

**XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL  
NOTARIADO**

**Lima (Perú) 10-12 Octubre de 2013**

**DELEGACION DE URUGUAY**

**Tema I: “Reflexiones del Notariado sobre el derecho de familia  
y sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales”**

**TRABAJOS PRESENTADOS**

**Esc. Rúben B. SANTOS BELANDRO**

**Tema 1**

**Reflexiones del Notariado sobre el Derecho de Familia y Sucesiones  
frente a las nuevas relaciones sociales  
(matrimonio, evoluciones del vínculo conyugal, divorcio,  
filiación, adopción, vocación hereditaria**

**ÍNDICE**

1. Introducción.....	3
2. <i>¿Quo vadis</i> derecho de familia?.....	4
3. ¿El matrimonio existe todavía?.....	6
4. El reconocimiento jurídico del concubinato o unión de hecho.....	8
Aspectos internacionales .....	11
El concubinato homosexual.....	11
Régimen de bienes en el concubinato.....	12
5. Disolución de la pareja .....	12
El problema del repudio musulmán.....	14

El divorcio entre personas del mismo sexo.....	16
La disolución del concubinato entre personas del mismo o de diferente sexo.....	16
<b>6. Los menores de edad y la satisfacción de su interés superior.....</b>	<b>16</b>
<b>7. Las filiaciones.....</b>	<b>18</b>
La biotecnología y su incidencia sobre la filiación.....	18
<b>8. El nombre de las personas físicas y el ejercicio de la voluntad.....</b>	<b>24</b>
<b>9. El anciano y la defensa de su especial dignidad.....</b>	<b>27</b>
Las declaraciones de voluntad anticipada.....	29
<b>10. Las sucesiones .....</b>	<b>31</b>
<b>11. El cambio de género y sus repercusiones sobre el derecho de familia.....</b>	<b>35</b>
<b>12. Los derechos fundamentales y el derecho de familia.....</b>	<b>37</b>
Bibliografía del autor.....	42
Libros.....	42
Artículos.....	42

## 1. Introducción

1. Aquellos que han visto transcurrir su existencia durante la segunda mitad del siglo XX han sido testigos de los profundos trastocamientos que han tenido lugar en los comportamientos sociales. Las premisas jurídicas y morales que parecían incommovibles, por lo fuertes e indiscutibles, sobre las que se basaba nuestro carácter y nuestra personalidad se han ido disolviendo lentamente como arena entre las manos. No es una constatación que surja de los libros de sociología o del Derecho, se trata de una vivencia directa que todos los días nos presiona a cada uno de nosotros a examinar si como pensábamos antaño debemos mantenerlo hogaño, introduciendo una cuota de relatividad que deja sin techo moral, ético, económico y jurídico a casi todos los comportamientos humanos. La ciencia ha contribuido a promover estos cambios, a veces de un modo brutal. Sin embargo, el todo vale o el todo es aceptable no deja satisfechos a muchos, sobre todo si ello perjudica a los sujetos más débiles o ubicados en una situación de precariedad.

2. Dentro de todas las ramas del Derecho, el derecho de familia es una de las que ha sufrido más transformaciones. Hasta puede sorprender el cambio experimentado debido a que durante mucho tiempo se pensó que esta rama del Derecho era la que marcaba a fuego la identidad de una sociedad estatal, la que le daba una impronta intransferible y hasta cierto punto, permanente. En ese entonces podíamos recurrir al derecho comparado para intentar aproximar cualquier sector del Derecho pero no al derecho de familia, porque ahí las dificultades para armonizar los diferentes sistemas jurídicos se volvían insuperables. ¿Cómo modificar un sector del derecho que le daba identidad a una sociedad estatal y que le permitía orgullosamente ser lo que era? Se pensaba que la pérdida de identidad podía ser tal, que seguramente conduciría a la disolución social y a la anomia colectiva, enfermedad que infectaría al Estado y cuestionaría su existencia.

3. Sin embargo, como hemos dicho, hoy todo se ha transmutado. De la mano del activismo a favor de la universalidad de los derechos fundamentales o humanos, el derecho de familia de las sociedades estatales en Occidente se parecen cada vez más entre sí, y como veremos seguidamente, el centro de gravedad se ha trasladado desde lo alto (desde el Estado, la Constitución o la ley), hacia el sujeto individual, otorgándole una libertad de decisión en todos los aspectos de su vida hasta ese momento desconocidos. Como siempre, habrá sujetos beneficiados y otros dañados y perjudicados, pero será sólo luego del ejercicio de la libertad de cada uno, que el Estado intervendrá en protección de los más débiles, para reestablecer el principio de igualdad, no solamente formal sino también material.

4. No cabe duda que el Notariado debe reflexionar sobre los cambios acontecidos en el derecho de familia por cuanto su actividad sigue siendo importante en este sector. Y más que nada, porque su cualidad central de fedatario no debe entremezclarse con sus opiniones personales acerca de los cambios acontecidos. El Notario da fe de los hechos, sean o no de su agrado, sean o no compartidos. Por tanto, debe considerarse bienvenida esta oportunidad que brinda el XXVII Congreso Internacional del Notariado a celebrarse en la ciudad de Lima, Perú, como modo de aquilatar las innovaciones introducidas, aunque quizás corresponda decir que la amplitud del temario pueda no hacer posible un estudio más profundo de algunas de las categorías jurídicas que examinaremos a continuación. El espacio también es tirano.

## 2. ¿Quo vadis derecho de familia?

5. Si bien la familia ha sido denostada por algunos autores como el lugar donde se perpetúan posiciones de jerarquías basadas especialmente sobre el sexo, que habilita la perpetuación intergeneracional de situaciones de violencia física y mental sobre los integrantes más débiles, la familia ha nacido de forma concomitante con la última evolución del hombre y se encuentra presente en todas las civilizaciones, las cuales le dan una importancia muy especial. En África por ejemplo, es imposible concebir al individuo sin una familia. Este lugar destacado en el que se coloca a la familia ha sido compartido por la casi totalidad de las legislaciones estatales, al consagrar en sus Constituciones el principio de que “la familia es la base de la sociedad” (art. 40 Constitución de Uruguay), o sea que constituye el fundamento de toda sociedad humana, sin la cual ninguna sociedad podría llegar a ser.

Los motivos para otorgarle un lugar privilegiado son variados: es allí donde se produce la primera socialización de los seres humanos, donde se adquieren las primeras nociones de lo que es admitido o reprobado en el relacionamiento social, es la antesala indispensable para luego actuar en sociedad. Además de constituir un espacio de seguridad interindividual e intergeneracional, donde sus integrantes se apoyan afectiva y económicamente. Ambos atributos la han vuelto insustituible a pesar de las críticas que pueda merecer.

6. Al hacer alusión a “la familia” no queremos indicar que existe o que propiciamos un único modelo de familia, por cuanto existen muchos modelos. La familia y su composición han sufrido la influencia de la religión, de la economía y de la política. Aun está fresco en la memoria el recuerdo del *pater familiae* cuando al advenimiento de la sociedad industrial tuvo que salir a trabajar como un asalariado más, ganando lo indispensable para mantenerse él y su mujer, y colocándose en el mismo rango que sus hijos y sus nietos. A partir de ahí la familia se ha desjerarquizado y ha reducido el número de sus componentes a grados mínimos, hablándose hoy de la familia nuclear como la más extendida en Occidente. Tenemos también a las familias monoparentales, a las ensambladas, a las basadas en una unión de hecho, a las homosexuales, y a la de aquellos ancianos que celebran acuerdos con una pareja joven con la finalidad de recomponer un ámbito familiar que han perdido. Por otro lado, las familias –cualquiera fuere su naturaleza- se van modificando con el transcurso del tiempo: hay pérdidas de sus componentes y se presentan igualmente elementos de ruptura como de recomposición.

7. El Estado se ha visto obligado a aceptar esta extraordinaria variedad de maneras de crear familias. Napoleón tuvo una incidencia especial en la configuración de un modelo familiar estatal al cual debían adherirse los interesados para gozar de la protección del Código Civil francés, actitud que fue seguida por la mayoría de los códigos latinoamericanos. Quedarse fuera de este modelo significaba el ostracismo legal, con efectos muy perniciosos desde el punto de vista social, puesto que en América Latina la unión de hecho o concubinato *more uxorio* era y sigue siendo una práctica muy extendida, por razones culturales, étnicas, geográficas, etc.

Es fácil constatar que en la actualidad la situación ha cambiado notablemente y que está prevaleciendo una actitud antiesencialista de la familia, donde se rechaza la presencia de una categoría “esencial” y “unitaria” para abogar en su lugar, por una forma incierta, destructiva, cuya inteligibilidad sólo puede surgir del estudio del sistema de relaciones que se mantiene a nivel socio-político. Donde además, la familia se ha vuelto más democrática, en la que es posible hacer sentir la voz de la mujer o la de los menores

de edad, donde se reconoce la igualdad de los integrantes de la pareja, la de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y donde se protege el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

El Notario debe tener en cuenta que el centro del problema consiste en determinar si debemos defender la libertad de opción, si corresponde estimular la diversidad familiar e intentar eludir las relaciones opresivas; la respuesta parece ir en el sentido afirmativo basada en el realce actual concedido a los derechos fundamentales de sus integrantes. Ello implicará que el Estado debe abstenerse de crear o mantener un único modelo de familia sino que debe aceptar todas aquellas formas y maneras de crear una de ellas, e intervenir únicamente para evitar abusos sobre los más débiles. Se va entonces, hacia un concepto amplio y pluralista de familia, que no permite discriminaciones.

### **3. ¿El matrimonio existe todavía?**

8. No deben confundirse los términos familia y matrimonio o familia y hogar. Los tres son conceptos distintos que o bien puede coincidir (familia, matrimonio y hogar) o bien puede existir separadamente en cuanto puede perfectamente conformarse una familia sin una pareja casada e incluso sin la presencia de una pareja fundante, y también una familia sin que exista un hogar común que las reúna.

Intentar definir en la actualidad que debemos entender por matrimonio sobre el plano del derecho comparado debe ser una de las tareas más complejas a las que se ve enfrentado el operador jurídico. Por un lado, las uniones de pareja han estallado en Occidente en múltiples formulaciones, y por otro lado, la mayor cercanía que se presenta con civilizaciones no occidentales ha presionado por un mayor respeto hacia otras culturas diferentes de la occidental. Todos y cada uno de los elementos constitutivos del matrimonio se han visto trastocados.

En primer lugar, la formalidad: en Occidente el matrimonio era definido como la unión celebrada ante una autoridad civil o religiosa entre un hombre y una mujer capaces. Hoy día las parejas tienen el sentimiento de que pasar por la celebración del matrimonio no es un requisito indispensable para generarle un bienestar especial a la pareja. En Uruguay desde 1970 a la fecha las celebraciones de los matrimonios han caído un 50%. Si nos ubicamos dentro del derecho comparado, éste nos muestra que en otras civilizaciones distintas a la nuestra, la formalidad no tiene el monopolio sino que por el contrario, se han inclinado hacia modalidades consensuales de la consagración matrimonial, como en los países musulmanes, donde sólo se exige la presencia de dos testigos.

En segundo lugar la indisolubilidad, aquello que “lo que ha unido Dios no lo separe el hombre” también ha tenido sus días de gloria, pero hoy se encuentra en franco retroceso, para evitar la disolución intempestiva de los matrimonios algunas legislaciones sólo permiten la solicitud de disolución del vínculo conyugal luego de un año de celebradas las nupcias, sin duda para favorecer instantes de reflexión y posibilidades de acercamiento. Al día de hoy, no hay cultura que no permita la disolución del vínculo matrimonial.

En tercer lugar, la exclusividad o singularidad. La unión matrimonial entre un hombre y una mujer debía aceptarse siempre y cuando no existan impedimentos jurídicos que obsten a su consagración. Un parentesco demasiado cercano, una edad demasiado baja que fuera un obstáculo para el libre discernimiento, la comisión de algunos delitos, constituyeron habitualmente la base de esos impedimentos, entre los cuales estaba

también la de un matrimonio anterior no disuelto legalmente. En este sector del mundo se condenó penalmente la bigamia y la poligamia, en cuanto se partía de la base de que un hombre y una mujer no podían detentar en forma simultánea más de un estado civil de casado. Se afirmó también por la doctrina que la singularidad del matrimonio formaba parte del orden público internacional del país.

Actualmente la situación ha cambiado, la inmensa masa de inmigrantes en los países que integran la Unión Europea ha obligado a adoptar una actitud más morigerada (se ha constatado que sólo en Italia hay más 10.000 matrimonios poligámicos) al punto que se han comenzado a aceptar que los matrimonios poligámicos produzcan los más diversos efectos jurídicos, con la única excepción de inhabilitar para contraer nuevas nupcias en los países de la Unión, hasta tanto no se disuelvan las anteriores. Por otro lado, hoy es factible detentar en Occidente –en forma concurrente- el estado civil de casado y el de concubino registrado, ante lo cual se vuelve imposible tratar a los matrimonios poligámicos con la severidad jurídica de antes, consideradas como conductas “viciosas” o “degeneradas” a riesgo de cometer una evidente hipocresía.

En tercer lugar, el intercambio sexual. En la medida que el matrimonio tenía por objetivo primordial en nuestra civilización la perpetuación de la especie, era posible disolver el matrimonio si éste no se había consumado. La situación al día de hoy no parece ser tan drástica: la extensión de la vida humana ha hecho pensar que el intercambio sexual de la pareja no siempre tiene por qué darse, sobre todo respecto de matrimonios celebrados entre personas de edad avanzada, privilegiándose el intercambio afectivo y la asistencia moral y económica mutua.

Por último la heterosexualidad. Es el último bastión que identificaba al matrimonio. Al influjo de algunos países como Holanda, España, Sudáfrica y Argentina, entre otros, se ha comenzado a celebrar y a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo, y Uruguay ha presentado un proyecto a las Cámaras con la finalidad de reconocer el denominado “matrimonio igualitario”.

9. ¿Qué queda entonces como elemento decisorio para identificar al matrimonio sobre el plano internacional? Al caer cada uno de estos pilares del matrimonio “tradicional”, ¿cómo debemos entender la figura matrimonial? No debemos quedarnos con el dato sociológico porque caeríamos en un relativismo total, donde valdría lo mismo estar casado que no estarlo, ser casado que ser concubino, mantener relaciones heterosexuales como homosexuales; diversidad no es lo mismo que entrevero. Se nos dice que hoy la relación está basada en el afecto y apoyo espiritual mutuo, pero entonces ¿Qué lo diferencia de una simple relación de amistad donde puede haber algún intercambio sexual? Pensamos al respecto, que la respuesta deberá ser dada por el derecho positivo, el cual deberá establecer la extensión y los límites de la categoría matrimonial, los vínculos con las categorías vecinas, habilitando la posibilidad de una circulación horizontal y por tanto, las posibilidades de recíprocas influencias, evitando siempre discriminaciones y abriéndole a los interesados el mayor abanico de posibilidades de formar pareja, cada una con sus respectivos estatutos jurídicos.

#### **4. El reconocimiento jurídico del concubinato o unión de hecho**

10. La regulación de las uniones de hecho por parte de los Estados latinoamericanos es bastante reciente, salvo el caso de Guatemala que aprobó tempranamente un *Estatuto de las Uniones de Hecho* No. 444 de 29 de octubre de 1947,

luego modificado al incorporarse al Código Civil. Abroquelados en la defensa de una sola figura de relación de pareja –el matrimonio formal- en cuanto resumía según las concepciones de la época todos los beneficios para el grupo de personas integrantes de la misma, los Estados les quitaron relevancia a figuras alternativas, especialmente a la relación concubinaria heterosexual. No obstante, y como hemos dicho, América Latina tuvo zonas muy extensas de población donde la unión concubinaria estaba muy extendida o era predominante. La adopción de una postura más abierta en relación con las uniones de pareja ha presionado al legislador estatal a regular estas uniones como un modo de prevenir las injusticias que generalmente sufrían la concubina y los hijos de dicha unión, puesto que generalmente era el hombre quien concentraba el dominio de los recursos económicos y la titularidad de los bienes, dejando desamparados a los demás integrantes de la familia.

11. Con el objetivo de corregir esta situación que se hizo intolerable, se ha llegado a una solución sorprendente: para acceder a la protección legal la unión de hecho ha dejado de ser tal, en cuanto en la totalidad de los países de nuestro continente es necesario recorrer un procedimiento formal que lo acerca en cuanto a este aspecto al matrimonio. Es cierto que aquella pareja que no desee formalizar su unión de hecho puede hacerlo y continuar así durante toda la vida en común, pero es posible borrar este carácter puramente fáctico mediante una denuncia de concubinato por uno de los integrantes de la pareja aún luego de fallecido uno de sus miembros, o por los hijos, e incluso por terceros ajenos, como es el caso de los acreedores. La formalidad requerida legalmente varía de un modo notable de país a país. Puede consistir en una declaración ante un Notario, ante un Alcalde o Corregidor, o en un trámite judicial como acontece en Uruguay, y el trámite puede ser acompañado de alguna actividad registral.

12. ¿Cuáles son los presupuestos indispensables para la existencia de las uniones de hecho? En primer lugar, y con la única excepción de Uruguay, en los países de la región se exige como base para el reconocimiento jurídico de las uniones de hecho, que éstas tengan un componente heterosexual. La solución mencionada se elevó incluso al plano constitucional en algún país, como por ejemplo el art. 112 de la Constitución de Honduras, que “prohíbe el matrimonio y la *unión de hecho* entre personas del mismo sexo. Los matrimonios o uniones de hecho entre personas del mismo sexo celebrados o reconocidos bajo las leyes de otros países no tendrán validez en Honduras” (Énfasis agregado).

Uruguay disiente de la uniformidad existente en la región; es visible que se ha acercado a Europa y no a América Latina; el art. 2 de la ley No. 18.246 de 18 de diciembre de 2007 considera “unión concubinaria la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas –cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual (...)”. La unión de pareja estable entre dos personas del mismo sexo generará entonces, relaciones jurídicas claudicantes: válidas en Uruguay pero totalmente ineficaces en el resto del continente, en tanto y en cuanto los demás países interpondrán la excepción de orden público internacional a las mencionadas uniones.

En segundo requisito es el de la exclusividad, concepto que puede tener dos posibles sentidos. Por un lado, significaría que la relación estable de pareja heterosexual debe ser única, no compatible con cualquier relación del mismo carácter, posición asumida por todos los países de la región. Y por otro lado, la exclusividad también puede analizarse en cuanto a que una unión de hecho sea incompatible con cualquier otra unión del mismo carácter pero que podría coexistir con un matrimonio anterior no disuelto legalmente. Nuestro país, en la mencionada ley No. 18.246, estableció en el art. 2, que la relación debe ser “de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulte alcanzada por los impedimentos

dirimentes establecidos en los numerales 1, 2, 4 y 5 del Código Civil”, excluyendo de esta manera el numeral 3 que cita como impedimento “el vínculo no disuelto de un matrimonio anterior”. Por tanto en Uruguay podrán presentarse muchos casos donde uno o ambos concubinos se encuentren casados con terceras personas y a la vez unidos en unión concubinaria registrada. La singularidad a que hace alusión el art. 2 de la ley 18.246 es a la convivencia o comunidad de vida, la que no podrá coincidir con otro concubinato pero tampoco con el o la cónyuge con la que se está casado. De todos modos, los integrantes de la pareja podrán formar parte de dos núcleos familiares diferentes: uno como esposo o esposa y otro como conviviente. Aun cuando se discute en nuestro país si este concubinato es un estado civil, nada impediría que la unión estable de pareja heterosexual con un estado civil simultáneo de casado con un tercero pretenda ser reconocida por ejemplo en Colombia, y que sufra la interposición de la excepción de orden público internacional, en cuanto admitir una unión de estas características en su orden jurídico significaría aceptar que una persona pueda gozar de un doble estado civil: el de casado y simultáneamente el de unido de hecho.

En tercer lugar, la cohabitación. La convivencia manifestada a través de la cohabitación se presenta como una condición *sine que non* para la existencia de la unión de hecho. Es la manifestación externa y a la vez la prueba necesaria para que el hecho de la cohabitación pueda ser detectado por el ordenamiento jurídico y dé nacimiento a consecuencias jurídicas. Comunidad de “techo, mesa y lecho” según la fórmula de Loysel, constituyen las condiciones para configurar una unión concubinaria. En el concubinato el elemento esencial es la convivencia, la que podrá probarse por cualquier medio de prueba y se presumirá *juris tantum* si existen hijos producto de la unión. Esta exigencia produce consecuencias muy importantes en el derecho internacional privado, puesto que el punto de conexión a utilizar para seleccionar el derecho aplicable se inclinará fuertemente a favor del domicilio común, aquél donde los convivientes moren de consuno.

En cuarto lugar, ha sido habitual pensar que el concubinato reclama implícitamente la configuración de un relacionamiento sexual. Esta exigencia bien puede considerarse ubicada dentro de la necesidad de cohabitación. En tales relaciones, la cohabitación y la vida de consuno conforman un elemento fáctico indispensable que permite diferenciarlas de otros tipos de convivencia. Nuestra ley No. 18.246 es la única que exige a texto expreso “una relación afectiva *de índole sexual*, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente” (Énfasis nuestro), o sea que para el legislador vernáculo la relación carnal sería indispensable en el concubinato. La doctrina ha criticado esta solución, al considerar que no necesariamente la relación entre los concubinos debe ser de índole sexual sino que puede ser de naturaleza puramente afectiva, sin intervención del sexo, solución que acompañamos con la idea de validar los concubinatos entre personas adultas mayores; y porque además, la postura de probar la existencia o no de relacionamiento sexual constituiría una intromisión indebida en la vida privada de las personas y atacaría sus derechos fundamentales.

En quinto lugar, todas las definiciones existen una cierta estabilidad. En algunas legislaciones se exige el cumplimiento de un plazo mínimo que demuestre la presencia de una relación concubinaria, plazo que oscila en el derecho comparado regional, entre 3 y 5 años. La fijación de un plazo facilita la tarea para detectar y calificar como uniones de hecho a determinadas parejas convivientes. Pero otras soluciones legales abandonan los plazos y se inclinan por demostrar la duración de la convivencia probando que la pareja ha procreado hijos o han realizado actividades económicas en conjunto, o han adquirido una vivienda en común. Uruguay ha optado por el plazo máximo de 5 años.

Por último, resulta indispensable una sexta exigencia: la de la notoriedad del vínculo. El art. 223 del C.C. de Ecuador y el art. 173 del C.C. de Guatemala establecen que “se presume que la unión es de este carácter cuando el hombre y la mujer así unidos, se han tratado como marido y mujer en sus relaciones sociales y así han sido recibidos por parientes, amigos y vecinos”. Por tanto, en la mayoría de los países latinoamericanos, la pareja debe comportarse como si fuese marido y mujer y esta relación debe ser conocida por terceros. Uruguay es la excepción, al no exigir la notoriedad o publicidad; ello fue debido a que al incluir en la regulación legal a las parejas homosexuales sería un contrasentido utilizar “el latinazgo *more uxorio* porque a dichas parejas les estaría vedada la posibilidad de casarse.

**13. Aspectos internacionales.** La extrema movilidad de las personas, alentadas por los procesos de integración económica y política, conduce en ocasiones a la necesidad de acreditar el vínculo concubinario en un país diferente de aquél donde dicho vínculo se originó. Ello origina situaciones complejas debido a que a diferencia del matrimonio que se prueba con el testimonio de la partida correspondiente, el concubinato tiene un origen puramente fáctico que pudo o no haber sido reconocido legalmente. Aquí pueden darse diversas situaciones:

a) supongamos que el concubinato se conformó en el exterior y la pareja lleva más de 5 años de vida en común pero el ordenamiento jurídico vigente en el país no le reconoce ningún efecto jurídico general a la categoría “concubinato”. ¿Qué posición tomar en la hipótesis de que se trasladen a vivir a un país donde el concubinato es aceptado y regulado legalmente? Pensamos que esta pareja podrá sin inconvenientes probar el plazo de vida en común transcurrido en el extranjero e iniciar en el nuevo país y bajo su orden jurídico, el reconocimiento de esa unión. El problema será únicamente de obtener la prueba necesaria;

b) puede acontecer que la pareja haya comenzado a cohabitar en un determinado país sin haber completado el plazo requerido por el mismo, e incluso el del país donde se han trasladado a vivir. ¿Podrá tomarse en cuenta el tiempo transcurrido para completar el plazo legal? No vemos inconveniente en admitir el tiempo vivido de consuno en el país extranjero, siempre que no se interrumpa. El único objetivo del cumplimiento del plazo marcado por la legislación del Estado donde se realiza el pedido del reconocimiento - que en parte ha transcurrido en otro u otros países- es el de permitir a los convivientes acceder a la autoridad pública o al profesional privado, para presentar a prueba de su vida en común;

c) una última hipótesis estaría constituida por aquella pareja que comenzó a vivir en común en un país extranjero donde no se requiere formalidad alguna para su reconocimiento como concubinos, lo cual genera la pregunta de si debe cumplir con alguna formalidad en el país donde pasaron a vivir con posterioridad. La respuesta podría ser la siguiente: sólo si es imperativa la ley del Estado receptor deberá cumplirse con el trámite correspondiente, para que en este nuevo país produzca consecuencias jurídicas.

**14. El concubinato homosexual.** Sólo un puñado de países - preferentemente europeos- han admitido al concubinato entre personas del mismo sexo. En los países musulmanes las prácticas homosexuales generan penas de cárcel y hasta de muerte. En Europa la postura no es uniforme ya que Polonia, Letonia y Lituania han buscado un blindaje constitucional con la finalidad de proscribir la celebración de tales matrimonios, para ponerse al abrigo de la posible arbitrariedad del legislador ordinario, según los comentaristas. En América Latina, el art. 112 de la Constitución de Honduras consigna que “se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo”.

Aquellos países que han intentado regular las uniones entre personas del mismo sexo han seguido *grosso modo* dos caminos. Algunos han preferido la equiparación total de los matrimonios entre personas del mismo sexo con el matrimonio heterosexual. Ha sido la solución de Holanda (2001), Bélgica (2003), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2009) y Argentina (2010). Otros han realizado una equiparación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el extranjero a las uniones de hecho, centrándose particularmente sobre los aspectos patrimoniales. Uruguay se ubicaría dentro de esta clasificación a pesar de que aún no existe jurisprudencia firme al respecto, lo cual significa que todo matrimonio proveniente del extranjero celebrado entre personas del mismo sexo, será tratado como unión de hecho y se le aplicará el régimen de bienes en la pareja, que es similar al del matrimonio heterosexual.

El problema que genera la sanción de las nuevas leyes extranjeras que aceptan el matrimonio de estas personas es –para aquellos países que no lo han regulado– el de su eficacia extraterritorial. Nuestro país tiene la obligación de aplicar de oficio el derecho extranjero, sólo podrá eximirse de hacerlo en situaciones excepcionales, en el caso bajo estudio podrá ser por dos motivos: por razones de orden público internacional o de institución desconocida. Pensamos que ninguna de estas dos excepciones podrá ser invocada, recurriéndose en ciertas hipótesis al orden público internacional atenuado.

**15. Régimen de bienes en el concubinato.** No existen en el ordenamiento jurídico uruguayo normas de derecho internacional privado nacional que atiendan al régimen de bienes en el concubinato. La Ley No. 18.246 sólo atiende a los concubinatos de derecho interno. Nos encontramos entonces, ante la falta de una regla de conflicto nacional o convencional que regule el régimen de bienes en el concubinato. Como la mayoría de las legislaciones de la región establecen que lo no regulado se regulará por lo dispuesto en el matrimonio, parece oportuno inspirarse en el art. 2397 del Código Civil, y someter el régimen de bienes a “la ley del domicilio de los concubinos al momento de su reconocimiento oficial”.

## **5. Disoluciones de la pareja**

**16.** En tanto el modelo de matrimonio impuesto por el Concilio de Trento se extendió por toda la Cristiandad, se consagró el denominado matrimonio formal, el cual sólo podía disolverse mediante la muerte. Sin embargo, este modelo no fue acatado al pie de la letra debido a dos factores: en primer lugar, en el Nuevo Continente los pueblos originarios mantuvieron sus costumbres ancestrales a pesar de las medidas adoptadas por los colonizadores, y por otro lado se fue considerando inadmisibles que un matrimonio mal avenido estuviera obligado a convivir hasta su muerte, por lo que el reconocimiento del divorcio se volvió imperativo como modo de zanjar la discordia. De ahí en más, al reconocerse varias formas de uniones de pareja, llevó al legislador a la convicción y aceptación de que las formas de desunión de las parejas también podían ser múltiples, matrimoniales o no.

**17.** El panorama entonces es mucho más amplio y complejo: tenemos el divorcio pero también la ruptura de la unión libre, la separación de cuerpos, el repudio unilateral, la nulidad del matrimonio, o la simple separación de hecho entre personas del mismo o

de diferente sexo. Las legislaciones de los Estados se han empeñado en regular todas esas posibles situaciones. En cambio, el derecho internacional privado ha sido más lento y todavía tiene varios vacíos para cubrir con el objetivo de satisfacer los genuinos intereses de los particulares -todo ello a pesar de que las dificultades de las parejas en el ámbito internacional son cada vez más frecuentes debido a las uniones entre personas de diferente nacionalidad, de diferentes culturas, el acceso al mercado de los dos integrantes de la pareja lo que muchas veces obliga a tener domicilios en diferentes Estados, y que conlleva a que la pareja no tenga la misma nacionalidad pero tampoco el mismo domicilio- conduce al quiebre del concepto de unidad tan caro a las soluciones de derecho internacional privado.

De un modo paulatino se ha está dejando de lado el principio *actor sequitur forum rei* (o domicilio del demandado) para inclinarse por la competencia del juez del domicilio del actor, cuyos intereses en estos casos se consideran más dignos de protección – especialmente los de la mujer- antes que los del demandado. Lo más importante de todos estos cambios en el derecho internacional privado radica en la eliminación progresiva de reglas de conflicto que contengan puntos de contacto que reflejen la supremacía de ciertas personas basadas en el sexo, en cuanto lo que importa es reconocer la competencia del juez que *a priori* se encuentre mejor ubicado para apreciar la situación familiar, evitando o rechazando cualquier tratamiento discriminatorio entre marido y mujer.

Estos cambios se reflejan en el ámbito de la ley aplicable: se rechaza la ley del marido y se redactan reglas de conflicto igualitarias, aun cuando debemos destacar una vez más, que esta evolución se da únicamente en Occidente, manteniendo el resto del mundo sus convicciones ancestrales. La autonomía de la voluntad de los integrantes de la pareja para regular su unión de la manera más aceptable a sus expectativas personales lleva consigo la libertad para decidir su ruptura, reconociéndose y facilitándose las posibilidades de divorciarse y sustituyéndose el divorcio-sanción por el divorcio-remedio, el cual es considerado más bien como la constatación de un fracaso, sin culpables específicos.

En definitiva, se reconoce la libertad de la pareja de desprenderse de una unión que no quieren más. Ello favorece la adopción de una postura *favor divortii* que conduce a la redacción de reglas de conflicto con más de un punto de conexión y en la posibilidad de las partes de elegir el foro competente para tratar la desunión. Debemos asumir una concepción amplia de la decisión extranjera, evitando rechazar decisiones de disolución de uniones de pareja por el único motivo que no han sido decretadas judicialmente. Debemos sí constatar que la base de competencia internacional haya sido respetada más allá del modo de disolución de la unión, competencia ejercida sin *fraudem legis*, donde se hayan respetado los derechos de la defensa. En suma, que la disolución se vea rodeada de las garantías indispensables para su reconocimiento internacional. Por otro lado, una decisión extranjera que retuviere como causal de divorcio una desconocida en el foro del reconocimiento, no debe ser considerada siempre como atacando al orden público internacional del Estado requerido.

**18.** Si las tendencias expuestas son las referidas al divorcio, mayores son las dificultades y menores las propuestas de soluciones legislativas y judiciales en materia de uniones libres y del reconocimiento internacional de sus disoluciones. Aun no existen reglas de conflicto regionales sobre las uniones libres en cuanto a los requisitos para reconocer internacionalmente su existencia, pero tampoco sobre la posibilidad de reconocerles eficacia extraterritorial a su disolución. Ello provoca indudablemente soluciones muy divergentes de país a país, donde se las puede asimilar al matrimonio, o colocarlas en un lugar próximo aunque impidiendo una asimilación total, o

adjudicándoles una ubicación fuera del derecho de familia para concentrarlas dentro del derecho de las obligaciones, especialmente en las hipótesis donde las uniones de hecho se hallan integradas al campo contractual.

**19.** Respecto a la formalización de la unión concubinaria, los procedimientos varían en el derecho comparado: puede exigirse la intervención de una autoridad administrativa (un oficial del Registro o un Alcalde) o judicial (Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador y Uruguay). También es admitida la intervención notarial, como en el caso de Colombia, Guatemala y la provincia de Québec en Canadá.

**20. *Los problemas del repudio musulmán.*** En los países musulmanes es posible que el hombre pueda divorciarse por la sola palabra. En la actualidad hay tres maneras de disolver el matrimonio en forma voluntaria: por el repudio, el rescate o el divorcio. El repudio es un derecho masculino mediante el cual se pone fin al matrimonio a través de una declaración unilateral de voluntad, sin tener que justificarlo de alguna manera y sin pasar por ningún tribunal judicial; es suficiente con pronunciar tres veces la palabra *talak*. Los sentimientos de los jueces europeos respecto del repudio han cambiado: en 1948 el Tribunal de Apelaciones de Roma sostuvo que el repudio –realizado en Siria entre dos sirios– repugnaba la mentalidad moral y jurídica de los pueblos que han obtenido un grado mayor de civilidad y que el matrimonio occidental tenía un contenido ético y social del que carecían los pueblos orientales. Hoy esas expresiones son juzgadas de intolerantes e intolerables.

El problema mayor consiste en determinar si debemos otorgarle al repudio un reconocimiento internacional. Indudablemente se encuentran vulnerados la igualdad de los sexos y el de no discriminación (el hombre puede repudiar a su mujer, pero ésta no puede hacerlo). No obstante, los países occidentales han comenzado a reconocerle eficacia extraterritorial si se dan ciertas condiciones: que el repudio haya sido pedido por la mujer o que la mujer sea quien solicite el exequátur de un repudio practicado en el extranjero; o que esta última obtenga una compensación económica denominada “donación de consuelo.” En suma, lo que se rechaza es el repudio unilateral no aceptado, pero sí el consentido. Las razones sobre las que se funda este cambio son variadas: si se rechazara la eficacia extraterritorial de un repudio alegado por la mujer musulmana, se la estaría perjudicando, por cuanto en Occidente se la seguiría considerando como casada en cambio en Oriente su marido no; por tanto, ella no podría casarse nuevamente; los hijos serían de su exmarido y no de su nueva pareja; si ella fallece el exmarido comparecería a la sucesión, etc. El repudio realizado en el extranjero es un acto privado que no requiere de intervención de ninguna autoridad pública, indudablemente se trata de un acto que modifica un estado civil (el de casado); en tal sentido y realizando una interpretación extensiva adecuada al derecho internacional privado, podría ubicárselo dentro del régimen la eficacia internacional de un documento privado o implementar un régimen *ad hoc* similar al de una sentencia constitutiva, pero en ninguno de las dos hipótesis debería pasar por el trámite del exequátur (art. 537.1, 539.3 y 539 del C.G.P.). Si el musulmán quiere repudiar a su esposa en Uruguay no podrá hacerlo, ya que en nuestro ordenamiento jurídico sólo podrá solicitar el divorcio por vía judicial, lo cual significa un trámite más complejo que un simple repudio privado.

En la hipótesis de un divorcio judío el tribunal rabínico (único facultado para intervenir) puede obligar al marido –si no lo hace voluntariamente– a entregar a su esposa el escrito de repudio o *geth* cuando ya no quiere mantener el vínculo matrimonial con su mujer. Al día de hoy, la entrega del *geth* -que según la ley mosaica era un acto discrecional del marido- se halla bajo el control del tribunal rabínico (religioso), el cual no tiene como función pronunciar una sentencia sino controlar que la acción se realice conforme a la

tradicción; esta exigencia lo ha transformado de acto privado en acto público, siempre que previamente se haya resuelto la cuestión económica y la guarda de los hijos.

**21. *El divorcio del matrimonio entre personas del mismo sexo.*** El problema que presenta la disolución de un matrimonio entre personas del mismo sexo para aquellos países que no reconocen este tipo de unión, es saber si es posible divorciarlos de acuerdo al derecho local. La actitud más extendida consistirá en argumentar que si no pueden reconocerse los matrimonios entre personas de tales características, tampoco sería posible permitirles divorciarse.

**22. *La disolución del concubinato entre personas del mismo o de diferente sexo.*** En el mismo camino por que el transitan las uniones concubinarias en el continente americano en el sentido de su formalización indispensable, también se requiere de un modo ineludible el cumplimiento de determinados requisitos formales para la disolución del vínculo concubinario. La decisión extranjera –judicial, administrativa o notarial- declarando disuelto el concubinato en el extranjero entre hetero u homosexuales, tendrá plenos efectos en Uruguay, previa traducción y legalización cuando correspondiere y deberán el inscribirlo en el Registro local.

## **6. Los menores de edad y la satisfacción de su interés superior**

**23.** Uno de los cambios más trascendentes en el derecho de familia a mediados del s. XX ha sido la aprobación de la *Convención de los derechos del niño* por la Organización de las Naciones Unidas de 6 de diciembre de 1989, donde se produjo un cambio de enfoque fundamental: el niño considerado como un incapaz, quien quedaba sometido a las decisiones de los mayores que lo tenían a su cargo, y que padecía de una presencia irrelevante en el campo del derecho, es considerado a partir de dicho momento, un sujeto de derecho, dotado de un estatuto propio y detallado, donde se consagra el principio básico de que siempre deberá satisfacerse su interés superior en aquellos asuntos que le conciernan. A partir de ahí, el concepto de “interés superior del menor” se ha esparcido por los derechos internos y las Convenciones internacionales sobre minoridad, volviéndose indispensable para evaluar todas aquellas decisiones que de alguna manera lo involucren. Pero no hay que confundir el interés superior del menor con la necesidad de un instante, ni con los caprichos del niño o adolescente –ninguno de ellos puede convertirse en un pequeño Napoleón- y aún el mejor interés del menor puede no llegar a ser su interés superior; sólo lo serán aquellos que entronquen con sus derechos fundamentales.

Sin duda se trata de un concepto profeiforme, que adquirirá su consistencia en manos de los jueces. Por tal motivo, la doctrina ha aconsejado distinguir lo que es el derecho o el interés abstracto de los menores y el interés concreto que emerge de la realidad específica.

Respecto del derecho o interés abstracto del menor éste consiste en establecer cuál es el sentido y contenido de este derecho o interés y cuáles son sus objetivos, es el ámbito idóneo del legislador. Desde esta óptica, el derecho abstracto tomaría las características de una noción marco; así el art. 9 del *Código de la Niñez y Adolescencia* de Uruguay señala que hay “derechos esenciales” en cuanto “todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones, cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social”.

En cuanto al interés concreto, éste se centra en la esfera práctica, obedece a una lógica fáctica y se compone de elementos circunstanciales, irreductibles, rebeldes a cualquier sistematización, ya que sistematizarlos significaría desatender las particularidades del caso. Hace referencia a elementos de hecho, es el campo idóneo del magistrado, quien deberá evaluar su plasmación real.

La noción marco no puede ser suficiente para evaluar el interés superior del menor, será necesario impregnarse de la situación fáctica para obtener la satisfacción de dicho interés. La técnica a utilizar para determinarlo será tomar en consideración en primer lugar los elementos de orden extrínseco, que pueden ser de orden financiero (analizando su situación económica), domiciliario (examinando su centro de vida), sanitario (la determinación de si es necesario un régimen alimentario particular, condiciones de vida, tratamientos médicos específicos, etc.), psicológico (que obliga a examinar posibles traumas ante la implementación de determinadas medidas), y educativo (que permita darle aquella educación que lo potencie de la mejor manera para el futuro). Y en segundo lugar debemos contemplar los elementos de orden intrínseco: los cuales no puede emanar sino de una evaluación del niño en sí mismo, pero además de la percepción que el propio menor tenga de su interés. Para llevar a cabo este análisis, el niño o adolescente debe ser oído, tomándose en cuenta sus apreciaciones en función de su edad y grado de madurez. Todo niño o adolescente tiene derecho a expresar su opinión o punto de vista en los asuntos que lo afecten. En síntesis, a través de una tarea de conteo de los elementos significativos del caso concreto; de su adecuación, modulación o afinamiento; de pesaje de la importancia de cada uno de ellos; y del equilibrio, balance o contrapeso entre los intereses de las distintas personas vinculadas con el niño, es que emerge *al final*, el interés superior del menor en el caso concreto.

El derecho del niño a ser oído se ha manifestado ya en derecho positivo. La *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores* exige el consentimiento del menor que cuente con 14 años de edad, para convertir la adopción simple en adopción plena (art. 13). El *Código de la Niñez y de la Adolescencia* de Uruguay también requiere del consentimiento del niño o adolescente para la modificación de los apellidos en la hipótesis de una adopción. En igual sentido corre el proyecto de ley sobre matrimonio igualitario en trámite parlamentario. En cuanto a la *Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores* obliga al juez del Estado donde se encuentra el menor sustraído a oír al menor antes de decidir si lo reintegra a su Estado de origen o no (art. 11 inc. final).

## **7. Las filiaciones**

**24.** Por filiación debe entenderse un vínculo jurídico coincidente con el biológico o similar al biológico, entre una persona y sus descendientes, del cual se derivan un haz de consecuencias jurídicas. La filiación puede ser matrimonial o extramatrimonial, y con posterioridad se ha agregado la filiación adoptiva, que se trata de un vínculo esencialmente jurídico sin contrapartida biológica alguna. En la actualidad existe una fuerte tendencia hacia la unidad en el tratamiento del vínculo filiatorio. Por un lado se está suprimiendo la diferenciación entre filiación matrimonial y extramatrimonial, porque se considera un trato discriminatorio hacia los hijos, que no tienen la culpa de su estado. Y por el otro, se trata de privilegiar la figura de la filiación adoptiva plena, total, acercándola al régimen de la filiación matrimonial y tutelando al menor antes que a la pareja adoptante. Aun cuando conviene precisar que la concesión de igualdad de derechos en estas tres hipótesis de filiación no implica necesariamente

igualdad de régimen, por cuanto por sus características específicas cada una de ellas exigirá un trámite propio y adecuado.

**25.** Respecto de las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales (una designación más adecuada que “legítima e ilegítima”, en cuanto estas últimas resumen una nota de ilegalidad), la parificación en el continente ha sido por lo general absoluta, ambas filiaciones gozan de los mismos derechos y obligaciones. Uruguay ha suprimido uno de los últimos vestigios de discriminación que permanecía en el campo sucesorio, y que establecía que los hijos extramatrimoniales debían percibir una parte menor en la sucesión de sus padres, que la de los hijos matrimoniales.

**26.** En cuanto a la filiación adoptiva, la tendencia es a propiciar la adopción plena antes que la simple. La primera es especialmente indicada en el campo internacional debido a que el niño o adolescente es trasladado a un país lejano, y probablemente nunca más vuelva a su país de nacimiento. De todos modos, la *Convención de los derechos del niño* obliga a que éste se vea acompañado de su cultura ancestral de manera de respetar sus orígenes.

**27. *La biotecnología y su incidencia sobre la filiación.*** Sin embargo, el verdadero reto actual no consiste en esta tendencia hacia la ausencia de cualquier trato discriminatorio entre las diferentes filiaciones anotadas sino a las diferentes formas de filiación que se están obteniendo con las técnicas más modernas que nos proporciona la biotecnología. Los adelantos científicos han provocado un desmantelamiento de los sistemas jurídicos internos y ha repercutido igualmente sobre el derecho internacional privado, el cual se verá obligado a cambiar.

Hay que tener en cuenta la inseminación artificial que puede ser homóloga (cuando el aporte genético con que se efectúa la concepción es el del marido) o heteróloga (cuando el marido es estéril o padece de alguna otra disfunción o enfermedad y los cónyuges no quieren hacer uso de la filiación adoptiva, ante lo cual acuden a un dador extraño a la pareja). Todo ello da lugar a un gran número de combinaciones que constituyen verdaderos quebraderos de cabeza para encontrarles una solución jurídica adecuada.

**28.** La inseminación artificial homóloga es la que presenta menos problemas, en cuanto los componentes genéticos (el óvulo de la mujer y el espermatozoide del hombre) pertenecen a ambos cónyuges. En tal hipótesis no se suscita ningún problema de encuadre jurídico, puesto que la procreación tiene lugar en el ámbito del matrimonio y entre quienes revisten la calidad de cónyuges. Por tanto acá habrá filiación matrimonial. El problema puede aparecer cuando se ha producido al depósito del semen del marido en un banco de espermias, donde ha quedado congelado, luego el marido fallece y debe resolverse sobre el pedido de la viuda de su inoculación para dar a luz un bebé. De admitirse el petitorio se estaría destrozando la regla implantada en la mayoría de los Códigos Civiles de la región, en cuanto a la presunción de hijos matrimoniales en cuanto hayan nacido dentro de los 300 días de la muerte del padre o de la declaración de divorcio o de nulidad del matrimonio. Trastoca indudablemente el régimen de las sucesiones, por más que el trámite sea puramente declarativo, la aparición de un nuevo hijo en un plazo muy alejado del citado afecta la paz social. Como se percibe, no hay unanimidad en el tratamiento legislativo del tema, y la mayoría de las legislaciones son mudas sobre el punto, quedando sobre el plano judicial la apreciación a realizarse. Se ha dicho que no puede considerarse hijo póstumo en cuanto faltó el consentimiento del marido y aún cuando éste lo hubiere dado por testamento, no valdría en cuanto trastornaría el sistema sucesorio ya que los ordenamientos jurídicos tradicionales exigen que el heredero del causante se encuentre al menos concebido al momento del fallecimiento de este último. Esta posición es criticable, la filiación produce más efectos

que los estrictamente sucesorios, por ejemplo llevar el apellido de los padres y en tales hipótesis debería ser considerado como hijo matrimonial pero sin derechos sucesorios, por cuanto no estaba gestado al momento de la muerte del padre y en este caso no puede invocarse la representación. A dicho momento sólo hay espermatozoide, ni siquiera un embrión, hay una sustancia pero no hay vida humana.

**29.** En numerosos países se prefiere la filiación obtenida por medios heterólogos antes que la adoptiva. Las razones pueden ser múltiples: los cónyuges participan del período de gestación, el bebé viene al mundo con los rasgos físicos y psíquicos de al menos uno de sus padres, y nace y crece en el seno de un hogar, que como hecho psicológico también es importante. En general, el derecho positivo considera que el donante anónimo de espermatozoide (generalmente seleccionado entre personas jóvenes, preferentemente estudiantes universitarios con alto porcentaje intelectual) debe mantener su calidad de tal, y que carece de toda pretensión en cuanto abdicó voluntariamente de su paternidad jurídica. Pero el problema puede estar en la otra punta de la relación: en el esposo de la madre fecundada con el aporte genético de un tercero, donde para evitar conflictos futuros parece indispensable solicitarle su consentimiento; sin embargo, no hay uniformidad de soluciones en cuanto a qué puede acontecer si luego el padre “social” potencial decide retractarse. En el derecho comparado hay soluciones que excluyen la pretensión de impugnar la paternidad del hijo cuando el marido dio su consentimiento, basándose en la doctrina de la responsabilidad por actos propios y en el hecho de que no puede invocar su propia torpeza, ante lo cual la aceptación debe considerarse definitiva.

**30.** Otro aspecto por demás interesante es la hipótesis de la fecundación extrauterina que ha comenzado a practicarse a partir de 1978 cuando en Gran Bretaña nació una niña que hoy se llama Louis Brown, a través de una técnica revolucionaria en dicho momento como fue la fecundación *in vitro*. Como hemos señalado, si esta técnica genética se lleva a cabo con el óvulo de la esposa y el espermatozoide del cónyuge, serán aplicables las normas que regulan la filiación matrimonial. En el caso de la maternidad por sustitución, maternidad subrogada o vientres de alquiler, hay un tema importante a dilucidar en los Códigos Civiles y de Familia de la región. Por lo general, éstos han vinculado la maternidad con el hecho del parto, dando fundamento al adagio romano *mater semper certa est*. El art. 242 del C.C. de Uruguay admite la investigación de la maternidad, consistiendo la prueba en el hecho del parto y en la identidad del hijo, porque para los codificadores de la época en que fueron redactados, procreación, gestación y parto eran mirados desde una perspectiva unitaria, en cuanto correspondían a la filiación que podríamos denominar “natural”. Los adelantos biotecnológicos han pulverizado este aforismo por cuanto en la actualidad el parto no asegura de ninguna manera, que la parturienta sea la madre genética.

**31.** En cuanto al padre, hasta el s. XIX era considerada tal el marido de la madre: *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Por tanto, la paternidad se basaba en el hecho cierto del parto y se consagraba mediante presunciones basadas en la maternidad (cierta) y en los mutuos deberes de cohabitación y de fidelidad. Es lo que dice el art. 214 del mismo Código: “viviendo los cónyuges de consuno, la ley considera al marido, padre de la criatura concebida durante el matrimonio”.

**32.** Debido a la biotecnología, el fenómeno de la maternidad por sustitución ha dado lugar a la aparición de otros conceptos de maternidad, según el grado de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así podemos ver las siguientes situaciones donde hay: una madre plena (que es procreadora y gestante); una madre gestante (aquella que recibe un embrión ajeno para llevar el embarazo a término); una madre genética (la que aporta el óvulo, el cual es fecundado con espermatozoides

del hombre integrante de la pareja comitente); y una madre social o legal (aquella mujer que sin haber participado en la procreación asume frente al niño los deberes y obligaciones propios de la maternidad). Por tanto, la pregunta de quién es el padre ha cambiado de género por otra formulada así: ¿en estos casos quién es la madre? Parece indispensable ir a la búsqueda de otros criterios relevantes para determinar la maternidad, y consecuentemente, la paternidad. Corresponde entonces interrogarse si todas aquellas mujeres que han intervenido en el alumbramiento del niño tienen algún derecho relacionado con este último o ninguno. Las soluciones que está dando la jurisprudencia parece ir hacia una postura positiva, admitiendo el reconocimiento de una maternidad compartida, de la patria potestad compartida con la tenencia o la guarda a favor de una; de la posibilidad de que ante el fallecimiento de quien figura jurídicamente como madre, aquella que intervino en el proceso procreativo pueda adquirir la calidad de madre subrogada, de la concesión de un derecho de visita hacia una de ellas, etc. El objetivo es contribuir a normalizar la situación problemática de modo y manera que no se vuelva algo traumático para el niño o vaya en desmedro de su interés superior, que en última instancia se consustancia con sus derechos fundamentales.

**33.** Es cierto que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales rechaza la posibilidad de una maternidad subrogada, algunos en forma expresa y otros sin regularla específicamente muestran una cierta hostilidad a esta forma de fecundación médicamente asistida. Pero también es verdad que algunos países como la Federación Rusia, India, Grecia y en nuestro continente, algunos estados de los E. U. de A, y el Estado de Tabasco en los Estados Unidos Mexicanos, la consienten y regulan con mayor o menor liberalidad. Entonces se trata de un hecho presente e inevitable que genera sobre el plano internacional la necesidad de determinar la eficacia internacional de esas maternidades. En otras palabras: ningún Estado puede abroquelarse detrás de una negativa absoluta, porque no puede dejarse a ninguna persona en el limbo jurídico; aún en las hipótesis de negativa a admitir la maternidad subrogada, ésta se colará por la ventana al tener que tratarla como una cuestión previa o un derecho adquirido. La importancia de esta cuestión no puede ser minimizada, sólo daremos un dato muy esclarecedor: el Estado indio percibe por estas prácticas alrededores de dos mil millones (dos billones) de dólares anuales, existiendo más de 200.000 clínicas exclusivamente dedicadas a la maternidad por subrogación. Hay dos destinos preferidos para las parejas del mundo desarrollado: o ir a India o al estado de California en los E. U. de A. Se contrata una madre subrogada, se estipulan los gastos en que se incurrirá por el embarazo y la pérdida de días de trabajo de la misma, y llegado al momento del parto generalmente la pareja homosexual inscribe al niño como hijo biológico *de ambos* integrantes de la pareja en el Registro local, por ejemplo el californiano. Luego regresan al país de origen, pretendiendo validar el testimonio de la partida de matrimonio extranjera, debidamente traducida y legalizada. Como puede apreciarse no hay una sentencia judicial sólo un documento público al cual se le pretende dar eficacia extraterritorial.

**34.** Estas situaciones han ocurrido numerosas veces en la vida real. Sin ir más lejos, tal fue lo acontecido con un matrimonio de hombres españoles quienes utilizaron los servicios de una madre de alquiler californiana, y luego del parto y de haber obtenido el testimonio de la partida de nacimiento pretendieron inscribirla en el Registro Civil del Consulado español en dicho estado, a lo que el Cónsul se negó aduciendo que el art. 10 de la ley No. 14/2007 considera nulos de pleno derecho los contratos de maternidad por sustitución. Ante el rechazo la pareja reclamó una resolución ante la Dirección General de los Registros y del Notariado de España, la cual

se expidió el 18 de febrero de 2009 señalando que la filiación de los nacidos en California no suscita un problema de derecho aplicable a la filiación sino una cuestión de los efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera. La Dirección consideró que los menores *ya habían nacido*, y que era el interés de estos últimos el que debía *ahora* atenderse, ante lo cual debía propiciarse una filiación única. Se razonó que estos menores son sujetos de derecho, distintos y completamente ajenos al otorgamiento del contrato, aun cuando fueren una consecuencia del mismo.

**35.** Pero el 5 de octubre de 2010 la Dirección de los Registros y del Notariado de España cambió de opinión a través de una Instrucción, yéndose prácticamente a las antípodas. A partir de dicho momento se exigió que las filiaciones obtenidas mediante este procedimiento debían cumplir con los siguientes requisitos: deben provenir de una autoridad judicial y en ningún caso debe aceptarse una simple inscripción registral; la decisión judicial extranjera debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada y quedar sometida al trámite del exequátur, salvo que el procedimiento haya sido de jurisdicción voluntaria en virtud de lo cual bastará la realización de un procedimiento incidental dentro del mismo Registro; deben controlarse los requisitos formales de autenticidad mediante la legalización y traducción; y el procedimiento no debe haber vulnerado el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante; que no exista una simulación que encubra un tráfico internacional de niños; y que los consentimientos prestados sean considerados irrevocables por el ordenamiento jurídico de origen.

**36.** Como puede constatarse, las autoridades públicas vacilan respecto a la actitud a asumir ante los hijos nacidos de vientres de alquiler; todavía no existe consenso en el derecho positivo interno y muchos menos sobre el plano internacional. Parecería que la mejor solución sería integrar el procedimiento de fecundación médicamente asistida a través de un procedimiento judicial obligatorio, de manera que el triángulo o incluso el pentágono de los sujetos involucrados tengan sus derechos y obligaciones perfectamente establecidos: la madre social o legal, el esposo de ésta que sería en principio el padre biológico, la madre por sustitución o procreadora, y su esposo (dado que en la mayoría de las legislaciones se exige que la madre sea casada y que no intervenga en más de dos casos de fecundación asistida) y las clínicas, cuya actuación debe ser rigurosamente controlada para evitar un tráfico internacional de menores. Nuestra opinión va en el sentido de implantar un régimen estatutario sobre el plano internacional a través de una Convención con un régimen semejante pero no igual al de la adopción, porque en esta última hipótesis el niño ya ha nacido y en el primero aun no, solo es un proyecto.

**37.** Esta situación de las madres de alquiler ha trastocado e incluso puesto en entredicho el objetivo propio de la adopción. Generalmente se dice que el instituto de la adopción no está consagrado en beneficio de aquella pareja que no quiere o no puede tener niños sino en beneficio de un menor abandonado, con la finalidad de procurarle un hogar lo más pronto posible que lo promocióne socialmente. Es al niño en situación de grave riesgo ante la pérdida de su hogar a quien hay que mirar, y no a los eventuales padres adoptantes. Pero en el caso de la maternidad subrogada –en la medida que se la habilite– es evidente que hay un derecho *al* niño, privilegiándose el interés de la pareja comitente por sobre los del niño y los de la madre por subrogación. Esta última accede a estas prácticas por las necesidades de dinero, dos o tres mil dólares para ella significan un cambio de vida importantísimo, el esposo también evalúa este ingreso y debemos evitar que el Estado, las clínicas o el marido de la mujer subrogada la vean como una incubadora humana, como un objeto que proporciona un rendimiento económico, en cuanto estaríamos orillando la práctica de una prostitución. Además, consideramos que debe ser obligatoria la contratación por parte de la pareja comitente de un seguro de

discapacidad para el niño –por si éste nace con defectos y nadie lo quiere- o de la madre de alquiler –por si ésta muere con motivo del parto o sufre diferentes discapacidades por tal causa-.

## **8. El nombre de las personas físicas y el ejercicio de la autonomía de la voluntad**

**38.** No podríamos trazar un panorama de lo acontecido en el derecho de familia a fines del s. XX y comienzos del presente s. XXI si no volcáramos nuestra mirada hacia el nombre de las personas físicas y el ingreso de la autonomía de la voluntad en campos donde dicha autonomía no existía. El nombre es una de las muchas formas que existen para individualizar o identificar a los seres humanos. Generalmente algunas o todas esas formas se unen para una mejor individualización del sujeto: la edad, el estado civil, la nacionalidad, el domicilio, el lugar y fecha de su nacimiento, los datos que surgen de su credencial cívica, las huellas dactilares, etc. Todo sujeto de derecho necesita de un signo permanente y fácil de individualización y esa función la cumple el nombre civil. En la necesidad de que una persona física tenga un nombre concluyen tanto intereses públicos como privados; hoy día el derecho al nombre constituye un derecho humano fundamental. En muchas civilizaciones el nombre comprende generalmente una sola palabra, pero en otras se hace necesario ligar al nombre de pila, el nombre de la familia a la que el individuo pertenece. Interesa saber en nuestro caso, si la persona puede continuar identificándose a través de las fronteras con su nombre de pila y su o sus apellidos de nacimiento adjudicados legal, administrativa o judicialmente, o si por el hecho de traspasarlas debe someterse a cada ley local.

**39.** En este campo es aplicable entonces, el principio de la necesidad. El Pacto de San José de Costa Rica establece en el art. 18 que toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño ha establecido en el art. 7.1 que el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá a un nombre desde que nace. El art. 8.1 proclama que los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

El *Código de la Niñez y Adolescencia* de Uruguay reconoce en el art. 8 como principio general, que todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana, y dentro de los derechos esenciales está expresamente reconocido el derecho a la identidad (art. 9). El art. 26 especifica claramente que todo niño tiene derecho desde su nacimiento, a ser inscripto con nombre y apellido. Y en el artículo siguiente se consignan las diferentes posibilidades en las que ese niño puede encontrarse: inscripto por ambos padres, por uno solo, fuera del matrimonio con padres conocidos o desconocidos.

Luego el art. 27 contempla la hipótesis de los hijos adoptivos, estableciéndose la sustitución de los apellidos originarios por los de los padres adoptantes, pero si el adoptado fuese adolescente, podrá convenir con el o los adoptantes, mantener uno o ambos apellidos de nacimiento. Y teniendo en cuenta el vínculo estrecho que existe entre el nombre de pila y la personalidad del niño, el art. 27.9 cierra de la siguiente

manera: se conservará al menos uno de los nombres asignados al niño o niña en la inscripción original de su nacimiento, salvo razones fundadas. Nos encontraríamos respecto al nombre entonces, ante una norma material de fuente internacional.

**40.** El derecho al nombre de pila es un derecho humano fundamental y a través de él transitan otros derechos fundamentales, pero cosa curiosa, no es ejercido en primera instancia por el propio interesado sino por terceros a su favor: por sus progenitores en primer lugar –entendido como una facultad que emana de la patria potestad- y en caso de que éstos no fueran conocidos o por alguna otra circunstancia, lo llevará a cabo el Estado. Los padres tienen a su favor en este ámbito un segundo principio que es el de la libertad; pero la elección del nombre tiene límites: en principio debe corresponder a su sexo, no debe repetirse entre hermanos y hay prohibición de elegirle al niño nombres humillantes o degradantes.

**41.** El tercer principio reconocible es el de la estabilidad, lo cual quiere decir que la adjudicación de un nombre no es inmutable sino que puede admitir cambios a pedido del interesado, tanto del nombre de pila como del apellido o de ambos, cuando invoca y prueba motivos graves y serios.

**42.** Lo que hemos venido expresado se ha mantenido en sus líneas generales en el continente americano desde hace décadas. El aporte que cabría de realizarse en este aspecto es el ingreso de la autonomía de la voluntad respecto del nombre de las personas físicas. Como se ha señalado, el art. 27 del *Código de la Niñez y Adolescencia* de Uruguay reconoce la posibilidad de que el adoptado adolescente pueda convenir con los adoptantes mantener uno o ambos apellidos de nacimiento, lo cual se encuentra en consonancia con la *Convención sobre los derechos del niño*, que sostiene que el niño debe ser escuchado en todos los temas que le conciernen y precisamente este es uno de ellos.

En nuestro ordenamiento jurídico debemos tomar en consideración igualmente a la *Ley sobre derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios* No. 18.620 de 12 de octubre de 2009, el cual establece que toda persona podrá solicitar la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo o ambos, cuando los mismos no coincidan con su identidad de género adoptada (art. 2). Como lo disvalioso para las personas que padecen disforia de género es llamarse con un nombre de pila que no condice con el género que han adoptado, la ley citada autoriza únicamente a cambiar este último, pero no los apellidos, los cuales permanecerán incambiados.

En cuanto al proyecto de ley sobre matrimonio igualitario que se encuentra en tratamiento parlamentario, al reconocer la posibilidad de que personas del mismo sexo contraigan matrimonio tendrá consecuencias sobre el nombre de los hijos. El art. 27.1 introduce un cambio sustancial al habilitar el ejercicio de la autonomía de la voluntad para determinar el orden en el que irán los apellidos del hijo. De no haber manifestación expresa, el proyecto de ley presume que no hubo acuerdo y el orden será establecido por vía judicial.

**43.** El contenido del proyecto de ley es una consecuencia del famoso caso García-Avello. Como se ha expresado, en cuanto a la elección del nombre de pila hay una gran libertad para elegir aquel que se apetezca, con la limitación que no debe ser desdoroso, y con la particularidad de que la elección no la realiza el propio interesado sino sus progenitores o quienes lo presenten ante las autoridades del Registro del Estado Civil. Pero lo mismo no acontece en relación con los patronímicos, pues en los países hispanoparlantes los apellidos deben ser necesariamente dos y además deben ir en un determinado orden: primero el del padre y luego el de la madre. Y en los lusoparlantes la situación es a la inversa. ¿Cuánto tiempo podrá mantenerse este régimen preceptivo?

Parece indiscutible que el orden de prelación demuestra una regla sexuada o sexista, al dársele preferencia al apellido del padre o al de la madre.

44. Los países más evolucionados jurídicamente han reconocido la posibilidad de que el orden de los apellidos para los hijos se convenga entre los integrantes de la pareja. Atendiendo al principio de no discriminación por razones de sexo, la regla citada debería eliminarse y ser sustituida por otra que permita a los cónyuges o concubinos, o simplemente progenitores, a establecer el número y el orden de los apellidos. Sería una decisión respetuosa de los derechos fundamentales de las personas físicas. Todo lo dicho con una restricción: el número y orden de los apellidos que se decida para el primero hijo será determinante para todos los demás, como modo de mantener la unidad y coherencia de la familia. Se sigue las huellas del caso García-Avello. Carlos García Avello, español, contrajo nupcias con Isabelle Weber, belga, en el año 1986 y de dicho matrimonio nacieron dos hijos en Bélgica, adquiriendo la doble nacionalidad belga y española. Fueron inscritos en Bélgica como García Avello, tal como se acostumbra en dicho país, y en el consulado español en Bruselas como García Weber. Al intentar establecer que en los dos países sus hijos tuvieron los apellidos García Weber, fue negado por el Ministerio de Justicia belga y ante la impugnación de tal decisión se obtuvo una decisión prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la que consideró que los cónyuges de distinta nacionalidad tenían derecho a llevar los apellidos de acuerdo al derecho de una de ellas, incluso sus hijos.

## **9. El anciano y la defensa de su especial dignidad**

45. Así como el s. XX parece ser la etapa de la consagración fulgurante de los derechos del niño, el s. XXI estará destinado sin duda alguna a otorgarle una atención cada vez más particularizada al anciano y a sus derechos. Ello se debe a que toda la humanidad está en proceso de envejecimiento: nacen cada vez menos personas y éstas viven más tiempo. En la época romana el promedio de vida del pueblo era de 30 años, y posiblemente era considerado anciano quien tuviera la suerte de vivir 40 o 50 años. Eran raros los casos de una mayor sobrevivencia y generalmente se los comparaba con el ejemplo matusalénico. En el s. XXI en tanto, es común ver de un modo cada vez más general en todos los países, que las personas llegan a los 80 años de edad, lo cual quiere decir que desde Roma hasta ahora, nuestra especie ha ganado entre 40 y 50 años en la supervivencia individual. Y aun hay más, es cada vez más frecuente constatar personas que llegan con más asiduidad a los 100 años, motivando la necesidad de crear una cuarta categoría que aun no ha sido definida, pero sobre la cual podríamos pensar en algunos términos que la explican, tal como: cuarta edad, gente realmente vieja o generación centenaria. Por tanto, el propio número representativo de esta franja de personas en crecimiento explosivo, obliga y explica la necesidad de un estudio sobre la ancianidad desde el enfoque del derecho.

46. ¿Qué significa ser viejo? ¿Es lo mismo ser viejo que sentirse viejo? Los términos anciano, viejo, gerente, adulto mayor o integrante de la tercera edad, son sinónimos que generalmente se oponen a joven y lozano. La República Dominicana, por Ley NO. 352-98 ha optado por señalar que el objeto de la misma está dirigida a “la protección de la persona envejeciente”. Se trata de uno de los mejores adjetivos

calificativos que pueden encontrarse en el idioma español, pues de esta manera se está aludiendo a que la senectud es un proceso y no un *fiat* que ocurre en un instante. Quizás contribuya a identificar este derecho de la ancianidad, realizar un enfoque contrapuesto con el derecho de la minoridad.

47. En primer lugar, todo ser humano tiene un día y una hora en los cuales se desprende del seno materno y comienza una vida independiente. Este momento se identifica con el momento del parto, con el del alumbramiento. A partir de allí comienza a contarse un plazo legal –que generalmente oscila entre los 18 o 21 años- durante el cual carecerá de capacidad de ejercicio pero detendrá la capacidad de goce. Este menor necesitará de alguien que lo represente: sus padres o algún tutor. En ciertas ocasiones ese momento podrá ser adelantado si tiene aptitudes para emanciparse por matrimonio o si se lo habilita para realizar una actividad comercial. Pero siempre hay fechas exactas. No sucede lo mismo con el ingreso a la vejez. La mayoría de las leyes de los países del continente determinan –como lo hace el art. 2 del proyecto de ley de Bolivia No. 264/2004-2005, que “las disposiciones de la presente ley son de aplicación preferente para las personas adultas mayores de 60 años de edad que se encuentren en el territorio nacional como beneficiarios directos”. Esta edad de 60 años es igualmente compartida por Brasil, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Puerto Rico y Venezuela. En tanto solamente cuatro países se han inclinado por la edad de 65 años: Costa Rica, Ecuador, República Dominicana y Uruguay. Las diferencias de criterios existentes está evidenciando que el momento de ingreso a la ancianidad es arbitrario y que ello dependerá de las influencias culturales, de la edad establecida para el retiro laboral y de los propios temores del legislador nacional, quien observará la carga económica que supone imponerle al Estado tareas de protección, promoción y asistencia al adulto mayor.

48. Existen otras diferencias entre el sector de la minoridad y el de la ancianidad. A los 18 o 21 años de edad se adquiere la plena capacidad *ex lege*, le guste o no al sujeto. El ingreso a la ancianidad en cambio, no implica ninguna pérdida de capacidad, si el sujeto ha llegado a los 60 o 65 años edad seguirá siendo tan capaz como siempre en tanto pueda dirigir su persona y administrar sus bienes. Lo dicho significa que la edad para catalogar a una persona como anciana, adulta mayor o “en proceso envejeciente”, nada tiene que ver con la pérdida de capacidad de ejercicio sino que solo intenta marcar el ingreso de dicho sujeto a una zona de alerta, de mayor precaución, de la posibilidad de exigir de la familia, la sociedad y el Estado una mayor protección, con la finalidad de mantener una cierta calidad de vida que le permita hacerlo con dignidad.

49. Una tercera diferencia en el tratamiento jurídico del menor y del anciano se da en el concepto-guía utilizado en una y otra situación. Para resolver los problemas de los niños y adolescentes se utiliza un concepto clave, y hasta mágico, por cuanto pretende responder –aunque en muchos casos sea una simple aspiración- a todos los inconvenientes por los que atraviesan y este concepto es el de su interés superior. En tanto si nos acercamos al adulto mayor, el *quid* para afrontar sus dificultades reside en el concepto de dignidad. Se trata de por tanto, de situaciones que no pueden parangonarse. El menor es tratado con razón, como un ser en potencia, todo en él es promesa, el futuro se le presenta en toda su magnitud. Campo fértil para la incertidumbre pero también para las infinitas posibilidades de elegir lo que se quiere hacer y lo que se aspira a ser. Por ese motivo su interés es superior. La situación del anciano es muy diferente: generalmente la ancianidad coincide con la edad de retiro jubilatorio, lo cual implica el apartamiento de aquellas tareas cotidianas en las que se sentía útil, necesario y apreciado, en las que se sentía un sujeto valioso. Además, el adulto mayor tiene detrás una vida hecha, tiene un pasado, en la mayoría de los casos ha formado una familia o

más de una, ha tenido hijos que han organizado sus propios hogares y que ya no lo necesitan, tiene bienes obtenidos durante su período productivo, o sea que cuenta con un patrimonio, es posible que haya perdido a su cónyuge por viudez, aparecen enfermedades crónicas y progresivas y su vinculación con los medicamentos y los centros de salud se vuelve más asidua e intensa, es el momento del descanso pero también de la reflexión sobre la finitud de la vida. Lo que aparece como primordial en este caso es mantener una cierta calidad de vida que le permita vivir con dignidad, de conformidad con aquellos principios que ha sostenido durante su existencia.

**50. *Las disposiciones sobre la propia incapacidad.*** En los últimos tiempos ha crecido la preocupación de las personas ante la eventualidad de caer en un estado de incapacidad física o intelectual, lo cual ha motivado que el derecho positivo haya comenzado a regular los actos jurídicos relacionados con el tema. El intento de plasmar esa preocupación en normas legales o en Tratados internacionales no está exento de profundos problemas filosóficos que deberán intentarse resolver antes de acceder a soluciones de fondo. ¿Cuáles son los derechos humanos fundamentales que batallan entre sí para prevalecer en relación con el otorgamiento de las declaraciones sobre la propia incapacidad? Uno de ellos es el derecho a la libertad: libertad de pensamiento, que conduce a la libertad de actuar y también a la libertad de disponer sobre su propio cuerpo. ¿Puede cada uno decidir lo que desee? ¿Hay un límite marcado para esa libertad o ella es irrestricta? Para Pico de la Mirandola en el s. XV, el hombre es esencialmente libre porque su naturaleza es indeterminada e indefinible; por tanto es a él a quien le corresponde establecer la medida de su libertad; el hombre se hace a sí mismo, se automodela –para mejor o para peor- precisamente porque goza de esa libertad. Para Kant en el s. XVIII en cambio, el énfasis hay que colocarlo en otro lado: la persona vale como tal, independientemente de cualquier condicionamiento social, histórico o nacional. La calidad de ser “humano” es digna en sí misma y por tanto toda persona debe ser considerada como un fin en sí misma y no como un medio al servicio de un fin. Concluye que el hombre es libre pero bajo la condición de respetar su propia dignidad.

Precisamente estos son los términos bajo los cuales se discute al día de hoy, la admisión y la extensión de las disposiciones sobre la propia incapacidad o declaraciones de voluntad anticipada. ¿Cualquier persona puede disponer que le priven de la vida ante una enfermedad o dolencia irreversible o que implique un sufrimiento importante? La respuesta desde el derecho comparado –salvo algunas excepciones- es admitir que el sujeto se halla habilitado para regular *la calidad de vida* en la hipótesis que caiga en un estado que le imposibilite decidir por sí mismo. Louis Kutner ideó en 1967 un documento para que cualquier persona pudiera plasmar por escrito su voluntad de rechazar la aplicación de cualquier tratamiento en un supuesto de enfermedad terminal, intentando evitar el denominado encarnizamiento terapéutico. Es bueno insistir que la persona no ordena a través de la declaración de voluntad anticipada que la maten sino que la dejen morir, que permitan la actuación de la naturaleza sobre su cuerpo cansado, con los cuidados mínimos indispensables como cambios de postura e hidratación, aun cuando la renuncia a los medicamentos implique un acortamiento de su vida.

**51.** Uruguay aprobó la Ley No. 18.473 de 17 de marzo de 2009, en la que traza el ámbito de reconocimiento de estas declaraciones de voluntad, el cual es mucho más estricto que el que ofrece el derecho comparado, ya que de acuerdo al art. 1.2 sólo encontrarán la protección de la ley, aquellas voluntades que busquen “oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prologuen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible”. Por lo cual, el ámbito material de la ley se ciñe

exclusivamente al ámbito de la salud, quedando fuera cualquiera especificación de índole patrimonial.

¿Quiénes podrán otorgar un documento de estas características? Lo serán las personas mayores de edad plenamente capaces. La manifestación de voluntad deberá ser dada entonces por el propio interesado, si tiene 18 años o más de edad, y deberá hacerlo en forma “voluntaria, consciente y libre”, por tanto deberá ser dada en términos inequívocos. Además, esta declaración de voluntad deberá interpretarse al momento de su aplicación siempre con un sentido restrictivo, y para el caso de duda deberá estarse siempre a favor del mantenimiento de la vida humana, aplicándose el principio *in dubio pro vida*.

En cuanto a los aspectos formales que rodean esta declaración, el art. 2 de la ley uruguaya establece dos posibilidades, reconociendo en ambos casos la exigencia de un soporte escrito: la declaración podrá realizarse en un documento privado con la firma del declarante y de dos testigos; o podrá extenderse en una escritura pública o acta notarial. Por tanto, debe otorgarse ante determinadas personas, nunca puede ser un acto otorgado en soledad. Lo que no se exige es la inscripción de la declaración en algún Registro Público, bastando su incorporación a la historia clínica del paciente. Se trata de un acto revocable, y según los parámetros legales la revocación es mucho más liberal que para la declaración propiamente dicha en cuanto puede realizarse en forma escrita o verbal. Parece claro que el alivianamiento de las formalidades está establecido a favor de la vida del paciente, y reestablece la obligación médica de luchar por su recuperación.

**52.** Cabría una precisión final: se ha aprobado en La Haya el *Convenio sobre protección internacional de los adultos*, suscrito el 13 de enero de 2000 –aun no ratificado por Uruguay– el cual incluye en los artículos 15 y 16 determinadas reglas sobre lo que la persona puede decidir para el caso en que quede imposibilitada. La Convención considera que la validez de dichas declaraciones deberá someterse a la ley del Estado de la residencia habitual del adulto al momento del otorgamiento. Por tanto, se trata de un punto de conexión fijo e inalterable. Pero el texto convencional le ofrece además al poderdante, la posibilidad de seleccionar otra ley en forma expresa. El interesado podrá optar entre las siguientes leyes: la ley de su nacionalidad, la ley del Estado de la residencia habitual anterior del adulto, o la ley del Estado donde estén situados los bienes del adulto y respecto de dichos bienes. Además, el Convenio faculta al poderdante a practicar el *dépeçage* adjudicando la regulación de una parte del mismo a una ley diferente. El poder de representación deberá constar por escrito, y en caso de incapacidad las autoridades judiciales o administrativas podrán retirar o modificar dicho poder cuando no asegure suficientemente la protección de la persona del adulto o de sus bienes, una norma muy oportuna por cuanto permite controlar a los representantes precisamente en un momento en el cual no puede defenderse.

## **10. Las sucesiones**

**53.** Nos encontramos en presencia de una sucesión internacional cuando el patrimonio del *de cuius* se halla disperso en varios Estados. Habría mucho para comentar en una materia tan “arbórea” como es el derecho sucesorio, con tantas ramificaciones y con tantas raíces que se hunden en el limo de la tradición, de la cultura, de la religión y hasta del dogmatismo. Las limitaciones de espacio nos impiden abordar con detenimiento un sinnúmero de cuestiones. Por su regulación luchan dos tesis antagónicas: una solución territorial que propicia el fraccionamiento del patrimonio del causante, contra otra que defiende la unidad patrimonial, terciando entre las dos aquella

otra postura proveniente de la estatutaria medieval, que establece un régimen para los bienes muebles y otro para los bienes inmuebles.

La concepción germánica o de la sucesión en los bienes, parte de la consideración de que la sucesión es una manera de transmitir el dominio sobre bienes singulares, por lo cual la ley más adecuada para regirla sería la ley donde estos bienes estuvieren ubicados. La sucesión se ubica dentro de los modos de adquirir el dominio y habrá varios juicios sucesorios, tantos como bienes del causante existan en distintos Estados, aplicándosele a cada uno la ley local. Pero en el derecho comparado tenemos también a la concepción romana o de la sucesión en la persona, que parte de la base de que el heredero es el continuador de la personalidad del causante y que ante ello recogerá a su patrimonio como una unidad, comprensiva de bienes y de deudas. En consecuencia el tema para esta tesis debería ubicarse dentro del derecho de familia, habría una única ley a ser aplicada a todo el patrimonio sucesorio, habrá un único activo y también un solo pasivo, tramitándose un único juicio sucesorio.

**54.** Realizar una opción por una u otra concepción depende de la política legislativa de cada Estado, donde si se admitiera el sistema de la unidad el heredero no podrá aceptar en un país, renunciar en otro, aceptar bajo beneficiario en uno tercero, con la finalidad de perjudicar a los acreedores, ya que estos cobrarían en un mismo pie de igualdad cualquiera fuere el lugar donde los bienes estuvieren ubicados. En cambio los partidarios del sistema plural anteponen el argumento de los costos que implicará tramitar una sola sucesión donde se incluyan bienes y créditos muy alejados del lugar del juicio sucesorio, lo cual puede ser injusto para los acreedores. Tenemos también el problema de la herencia yacente, donde el Estado tiene vocación sucesoria, lo cual parece lógico que el Estado donde el causante dejó bienes recoja los bienes resultantes de la yacencia local aun cuando la sucesión se tramite en otro país. Y el problema fiscal, que también es territorial, y que no se compaginaría muy bien con la recepción de una solución unitaria.

**55.** Lo que parece digno de destacar en este momento es el movimiento que se ha producido dentro de la Unión Europea al aprobar un Reglamento (UE) No. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, el que está compuesto de 84 artículos divididos en VII Capítulos, que tratan respectivamente del: ámbito de aplicación y definiciones, bases de competencia, ley aplicable, reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales, certificado sucesorio europeo, culminando con una serie de disposiciones generales y finales. Este Reglamento comenzará a regir en forma completa a partir del 17 de agosto de 2015 (art. 76) y podrá ser revisado a partir del 18 de agosto de 2025 (art. 86). En su implementación ha tenido particular intervención las organizaciones notariales de diversos países, pero muy especialmente el Instituto Notarial Alemán con su Informe producido en el año 2002.

**56.** Sin embargo, el art. 1 excluye a texto expreso algunos temas como ser: el estado civil y la capacidad de las personas físicas, la determinación de la ausencia y la presunción de muerte, el régimen de bienes en el matrimonio, los alimentos por causa de muerte, las disposiciones *mortis causa* orales, las cuestiones societarias que especifiquen la suerte de las participaciones societarias a la muerte de uno de sus miembros, la disolución, extinción y función de las personas físicas, los *trusts*, la naturaleza de los derechos reales y las inscripciones registrales, al igual que las cuestiones fiscales y administrativas de derecho público.

57. Con la finalidad de obtener un funcionamiento uniforme de las reglas de conflicto contenidas en el Reglamento, éste contiene un número importante de definiciones materiales acerca de lo que debe entenderse por: sucesión, pacto sucesorio, testamento mancomunado, disposición *mortis causa*, Estado miembro de origen y Estado miembro de ejecución, resolución, transacción judicial, documento público y tribunal (art. 3).

Al definir el vocablo sucesión abarca los dos tipos: sucesión legal y la testamentaria. En cuanto a la definición de disposición *mortis causa*, incluye tanto al testamento mancomunado, resistido por algunas legislaciones nacionales como posible fuente de captación de voluntades. Y en cuanto al concepto de tribunal, lo considera tal a todo órgano judicial y a todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones, que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías respecto a su imparcialidad y al derecho de las partes ha ser oídas y a que sus resoluciones dictadas con arreglo al derecho del estado miembro en que actúan puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y tengan fuerza y efectos análogos a los de la una resolución de un órgano judicial sobre la misma materia. En las hipótesis de que los Notarios ejerzan funciones jurisdiccionales, quedarán vinculados por las normas de competencia y las resoluciones que dicten deben circular de acuerdo con las disposiciones sobre reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones.

58. Lo más notable a destacar de este texto es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el campo sucesorio. La autonomía de la voluntad como punto de conexión de la regla de conflicto está reconocida tanto para la determinación de los criterios de competencia internacional como para la fijación de la ley aplicable, al reconocerse la validez tanto del pacto de *electio fori* como del pacto de *electio juris*. Por tanto, la primacía dada por el Reglamento a la competencia de las autoridades y a la ley del lugar de la última residencia del causante, puede verse reemplazada por la competencia de las autoridades y la ley aplicable de la nacionalidad del fallecido, y si este último tiene más de una nacionalidad podrá optarse a favor de las autoridades y leyes del Estado de la nacionalidad que se prefiera, acercándose de esta manera a la *professio juris* vigente en la edad Media, donde los Notarios recurrían a la declaración de los interesados para determinar cuál era la ley personal más conveniente de aplicar al negocio, aún a sabiendas de que dicha declaración no era cierta; recurso notarial de la época como vehículo rudimentario del ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por tanto, si bien se admite la autonomía de la voluntad en el Reglamento, se trata del ejercicio de una libertad bajo control.

59. Se ha justificado la inserción de estas alternativas debido a la gran dificultad que existe en el ámbito de las sucesiones para determinar de una manera abstracta, ayudado por un criterio único y rígido de conexión, la localización más apropiada a cada situación a regular. En la mayoría de los casos el país de la última residencia habitual de una persona está donde se sitúa el centro de su vida y de sus intereses de orden personal, económico y familiar. Sin embargo en numerosas situaciones la presencia de este vínculo es más bien débil, especialmente cuando el causante ha mantenido hasta su muerte vínculos importantes con su país de origen al cual desea volver, y donde tiene parte de su patrimonio, así como su vida familiar o alguno de sus miembros. Por tanto, se concluye que no siempre la ley del país de la última residencia habitual del difunto puede ser considerada en el caso particular. No obstante, y con ánimo de ser más precisos, el criterio de la nacionalidad puede merecer reparos cuando la misma se adquiere automáticamente de generación en generación, ante lo cual puede

ocurrir que una persona de X nacionalidad no haya conocido nunca el país que se la otorgó. En tal caso, la justificación de esta localización se presenta como muy débil.

**60.** Debe tenerse en cuenta que la libertad concedida, una persona residente en alguno de los países de la Unión Europea puede elegir la ley china o la ley uruguaya si tal es su origen. O la ley de un país musulmán, donde la mujer tiene la mitad de los derechos de un hombre de acuerdo a la Sharía, o afectar a quienes no sean de religión musulmana, y en estas dos últimas hipótesis se justificaría la aplicación de la excepción de orden público internacional recogida en el art. 35 del Reglamento, acudiendo en sustitución a la ley del foro.

**61.** El Reglamento intenta que en la mayoría de los casos, la autoridad sustancie la sucesión de acuerdo a su propio derecho, especialmente la posibilidad reconocida para que el causante seleccione la ley de su nacionalidad (o de una de ellas) y el magistrado o autoridad de su nacionalidad (y si tiene varias, las autoridades de aquella nacionalidad que haya elegido para la determinación de la ley aplicable). O sea que propicia aunque no impone un paralelismo atenuado.

**62.** Por otro lado, el Reglamento europeo intenta eliminar dentro de las normas de derecho internacional privado de los Estados miembros de la Unión, las soluciones que propician la fragmentación sucesoria optando por la unidad: la aplicación de una sola ley a toda la sucesión y la competencia internacional de un solo juez o autoridad, posibilitando la fragmentación sólo en casos muy excepcionales, diríamos que residuales. El art. 12 expresa que cuando la herencia del causante comprenda bienes situados en un tercer Estado, el tribunal que sustancie la sucesión podrá a instancia de las partes, no pronunciarse sobre uno o más de dichos bienes en caso de que quepa esperar respecto de los mismos, que su resolución no vaya a ser reconocida ni declarada ejecutable en dicho Estado, lo cual introduce la posibilidad del funcionamiento del denominado *forum non conveniens* de inspiración angloamericana.

**63.** Por último, en este comentario tan sucinto sólo cabe destacar que el Reglamento europeo se considera a sí mismo como de aplicación universal en cuanto a la ley aplicable. El art. 20 señala claramente que la ley designada se aplicará “aun cuando no sea la de un Estado miembro”, y tanto el patrimonio se sitúe en parte dentro y en parte fuera del espacio europeo de integración. La competencia de una ley aplicable con un ámbito tan extenso de aplicación chocará sin duda con las legislaciones de los Estados no miembros de la Unión, los cuales tendrán que resolver qué hacer al respecto, habida cuenta del número, volumen e importancia de los países adheridos a la Unión Europea.

**64.** Sólo diremos dos palabras finales respecto del certificado sucesorio europeo que se crea por el art. 62: su uso no es obligatorio y no sustituye a los certificados de resultancias de autos nacionales. Su finalidad es la de hacer posible que los herederos, legatarios, albaceas o administradores de la herencia que necesiten invocar en otro Estado miembro su calidad de tales o ejercer sus derechos, puedan hacerlo sin inconvenientes mayores. Su contenido es bastante similar al que existe en nuestro derecho interno, conocido como “certificado de resultancias de autos”. Una vez expedido tiene una validez de 6 meses, pudiendo ampliarse el plazo a juicio del tribunal. De conformidad con el art. 74, el certificado sucesorio europeo se encuentra liberado de la legalización.

Lo más notable de este Reglamento es el ingreso de la autonomía de la voluntad, hasta ahora reservado al aspecto formal de las disposiciones de última voluntad, que invade la elección de la ley aplicable y del tribunal competente, aunque en forma limitada. Esta facultad concedida al causante para prever una regulación anticipada de su sucesión, seguramente irá en desmedro de la denominada porción legitimaria o de los derechos

hereditarios de algún integrante de la familia, o de la porción conyugal o la propia del concubino supérstite, en cuanto es posible pensar que el causante elegirá aquella ley que amplíe lo más posible el espacio adjudicado a la parte de libre disposición. Quizás sea éste, el punto más delicado de la nueva normativa, para cuyo remedio por el momento, sólo existe la posibilidad de interponer la excepción de orden público internacional.

### **11. El cambio de género y sus repercusiones sobre el derecho de familia**

65. En Uruguay el concepto de “orientación sexual” ha tenido consecuencias más allá del ámbito estricto de las uniones concubinarias comprendidas en la ley No. 18.246. Su acogida jurídica ha abierto la puerta a derivaciones insospechadas, lo cual resulta corroborado por la sanción de dos leyes más en dicho ordenamiento jurídico. En primer lugar, modificando el *Código de la Niñez y Adolescencia* al permitirle a los concubinos hetero u homosexuales comprendidos en la ley No. 18.246 la posibilidad de adoptar menores de edad (Ley No. 18.590 de 9 de setiembre de 2009); y en segundo lugar, al aprobar la *Ley sobre derecho a la libertad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios*, No. 18.620 de 12 de octubre de 2009. Esta última reconoce en el art. 1 el derecho a la identidad de género, definiéndolo de esta manera: “toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cual sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro. Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente su identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo, señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de Estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros”. Para la reasignación de la identidad de género la ley no impone la realización de una intervención quirúrgica. (Argentina ha aprobado una ley semejante No. 26.473 de 9 de mayo de 2012)

66. Las consecuencias jurídicas y sociales serán importantes: la ley no dice qué ocurrirá para la hipótesis de que la persona haya suscrito vales o cheques de pago diferido y otros títulos valores antes del cambio de género, qué ocurrirá con todos los negocios no registrables, la incidencia en la información proporcionada por los Registros Públicos, los embargos trabados con su anterior nombre, las consecuencias sobre la categoría “matrimonio” y la posibilidad de casarse una persona biológicamente hombre con otra persona legalmente declarada mujer, tampoco si en este cambio de género no habría que consultar a los familiares allegados (esposa o esposo, hijos, etc.) en cuanto resulta de toda evidencia que resultarán directamente involucrados, incluso en el aspecto puramente formal de sus partidas de nacimiento y de matrimonio.

A partir de la aprobación de esta ley entonces, “cualquier persona” podrá solicitar el cambio de su sexo, y según nuestro modo de ver las cosas, no existen a partir de dicho momento, límites étareos ni de estado civil. El enfoque de la ley marca un cambio antropológico muy importante, por cuanto hay una desvalorización explícita del legislador actual hacia el sexo “biológico” y un realce jurídico –casi monopólico– de la orientación sexual que desee tener cada uno. El nuevo derecho de Uruguay mira con indiferencia el sexo de nacimiento en cuanto éste puede ser alterado con mucha facilidad. Téngase en cuenta que no se está intentado contemplar aquellas situaciones de personas que sufre de hermafroditismo o que tienen su órganos externos incluidos

dentro de su propio cuerpo, sino que se trata de personas que han nacido con un sexo biológicamente bien determinado, que sin embargo no lo desean asumir.

67. La Comisión Internacional del Estado Civil ha elaborado un Convenio en Viena el 12 de setiembre de 2011 donde se declara en el art. 1 que “las resoluciones judiciales o administrativas definitivas por las que se constata el cambio de sexo de una persona dictadas por las autoridades competentes en un Estado Contratante, serán reconocida en los demás Estados Contratantes, el día de la solicitud, el interesado sea nacional del Estado en el que se haya dictado la resolución o resida habitualmente en el mismo”. El art. 2 siguiente permite denegar el reconocimiento de dichas resoluciones cuando: la adaptación física no se haya realizado o constatado por la resolución, cuando el reconocimiento sea contrario al orden público del Estado en el que se invoca la resolución, o cuando esta última se haya obtenido mediante fraude. Si la resolución es reconocida, el Estado receptor de la misma actualizará el acta de nacimiento del interesado levantada en dicho Estado o transcripta en sus Registros civiles.

## **12. Los derechos fundamentales y el derecho de familia**

68. La evolución que ha experimentado el derecho de familia y que hemos intentado plasmar en esta monografía al examinar los diversos aspectos de esta rama del Derecho, puede ser explicada y resumida en una sola idea: la consagración, profundización y expansión de los derechos humanos fundamentales en su formulación como derecho positivo y en el campo de la investigación a cargo de la doctrina. Derechos humanos, derechos fundamentales o derechos individuales, generalmente son expresiones utilizadas como sinónimas. Son derechos específicos del hombre, en cuanto aparentemente es el único ser vivo dotado de raciocinio y de comportamiento ético; son derechos fundamentales en cuanto constituyen el cimiento o el apoyo de su particular especificidad; constituyen derechos del individuo, en cuanto la expresión individuo permite resaltar su unidad y su indivisibilidad; se habla igualmente de derechos absolutos de la persona. Esta calidad tan especial nos llevaría de la mano a pensar en su naturaleza homogénea y en su universalidad. Precisamente esto es lo que se discute arduamente.

69. Un largo camino ha recorrido el examen y la consagración de estos derechos desde la Revolución Francesa de 1789, momento histórico donde ha sido más fulgurante su presencia. En dicha oportunidad se destacó el deseo de proteger a las personas contra los excesos del Estado, considerada la organización política más poderosa y letal desde su conformación actual que data de unos 5 siglos; por algo se proclaman a dicho momento, como “derechos del hombre y del ciudadano”. Sin embargo, luego que las aguas revolucionarias se hubieron calmado, se destacó el excesivo énfasis atribuido a la individualidad de los seres humanos en cuanto dotados por su propia naturaleza de ciertos derechos inalienables, independientemente de cualquier lugar del mundo donde aquellos nacieran o moraran. Se constató que los hombres y las mujeres no sólo están dotados de una peculiar individualidad o esencia sino que sólo existen y se justifican en cuanto tales al proyectarse en sociedad; los seres humanos son seres sociales y también en esta área fue necesario pensar en una serie de derechos fundamentales. Es así que al lado de los denominados derechos esenciales del hombre de primera generación, surgen los de segunda, de tercera y hasta de cuarta generación.

70. Su fuerza cada vez mayor ha tenido una influencia en todas las ramas del Derecho, las de derecho público y las de derecho privado, actuando directamente y

transformando agudamente cada una de estas materias. Pero los derechos humanos y el derecho internacional privado no hacen muy buenas migas, en realidad los primeros dejan al segundo en falsa escuadra. El carácter sustantivo de los derechos humanos, su pretensión a la universalidad y su consideración en grado absoluto resulta difícil de empalmar con una disciplina como el derecho internacional privado bastante abstracta, que todavía se la considera dotada de una cierta neutralidad, que se basa preferentemente en el método indirecto fundado sobre el criterio de la localización, todo lo cual permite dar voz al derecho local. Universalidad por un lado y localidad o localización por el otro, son dos términos que se enfrentan. La materialidad de los derechos humanos por un lado y la “formalidad” –o más precisamente el carácter indirecto- de la regla de conflicto se presentan como aspectos opuestos. Por otro lado, no hay que olvidar que el objetivo general del derecho internacional privado es el de coordinar los sistemas jurídicos existentes, no desdeñando ni la singularidad de las relaciones privadas internacionales, ni el pluralismo de los órdenes jurídicos estatales.

71. La pretendida naturaleza o calidad absoluta de los derechos humanos fundamentales ha generado una polémica extremadamente fuerte, en cuanto que su origen permite pensar en el deseo de imponer el predominio de una cultura –la occidental- por sobre todas las demás existentes. Sospechas de imperialismo a pesar de la invocación de su universalidad –o precisamente debido a ello- han permitido rechazar esta postura de omnipotencia de los derechos humanos, tan poco contemplativa de las diferentes culturas que existen a nivel global. La realidad muestra que luego de la proclamación de la *Declaración Universal de los derechos humanos* el 10 de diciembre de 1948, se ha operado un movimiento de regionalización de estos derechos. Contamos en la actualidad con: la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969; el *Convenio Europeo de los Derechos Humanos* y sus Protocolos Adicionales y la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 12 de diciembre de 2007; la *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos* de 27 de julio de 1981; la *Declaración Islámica de los Derechos Humanos* de 1981 seguida de la *Declaración de los Derechos Humanos en el Islam* aprobada en El Cairo en el año 1990, además de la *Declaración Judía sobre los Derechos Humanos*.

72. Especialmente es posible encontrar un distanciamiento muy fuerte entre aquella concepción que le atribuye derechos al individuo por su condición de tal –haciendo abstracción de cualquier marco jurídico, social, político o religioso- y las declaraciones islámicas que consideran que esos derechos humanos son otorgados por Dios y tienen por tanto, su asiento en la divinidad. De tal manera entonces, que estos derechos humanos están dotados de una especial rigidez en cuanto se basan en la concesión por Dios, quedando limitados precisamente al marco que les ofrece la religión. Estas breves menciones marcan entonces, la presencia de una profunda escisión en la contemplación de los derechos humanos, en su fuente y en la manera de aplicarlos e interpretarlos. La concepción de “lista abierta” que se tiene en Europa de los derechos fundamentales e igualmente en Uruguay en base al art. 72 de la Constitución de la República, difícilmente pueda ser compartida por países que pertenecen a otro aire de civilización, como los países del mundo árabe-musulmán. Por tanto, esta universalidad de los derechos humanos se encuentra controvertida por su persistente regionalización e interpretación a través de la cultura propia.

¿Qué actitud debemos tomar cuando existe una discordancia entre uno o varios derechos fundamentales y las normas de derecho internacional privado? La opción parece clara: o hacemos primar los derechos fundamentales y tratarlos en definitiva como leyes de policía o normas de aplicación inmediata, o permitimos el funcionamiento de la regla de

conflicto –método original y preferido en el derecho internacional privado- para luego comprobar si el derecho extranjero seleccionado choca realmente con los principios fundamentales del Estado receptor y si ello es así, interponer la excepción de orden público internacional. No es imaginable acordar el carácter de norma de *jus cogens* a todo derecho fundamental, sólo puede considerarse involucrado un pequeño número. El método de la aplicación inmediata presenta una evolución inquietante tendente a la sustitución de los principios metodológicos de derecho internacional privado por principios materiales, desregulando y fragilizando a la disciplina. Además de terminar aislando a la persona y a oponerla frente a los individuos que viven bajo otras culturas.

**73.** Muchos se preguntan ¿pero no es que son fundamentales? Es el problema semántico que provocan ciertas palabras y el abuso de su uso. Parece más riguroso partir de la norma extranjera aplicable, inquirendo si ésta puede llegar a atacar gravemente la cohesión de la sociedad del foro. Esta precisión es la única capaz de poner freno a la hegemonía de los derechos fundamentales y de conciliar la cohesión interna con los imperativos del orden internacional. El pretendido absolutismo de los derechos del hombre choca de plano contra la relatividad que inspira al derecho internacional privado, de alguna manera los derechos humanos sofocarían a nuestra disciplina.

Ello es debido a que las tesis aprioristas parten de la inconmensurabilidad de estos derechos, como sinónimo de ilimitado, de incalculable, de absoluto. Sin embargo, los derechos humanos no deberían excluir su conmensurabilidad, y ello se logra a través del funcionamiento de la excepción de orden público internacional. Existen derechos humanos firmemente asentados en la conciencia de todos los hombres: el derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad de conciencia, la prohibición de la esclavitud, etc. pero otros, más nuevos, sólo son reconocidos en un pequeño puñado de países y les falta aún un larguísimo recorrido para obtener la credencial de su universalidad. En el ordenamiento jurídico de Uruguay tenemos ejemplos recientes de consagración de derechos humanos considerados fundamentales por el legislador *nacional* como: el derecho al cambio de género sin intervención quirúrgica (Ley No. 16.610 de 12 de octubre de 2009); el derecho a registrar un concubinato entre personas del mismo o de diferente sexo aun siendo de estado civil casadas (Ley No. 18.246 de 18 de diciembre de 2007); el derecho a la mujer a considerarse dueña de su propio cuerpo y a abortar sin consultar al hombre (Ley No. 18.987 de 17 de octubre de 2012); y si el proyecto de ley sobre matrimonio igualitario obtiene su aprobación, el derecho a casarse entre personas del mismo sexo. Para nuestro ordenamiento jurídico serán considerados derechos humanos fundamentales pero ello no esquiva el hecho de que sólo un pequeñísimo número de Estados (entre 10 y 20 de un total de 192) comparten su “fundamentalidad” y hasta su misma calidad de “derecho”, lo cual originará situaciones claramente claudicantes y perniciosas hasta para los propios sujetos privados. Debemos guardarnos de cualquier veleidad de que nuestra visión del mundo es la única correcta y posible.

**74.** Por ello es que numerosos autores son partidarios de proceder a una transformación o afinamiento de la excepción de orden público internacional, que sea especial para los derechos fundamentales, basada en la especial conjugación de la noción de proximidad del derecho transgredido con el foro, y del examen de la importancia de su contenido. Se intenta realizar un aporte a favor del operador jurídico, quien muchas veces se ve confundido y dudoso entre dos grupos antagónicos –aquellos que portan la consigna “derechos humanos ya y para todo el mundo” y aquellos otros que proclaman “derechos humanos desde la propia cultura”. En base a lo cual algunos autores han propuesto clasificar a los derechos fundamentales en principales y derivados. Los primeros son un derecho natural, sagrado e inherente al ser humano,

como el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad, a la igualdad, etc. Los segundos tienen por cometido insertar el derecho fundamental principal en cada orden jurídico, o dicho en otros términos: derechos dotados de una intangibilidad absoluta y derechos dotados de una intangibilidad relativa.

Lo interesante de esta clasificación es que el derecho fundamental principal no está sometido a ningún modo de adquisición, toma nacimiento desde el comienzo de la vida del ser humano, no necesita de ninguna fuente jurídica para existir, el actor no tiene que probar la existencia del derecho violado, únicamente deberá probar el hecho de su violación. En cambio los derechos fundamentales derivados sólo existen si son adquiridos en virtud de un modo previsto por la ley; tratándose de su violación el actor deberá probar en un primer momento, la existencia del derecho violado y en una segunda instancia probar su violación. Esta solución parece acorde con la diversidad cultural que existe en el mundo y permite evitar cualquier conato de imperialismo de una cultura sobre la otra.

## **BIBLIOGRAFÍA DEL AUTOR**

### **Libros**

- \* *Derecho Civil Internacional y de Familia*. Montevideo. Asociación de Escribanos del Uruguay. 2013. 2ª edición.
- \* *Minoridad y ancianidad en el mundo actual. El testamento vital*. Montevideo. Asociación de Escribanos del Uruguay. 2013. 2ª edición.
- \* *Acreditación internacional de las uniones de hecho a la luz de la Ley No. 18.246 de 18 de diciembre de 2007*. Montevideo. Asociación de Escribanos del Uruguay. 2008.

### **Artículos**

- \* *La adopción internacional y la autorización para viajar al exterior en el Código de la Niñez y de la Adolescencia de Uruguay*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo. T. 92. jul.-dic. 2006. p. 267-289.
- \* *Familia o familias: una disyuntiva a resolver en derecho internacional privado comparado*. Revista Uruguaya de Derecho de Familia. Montevideo. No. 21. 2009. p. 179-192.
- \* *La adopción internacional en Uruguay*. Revista de Derecho y Tribunales. Montevideo. No. 13. junio. 2010. p. 53-80.
- \* *La Ley No. 18.620 sobre identidad de género y el orden público internacional*. Revista Uruguaya de Derecho de Familia. No. 22. Octubre 2010. p. 219-233.
- \* *La eficacia internacional de las declaraciones de voluntad anticipada de acuerdo a la nueva legislación de Uruguay*. Revista Electrónica elDial. No. 52. Mayo 2010.
- \* *Las uniones de pareja en la actualidad y su eficacia internacional*. Revista de la Facultad de Derecho. Montevideo. No. 28. ene.-jun. 2010. p. 161-188.
- \* *La reforma del Estado y el matrimonio, el divorcio y la declaración de concubinato en sede notarial. Su eficacia internacional*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo. T. 97. ene.-jun. 2011. p. 163-184.
- \* *Análisis de un concubinato concretado en el extranjero y la sucesión de uno de los concubinos en trámite en Uruguay*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo. T. 97. ene.-jun. 2011. p. 157-161.
- \* *Libertad para elegir nombres y apellidos en el ámbito internacional*. Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo. T. 97. jul.-dic. 2011. p. 345-367.

\* *¿La filiación proveniente de una maternidad por sustitución goza de eficacia internacional?* Revista de Derecho y Tribunales. Montevideo. No. 17. Octubre 2011. p. 95-133.

\* *Familia, uniones de pareja y filiaciones. ¿De la unidad a la diversidad?* Página web del Instituto Uruguayo de Derecho Comparado. 2012.

\* *Decisión judicial otorgando eficacia internacional a un matrimonio celebrado en el extranjero entre personas del mismo sexo.* Revista Electrónica elDial. Año XV. No. 3645. nov. 2012.

\* *Europa adopta un Reglamento sobre sucesiones transfronterizas.* Revista de la Asociación de Escribano del Uruguay. Montevideo. (En trámite de publicación).

\* *Los derechos fundamentales y el derecho internacional privado.* Revista de la Facultad de Derecho. Montevideo. (En trámite de publicación).

----- o 0 o -----