, secuestrándosele el requerimiento notarial. Bajo esas circunstancias, la actuación notarial continuó.

⁴²⁵ Los cuales gozan todos del carácter de herederos con posesión de la herencia de pleno derecho (art. 3410 C.C.), sin perjuicio de que la viuda no reciba sus derechos por herencia sino por la liquidación del régimen de gananciales.

presentado esta afectado de nulidad absoluta y manifiesta por no emanar de la escritura *orden judicial para inscribir la declaratoria de herederos*.

Ante esa decisión, se interpuso recurso de reconsideración ante la Cámara de Apelaciones de Viedma, sosteniendo la innecesariedad de tal declaración judicial de herederos en razón de la posesión hereditaria de pleno derecho de que gozaban los interesados, y la consiguiente inconstitucionalidad de toda norma provincial que dispusiera lo contrario, en virtud de los arts. 19, 31 y 75, inc. 12, de la Carta Magna. Ello generaba una cuestión federal sobre la cual debía mediar decisión en sede provincial y pronunciamiento final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Cámara de Apelaciones rechaza el recurso de reconsideración y confirma la disposición registral. Si bien juzgó que el acta notarial no era nula como constatación de los hechos enunciados, afirmó que lo era como sustitutiva de las normas procesales y registrales que requieren la autorización y el control judicial.

Dicha sentencia fue apelada, recurso en el cual además de las razones de derecho común se mantuvo la cuestión federal planteada en su momento; accionar que contó con el dictamen favorable de la Procuradora General de la Provincia de Río Negro⁴²⁶. Explica la funcionaria judicial que exponer por parte de la Cámara el criterio contrario a la tramitación mediante actas de notoriedad del proceso sucesorio del difunto, cuando -ciertamente- la Disposición del Registro de la Propiedad Inmueble no cuestionó el contenido de la misma, decide más allá del objeto de la *litis* que consistía –únicamente- en la inscripción definitiva del título partitivo. Refleja además la doctrina de las nulidades instrumentales, destacando que los únicos vicios que producen la máxima sanción, son aquellos contemplados taxativamente en el ordenamiento jurídico sustancial y consecuentemente sugiere la revocación de la sentencia de Cámara.

La sentencia del Superior Tribunal⁴²⁷ admitió parcialmente el recurso, en cuanto había declarado nula la escritura n° 79 respecto de las formas extrínsecas del título que se solicitaba inscribir. Pero paradójicamente la confirmó en cuanto había negado la inscripción registral del acta de notoriedad, pues a su juicio, y a pesar de que la legislación provincial preve las

⁴²⁶ [Http://www.jusrionegro.gov.ar/ministeriopublico/CargaDictyResWEB/DictamenesWEB/0163-09-PG.rtf](http://www.jusrionegro.gov.ar/ministeriopublico/CargaDictyResWEB/DictamenesWEB/0163-09-PG.rtf).

⁴²⁷ S.T.J. de R.N., 28/06/2010. *Zavala, Gastón Augusto*. L.L. 2010-D-209.

actas de notoriedad notariales, sostiene que esas normas no eran aplicables a la comprobación de quiénes son los herederos de personas fallecidas. Para ello, consideró legítima la exigencia de declaración judicial y admitió que la función calificadora del registro comprende no sólo los requisitos extrínsecos de los documentos presentados para su inscripción sino también su contenido.

Esto evidencia que el máximo tribunal rionegrino, confundió documento notarial primario (acta de notoriedad sobre la existencia de herederos forzosos) y la escritura de partición del acervo hereditario y postcomunitario, resolviendo una cuestión no planteada, cual es la *–supuesta–* nulidad de la primera, y no resolvió la verdaderamente planteada, es decir, la inscripción de la segunda.

Se plantea finalmente la violación del orden jerárquico normativo establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional, al haberse hecho prevalecer las normas provinciales que establecen el trámite judicial de la declaratoria de herederos por sobre el art. 3410 del Código Civil, que confiere a ascendientes, descendientes y cónyuge del causante la posesión de la herencia de pleno derecho, vaciando de sentido la norma aprobada en su momento por el Congreso Nacional.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, afirmó que la cuestión planteada era de naturaleza local y de derecho común, pues entiende que debió expedirse respecto al decreto provincial 1720/1983, que reglamenta la ley provincial K 810 sobre registro inmobiliario, y a la ley G 4193, que reglamenta el ejercicio de la función notarial y la profesión de escribano.

Al igual que su par neuquino expresó que la jurisdicción sobre la sucesión corresponde a los jueces conforme al art. 3284 del Código Civil, y que la jurisdicción voluntaria es una actividad ineludible de los jueces, de jurisdicción judicial y no administrativa, en tanto que el labrado de actas de notoriedad se limita a los casos en que las disposiciones legales lo autoricen, por lo que la actuación del Registro de la Propiedad Inmueble fue conforme a derecho. Abundó también, fundándose en la legislación provincial, que el dictado de la declaratoria de herederos *–en rigor, la comprobación del carácter de herederos–* compete a los jueces, sin perjuicio de que la partición privada pueda hacerse por escritura pública en los términos del art. 3462 del código civil, pero en cuanto reconozca como antecedente la

declaratoria judicial a fin de asegurar la continuidad registral de titularidades y permita el tracto abreviado mediante una relación detallada y completa de la serie de transmisiones que no quiebre el principio de tracto sucesivo.

En este caso, no se trataba de determinar el alcance de las funciones de los notarios, ya que con la previa acta de notoriedad o sin ella –como lo fue el caso de Neuquén antes referenciado-, la partición extrajudicial se bastaría a sí misma con la agregación de las partidas del registro civil de las cuales resulta el vínculo parental y conyugal de los herederos con el causante, el cual los incluye indiscutiblemente entre quienes gozan de la posesión hereditaria de pleno derecho. Ninguna disposición del Código Civil funda la afirmación de que la comprobación del vínculo familiar con el causante por parte de los herederos que tienen la posesión de la herencia de pleno derecho deba resultar de una declaración judicial; y el art. 3430, agregado por la reforma de 1968, se refiere únicamente a la eficacia de los actos del heredero aparente, fuera de no contener la exigencia de que la declaratoria de herederos sea judicial.

En fin, para la determinación de si existe o no una cuestión federal, resulta inocuo el estudio minucioso de las disposiciones procesales, registrales y de organización del notariado de la provincia, ya que la cuestión se limita a la colisión entre la exigencia de declaración judicial de herederos previa a la partición de la herencia por la legislación local y su no exigencia por el Código Civil.

En cuanto a la exposición de la cuestión federal planteada en cada una de las instancias sobre la colisión de la legislación provincial con las normas nacionales, el Superior Tribunal de Justicia patagónico, la deniega caprichosamente, lo que es confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien rechaza el último de los recursos posibles, el de queja, sin ingresar en el análisis sustancial de la causa.

En síntesis, esto significó que se resolviera un planteo judicial incoado (la inscripción registral de la escritura partitiva), mediante una decisión referida a una cuestión no controvertida (la validez del acto instrumentado por el acta de notoriedad).

Sólo cabe impugnar el silencio, pero en razón de éste no corresponde rebatir fundamentos inexistentes. De esta manera, tal como deja en evidencia Lahitou⁴²⁸, en su blog de comentarios a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, queda al descubierto quienes custodian el tesoro que significan las sucesiones en nuestro país y como los jueces son celosos de su jurisdicción.

9. La transmisión hereditaria y la extinción de la indivisión.

La transmisión hereditaria, en el caso de haber varios herederos, produce la denominada indivisión hereditaria; es decir, queda indiviso entre todas las personas y les corresponde a todas por entero, sujeto al resultado definitivo de la partición (conf. art. 3462 C.C.), sistema específicamente determinado por la ley.

La partición es el acto jurídico mediante el cual la comunidad hereditaria -y post-comunitaria- mediante la distribución del activo neto entre los coherederos o entre éstos y el cónyuge supérstite, determinan el haber concreto de cada uno.

Cuando varias personas son llamadas simultáneamente a la sucesión, cada una tiene los derechos del autor de una manera indivisible, en cuanto a la propiedad y en cuanto a la posesión (conc. con arts. 3416, 3449 C.C.). El estado de indivisión en el que se encuentran los herederos en relación al caudal sucesorio desde la apertura de la sucesión, solo se puede liquidar mediante la partición del acervo hereditario.

El derecho de los herederos versa sobre una porción de la universalidad hereditaria y no sobre los bienes en particular, lo que se concreta con la partición, aunque con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante (art. 3503 C.C.). De modo que, en el ínterin, existe un estado de indivisión que da lugar a múltiples relaciones de los herederos entre sí y con terceros, durante el cual debe reconocerse y reglarse el derecho de todos (arts. 3449 y sgts.)⁴²⁹.

⁴²⁸ Lahitou, Juan Pablo: *Un escribano en búsqueda del tesoro*. <http://todosobrelacorte.com/2011/09/05/un-escribano-en-busqueda-del-tesoro/>

⁴²⁹ C.N.Civ., sala C, 25/11/80, *Fernández, Antonio*; E.D. 96-551 (22).

Determinados los herederos, es prioritario diferenciar si éstos son descendientes, ascendientes o cónyuge del causante, los que entran en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión -sin ninguna formalidad o intervención de los jueces (art. 3410 C.C.)-, derivándose de su título de estado que acredita el vínculo de parentesco del llamado con el causante, su grado preferente o concurrente.

9.1. Formas de partir.

Vélez, en cuanto a la partición de los bienes relictos (como instituto independiente de la posesión hereditaria), con la visión panorámica que lo caracterizó, destinó un capítulo en su obra magna, a las diversas maneras como puede hacerse la partición. Previó dos modalidades, una judicial impuesta en los supuestos del art. 3465⁴³⁰ y una extrajudicial, privada o amigable, para lo cual estableció que los herederos estuviesen presentes y sean mayores de edad, admitiendo inclusive que se arribase a la partición aunque no existiese unanimidad en la decisión, siempre que el acuerdo no sea contrario a su esencia⁴³¹.

La ley Borda de 1968 (Ley 17.711), introdujo la *unanimidad* como exigencia para determinar la modalidad partitiva, reemplazó la mayoría de edad por la *capacidad*, suprimió la posibilidad de que los herederos licitasen algunos de los bienes hereditarios (art. 3467) y agregó que existiendo la posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podría exigir por los coherederos la venta de ellos, salvo cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes⁴³².

⁴³⁰ **Artículo 3465.** Las particiones deben ser judiciales: 1. Cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces, interesados, o ausentes cuya existencia sea incierta. 2. Cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que se haga partición privada. 3. Cuando los herederos mayores y presentes no se acuerden en hacer la división privadamente.

⁴³¹ Los códigos procesales han incorporado una tercer alternativa que es la partición mixta, que si bien es privada requiere la aprobación judicial.

⁴³² **Artículo 3475 bis.** Existiendo posibilidad de dividir y adjudicar los bienes en especie, no se podrá exigir por los coherederos la venta de ellos. La división de bienes no podrá hacerse cuando convierta en antieconómico el aprovechamiento de las partes, según lo dispuesto en el art. 2326. (*artículo incorporado por ley 17.711*).

9.2. La partición notarial.

La legitimidad de la partición privada o notarial, surge expresamente de los arts. 3462 y 3465 inc. 3º del Código Civil, en concordancia directa con el art. 1184 inc. 2º que consagra que las particiones extrajudiciales de herencias deben ser formalizadas por escritura pública.

La jurisprudencia se hace eco del tenor legislativo y en distintos pronunciamientos así lo ha reconocido. La Sala D de la Cámara Nacional Civil así lo refleja y predica: “Es cierto que, en principio, la unanimidad de criterios entre los herederos, conduce a que la partición que entre ellos privadamente realicen resulta inatacable, así como innecesarios los trámites previos característicos de una partición judicial, como son el inventario y la tasación”⁴³³. Reitera la misma Sala “Cuando existe pleno consenso entre los sucesores, no hay obstáculo legal alguno, para que sean ellos quienes decidan la forma en que deseen instrumentar lo atinente a la distribución de los bienes hereditarios”⁴³⁴.

La Sala E de la Cámara Nacional Civil sostiene que “Tratándose de la partición extrajudicial el legislador no ha querido limitar la libertad de los herederos para celebrar sus convenciones, quienes podrán liquidar los bienes de acuerdo a las modalidades que juzguen convenientes”. “Si bien con respecto a la forma de la partición, en principio, existe libertad, ella se ve limitada por el art. 1184, inc. 2º del Cód. Civil que exige escritura pública para las particiones extrajudiciales, salvo que el convenio privado se someta a la homologación del juez”. “De acuerdo al art. 3462 del Cód. Civil, si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que la unanimidad juzgue conveniente. Se trata de una partición amigable o extrajudicial, por la cual todos los herederos eligen el modo que mejor les resulta para dividir; y dentro de la amplitud de facultades que tienen, está comprendida la posibilidad de realizar los bienes mediante su venta, ya sea privada o judicial, para repartirse luego su producido”⁴³⁵.

⁴³³ CNCiv., sala D, 07/05/80, *Satz, David*. E.D. 96-556.

⁴³⁴ CNCiv., sala D, 27/03-/80, in re *Tombetti, José H.* E.D. 96-554 (58).

⁴³⁵ CNCiv., sala E, 02/02/79, *Alfonso de Cuta, E.* E.D. 96-556.

9.2.1. Contenido de la partición.

La división del patrimonio indiviso puede realizarse de manera perfecta, ya sea en igualdad de bienes en especie para cada uno, con compensación de diferencias, pero también es factible que ante la imposibilidad de la división igualitaria, resulte un beneficio para alguno. Una de los herederos puede recibir una porción menor de la adjudicada a otro –o nada-, si proviene de un acuerdo de voluntades. Los herederos, y en su caso junto al cónyuge supérstite, tienen la mayor libertad para distribuir el caudal relicto.

Aunque lo ideal es que la partición, se realice en relación a la totalidad de los bienes, nada impide que la partición se efectúe solo en cuanto a una parte de ellos (art. 3453). V.gr. que se adjudiquen algunos de los bienes que integran la masa indivisa o que se disponga la venta de ellos, conservando otros bienes dentro de la masa hereditaria –y post-comunitaria-. Si alguno se opusiere, la situación necesariamente debe ser dirimida por la autoridad judicial⁴³⁶.

La disposición derivativa del art. 1262 C.C. en relación a los bienes postcomunitarios ya comentada al tratar específicamente el tema, nos conduce en el mismo sentido, al expresar que la sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a la normativa específica. Ello nos traslada al art. 1777 C.C. que será aplicable a la liquidación de la sociedad lo dispuesto para la liquidación de las sociedades comerciales en el Cód. de Comercio y 1788 que establece que observará en la división de la sociedad, lo dispuesto en el Libro 4 del Código Civil, sobre la división de las herencias.

La partición no puede obtenerse por *venta* de un inmueble afectado a bien de familia, salvo desafectación y para ello podrá obtenerse la desafectación siempre que no halla interés familiar comprometido (protección de hijos).

También puede ser obtenida por la mayoría de los herederos si el bien de familia fue constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, en cuyo supuesto resolverá el juez de la sucesión o la autoridad competente. Téngase presente que los bienes adjudicados al cónyuge supérstite, como resultado de la

⁴³⁶ La cuenta particionaria puede ser atacada por los acreedores mediante el ejercicio de la acción que le acuerda el art. 961 para obtener la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos. Conf. Méndez Costa, María Josefa. *Código Civil Comentado*. T. Arts. 1217 a 1322, p. 312. Edit. Rubinzal - Culzoni. 2004. Santa Fe.

liquidación de los bienes que integraban la masa de gananciales, se juzgan extraños al causante y sus herederos, como si éstos nunca hubieran tenido derecho alguno sobre esas adjudicaciones y viceversa.

9.2.2. Forma instrumental particiva.

Habiendo escogido los herederos -y en su caso el cónyuge supérstite-, la vía extrajudicial para realizar la partición hereditaria y postcomunitaria, la única forma posible de instrumentar tal cometido, de conformidad a lo establecido en el art. 1184 inc. 2º del Código Civil, es la *escritura pública*.

El acuerdo partitivo privado, producirá la culminación de la comunidad hereditaria y dará inicio a los títulos de dominio de cada uno de los herederos, ya sea en condominio o en propiedad exclusiva de cada bien; sin que para ello fuere menester la intervención judicial ni la homologación de la escritura particiva.

La escritura de partición hereditaria -y postcomunitaria- debe ser confeccionada de conformidad a lo prescrito expresamente por el art. 3462 del Código Civil, el cual predica que "*si todos los herederos están presentes y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes*". En sentido conteste, acentúa el concepto el inc. 3º del art. 3465 C.C., al afirmar que las particiones serán judiciales cuando los herederos no convinieren efectuar la partición *privadamente*.

Tienen que participar del acto notarial todos los herederos del causante, quienes deben poseer capacidad suficiente para el acto y acordar de manera unánime efectuar la partición extrajudicial del acervo hereditario y postcomunitario por la vía extrajudicial formalizada en un instrumento público notarial, cuyo contenido del acto particionario podrá consistir en la liquidación parcial o provisoria o en la final o definitiva, con una adjudicación equitativa entre todos los herederos, aunque como ya se dijo no hay impedimento alguno, para que la adjudicación sea efectuada en proporciones disímiles e incluso, hasta que se adjudique el o los bienes del acervo a uno o varios herederos y nada a otros.

La partición de los bienes relictos llevada a cabo por escritura pública, denota una serie de beneficios para los sucesores universales, ya que agiliza la conclusión de los trámites

sucesorios al conciliar los intereses de los herederos, procediendo a formalizar en instrumento público el acuerdo liquidatorio al que ellos han arribado, con la consiguiente inscripción en el registro público respectivo.

9.3. La registración de la partición.

El acuerdo partitivo hereditario y postcomunitario extrajudicial, formalizado en escritura notarial, es el documento idóneo para presentar al registro inmobiliario para su inscripción, a fin de publicitar la situación dominial emergente.

La Ley Registral de la República Argentina contempla en su inciso c) del art. 16, el supuesto de la partición hereditaria, el cual reza que “no será necesaria la previa inscripción o anotación, a los efectos de la continuidad del tracto con respecto al documento que se otorgue, ...: c) cuando el mismo sea consecuencia de actos relativos a la partición de bienes hereditarios”.

De manera concordante el art. 2º de La ley nacional 17.801 establece, que para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de la ley, se inscribirán o anotarán (en los Registros de la Propiedad Inmueble) los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles y agrega en su art. 3º que para ello deben estar constituidos por *escritura notarial* o resolución judicial o administrativa.

Los únicos requisitos a que hace mención la ley registral, para la configuración de estos documentos públicos, es que se deben respetar las exigencias previstas “por las leyes”. Es decir, deberá tener las formalidades correspondientes, revestir el carácter de auténtico y hacer fe por si mismo, junto con las pautas normativas que se establecen en cada ley provincial.

Tanto el título partitivo como su inscripción registral son meramente declarativos. Consideró recientemente el XVI Congreso Nacional de Derecho Registral (San Salvador de Jujuy, 2011), en relación a la inscripción en los registros públicos, refiriéndose a las registraciones especiales, que “...Revisten el carácter de actos declarativos, entre otros: ... la partición de la herencia y la cesación del estado de indivisión post comunitaria del patrimonio matrimonial ganancial, producido por el divorcio o la separación personal”.

10. Tendencias.

Referirnos en la República Argentina a una proyección o tendencia relativa a la intervención notarial en los actos vinculados al proceso sucesorio, es una utopía, con tantas posibilidades de hacerse realidad, como lo es que los pocos anteproyectos de ley que han pululado por los distintos escritorios, tengan acogida legislativa.

Quienes hemos intentado demostrar la viabilidad legal y conveniencia social de que las distintas etapas que se producen en la transmisión *mortis causa*, se produzcan mediante el oficio de un notario, podemos dar fe que en nuestro país, las grandes barreras están dadas por una inveterada práctica forense y un férreo prejuicio doctrinario, no solo desde la óptica judicial y de los abogados y sus Colegios, sino incluso por el temor “*a lo desconocido*” de un sector del notariado.

Prueba de ello, es que en los distintos proyectos y anteproyectos de ley que se han esbozado en los distintos puntos del país, como también en los dos procesos judiciales incoados, la crítica que se efectúa es la falta de autoridad para fomentar el debate doctrinario, ha fundar y sostener no solo lo que es una incumbencia notarial, sino la conveniencia económica y social para la comunidad toda.