



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

### XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO PONENCIA DELEGACION ARGENTINA

#### TEMA I

#### "REFLEXIONES DEL NOTARIADO SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES FRENTE A LA NUEVAS RELACIONES SOCIALES"

##### COORDINADOR INTERNACIONAL:

No. PASCAL CHASSAING

##### COORDINADORA NACIONAL:

No. MARIA CRISTINA PALACIOS

#### **Participaron en la elaboración de las ponencias:**

**MARIA LAURA MORALES** (Pcia. de Jujuy)-D.de Familia: Matrimonio

**CECILIA INÉS BARÁS** (Pcia. de Mendoza)-D. de Familia: Filiación

**KARINA MARTINEZ** (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)- D. de Familia: Filiación

**MARÍA MARTA HERRERA** (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)- D. de Familia: Adopción

**GRACIELA CURUCHELAR Y FATIMA COSSO** (Pcia. de Buenos Aires)-D. de Familia: Mediación Familiar

**ENRIQUE H.J. GARBARINO y MARÍA ALICIA CRAVIOTTO**-(Ciudad Autónoma de Buenos Aires)-D. Sucesorio

**MARTA R. PIAZZA** (Pcia. de Buenos Aires)- D. Sucesorio

**MARIA CRISTINA PALACIOS** (Pcia. de Jujuy)-D. de Familia: Uniones de hecho

#### **I) INTRODUCCIÓN:**

##### ***1.1. Enfoque general del tema:***

La propuesta efectuada por el Coordinador Internacional de este Congreso, nos invita a reflexionar sobre la manera en que los cambios en las conductas sociales, movilizan modificaciones en el ámbito normativo del derecho, específicamente dentro del derecho de familia y del derecho sucesorio

Llevar a cabo esta reflexión, implica una mirada retrospectiva del asunto, esto es: cómo a lo largo de los **años**, los cambios habidos en los comportamientos humanos dentro de estas particulares áreas, han sido captados, primero por el órgano judicial al dictar sus sentencias, generando a través de ellas una importante y a veces única fuente normativa reguladora de los nuevos comportamientos, y luego por el legislador, para ser regulados en normas positivas, las que generalmente receptan aquella jurisprudencia; a la vez que una mirada prospectiva del mismo, dirigida a los cambios que hoy advertimos en esas conductas, y que están demandando una nueva o diferente regulación.

La regulación por otra parte debe tener un sentido, una orientación: qué está permitido y qué está prohibido. En el ámbito del derecho privado, y particularmente del derecho de familia y sucesorio, la tensión entre la autonomía de la voluntad –expresión de las libertades individuales, y



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

especialmente del derecho a la autodeterminación y a la privacidad-, por un lado, y el orden público, -reservorio de los valores que constituyen el sustrato existencial de cada sociedad en cada momento histórico, tales como, el respeto por la vida y la dignidad humanas, la protección integral de la familia y del desarrollo de la persona, la igualdad, la solidaridad, la moral y las buenas costumbres-, por el otro; ha sido y será permanente. En unos tiempos inclinada mas a un extremo, y en otros, hacia el opuesto.

La regulación pues, deberá buscar siempre el justo equilibrio, hasta que un nuevo cambio en las conductas inicie nuevamente el proceso.

Este juego pendular, casi dialéctico, es la esencia misma del derecho: las tres dimensiones en permanente interacción, conductas en interferencia, normas y valores. Pero la que siempre "empuja", la que siempre genera un nuevo movimiento, es la conducta humana.

¿Cómo o por qué nace una nueva institución jurídica o se transforma una existente?

La respuesta la brinda la ciencia jurídica. Para unos, el fenómeno se origina en la costumbre y su evolución espontánea sobre la base de la convicción jurídica de cada pueblo dentro de un proceso histórico, progresivo y pacífico. <sup>1</sup> Para otros en cambio, el proceso no será tan romántico ni pacífico, sino el producto de una permanente lucha en contra de la injusticia, un trabajo sin descanso no solamente de los poderes públicos sino también del todo el pueblo, un doloroso y difícil alumbramiento. <sup>2</sup>

Sea cual sea la postura científica que se adopte, -y sin pretender adentrarnos en las distintas doctrinas existentes al respecto, pues excedería el tema del presente trabajo-, puede extraerse de ellas las siguientes pautas en común:

- La transformación del derecho se origina siempre en el actuar del hombre en comunidad, y no en la especulación racional de uno o unos cuantos.
- Histórica y genéticamente el cambio comienza siempre en las conductas humanas en interacción y se traslada luego a la regla, que debe buscar inordinarlas en función de la realización de determinados valores.
- No cualquier cambio en las conductas implica un necesario cambio en las normas: será necesario un proceso de permanencia en el tiempo del nuevo comportamiento, así como una entidad considerable de los individuos involucrados en el cambio que amerite modificar la regla de conducta para toda una sociedad, pues de lo contrario se corre el riesgo de invertir el orden del proceso según lo señalado precedentemente.
- Si el cambio de la conducta amerita el cambio de la normativa o no, y en su caso cómo debe esta normativa regularla, es una cuestión que debe ser resuelta por quien detenta monopólicamente y por delegación, la potestad legisladora en cada sociedad, ya sea que su sistema de derecho sea continental y entonces esta tarea estará a cargo del poder legislativo a través del dictado de leyes en sentido formal, o ya sea que se trate de un sistema de "common law", pues el cambio estará a cargo del órgano judicial que deberá modificar el rumbo del precedente, sentando uno nuevo.
- Esta delicada tarea, que exige una fina sensibilidad y una consustanciación con los sentimientos, convicciones y necesidades de la comunidad toda, a la vez que una mirada superadora de sectorismos, que pueda ver cuál es realmente el siempre buscado "bien común", lo que constituye un verdadero desafío para el poder estatal y pone a prueba su capacidad de oportuna reacción y por tanto de gobierno.
- Un sistema de normas que permanece inalterado a pesar de los verdaderos cambios en las conductas de toda una sociedad, o que se modifica a espaldas de lo que realmente ocurre en ella, se convierte en algo totalmente inútil, y probablemente caerá en desuso sin dar respuesta a aquellas necesidades.
- Un sistema de normas, que se modifica, siguiendo los cambios producidos en los comportamientos sociales, pero descuidando los valores a los que esa sociedad considera superiores, se transforma

---

<sup>1</sup> AFTALIÓN, Enrique y otros. "Introducción al derecho", Coop. De Derecho y Ciencias Sociales, 11ª Ed., pag. 387, donde cita a Savigny y Gustavo Hugo, fundadores de la Escuela Histórica del Derecho.

<sup>2</sup> AFTALIÓN, Enrique y otros. Ob. citada en nota 1, pag. 389, donde cita a Rudolf Von Ihering, "La lucha por el derecho".



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

en algo no solamente inútil sino peligroso para la trama axiológica íntima sobre la que aquella apoya su subsistencia.

- El notariado tiene una doble participación en este proceso, por un lado, como asesor respecto de los aspectos no previstos en la legislación o sobre los cuales la ley guarda silencio, a fin de encausar las voluntades de quienes requieren sus servicios de la manera más eficaz posible a pesar de dichos vacíos legales; y por el otro, como institución relevante dentro de la sociedad a la que pertenece, y con la que tiene un contacto cotidiano y directo, cuya postura u opinión debe manifestarse dada la gravitación que ella tiene en el ámbito jurídico y por la utilidad que puede representar para el legislador a la hora de "captar" aquellos cambios en los comportamientos y los valores involucrados

### **1.2.El proyecto de código civil y comercial-Decreto 191/2011**

El 23 de febrero de 2011, mediante Decreto N° 191, el Poder Ejecutivo Nacional designó una Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación, integrada por los Ministros de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, doctores Ricardo Luis LORENZETTI, y Elena HIGHTON de NOLASCO y la Profesora Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, a la que se le encomendó el estudio de las reformas al CODIGO CIVIL y al CODIGO DE COMERCIO DE LA NACION que considerara necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo.

Entre los fundamentos, el Ejecutivo Nacional señala que *"el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas..."*, destacando en este sentido *"... la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos"*. Y luego de mencionar los fallidos intentos precedentes por alcanzar la ansiada unificación del derecho privado, concluye afirmando, *"...Que atento a lo expuesto, la unificación y actualización de los Códigos Civil y Comercial de la Nación se inscribe dentro del compromiso político asumido por el Gobierno Nacional para consolidar la institucionalización y la seguridad jurídica para la presente y las futuras generaciones de argentinos..."*

En cumplimiento de ello, y dentro del plazo fijado por el Decreto (365 días), la mencionada Comisión, -con la colaboración de un listado de personalidades notables del ámbito académico jurídico de nuestro país, y de algunos profesores también del extranjero-, elaboró y finalmente elevó al Poder Ejecutivo Nacional, el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" para su consideración.

El Poder Ejecutivo, luego de efectuar algunas modificaciones a este Anteproyecto, lo remitió a su vez, y ya como proyecto, - conforme con el trámite preliminar lógico para el tratamiento de una ley de esta índole, previsto en el Anteproyecto-, a una Comisión Bicameral creada en el Honorable Congreso de la Nación, a los efectos de que luego del correspondiente análisis, emitiera un despacho, previo al tratamiento del proyecto en el recinto en plenario.

A la fecha en que estamos escribiendo este trabajo (marzo de 2013), la mencionada Comisión aun no se ha expedido, y habiendo transcurrido con creces los noventa días previstos para ello, el Proyecto se encuentra en condiciones de ser tratado en plenario, aunque por ahora no ha sido incluido en las sesiones, no conociéndose cual ha de ser el destino del mismo. Mas allá de esta circunstancia, el Proyecto aun mantiene estado parlamentario y ha sido mencionado como un tema pendiente por la Presidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner en el discurso inaugural de la sesiones del Congreso Nacional, con fecha 1° de marzo de 2013, habiendo sido un tema de su propia iniciativa.

Entre sus modificaciones más importantes figuran las vinculadas al derecho de familia, en donde se regulan temas tales como, la filiación a partir del uso de las técnicas de fertilización asistida, la uniones de hecho, la implementación de los acuerdos prematrimoniales para elección del régimen



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

patrimonial en el matrimonio, y el divorcio incausado, para el cual ya no habrá que justificar las razones de la finalización del vínculo matrimonial. De esta forma, se busca, no solo unificar la legislación civil y comercial, sino actualizar todo el derecho privado vigente en materia de personas, especialmente en sus relaciones familiares, desde la óptica de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

### **II) DERECHO DE FAMILIA: MATRIMONIO**

#### **II.1. INTRODUCCIÓN**

##### ***II.1.a. Breve reseña histórica del tratamiento normativo de la institución del matrimonio en la República Argentina desde la sanción del Código Civil***

En lo que respecta al matrimonio y las relaciones familiares el Código Civil de la República Argentina, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y que entró a regir en 1871 se limitó a convalidar jurídicamente lo preceptuado por el código canónico, ya que el matrimonio seguía siendo religioso y debía ser celebrado según los preceptos de la Iglesia Católica (artículo 167). Se excluía de esta manera el matrimonio meramente civil, incluso para contrayentes que no fueran de la fe católica, los que debían casarse según las leyes y los ritos de la iglesia a la que pertenecieran, o para aquellos que no pertenecieran a ningún culto religioso.

En 1880, en pleno modelo agroexportador y cuando gobernar era poblar, la Iglesia manejaba la educación y registraba nacimientos, casamientos y defunciones

La "[Generación del 80](#)" fue una época de avance de la laicidad en Argentina, y fue en ese marco ideológico, que se dictó la primera ley de matrimonio civil, en septiembre de 1867 en la Provincia de Santa Fe. La oposición de la Iglesia pronto se hizo sentir, y fue tal su fuerza que la ley se derogó y el por entonces Gobernador de Santa Fe, renunció.

Finalmente el 12 de noviembre de 1888, fue sancionada la Ley 2393, que estableció el Matrimonio Civil. En consecuencia dicha ley impuso al matrimonio como un acto solemne, cuya existencia estaba condicionada al cumplimiento de una forma determinada que consistía en la declaración del consentimiento ante el oficial del Registro Civil, siendo inoperante para generar el vínculo que el mismo se expresara ante un ministro del culto o un funcionario distinto del expresado.

Frente a la sanción de esta norma, la Iglesia tuvo una fuerte oposición y la ley de matrimonio civil fue denunciada como un ataque a la familia, a la tradición y a las mismísimas bases de la cultura y la sociedad, hasta tal punto que quienes inicialmente se casaron por civil fueron señalados como parejas de hecho, sin reconocerlos como verdaderos esposos.

A pesar de esta reacción inicial, a lo largo de los años, la Ley 2393 rigió sin mayores inconvenientes, permitiendo una pacífica convivencia entre Estado e Iglesia, puesto que los contrayentes no dejaron de celebrar además su unión bajo el culto religioso. Esto se debió a que ambas instituciones coincidían en garantizar la estabilidad de la familia y el matrimonio, para lo cual se impusieron una serie de normas que protegían la indisolubilidad del casamiento, la jefatura del hogar en cabeza del marido (regente de la familia a la cual estaban sujetos la esposa y los hijos) y la discriminación de la filiación fuera del matrimonio.

Sin embargo los cambios sociales, culturales, políticos y económicos que se produjeron a lo largo de los tiempos, causaron la modificación del modelo de familia, generando movimientos dentro de esa estructura, tales como la desaparición de la primacía del marido en el seno de la familia, la ampliación y extensión los derechos de la mujer hasta establecerse el principio constitucional de la plena igualdad del hombre y la mujer y la aceptación y necesidad de instaurar la disolubilidad del vínculo matrimonial.

Como consecuencia de estos cambios, finalmente, y a pesar de fuertes actos de protesta de distintos sectores católicos, el 3 de junio de 1987 se sancionó la Ley 23.515 del Matrimonio Civil y Familia, la que se conoció históricamente como "Ley de Divorcio". Además de instituir el divorcio vincular, esta normativa modificó una serie de artículos, que establecían discriminaciones respecto de las



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

mujeres, al establecer la igualdad de condiciones entre ambos cónyuges para fijar el domicilio legal y permitirles optar entre usar o no el apellido del marido.

La Ley 23.515 mantuvo su vigencia sin mayores sobresaltos, hasta que un nuevo movimiento, impulsado por la Comunidad Homosexual Argentina-CHA (Personería Jurídica otorgada el 17 de mayo de 1992), comenzó a agitarse, primero, con el fin de su reconocimiento, y posteriormente buscando la ampliación de los derechos para las parejas del mismo sexo.

Finalmente, en el año 2010, la Diputada Victoria Vilma Ibarra del partido político Frente para la Victoria, presentó ante el Congreso de la Nación un proyecto de ley, por el cual propugna un nuevo modelo matrimonial: casamiento entre homosexuales. Cabe destacar que el debate sobre la legislación autorizando el [matrimonio entre personas del mismo sexo](#) comenzó a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la [Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans](#), bajo la consigna "Los mismos derechos, con los mismos nombres". Esto generó un gran debate en la sociedad argentina, y las opiniones se dividieron entre las siguientes posiciones: a) a favor de la equiparación total de las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto al acceso al matrimonio, con los mismos derechos y obligaciones; b) rechazo total a una legislación que habilite a la pareja homosexual a contraer matrimonio, si bien en general acepta que mediante un régimen de unión civil se concedan derechos tales como el beneficio de pensión, el de obra social, ciertos derechos de orden patrimonial, entre otros. La objeción fundamental de esta postura giraban alrededor de dos puntos centrales: la utilización del vocablo "matrimonio" para la unión homosexual y la posibilidad de adopción a parejas de este tipo; y c) una postura intermedia, la cual propone que se formule para las parejas homosexuales y heterosexuales legislaciones distintas acerca de sus derechos y obligaciones.

Al igual que en épocas anteriores, frente a la reformas legislativas acerca de la Institución del Matrimonio, la Iglesia hizo manifiesto su rechazo a esta nueva norma, a la que consideró una amenaza a la familia y una violación a "la ley de Dios". La Iglesia fundamentó su postura, en que el bien del matrimonio y la familia es "inalterable", advirtiendo que no hay una realidad análoga que se le pueda igualar, ya que no puede asimilarse a una unión cualquiera entre personas; por el contrario tiene características propias e irrenunciables, que hacen del matrimonio la base de la familia y de la sociedad, advirtiendo que al otorgar un reconocimiento legal a la unión entre personas del mismo sexo, equiparándola en un plano jurídico análogo al del matrimonio y la familia, el Estado actuaría erróneamente y entraría en contradicción con sus propios deberes al alterar los principios de la ley natural y del ordenamiento público de la sociedad argentina

Luego de un arduo debate, el 15 de julio de 2010, y ya con media sanción de Diputados, la [Cámara de Senadores](#) aprobó la ley 26.618, por 33 votos a favor frente a 27 en contra y 3 abstenciones.

Esta ley introduce un cambio de paradigma en el derecho de familia, puesto que suprime la diversidad de sexo como requisito intrínseco esencial para la existencia del matrimonio.

### **II.1.b "Matrimonio Igualitario"- Ley 26.618**

La ley 26.618 conocida como "Ley de Matrimonio Igualitario", produjo no sólo un profundo impacto en el seno de la sociedad argentina, sino que además generó serias repercusiones en el ordenamiento jurídico vigente en su totalidad, ya que resultaron alteradas otras disposiciones y no tan sólo del Derecho de Familia.

La Diputada Victoria Vilma Ibarra, autora del proyecto, justificó la necesidad de la reforma legislativa sosteniendo que mantener el impedimento de diversidad de sexo para la consagración del matrimonio implicaba una discriminación fundada en la orientación sexual, violatorias de los principios constitucionales de igualdad y respeto a la vida privada consagrados en el artículo 16 y 19 de la Constitución Nacional, respectivamente.

En contra de este argumento se ha sostenido que es doctrina unánimemente aceptada sobre el principio de igualdad que consagra la Constitución Nacional, según lo ha establecido



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (con adhesión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que, "el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que concede a otros en iguales condiciones". De ello deriva que el principio de igualdad no es absoluto, puesto que nada impide que la ley ante situaciones y circunstancias desiguales, imponga un tratamiento jurídico diferente, siempre que ese tratamiento diferente no se funde en razones arbitrarias.

Analizando entonces si las parejas del mismo sexo se encuentran en idéntica situación que las parejas heterosexuales, la respuesta resulta a todas luces negativa, pues hay diferencias en aspectos biológicos, antropológicos y sociales. Basta mencionar la imposibilidad natural de las parejas del mismo sexo de procrear por sí solas sin recurrir al aporte de terceras personas, para advertir que se está ante realidades distintas.

El legislador, al imponer el requisito de la diversidad de sexo como requisito intrínseco para la celebración del matrimonio simplemente esta respetando una diferencia impuesta por la naturaleza, sin que ello pueda considerarse una discriminación arbitraria

Por ello, lo coherente hubiera sido establecer una normativa que contemplara las características particulares de las parejas de idéntico sexo a través de la creación de un instituto civil específico, respondiendo así a sus necesidades, y no mezclar situaciones dispares bajo una misma regulación jurídica, legalizando sí entonces la desigualdad. Inclusive esto es sostenido por tribunales internacionales, tales como la Corte Europea de Derechos, quien recientemente resolvió que no existe discriminación si a las parejas de diverso sexo se les otorga protección a través de un instituto alternativo excluyéndoles el acceso al matrimonio, puesto que las normas que impiden el matrimonio homosexual no violan ningún derecho reconocido por los tratados de derechos humanos.

Cabe preguntarse si la reforma realmente obedeció a una necesidad social y cultural o simplemente se buscó complacer a ciertos sectores minoritarios de la sociedad, que de ninguna manera reflejaban el sentir de la totalidad de sus integrantes, respecto de una institución que es fundante en términos de la estructura social. En este sentido, era procedente, porque la trascendencia del tema lo ameritaba, llamar a consulta popular de acuerdo a lo normado por el artículo 40 de la Constitución Nacional. Por el contrario, la ley 26.618 fue sancionada sin la debida reflexión y evaluación del impacto que produciría la misma no tan solo en el ordenamiento jurídico, sino en la sociedad en sí, llamando la atención la premura de su aprobación, cuando existían otros temas del derecho de familia que necesitan una regulación legal desde hace mucho tiempo, como el concubinato.

También es criticable la metodología usada, que evidencia la ligereza con que se llevó a cabo la sanción de esta norma. La ley 26.618, se limitó a la modificación de los artículos 172 y 188 del Código Civil, y solo realizó adaptaciones terminológicas, (se buscaron los términos que indicaban diferencias de sexos como marido-mujer, esposo- esposa, padre- madre, viudo- viuda, entre otras y se las reemplazó por voces neutras como cónyuges, contrayentes y padres), y de algunos otros artículos, tales como en el caso del artículo 206 y la separación personal de los cónyuges, el artículo 326 referente al nombre del hijo adoptivo, el artículo 8 de la Ley 18.248 en relación al nombre de las personas casadas, quedando numerosos institutos sin ser adecuados a la nueva realidad legal, y sin sincronizar este "nuevo matrimonio" ya sin diferencias de sexos, con la totalidad del ordenamiento jurídico fundado en el matrimonio heterosexual, tales como las estructuras de parentesco, la organización del régimen filiatorio y las reglas sucesorias, además de otras ramas del derecho tales como las penales, comerciales, laborales, tributarias, administrativas y procesales, dando lugar en algunos casos a situaciones discriminatorias respecto de los matrimonios heterosexuales frente a los matrimonios homosexuales, e inclusive respecto de la mujer.

Es necesario que el poder legislador revise, como mínimo desde un punto de vista estrictamente jurídico, el régimen instaurado por la ley 26.618, adecuando y armonizando correcta y sistemáticamente su inserción dentro del ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina, con absoluto respeto de los principios consagrados en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que integran el derecho supranacional, cuidando de no caer, en pos de una pretendida no discriminación, en situaciones de privilegios o excepciones arbitrarias



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

### **II.2 DESCRIPCIÓN DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE**

#### **II. 2.a. Requisitos intrínsecos- Impedimentos**

Para que el matrimonio pueda considerarse válido, debe cumplir ciertos requisitos, a los que se ha clasificado en intrínsecos o de fondo y extrínsecos o de forma, cuya ausencia genera diferentes consecuencias que comprenden desde la inexistencia del matrimonio hasta la ilicitud que deriva en otras sanciones.-

Hasta la sanción de la Ley 26.618 los requisitos intrínsecos consistían en la diversidad de sexos, el consentimiento válido, y la expresión del mismo ante autoridad competente para celebrar matrimonios.-

**DIVERSIDAD DE SEXOS:** Respecto a la diversidad de sexos, el Código Civil, luego de la modificación de la Ley 23.515, establecía en el artículo 172 que *"es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer..."*. Esta referencia que introdujo la Ley 23.515, puesto que la ley 2393 no la contenía, tuvo como misión dejar establecido y sin lugar a dudas, que solamente el matrimonio se consideraba válido ante la diversidad de sexos de los contrayentes, y en consecuencia la identidad de sexos en su celebración lo tornaba inexistente. Este recaudo también se encontraba plasmado en el artículo 188 de la citada norma legal.

La Ley 26.618 , como ya vimos, modificó el artículo 172 del Código Civil, el que actualmente dispone lo siguiente: *"Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo..."*. Asimismo el artículo 188 también fue modificado, en forma concordante.

Además de lo expuesto, la Ley 26.618, para reforzar la eliminación del requisito de la diversidad de sexos entre los contrayentes, incluye en su articulado una cláusula complementaria, destinada a equiparar los derechos y obligaciones de los consortes, cualquiera fuera la modalidad del matrimonio e impone un método de interpretación para todo el ordenamiento jurídico: *"Artículo 42. - Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo."-*

**CONSENTIMIENTO:** Tanto la Ley 23.515 como su modificatoria, Ley 26.618, establecen en la primera parte del artículo 172 del Código Civil como requisito indispensable para la existencia de un matrimonio válido, la expresión personal, plena y libre del consentimiento por parte de los contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

Para que el consentimiento resulte válido deben conjugarse los siguientes requisitos: a) La declaración de voluntad debe ser formal, por lo que se exige que la misma sea manifestada ante un oficial público, que garantice que se cumplan y respeten las solemnidades a los que está sometido el acto; b) Los contrayentes deben ser capaces según la legislación vigente para contraer matrimonio, c) Dicha expresión de voluntad debe otorgarse con discernimiento, intención y libertad, por lo que en consecuencia no debe estar afectada por alguno de los vicios obstativos de la voluntad (error, dolo o violencia) y d) No puede encontrarse sujeto a modalidad alguna (artículo 193) ni pactos que alteren alguno de los derechos y obligaciones que emergen del régimen legal matrimonial.-

**CELEBRACION ANTE AUTORIDAD COMPETENTE:** La ley 23.515 utiliza los conceptos de oficial público y autoridad competente de manera indistinta. El interés público que rige a la materia llevo a la creación de los Registros del Estado Civil y Capacidad de las personas, donde la figura del oficial público



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

garantiza que el Matrimonio se celebrará de acuerdo a la normativa vigente y en cumplimiento a los requisitos esenciales, impidiendo así la consagración de matrimonios inexistentes o nulos.

**IMPEDIMENTOS** La legislación prevé de manera taxativa las situaciones de excepción que obstaculizan a los futuros esposos a contraer un matrimonio válido, a los que denomina Impedimentos. La violación de los impedimentos mencionados son causa de oposición al matrimonio y de denuncia y de oposición del oficial público a la celebración del matrimonio, pero además acarrearán sanciones de diversa naturaleza, a las cuales la doctrina ha clasificado en impedimentos dirimentes -cuya sanción consiste en la nulidad (absoluta y relativa)- e impedimentos impeditivos, cuya violación da lugar a sanciones diferentes a la nulidad, o bien cumplen solo una función preventiva.-

El artículo 166 del Código Civil establece lo siguiente: "*Son impedimentos para contraer matrimonio: 1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación. 2. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos. 3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo de adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada. 4. La afinidad en línea recta en todos los grados. 5. Tener menos de DIECIOCHO (18) años. 6. El matrimonio anterior, mientras subsista. 7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges. 8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere. 9. La sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.*". La enumeración efectuada en el artículo 166 es taxativa y agrupa a los impedimentos dirimentes pues su violación ocasiona la nulidad absoluta o relativa -según el caso-, del matrimonio celebrado.

En cuanto a los impedimentos impeditivos podemos mencionar entre ellos la exigencia del Certificado Prenupcial, cuya omisión "impide" que el matrimonio se celebre, a fin de prevenir sobre la posible existencia de enfermedad venérea en período de contagio o el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), (según Leyes 12.331 y 16.668).

### **II.2.b. Forma y prueba de su celebración**

El Matrimonio en la Argentina es por excelencia un acto solemne, es decir que su validez está sometida a una forma legal impuesta, -instrumento público especie administrativo-, la cual a su vez está sujeta a determinadas solemnidades.

La ley sujeta la expresión del consentimiento a un requisito de forma: *debe ser expresado ante autoridad competente*, (art. 172), en presencia de dos testigos (que se elevan a cuatro cuando el matrimonio se celebra en el lugar de residencia alguno de los contrayentes por razones de imposibilidad de éste de trasladarse) y con las formalidades legales (lectura a los contrayentes sus derechos y obligaciones, recepción de sus respectivas declaraciones de voluntad, y pronunciamiento en nombre de la ley de que quedan unidos en matrimonio) (arts. 172, 188). La razón de ser de estas formalidades es la preservación de la expresión de un consentimiento reflexivo de las obligaciones y responsabilidades que van a asumir los futuros cónyuges, así como la seriedad del acto que se celebra y que contribuye a la estabilidad de la institución.

La ley impone además una serie de recaudos previos y contemporáneos a la celebración del Matrimonio, que si bien no condicionan la validez del acto, deben ser observados con carácter obligatorio.-

De la celebración del Matrimonio debe labrarse en los Libros del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas un Acta, que deberá cumplir con los requerimientos impuestos por el artículo 191. El Acta mencionada deberá ser redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervinieren en el acto y por otras personas a ruego si éstos no pudieren o no supieren hacerlo, y autorizada por el oficial público.

Asimismo el Código Civil prevé una forma extraordinaria para la celebración del matrimonio en los supuestos en los que existe peligro de muerte por parte de uno de los contrayentes y que



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

permite prescindir de las diligencias previas antes mencionadas. Esta forma matrimonial se ha denominado "matrimonio in articulo mortis" y esta previsto en el artículo 196.

El matrimonio se prueba con el acta labrada al momento de celebrarse el Matrimonio, y que configura el asiento registral (Partida de Matrimonio), el testimonio o copia de dicho asiento, el certificado o Libreta de Familia, expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En los supuestos de imposibilidad de obtener estos medios de prueba, se puede recurrir a cualquier otro justificando dicha imposibilidad, no siendo suficiente la sola posesión del estado. (artículo 197) (por ej. la declaración de testigos que hubieran concurrido al acto, la propia celebración del matrimonio religioso, sobre todo si de las constancias obrantes en el libro de registro religioso surgiera que se tuvo a la vista la documentación civil, publicaciones periodísticas en las que se anunció la celebración, las participaciones del casamiento, entre otras)

Por último la norma citada establece que si los contrayentes gozaran de posesión del estado matrimonial, aun cuando el Acta adoleciera de ciertas deficiencias de tipo formal, el matrimonio es perfectamente válido.

### **II.2.c. Nulidad e Inexistencia**

La nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos son dos categorías que carecen de parentesco entre sí. La nulidad es una sanción de la ley que recae sobre un acto jurídico efectivo para privarlo de sus efectos propios, o para significar la carencia de esos efectos, en virtud de un vicio existente al momento de su nacimiento. En cambio, la inexistencia de los actos jurídicos corresponde a ciertos hechos materiales en los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, sea el sujeto, el objeto o la forma.

Largamente se ha discutido por los autores nacionales la recepción de la teoría de la inexistencia del matrimonio, sin embargo hoy la mayoría de la doctrina argentina es consistente en que la misma está claramente acogida por la legislación, en el artículo 172 del Código Civil.

Tal como dijimos precedentemente, según la legislación vigente deben confluír dos requisitos esenciales para que pueda configurarse la existencia del Matrimonio: a) consentimiento de los contrayentes y b) su expresión ante el oficial público del Registro Civil. Correlativamente su ausencia conlleva a la inexistencia del vínculo conyugal.

El matrimonio inexistente es privado de todos sus efectos civiles aun cuando los contrayentes hubieran actuado de buena fe. Asimismo no resulta necesario que la inexistencia sea decretada por el juez, sólo debe ser comprobada por éste si se la plantea en sede jurisdiccional, quien se limitará a negar los efectos del mismo y a anular el Acta si se hubiera celebrado. La legitimación activa para ejercer la acción en el caso de inexistencia, no se encuentra limitada a determinadas personas, inclusive puede ser declarada de oficio por el juez, y la misma no está sujeta a prescripción o caducidad alguna. Los matrimonios inexistentes no son objeto de confirmación y dicha inexistencia puede ser opuesta como excepción a toda acción que se funde en la existencia del vínculo matrimonial.

En cuanto a los supuestos de nulidad, son susceptibles de ser diferenciados según que se trate de nulidad absoluta o relativa. Son supuestos de nulidad absoluta –por lo tanto inconfirmable e imprescriptible en virtud de estar impuesta por razones de orden público-, la celebración del matrimonio en violación a los impedimentos de parentesco, y las causales de ligamen y crimen, (artículo 219); y de nulidad relativa, –que por el contrario como está establecida en el interés particular de los contrayentes, puede confirmarse y la acción prescribe-, falta de edad legal, la privación de la razón de uno de los contrayentes por cualquier causa que fuere, o mediando impotencia de uno o de ambos que impida absolutamente las relaciones sexuales, sea por razones físicas o psíquicas, o cuando el consentimiento de uno de los esposos sea afectado por alguno de los vicios del consentimiento: error, dolo o violencia. (art. 220)

En cuanto a las consecuencias de la nulidad del matrimonio, el acto deja de producir sus efectos normales retroactivamente al día de la celebración del matrimonio, puesto que la sentencia es declarativa, sin perjuicio de que mientras la sentencia no se dicte el matrimonio debe reputarse provisionalmente válido. Sin embargo esta regla no es absoluta y sufre algunas excepciones tales como los



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

efectos producidos respecto a terceros de buena fe o la emancipación por causa del matrimonio, o el supuesto de matrimonio putativo, donde alguno o ambos contrayentes actuaron de buena fe, en el que el matrimonio se considerara válido con sus respectivos efectos civiles hasta la sentencia que lo prive de ellos.

### **II.2.d. Efectos personales y patrimoniales**

#### **II.2.d.1. Efectos personales: Deberes y derechos de los cónyuges**

El Código Civil regula, en los artículos 198 a 200, los efectos personales de la unión conyugal, los cuales tienen su fundamento en la comunidad de vida a la cual acceden luego del acto de celebración del Matrimonio

La legislación ha impuesto a los cónyuges tres deberes fundamentales: Fidelidad, Asistencia y Cohabitación, a los que la doctrina agrega una cuarta obligación y que consiste en el Débito Conyugal. A continuación analizaremos brevemente en que consiste cada uno de ellos.-

**Fidelidad:** Este es un deber que obliga a ambos cónyuges, y deriva de la concepción del matrimonio monogámico. El mismo persiste aun después de la separación personal, ya que el adulterio puede ser invocado como causal de separación personal o divorcio según lo previsto por los artículos 202 y 214 respectivamente. En estos últimos tiempos la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en considerar que la circunstancia de separarse de hecho los cónyuges implica un relevamiento consensuado de dicho deber, así como lo hacen con el de cohabitación y el débito conyugal, por lo que podría considerarse extinguido el mismo después de un lapso prudencial o por el transcurso de tres años que habilita a solicitar el divorcio vincular.-**Asistencia:** Abarca dos aspectos: a) Moral o espiritual: Implica respeto y el trato considerado y decoroso entre los esposos, la solidaridad personal en los avatares de la vida cotidiana, el auxilio en caso de enfermedad, y la ayuda mutua que configuran el perfil sentimental de la pareja. La infracción al presente deber configura desde el punto civil la causal de injurias graves en la separación personal y el divorcio vincular y desde el punto de vista penal puede llegar a configurar el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar. b) Material: Se considera que este deber abarca la obligación de proveer a las necesidades mínimas propias de la convivencia, así como contribuir a los gastos de manutención del hogar conyugal y los hijos. Comprende los alimentos, cuya reglamentación está establecida en los casos de separación personal o divorcio vincular (artículos 207, 217 y 231 del Código Civil).-**Cohabitación:** Se trata de un derecho y de un deber al mismo tiempo y que consiste en la vida en común bajo el mismo techo. El incumplimiento al presente deber no permite la utilización de medios compulsivos directos, pero su violación constituye causal de separación personal y divorcio.-**Débito Conyugal:** Al igual que el deber anterior, el débito conyugal también constituye un derecho, el cual complementa los deberes de fidelidad y asistencia y consiste en la obligación de prestarse a mantener relaciones sexuales con el otro cónyuge. Este derecho- deber no fue previsto expresamente por la legislación, pero si ha sido incorporado por la doctrina, y su incumplimiento configura la causal de injurias graves que dan lugar a las acciones de separación personal y divorcio vincular.-

#### **2.d.2 Efectos patrimoniales**

Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto un régimen patrimonial matrimonial de carácter forzoso, único e inmodificable por los cónyuges, que se encuentra previsto en el Libro Segundo, Sección Tercera del Código Civil: (De las obligaciones que nacen de los contratos), Título II: "De la Sociedad Conyugal". Es decir que por la sola celebración del matrimonio los cónyuges quedan sometidos al régimen patrimonial dispuesto en la ley. El régimen previsto está basado en una comunidad relativa integrada por los bienes gananciales (Sociedad Conyugal), excluyendo de la misma a los bienes propios.-

Como consecuencia del carácter imperativo del régimen vigente, las partes voluntariamente no pueden cambiarlo, por lo que se encuentran prohibidas las Convenciones Matrimoniales (arts. 1218, 1219).

Sí admite en cambio, convenciones pre-matrimoniales, que tenga por objeto



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

únicamente: la designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro. (art. 1217) Todo otro acuerdo sobre cualquier objeto relativo al matrimonio, así como las renunciaciones de uno de los cónyuges a favor de otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal es de ningún valor. Estas convenciones son condicionales, ya que su existencia y validez depende de la celebración válida del matrimonio y son inmutables, es decir que no pueden modificarse posteriormente a la consagración civil del vínculo conyugal.

Con el nacimiento del vínculo conyugal comienza un "régimen patrimonial", que se caracteriza por la existencia de una dualidad de masas que se extingue con la disolución del vínculo. La primera masa de bienes está compuesta por los bienes propios y la segunda por los bienes gananciales, cada una de las cuales se encuentran bajo la administración y responsabilidad del cónyuge a quien corresponda según su título de adquisición. Esa masa de bienes gananciales –a la que impropia del Código denomina "sociedad conyugal"–, se convertirá en una comunidad de bienes al disolverse la sociedad conyugal, momento en el cual se deberá proceder a su liquidación, correspondiendo a ambos cónyuges por mitades, independientemente de que los bienes que la integran hubieran sido adquiridos por uno o ambos cónyuges. Es por eso, que también se denomina a este régimen de ganancialidad o comunidad diferida.

Generalizando lo dispuesto en los artículos 1243, 1263, 1264, 1266, y 1267 a 1270, podemos decir que son *Bienes Propios* los adquiridos por cada cónyuge antes de la celebración del matrimonio, los adquiridos después de la celebración del matrimonio a título gratuito, los adquiridos después del matrimonio pero por título o causa anterior a él y los que ingresaran en reemplazo de éstos por el principio de subrogación. A su vez, conforme lo previsto en los artículos 1272, 1273, son *bienes gananciales*, los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, o después de su disolución por causa anterior a ella, los frutos naturales o civiles de los bienes comunes, o de los propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, o pendientes al tiempo de concluirse la sociedad, los frutos civiles de la profesión, trabajo, o industria de ambos cónyuges, o de cada uno de ellos.

En relación a la gestión de los bienes, si bien cada cónyuge administra y dispone de los bienes propios y gananciales de su titularidad, este principio posee una limitación establecida en el artículo 1277 del Código Civil, ya que se exige la conformidad (asentimiento) del cónyuge no titular para realizar actos de trascendental importancia patrimonial: actos de disposición o gravamen, los aportes de dominio o uso de sociedades de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria de origen ganancial, y la transformación y fusión de las sociedades de personas. En este sentido cabe aclarar que el cónyuge comparece a dar su conformidad, no su consentimiento, por lo que no integra el acto como "parte". Es decir, que no se trata de un acto de co-disposición, pues quien dispone es el titular del bien, limitándose el restante a prestar su asentimiento al acto.<sup>3</sup>

La norma mencionada se implementó con la finalidad de proteger a los cónyuges, e impedir que uno de ellos ejecute maniobras de ocultamiento o vaciamiento del patrimonio familiar, estableciendo así una medida de vigilancia, que permite a cada cónyuge estar informado del manejo de los bienes gananciales, y tomar medidas de protección si fuere necesario.-

La última parte del referido artículo 1277 impone también la obligación de requerir el asentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio solo en el supuesto de que en dicho bien estuviera radicado el hogar conyugal y hubiera hijos menores o incapaces. El fundamento de la restricción en este caso es distinto: la protección de la vivienda familiar en favor de los hijos menores o incapaces.

La sociedad conyugal se disuelve por separación judicial de bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de uno de los cónyuges (artículo 1291). La doctrina agrega a esta enumeración la presunción de fallecimiento, la separación personal y el divorcio vincular. La disolución produce la conclusión del régimen y se extingue la ganancialidad de los bienes que los cónyuges pudieran adquirir con posterioridad.

---

<sup>3</sup> CNCiv., Sala A, 30/7/85, LL 1985-D-130



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

Como consecuencia de la disolución se produce la indivisión post-comunitaria durante el período que transcurre entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición de bienes. Al respecto la normativa vigente adolece de una insuficiencia legislativa en la regulación de esta situación de indivisión, por lo que la doctrina ha debatido largamente sobre el tema y las normas aplicables, siendo una de las posturas mayoritarias la que considera que deben aplicarse por analogía las previstas para la comunidad hereditaria, a las que de hecho el Código remite cuando la disolución se produce por fallecimiento (art. 1313).-

### **II.3. DERECHO PROYECTADO: Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/11- PEN)**

En relación al Matrimonio, el Código Proyecto trata del Matrimonio y sus efectos personales y patrimoniales, en los Títulos 1 y 2, del Libro Segundo: "De las relaciones de familia", donde incorpora como principios generales específicos para el tratamiento del matrimonio, y la interpretación y aplicación de las normas allí previstas, la igualdad y la libertad. Históricamente nuestra legislación impuso normas de carácter imperativo para regular las instituciones del derecho de familia. Esta filosofía se ha transformado en el Proyecto, siendo el principio rector la autonomía de la voluntad en la determinación de las relaciones personales y patrimoniales, lo que desde el inicio nos está marcando un cambio radical en la materia.

Con los principios de libertad e igualdad como rectores de la institución matrimonial, el legislador busco establecer un sistema lo suficientemente neutro como para acoger a los opuestos modelos familiares que conviven en la sociedad del siglo XXI, como lo son la familia nuclear, la familia monoparental, la familia ensamblada o recompuesta, la familia homosexual, la familia matrimonial y la extramatrimonial. <sup>4</sup>

Nuevamente la Iglesia Católica expresó su opinión respecto a la reforma proyectada, y lo hizo a través de un importante documento emitido por la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Argentina el 27 de abril de 2012, el cual se denominó "Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la reforma del Código Civil". Dicho documento condensa un importante número de temas que aportan al fondo del debate sobre la reforma del Código Civil y efectúa las siguientes consideraciones: Señala la importancia del Código Civil en la vida y cultura de la Nación; expresa la necesidad de un amplio debate con participación federal, defiende el derecho y el deber de la Iglesia de dar a conocer a toda la sociedad su pensamiento en estas delicadas materias; expresa que la ley no se limita a tomar una fotografía de lo que ocurre sino que tiene que ordenar las conductas hacia el bien común con respeto a la ley natural y advierte sobre el carácter "modélico" del Código Civil; valora algunos puntos del anteproyecto vinculados con los derechos personalísimos, la protección de la vivienda y las comunidades indígenas; y particularmente en relación al Matrimonio se reafirma el valor de la familia fundada en el matrimonio entre varón y mujer, que es anterior al Estado, y se denuncia el vaciamiento de la institución familiar, expresando con claridad que no cualquier forma de convivencia es conforme a la naturaleza humana y que el proyecto no reconoce el matrimonio indisoluble. Se afirma que la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho no contribuye a dignificar al matrimonio.

Señalaremos a continuación las modificaciones que merecen ser destacadas, haciendo las observaciones pertinentes en cada oportunidad:

- Se mantiene la postura de la eliminación de la diversidad de sexos de los contrayentes como elemento esencial para la existencia del matrimonio.-
- Establece una norma de interpretación que consagra el principio de igualdad disponiendo que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la

---

<sup>4</sup> Medina, Graciela. "Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012". Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Septiembre 2012, pag.281



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. (art. 402). La doctrina entiende que este principio de igualdad adquiere ribetes absolutos que van mas allá de la igualdad entre matrimonios de igual o distinto sexo, pues se extiende a los roles y funciones que cumplirán cada uno de los cónyuges en la comunidad familiar, la igualdad de capacidad, a las condiciones de la responsabilidad parental (hoy denominada Patria Potestad) sin que pueda invocarse prioridad de ninguno en cuanto al otorgamiento de la custodia y/o cuidado del niño, en las situaciones de conflicto, en el otorgamiento del apellido a los hijos.

- Suprime a la sordomudez como impedimento dirimente para la celebración del Matrimonio, en concordancia con lo previsto en el las normas relativas a la capacidad, y ello a su vez en orden a lo previsto por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada mediante Ley 26.378.-

- La supresión de los deberes de cohabitación y el de fijación de un domicilio conjunto, otorgándole el carácter de "moral" al deber de fidelidad. En consecuencia los derechos y deberes legales quedan determinados a los siguientes: a) Deber de establecer un proyecto de vida en común y su desarrollo; b) Deber de cooperación; c) Deber de prestarse asistencia recíproca; d) Deber moral de fidelidad, e) Deber de prestarse alimentos. Se deja a los cónyuges la determinación del resto de los deberes que quieran asumir, fundado ello en el principio de libertad que rige la institución.-

- El incumplimiento de alguno de estos deberes no producirá efectos en relación al divorcio, puesto que desaparece de la regulación del Proyecto el divorcio culpable, implementándose en consecuencia el denominado divorcio incausado. En consecuencia su incumplimiento podrá generar otras sanciones tales como la indignidad, la revocación de las donaciones por ingratitud, indemnización de daños y perjuicios con el objeto de reparar el daño (siempre que se cumplan los elementos constitutivos de la responsabilidad civil) pero no como sanción directa por el incumplimiento del deber, entre otras. Solamente en el supuesto de incumplimiento al deber de alimentos el Proyecto prevé una sanción derivada directamente del mismo, como es la condena en un juicio por alimentos.-

- Reemplaza el deber jurídico de fidelidad por un deber "moral" de fidelidad. El fundamento radica en considerar que el tema de la fidelidad o infidelidad en la pareja debía quedar limitado al ámbito privado, a la intimidad de cada matrimonio. Cabe aclarar que los deberes morales no son exigibles, puestos que carecen de sanción jurídica. Esto ha sido criticado por numerosos autores, y no hay unanimidad acerca de si el incumplimiento de este deber podría dar lugar a la reparación del daño moral por aquel de los miembros de la pareja que fuera víctima de la infidelidad, ya que tal acción carecería de causa. Se cuestiona también que la supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño y que la fidelidad no puede pactarse, generándose una desigualdad entre aquel de los contrayentes que elige ser infiel y el que no.

- El régimen patrimonial deja de ser rígido e imperativo, para permitir a los futuros contrayentes optar por los regímenes proyectados, pues se permite pactar el régimen patrimonial ante el cual se someterán los esposos. Básicamente las modificaciones del Código Proyectado en este tema se resumen en:

- a) Posibilidad de opción entre dos regímenes: comunidad de bienes y separación de bienes. La innovación consiste en que los cónyuges mediante convenciones pre-matrimoniales y matrimoniales opten por el régimen de separación de bienes, ya que el régimen de comunidad se aplica supletoriamente para el supuesto de que los esposos no expresen nada acerca del régimen al cual quieren someterse. Asimismo se permite a los cónyuges cambiar de régimen cuantas veces quieran, siempre y cuando haya transcurrido un año desde la última modificación. Las convenciones deben otorgarse bajo la forma de escritura pública y para su oponibilidad frente a terceros, deben ser registradas, lo cual se efectuará a través de una anotación marginal en el Acta de Matrimonio

- b) Establecimiento de un régimen primario el que contiene obligaciones comunes a ambos sistemas



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

patrimoniales, los que son inderogables e inmodificables por los contrayentes, referido a: la protección del hogar conyugal, el deber de contribución a las cargas del matrimonio y la responsabilidad solidaria frente a los acreedores de cualquiera de los cónyuges por deudas contraídas para solventar los gastos ordinarios del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos

c) Ampliación de la enumeración de los bienes propios y gananciales, a efectos de responder a cuestiones dudosas que durante años debieron resolver la doctrina y jurisprudencia.

d) Aceptación de la teoría de las recompensas.

e) Expresa regulación de la etapa de indivisión post-comunitaria, distinguiendo según las causales de la disolución: si la comunidad se extinguió por muerte de uno de los esposos, las normas a aplicar son las de la indivisión hereditaria. Si la misma se extingue en vida de los cónyuges se otorga a éstos la posibilidad de acordar la gestión de los bienes indivisos y a falta de acuerdo se aplicarán las normas de separación de gestión. El uso de los bienes indivisos se concede a ambos cónyuges, pudiendo acordarse el pago de un canon locativo

- Protección de la vivienda familiar: La vivienda sede del hogar conyugal ha merecido por parte el Código Proyectado una protección especial, requiriendo el asentimiento del cónyuge no titular para efectuar actos de disposición sobre el inmueble así como de traslado de los bienes muebles que resulten indispensables para la misma. Los actos que quedan comprendidos son los de enajenación tales como la venta del inmueble, la constitución de gravámenes que comprometan su destino (hipoteca), la constitución de otros derechos reales tales como el uso y la habitación o la celebración de contratos que comprometan el uso de la propiedad (comodato o locación). Respecto a los bienes muebles, se entiende que son indispensables aquellos que resultan imprescindibles para cubrir las necesidades básicas de los integrantes del grupo familiar. El asentimiento que debe prestar el cónyuge no titular debe versar tanto sobre el acto que se pretende realizar como sobre sus elementos constitutivos. La vivienda familiar además es protegida a través de la inejecutabilidad de la misma por deudas contraídas después del matrimonio, estableciendo como excepción el hecho de que la deuda haya sido contraída por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

- Se establece la responsabilidad solidaria de los esposos por obligaciones contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o del sostenimiento y la educación de los hijos comunes. Se amplía pues el régimen la responsabilidad actual ya que ambos cónyuges responden con todos sus bienes gananciales, mientras que actualmente la obligación se extiende sólo a los frutos de los bienes propios o gananciales del que no contrajo la deuda.

- Se elimina la prohibición de la contratación entre cónyuges

- El principio general para la partición de la comunidad es el de la división en partes iguales, salvo que los esposos pacten una proporción diferente. Se establece una preferencia a favor de uno de los cónyuges respecto de la atribución de los bienes de uso vinculados con su actividad profesional o comercial, así como la propiedad intelectual o artística, el establecimiento que constituya una unidad económica que hubiere formado, y la vivienda ocupada por él, con la debida compensación al otro cónyuge.

### **II.3. MATRIMONIO EN SEDE NOTARIAL**

La celebración del matrimonio en nuestro país, por imperativo de la legislación vigente, está reservada a la esfera administrativa, es decir que solamente pueden celebrar casamientos que produzcan efectos civiles, el oficial público o autoridad competente que pertenezca al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de cada jurisdicción provincial. Sin embargo durante muchas décadas, el notariado argentino ha reclamado su competencia en este sentido, puesto que la jurisdicción voluntaria que ejerce se asimila de manera casi idéntica a la función desplegada por el oficial público del Registro Civil



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

en la celebración del Matrimonio. En apoyo de ello se ha recurrido al derecho comparado, el cual ha demostrado que en otros países los escribanos públicos desempeñan funciones similares a las del oficial del Registro Civil, pudiendo celebrar matrimonios por escritura pública y hasta constatar nacimientos y defunciones por dicho instrumento.-

En apoyo de este planteo podemos argumentar: 1) Que la normativa vigente utiliza indistintamente los vocablos "autoridad competente" y "oficial público" para referirse a la persona encargada de celebrar el matrimonio, a diferencia de la legislación anterior, la cual mencionaba únicamente al oficial público encargado del Registro Civil. Además permite, por razones de urgencia, que funcionarios judiciales sin distinción alguna de jerarquías, celebren matrimonios ante la ausencia o imposibilidad del oficial público del Registro Civil. 2) Que la naturaleza de la función notarial, tan largamente discutida, podemos afirmar que es un oficial público por excelencia, puesto que el Estado delega en él una función inherente a su soberanía, la cual implica que determinados hechos que interesan al Derecho sean ciertos, revistan autenticidad y eficiencia por la intervención notarial. El notario entonces tiene la particularidad de representar al Estado en el ejercicio de su profesión, lo que le confiere el carácter de oficial público. La representación del Estado se traduce en dar fe de los actos en los que interviene y autoriza, garantizando con ello la seguridad jurídica en beneficio de los intereses personales y patrimoniales de los ciudadanos y de la comunidad en general. 3) Que la posibilidad de incluir la celebración del matrimonio dentro de las facultades del notario no implica imponerle una nueva misión, ya que en el ámbito de su competencia habitual realiza actos que involucran cuestiones de familia, por lo que solamente se estaría ampliando el campo de actuación del mismo. 4) Que el Estado en su faz administrativa se encuentra desbordado como consecuencia del crecimiento demográfico y la disímil distribución de la población, lo que provoca una burocratización excesiva, que torna lento cualquier trámite, con el consiguiente perjuicio que ocasiona la demora para los usuarios. La posibilidad de que el Escribano intervenga en la celebración del matrimonio, otorgaría fecundos beneficios que responden a las exigencias de celeridad de la comunidad toda.

En consecuencia pensamos que bastaría modificar la normativa vigente, para introducir en su articulado una norma que interprete que por autoridad competente o funcionario público, también debe entenderse incluido al notario, quien deberá respetar los requisitos establecidos por la ley para la celebración del matrimonio incluyendo diligencias previas y posteriores en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que garanticen la legalidad del acto y su posterior publicidad registral.

.Cabe aclarar, que lo que se propone es la posibilidad de celebrar el casamiento ante el notario, conservando siempre los futuros esposos la posibilidad de hacerlo ante el encargado del Registro Civil y no la sustitución total y absoluta del Escribano por el oficial publico registrador

### **II.4.DIMENSION SOCIOLOGICA: LOS DATOS DE LA REALIDAD**

En relación a los datos recogidos de la realidad argentina respecto al Matrimonio podemos mencionar los siguientes indicadores estadísticos, los cuales hemos relacionado además con los que se refieren al divorcio, a efectos de reflejar con mayor precisión la situación del tema objeto del presente trabajo en la República Argentina:

1.- En la Argentina hay 24.228 hogares con parejas del mismo sexo: el 58,3 por ciento son de mujeres y el 41,7 por ciento de varones. Esteban Paulón –titular de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans– señaló que en cambio, si se consideran los matrimonios –a partir de la ley de matrimonio igualitario, de 2010–, que son unos 5000, hay un 60 por ciento de varones y un 40 por ciento de mujeres Parecería que las parejas de varones son más propensas al matrimonio, mientras que las mujeres optan por la convivencia.<sup>5</sup>

2.- En todas las jurisdicciones del país existe mayor proporción de parejas de mujeres por sobre las de hombres. La única excepción es la Ciudad de Buenos Aires, donde el 52,3 por ciento son

---

<sup>5</sup> Diario PAGINA 12. "Lo que el Censo ayuda a visibilizar." 30 de Junio de 2012.-



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

varones y el 47,7 por ciento son mujeres. El 21 por ciento de las parejas del mismo sexo tienen hijos a cargo y de éstas, el 97,5 por ciento son de mujeres. <sup>6</sup>

3.- La mayor proporción de parejas del mismo sexo se registra en la Ciudad Autónoma, donde llegan al 0,72 por ciento, con respecto al total de parejas heterosexuales y homosexuales. Sigue Tierra del Fuego, con el 0,38 por ciento. En el Gran Buenos Aires, la proporción es del 0,34 por ciento; en Santa Fe, Santa Cruz y Neuquén, del 0,33; en el resto de la provincia de Buenos Aires y en Córdoba, llega al 0,32. En Chaco, 0,31. En el interior de la provincia de Buenos Aires, las parejas del mismo sexo son el 0,29 por ciento del total; 0,28 en Chubut, Tucumán, Corrientes, Entre Ríos y Formosa; en Santiago del Estero, Río Negro y La Rioja llegan el 0,27 por ciento; en Catamarca, el 0,26; en Jujuy, el 0,25; en San Luis, el 0,24; y cierran Misiones, La Pampa y Mendoza con el 0,22 por ciento. <sup>7</sup>

4.- En la década del 80 se producían 114 divorcios diarios, a diferencia de la década que correspondió a los años 90, donde el número de los mismos se redujo a 87 divorcios por día. Por el contrario, entre 2001 y 2010, hubo a razón de 172 divorcios diarios. <sup>8</sup>

5.- La tasa de separación y divorcio creció 300% en sólo 30 años: en 1980 había 423.000 personas divorciadas en todo el país. Según el último censo (año 2010), hoy son 1.764.400. Aun así, los divorciados siguen siendo un porcentaje bajo de la población: menos del 5,8% de los argentinos (teniendo en cuenta tanto divorciados como separados), contra 33,5% de solteros, 18,2% de personas en pareja y 35,6% de casados, entre otros estados civiles. En 2001, los casados eran el 40,8%; los divorciados, el 4,8%; los solteros, 33,9%, y los unidos de hecho, el 13,9 por ciento. Estos números indican que los divorcios están en alza, a diferencia de los matrimonios que estén en baja. <sup>9</sup>

6.- Las estadísticas de la Justicia Civil porteña establecen un perfil bien definido: quienes se separaron durante la última década llevaban pocos años de convivencia y, en la mayoría de los casos, tenían hijos chicos a cargo. Hace una década, los divorcios involucraban en su mayoría a parejas que llevaban entre 10 y 20 años de convivencia. Hoy, sólo una de cada 30 audiencias de divorcio que se celebran en la Capital involucra a una pareja que ya cumplió las bodas de plata. <sup>10</sup>

7.- Más del 90% de los divorcios fueron de común acuerdo, aunque muchos se hayan comenzado como contradictorios. La infidelidad y el maltrato son las principales acusaciones. Por otra parte, el 60% de las demandas es iniciado por mujeres, sobre todo entre quienes tienen entre 25 y 35 años.-

### **III) DERECHO DE FAMILIA: UNIONES DE HECHO**

#### **III.1. INTRODUCCIÓN**

##### **III.1. Terminología. Noción descriptiva.**

Quizás uno de las figuras que dentro del derecho de familia exhibe con mas evidencia lo que expuesto en la introducción general de este informe, es la de las denominadas "uniones de hecho".

Aclaremos que elegimos esta denominación de la amplia gama que ofrece la doctrina y legislación nacional y comparada (concubinato, matrimonio aparente, matrimonio de hecho, convivientes, uniones convivenciales, unión libre), -solo por citar algunas-

En realidad, fuera del término "*concubinato*", las demas denominaciones, son equívocas, pues pecan por defecto -podrían dejar fuera algunas situaciones o caracteres-, o por exceso -podrían hacer pensar que se incluyen otras figuras que no son exactamente la que traemos a análisis-.

El término "*concubinato*", en cambio es el que ha sido usado desde siempre por nuestra doctrina y jurisprudencia, y es unívoco: legos y letrados sabemos a qué nos estamos refiriendo con él.

---

<sup>6</sup> Idem nota 5

<sup>7</sup> Idem nota 5

<sup>8</sup> Diario LA NACION. "Hubo más de medio millón de divorcios en la última década". 4 de marzo de 2012.-

<sup>9</sup> Idem nota 8

<sup>10</sup> Idem nota 8



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

No describe, es una denominación propia, y según algunos autores, es el término técnico jurídico en sentido estricto para designar a las uniones de hecho.<sup>11</sup>

Lo que ocurre, es que en nuestro país, es una terminología otrora asociada al origen de un gran número de concubinatos en la Argentina (ver mas adelante punto "1.c"), cuando –al no estar contemplado el divorcio vincular–, se constituían existiendo un impedimento de ligamen, y el propio Código Civil, en su artículo 232 (antes de la reforma de la ley 23.515), utilizaba ese término para aludir concretamente a una situación técnicamente de adulterio, reprobada por la ley y consecuentemente, por la consideración social

Vinculada a esta interpretación doctrinaria, estaba –y utilizamos el verbo en pasado pues entendemos hoy superado–, el empleo vulgar del término. En la sociedad argentina, por lo general se ha aludido despectivamente con el término "concubina" o "manceba", a la mujer que integraba esta unión cuando ella se mantenía paralelamente y en forma ilegal a la del matrimonio, connotando por lo tanto con esa expresión a una mujer "deshonesta" o "inmoral". No ha ocurrido así, en cambio, con el término "concubino". Ello pone en evidencia una vez mas, una trato discriminatorio –proveniente de la mirada social guiada por un sesgo machista desde luego–, entre "mujer concubina" y "hombre concubino", y es quizás la razón que nos decidió a desechar el término, a pesar de su univocidad.

En síntesis: nos guste o no, la palabra "concubinato" en la Argentina sigue siendo hoy por hoy la mas usada tanto en el lenguaje coloquial, como en la doctrina y jurisprudencia, sin que a nadie le queden dudas de qué se designa con ese término. Ninguna de las demas tienen la misma entidad, y solo el tiempo dirá si se "impondrá" por la fuerza de la ley, o de la costumbre y el acuerdo social que implica el lenguaje, alguna otra

El fenómeno social que queremos aludir con la denominación elegida, es el de las *conductas humanas que se desarrollan en el ámbito de las relaciones de familia, consistentes en la unión estable y única de dos personas, con el propósito de convivir y desarrollar un proyecto de vida compartida, dando la apariencia de un matrimonio*

### **III.2. Causas del fenómeno**

Los autores refieren como una de las causas del concubinato en la Argentina, a la insolubilidad del matrimonio hasta la sanción de la ley 23.515 en 1987, pues hasta antes de esa fecha, quien se divorciaba y volvía a formar una pareja, no podía legitimar esa unión con un nuevo matrimonio, por lo que constituía una unión que dio en llamarse "concubinato adulterino" o <sup>12</sup> "ilícito". Al sentido peyorativo del término que por esta razón se atribuye al mismo, nos hemos referido en el punto anterior.

La cuestión no es menor, pues el número de estas uniones llegó a ser importante, dado que nuestro país era uno de los pocos que no admitía el divorcio vincular, y su consideración por parte de la sociedad terminó por ser de equiparación con el matrimonio, porque, por lo general existía un acto formal que se celebraba en otro país (p.ej. Bolivia) donde sus leyes admitían el divorcio vincular (estos matrimonios obviamente eran nulos por haberse celebrado en fraude de la ley) .

Si bien hoy, a 25 años de haberse admitido el divorcio vincular, la cuestión es un solo dato histórico, interesa resaltarla porque puede verse aquí claramente, aquel proceso dialéctico descrito al comienzo entre las tres dimensiones del fenómeno jurídico: la conducta humana, las normas y los valores.

En efecto, mientras por un lado, las normas vigentes impedían a las personas que se habían divorciado volver a formar una pareja, y por ende se las condenaba a vivir en soledad hasta su muerte en aras de proteger determinados valores estimados en ese momento como superiores a este deseo humano de unirse a otro; por el otro, las personas igualmente contradecían el precepto, uniéndose en matrimonios celebrados fuera de la ley, en otras jurisdicciones, con o sin un papel, pero conformando

---

<sup>11</sup> BASSET, Ursula C.-"Familia. Uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos"-LL, 2009, p. 1244, quien señala que etimológicamente el término proviene del latín "*com cubare*" que significa "dormir juntamente".

<sup>12</sup> MOLINARIO, Alberto-"Concubinato y adopción"-LL, 1978-A, p. 562/563



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

verdaderas nuevas familias, con toda la apariencia de la familia surgida del matrimonio. Y si bien la ley las trataba obviamente con desfavor, la sociedad les daba un trato de consideración y casi de equiparación con el matrimonio legítimo. Aunque para algunos esta actitud de la sociedad argentina frente a tales matrimonios solo en apariencia, era una prueba de la reprobación social, en realidad ello estaba marcando un verdadero cambio de actitud en esa sociedad, que terminó por aceptar aquellos concubinatos porque prevaleció el criterio de que era en beneficio de la sociedad misma que los individuos que la integraban no vivieran en soledad tras un fracaso matrimonial sino que, por el contrario, volvieran a conformar parejas estables

Otra cuestión interesante para destacar en relación con las causas de la uniones de hecho, es la vinculada con la diversidad de modelos familiares que países como el nuestro y podríamos decir de toda América, presentan, en atención a que las características de nuestras estructuras sociales responden a una mezcla de culturas: por un lado la de los pueblos originarios,<sup>13</sup> -que en el caso de la Argentina, aun hoy pervive y es contemporánea a la occidental en muchas regiones del país, comprobándose en algunos de sus pueblos, dentro de su organización familiar, instituciones similares a lo que acabamos de conceptualizar como "uniones de hecho"<sup>14</sup>; y por el otro la llamada cultura "occidental", traída por los colonizadores, que a su vez, como señala Ciuro Caldani<sup>15</sup>, también es profundamente compleja, nutriéndose con legados griegos, romanos, judeocristianos, germanos y en algunos casos, también árabes.

Se indican, entre otras las siguientes causas:

- **Culturales:** en zonas rurales y sobre todo en el interior del país, muchas veces la falta de educación o el apego a tradiciones y pautas culturales ancestrales, o hasta la misma marginación social, hace que no se tenga un modelo de familia legal, sino que se ve como la forma mas natural de constituir la, el "juntarse". Muchas veces incluso influye la falta de presencia del Estado en lugares alejados, y la consiguiente lejanía del Registro Civil mas próximo para estas personas, cuestión no menor en un país tan extenso como el nuestro. En igual enfoque, existe una equivocada creencia en la población -por falta de una adecuada difusión y formación-, en que la convivencia otorga similares derechos al matrimonio.<sup>16</sup>
- **Económicas:** la falta de dinero para poder acceder a una vivienda, o mantener la prole, el desempleo o la falta de inserción laboral, también influyen a la hora de tomar la decisión de celebrar el matrimonio. La falta de recursos es también un factor causal en el caso de parejas separadas que no pueden, por dicha razón tramitar el divorcio, y en consecuencia, forman una nueva pareja sin casarse porque técnicamente no pueden.

---

<sup>13</sup> Estos pueblos han sido reconocidos a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, al disponer, entre las atribuciones del Congreso el "... Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos...." (art. 75 inc. 16)

<sup>14</sup> Por ejemplo, en algunos pueblos andinos se practica el denominado "sirviñaco" que consiste en una suerte de matrimonio a prueba que por lo general dura un año, al cabo del cual cesará la convivencia o se celebrará el matrimonio. Estos pueblos -como antes dijimos- conviven con nuestra cultura, y la que acabamos de describir, particularmente, es propia de la región noroeste de la Argentina, donde tengo el privilegio de vivir, por lo que puedo dar razón de ello

<sup>15</sup> CIURO CALDANI, Miguel A.-"Bases para la armonización del derecho e familia en el Mercosur", en "Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países Asociados", Cecilia Grosman (Directora)-Marisa Herrera (Coordinadora)-LexisNexis, Bs.As., 2007-p.23

<sup>16</sup> Así, Jorge O. Azpiri, en obra ya citada, p. 44, señala que según un trabajo de investigación realizado sobre 300 casos, hombres y mujeres mayores de 18 años, en Capital Federal y Gran Buenos Aires, el 60% de los encuestados cree que entre convivientes existe derecho hereditario, el 50% cree que tiene derecho a reclamar alimentos del conviviente y el 72% entiende que cuando hay hijos menores el abandonado tiene derecho a permanecer en la vivienda. Cita a su vez, como fuente de esta información a Guardado-Prevail-Vugman, "Uniones de hecho y uniones homosexuales: resultados de una encuesta", en "Derecho de Familia-Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", N° 20, p. 197 y siguientes.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

- Escepticismo ante el fracaso matrimonial: El aumento de la tasa de divorcios es mencionado también como una causa, pues haber tenido una primera experiencia negativa, así como las complicaciones sufridas durante el juicio de divorcio, llevan a estas personas a no desear pasar por una nueva experiencia similar.

Más allá de estas causas, se señala también que existe hoy, entre los más jóvenes – especialmente de clase media-, una marcada indiferencia por formalizar la relación y el rechazo a toda intromisión estatal y a todo tipo de regulación, en la vida íntima. Se recurre a la convivencia de hecho, pero no porque las relaciones sean más precarias, sino porque justamente se entiende que siendo desde el lugar de la libertad desde el cual se elige vivir juntos, ello hace su unión más estable. En la mayoría de los casos, esta convivencia es una primera etapa, un primer paso en el camino hacia el matrimonio.

### **III.3. LA DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA DEL TEMA. LOS DATOS DE LA REALIDAD**

Dijimos al comienzo, que los cambios legislativos deben responder, a verdaderos cambios en la realidad, que evidencien una permanencia en el tiempo y comprendan a un número importante de conductas en el mismo sentido, para merecer la atención del legislador.

Esta es, sin duda alguna, la situación en que se encuentran hoy en la Argentina las familias constituidas a partir de uniones de hecho, con o sin descendencia en común. Aun en las épocas en las que el concubinato era visto con disfavor y merecía la condena social, nadie negaba que era una realidad existente en número importante, y que ese número iba en aumento.

Esta predicción se ha confirmado, y ello puede ser contrastado con los datos objetivos que nos proporciona la realidad según las estadísticas de los últimos años:

La información más reciente es la que proviene del Censo Nacional llevado a cabo en la Argentina en el año 2010, y cuyo procesamiento –aun no concluido-, está a cargo del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). No obstante no estar aun totalmente procesados estos datos, y por lo tanto con la advertencia de que se trata de cifras “en bruto”, sin la consideración aun de un sinnúmero de variables, si hacemos una sencilla comparación entre análogos datos brindados por el Censo Nacional del año 2001,<sup>17</sup> referida a la situación de pareja de la población mayor de 14 años, y teniendo en cuenta que esta población ha aumentado un 13,23%, se puede mencionar, que hay un 79,82 % más de personas solteras con pareja, un 40,93% más de divorciados con pareja y un 59,95% más de viudos con pareja. El aumento de concubinatos entre las tres situaciones sería del 73,98 %. Mientras tanto, la cantidad de matrimonios habría disminuido un 6%.

Por su parte, un informe de IDESA<sup>18</sup> en su N° 346 del 18/07/2010, señala, en base a los datos de las EPH (Encuestas permanentes de hogares), referidos a la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense, que:

- En el año **1974**, el **65%** de las personas mayores de 20 años de edad estaban unidas habiendo celebrado un matrimonio legal, mientras que en el año **2009** sólo el **41%** estaba viviendo en pareja habiendo cumplido con las formalidades.
- En el año **1974**, el **30%** de los mayores de 20 años declaraba estar sin pareja (soltero, separado o viudo), mientras que en el año **2009** el **40%** está sin conformar pareja.
- En el año **1974**, sólo el **5%** de los mayores de 20 años estaba unido en concubinato, mientras que en el año **2009** en esta situación se encuentra el **19%** de las personas.

Según esta información, concluye el informe, en la actualidad, prácticamente 1 de cada 3 personas que vive en pareja, no formaliza su relación a través del matrimonio.

---

<sup>17</sup> La comparación se hace entre los cuadros N° 6 y 7 del Censo 2001 y el cuadro P25 del Censo 2010, referidos a la situación conyugal de personas de más de 14 años, que al momento del censo vivían en uniones de hecho, de distinto o igual sexo.-[www.indec.com.ar](http://www.indec.com.ar)

<sup>18</sup> Centro de Estudios independiente y sin fines de lucro especializado en el mercado laboral



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

Cecilia Grosman,<sup>19</sup> haciendo referencia a los datos del INDEC, y a estadísticas del Ministerio de Salud de la Nación, publicadas en un diario de circulación nacional,<sup>20</sup> señala que desde 1980 a 1991, en la franja de 20-29 años, la proporción de uniones de hecho aumentó del 15,1% al 26,6% en todo el país, y que si consideramos el total de las uniones de hecho, de acuerdo con los censos de población, observamos que en 1960 era del 7.3%, en 1980 ascendió al 11,5% y actualmente (el artículo es del año 1998), estamos en un 18%; proporción que acrece en algunas provincias como Jujuy y Chaco.

Expone además, otros datos demográficos que hacen presumir, igualmente, el crecimiento del número de convivencias. De un lado, ha aumentado la cantidad de hijos extramatrimoniales y, del otro, ha descendido la tasa de nupcialidad. En 1980 el índice de hijos nacidos fuera de matrimonio era del 29,5%, y en 1990 del 36%, cifra que trepó al 47% en 1996. En cuanto a la tasa de nupcialidad, es una de las más baja de los últimos cincuenta años. En 1950 era del 8,4 y en 1995 descendió al 4,3.

Otro dato interesante es que el incremento de las uniones de hecho no se ha producido de modo uniforme en todos los sectores sociales. En el período 1980 a 1989, el porcentaje de unidos en el estrato de más bajos ingresos creció en un 67%, pero lo hizo mucho más en los sectores de mayores recursos, o sea, en un 142%. Estos datos ponen en evidencia que ahora las convivencias de pareja constituyen una práctica social que se ha extendido de manera acentuada a los sectores medios.

No obstante, el mayor número de convivencias se registra en las provincias más pobres.

### **III.3. DIMENSION NORMATIVA DEL PROBLEMA**

#### **III.3.a. La necesidad de regulación de las uniones de hecho**

Sea que usemos una terminología u otra, sea cual sea su causa, estas conductas humanas, son una realidad innegable inserta en la sociedad argentina, desde hace mucho tiempo, las que a pesar de haber sido objeto de una mirada disvaliosa por parte, –entre otros–, del legislador que intentó desalentarlas de distintas maneras, constituyen un comportamiento social, una forma de ser familiar, y se ha mantenido constante e instalada en nuestras costumbres, por lo que merece tanta atención por parte del Estado como aquella que se funda en un matrimonio.

Y aquí se adiciona una cuestión que tiene que ver con el aspecto axiológico del tema, pues el Estado tiene el deber de proteger la familia por mandato constitucional<sup>21</sup>, pero además, a partir de la reforma de dicho cuerpo en el año 1994, todo el derecho interno debe subordinarse a los tratados de derechos humanos incorporados como parte del mismo, (art. 75 inc. 22 CN), y por ende esa protección no puede ir en contra de principios como la no discriminación, la solidaridad y la responsabilidad familiar, la protección de los menores y la intangibilidad de sus derechos, así como el derecho a la autodeterminación y el respeto por la persona y sus elecciones.

Las preguntas que surgen entonces son: ¿debe regularse esta conducta? ¿debe dejarse que la regule la costumbre y en todo caso la jurisprudencia en cada caso particular, o debe hacerlo la ley positiva? Si la regula la ley escrita, ¿cómo debe hacerlo?, ¿equiparándola al matrimonio y por tanto atribuyéndole los mismos efectos, o previendo un mínimo de efectos bajo ciertas condiciones, dejando el resto a lo que libremente acuerden los integrantes de la unión, y en tal caso cuáles son esos efectos que deben ser regulados? ¿cómo se resuelve aquella tensión que ya mencionamos al comienzo, entre el respeto por la autonomía de la voluntad y al mismo tiempo el respeto por los principios de orden constitucional antes citados?

<sup>19</sup> GROSAN, Cecilia-ob. citada

<sup>20</sup> Diario “Clarín” del 27/7/1998

<sup>21</sup> Art. 14 bis de la Constitución Nacional: “El estado otorgará ... la protección integral de la familia...”



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

### **III.3.b. Regulación-Sistemas**

Antes de intentar dar respuesta a estas preguntas, expondremos a continuación cuáles son las distintas alternativas a la hora de regular las uniones de hecho, en una sistematización que los distintos autores han formulado en base a lo que acontece en el derecho comparado:

- Sistema abstencionista: La ley guarda silencio sobre el tema. Fue la solución del Código Napoleón, y la de los códigos que fueron influenciados por él. Es el sistema adoptado por Vélez Sarsfield al redactar nuestro Código Civil. En algún punto, tiene la ingenua pretensión de desalentar este comportamiento, ignorándolo. Se compadece con una época en este comportamiento social era totalmente reprobado por la sociedad, y en la que el matrimonio, en cambio, era una institución suprema y fundante de la misma. Pero la realidad se impone, y mediante reformas parciales y leyes especiales que contemplan supuesto específicos, se termina por regular, aun inorgánicamente a las uniones de hecho. Es lo que ha ocurrido en nuestro país, como veremos seguidamente.
- Sistema sancionador: La ley se ocupa del fenómeno pero para sancionarlo, tratando de desalentar su acaecimiento. Es una postura doctrinaria y propone que la ley solo lo contemple pero en los casos en que resulte más perjudicial encontrarse en esa situación que en la de matrimonio
- Sistema de regulación: La ley regula sus efectos pues es más conveniente que guardar silencio. Esta regulación a su vez, puede ser integral o solo de algunos aspectos, y en el primer caso de equiparación total con los efectos de las uniones matrimoniales o con efectos diferenciados. Dentro de estos sistemas, se encuentran los de "pactos", en los que la ley brinda protección y reconoce eficacia a la unión acordada en un pacto, el que, con la debida publicidad regula las relaciones de los concubinos y de estos frente a terceros, siempre que no se afecten principios fundamentales de orden público.

### **III.3.c. El régimen vigente en la Argentina-Derecho positivo**

El reconocimiento de las uniones de hecho en el derecho positivo argentino, ha sido paulatino e inorgánico. Por ende incompleto, ya que se han ido contemplando distintos aspectos, sin que hoy se tenga una regulación sistematizada de las distintas situaciones que merecen ser atendidas.

El legislador, en la mayoría de los casos siguiendo las huellas de la jurisprudencia, que en su deber de fallar<sup>22</sup>, ha debido hacer frente a la realidad creando una fuente normativa alternativa muy variada por cierto y abarcativa de diferentes cuestiones que en su planteo mismo están demostrando la necesidad de regulación, ha dictado algunas normas positivas, a veces en función de dar una regulación, otras a propósito de la regulación de otra figura que indirectamente implicó reconocer su existencia, y otras, en fin con la finalidad de desalentar o hasta sancionar en alguna medida su consumación.

A modo de ejemplo, podemos citar entre las normas que les reconocen derechos en equiparación con el cónyuge:

La ley de locaciones urbanas 23091 que permite al concubino/a continuar en el uso del inmueble locado después del fallecimiento de su pareja, inclusive por encima de los derechos de los herederos del locatario; artículo 257 del C. Civil –texto según ley 23.264 que establece similar presunción de paternidad que la prevista para los hijos matrimoniales, respecto de los hijos habidos de una pareja unida en concubinato; la ley 24193 de trasplantes que considera dentro de los legitimados a favor de quienes puede disponerse de órganos o material anatómico en vida, ("receptores") –entre otros-, al conviviente; la ley 24557 que reconoce el derecho a percibir la indemnización por accidente de trabajo en el supuesto de muerte del trabajador, al conviviente; o la ley 24241 sobre el "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", , reconoce el derecho a pensión al concubino/a, bajo ciertos requisitos.

Cabe destacar que la equiparación no es total porque en todos los ejemplos citados, para poder acceder a esos derechos, se le exige al conviviente el cumplimiento de ciertos requisitos, -como la antigüedad en la convivencia-, los que a su vez varían según cada norma.

---

<sup>22</sup> El art. 15 del Código Civil, en función de una norma que se complementa con los artículos 16 y 17 sobre la idea de completitud del sistema, dispone: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes"



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

Obviamente, quedan muchas cuestiones sin protección legal, y a las que por tanto debe dar respuesta la jurisprudencia, fundándose en principios generales como el enriquecimiento sin causa, la teoría de la apariencia y otros.

Entre las cuestiones mas importantes que merecerían tutela legal y no cuentan con ella podemos mencionar:

- *Derecho a alimentos*: No existe obligación de prestarse alimentos entre los concubinos, ni durante la vigencia de la unión, ni a su disolución, ni siquiera en caso de imposibilidad de uno de ellos de proveer a sus necesidades básicas. Tampoco pueden exigirlos fundado en parentesco pues la ley no los considera "parientes. La jurisprudencia no ha sido pacífica en el tema, y cuando se ha hecho eco de estas demandas, ha considerado a este deber como una obligación natural, un deber moral, fundado en principios de equidad.
- *Protección de la vivienda familiar y derecho del grupo familiar a permanecer en ella ante disolución de la unión*: El régimen actual de protección de la vivienda familiar, regulado por la ley 14.394 en sus artículos 34 a 50, no incluye en el concepto de "familia" que ella prescribe, la formada a partir de una unión concubinaria. Los casos en que la justicia ha resuelto a favor de la afectación –generalmente por vía recursiva ante la denegación de la autoridad competente al requerimiento de que el bien sea inscripto en tal calidad–, lo ha hecho siempre que hubiera descendientes comunes. Y otro tanto con el derecho del grupo familiar mas débil (madre o padre con hijos menores o discapacitados a cargo), cuando la unión se disuelve, y el bien está a nombre del otro integrante de la unión, o en condominio, y el que no tiene a cargo los hijos decide venderlo, alquilarlo o pedir la partición.
- *Responsabilidad por deuda comunes frente a terceros*: Hay otro interés en juego que también merece protección, y es el de los terceros que contratan con estas personas integrantes de la unión de hecho, confiadas en la apariencia de un matrimonio que en realidad no es tal, generalmente proveyendo suministros al hogar común, o servicios. Para que el proveedor pueda demandar no solo al conviviente que contrajo la deuda –que puede ser insolvente–, sino al otro integrante de la pareja, en análogos términos que se prevee para el matrimonio, deberá probar que hubo un mandato tácito o expreso, o apoyarse en el error excusable de estar frente a una unión matrimonial fundado en la apariencia y su buena fe, conforme a las soluciones dadas por algunos tribunales en estos supuestos.
- *División de los bienes a la extinción de la unión*: Este es otro tema que no tiene una sola forma de resolución en la vía judicial, ya que por otra parte las variantes son muchas, en atención a las distintas formas en que puede presentarse la adquisición de los bienes
- *Derecho sucesorio*: No existe vocación hereditaria legal entre los concubinos. Solo puede existir por vía testamentaria, dentro de los límites de la porción disponible, cuando hubiera herederos forzosos.

### **III.3.d. Posibles soluciones**

Contestando de alguna manera a las preguntas formuladas al comenzar este capítulo, podríamos decir que, en el estado actual del tema en nuestro país cabrían las siguientes alternativas:

- Dejar las cosas como están, sin dictar ninguna regulación orgánica, y que siga siendo la jurisprudencia la que resuelva las cuestiones que se presenten ante el conflicto y el vacío legal. Esta postura estaría fundada en el respeto absoluto por la autonomía de la voluntad, ya que considera que se encuentra reservado a este ámbito el derecho de las personas a no querer estar alcanzadas por la normativa del matrimonio (el derecho a no casarse), por lo que el Estado no debe entrometerse. Pero en el fondo, esta postura trasunta un crudo individualismo descuidado de los valores de solidaridad y responsabilidad familiar que deben ser considerados, y de los que el Estado también es guardador por expreso mandato constitucional.
- Regular mediante una normativa que equipare las uniones de hecho con el matrimonio. Esta postura se funda en el principio de no discriminación e implica considerar que las uniones de hecho son iguales al matrimonio, cuando ello en realidad no es así. Son figuras jurídicas semejantes y en muchos aspectos se generan consecuencias iguales, pero no son idénticas. Por lo tanto, el principio de igualdad



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

ante la ley y no discriminación no se vulnera por darles un trato legal diferente, aunque es evidente que habrá algunos aspectos que tendrán una regulación prácticamente idéntica, pues como dijimos, hay apariencia de matrimonio

- Regular mediante una normativa que respete por un lado la autonomía de la libertad de los integrantes de esa unión que han elegido no ingresar al régimen matrimonial, y resguarde por el otro, la protección que el Estado debe al núcleo familiar así formado –aun cuando no haya descendencia común–, consagrando los principios de solidaridad y responsabilidad familiar, mediante un mínimo de disposiciones imperativas, haya pactos de convivencia o no. Creemos que esta es la opción acertada.

### **III.4. PERSPECTIVAS:**

#### **III.4.a. Proyectos de ley**

Debe reconocerse que en los últimos años, nuestros legisladores han intentado dar una regulación normativa integral a las uniones de hecho, sin que hasta la fecha estos intentos hayan logrado pasar más allá del estadio de proyectos.

De las opciones de regulación que antes mencionamos, puede observarse en estos proyectos –que metodológicamente se proponen como una ley especial complementaria del Código Civil–, la tendencia a regularlas equiparándolas con el matrimonio.

En todos los casos se fundamenta la norma proyectada en la necesidad de regular una situación fáctica de mucha data que merece la protección legal, en función de principios constitucionales de orden superior, entendiendo que estas uniones, –con las características mencionadas–, integran también el concepto de familia.

#### **III.4.b. Las uniones de hecho en el Proyecto de código civil y comercial Decreto 191/2011**

El proyecto, que según sus fundamentos se caracteriza por ser un código de igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio, para una sociedad multicultural, y que responde a la constitucionalización del derecho privado, incorpora la regulación de las uniones de hecho, a las que denomina “uniones convivenciales”, en el Libro Segundo “Relaciones de Familia”, Título 3, artículos 509 a 528, en donde en cuatro capítulos trata sobre su constitución y prueba, los pactos de convivencia, los efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia y a su fin.

En los fundamentos del proyecto, se reconoce la necesidad de regular estas conductas por ser una realidad en progresivo y constante incremento en todos los sectores sociales y geográficos del país, así como por el manifiesto avance de la jurisprudencia en la materia.

Se busca conjugar y articular todos estos derechos de manera armonizada y coherente con el régimen matrimonial, sin llegar a equiparar ambas figuras, manteniendo diferencias entre ambas formas de organización familiar, con fundamento en que el respeto al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional permite brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

La regulación reconoce efectos jurídicos a las uniones convivenciales, buscando equilibrar la tensión entre la autonomía de la voluntad (admitiendo los pactos de convivencia) y el orden público (estableciendo un plexo normativo mínimo en resguardo del valor solidaridad en el contexto familiar, más allá de dichos pactos).

##### **III. 4.b.1.Principales características:**

- Define a las uniones convivenciales como las uniones basadas en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas –del mismo o diferente sexo– que comparten un proyecto de vida común. (art. 509)
- Para reconocerles los efectos jurídicos que se prevén en el Título, se les exige, mayoría de edad (no cabría aquí la dispensa judicial para menores de edad como en el matrimonio), ausencia de impedimentos de parentesco (similares a los del matrimonio) y ligamen, no tener registrada otra



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

unión, y un mínimo de convivencia de dos años. (art. 510)

- Se establece la posibilidad de registración en el "Registro de uniones convivenciales" de la existencia y fin de la unión, en principio al único efecto probatorio sin aclarar bajo qué forma. Otras disposiciones asignan otros efectos a la registración A falta de registración se admite cualquier medio de prueba. (arts. 511-512)
- Se permite a los integrantes de la unión regular distintos aspectos de la convivencia mediante pactos, que deben ser hechos por escrito. Para su oponibilidad a terceros, estos pactos, así como sus modificaciones, rescisión y extinción, también deben inscribirse en el Registro de uniones convivenciales y además en el registro que corresponda a los bienes involucrados según el caso. (arts. 513,516,517)
- Hay libertad en cuanto al contenido de los pactos, inclusive para sustraerse a las normas supletorias previstas en el Título, teniendo como límite el orden público, el principio de igualdad entre los convivientes y sus derechos fundamentales, así como el plexo normativo imperativo previsto en los arts. 519 a 522 (ver punto siguiente) (arts. 513, 515)
- Haya o no pacto, a las uniones convivenciales que reúnen los requisitos antes mencionados, se les aplican imperativamente las siguientes consecuencias jurídicas: a) los convivientes se deben asistencia durante la convivencia; b) los convivientes deben contribuir a los gastos domésticos de igual forma que los cónyuges; c) los convivientes son solidariamente responsables por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades del hogar y manutención de los hijos; d) si la unión ha sido inscripta, la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas por uno de los convivientes sin la conformidad del otro, después de la inscripción de la unión, y no puede disponerse de ella ni de los muebles indispensables sin la conformidad del no titular. Se advierte acá cómo la registración de la unión no es solo con fines probatorios (arts. 519 a 522 y 513)
- No habiendo pacto, o existiendo éste, salvo disposición en contrario o en lo no previsto, rigen con carácter supletorio, las siguientes reglas: a) durante la convivencia cada conviviente tiene la libre administración y disposición de los bienes de su titularidad, salvo lo previsto respecto de la vivienda familiar; b) al cese de la convivencia los bienes permanecen en el patrimonio de su titular sin perjuicio de la aplicación de los principios relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas u otros que puedan corresponder; con las limitaciones que seguidamente mencionamos. (arts. 518, 528)
- Ante el cese de la convivencia, -salvo por causa de muerte-: a) el conviviente que sufra un desequilibrio económico con causa en la ruptura de la convivencia tiene derecho a una compensación económica que será fijada judicialmente según una serie de parámetros señalados de modo indicativo; b) el conviviente que tenga su cargo hijos menores de edad o con capacidad restringida o discapacidad, o, tuviera extrema necesidad y la imposibilidad de satisfacerla, tendrá preferencia en la atribución del uso de la vivienda familiar, por un plazo máximo de dos años, con posibilidad de compensación a favor del otro conviviente, o la limitación en cuanto a su enajenación o división, según el caso (arts. 524, 525, 526)
- Ante el cese de la convivencia por causa de muerte, el supérstite que carezca de vivienda propia habitable o de la posibilidad de acceder a ella, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años, sobre el inmueble de titularidad exclusiva del causante que hubiera constituido el último hogar de la familia. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante y cesa ante la constitución de una nueva unión o matrimonio del beneficiario (art. 527)
- Se establecen las causas del cese de la convivencia, similares a las de la extinción del matrimonio, con algunas particularidades como el cese de la convivencia por mas de un año, salvo que sea por razones laborales o similares (art. 523)
- Además de estos efectos que hemos enunciado precedentemente, reservados solo para las uniones que reúnen los requisitos del artículo 510; a lo largo del articulado, el proyecto incorpora la figura del conviviente en una equiparación prácticamente plena con el cónyuge, en diversos



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

institutos. Por ejemplo: la posibilidad de adoptar en forma conjunta ambos convivientes (art. 602) o en forma unipersonal (art. 603); la posibilidad del conviviente de ser beneficiario en la afectación de la vivienda familiar al régimen de protección y de su consideración para autorizar la desafectación y disposición del inmueble así afectado (arts. 246, 250); la legitimación activa para reclamar daños no patrimoniales ante la muerte o grave discapacidad del conviviente (art. 1741); legitimación para expresar el consentimiento informado si el conviviente no está en condiciones de expresarlo (art. 59); la inclusión dentro de la enumeración de las personas respecto de las cuales el oficial público se encuentra impedido de actuar en el instrumento público bajo pena de nulidad (art. 291).

### **III.b.2. Apreciación valorativa:**

Aplaudimos la incorporación en el proyecto de la regulación normativa de las uniones convivenciales, tan largamente propiciada y que consideramos indispensable a estas alturas de los hechos y las circunstancias, como así también el régimen de regulación adoptado, sin equiparación con el matrimonio.

Sin embargo, nos permitimos puntualizar algunas observaciones, en aras de mejorar la eficacia de las normas proyectadas

- De conformidad con las normas proyectadas, resulta que habría distintas clases de uniones convivenciales, con efectos diferenciados según las variantes ( registradas con pacto de convivencia registrado, registradas con pacto de convivencia no registrado, registradas sin pacto de convivencia, no registradas con pacto de convivencia no registrado, no registradas sin pacto de convivencia. A esta variedad habría que sumar además, la alternativas de extinciones de la convivencia inscriptas y no inscriptas. Como se advierte, tal complejidad está muy lejos de lo que una regulación para situaciones fácticas, de personas que en principio han querido mantenerse fuera de ciertas formalidades, debería ser. Además, privar a estas uniones de efectos tan importantes como la protección de la vivienda familiar, solo por no estar inscriptas, nos parece sí violatorio de los principios de raigambre constitucional a los que el proyecto dice responder, como el de no discriminación. Por lo tanto, creemos que esto debe ser revisado en el proyecto, y reemplazado por un sistema más claro y sencillo, en el que, la inscripción de la unión sea optativa y solo con fines probatorios –como parecería del enunciado inicial-, asignando los efectos previstos como piso mínimo de protección, estén o no inscriptas. Sí debiera preverse la inscripción de aquellos efectos patrimoniales que necesitan oponerse a terceros, tales como las restricciones de disponibilidad y ejecutabilidad de la vivienda familiar. Los pactos deberían ser hechos por escritura pública a fin de contar con matricidad y fecha cierta –además del asesoramiento que implicará adoptar esta forma-, y solo tener vocación registral en los registros de los bienes que correspondan cuando ello fuere necesario.
- La norma proyectada habla de inscripción en un Registro de Uniones Convivenciales, que al día de hoy obviamente no existe en el país. No está previsto en esta parte del articulado ni en ninguna otra, la creación de este registro, ni mucho menos en qué orbita del Estado funcionaría. Tampoco está previsto, en consecuencia, cuál sería el sistema de publicidad de estas inscripciones. Todas estas cuestiones deberán estar resueltas si el proyecto se convierte en ley, pues de lo contrario las previsiones legales serán de muy difícil cumplimiento y terminarán por caer en desuetudo.
- Dentro del plexo normativo de carácter imperativo, creemos que debe contemplarse también el derecho a alimentos, que es el correlato del deber de asistencia y contribución a las cargas del hogar, tanto durante la convivencia, como al producirse el cese de la misma, en los mismos términos en que se prevee para el matrimonio.
- Debe reconocerse vocación hereditaria al conviviente supérstite, como heredero no



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

legitimario, en orden preferente a los parientes colaterales.

### **III.4.c. Mientras tanto**

No teniendo aun en claro a la fecha, cuál será la suerte de este proyecto, debemos insistir en que las uniones de hecho, constituyen una realidad, un comportamiento social que ha demostrado permanencia en el tiempo y entidad demográfica, cuya normativa actual es escasa e inorgánica, y por tanto incompleta, dejando fuera del amparo legal situaciones que merecen y exigen protección, so pena de incurrir en una manifiesta violación de los mandatos constitucionales y el derecho supranacional que integran los tratados de derechos humanos.

En consecuencia propiciamos que en caso de no sancionarse el proyecto de código civil y comercial actualmente en consideración, se dicte una ley especial que contemple aquellos efectos considerados esenciales y de mínima, y que refieren a: deber de asistencia recíproca, derecho a alimentos durante la convivencia y a su cese en caso de necesidad, deber de contribución al sostenimiento del hogar y manutención de los hijos, solidaridad frente a terceros por las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar conyugal y los hijos, protección de la vivienda familiar, atribución preferencial del uso de la vivienda familiar al cese de la convivencia a favor de quien tenga a su cuidado los hijos menores o con discapacidad, derecho de habitación para el conviviente supérstite en caso de fallecimiento.

Mientras ello ocurra, nos queda como notarios, cumplir con nuestro deber de asesoramiento, respecto del estado actual de la legislación y jurisprudencia, a quienes han optado por este modo de unión, tratando de aconsejar sobre las alternativas que mejor puedan proteger sus derechos y expectativas, e incluso el otorgamiento de pactos que regulen aspectos patrimoniales varios, y hasta el derecho a alimentos, los cuales si bien no están previstos hoy en nuestro ordenamiento, tampoco están prohibidos, y en tanto no transgredan el orden público, la moral y buenas costumbres, serán plenamente eficaces y ejecutables.-

## **IV) DERECHO DE FAMILIA: FILIACIÓN**

### **IV.1. RÉGIMEN VIGENTE**

#### **IV.1.a. Noción**

La filiación es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquel.

Es decir, la filiación es el vínculo jurídico, interdependiente y recíproco entre padres e hijos. Y es interdependiente y recíproco como consecuencia de la correlatividad del estado de familia, y que al definir la filiación como un vínculo jurídico no olvidan que ella deviene de un vínculo natural, aún cuando podamos hablar también de "filiación por adopción"

En realidad, la filiación es el vínculo familiar que une al hijo con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró, es el vínculo integrado por sus dos elementos: el biológico y el jurídico. El biológico –que solo será suplido por la voluntad en el caso de la adopción- es el elemento primario, básico, necesario e indispensable para la existencia del vínculo jurídico, éste es secundario, por cuanto su existencia depende de la del vínculo biológico, ya que jamás puede crearlo –excepto en la adopción- pero es decisivo para legalizarlo, y así el vínculo jurídico prevalece sobre el vínculo biológico, por más que se encuentre condicionado a él. Pero así como el vínculo biológico no es bastante por sí para ocasionar el vínculo jurídico, éste puede haber surgido sin reciprocidad con aquél, no concordado, y así ser susceptible de contestación, lo cual hace que por sí solos no son suficientes, necesitándose la confluencia de ellos en el vínculo familiar.

La ley organiza los derechos y deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación: entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido. Estos efectos jurídicos completan la juridicidad del hecho biológico que marca el comienzo de



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

la existencia de la persona.

### **IV.1.b. La unidad de filiación. Fundamento**

La unidad de la filiación es el derecho a tener un padre y una madre y expresa el respeto por la persona, hacia el cual se afina cada vez más la razón y la sensibilidad humanas. Es innecesario demostrar que todos los hombres comienzan su existencia en una sola y única forma, fruto de la relación sexual. Toda la filiación auténticamente tal, o sea, biológica, es natural. Es también verdad la igualdad intrínseca de todos los hombres.

Teóricamente, los fundamentos enunciados exigen que la proyección legal de la unidad de filiación comporte un tratamiento idéntico para todo hijo, cualquiera haya sido la situación de sus progenitores al momento de la concepción. Esta igualdad total tropieza con obstáculos de hecho que pueden imponerse a la pretendida equiparación consagrada en los textos legales y con otros obstáculos de política legislativa que, conforme a las valoraciones del legislador, pueden conducir al establecimiento de diferencias entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y aún de categorías entre estos últimos, lo que no ha desaparecido sin excepciones.

El Código Civil Argentino la define en su artículo 240 (según Ley 23.264): *"La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código"*.

La ley 23.264 (B.O. 23/10/1985) marca un hito trascendente en la evolución de la legislación argentina en materia filial porque su normativa incorpora el principio de igualdad de las filiaciones y el respeto por la verdad biológica. Es decir, establece la igualdad legal para todos los hijos, sean éstos nacidos de padres unidos en matrimonio o no. Así nuestro Código Civil instaura el principio de unidad de filiación, acorde con las legislaciones de los principales países europeos (Dinamarca, Suecia, Noruega, Holanda, Gran Bretaña, Italia, España, etc.) y con diversos instrumentos internacionales relativos a la protección y a la igualdad ante la ley de todos los hijos.

### **IV.1.c. Derecho a la Identidad y su alcance. La ley vigente.**

Es necesario mencionar la inescindibilidad que existe entre filiación y derecho a la identidad, conceptos que se retroalimentan uno al otro. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se expidió diciendo que el derecho a la identidad *"puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia"*. También se refiere allí la Corte a la existencia del *"derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad"*. Y continúa diciendo que el derecho a la identidad, *"Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo"*. Se desdobra en *"derecho a la propia herencia genética"* y *derecho al habitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano... "*.

Esto significa que se trata de un derecho que no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente. Asimismo, este derecho no surge del nombre, ni de la nacionalidad, ni de los vínculos familiares, sino que *"preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados"*. Es decir, siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera

La Convención sobre los Derechos del Niño resalta enfáticamente el Interés superior del niño, respecto a cualquier circunstancia que pueda impedir su derecho personal e inalienable en la materia, lo que es ratificado por la Ley argentina 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

La mencionada ley expresamente indica que el principio del interés superior 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. Es decir, 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.

La Convención sobre los Derechos del Niño y Artículo 11 de la Ley 26.061 tratan el Derecho a la Identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción, estableciendo expresamente que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Asimismo, recalca que los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Cabe destacar que en las conclusiones Comisión N° 6: "Familia" de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se estableció de *lege ferenda*, que los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica). La regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional

### **IV.2. DERECHO PROYECTADO**

#### **IV.2.a. Proyecto de Código Civil y Comercial (Dec. 191/2011)**

El Proyecto de Código Civil y Comercial introduce modificaciones sustanciales en el campo del derecho filial, inspiradas por la necesidad de adecuar el régimen vigente a los principios constitucionales. A más de las evidentes reformas sugeridas en el terreno específico de la filiación por técnicas de reproducción asistida, el nuevo Código propugna transformaciones medulares en el área de las acciones de desplazamiento de la filiación por naturaleza que no han recibido la atención que merecen.

Las modificaciones que se observan en el Proyecto en materia de acciones de desplazamiento filial son auspiciosas, pues con ellas se subsanan las inequidades vigentes y se diseña un sistema asentado en el efectivo reconocimiento de las distintas formas de familia desde una perspectiva pluralista e igualitaria, conforme a los mandatos emergentes del plexo constitucional. Pudiendo otorgar igualdad de todos los hijos (matrimoniales o extramatrimoniales); mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

verdad biológica; y derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella

### **IV.2.b. Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y el Proyecto**

Desde 1978 se implementaron procedimientos de procreación humana, denominados de fecundación o procreación asistida como un mecanismo alternativo de la procreación humana natural. Estos procedimientos nacieron con la finalidad de superar situaciones de infertilidad que impedían concebir hijos por vía natural y que en la actualidad pasó a ser una forma alternativa de procreación.

En nuestro país no existe a nivel nacional una legislación específica sobre el tema, pero no obstante ello se pone énfasis en que el contenido de las normas que se dicten, tengan en cuenta el respeto a la vida y a la dignidad del hombre y hoy en día urge implementar soluciones legales frente al crecimiento de procedimientos en ésta materia ya que existen éstas prácticas sin el marco legal que ameritan.

El Senado al tratar lo que luego fue sancionado como Ley 23.264 sobre filiación y patria potestad, manifestó que el proyecto de dicha ley no había tratado la problemática de la procreación asistida, ya que las técnicas de reproducción asistida, en aquel entonces implementadas eran de escasa práctica en el país. (año 1985)

Pero la tecnología, y sobre todo la ciencia médica, avanza a pasos agigantados, y hoy, estas prácticas se han generalizado.

Se han presentado varios proyectos pero hasta el momento no fueron convertidos en ley. Sin perjuicio de las normas proyectadas del Código Civil debe ser inminente la sanción de una ley que regule todos los aspectos en ésta materia por lo antes expuesto, pues dichos procedimientos, deben ir acompañado de una estructura jurídica que los soporten para poder encarrilar éstas actividades y evitar que las mismas se desnaturalicen

El Proyecto de Código Civil trata el tema de la filiación, que nos compete, en el Título 5 del Libro Segundo, a través de ocho capítulos desde el artículo 558 al 593 planteando desde el inicio las fuentes de la filiación. El artículo 558 nos ilustra en el sentido que *"la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida, o por adopción."* Asimismo aclara que en cualquier caso surten los mismos efectos y que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales.

Si nos detenemos en la normativa vigente el artículo 240 del Código Civil dicta que la filiación sólo puede ser por naturaleza ó adopción. Hoy se entiende que la fuente de la procreación asistida es la naturaleza, vale decir sea por reproducción sexual espontánea o por técnicas de reproducción asistida, es la naturaleza, quien en ambos casos actúa para producir la concepción.

En cambio, en el proyecto no es así. El artículo 560 dentro del capítulo 2 del proyecto establece sobre el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida lo siguiente: *"El centro de salud debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de técnicas de reproducción humana asistida. Éste consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos ó embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella."*

En el precedente artículo se vislumbra la incumbencia del notario, ya que la norma prevee en forma expresa la protocolización y se complementa con la norma proyectada en el artículo 561 que prevee que *"los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre ó de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos."* No aclara la norma si es el mismo centro de salud, el que debe requerir al Escribano la protocolización del consentimiento, debiendo a nuestro juicio tener que tener un especial resguardo para evitar fraudes.

Vale decir, que en el caso de procreación asistida por técnicas de fertilización, la fuente atributiva de filiación es la prestación del consentimiento informado y libre.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

Lo que cabe destacar de la norma proyectada es que en ningún caso se expide en el sentido de las consecuencias del consentimiento omitido (en cuyo caso el cónyuge de la gestante si no hubiera prestado el mismo no sería padre ó madre, en caso de matrimonio homosexual, de la persona por nacer, salvo que, con posterioridad lo adoptare ó que el nacido iniciare una acción de filiación. Más aún sin decir el momento en el cual debe ser prestado, no cabe duda alguna que el mismo debe ser realizado antes de la fecundación, ya que de ello depende nada mas y nada menos que la determinación de quien es padre de la persona por nacer ó quien es la otra madre, en su caso.

Con respecto a la voluntad procreacional el Proyecto de Código Civil trata en el capítulo 2 a través del artículo 561 el tema, dejando establecido: "los hijos nacidos de una mujer por técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre ó de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo antes citado (560) debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

En el artículo proyectado no surge quien es el que debe proceder a la inscripción propiamente dicha del consentimiento en el Registro citado, ni tampoco el tiempo en que debería ocurrir la misma, pero es relevante como fuente de filiación desde el momento en que por ésta técnica de procreación asistida, la gestante será madre y el otro padre sea varón o mujer, y lo serán en la medida que hayan prestado el consentimiento informado y libre para la realización de la práctica y no, quien haya aportado el semen, como sucede en la actualidad.

Mazzinghi expresa por su parte en relación a éste tema que "considera excesiva la valoración del elemento intencional como determinante de la maternidad y afirma que dicho criterio de alguna manera transforma al hijo en algo muy semejante al objeto de un contrato, respecto del cual la intención de las partes puede ser decisiva". Dice dicho autor que "cuando se trata de filiación el objeto es una persona humana y su dignidad no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos.

Frente a lo expuesto podrían plantearse graves problemas de seguridad jurídica afectando el interés superior del niño por nacer.

Podríamos completar ésta reseña con lo previsto en el artículo 562 del proyecto que hace referencia a la maternidad subrogada llamada "Gestación por sustitución: el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por el Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el ó los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio.- Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de dicha autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza."

De acuerdo a lo transcrito para la validez del acuerdo se requiere homologación judicial previa de lo contrario se aplicarían las reglas de la filiación por relación sexual natural entre el hombre y la mujer, según las cuales, al igual que en la normativa vigente madre es quien lo gesta y padre quien aporta el semen para fecundar.-

### **V) DERECHO DE FAMILIA: ADOPCIÓN**

#### **V.1. LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO**

##### **V.1.a. Breve reseña sobre su evolución**



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

La doctrina, a lo largo del tiempo, ha advertido una doble finalidad en la adopción: por un lado, satisfacer la vocación paterno-materna y, por la otra, subsanar una orfandad de origen o abandono paterno. La primera genera el mal llamado "derecho de adoptar", y la segunda el derecho a ser adoptado, priorizando la necesidad del menor a tener una familia.

En relación con el primer derecho mencionado, no es correcto hablar de un derecho a adoptar, el derecho es, en todo caso a formular una solicitud de adopción y a que el procedimiento de adopción se desarrolle fuera de la arbitrariedad o cualquier discriminación injusta. A partir de ahí entran en juego, el interés superior del menor y la finalidad protectora de la adopción, que son los principios que determinarán si la adopción llega a buen puerto o no.

Respecto de este instituto y el Código Civil argentino, se deben señalar tres etapas:

A) PRIMERA ETAPA: Se extiende desde la sanción del Código Civil y hasta la sanción de la Ley 13,252, inclusive,

B) SEGUNDA ETAPA: se extiende desde la entrada en vigor del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 – ratificado por la República Argentina en 1956- pasando por la ley 19.134, y hasta la actual 24.479.

En la primera etapa, la institución no fue admitida por el codificador Dr Dalmasio Velez Sarsfield, quien expresaba en la nota de elevación del Primer Libro del Código – de fecha 21 de junio de 1865-, que "... tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares". Y en el artículo 4050 del Código Civil, hoy derogado, el Codificador expresaba: "*las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopción por las nuevas leyes, son regidas por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos*", y añade en la nota "*la ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes ni anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopción alguna*". En efecto, al parecer, Velez Sarsfield rechazó la adopción mirando al derecho francés o al derecho prusiano, y no a los antecedentes del derecho español o al vigente antes de la sanción del Código Civil.<sup>23</sup>

Sin embargo, podríamos encontrar antecedentes de este instituto en la Sociedad de Beneficencia iniciada en 1857, donde se encuentran registradas entregas de niños a diferentes familias, formalizadas en actas y posteriores escrituras públicas, con la exclusiva constancia del nombre del niño y domicilio en donde había sido destinado, sin considerarse ningún dato filiatorio de origen. En 1919 con la sanción de la Ley 1093, se organiza en cabeza del Patronato la tutela estatal y judicial de niños.

La segunda etapa se inicia con la sanción de la ley 13,252, que incorpora el instituto de la adopción en el derecho argentino, en septiembre de 1948<sup>24</sup>, durante el gobierno de Juan D. Perón, a raíz del terremoto de San Juan.

---

<sup>23</sup> Ver: SEOANE, María Isabel, Crianza y adopción en el derecho argentino precodificado (1810-1870, Análisis de la legislación y de la praxis bonaerense, Separata de la Revista de Historia del Derecho, n°18, Bs As, 1990, y Un capítulo de la historia de la adopción en el derecho argentino (1871-1947), Separata de la Revista de Historia del Derecho, n° 17, Bs. As, 1989, citado por Feldstein de Cárdenas, Sara, Derecho Internacional Privado, Parte Especial, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000,-

<sup>24</sup> La regulación concebía al instituto solamente desde la perspectiva de derecho interno, excluyendo cualquier precepto de derecho internacional privado relativo a las adopciones internacionales. Luego de la entrada en vigencia de esta ley, la Corte Suprema de Justicia decidió el célebre caso GRIMALDI, en el cual una hija adoptada en Italia por el causante Sr Grimaldi, reclamó ante los tribunales argentinos, derechos hereditarios respecto de bienes inmuebles y dinero existentes en el país. El tribunal resolvió la cuestión previa a los efectos de determinar su vocación hereditaria, esto es, la eficacia extraterritorial en la República de una adopción decretada en el extranjero, aplicando la ley del foro (lex fori) que no contemplaba ese instituto al momento en que se dirimió la herencia – fecha de fallecimiento del Sr Grimaldi- y, con ese argumento, le desconoció la vocación hereditaria a la reclamante respecto de los bienes inmuebles relictos en el país ( ya que para llegar a esa conclusión aplicó el artículo 10 del Código Civil, y en consecuencia la declaró que a esa fecha era para la ley argentina incapaz de recibir la herencia del causante porque los hijos adoptivos carecían de vocación hereditaria). La solución hubiera sido distinta si, a los efectos de resolver esta cuestión el tribunal hubiera aplicado la ley que regía a la sucesión (lex causae), esto es, la ley italiana (tal como lo exige, para cierta parte de la doctrina, el artículo 3283 del Código Civil).



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

En efecto, a partir de 1956, luego de la ratificación del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, se reconoce el instituto de adopción en una norma que es ley para la República Argentina.

Dicho Tratado establece, en su artículo 23 que *"la adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en instrumento público"*<sup>25</sup>. La norma consagra la aplicación acumulativa de las leyes del domicilio del adoptante y del adoptado, a los fines de evitar las adopciones claudicantes.

En lo que a las adopciones internacionales respecta, este Tratado tuvo fundamental importancia porque sirvió para suplir la laguna legal existente hasta la sanción de la Ley 19.134.

Revisando la historia, podemos detectar que siempre existió intervención notarial en este instituto. Así, en el Proyecto de Código Civil de 1936 se preveía que la adopción se realizara con intervención judicial, con la sola manifestación de las partes expresadas ante un escribano o ante un encargado de registro civil.

Con la sanción de la primera ley de adopción, se pretendió llevar el tema al ámbito judicial, pero con los alcances limitados, ya que solo se legislaba la adopción simple. Luego, con la sanción de la ley 19.134/71, aún cuando estableció que la adopción era judicial, en el artículo 11 inc c) concibió una "guarda extrajudicial", al referir que los padres no serían citados *"Cuando hubiesen manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial o el instrumento público"*.

En relación con el régimen de la adopción internacional, la regulación del instituto en nuestro ordenamiento es altamente insuficiente. Efectivamente, con la sanción de la ley antes mencionada en el año 1971, se introdujo una breve regulación del instituto, en dos cortos artículos, que hicieron al tratamiento legal insuficiente. El artículo 32 de la ley establecía que: *"La situación jurídica, los derechos y deberes de los adoptantes y del adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado, al tiempo de la adopción cuando esta hubiera sido conferida en el extranjero"*. El artículo 33, a su turno, permitía la conversión de la adopción conferida en el extranjero, de conformidad con la ley del domicilio del adoptado, en el régimen de la adopción plena establecida por la ley, bastando a esos fines la acreditación del vínculo y la presentación de los consentimientos del/los adoptante/s y del adoptado, quienes debían ser mayores de edad.

La doctrina calificada considera que una interpretación estricta del artículo 32 antes transcrito, permite inferir que las adopciones conferidas en nuestro país se rigen por el derecho argentino, y la utilidad del artículo 32 se revela en los casos de decisión del foro de la cuestión principal que involucre como cuestión previa, una adopción constituida en el extranjero. La ley, sin embargo, no preveía al juez competente para constituir una adopción internacional en Argentina, ni el derecho aplicable a dicha creación.

La vigente ley 24.479 repite literalmente, en lo relativo a la adopción internacional, lo establecido por la Ley 19.134, y mantiene la redacción de esas normas en los artículos 339 y 340 del Código Civil. Es evidente entonces, el disfavor con el que mira la nueva ley a la adopción internacional, si se conjugan esas normas, con la del artículo 315 del Código Civil, que impone como requisito para el adoptante que el mismo resida efectivamente en el país cinco años con anterioridad a la petición de guarda de un menor en Argentina.

Este requisito empeora definitivamente la adopción internacional, ya que, siendo la residencia efectiva de cinco años un requisito exigido tanto a nacionales como a extranjeros, estos últimos casi nunca o nunca podrán cumplirlo. Estas normas revelan entonces, una vez más, la desconfianza con que el país mira a la adopción internacional.

A nivel convencional la República Argentina es parte de la Convención de los Derechos del Niño, la cual fue aprobada por la Ley 23.849 y forma parte del "bloque constitucional". La

---

<sup>25</sup> Parte de la doctrina autorizada argentina exige que la adopción no solo conste en instrumento público, sino que haya sido conferida por autorización judicial.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

República Argentina formuló reserva respecto del artículo 21 incisos b, c, d y d de dicho instrumento, los cuales no regirán en su jurisdicción, por entender que, para implementarlos se necesita contar con un riguroso sistema de protección del niño frente al tráfico internacional de menores, y su venta.<sup>26</sup>

Coincidimos con respetable doctrina especializada que entiende que la República Argentina no puede prolongar indefinidamente su disfavor a la adopción internacional, sin procurar con urgencia mecanismos de protección legal que permitan prevenir y combatir la venta y tráfico de niños.<sup>27</sup>

### **V.1.b. La adopción en el código civil: clases, características-**

Conforme lo establece el Código Civil en su artículo 331, modificado por la Ley 24.479, una persona puede ser adoptada en cualquier edad de su vida, instando a esos fines procedimiento judicial exclusivamente.

En efecto, la adopción de menores se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante. La adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado puede otorgarse, previo consentimiento de éstos cuando se trate del hijo del cónyuge del adoptante y exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial.

Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges.<sup>28</sup> Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor.

Respecto del adoptante, la ley expresamente dispone que éste debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto.

No existe límite de hijos adoptivos: se podrá adoptar a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente. Sin embargo, si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo, y la adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple.

A su turno, la normativa determina que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquellos podrán ser oídos por el juez o el Tribunal, con la asistencia del Asesor de Menores si correspondiere.

Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

No podrán adoptar: a) Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados, o por debajo de éste término, si que acrediten la imposibilidad de tener hijos. b) Los ascendientes a sus descendientes. c) Un hermano a sus hermanos o medio hermanos. Los tutores solo podrán iniciar juicio de guarda y adoptar a sus pupilos una vez que hayan extinguido las obligaciones emergentes de la tutela.

Salvo que se tratase de la adopción de los hijos del cónyuge, a los efectos de proceder el trámite de adopción, el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el Juez.

---

<sup>26</sup> En el mismo sentido se ha manifestado la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, que expresamente rechaza la Convención sobre conflicto de leyes, la Convención de La Haya de 1993, a la adopción internacional en la República Argentina, ni siquiera como último recurso por no resultar ni necesaria ni confiable en nuestro medio social, y el rechazo al reconocimiento de las agencias locales o extranjeras, intermediarias en la adopción internacional. Otro instrumento internacional a considerar

<sup>27</sup> Biocca, Stella Maris, Adopción internacional, Re. "Derecho de Familia" n° 6, 1991, Ed.. Abeledo Perrot, pag. 11, citada por Feldstein de Cárdenas, Sara, op. cit. nota ...,página 194,

<sup>28</sup> Las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, excepto en los siguientes casos: a) Cuando medie sentencia de separación personal; b) Cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores; c) Cuando se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge. Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

El juicio de adopción solo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda<sup>29</sup>. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo.

Se prohíbe expresamente la entrega en guarda por acto notarial o administrativo<sup>30</sup>.

La sentencia que acuerde la adopción tendrá efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda. Cuando se trate del hijo del cónyuge el efecto retroactivo será a partir de la fecha de promoción de la acción.<sup>31</sup>

La sentencia de adopción, para ser oponible a terceros, debe inscribirse en el Registro del Estado

---

<sup>29</sup> En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas;

- a) La acción debe Interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda;
- b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores;
- c) El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, otra personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor;
- d) El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado.
- e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes;
- f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados sus apoderados y los peritos intervinientes;
- g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor;
- h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica;
- i) El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.

<sup>30</sup> Son requisitos para otorgar la guarda, bajo pena de nulidad:

- a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación.

Sin embargo, no será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad Judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado Judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

- b) Tomar conocimiento personal del adoptando;
  - c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.
- Asimismo, iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.

<sup>31</sup> Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código:

1. Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenido en violación de los preceptos referentes a; a) La edad del adoptado: b) La diferencia de edad entre adoptante y adoptado. c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres. d) La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges; e) la adopción de descendientes; f) La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí.
  2. Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenido en violación de los preceptos referentes a; a) La edad mínima del adoptante. b) Vicios del consentimiento.
- La adopción, su revocación o nulidad deberán inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

Civil y Capacidad de las Personas.

La ley prevé dos tipos de adopción, con consecuencias jurídicas distintas: la adopción plena y la adopción simple.

La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores: a) Huérfanos de padre y madre; b) Que no tengan fijación acreditada; c) Cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial; d) Cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad; e) Cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges, a pedido de estos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En uno y en otro caso podrá el adoptado después de los dieciocho años solicitar esta adición.

Si la adoptante fuese viuda cuyo marido no hubiese adoptado al menor, este llevará el apellido de aquélla, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el de casada.

Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquellos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial. El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

El régimen de la adopción simple es diferente: la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en el Código Civil, entre ellos, los impedimentos dirimentes para el matrimonio y/o las limitaciones a la vocación hereditaria.

Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.

Los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge.

La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los dieciocho años.

La viuda adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su esposo premuerto si existen causas justificadas.

El adoptante hereda abintestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia biológica ni esta hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres biológicos.

El adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes; pero no son herederos forzosos. Los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos.

Es revocable la adopción simple: a) Por haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad de los supuestos previstos en este Código para impedir la sucesión; b) Por haberse negado alimentos sin causa justificada; c) Por petición justificada del adoptado mayor de edad; d) Por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad.

La revocación extingue desde su declaración judicial y para lo futuro todos los efectos de la adopción.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

Después de la adopción simple es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de filiación. Ninguna de estas situaciones alterará los efectos de la adopción establecidos en el artículo 331.

### **V.2. LA ADOPCIÓN EN EL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL-DEC. 191/2011:**

El Proyecto propone múltiples cambios en materia de adopción, a saber<sup>32</sup>:

- a. Se establecen cuatro procesos para llegar a la adopción. Uno administrativo y tres judiciales.
- b. Se administrativiza el proceso, dándole intervención en calidad de parte al órgano administrativo.
- c. Se regula la declaración de adoptabilidad.
- d. El abandono deja de ser una causal de entrega en guardas con fines de adopción.
- e. Los convivientes pueden adoptar conjuntamente.
- f. Se disminuye la edad para adoptar de treinta, a veinticinco años.
- g. Se suprime la condición de duración de tres años en el matrimonio.
- h. Se suprime la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal.
- i. Se disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 18 a 16 años.
- j. El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado.
- k. Se regula la adopción de integración.
- l. Regulación de las relaciones con la familia biológica.
- m. Disminución del plazo de guarda con fines de adopción de un año a seis meses.
- n. Falta de claridad en la determinación sobre la competencia en guarda con fines de adopción.
- o. Aceptación relativa de la guarda de hecho.
- p. Determinación de la competencia en juicio de adopción.
- q. Intervención judicial de oficio en juicio de adopción.
- r. La adopción plena se relativiza y se mantienen los lazos con la familia de origen.
- s. En la adopción plena se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios.

Dada la extensión de este trabajo no analizaremos cada una de las modificaciones antes mencionadas, pero sí nos referiremos a aquellas que podrían llegar a tener trascendencia desde la perspectiva notarial. Así tenemos que:

**a. Se establecen tres juicios para llegar a la adopción, con más una instancia administrativa previa.** La ley vigente establece dos procesos para llegar a la adopción: la guarda de hecho, que dura de seis meses a un año y, el juicio de adopción, que otorga la adopción. El proyecto agrega dos nuevos procesos a estos dos, ya que en la legislación proyectada, previo a todo hay un procedimiento administrativo, luego un juicio de declaración de adoptabilidad; en tercer lugar, hay un proceso de guarda judicial preadoptiva y en cuarto lugar se lleva a cabo el juicio de adopción.

En el caso de los niños huérfanos, sin filiación acreditada o que se hayan agotado las instancias de la Ley 26.061, se necesitará primero, un proceso administrativo, segundo un juicio de declaración de adoptabilidad, tercero un proceso de guarda con fines de adopción y cuarto, un juicio de adopción.

Por otra parte, en los casos de niños abandonados será necesario realizar primariamente un proceso de privación de responsabilidad parental, luego un proceso de guarda con fines de adopción y finalmente, el juicio de adopción propiamente dicho.

**b. El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado :** El niño, niña y adolescente es parte en todo el proceso de adopción y debe ser oído de acuerdo a su capacidad, que se indica como

---

<sup>32</sup> Medina, Graciela, Las diez grandes reformas al derecho de familia, DFyP 2012 (febrero), 01/07/2012, 11



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

progresiva. Pero a partir de los 10 años, no solo debe ser oído y su opinión tenida en cuenta sino que debe prestar su consentimiento para que se perfeccione el acto. Adviértase que dar el consentimiento es mucho más que oír al menor, ya que si este no consiente el juez no puede ignorar su opinión siendo el consentimiento un requisito ineludible para la celebración del acto<sup>33</sup>.

Es de destacar, por la problemática que involucra y los cuestionamientos desde los diversos sectores, que el proyecto omite sistematizar en su totalidad las diversas situaciones que plantea la presentación de la parejas homoparentales, y no aclara expresamente su posibilidad de adoptar, salvo por la mención acotada a los matrimonios y/o convivencias en el orden de los solicitantes, y la cuestión no queda suficientemente explícita, lo cual es criticado por la doctrina.<sup>34</sup>

### **V.3. EL DERECHO DEL NIÑO A QUE LOS PADRES BIOLÓGICOS ELIJAN LA FAMILIA ADOPTANTE:**

Dejando de lado el derecho vigente, y teniendo en cuenta las posibilidades que el proyecto de reforma al Código Civil conlleva, no debemos olvidar la propuesta efectuada por cierta doctrina que entiende que corresponde al niño un derecho en virtud del cual puede ser programada su inserción en la familia adoptante por la elección de los padres biológicos, a través de una etapa previa y autónoma de la adopción en sede jurisdiccional, que evita el tránsito institucional del menor.

Dicho acto se define como aquel acto jurídico por el cual los padres biológicos manifiestan su voluntad en sede jurisdiccional, generando un nuevo vínculo filiatorio a favor de su hijo y la familia escogida,

---

<sup>33</sup> La Ley 26.061 estableció la asistencia letrada del niño/a y adolescente en todo proceso administrativo o judicial que lo afecta, como una garantía mínima de procedimiento que el Estado debe asegurar. Dicha garantía a su vez posibilita el cumplimiento de otras garantías mínimas previstas en el mismo texto legal que se refieren al derecho del niño/a y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas primordialmente en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, debiendo participar activamente en dicho proceso.

La efectivización de esa garantía es responsabilidad del Estado, el cual debe adoptar una serie de medidas a tal fin. La designación de un abogado que asista al niño/a o adolescente es una actividad que la puede realizar por sí mismo, en función de su discernimiento y madurez, o puede ser suplido por una persona adulta, función que debe ser vedada a los progenitores si se trata de conflictos intrafamiliares. El rol de abogado del niño debe recaer en profesionales especializados en la materia que integren los cuadros de organismos de control externo de la administración pública o que sean contratados por dichos organismos a tales fines, y que se desempeñen en organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados y/o universidades.

<sup>34</sup> STARÓPOLI, María del Carmen, el interés superior en la adopción homoparental. Entre lo que se quiere y lo que conviene, DFYP. Diciembre 2012, Año IV, N°11, pág 19.-En este artículo, la autora expresa: "... Muy a pesar del esfuerzo por la inclusión en el ámbito de las relaciones familiares, los nuevos discriminados de hoy resultan ser los niños adoptados por homosexuales. ¿Por qué convertir al niño en objeto del deseo de los adultos cuando la ley lo reconoce como sujeto de derecho= ¿O por qué exponer al niño a una condena moral convirtiéndolo en beneficiario del desprecio por las decisiones de sus padres?... Tratándose de niños criados por parejas homosexuales, la psicología y la pediatría descubren la frustración de la tendencia natural de todo infante en los primeros años de edad a buscar un referente paterno y otro materno. En las familias tradicionales estos referentes naturales, se encuentra en los mismos progenitores biológicos. En cambio en los hogares homosexuales esta búsqueda se distorsiona y al no encontrar esos referentes en el hogar se los busca fuera del mismo... En conclusión cabe afirmar que la adopción homosexual no contribuye al desarrollo armónico integral del infante adoptado. Por lo tanto, el requisito de reservar el derecho de adopción únicamente a las familias heterosexuales es correcto y no constituye una discriminación de las familias homosexuales, pues si los hechos indican que es posible discriminarlo en función de un estereotipo familiar, se está forzando una interpretación que contraría el espíritu de la ley...". Compartimos la opinión de la autora, en el sentido de que debe darse primacía al derecho del niño a ser adoptado y escuchado, por sobre el derecho de los padres a formular la petición de adopción, y, en consecuencia, el límite de adopción a las parejas homosexuales con ese fundamento no debería ser considerado discriminatorio o abusivo.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

conforme el mejor interés de ese niño, y consecuentemente haciendo cesar la responsabilidad parental.<sup>35</sup>

Al no estar el niño en situación de vulnerabilidad de derechos, es innecesaria la intervención de los efectores del sistema de promoción y protección del Niño, del Poder Ejecutivo. En el mismo sentido, el temor al comercio de niños se ve desvanecida por la intervención judicial en el proceso de designación de familia adoptiva por los padres de origen.

Este derecho, entienden quienes lo sostienen, debería ser reconocido expresamente en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 2012, y dejar escapar esa oportunidad, sería disvalioso.

### **VI) DERECHO DE FAMILIA: LA MEDIACION FAMILIAR: UN PROCESO DE COMUNICACIÓN PACIFICO Y PARTICIPATIVO**

#### **V.1. INTRODUCCIÓN <sup>36</sup>**

La mediación es un proceso pacífico e informal de resolución de conflictos a cargo de un tercero imparcial que actúa como facilitador de la comunicación entre los participantes, quienes toman responsablemente sus propias decisiones con el objeto de llegar a un acuerdo de posible cumplimiento que se ajuste a sus propias necesidades.

Se funda en la creencia de que los seres humanos somos capaces de resolver los asuntos por nosotros mismos cuando creamos espacios de buena fe (proceso de mediación) donde dos o más personas se puedan reunir a dialogar. Con independencia de que las consecuencias jurídicas de esta actuación puedan coadyuvar a solucionar problemas interpartes.

Para ser mediador hay que capacitarse específicamente, aunque los notarios ya son mediadores natos, dado que "En el ejercicio del derecho estamos acostumbrados a orientar la mirada a un futuro libre de conflictos, y que satisfaga a todos los intervinientes del asunto. Incluso, más de una vez nuestra intervención alivia problemas emocionales, preocupaciones y deseos que cubren otros aspectos del individuo, y no el encuadre puramente jurídico. Estamos acostumbrados a recibir, escuchar e interpretar la voluntad de las partes, en las que indagamos sanamente, con la inmediatez de la audiencia notarial"<sup>37</sup>

Se trabaja para deconstruir el conflicto para reconstruir la relación. En definitiva, la mediación es un camino propicio a recorrer en paz y hacia la paz.

#### **VI.2. EXPERIENCIA DE LA MEDIACIÓN EN LA ARGENTINA**

En la República Argentina, en el año 1991, el Decreto n° 958 propició la creación de una comisión de juristas en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, cuya misión era la de elaborar y proponer al Poder Ejecutivo un Proyecto de Ley de Arbitraje y Conciliación. En sus Considerandos se aludía a la grave crisis que afectaba al sistema judicial. Mediante el decreto n° 1480 de 1992 se declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación: creó en el ámbito del Ministerio de Justicia un cuerpo de mediadores y designó una comisión con el objeto de formular un proyecto de ley nacional sobre la materia.

El 11 de Febrero de 1994, La Corte Suprema de Justicia de la Nación aprobó el Plan Piloto de Mediación, que comenzó a funcionar con diez juzgados civiles de la Ciudad de Buenos Aires, tres de Familia y siete patrimoniales. Esta experiencia concluyó a fines de 1995 con el dictado de la ley de mediación 24573. Hoy ley 26589.

Es destacable que en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, se creó en 1995 el Cuerpo de Mediación, Arbitraje y Conciliación y en el año 2000 se creó el Centro Institucional de Mediación, con Subcentros en diversas delegaciones.

---

<sup>35</sup> CEDOLA, Carolina y JORGE, Carina, El derecho del niño a que los padres de origen elijan la familia adoptante, DFyP, Años IV, N° 11, Diciembre 2012, pag. 58.

<sup>36</sup> Curuchelar, Graciela "Mediación y Resiliencia", Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, Argentina, 2008  
<sup>37</sup> Ormaechea, Carolina "La intervención del notario en los conflictos"; Revista Notarial n 945, Buenos Aires, 2003, citada en LA LEY Buenos Aires, Numero 11, Diciembre 2012, Doctrina, Curuchelar, Graciela "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar"



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

Es intensa la labor que viene cumpliendo el centro de mediación desde su creación, efectuando convenios institucionales con distintas entidades (Municipalidades, Universidades Nacionales y de México, Obispos); como así también capacitando con cursos de actualización a notarios mediadores y formando nuevos mediadores, a través de su Entidad Formadora; y realizando Jornadas anuales de reflexión, aprendizaje y actualización con destacados conferencistas nacionales e internacionales

En nuestro país, tomando las estadísticas a nivel nacional provenientes de la mediación previa judicial obligatoria, se indica que desde Abril de 1996, año de implementación de la Ley 24573 <sup>38</sup>, de mediación pre judicial obligatoria a Octubre 2012: el 64,92% de los casos ingresados para mediación, no vuelven al sistema judicial; es decir que podemos inferir que la mayor parte de ellos se resuelven.<sup>1</sup>

En las estadísticas proporcionadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, <sup>39</sup>se puede observar que desde abril de 1996 a octubre de 2012, alrededor de un 30% de las mediaciones ingresadas, vuelven al sistema judicial, lo que habla a las claras del éxito de este proceso participativo y pacífico de resolución de conflictos.

De los temas de familia ingresados se destacan los referidos a alimentos, que, de 12301 casos ingresados, sólo han vuelto 4520 al sistema judicial; de 1693 casos liquidación de sociedad conyugal, volvieron 595; de 4912 casos de régimen de visitas, volvieron 1598; o de 2938 casos de tenencia, 1015 volvieron.

De un total de 28740 casos referidos a temas familiares, 10084 volvieron al sistema judicial.

Actualmente, en nuestro país, veintidós de las veinticuatro provincias, sumadas a la Ciudad de Buenos Aires, tienen ley de mediación o proyectos pilotos de aplicación de mediación.

Muchos de los resultados positivos de mediaciones familiares han sido mediados por notarios

Estadísticamente se ha comprobado que de acuerdo a la experiencia de los países en los que se ha implementado, el resultado es altamente satisfactorio. La mediación constituye un modo de fortalecimiento del sistema judicial, ofreciendo una opción para resolver pacíficamente los conflictos, más completo y adecuado a las circunstancias que se transitan en la actualidad. Se minimizan los costos emocionales y económicos y se reducen los tiempos que insume resolver una controversia en sede judicial. Baste con saber que las estadísticas indican que del 100% de los casos que se median en los diversos centros de mediación, se obtienen resultados satisfactorios (es decir, que se han logrado acuerdos y composición de intereses) en un 75% u 80%, para considerar la economía de dinero y tiempo que significa la mediación.

### **VI.3. MEDIACIÓN FAMILIAR**

La mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial. Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco; tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes; régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial; administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia; separación personal o separación de bienes sin divorcio; cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio; cuestiones derivadas de la sucesión y daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

Actualmente se plantean nuevas situaciones como por ejemplo: equiparación de géneros en ámbitos laborales e intelectuales, rechazo a las antiguas pautas de autoridad y obediencia, entre padres e hijos, aumento de separaciones y divorcios, la formación de consensos que habilitan la

---

<sup>38</sup> Hoy, Ley 26589

<sup>39</sup> <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/cuadro.jsp>



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

formación de segundas y terceras parejas, la posibilidad tecnológica de separar el acto sexual de la fecundación, prolongación de la adolescencia, crisis religiosas y morales, entre otros temas. Todas estas nuevas situaciones hacen saltar las tradicionales formas de conducirse y de resolver conflictos .y es aquí donde surge la necesidad de generar "acuerdos consensuados" entre los miembros de la familia que valen más que las pautas tradicionales que han perdido vigencia; todas estas situaciones tienen una constante: se trata de conflictos entre personas que van a seguir relacionadas en el futuro.-

Se focaliza en la naturaleza jurídica de "el derecho de familia" como pilar de nuestra sociedad; en su protección, desde la norma fundamental "Constitución Nacional" y normas de orden público que contribuyen al logro del "bien social o común".-

Si los acuerdos son co-construidos por las partes, y éstos responden a sus convicciones y necesidades, al patrón del paradigma familiar que sostienen es más probable que los cumplimenten.

De todas las cuestiones relativas al ámbito familiar que son motivo de consulta notarial, el Notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye en su calidad de jurista, con su debido asesoramiento imparcial a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa jurídica.

La imparcialidad es un deber que acarrea una gran responsabilidad en el actuar del Notario, que debe estar presente en toda su actuación, desde el asesoramiento en la audiencia previa, en la estructura del acto y en la redacción del documento que se va a otorgar, en el acto de autorizar o autenticar, así como en los actos post escriturarios con consecuencias jurídicas en los terceros.-

Requiere de una sólida formación jurídica, con una mirada integradora con las otras disciplinas, ya que el Notario forma parte de un engranaje que mueve el mundo moderno.-

En otro lugar, y cuando se ha producido el conflicto, las peculiares características de la actividad notarial colocan al notario mediador en la inmejorable situación de alentar la vocación de servicio potenciando su competencia en la gestión pacífica de resolución de los mismos.

La finalidad perseguida es establecer la mediación como proceso de cambio, canalizar los conflictos por un sistema o método de prevención de la controversia judicial y así frenar el acceso precipitado a la justicia, que desde hace mucho tiempo se encuentra desbordada, que la torna ineficaz por su lentitud, hecho que compromete los valores y fines que han de asegurarse mediante el debido y justo proceso.-

Podemos afirmar que la mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad. Todos somos responsables en tomar las decisiones que nos hagan elegir un camino pacífico para la gestión de nuestros conflictos

Quienes elegimos este proceso como variable de construcción de paz social, promovemos que se potencien las fortalezas de las partes, para que puedan resolver sus diferencias por sí mismas, inspirados en los valores democráticos de la participación y sustentados en los principios de elegir con libertad el acuerdo posible para cada uno.

Los notarios mediadores somos activos practicantes de la paz social, trabajando con total responsabilidad para la consecución de los valores de libertad, justicia, cooperación, confianza, fe, preservación de las relaciones interpersonales, prevención de la violencia y gestión y resolución pacífica de conflictos

Promover esta función social es ser protagonistas de este cambio de época, construyendo resultados que fortalezcan el desarrollo humano, social e institucional.

Especialmente en Mediación Familiar, se trabaja para deconstruir el conflicto para reconstruir la relación. En definitiva, la mediación es un camino propicio a recorrer en paz y hacia la paz

#### **VI.4. ACTA DE CIERRE DE ACUERDO POR ESCRITURA PÚBLICA**

Las particulares características del documento notarial, especie de instrumento público, revestido de autenticidad, veracidad y legalidad, que lo convierten en un medio idóneo con fuerza ejecutiva propia, a lo que se suma la fecha cierta y matricidad, y la fundamental intervención del notario que lo redacta interpretando la voluntad de los requirentes y adecuándola a la ley, dando certeza y



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

eficacia a ese conjunto de voluntades debidamente instrumentada, lo convierten en un medio mas que idóneo para plasmar estos acuerdos producto de la mediación.

El instrumento público notarial se desarrolla en la normalidad y no en el conflicto. Para sostener esa normalidad es necesaria la fuerza fedante que transmite el Estado a través del funcionario autorizado. "preconstituir la prueba y dar ejecutoriedad al instrumento, permite al Estado regular formas de procedimientos judiciales simplificados, que hacen al mejor funcionamiento de la justicia"<sup>40</sup>

Por todo ello se propone que el acta de cierre del acuerdo de mediación se instrumente mediante escritura pública, elevando dicho acuerdo a la categoría de instrumento público. Se propone también que se agregue en nuestra legislación esta posibilidad.

En base a todo esto, proponemos: la intervención del notario mediador en los conflictos de familia atento a la comprobada experiencia positiva habida en nuestro país, y a las condiciones de imparcialidad y confidencialidad inherentes al notariado

### **VII) DERECHO SUCESORIO: LLAMAMIENTO POR LA LEY-CLASES DE HEREDEROS PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA**

#### **VII.1. INTRODUCCIÓN**

El régimen legal del derecho sucesorio en la Argentina, ha sido regulado en forma codificada a partir de la sanción de su Código Civil vigente desde el 1º de enero de 1871.

Las fuentes legales en las que se inspiró su redactor, -el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield-, en esta materia, fueron diversas, predominando las del derecho francés. En algunos casos directamente de su Código Civil, y en otros, en forma indirecta a través de sus célebres comentaristas (Troplong, Aubry y Rau para citar a algunos). Y si bien puede decirse que siguió la tradición romana del sistema de la sucesión en la persona, existen algunos caracteres que han sido tomados del sistema de la sucesión en los bienes de raíz germana.

Siendo una materia tan íntimamente vinculada a la estructura familiar de una sociedad, así como a su economía, es llamativo que se haya mantenido prácticamente sin modificaciones desde esa fecha. Las modificaciones que se registran, no fueron concebidas como reformas del derecho sucesorio en sí, sino que obran como consecuencia directa o indirecta de reformas de otras materias.

Puede decirse entonces, que el régimen del derecho sucesorio diseñado por el codificador original ha recibido ha lo largo de estos años, el "impacto" de, entre otras, las siguiente leyes:

- La ley 1196, ("Fe de erratas") del 29/08/1882, que no obstante tener dicho objetivo, -o so pretexto de él-, introdujo verdaderas reformas en algunas disposiciones, entre ellas el artículo 3576 referido a la vocación hereditaria del cónyuge, posteriormente modificado; la ley 11.723 (Régimen Legal de la Propiedad Intelectual), B.O.30/09/1933, que establece la sucesión en los derechos de autor durante 50 años después de su fallecimiento; la ley 13.252 ( de Adopción ) , de 1948, que incorpora el instituto de la adopción, y por tanto introduce una nueva categoría de herederos llamados por la ley; la ley 14024, (1951) que modificó el artículo 3582 referido a la vocación hereditaria de los nietos extramatrimoniales, norma posteriormente derogada por la ley 23.264; Ley 14.367, (1954), que modificó sustancialmente la filiación extramatrimonial eliminando distintos aspectos discriminatorios entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y en materia sucesoria dispuso el derecho de estos últimos a la mitad de lo que les correspondía a los primeros; Ley 14.394 (B.O. 30/12/1954), que, - entre otros temas- regula la presunción de fallecimiento y su efectos incluida la apertura de la sucesión, y la posibilidad de establecer la indivisión forzosa en los bienes relictos; la ley 17.711, (B.O. 26/04/1968), que fue una de las reformas integrales mas importantes del Código Civil, no solo por la cantidad de artículos modificados (aproximadamente 200), sino por la variedad de temas abarcados y por la fundamentalidad de los cambios operados, entre los cuales se encuentran

---

40 Lamber, Ruben A. La Escritura Publica, Tomo I, FEN, Buenos Aires, 2004



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

diversas disposiciones en materia de derechos sucesorio; la Ley 20798 (BO. 18/10/1974) que incorpora el derecho real de habitación a favor de la cónyuge supérstite, en el artículo 3573 bis; la ley 23264 (B.O. 23/10/1985), sobre filiación y patria potestad, terminó de eliminar cualquier tipo de discriminación entre familia matrimonial y extramatrimonial y por lo tanto entre los vínculos de parentesco generados por una y otra, y la consecuente equiparación absoluta entre ambos, respecto de la vocación sucesoria; la Ley 23515 (B.O.12/06/1987) sobre Régimen Matrimonial, que introduce una modificación en el art. 3576 bis referido al derecho de la  $\frac{1}{4}$  conferido a la nuera viuda sin hijos, en la sucesión de sus suegros, a su vez introducido por la ley 17.711.

Como queda expuesto, ninguna de estas leyes tuvo por fin inmediato la modificación del régimen sucesorio, pero por efecto de las mismas, puede observarse, cómo, el cambio en las relaciones sociales fue siendo receptado de alguna forma en su regulación, con mayor o menor acierto, y seguramente con la exigencia hoy de una revisión total y armonización del sistema, luego de tantos "retoques". Tales cambios podrían resumirse en términos generales en los siguientes:

- 1) La incorporación del cónyuge como heredero, excluyendo a los colaterales
- 2) La eliminación de diferencias entre hombres y mujeres en la vocación hereditaria
- 3) La eliminación de toda discriminación y trato desfavorable hacia los vínculos familiares generados fuera del matrimonio
- 4) El reconocimiento de otros vínculos fuera de los naturales, como el generado a partir del instituto de la adopción
- 5) La utilización de algunas herramientas legales tendientes a proteger al grupo familiar necesitado de asistencia a partir de la pérdida del integrante proveedor, mas allá del sistema de llamamiento legal y de la voluntad del causante.

### **VII. DERECHO VIGENTE <sup>(41)</sup>**

#### **VII.1. La protección de la legítima**

##### **VII.1.a. Noción**

La legítima entendida como una reserva de los bienes o de una porción de la herencia a favor de los herederos legitimarios, es una limitación legal que afecta a los actos a título gratuito realizados por el causante que transmitió bienes a título de donación o dispuso de ellos a través de un testamento válido.

Circunscribe y limita la facultad de disponer a título de donación o por testamento, a favor de los herederos legitimarios o forzosos. Es en nuestro ordenamiento, un derecho enérgicamente consagrado en la ley "atribuido a ciertas personas unidas estrechamente al causante por su parentesco consanguíneo en línea recta o por el vínculo conyugal". <sup>(42)</sup>

No podemos dejar de destacar elevado el porcentaje de las porciones legítimas establecidas en el derecho argentino, siendo una de las mas altas en el derecho comparado:

Así, respecto de los hijos, según lo dispuesto por el art. 3593 del Código Civil "... es de cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiere donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3570". Por otro lado la legítima de los ascendientes establecida por el art. 3594 del Código Civil, es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, y respecto del cónyuge, según dispone el art. 3571, "Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del causante, y también la mitad de la parte de gananciales

---

<sup>41</sup> El análisis de la legítima en el Código Civil actual, ha sido elaborado a partir de los trabajos de la autora, titulados "Partición de herencia por escritura pública" y "La legítima, su conservación", que obtuvo premio en el marco de la XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, realizada del 31 de agosto al 2 de septiembre de 2011. Publicados en la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina, n° 967, pág. 169 y n° 969, pág. 911, que están basados en la presentación de la autora en los Seminarios de "Particiones", dictados en la Universidad Notarial Argentina.

<sup>42</sup> UGARTE Luis A. "Cálculo de la legítima hereditaria. Incidencia de un fallo plenario". En Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Bs. As. N° 889, pág. 80.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

que correspondan al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes".

### **VII.1.b. LA MEJORA**

#### **VII.1.b.1. La mejora o cláusula de dispensa de colación**

Cuando el causante otorga una mejora a favor del heredero legítimo y no una donación entendida como un anticipo de herencia, debe dispensar al heredero de colacionar a través de un testamento válido. Así resulta del art. 3484 del C. C. que expresa: "La dispensa de colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible".

El mismo ordenamiento establece que toda donación que efectúe el padre y/o la madre, cuando no se exprese a cuenta de que debe imputarse, se entiende que es hecha como un adelanto de la legítima sin necesidad de una manifestación expresa (art. 1805 del C. C.). A su vez, conforme el art. 3476, si existen varios herederos legítimos y uno de ellos recibió una donación, el valor de lo donado se lo imputa en su porción hereditaria. <sup>(43)</sup>

La colación es un derecho de carácter patrimonial, a determinado valor de los bienes, pero no un derecho a bienes determinados, tanto en las sucesiones "ab intestato" como en las testamentarias, en el supuesto que el testador confirme a sus herederos legítimos; es un crédito del heredero contra la sucesión. Quien está obligado a colacionar es el heredero legítimo, porque así lo establece la 1ª parte del art. 3477 del C.C. <sup>(44)</sup>

La colación "supone como punto de partida, que cuando una persona dona un bien a uno de sus herederos forzosos, tan sólo está llevando a cabo un adelanto, sin que ello implique favorecerlo especialmente". <sup>(45)</sup>

La colación es exigible entre coherederos, de acuerdo al art. 3.478 del C. C.: "no es debida ni a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión". Si existen varios herederos legítimos que les correspondan porciones diferentes, <sup>(46)</sup> la pauta rectora de la colación es asegurar la proporcionalidad establecida por la ley.

#### **VII.1.b.1. La mejora o cláusula de dispensa de colación**

El ordenamiento actual dispone una dispensa tácita de colación: cuando la transmisión se realiza con el cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, de acuerdo al art. 3604 del C.C. <sup>(47)</sup>

Por lo tanto es muy importante de acuerdo a la función asesora del Notario interpretar la real voluntad del transmitente y varias son las consideraciones debemos hacer:

1º) Si bien la norma se refiere al testador, la disposición comprende a las sucesiones

---

<sup>43</sup> El art. 3476 del C.C. dispone: "Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, solo importa una anticipación de su porción hereditaria".

<sup>44</sup> El art. 3477 del c.c. establece: "Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa los valores dados en vida por el difunto".

<sup>45</sup> LOPEZ MESA, Marcelo J. en Código Civil y Leyes complementarias. Anotado con jurisprudencia. LEXIS NEXIS Bs. As. 2008. Tomo IV. Pág. 694.

<sup>46</sup> Respecto a la acción de colación entablada por un hijo extramatrimonial contra el resto de los herederos y proporcionalidad que le corresponde cada uno de ellos, ver: el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, de fecha 18 de febrero de 2005, partes B. C., F. M. c. B., F. E. A, J. y otros, publicado en LA LEY 19/05/ 2005, - LA LEY 2005-C, 391.

<sup>47</sup> El art. 3604 del C. C. prescribe que: "Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, alguno de sus bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima".



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

testamentarias y "ab intestato". <sup>(48)</sup>.

2º) Se requiere que sea la transmisión con el cargo de una renta vitalicia, o con reserva de usufructo.

3º) Uno de los temas más controvertidos de dilucidar es si la dispensa tácita del referido art. 3604 del C. C. se refiere a la venta de bienes que haya efectuado el causante a sus herederos forzosos, con las modalidades establecidas <sup>(49)</sup> o solamente a las donaciones, con reserva de usufructo o con el cargo de renta vitalicia.

Una posición sostiene que el art. 3604 del C. C. solamente incluye a las donaciones ostensibles, siempre sean con renta vitalicia o reserva de usufructo. <sup>(50)</sup>

Otra postura por el contrario establece que la norma se refiere a los contratos onerosos (con reserva de usufructo o con renta vitalicia); porque las donaciones a los herederos legitimarios se rigen por el derecho común de las donaciones.

La disposición del art. 3604 del C.C. "no prohíbe las transmisiones a título oneroso entre el causante y sus herederos forzosos, por el cual el acto no resulta afectado por vicio alguno, pero debe reputárselo como una donación sujeta a colación, aunque con dispensa de ésta en cuanto no exceda la porción disponible del causante". <sup>(51)</sup>

Esta posición doctrinaria entiende que el valor de la venta se lo impute a la porción disponible del causante <sup>(52)</sup> y que el excedente integre la masa hereditaria, cuando la transmisión es con el cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo.

También una cuestión muy importante de analizar, se da cuando existe una donación disimulada bajo la apariencia de una venta. En este caso nos preguntamos si se requiere previamente ejercer la acción de simulación, para atacar el acto.

Una parte de la doctrina interpreta que la acción de simulación debe incoarse previamente en los supuestos que la transmisión sea a título oneroso.

Otra entiende que previamente debe interponerse la acción de simulación de una donación disimulada bajo la apariencia de un contrato oneroso, salvo que la donación sea con el cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo "pues la presunción legal establecida por el art. 3604 del Código Civil, respecto de la gratuidad de las entregas de bienes realizadas por el causante, se restringe a los supuestos taxativamente contemplados en la norma" <sup>(53)</sup>.

4º) Por otro lado la acción de colación no podrá ser entablada por los herederos legitimarios que consintieron la enajenación.

Así el art. 3604 in fine del C.C., dispone que "*Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción disponible*".

Por lo tanto el heredero que reconoció la onerosidad del acto, o que exprese que recibió valores equivalentes o en compensación a lo donado, carece de la acción para demandar la acción de colación.

### **VII.1.c. La desheredación e indignidad**

La desheredación es un instituto destinado a privar al heredero legitimario de su porción legítima a través de un testamento válido, que debe designar específicamente al desheredado y

---

<sup>48</sup> Conforme: LOPEZ DEL CARRIL, Julio J, obra citada pág.143.

<sup>49</sup> Conforme: FERRER Francisco. "Sobre aspectos de la colación, el artículo 3604 y la partición hereditaria". La Ley. D. J. 2008-II, 1672.

<sup>50</sup> Conforme: ZANONI Eduardo .A. Derecho de sucesiones, 4ta. Edición, Editorial Astrea. 1997, citado por FERRER nota anterior.

<sup>51</sup> LOPEZ DEL CARRIL Julio J. Obra citada, pág. 143.

<sup>52</sup> En igual sentido de la nota del artículo 3604 surge que muchos padres "... con el fin de eludir las leyes fijen para preferir a un hijo, contratos onerosos que no son sino donaciones disfrazadas" y continua más adelante la nota: "Esta presunción es jure et de jure contra la cual no se admite prueba".

<sup>53</sup> LOPEZ MESA Marcelo J. Obra citada, pág. 695.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

expresar concretamente la causa legal en que se basa.

El art. 3747 del C.C. establece las causas por las cuales pueden los ascendientes desheredar a sus descendientes, <sup>(54)</sup> el art. 3748 del C.C. dispone que también puede el descendiente desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior.

Las casuales de desheredación son taxativas, no se pueden por analogía incluir otras causales que las establecidas en el referido art. 3747 del C.C., "con una parquedad que raya en deficiencia". <sup>(55)</sup>

El artículo 3291 del C.C. dispone quienes son incapaces de suceder por indignos "los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del hecho. Esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por la gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena".

### **VII.1.c. La protección de la legítima**

La protección de la legítima está consagrada por el ordenamiento jurídico en primer lugar a través de distintas prohibiciones: a) de todo pacto de herencia futura (art. 1175 del C. C.), b) de aceptar o repudiar una herencia futura (art. 3311 del C. C.), c) de transar sobre derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva (art. 848 del C. C.), d) prohibición del testador de imponer algún gravamen o condición a las porciones legítimas, las que se consideraran no escritas; y a través de distintas acciones.

Cuando la legítima de los herederos legitimarios ha sido afectada por legados y donaciones a terceros el Código Civil, establece la acción de reducción, <sup>(56)</sup> que provoca que se deje sin efecto el legado o se resuelva la donación, lo que posibilita traer en especie a la sucesión el bien donado para cubrir la legítima del heredero forzoso.

Si la donación excede los límites de la porción disponible es inoficiosa, podrá el donatario ser demandado por reducción de la donación en la medida del exceso de la parte que puede disponer. La reducción de la donación no significa anularla, en especial porque la anulación tiene en principio efectos retroactivos, de volver "las cosas al mismo o igual estado que se hallaban antes del acto anulado" de acuerdo al art. 1050 del C. C. y la reducción sólo obra para el futuro. <sup>(57)</sup>

El objeto de la acción "consiste en hacer reducir las donaciones realizadas por el causante, en aquella medida necesaria para que puedan quedar cubiertas las legítimas de los herederos legitimarios, ya sea que éstos tomen un papel activo, demandando o interponiendo la respectiva acción judicial contra los donatarios de las cosas donadas, o bien que adopten un papel pasivo, en el caso de exigírseles por éstos últimos la entrega de ellas". <sup>(58)</sup>

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de reducción corresponde a todos los herederos legitimarios, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1832 del C.C. <sup>(59)</sup> no puede ser ejercida por los

---

<sup>54</sup> "1. Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante. 2. Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente. 3. Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca la pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados".

<sup>55</sup> PEREZ LASALA José Luis – MEDINA Graciela. Acciones judiciales en el derecho sucesorio. Obra citada, pág. 109.

<sup>56</sup> Existe en nuestro derecho vigente otras acciones para la protección de la legítima también, consagradas en el Código Civil: a) de complemento de la legítima. b) de preterición, c) de desheredación injusta y d) de rescisión y de reducción en la partición hecha por ascendientes.

<sup>57</sup> BELLUSCIO Augusto C, con la colaboración de LAGOMARSINO Carlos A. R. en Código civil y leyes complementarias. Código civil y leyes complementarias. Director Belluscio Augusto C y Coordinador Zannoni Eduardo A. Tomo 9. Editorial Astrea. Bs. As. 2004. Pág.100.

<sup>58</sup> ZAGO Jorge A. Contratos en LLAMBIAS Jorge Joaquín, MÉNDEZ COSTA María Josefa. Código Civil Anotado. Doctrina-Jurisprudencia. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Tomo 4D, pág. 122.

<sup>59</sup> El art. 1.832 establece: "La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada. 1. Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieran derecho a ejercer la acción, también competará el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

acreedores del causante, que pueden demandar sobre todos los bienes que integra la masa hereditaria

Si existen descendientes nacidos antes de la donación, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación, si existen descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción. Si todos nacieron después ninguno de ellos tendrá derecho de pedir la reducción. <sup>(60)</sup>

Para los ascendientes se toman en cuenta todas las donaciones; cuando concurren cónyuge y descendientes, para el cónyuge se consideran las donaciones realizadas después del matrimonio.

Por otro lado si existen actos del causante que afectaron la legítima de los herederos en razón de negocios simulados que encubren verdaderas donaciones, resultará necesario que los herederos inicien las acciones de simulación o nulidad en forma conjunta con la de reducción. <sup>(61)</sup>

### **VII.3. PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (Dec. 191/2011)**

El Proyecto, se ajusta al actual modelo de familia y sigue los lineamientos del código civil en el tema que nos convoca. Las reformas propuestas en materia de sucesiones, "no significan una total ruptura con lo anterior sino el propósito de su perfeccionamiento y de la adecuación de las instituciones del derecho sucesorio a la realidad del mundo jurídico actual."<sup>(62)</sup>

#### **VII.3.a. Clase de herederos**

El artículo 2278 designa heredero a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia, y legatario a quien recibe un bien particular o un conjunto de ellos.-Desaparece pues la figura del legatario de cuota, tan controvertida en el sistema actual

El artículo 2279, en sus cuatro incisos establece quienes pueden suceder al causante, innovando respecto de las personas:

- a) las personas humanas existentes al tiempo de la muerte.-
- b) Las concebidas en su momento que nazcan con vida
- c) Las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563.-
- d) Las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.-

La novedad es la establecida en el inciso c), respecto de que pueden suceder al causante las personas nacidas después de su muerte por medio de técnicas de reproducción humana asistida.-

El principio general es que la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella, se hayan producido antes del fallecimiento del causante.- La excepción a este principio lo regula el artículo 563 "in fine", que establece que la persona haya consentido en el momento de someterse a las técnicas de reproducción humana asistida, que sus embriones se transfieran después de su muerte, y que la concepción ó implantación del embrión en la mujer, se produzca dentro del año siguiente al deceso.- En este supuesto el nacimiento con vida modifica la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo a la muerte del causante.- Esta situación originaría incertidumbre sobre los otros herederos, y sobre los terceros a los cuales se hayan transmitido bienes.-

---

después de la donación. 2. Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas". (Texto según ley 17711).

<sup>60</sup> BELLUSCIO Augusto C, con la colaboración de LAGOMARSINO Carlos A. R. Código civil y leyes complementarias. Director Belluscio Augusto C y Coordinador Zannoni Eduardo A. Tomo 9. Editorial Astrea. Bs. As. 2.004, pág.114.

<sup>61</sup> Conforme autos "S. V., A. M. y otros c. Sucesión de H. Z. de S. V. y otros. CNC", sala M. 12 de marzo de 2008. Publicado en la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Prov. de Bs. As. N° 959, pág. 619.

<sup>62</sup> BELLUSCIO, Augusto C. "Los puntos fundamentales del Anteproyecto de Código Civil en materia de sucesiones" Publicado en SJA 2012/08/15-3, JA 2012-III-1292.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

### **VII.3.b. Llamamiento legal**

El Proyecto no modifica los órdenes hereditarios.- Se convoca primero a los descendientes; no existiendo descendientes concurren los ascendientes.- El cónyuge sobreviviente siempre concurre con los descendientes y los ascendientes.- A falta de ascendientes y descendientes, el cónyuge es el único heredero, excluyendo a los colaterales, quienes son llamados a suceder únicamente en ausencia de descendientes, ascendientes y cónyuge.-

Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos establecido por la ley 17.711- Los textos expresos que establecen la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, y la aprobación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no justifican una distinción entre nuera y yerno.-

### **VII.3.c. Proceso sucesorio**

El Proyecto además, regula el proceso sucesorio especialmente la sucesión "ab-intestato", ordenando la publicación de edictos.- De esta manera se avanza sobre las facultades de la Provincias en materia no delegada, tornándolo a nuestro criterio en inconstitucional.-

También legisla respecto de la investidura de la calidad de heredero distinguiendo entre los ascendientes, descendientes y cónyuges, quienes quedan investidos de su calidad de herederos de pleno derecho desde el día de la muerte del causante sin ninguna formalidad o intervención judicial (Art.2337).- En cambio, respecto de los colaterales, establece que el juez del sucesorio, deberá investirlos en su calidad de tales (Art. 2338)- En las sucesiones testamentarias la investidura resultará de la declaración de validez formal del testamento, a excepción de que los herederos instituidos por el testamento fueren los que conforme al Art. 2337, quedan investidos de pleno derecho.-

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2337, en la parte final de dicho artículo establece que a los efectos de la transmisión de bienes registrables, la investidura de heredero debe ser reconocida mediante la declaración judicial de herederos.-

Lamentablemente de ser aprobado el Proyecto, se alejaría definitivamente, toda posibilidad de que el proceso sucesorio, se realice en sede notarial, por el cual el notariado viene bregando desde hace muchísimos años.-

### **VII.3.d. Desheredación**

El Proyecto suprime el instituto de la desheredación.- Si bien, de acuerdo al Código Civil vigente, las causales eran muy restrictivas, nos parece injusto que el causante no pueda excluir a los legitimarios cuando exista una causa justificada.- Consideramos además que la institución de la indignidad, no remedia tal situación, pues ella dependerá del accionar de los que pretendan ocupar el lugar del supuesto indigno, y no de la voluntad del causante.-

Por ello consideramos que al contrario debería haberse mantenido la desheredación y además haber ampliado la causales, sobre todo teniendo en cuenta que el aumento de las porciones disponibles, lógicamente, alentaría la actividad testamentaria.

### **VII.3.e. Indignidad**

El art. 2281 establece las causas de indignidad, incluyendo supuestos que hoy son causales de desheredación, lo que provoca la unificación de las causales de extinción de la vocación sucesoria.

Se ha seguido en esto la "minoritaria tendencia legislativa" que considera que "La desheredación es innecesaria, pues basta con legislar la indignidad sin que exista motivo alguno para prever causas de aquella que no lo sean de ésta" <sup>(63)</sup>

---

<sup>63</sup> BELLUSCIO, Augusto C. Obra citada. Quién advierte que: "En efecto, si el testador conoce que uno de sus eventuales legitimarios ha incurrido en indignidad, le basta con disponer de la totalidad de sus bienes a favor de otras personas, quedando al excluido la posibilidad de ejercer las acciones necesarias para el reconocimiento de su legítima, las cuales pueden ser rechazadas si se les opone la prueba de los hechos que motivan su exclusión de la herencia".



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

Según el citado artículo 2281: "... Los indignos de suceder son los siguientes:

a. Los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena;

b. Los que hayan maltratado <sup>(64)</sup> gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria;

c. Los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal;

d. Los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de UN (1) mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice;

e. Los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo;

f. El padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su minoría de edad;

g. El padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental;

h. Los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento;

i. Los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones."

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

La normativa del proyecto es análoga a la actual del Código Civil aunque se advierte una ampliación y reformulación de las causales. "La gran diferencia está dada por la mayor discrecionalidad que se deja en manos del juez" <sup>(65)</sup>

### **VII.3.f. Protección de la legítima**

El proyecto recepta y regula, la tensión entre los dos principios extremos, como son la autonomía de la voluntad y los principios superiores de orden público que justifican su restricción en materia sucesoria. <sup>(66)</sup>

Define a los legitimarios en el artículo 2444 que dice: "Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge" ratificando así su valía como protección familiar. Si bien estamos de acuerdo con su vigencia, pensamos que la disminución de la misma que regula el artículo 2445 no es lo suficiente. El mismo reduce la legítima de los descendientes a dos tercios y la de los ascendientes a la mitad, manteniendo la del cónyuge en un medio. La misma se calcula sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante, más el de los bienes donados computables a cada legitimario, a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación.

---

<sup>64</sup> DI LELLA Pedro, en la obra citada, acertadamente sostiene que el maltrato al causante aparece "sin especificarse en qué consiste. En consecuencia, habrá tribunales que considerarán esto de manera restrictiva, como que maltrato implica sólo y exclusivamente maltrato físico, y otros que consideraran que una falta grave o reiterada, o aun el destrato, o sea, no visitar el hijo al padre durante años, no llamarlo, no mantener contacto con él, podrá ser destrato, y la infinita gama de alternativas con que la realidad nos puede llegar a enfrentar."

<sup>65</sup> DI LELLA, Pedro. Obra citada.

<sup>66</sup> Conforme LAMBER Néstor, obrada citada en la nota 5, pág. 595.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

De lo dicho consideramos que si bien se mejora la situación actual, habría que darle más preponderancia a la autonomía de la voluntad, reduciendo en todos los casos la porción legítima, a la mitad del acervo sucesorio.

Para el cómputo de la porción de cada descendiente, sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento, o en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa y para el cónyuge las hechas después del matrimonio (art. 2445), quedando así una porción disponible para los descendientes de un tercio y para los restantes de un medio. En caso de concurrencia sólo de descendientes o sólo de ascendientes, la porción disponible se calcula según sus respectivas legítimas, pero si concurre el cónyuge con descendientes, se calcula sobre la legítima mayor, es decir dos tercios de los descendientes (art.2446.)

Por lo expuesto surge que las disposiciones testamentarias y los actos a título gratuito son los que pueden disminuir la legítima, refiriéndose el proyecto solo a las donaciones como acto gratuito, ignorando al fideicomiso testamentario, que también puede vulnerarla, según parte de la doctrina y jurisprudencia.

Por otro lado el artículo 2459 nos dice que la acción de reducción de las donaciones no procede contra el donatario ni contra el subadquirente, que ha poseído la cosa donada durante diez años a partir de la posesión, ya que en ese caso se puede oponer la prescripción adquisitiva.

Con esta disposición se ha querido darle perfección a los títulos de dominio, aunque muchas veces se puede debilitar con ello el derecho de los legitimarios.

En cuanto a la protección de la legítima se regula que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna, si lo hace se tiene por no escrita (art.2447), aunque esta disposición está limitada por el derecho del causante, de imponer la indivisión de la herencia por diez años, la designación de un administrador de bienes incluidos en la legítima y fijar la retribución del mismo.

Contempla también el Proyecto otras acciones protectoras, como la entrega de la legítima (art.2450), donde el legitimario preterido tiene derecho a tomar sólo la legítima a título de heredero de cuota, al igual que aquel que se halla frente a la inexistencia de bienes, debido a que el causante los ha donado.

Regula asimismo también la acción de complemento (art.2451) cuando se le ha dejado al legitimario por cualquier título, menos de su porción legítima, éste sólo puede pedir su complemento. Vemos que el art.2452 establece que a fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden. También se contempla la reducción de las donaciones, cuando en las disposiciones testamentarias se vulnera la legítima, reduciéndose en ese caso las mismas en el orden inverso a la fecha en que fueron efectuadas, comenzando por la última donación.-

En cuanto a los efectos de la reducción de las donaciones, vemos que si ésta es total la reducción queda resuelta, en cambio si es parcial por afectar sólo una parte de la legítima y lo donado es divisible, se lo divide entre legitimario y donatario. Si no lo fuese debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

El donatario podría impedir la resolución entregándole al donatario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima. Sería igual en caso de resolución total, ya que el interés del legitimario, no es obstáculo a la facultad del donatario y del subadquirente demandado, de desinteresarse al legitimario entregando en dinero el perjuicio sufrido a su legítima ( art.2458) El art.2449 establece la irrenunciabilidad de la legítima de una sucesión aún no abierta, ya que se estaría realizando un acto jurídico sobre una herencia futura, lo cual está también legislado en nuestro Código Civil.-.

### **VII.3.g. La mejora**

El Código Civil vigente faculta al testador a mejorar a cualquiera de los herederos, debiéndose detraerse dicha mejora, de la porción disponible del causante que actualmente es de un quinto. Sobre el tema el proyecto introduce las siguientes modificaciones:

Para otorgar una mejora no exige la necesidad de establecerla o sea de dispensar al



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

heredero de colacionar, a través exclusivamente de un testamento válido. Se prevé en el 2385 que la dispensa de colación o cláusula de mejora expresa puede ser por testamento y además en el acto de la donación, así resuelve "la cuestión actual en que la mayoría entendía que por el art. 3484 C.C. la dispensa o mejora se debe acordar solo en testamento, en cambio para la minoritaria, aplicando el art. 1805 C.C. sería admisible en la donación". <sup>(67)</sup>

Lo más novedoso sin duda, es la incorporación de una mejora estricta a favor de las personas vulnerables. En la redacción propuesta en el art. 2448 además de la porción disponible, el causante puede disponer de UN TERCIO de las porciones legítimas, para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad.

La norma prevé que la mejora a favor de los descendientes con discapacidad, es de un tercio (1/3) de los dos tercios (2/3) del total. Y de los ascendientes con discapacidad, es de un tercero (1/3) de un medio (1/2) del total.

Los beneficiarios son los ascendientes o descendientes, no siendo extensivo al cónyuge, aunque también reviste la condición de heredero legitimario.

Creemos positiva la incorporación de ésta mejora, por cuanto posibilita la protección de las personas vulnerables, aunque entendemos que también debería incluirse en ella al cónyuge con discapacidad, ya que también reviste la condición de legitimario.

Resulta necesario precisar que ésta mejora puede disponerla por el medio que considere más conveniente, además del testamento o la donación a favor del heredero discapacitado, puede ser incluso por un fideicomiso. <sup>(68)</sup>

El fideicomiso puede tener de acuerdo al art. 1668 del Proyecto una duración "de no más de TREINTA (30) años desde la celebración del contrato" excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida. Para ésta última el plazo de duración, es hasta que cese la incapacidad o hasta su muerte.

La norma proyectada establece las causales subjetivas que se requieren para ésta mejora estricta de carácter excepcional, a favor de las personas con discapacidad que:

- o Padezcan de una alteración funcional permanente o prolongada.
- o Puede ser física o mental.
- o Para su apreciación se tomará en cuenta la edad y su medio social.
- o Debe implicar una desventaja considerable, con su integración familiar, social, educacional o laboral.

Creemos pertinente señalar que la norma proyectada, no exige que el heredero con discapacidad carezca medios económicos o formas de mantenerse. Se propone resarcir las consecuencias de su alteración física o mental y favorecer su reintegración social, familiar, educacional o laboral.

Consideramos conveniente establecer el destino de los bienes cuando el heredero con discapacidad supere la alteración física o mental, <sup>(69)</sup> en especial teniendo en cuenta que el artículo proyectado incluye al heredero que padezca una desventaja considerable prolongada, que con el transcurso del tiempo puede ser superada y lograr su integración familiar, social, educacional o laboral.

### **VII.3.h. La dispensa tácita de colación**

También el Proyecto sigue los lineamientos del código civil actual, con relación a los caracteres de la dispensa tácita de colación, que son enunciados en el artículo 2461, cuando por un acto entre vivos, a título oneroso el causante transmite a cualquier heredero legitimario la propiedad de los bienes, cuando la transmisión se realiza con la contraprestación de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, además el Proyecto agrega o con la reserva de uso y habitación.

---

<sup>67</sup> LAMBER Néstor, en la ponencia presentada conjuntamente con la autora del presente: "La Legítima y el proyecto de unificación del código civil y comercial. Año 2012" en la XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Agosto de 2012. Libro de Ponencias, pág. 603.

<sup>68</sup> Conforme AZPIRI Jorge C. Obra citada.

<sup>69</sup> Conforme AZPIRI, Jorge C. Obra citada.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

Se presume "sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario".

Por lo tanto a pesar de establecer en su principio el art. en análisis que: "Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes...", existe una presunción legal de gratuidad de tales actos.

Adecuadamente la norma se refiere al causante, establece la presunción de que beneficia al legitimario adquirente de los bienes con la reserva de usufructo, con renta vitalicia o con la reserva de usufructo, imputando automáticamente su valor a la porción disponible, sin necesidad de una cláusula de mejora expresa en el acto de donación o del testamento.

Tal carácter de acto a título gratuito se plasma seguidamente en la citada norma, al disponer que: "Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado".

Se considera que hay una contradicción porque si bien no admite prueba en contrario, la presunción gratuidad del acto celebrado entre el causante y el legitimario, con las referidas modalidades, seguidamente se faculta al adquirente a deducir las sumas efectivamente pagadas "En consecuencia, para ser coherente, se debe suprimir el párrafo que no admite prueba en contrario. (70)

En cuanto a que el "valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación" este párrafo del art. 2461 del Proyecto reproduce la dispuesto en el actual art. 3604 del C. C.

En el Proyecto admite en el último párrafo del art. 2461 que: "Esta imputación y ésta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con alguna de las modalidades indicadas".

Por lo tanto los herederos legitimarios que prestaron su conformidad con la enajenación con las referidas modalidades, carecen de la acción para demandar la imputación del valor de los bienes a la porción disponible del causante o la colación por el excedente de la porción disponible del mismo.

Con esta conformidad los herederos renuncian a reclamar si el acto afecta su legítima; es en síntesis para el heredero una renuncia no a la herencia sino a la acción de complemento de su porción disponible.

Resulta de interés señalar que el Proyecto con ésta disposición expresa, que consagra que la transmisión puede ser onerosa o gratuita, concluye con los desencuentros de la doctrina con relación a la aplicación de la norma, entre los que consideran que la dispensa tácita de colación incluye las donaciones ostensibles, siempre que sean con esas modalidades y los que por otro lado quienes sostienen que se circunscribe a los actos a título oneroso, también con la reserva de usufructo, uso o habitación o la contraprestación de una renta vitalicia.

Debemos advertir que la norma proyectada mereció reiteradas objeciones:

o Al establecer presunciones cuando la transmisión es con reserva de usufructo, uso o habitación o con la contraprestación de una renta vitalicia.

o Que no se exija la mejora expresa, "cuando que el art. 2385 requiere "la cláusula expresa en el acto de la donación o en el testamento". Es estrictamente necesario que el transmitente formule su concreta intención de mejorar". (71)

o Que el Proyecto limite las posibilidades de resguardar a los legitimarios a través de las acciones legales y "pretende mantener la legítima pero, al mismo tiempo, se le otorgan facultades para que el propietario de los bienes pueda disponer de ellos". (72)

---

<sup>70</sup> FERRER FRANCISCO, CÓRDOBA Marcos M. y NATALE Roberto M. "Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria". Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Octubre 2012. Año IV, N° 9. Pág. 139

<sup>71</sup> AMARANTE, Antonio Armando. Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Publicado en DF y P 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165.

<sup>72</sup> AZPIRI, Jorge C. "La legítima en el Anteproyecto de Código Civil". Obra citada.



## *Consejo Federal del Notariado Argentino*

o La prohibición del legitimario que consintió la transmisión gratuita del bien con alguna de las modalidades dispuestas en la norma, para requerir la imputación de los valores y a demandar la colación, que tal "impedimento entra en franca colisión con el carácter de orden público de la legítima y sobre el que se asienta la directriz de irrenunciabilidad de la legítima futura (2449)". (73)

o El Proyecto como se indicó, permite que todos los legitimarios consientan la enajenación del bien, sea a título oneroso o gratuito. "No hay dificultades en que los otros legitimarios consientan que se trato de un acto oneroso, pero al admitir que puede también reconocerse que se trató de un acto realmente gratuito, ese consentimiento provocará que se encuentren impedidos de demandar". (74)

o El consentimiento de los demás herederos en las transmisiones a título oneroso o en las donaciones ostensibles con las referidas modalidades, establecido en el último párrafo de la norma analizada produce que el donatario (heredero legitimario) "se quede con todo el bien, aunque vaya más allá de su porción disponible afectando la legítima. Es más, ni se computa en la masa para determinar la legítima porque es como si jamás hubiese pertenecido al difunto". (75)

Sin embargo, consideramos que los ascendientes acuden a la donación a favor de los descendientes con las modalidades citadas, fundados en razones de requerimientos económicos en la mayoría de los casos, pero que no excluyen otras necesidades por el estado de su salud, por las demandas de compañía y atención, por la edad avanzada, en especial por la prolongación de las expectativas de vida. Que en muchos casos imposibilita a los titulares de los bienes bastarse por propios medios y solamente pueden hacerse cargo de sus necesidades alguno o algunos de los herederos

La realidad nos demuestra que fuera del ámbito del conflicto que debe dirimirse en los estrados judiciales, se presenta la posibilidad ancestral de llegar a solucionar las dificultades familiares a través de la transmisión de un bien con la contraprestación de una renta vitalicia, o de una venta o donación con reserva de usufructo, agregando el Proyecto la reserva del uso y habitación.

Otorgada por sujetos de derecho, personas físicas, que cuentan con capacidad de hecho y de derecho y la legitimación para poder mutar sus derechos.

No obstante, como cualquier negocio jurídico y en este caso como negocio jurídico familiar, está sujeto a los alcances de los vicios del consentimiento: error, dolo, violencia, simulación o fraude. Sin embargo, consideramos que es improbable que puedan existir al tiempo de la celebración de la escritura de transmisión del dominio a título de venta o donación con las referidas modalidades.

Ello porque la intervención del escribano público o notario y el cumplimiento de los recaudos legales, hacen improbable la existencia de daños, vicios de la voluntad y detrimentos o menoscabos.

---

<sup>73</sup> AMARANTE, Antonio Armando. Obra citada.

<sup>74</sup> AZPURI, Jorge C. "La legítima en el Anteproyecto de Código Civil". Obra citada.

<sup>75</sup> FERRER Francisco, CÓRDOBA Marcos A y NATALE Roberto M. Obra citada. Pág. 140.