

RJ SI

REVISTA JURÍDICA DE SAN ISIDRO

SERIE CONTEMPORÁNEA

AÑO 2025 | NÚMERO VI | DIGITAL

ISSN 2953-5174

CÓMO CITAR LA REVISTA: RJSI - VI - 2025

PLANIFICACIÓN SUCESORIA

Transmisión del patrimonio y previsión de situaciones personales. Herramientas disponibles. Planificación sucesoria internacional.

APORTES ACADÉMICOS

Ética. Juicio en ausencia (Ley 27784). El reenvío al derecho canónico a la luz del CCyC.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA APLICADA

- Partición hereditaria, calificación de bienes y efectos de la quiebra en la comunidad conyugal.

JURISPRUDENCIA NOVEDADES

- Rol técnico de la sindicatura; actualización de honorarios profesionales; El derecho del paciente a acceder a su historia clínica; la responsabilidad del titular registral de un vehículo por daños.



Colegio de Abogados de San Isidro

RJ SI

REVISTA JURÍDICA DE SAN ISIDRO

SERIE CONTEMPORÁNEA

FUNDADA POR EL **COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO** | ÁREA ACADÉMICA

AÑO 2025 | NÚMERO VI | DIGITAL
ISSN 2953-5174



**COLEGIO DE ABOGADOS
DE SAN ISIDRO**

EQUIPO DE TRABAJO

Autoridades:

Directora:

Julia Leonor Bruzzone

Director Ejecutivo:

Gerónimo M. De Francesco

Equipo editorial:

Coordinador Sección Jurisprudencia:

Cristian Ubalton

Coordinadora Sección Colaboraciones Extranjeras:

Gisela Hörisch

Coordinadores Sección Doctrina:

Ignacio Vidal

Coordinador General:

Gimena Veglia

Asistente Sección Jurisprudencia:

Aníbal Ramírez

Sofía Kevorkian

Evaluadores del presente Número:

Claudio A. Aquino

María Cristina Mourelle de Tamborenea

Alberto O. Pisano

Carlos E. Ribera

Coordinación Académica y de Diseño:

Área Académica Colegio de Abogados de San Isidro: Karina A. Aliperti

Autores:

Fiumara, Franco M.

Fratini, Gustavo

Mourelle de Tamborenea, María Cristina

Repetto Rolón, Miguel M. F.

Scotti, Luciana B.

Colaboran:

Instituto de Derecho Civil

Instituto de Derecho Canónico

Juzgado de Familia N° 1 - Tigre - Dpto. Judicial San Isidro

Sala I y II de la Cámara Civil y Comercial Dpto. Judicial

San Isidro



Colegio de Abogados de San Isidro

Consejo Directivo

Presidenta:

Guillermina Soria

Vicepresidente 1°:

Martín A. Sánchez

Vicepresidente 2°:

Dr. Sebastián Weinschelbaum

Secretario:

Dr. Germán Diego Balaz

Prosecretaria:

Dra. Florencia Stero

Tesorero:

Dr. Ernesto L. Rodríguez Cifuentes

Protesorera:

Dra. María Celeste Afriol

Consejeros Titulares:

Dr. Sergio Roberto Castelli

Dra. Nancy Miriam Quattrini

Dr. Juan José Formaro

Dra. María Victoria Martinelli Philipp

Dr. Martín Sebastián Lubo

Consejeros Suplentes:

Dra. Laura Micaela Rene Antoine

Dra. María Nora Juvenal

Dr. Alan Temiño

Dra. María Eugenia Ferrari Bartoszyk

Dr. Juan Cruz Nocciolino

Dr. Pablo Armando Ravalli

Dra. Carolina Adriana Poblete

Dr. Juan Ignacio Lorente

Dra. Yajhaira Vanessa Sánchez Sánchez

Presentación de la Revista

Les presento la Revista Jurídica San Isidro, Serie Contemporánea Número 6. En esta oportunidad la Dra. M. Cristina Mourelle de Tamborenea, Subdirectora del Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de San Isidro, quien ha sido la organizadora de las IX Jornada Sanisidrense de Derecho, nos ha acompañado con la temática Planificación Sucesoria como tema principal de nuestro número.

Es así que, con su aporte más el de la Dra. Scotti se han expuesto los trabajos e investigaciones académicas sobre la actualidad de la Planificación Sucesoria permitiéndonos tratar la cuestión desde enfoques complementarios: Scotti lo hace desde el Derecho Internacional Privado, destacando la *professio juris* y su aplicación comparada, mientras que Mourelle de Tamborenea la analiza como una práctica integral en el plano interno, combinando aspectos patrimoniales y personales. En conjunto, ofrecen una visión completa de los desafíos y herramientas actuales para ordenar la transmisión del patrimonio en contextos locales y transnacionales.

Brevemente referencio ambos artículos para facilitar al lector el abordaje de la temática. La Dra. Scotti en su artículo aborda la planificación sucesoria en el Derecho Internacional Privado argentino, con especial énfasis en la figura de la *professio juris*. Analiza la posibilidad de elegir la ley aplicable a la sucesión y los límites normativos vigentes en Argentina. Aporta una mirada comparada con el Derecho europeo y destaca la necesidad de ampliar las herramientas jurídicas para sucesiones transfronterizas. Un estudio riguroso y actual sobre autonomía de la voluntad y orden público sucesorio; mientras que la Dra. Tamborenea examina la planificación sucesoria como una práctica en expansión dentro del ejercicio jurídico. Analiza sus dimensiones patrimoniales y extrapatrimoniales, y destaca el rol central del asesor legal en su implementación. A partir de los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial, propone un enfoque interdisciplinario que favorece la prevención de conflictos. Una contribución actual y necesaria para reflexionar sobre esta nueva incumbencia profesional.

Como venimos haciendo hasta el presente se incorporan artículos novedosos. En esta oportunidad recibimos el trabajo del Dr. Franco Fiumara quien nos honra con su participación dado que ha intervenido activamente en la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, exponiendo sobre los juicios en ausencia y contribuido significativamente al debate académico y jurídico sobre el tema, dirigiendo investigaciones y publicando trabajos que analizan la viabilidad y necesidad de implementar juicios en ausencia en el país. Su artículo analiza la implementación de los juicios en ausencia en Argentina a partir de la Ley 27784 como herramienta excepcional contra la impunidad en delitos internacionales que reúnen ciertas características que nos ilustra. Examina su constitucionalidad, el derecho comparado y las garantías procesales del acusado. A su vez, destaca el rol reparador de la sentencia para las víctimas. Un aporte clave en la articulación entre justicia penal y derechos humanos.

El Dr. Gustavo Fratini, reflexiona sobre los desafíos que enfrenta la ética profesional de la abogacía en la sociedad contemporánea marcada por vínculos humanos debilitados y transformaciones aceleradas; analiza el impacto en la práctica profesional del derecho y propone repensar la ética como pilar indispensable para una justicia más humana y efectiva.

Por último, el Dr. Repetto, Director del Instituto de Derecho Canónico de nuestro Colegio nos

aporta un análisis sobre el reenvío al derecho canónico como derecho extranjero en el marco del Código Civil y Comercial Argentino. A través de una revisión crítica, examina los desafíos interpretativos, los antecedentes jurisprudenciales y el rol del juez al aplicar un sistema jurídico sacro. Un aporte profundo a la intersección entre Derecho Internacional Privado y Derecho Canónico.

En la sección jurisprudencia aplicada se exhiben cinco decisiones destacadas en materia sucesoria, que abordan cuestiones complejas sobre partición hereditaria, calificación de bienes y efectos de la quiebra en la comunidad conyugal. Se analizan los alcances del convenio privado de partición entre herederos, la validez del testamento ológrafo y la interpretación de la voluntad del causante, así como la prueba para desvirtuar la presunción de ganancialidad en casos de permuta. Además, se examina el impacto de la quiebra del causante sobre los bienes gananciales, reafirmando el principio de prenda común de los acreedores. Un panorama jurisprudencial actual y técnico sobre la aplicación del Código Civil y Comercial en procesos sucesorios.

En la sección jurisprudencia novedades, se abordan problemáticas actuales del derecho civil, comercial y concursal. Se examina la validez de créditos pactados en moneda extranjera en concursos, resaltando el rol técnico de la sindicatura; y se admite la actualización de honorarios profesionales a la luz de la inconstitucionalidad sobreviniente por inflación. En el ámbito de los derechos personalísimos, se reafirma el derecho del paciente a acceder a su historia clínica mediante hábeas data. Finalmente, la Suprema Corte bonaerense analiza la responsabilidad del titular registral de un vehículo por daños, ante la falta de denuncia de venta, consolidando la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva previsto en el CCyCN.

Como siempre, nuestro más sincero agradecimiento a las autoras y autores, al equipo editorial, colaboradores a nuestra sección jurisprudencia, y a las autoridades de nuestro Colegio, por confiar en nosotros para llevar adelante esta valiosa tarea.

Julia Leonor Bruzzone



INDICE

	Pág.
- Equipo de trabajo	I
- Autoridades del Colegio	II
- Presentación de la Revista	III
• ARTÍCULOS PLANIFICACIÓN SUCESORIA:	
“Planificación Sucesoria: ¿una nueva incumbencia?”. Dra. María Cristina Mourelle de Tamborenea	03
“La planificación sucesoria en el Derecho Internacional Privado argentino”. Dra. Luciana B. Scotti	12
• ARTÍCULOS ACADÉMICOS:	
“Juicio en Ausencia. Ley 27784. Cómo se implementa”. Dr. Franco M. Fiumara	23
“La ética en la era actual. Desafíos y oportunidades”. Dr. Gustavo Fratini	31
“El reenvío al derecho canónico a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación: <i>I. Quid iuris canonici</i> ”. Dr. Miguel M. F. Repetto Rolón	35
• RESEÑA DE FALLOS. JURISPRUDENCIA APLICADA:	
- FALLO 1 - RESEÑA	50
- FALLO 2 - RESEÑA	52
- FALLO 3 - RESEÑA	54
- FALLO 4 - RESEÑA	56
- FALLO 5 - RESEÑA	58
• RESEÑA DE FALLOS. JURISPRUDENCIA NOVEDADES:	
- FALLO 1 - RESEÑA	61
- FALLO 2 - RESEÑA	63
- FALLO 3 - RESEÑA	65
- FALLO 4 - RESEÑA	67

RJ
SI

Artículos Planificación Sucesoria

«Planificación Sucesoria: ¿una nueva incumbencia?»

Autora: **María Cristina Mourelle de Tamborenea**

RESUMEN

El presente artículo analiza la planificación sucesoria como una herramienta clave para la adecuada transmisión del patrimonio y la previsión de situaciones personales o de salud. Se examinan los fundamentos de esta planificación, estructurados en los pilares de protección, armonía, proyección y trascendencia, así como los cambios sociales y jurídicos que han impulsado su evolución. Además, se desarrollan las distintas herramientas disponibles, tanto patrimoniales, como donaciones, testamentos y fideicomisos, como extrapatrimoniales, entre ellas la designación de tutores y las directivas anticipadas. También se abordan las modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación que amplían la autonomía de la voluntad en esta materia. Finalmente, se destaca la importancia del rol del asesor legal en la implementación de estrategias adecuadas, consolidando la planificación sucesoria como un ámbito en expansión dentro del ejercicio profesional.

PALABRAS CLAVE

Planificación sucesoria. Patrimonio. Testamento. Autonomía de la voluntad.

SUMARIO

I. Introducción al tema. - II. Cambio de paradigma. - III. Planificación sucesoria patrimonial. - IV. Planificación sucesoria extrapatrimonial. - V. La Autonomía de la voluntad y la planificación: Límites. - VI. Corolario.

I. Introducción al tema

La planificación sucesoria puede ser conceptualizada como un conjunto de pasos adecuados para la mejor transmisión de nuestro patrimonio o, para encontrar la mejor solución a las cuestiones personales o, presente/futuras posibles enfermedades, y siempre teniendo en cuenta que lo que hemos de encarar para nuestra problemática concreta, es como encargar un traje a medida que habrá de requerir de un detallado análisis.

Leonardo Glinkin, ha definido la planificación sucesoria como "... tomar los asuntos de la vida teniendo en cuenta la posibilidad del retiro y la certeza de la muerte". Esto implica un primer desafío: si nos sabemos mortales, podemos imaginarnos diversos escenarios vinculados a nuestra existencia, ya que lo que nunca podremos predecir es cuándo, y bajo qué circunstancias, la incapacidad o la muerte va a ocurrir.¹ El citado autor sostiene que esta planificación se asienta sobre cuatro pilares básicos a partir de los cuales se pueden comprender las motivaciones disímiles de cada persona, teniendo en cuenta la edad y en cada circunstancia de la vida. Esos pilares guardan correspondencia con: la protección, la armonía, la proyección personal y la trascendencia.²

Si enfocamos el tema desde el denominado pilar de la protección, vamos a considerar en arbitrar los medios necesarios para que nuestros seres queridos no sufran un deterioro en sus condiciones materiales de vida como consecuencia de la desaparición del proveedor de ingresos, o, por ejemplo, el patrimonio no se vea afectado por un impacto impositivo derivado del fallecimiento del titular.

Visto desde el pilar de la armonía, es imprescindible adoptar las medidas tendientes a evitar conflictos entre miembros de la familia, es decir mantener, por ejemplo, la igualdad entre los hijos, propendiendo a la equidad.

Si enfocamos la planificación desde el pilar de la proyección, no podemos dejar de reconocer que entre los valores más apreciados de una persona se encuentra lograr que sus propios proyectos puedan seguir adelante. A modo de ejemplo, en el caso de que el planificador posea una empresa, puede plantearse cómo lograr hacia el futuro, que se continúe más allá de su esfuerzo personal, siempre tratando de evitar con ello que la organización padezca el impacto de la falta de su aporte. En esos escenarios, el empresario se está planteando su propio *exit*, o sea, la estrategia para la salida personal de la empresa y la búsqueda de personas comprometidas para poder llevarla adelante ante el supuesto de no querer o no poder seguir adelante con su empresa o sus proyectos.

Y, por último, la trascendencia, o sea la realización de ciertos proyectos personales que nos permite satisfacer algunos valores que son importantes para los seres humanos, teniendo en cuenta que trascender significa, por ejemplo, que el propio nombre bautice un proyecto, o que el esfuerzo del presente rinda sus frutos en el futuro lejano.³

Si encuadramos el término planificación como un proceso, podemos conceptualizarlo como la actividad humana de carácter racional que tiende a la definición de una conducta a seguir con el objeto de lograr la transformación de la realidad, para lo cual se definen y coordinan objetivos a lograr sobre la base del análisis previo de los hechos observados en la realidad presente y sus condicionamientos históricos y de la proyección de su tendencia que observa el sistema a planificar. Para la realización de esta tarea vamos a necesitar la aplicación de un conjunto de herramientas, instrumentos y recursos que, han de enlazar diferentes ramas del derecho.

Las XXXIV Jornadas Notariales Bonaerenses, realizadas en Mar del Plata, en mayo de 2023, se votó por unanimidad que, la planificación es un proceso fundamental y una forma de autoprotección para el adulto mayor, con el fin de garantizar su autonomía, el respeto de sus deseos, su voluntad, preferencias y la prevención de conflictos.⁴

¹ Glinkin, Leonardo. *Pensar la herencia*. Emecé, Buenos Aires, 1995.

² Respecto de los pilares de la Planificación sucesoria, las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Mendoza 2022, llegaron a la siguiente conclusión: "Protección, armonía, proyección y trascendencia son los cuatro pilares de la planificación sucesoria. La generalización de la práctica de la planificación sucesoria se traducirá en menor litigiosidad y mayor reflexión para tomar decisiones trascendentes. Esta asignatura interdisciplinaria puede complementarse con innovaciones legislativas y tributarias, e interpretaciones jurisprudenciales que favorezcan la prevención de conflictos y la previsión del futuro en un marco de equidad. Requiere denominar al sujeto de planificación sucesoria como heredante como sujeto de una práctica interdisciplinaria. Conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil realizadas en Mendoza el 22,23 y 24 de septiembre de 2022, Comisión 8, Sucesiones, <https://mendozalegal.com/omeka/files/original/960dd167f2e8f540e314f477e33e38a3.pdf>.

³ Ver sobre el tema: Glinkin, Leonardo, *Pensar la herencia*, Emecé, Buenos Aires, 1995

⁴ https://www.colescba.org.ar/portal/wp-content/uploads/2023/05/34JNA_DESPACHO-tema-I.pdf

Teniendo en cuenta el resultado que puede llegar a producir, es nuestra intención desarrollar brevemente algunas de las novedades incorporadas por el Código Civil y Comercial de la Nación, y hacer una breve referencia a otros institutos conocidos, pero reciclados, que formarán parte de este artículo.

II. Cambio de paradigma

¿Qué ha cambiado en el mundo que nos lleva a replantear planificar nuestra forma de vivir o de morir? Entendemos, que el primer gran cambio lo ha experimentado la familia. Ninguna duda nos cabe que la sociedad ha cambiado su actitud, por ejemplo, con respecto al tratamiento de las personas mayores modificando totalmente el modelo familiar planteado en otros tiempos. Tradicionalmente, quien tomaba conciencia de la eventualidad de tener que enfrentar en el futuro alguna incapacidad o tomar decisiones respecto de su patrimonio o salud, confiaba en que su familia adoptaría la mejor decisión y adecuada a sus deseos.⁵

En segundo lugar, nos enfrentamos a una realidad -imposible de imaginar no hace muchas décadas-, como es la prolongación de la vida humana que ha experimentado avances impensables y, la que no necesariamente siempre va acompañada de una buena calidad de vida ya sea física o psíquica.⁶

III. Planificación sucesoria patrimonial

Uno de los objetivos al momento de pensar en proteger nuestra herencia puede tener como finalidad proteger el patrimonio, u otros aspectos no patrimoniales relacionados con la persona, o su salud.

Si se trata del patrimonio una de las cuestiones a tener en cuenta al momento de planificar es analizar en qué momento queremos transmitirlo: antes o después de nuestra muerte, y en ese caso optaremos por una donación o un testamento, u otra herramienta que pueda sugerir el profesional que nos orienta, pero siempre teniendo en miras que esa transmisión que deseamos realizar no sea afectada por una impugnación por parte de alguno o algunos herederos, es decir, tratar de evitar en la medida de lo posible los conflictos familiares que pudieran surgir como consecuencia de nuestra disposición.⁷

También, podemos pensar en objetivos que no tengan trascendencia patrimonial, teniendo en cuenta la libertad ideológica y personal del individuo por medio de los derechos personalísimos que, como dice Cifuentes, tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que por inherentes, extrapatrimoniales y necesarios no podrían transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical.

Desde el punto de vista de la función práctica que la planificación sucesoria está llamada a cumplir, podemos tener en cuenta las siguientes:

III.1. Planificar con fines de partición y/o indivisión

Ante esta posibilidad, el ordenamiento jurídico nos brinda algunas herramientas para partir o mantener indiviso los bienes del acervo hereditario como son los supuestos previstos en los arts. 2411 al 2423 del CCyC, a saber:

a) Partición por los ascendientes: Este instituto permite que la partición sea la realizada por los padres u otros ascendientes, y que la misma pueda ser otorgada bajo la forma de donación o testamento, es decir, por actos entre vivos o por actos de última voluntad.⁸

⁵ Mourelle de Tamborenea, María Cristina. La Autotutela. ¿Cómo superar la propia incapacidad? LL-2004-F-1434.

⁶ Mourelle de Tamborenea, María Cristina y otros. Autocuratela, Revista Notarial N° 957, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2007, p. 624.

⁷ Mourelle de Tamborenea, María Cristina y otros. Planificación Sucesoria. Ed. La Ley, Bs. As., 1ª edición, p. 7.

⁸ Este modo de partir estaba contemplado en el Código Velezano a partir del art. 3514 del CC, y de la nota al mencionado artículo se desprendía la siguiente reflexión respecto de los orígenes de esta institución, al expresar: "Es el poder de los descendientes como medio de prevenir las diferencias a las que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos: Ut fraterno certamine ecos preservent, dice la ley romana. Esta facultad evita también los gastos de división que podría necesitar la minoridad de uno de los hijos. Los padres sustituyen su voluntad ilustrada a la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuir a cada uno de sus hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión o a su posición pecuniaria".

La partición por ascendientes ya había sido contemplada por Vélez, y al respecto Fornieles hace una aclaración al considerar que su escasa aplicación se debía a múltiples causas, entre ellas, la falta de hábito de hacer testamento, sobre todo existiendo herederos forzosos. Por ello, una institución calificada de magistratura familiar y que ha sido considerada como el ideal en la materia, ha fracasado en la práctica. Por su parte, en los Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación,⁹ los autores consideraron conveniente conservar el instituto de la partición por ascendientes ordenando los contenidos en una parte de disposiciones generales y el tratamiento por separado de la partición por donación y la partición por testamento, a diferencia del Código velezano que trató ambas formas en el mismo capítulo denominado “De la división hecha por el padre o madre y demás ascendientes, entre sus descendientes”.¹⁰

Es importante destacar que, ya se trate de la partición por donación o por testamento, podemos establecer las siguientes diferencias:

- Diferencia en cuanto al tipo de actos: Si la partición se otorga por medio de una donación, debemos considerar que se trata de un contrato entre el ascendiente y sus descendientes, y en ese supuesto deberá cumplirse con las formas previstas según el tipo de bienes objeto de la misma teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1552 del CCyC. Como toda donación –en principio–, es irrevocable, más allá de la posibilidad de revocación por inejecución de cargas y condiciones o por causa de ingratitud o indignidad. Por el contrario, en la partición por testamento se ha de tratar de un acto de última voluntad, unilateral, que no impedirá el nacimiento de la indivisión hereditaria, situación ésta que no ocurre en la partición por donación.

- Diferencia respecto de la aceptación de la herencia: La partición por donación no requiere que “la herencia” sea aceptada por los donatarios, situación que, si se da en la partición testamentaria, más allá de que la aceptación significará un reconocimiento hereditario respecto de la atribución de los bienes.

- Diferencia respecto de la posibilidad de disposición de los bienes: En la partición por donación, los descendientes-donatarios podrán disponer de los bienes recibidos, situación que no ocurre en la forma testamentaria hasta tanto no fallezca el causante, y, además, en este último caso el testador siempre tendrá la libertad de disponer de los bienes que han sido objeto de ella.¹¹

b) Indivisión forzada: Esta situación estaba prevista en los arts. 51 a 55 de la derogada Ley 14.394, hoy incorporada al Código Civil y Comercial por medio de los arts. 2330 al 2334 inclusive del citado ordenamiento.

Es importante recordar, que la indivisión forzosa de la herencia genera una excepción a dos principios regulados en el ordenamiento vigente: El primero se refiere al principio sentado en el art. 2365 del CCyC, el que establece que la partición puede ser solicitada en todo tiempo una vez que se haya aprobado el inventario y avalúo de los bienes por todos aquellos que se encuentren legitimados para solicitarla, conforme lo previsto en el art. 2364 CCyC; y el segundo supuesto, es el contemplado en el art. 2447 también del CCyC, por el cual el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas y en caso de hacerlas se tendrán por no escritas.¹²

El art. 2330 contempla la posibilidad de que el testador pueda imponer la indivisión de la herencia o la indivisión de un bien en particular.¹³ Por su parte, el art. 2331 del CCyC, permite que este pacto de indivisión

⁹ Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Bs. As. 2012, p. 597.

¹⁰ Mourelle de Tamborenea, María Cristina. Partición por los ascendientes: partición por donación y partición por testamento. Dos institutos de poco uso. Revista de Derecho de Familia y las Personas de La Ley, abril, Año 2016, p. 122.

¹¹ Costanzo, Mariano, Posterano Sanchez, Leandro. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado para notarios, Ed. Astrea y Fundación editora notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2015, Tº 8, p. 240 y sgte.

¹² Mourelle de Tamborenea, María Cristina. Estado de indivisión, excepciones al principio de partición forzosa: la indivisión forzosa en el Código Civil y Comercial. Revista de Derecho de Familia y las Personas de La Ley, agosto, Año 2016, p. 179.

¹³ El art. 2330 del CCyC, contempla esta situación al disponer: “El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad: a) un bien determinado; b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica; c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o ac-

voluntaria opere y se perfecciona entre los herederos que, habiendo analizado las ventajas y desventajas de la unidad, deciden mantener unido el acervo hereditario o parte de él, para un mejor aprovechamiento del derecho o de las cosas.¹⁴ Y, por último, el art. 2332 del CCyC, bajo el título “oposición del cónyuge”, regula dos supuestos en los cuales el cónyuge supérstite —siempre y cuando conserve la vocación hereditaria—, puede solicitar la indivisión.¹⁵

III.2. Planificación con fines de mejorar a un heredero forzoso

Esta posibilidad de planificar es una novedad introducida por el Código Civil y Comercial, el cual prevé a través del art. 2448 del citado ordenamiento, la protección del heredero con discapacidad quien, eventualmente quedaría sin protección luego de la muerte de un ascendiente o descendiente que seguramente se hubiera hecho cargo de él.

El beneficio puede otorgarse por el medio que al causante le resulte conveniente, léase donación, legado, fideicomiso con una mejora de un tercio sobre la porción legítima, la que estará condicionada a que se le haya otorgado la porción disponible, que en realidad deja de ser tal cuando el testador quiere hacer uso de la facultad de beneficio con la mejora estricta al discapacitado.¹⁶

III.3. Planificación con fines de administración a favor de un heredero forzoso

La figura del fideicomiso —ideal para este tipo de planificación—, está regulada expresamente en el Libro de los contratos a través de los arts. 1699, 1700, y en el Libro Quinto de Transmisión de los derechos por causa de muerte en el art. 2493 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Respecto del fideicomiso, Molina de Sandoval entiende que: “Cabe distinguir el fideicomiso testamentario del fideicomiso de planeación o planificación (patrimonial o familiar)”. Se trata de dos negocios distintos que sólo tienen en común la planificación a futuro en función de ciertos acontecimientos inciertos respecto del momento (v.gr., la muerte de alguna de las partes) y el férreo respeto a la legítima hereditaria. El fideicomiso testamentario no importa el nacimiento de un negocio fiduciario actual sino sólo su “constitución” al momento de la muerte del constituyente. Dicho en otros términos: se dispone por testamento transmitir la propiedad fiduciaria de su herencia (o una parte) al fiduciario (que se obliga a ejercer la propiedad fiduciaria

cionista. En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a este. El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad”.

¹⁴ El art. 2331 del CCyC, dispone: “Los herederos pueden convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los coparticipes. Si hay herederos incapaces o con capacidad restringida, el convenio concluido por sus representantes legales o con la participación de las personas que los asisten requiere aprobación judicial. Estos convenios pueden ser renovados por igual plazo al término del anteriormente establecido. Cualquiera de los coherederos puede pedir la división antes del vencimiento del plazo, siempre que medien causas justificadas”.

¹⁵ El art. 2332 del CCyC, dispone: “Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica, o partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, el cónyuge supérstite que ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio o accionista de la sociedad, puede oponerse a que se incluyan en la partición, excepto que puedan serle adjudicados en su lote. Tiene el mismo derecho el cónyuge que no adquirió, ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación. En estos casos, la indivisión se mantiene hasta diez años a partir de la muerte del causante, pero puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento. Durante la indivisión, la administración del establecimiento, de las partes sociales, cuotas o acciones corresponde al cónyuge sobreviviente. A instancia de cualquiera de los herederos, el juez puede autorizar el cese de la indivisión antes del plazo fijado, si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifican la decisión. El cónyuge supérstite también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos solo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge supérstite tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades”.

¹⁶ Córdoba, Marcos. Código Civil y Comercial. Directores: Garrido Cordobera, Lidia; Borda, Alejandro; Alferillo, Pascual, T 3, Editorial Astrea, 2015, Bs. As., p. 577 y sgte.

en beneficiario de beneficiarios), quien transmitirá la propiedad al cumplimiento del plazo a los herederos del constituyente. No es ésta la idea rectora en el fideicomiso de planeación patrimonial. Tampoco debe importar necesariamente un acto de "última voluntad" como se ha señalado. La base de esta modalidad fiduciaria es la transmisión de ciertos bienes al patrimonio fideicomitado para su administración y/o disposición por el fiduciario, quien en función de las reglas establecidas en el contrato (que tiene valor desde la fecha misma de celebración del contrato o incluso después de la muerte de alguna de las partes) debe desarrollar una serie de actos y que pueden estar condicionados (o no) a la muerte o incapacidad del constituyente. Los efectos de este fideicomiso son actuales (o pueden diferirse en el tiempo), pero el traspaso de los bienes al fideicomiso no depende de la muerte del constituyente (como sí ocurre en el fideicomiso testamentario). La finalidad de este fideicomiso puede ser mixta y puede incluir administración, inversión o garantía, dependiendo de los fines que el fiduciante designe. Incluso se ha planteado la posibilidad de un fideicomiso de "administración de activos para ayudas familiares".¹⁷

III.4. Planificación con fines de beneficiar a un extraño

En este supuesto de planificación, el causante prevé la situación de beneficiar a una o más personas que no son herederos. Puede tratarse de donaciones a favor de instituciones benéficas, o bien para dedicarse a emprendimientos culturales.

III.5. Planificación con fines de transmisión de la empresa familiar

Graciela Medina entiende que:

hay empresa familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio. Existe por lo tanto una estrecha relación entre propiedad y gestión o, dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia. Las principales características de las empresas familiares son: a) Que una o más familias tengan una participación importante (normalmente la mayoría) del capital social de la sociedad familiar. b) Que la familia ejerza un control de la empresa. c) Que algún miembro de la familia participe en la gestión de empresa. d) Que exista una vocación de continuidad y permanencia en la propiedad y gestión de la misma, incorporando a las siguientes generaciones.¹⁸

Por su parte, Favier Dubois, entiende que es importante destacar que hay "empresa familiar" cuando los integrantes de una familia dirigen, controlan y son propietarios de una empresa, la que constituye su medio de vida, y tienen la intención de mantener tal situación en el tiempo y con marcada identificación entre la suerte de la familia y de la empresa, pero que también se sostiene que la "empresa familiar" es "aquella en la que un grupo de personas pertenecientes a una o más generaciones, y unidas por vínculos familiares, comparten parcial o totalmente la propiedad de los medios instrumentales y la dirección de una empresa, produciéndose una comunicación entre los fines de la familia y de la empresa", y que si bien no existe un concepto unívoco en la materia, es claro que la empresa familiar presenta al menos dos elementos objetivos y relacionados entre sí: la existencia de una familia o grupo familiar y la existencia de una empresa, elementos a los que se suma uno subjetivo: la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que ésta sea el sustento de la primera.¹⁹

Insistimos en el tema que planificar importa pensar en el futuro -y en los posibles factores que pueden influir ante la muerte-, en este caso de alguno de los miembros de la familia empresaria el que es considerado un acontecimiento incierto en su momento temporal. Es por ello que la cuestión sucesoria no es un elemento indiferente a la hora de organizar el patrimonio familiar.

¹⁷ Molina Sandoval. El fideicomiso en la planificación sucesoria. La Ley 2014-B, p. 860

¹⁸ Medina, Graciela Empresa familiar 13/09/2010, L.L. 2010-E, 920.

¹⁹ Favier Dubois (h), Eduardo. La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica. E.D. tomo 236, 17-2-10, pag.2

Este constituye un tema de estudio e interés en el último tiempo, que ha sido considerado principalmente desde la perspectiva del Derecho Societario y su relación con el Derecho Contractual y el Derecho Sucesorio. La relevancia del tema resulta ostensible, toda vez que interesa de modo especial para evitar que la muerte de alguno o varios de sus titulares pueda poner en riesgo la estructura de un bien tan valioso –social y económicamente– como lo es la empresa familiar.²⁰

La empresa familiar constituye una institución de marcada importancia ética, social y económica, y para procurar su continuidad en el tiempo resulta conveniente instalar una "cultura propiciatoria" y arbitrar instrumentos y mecanismos tanto de sustentabilidad económica, psicológica y jurídica como de prevención de conflictos, para lo cual resulta necesaria la colaboración de profesionales de diversas áreas. Dentro de tales instrumentos se destaca el "protocolo de la sociedad de familia" que es un documento escrito que reglamenta las relaciones de los integrantes de la familia con la gestión de la empresa y con la propiedad de ésta, y cuya finalidad es procurar un adecuado equilibrio entre el interés familiar y el interés social en recíproco beneficio.²¹

IV. Planificación sucesoria extrapatrimonial

Uno de los planteos que podemos formularnos al momento de pensar en cómo distribuir nuestra herencia, puede ser: la de proteger el patrimonio, que la transmisión que deseamos realizar no sea afectada por una impugnación por parte de alguno o algunos herederos, es decir, tratar de evitar en la medida de lo posible los conflictos familiares que pudieran surgir como consecuencia de nuestra disposición, como ya hemos adelantado, o planificar buscando otra protección que no tenga como objetivo trascendencia patrimonial, como puede ser:

- La designación de tutor para hijos menores, situación contemplada en el art. 106 del CCyC,²² instituto que en el nuevo ordenamiento permite a cualquiera de los progenitores que no se encuentren privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental, designar por testamento o por escritura pública esa protección tutelar para sus hijos, la cual surtirá sus efectos con posterioridad al fallecimiento de los progenitores, dado que al tiempo de morir el primero de ellos, los hijos quedan bajo la responsabilidad parental del sobreviviente. Esa designación debe ser aprobada judicialmente;

- Designación de curador para parientes incapaces: Esta situación también contemplada en el nuevo ordenamiento por disposición del art. 139 CCyC²³, regula la designación de curadores, figura también aplicable para la elección de apoyos;

- El destino del propio cuerpo: El nuevo ordenamiento lo contemplada en el art. 56 del CCyC²⁴, y

²⁰ Molina Sandoval, Carlos A., Ob. cit., LL, 2014-B , p. 860.

²¹ Favier Dubois (h), Eduardo, ob. Cit.

²² "Artículo 106.- Tutor designado por los padres. Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas. Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente. Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más convenientes para el tutelado".

²³ "Artículo 139.- Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica".

²⁴ "Artículo 56.- Actos de disposición sobre el propio cuerpo. Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona,

siempre teniendo en cuenta la legislación especial que rige sobre el tema, sumado a ello los arts. 26, 55, 58 y 59 CCyC, lo prescripto en la ley 26.529 -modificada por la ley 26.749-, y su reglamentación.

- El reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio por medio de un testamento, conforme lo previsto en el art. 571 del CCyC;

- Las exequias u honras fúnebres: De acuerdo a lo dispuesto por el art. 61 del CCyC²⁵, norma que reconoce la posibilidad de disponer la forma, u otras circunstancias que tengan que ver con sus exequias e inhumación y, por otro lado, la posibilidad de disponer del cadáver con fines terapéuticos, científicos, o pedagógicos.

- Las directivas anticipadas: Es el derecho que tiene toda persona capaz de planificar -a través de los medios autorizados por la norma-, la previsión de cuidados para superar su propia incapacidad. Esta posibilidad está contemplada en el art. 60 del CCyC²⁶, y en la denominada Ley del paciente o muerte digna.

V. La Autonomía de la voluntad y la planificación: Límites

La autonomía de la voluntad es un principio general del Derecho Civil, el cual consiste en la libertad que reconoce el ordenamiento jurídico a los individuos, a fin de que los mismos autorregulen sus intereses. Esta autonomía se manifiesta a través del acto jurídico, que es el medio que el derecho le otorga a los sujetos para crear, modificar transferir o aniquilar sus derechos y obligaciones.²⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Artavia Murillo vs. Costa Rica» ha dicho que «El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana».²⁸

Pero, la autonomía de la voluntad tiene una valla inexcusable que está representada por el orden público, el cual podemos definirlo como el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras, es decir, un conjunto de reglas o normas que no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de las partes ni por la aplicación de normas extranjeras, ya que su promulgación se basó en ciertos principios que la que comunidad considera fundamentales.²⁹

de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial. El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable”.

²⁵ “Artículo 61.- Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

²⁶ Artículo 60.- Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

²⁷ Spota, sostenía que la autonomía “...es aquel principio que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasarse el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurídica. Esta función jurídica, este papel de creador de relaciones jurídicas nos señala que el campo propio donde la autonomía de la voluntad adquiere particular relevancia lo es en el de los contratos, aquí encontramos la voluntad jurídica de las personas y la fuerza de la ley actuando de consumo. Esta última confiere a la voluntad jurídica exteriorizada con el fin inmediato de constituir relaciones jurídicas, una significación jurídica.” SPOTA, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Volumen I. Ed. Depalma, Bs.As., 1974, págs. 20 y sgtes.

²⁸ CIDH, Fallo: «Artavia Murillo vs. Costa Rica», 28/11/2012.

²⁹ Medina, Graciela, Orden público en el derecho de familia, 10-11-2015, La Ley, 2015-F.

En materia de derecho sucesorio, el Código Civil y Comercial unificado plantea una flexibilización del orden público, situaciones que podemos advertir en varias de sus disposiciones, tales como: la disminución de los montos de legítima (art. 2445), los límites a la acción de reducción (art. 2459), la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448), todo lo cual supone ampliar los márgenes de la autonomía privada, cercenada por la sucesión forzosa. De todas maneras, es indudable que, ante la existencia de herederos forzosos, resulta indispensable atender el orden público sucesorio, ya que no puede excederse –en cuanto a las liberalidades–, de la porción disponible del autor de la sucesión.

VI. Corolario

Nuestra tarea diaria nos demuestra que con mayor frecuencia nos piden asesoramiento acerca del destino que tendrán sus bienes después de su muerte y cuáles son las variantes que les proporciona la ley para planificar sobre los mismos.

También advertimos que con la misma asiduidad nos consultan como canalizar un problema de salud desde lo jurídico o frente a una incapacidad sobreviniente, al igual que el destino de sus restos para después de su muerte. Teniendo en cuenta estas inquietudes, advertimos que estamos frente a una nueva incumbencia que nos ha de permitir brindar a nuestros clientes, la posibilidad de encontrar la herramienta que mejor se adapte a sus necesidades y deseos.

BIBLIOGRAFÍA

- Córdoba, Marcos. Código Civil y Comercial. Directores: Garrido Cordobera, Lidia; Borda, Alejandro; Alferillo, Pascual, T 3, Editorial Astrea, 2015, Bs. As., p. 577 y sgte.
- Costanzo, Mariano, Posterano Sanchez, Leandro. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado para notarios, Ed. Astrea y Fundación editora notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2015, T° 8, p. 240 y sgte.
- Favier Dubois (h), Eduardo. La empresa familiar frente al derecho argentino. Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica. E.D. tomo 236, 17-2-10, pag.2
- Glinkin, Leonardo. Pensar la herencia. Emecé, Buenos Aires, 1995.
- Medina, Graciela. Empresa familiar 13/09/2010, L.L. 2010-E, 920.
- Medina, Graciela. Orden público en el derecho de familia. 10-11-2015
- Molina Sandoval. El fideicomiso en la planificación sucesoria. La Ley 2014-B, p. 860
- Mourelle de Tamborenea, María Cristina y otros. Autocuratela, Revista Notarial N° 957, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2007, p. 624.
- Mourelle de Tamborenea, María Cristina y otros. Planificación Sucesoria, Ed. La Ley, Bs. As., 1ª edición, p. 7.
- Mourelle de Tamborenea, María Cristina. Estado de indivisión, excepciones al principio de partición forzosa: la indivisión forzosa en el Código Civil y Comercial. Revista de Derecho de Familia y las Personas de La Ley, agosto, Año 2016, p. 179.
- Mourelle de Tamborenea, María Cristina. La Autotutela. ¿Cómo superar la propia incapacidad? LL-2004-F-1434.
- Mourelle de Tamborenea, María Cristina. Partición por los ascendientes: partición por donación y partición por testamento. Dos institutos de poco uso. Revista de Derecho de Familia y las Personas de La Ley, abril, Año 2016, p. 122.
- Spota, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. Volumen I. Ed. Depalma, Bs.As., 1974, págs. 20 y sgtes.
- Conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil realizadas en Mendoza el 22,23 y 24 de septiembre de 2022, Comisión 8, Sucesiones.

«La planificación sucesoria en el Derecho Internacional Privado argentino»

Autora: **Luciana B. Scotti**¹

RESUMEN

En el ámbito de las sucesiones, los ordenamientos jurídicos cada día son más permeables a admitir la libertad de una persona para disponer de su patrimonio *mortis causa*, a través de disposiciones testamentarias de alcance material. Sin embargo, no es aún usual que los legisladores habiliten el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual del testador. Nos referimos a la *professio juris*, que puede asimilarse a una especie limitada de la autonomía de la voluntad en el sentido de que permite elegir entre un número acotado de sistemas jurídicos. Además, en el derecho comparado, se están implementando otros instrumentos de planificación sucesoria internacional, es decir, la persona se anticipa preventivamente a la sucesión transfronteriza de sus bienes mediante disposiciones *inter vivos*, que pueden tomar formas contractuales y habilitar automáticamente el derecho de elegir la ley aplicable.

PALABRAS CLAVE

Sucesiones internacionales. *Professio juris*. Planificación sucesoria. Derecho internacional privado argentino y comparado.

SUMARIO

I. Introducción. - II. Breves consideraciones sobre las sucesiones internacionales en el Derecho internacional privado. - III. Autonomía de la voluntad y sucesiones internacionales. - IV. El Derecho internacional privado argentino: las sucesiones testamentarias. - V. Reflexiones finales.

¹ Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y Profesora Adjunta de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Categoría I (Ministerio de Educación). Secretaria de Investigación, Facultad de Derecho, UBA. Vicedirectora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

I. Introducción

En el ámbito de las sucesiones, los ordenamientos jurídicos cada día son más permeables a admitir la libertad de una persona para disponer de su patrimonio *mortis causa*, a través de disposiciones testamentarias de alcance material. Sin embargo, no es aún usual que los legisladores habiliten el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual del testador.

González Beilfuss (2020) recuerda que la autonomía de las partes tiene una cierta tradición en el derecho de sucesiones donde ya fue reconocido en el siglo XIX en varias normas nacionales. No obstante, fue abandonada en su mayor parte más tarde, excepto en Suiza, donde ininterrumpidamente ha sido de gran utilidad hasta hoy.

En materia sucesoria, la referencia usual a autonomía de la voluntad alude a la *professio juris*², que puede asimilarse, tal como analizaremos más adelante, a una especie limitada de aquélla en el sentido de que permite elegir entre un número acotado de sistemas jurídicos.

Ahora bien, como señala Kohler (2012), esta ausencia o limitación de la autonomía sucesoria, puede compensarse en gran medida mediante los instrumentos de planificación patrimonial internacional, es decir, la libertad para anticipar la sucesión transfronteriza de los bienes mediante disposiciones *inter vivos*, que pueden tomar formas contractuales y habilitar automáticamente el derecho de elegir la ley aplicable.

Martínez Checa (2023) sostiene al respecto que:

la actividad de *estate planning* internacional puede ser conceptualizada como categoría jurídica sistemática relativa a la protección del patrimonio familiar y a la planificación de su transmisión eficiente a la siguiente generación mediante diversas instituciones civiles, evitando las reglas de la sucesión intestada (...) [E]s función del Derecho internacional privado, del Derecho civil internacional, aportar las instituciones y técnicas jurídicas que permitan la protección transfronteriza del patrimonio familiar y, en última instancia, la planificación de su transmisión a la siguiente generación (p. 139).

En primer lugar, para una mejor comprensión del tema, realizaremos un breve recorrido por los sistemas de regulación de las sucesiones internacionales.

II. Breves consideraciones sobre las sucesiones internacionales en el Derecho internacional privado

Cuando una sucesión, ab intestato o testamentaria, es internacional porque presenta algún elemento extranjero, ya sea que nos encontremos con un patrimonio disperso en varios Estados, ya sea porque no coincide el lugar de situación de los bienes, con el domicilio del causante, o de los herederos en su caso, o porque se han otorgado disposiciones de última voluntad en un país distinto, del lugar donde se pretenden hacer valer, tenemos que acudir al Derecho internacional privado para encontrar las respuestas jurídicas idóneas.

Dos concepciones opuestas como la romanista y la germánica han llevado a dos tesis contrapuestas en el Derecho internacional privado sucesorio, los llamados sistemas de la “unidad” y “pluralidad” o “fraccionamiento”. Mientras que el primero concibe el patrimonio del causante como una unidad indisociable, y a los herederos como los continuadores de su persona, el sistema de la pluralidad entiende que dicho patrimonio es un mero conjunto de bienes separables entre sí y que los herederos son meros causahabientes, como si se tratara de actos *inter vivos*, a quienes se le transmiten los bienes, pero no siguen a la persona del causante.

En consecuencia, el criterio de la unidad propone la aplicación de un único ordenamiento jurídico, la ley personal de la nacionalidad o del último domicilio o residencia habitual del causante. En tanto que la pluralidad conlleva a la aplicación de tantas leyes como bienes relictos con lugar de situación diferente existan en el caso concreto. Además, es usual que los ordenamientos jurídicos presenten un sistema dual, según se trate de sucesión de bienes inmuebles (*lex situs*) o sucesiones mobiliarias (ley personal).

² La denominación de *professio juris* proviene de las profesiones legis medievales, a través de las cuales las partes en un negocio jurídico declaraban cuál era la ley de su estirpe a fin de que la misma lo rigiera.

No obstante, Álvarez González advierte que también:

en el caso de los sistemas unitarios, existe un fraccionamiento potencial (aunque de menor intensidad) derivado de que, aunque la unidad de régimen jurídico es la regla, no dejan de producirse excepciones singulares: por ejemplo, aspectos de la sucesión, como la administración de la herencia o la transmisión de la propiedad de los bienes, pueden quedar regidos por una ley distinta a la general ley sucesoria; igualmente, es perfectamente concebible la situación en que una misma y única ley sucesoria se vea acompañada de exigencias imperativas de una ley distinta que se aplica, por ejemplo, en calidad de normativa procesal o de normas de imperativa aplicación; un reenvío parcial puede desencadenar un tal fraccionamiento; un tratado internacional, curiosamente contrario a la concepción del foro, etc. (p.20).

A estos dos sistemas clásicos, y además como una alternativa superadora entre la dicotomía entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio, irrumpe el sistema de la *professio juris*, en el cual el causante puede elegir el derecho conflictual de la sucesión; está facultado para seleccionar la ley aplicable. Es decir, por ejercicio de su autonomía el causante dispone entre las leyes vinculadas, cuál de ellas regulará la materia sucesoria.

En el Derecho Internacional Privado argentino de fuente convencional, contamos con los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, ambos en vigor. El régimen de la obra codificadora regional adopta el sistema de la pluralidad o fraccionamiento sucesorio.

En tanto, que, en la fuente interna, la Sección 9ª del Capítulo 3 (Parte especial) del Título IV del Libro Sexto del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) se ocupa, en particular, de las sucesiones internacionales y responde a un sistema que la doctrina mayoritaria ha reconocido como de unidad atenuada (debido a la excepción en relación con los inmuebles situados en la República Argentina que quedan sometidos al derecho argentino. Cfr. artículo 2644 CCyCN).

III. Autonomía de la voluntad y sucesiones internacionales

1. Instrumentos de planificación sucesoria internacional

Checa Martínez (2023) advierte que en el *Common law*, la inexistencia de legítimas aporta una mayor flexibilidad a las opciones de *estate planning* y son posibles formas de anticipación de la sucesión mediante donaciones, *trusts* inter vivos, fundaciones privada o familiares, entre otras, que constituyen liberalidades que no pertenecen a la herencia ni pueden ser traídas a colación o cómputo, ya sea la sucesión testamentaria o intestada.

Además, en el caso del trust, su circulación y reconocimiento ha sido consagrado a través del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre ley aplicable al trust y su reconocimiento, que ha sido ratificado por Estados de la familia jurídica del *Civil law*, como Italia, Malta, Países Bajos, Luxemburgo, Suiza, Mónaco, Panamá, Liechtenstein y San Marino, junto con Estados del *Common law* (Reino Unido, Chipre, Canadá -excepto Quebec-, Australia y Hong-Kong).

Sin embargo, el artículo 15 dispone que, el Convenio no obsta a la aplicación de las disposiciones de la ley designada por las normas de conflicto del foro, en la medida en que estas disposiciones no puedan excluirse en virtud de una manifestación de voluntad en materia de derechos de sucesión testada e intestada y, en particular, las porciones de bienes de que el testador no pueda disponer (inciso c).

Sin perjuicio de la existencia de formas anticipadas de transmisión de bienes, existen diversas formas de disposición *mortis causa* alternativas a los testamentos: los *will-substitutes*, como la designación del beneficiario en seguros de vida, rentas vitalicias, planes de pensiones, cuentas bancarias con designación de beneficiario, registro de orden de transmisión de participaciones a un beneficiario a la muerte de su propietario. Si bien, en estos supuestos la transmisión de propiedad se producirá *mortis causa*, lo será al margen del proceso sucesorio, porque el elemento fundamental de transmisión es la cláusula expresa de designación de beneficiario prescindiendo de la designación de herederos o de la tramitación de la herencia. Sin embargo, la validez y efectos de este tipo de sustitutos del testamento depende de la existencia de regulación legal que

los permita de acuerdo con la legislación contractual o específica de que se trate (seguros, planes de pensiones, etc.) y, a su vez, de la no oposición de la ley sucesoria (Checa Martínez, 2023).

2. La *professio juris*

La institución natural de la planificación sucesoria es el testamento y la incorporación en sus disposiciones de una opción a favor del derecho aplicable seleccionado. Es decir, el ejercicio de la *professio juris*.

Tal como sostiene Castellanos Ruiz (2016):

En materia de Derecho internacional privado lo que priman son los intereses privados y nadie como los particulares está en mejores condiciones para saber qué legislación les interesa y qué intereses quieren tutelar (...) la autonomía de la voluntad es, una vez que a través de los Derechos Humanos y de la excepción reducida del orden público se ha defendido lo más importante, el criterio que hoy nos permite hacer trajes a la medida para supuestos a la medida (p. 635).

Ahora bien, en los países de derecho civil continental, la autonomía de las partes y la *professio juris* suelen distinguirse. Esta última es asociada específicamente con las sucesiones, y podría entenderse como una autonomía de la voluntad limitada, en tanto permite elegir entre un número acotado de sistemas jurídicos. Además, la *professio juris* es generalmente un acto unilateral, por el cual una persona, el testador, designa la ley aplicable a la sucesión de su patrimonio, mientras que la autonomía de la voluntad normalmente se manifiesta en actos bilaterales, que presuponen un acuerdo, como los contratos, y en el plano del derecho de la familia, un matrimonio o una unión convivencial (González Beilfuss, 2020).

Ruiz Sutil (2015) analiza que:

en el fenómeno sucesorio internacional, la *professio juris* se concibe como un elemento de flexibilización más que de materialización. La elección de la ley sucesoria responde plenamente a los intereses del *de cuius*, que quiere disponer *mortis causa* de sus bienes con la máxima libertad posible, lo que puede implicar un riesgo para los intereses de los herederos forzosos, centrados en la salvaguardia de sus derechos legitimarios (...) Aunque exista desconfianza en la elección de un Derecho que conceda al causante completa libertad de disposición, la clave de la configuración de la *professio juris* debe ser la obtención de un cierto equilibrio entre la libertad de autorregulación para la organización de la sucesión futura y la tutela de las partes no disponibles (p. 13).

Sin embargo, en ningún caso:

se desconoce la fuerza sustantiva de la *professio juris*, y no pocos esfuerzos en su configuración se emplean en tratar de evitar el eventual fraude y la ‘desprotección de los familiares’ más próximos al causante, frente al temor de que el uso de la facultad de elegir la ley aplicable a la sucesión conduzca de forma natural hacia aquéllas que otorguen un mayor ámbito de libertad al testador frente a, por ejemplo, la imperatividad de las legítimas (Álvarez González, 2009, p. 22).

En sentido similar, Fontanellas Morell (2018) advierte esta necesidad de equilibrio entre dos fuerzas que se contraponen. En efecto, sostiene que el Derecho de las sucesiones:

ha puesto de relieve como ningún otro dominio jurídico la contradicción de, por un lado, ser un ejemplo de territorio hostil a la autonomía de la voluntad en razón de las *leges cogentes* que alberga, entre las cuales las preservadoras de las legítimas son el paradigma; y, por otro lado, estar inspirado en un ‘principio básico indiscutido’, la libertad de testar, que es una de las expresiones más genuinas de la autonomía privada (p. 377).

Ya en 1967, el Institut de droit international emitió una Resolución sobre “La Sucesión Testamentaria en el Derecho Internacional Privado”, que reconoce, indirectamente, la facultad del testador de elegir entre la ley de su nacionalidad y la de su domicilio: “Que la validité intrinsèque et les effets des dispositions testamentaires soient soumis à la loi successorale, sous réserve que le testateur puisse opter entre sa loi nationale et la loi de son domicile”.

Esta autonomía de la voluntad limitada es aceptada en el Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, no vigente. Asimismo, es admitida en el Reglamento (UE) N° 650/2012 relativo a sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

En suma, la clave de la configuración de la *professio juris* es la obtención de un cierto equilibrio entre la libertad de autorregulación, planificación y organización de la sucesión futura y, simplificando enormemente, la tutela de las legítimas o partes no disponibles, tal cual las definen una o varias leyes en juego (Álvarez González, 2009).

3. La *professio juris* en el Reglamento (UE) N° 650/2012 relativo a sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo

La entonces Comisaria Europea de Justicia, la política checa Vera Jourová, el día de la entrada en vigor del Reglamento, señalaba con elocuencia que, a partir de ahora, los ciudadanos que preparen un testamento podrán elegir que se aplique a su herencia la legislación del país de su nacionalidad, aunque vivan en un Estado miembro distinto y tengan bienes situados en países diferentes. Esto dará tranquilidad y seguridad jurídica a unas 450.000 familias europeas cada año, que se ven implicadas en casos transfronterizos. El resultado serán procedimientos más rápidos y baratos, que ahorrarán tiempo y dinero en honorarios de abogados a los ciudadanos de la UE.

En efecto, este Reglamento, establece por primera vez a escala europea³, normas sobre la competencia y la ley aplicable en materia de sucesiones, así como disposiciones sobre la aceptación y la ejecución de las resoluciones dictadas en un país de la Unión Europea (UE) y la aceptación y la ejecución de los documentos públicos emitidos por un país de la UE. Introduce además un certificado sucesorio europeo que pueden emplear los herederos, legatarios, ejecutores del testamento o administradores de la herencia para demostrar su cualidad de tales o ejercer sus derechos o competencias en otro país de la UE.

Como advierte Ripoll Soler (2016):

la creación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia en el que se propicia la libre circulación de personas, más allá de la primigenia aspiración de conseguir la libre circulación de mercancías y capitales, hace imprescindible facilitar esos movimientos dentro de la Unión Europea que generan un semillero de herencias transfronterizas. El Derecho Sucesorio del siglo XXI, en el seno de la Unión Europea, se enfrenta al reto de dar una respuesta adecuada a esos ciudadanos que adquieren una segunda residencia en un país distinto al de su procedencia, que generan riqueza en distintos países o que deciden que el decurso de su vida les lleve allende las fronteras del Estado de su nacionalidad originaria o de aquel que ha constituido su residencia en la primera parte de su existencia. Pues es una realidad cada vez más presente, en definitiva, la presencia de elementos extranjeros en aquellas sucesiones que tradicionalmente se presentaban como meramente internas (p. 27).

El Reglamento se aplica a la sucesión de las personas que fallecieron el 17 de agosto de 2015 o con posterioridad y en relación a todos los aspectos civiles de las sucesiones *mortis causa* de las herencias. Excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las siguientes materias, las cuales seguirán regulándose por las correspondientes legislaciones nacionales: a) El estado civil y las relaciones familiares de las personas,

³ En la fuente interna, los Estados europeos adoptan sistemas divergentes. De acuerdo al estudio de Ruiz Sutil (2015), la sucesión por causa de muerte se conecta a la nacionalidad del causante para que sea esta ley la que acabe rigiéndola en Alemania, Austria, Croacia, España, Eslovaquia, Eslovenia, Grecia, Hungría, Italia, Polonia y Portugal. En otros países, se opta por el criterio del domicilio para regir la sucesión internacional: Dinamarca, Estonia, Noruega, República Checa, Rumanía o Suiza (en este último caso, no es Estado parte de la UE). En Finlandia o Países Bajos utilizan la variante de residencia habitual cualificada. El sistema fragmentado para las sucesiones se ha extendido a Bélgica, Bulgaria, Lituania, Luxemburgo y Malta. Este sistema es característico también del derecho inglés y de la familia jurídica del Common law, aunque con el uso predominante del domicilio del causante para los bienes muebles y de la ley del Estado donde encuentren los bienes inmuebles, produciendo la escisión del caudal relicto al otorgar máxima importancia a los aspectos reales en la sucesión intestada.

su capacidad jurídica, así como las declaraciones de ausencia y de fallecimiento; b) Los regímenes económico-matrimoniales, incluyendo determinados efectos mortis causa derivados de ellos (por ejemplo, el usufructo vidual aragonés), así como las relaciones patrimoniales en las parejas de hecho; c) Los derechos de alimentos de cualquier clase; d) La validez formal de las disposiciones mortis causa (en esta materia permanece vigente el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961); e) Las transmisiones efectuadas, al fallecimiento de una persona, por título distinto de la sucesión (donaciones de todas clases, incluso las que se hacen con efectos post mortem; derechos de reversión procedentes de propiedades conjuntas de varias personas; planes de pensiones y contratos de seguros; y transacciones de naturaleza análoga); f) Las normas previstas legalmente por las personas jurídicas en materia de sucesión hereditaria de sus asociados, respecto de las participaciones de éstos en el patrimonio o en el capital de la entidad; g) La extinción de las personas jurídicas; h) La creación, administración y extinción de “trusts”; i) La naturaleza de los derechos reales y la inscripción de éstos en los registros públicos (de esta manera, la legislación hipotecaria no entra en el cauce del Reglamento UE); y j) Las cuestiones fiscales y las administrativas de Derecho Público.

La ley aplicable a la sucesión será la del país en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Puede ser la legislación de un país de la UE o de un tercer país. No obstante, cualquier persona podrá designar que se aplique en su lugar la ley del país cuya nacionalidad posea ⁴. Además, en caso de doble nacionalidad, el testador podrá elegir cualquiera de ellas.

Explica Lafuente Sánchez (2013) que:

esta limitación respecto a la elección de ley aplicable a la sucesión trata de evitar que el causante pueda designar otra ley con menor vinculación con la intención de frustrar las legítimas expectativas de sus herederos, al tiempo que permite al testador que haya ejercitado la libre circulación de personas y se encuentre domiciliado en otro Estado miembro de la Unión Europea mantener los vínculos con el Estado del que es nacional a través de la elección de esa ley para que rija su sucesión (p. 360).

Respecto a la forma de la *professio juris*, el Reglamento exige que la elección de la ley aplicable a la sucesión se haga expresamente en una declaración en forma de una disposición *mortis causa*, es decir, un testamento o un pacto sucesorio, o que resulte implícita de los términos de una disposición de ese tipo.

Fontanella (2018) advierte, con perspicacia, que la norma de conflicto que autoriza a designar la *lex hereditatis*, como cualquier otra que tenga carácter sustancial,

incorpora una ‘volonté d’accepter les résultats de droit matériel’ previstos por la legislación elegida, dado que es razonable pensar que en la decisión del *de cuius* ha resultado determinante un propósito de derecho material, que puede ser de muy diversa índole –la búsqueda de un régimen de legítima colectiva en vez de un régimen de legítima individual, [de] un régimen que permita una conmutación de la legítima en metálico en vez de uno presidido por una concepción de la legítima como *pars bonorum*, [de] un régimen que permita el testamento por comisario en vez de uno que lo prohíba, pero lo más lógico es presuponer que al profesante le ha motivado, sobre todo, la obtención de la mayor libertad de disposición posible o, dicho a la inversa, la sujeción al sistema legitimario menos estricto de entre los susceptibles de elección (p. 390).

Por otro lado, la *professio juris* podrá ser modificada o revocada en cualquier momento por el testador eligiendo una nueva ley aplicable a su sucesión, ya sea porque ha adquirido una nueva nacionalidad o, simplemente, porque desea renunciar a la ley designada en favor de la aplicación de la norma general, es decir, la ley de la última residencia habitual en el momento de su fallecimiento.

⁴ En materia de jurisdicción, si la persona es nacional de un país de la UE, las partes de la sucesión podrán acordar que los tribunales de dicho país de la UE sean los encargados de tramitar la sucesión, en lugar de los tribunales del país de residencia habitual del causante.

Los tribunales que resulten competentes podrán descartar total o parcialmente el derecho extranjero elegido por el causante en caso de afectación del orden público internacional, por ejemplo, en materia de legítima.

En suma, como sintetiza Bonomi (2016), las soluciones del Reglamento 650/2012 son ampliamente favorables a la libertad de testar y a la autonomía de la voluntad, a través del reconocimiento de la *professio juris*, de la preferencia por la residencia habitual como criterio de competencia judicial y de designación de la ley aplicable, del establecimiento de un régimen favorable a las disposiciones *mortis causa*, como los pactos sucesorios, y del protagonismo que, en la contestación de estas medidas liberales, puede cobrar el orden público en defensa de las reglas nacionales de protección de los familiares del causante.

Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tuvo oportunidad de interpretar el Reglamento que nos ocupa en un procedimiento prejudicial. En efecto, la sentencia del TJUE de 12 de octubre de 2023, según el texto rectificado mediante auto de 9 de enero de 2024, en el asunto C-21/22 indica que no cabe entender que la posibilidad de designar el Derecho aplicable a la propia sucesión sea un principio subyacente al Reglamento N° 650/2012 y, por tanto, a la cooperación judicial en materia civil y mercantil en la Unión de la que este Reglamento es instrumento.

Al respecto la doctrina especializada se ha manifestado críticamente. Blanco-Morales Limones (2024), por ejemplo, ha sostenido que:

De un plumazo, con escaso fundamento y un razonamiento carente de finura y sin atisbo de sutileza, la naturaleza objetiva de la residencia habitual y de la nacionalidad como puntos de conexión, sirven al TJUE para establecer que la posibilidad de que el causante designe la ley del Estado cuya nacionalidad posea, prevista en el artículo 22 RSE, constituye una excepción a la regla general establecida en su artículo 21 (...) Esta interpretación altera, de entrada, el juego normal de las conexiones, con manifiesta incongruencia. La *professio juris* en el Reglamento Sucesorio Europeo es una facultad del testador o disponente que, lejos de ser una extravagancia, goza de preferencia y, en consecuencia, hace subsidiaria a la conexión residencia habitual, que juega como punto de conexión por defecto, según la expresión del propio Tribunal (p. 128).

IV. El Derecho internacional privado argentino: las sucesiones testamentarias

Tal como indica Mónica Rodríguez (2017), las disposiciones de Derecho Internacional Privado del CCyCN no aportan una calificación autárquica de testamento o de disposición testamentaria. Por ende, si el juez recurriera a la *lex fori* a los fines de calificar “testamento” ante un caso concreto, podría acudir al artículo 2462 que se refiere al testamento como un derecho de la persona humana a “disponer libremente de los bienes para después de su muerte” y un “acto que puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”. Y, a modo de complemento, el artículo 2463 prevé que “las reglas establecidas para los actos jurídicos se aplican a los testamentos en cuanto no sean alteradas por las disposiciones de este título”.

Ahora bien, para que el testamento sea válido es menester que lo sea desde el punto de vista de las formas, el testador haya tenido la capacidad en el momento decisivo y que su contenido en principio no conculque el orden público internacional argentino. La República Argentina en principio puede recibir cualquier tipo de testamentos extranjeros, incluyendo el testamento ológrafo que otros ordenamientos jurídicos de derecho comparado no admiten.

A los fines de establecer la validez intrínseca del testamento, corresponde estar a lo que dispone el artículo 2644 CCyCN, conforme al cual la sucesión por causa de muerte (tanto intestada como testamentaria) se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Sin embargo, respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino.

Como adelantamos, nuestra legislación adopta un sistema de unidad atenuada o mixto, que diferencia

entre bienes muebles –sin distinciones- del causante que quedan regulados por la ley del último domicilio del difunto, y los bienes inmuebles situados en la República que quedan sometidos al derecho local.⁵

En consecuencia, el Derecho internacional privado argentino no admite, hasta la fecha, la *professio juris*, como lo hacen otros ordenamientos modernos en la materia.

Téngase presente que la segunda parte del artículo 2643 CCCN se erige como una norma de policía (internacionalmente imperativa) al disponer que “respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino”. Sin perjuicio de la mencionada norma internacionalmente imperativa o de aplicación inmediata en los términos del artículo 2599 CCCN, también resultará un límite el avasallamiento de principios fundamentales, es decir del orden público internacional en virtud del artículo 2600 CCyCN.

Por otro lado, el artículo 2596 introduce el reenvío, recurso muy utilizado en materia sucesoria, ante el imperio de divergentes sistemas de regulación en el derecho comparado.

Tampoco podemos soslayar lo dispuesto en el artículo 2597, que le brinda al juez una válvula de escape para aquellos casos en los que la norma indirecta lo conduzca a un derecho poco vinculado, en tanto otro ordenamiento jurídico, en cambio, se presenta estrechamente relacionado a la situación jurídica planteada.

En tal sentido, encontramos una norma expresa en el Reglamento europeo ya mencionado: si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado de su residencia habitual en el momento del fallecimiento, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado (artículo 21).

En lo que respecta a la fuente convencional, el Tratado de Montevideo de 1889 dispone que la ley del lugar de situación de los bienes (sean muebles o inmuebles) rige: a) La capacidad de la persona para testar; b) La del heredero o legatario para suceder; c) La validez y efectos del testamento; d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; e) La existencia y proporción de las legítimas; f) La existencia y monto de los bienes reservables; g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria. El Tratado de 1940 sólo excluye de la aplicación de la *lex situs* a la capacidad de la persona para testar (artículo 45 TM 1889 y 1940).

A su turno, de acuerdo al artículo 2645 CCyCN, el testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas.

El antiguo artículo 3638 del Código Civil derogado indicaba que el testamento del que se hallare fuera de su país sólo tendrá efecto en la República, si fuese hecho en las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca, o según las que este código designa como formas legales.

Advierte Iñiguez (2022) que la norma analizada:

no exige cualidades personales para otorgar un testamento en el extranjero, pero quien lo hace es porque mantiene bienes en el país o porque su domicilio o residencia habitual se encuentra en la República. Por esas causas, la norma es facilitadora del ejercicio de la autonomía para disponer libremente de sus bienes después de la muerte, pero por principios de orden público no son admitidos los testamentos cuando el testador sea menor de edad al momento del acto (art. 2464 CCyC), que se trate de un testamento mancomunado (art. 2465 CCyC), que el testador al momento del acto estuviera privado de razón o declarado incapaz (art. 2467, incs. c y d, CCyC) o haber sido extendido por error, dolo o violencia (art. 2467, inc. f, CCyC) (p. 417).

⁵ En cambio, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 proponía una solución unitaria: “Artículo 119.- Sucesión por causa de muerte. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su muerte”.

Feuillade (2019) manifiesta que “la razón de la multiplicidad de contactos es por favorecer la validez del testamento, lo cual respeta la voluntad del testador” (p. 695). En definitiva, se trata de la consagración del principio del *favor testamentii* en materia de validez de las formas testamentarias.

Por su parte, el Tratado de Montevideo de 1889 dispone que la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Esto, no obstante, el testamento otorgado por acto público con cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás (artículo 44). A su turno, el Tratado de 1940 contiene idéntica disposición salvo en cuanto no exige “acto público”, sino testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne.

V. Reflexiones finales

No ha habido aún en nuestro país un debate profundo sobre la posibilidad de introducir en esta materia la autonomía de la voluntad conflictual, con el alcance dado a la *professio iuris*, es decir con carácter limitado a un número reducido de leyes, en tanto estén estrechamente vinculadas a la sucesión, a fin de resguardar el principio de proximidad. Tampoco se han explorado otros mecanismos idóneos de planificación sucesoria para los casos transfronterizos.

En un escenario internacional caracterizado cada día más por la multiculturalidad, se presenta una tensión entre el respeto a la identidad cultural, mejor proporcionado por la nacionalidad, y la necesidad de integración, que es más idóneamente realizada con la opción a favor de la residencia habitual. La autonomía de la voluntad limitada permite superar esa dicotomía, brindando un espacio de libertad a las personas, que en definitiva buscan previsibilidad y certeza en la regulación de sus vidas privadas y familiares. Asistimos a un interés en alza a favor de la planificación tanto familiar como sucesoria.

El debate sin dudas está abierto, pero queda mucho camino por recorrer para seguir analizando y profundizando el tema que nos ha ocupado en esta oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Albornoz, J. R. (2003). Sucesión hereditaria. E. D. P. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur* (pp. 841-871). Zavalía.
- Álvarez González, S. (2009). “La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”. En *La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria*, Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río (pp. 17-49). Civitas. Thomson Reuters.
- Araujo Quintero, C. (2018). La autonomía de la voluntad en el Derecho sucesorio internacional: la ‘*professio iuris*’. *DFyP 2018* (abril), 04/04/2018, 85. Cita Online: AR/DOC/225/2018.
- Araujo Quintero, C. (2017). La ley aplicable a las sucesiones internacionales ante la multiculturalidad y los nuevos modelos de familia. *Ars boni et aequi* 13 (2), 35-70.
- Baltar, L. (2015). Las sucesiones internacionales a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: ¿un pequeño gran cambio?. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, IX (15), 7-24. <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja>
- Blanco-Morales Limones, P. (2024). La *professio iuris* sucesoria cuestionada. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 16 (2), 127-144. <https://doi.org/10.20318/cdt.2024.8905>
- Bonomi, A. (2011). Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*. 350. 71-418.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa Gonzalez, J. (2018). *Derecho Internacional Privado* (18ª edición). Volumen II. Comares.
- Carrascosa González, J. (2019). Ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la sentencia del tribunal. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11 (2), 472-489. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4973>

- Carrascosa González, J. (2016). "Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8 (1), 47-75. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3019>
- Castellanos Ruiz, E. (2016). Capítulo XXII, Sucesión hereditaria, Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. En A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado* (16ª edición). Volumen II (pp. 635-772). Comares.
- Checa Martínez, M. (2023). Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar. En B. Campuzano Díaz, P. Diago Diago, Pilar y M. A. Rodríguez Vázquez. *De los retos a las oportunidades en el derecho de familia y sucesiones internacional* (pp. 139 – 169). Tirant lo blanch.
- Feuillade, M. C. (2019). Sucesiones en el Derecho Internacional Privado. *Temas de Derecho Procesal*. 695 - 720.
- Fontanellas Morell, J. M. (2018). Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 10 (2), 376-408. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4381>
- González Beilfuss, C. (2020). Party Autonomy in International Family Law. *Recueil des cours*, 408, 89-361.
- Lafuente Sánchez, R. (2013). Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 5 (2), 350-370. Disponible en: www.uc3m.es/cdt
- Ripoll Soler, A. (2016). Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la professio iuris. *Revista de Derecho Civil*, III (2), 23-64. <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- Rodríguez, M. S. (2018). Algunas consideraciones sobre las sucesiones en el ámbito internacional. *RCCyC* 2017, 05/09/2017, 86. Cita Online: AR/DOC/2143/2017.
- Ruiz Sutil, C. (2015). Las relaciones sucesorias iberoamericanas a la luz de las soluciones conflictuales del Reglamento europeo (650/2012). *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 29. DOI: 10.17103/reei.29.04
- Scotti, L. B. (2019). *Manual de Derecho Internacional Privado* (2ª edición). La Ley.
- Uzal, M. E. (2016). *Derecho Internacional Privado*. La Ley.

RJ
SI

Artículos Académicos

“Juicio en Ausencia. Ley 27784. Cómo se implementa”

Autor: **Franco M. Fiumara**¹

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar la efectiva implementación de los juicios en ausencia en Argentina como medida de excepción con el objetivo de evitar la impunidad de los acusados de hechos tipificados en el Estatuto de Roma y la Convención Interamericana de la lucha contra el Terrorismo. Ello conlleva hacer efectiva la consecuente reparación sostenida en la jurisprudencia internacional y los Tratados Internacionales.

Se compara la jurisprudencia internacional de enjuiciamientos en rebeldía para crímenes graves o hechos terroristas, para poder aplicarlos a hechos del mismo tipo penal cometidos en el territorio argentino, en los cuales se puede utilizar esta modalidad de procedimientos; analizar los juicios en ausencia observando los derechos de los acusados, los derechos de las víctimas y las medidas reparatorias; señalar las principales fallas en el Sistema de Cooperación Internacional en materia penal. Su implementación hará saber la verdad de los hechos, que haya justicia como medida reparatoria en relación a los derechos de las víctimas y que puedan servir en materia de prevención ante la falta de cooperación internacional en materia penal.

PALABRAS CLAVE

Juicios en Ausencia o Rebeldía. Terrorismo. Derecho de las víctimas. Cooperación Penal Internacional.

¹ Juez en lo Criminal; Doctor en Ciencias Jurídicas; Doctor en Ciencias Políticas; Maestría en Derecho y Relaciones Internacionales, Universidad Nihon Gakko (Paraguay) - tesis: “La implementación de los juicios en ausencia en argentina; medidas supletorias antiimpunidad”; Posgrado Universidad de Bari (Italia); Becario y profesor invitado de Yad Vashem (Israel); Condecorado como Ufficiale della Ordine della Stella d'Italia; Profesor benemérito de la Universidad Aldo Moro de Bari, Italia; Consejero ad Honorem de la Facultad Interamericana de Litigación A.C. (Universidad Barra Interamericana de Abogados-México); Cursos en Francia, Polonia, Alemania; Ciudadano y huésped ilustre de varias ciudades argentinas; Becario del programa Personnalité d'avenir (Francia); Docente de grado y posgrado, Investigador y Consejero UNLaM; Disertante internacional, con numerosas publicaciones de artículos y libros, entre los más destacados, “Educación y Justicia como métodos de prevención de genocidios (Shoà y genocidios del siglo XX y XXI)”, “El voto del ciudadano Italiano en el exterior”, “Rusia, turismo temático”; Clases de “Derecho Procesal Penal” y coautor de “Fascismo y Usthas. Políticas del horror” y “Volver a empezar”.

SUMARIO

I. Introducción. - II. Desarrollo del tema. - II.a. La Constitución Nacional. - II.b. Los Códigos de Procedimientos. - II.c. Revisión de la sentencia. Nuevo Juicio. - III. Conclusión

I. Introducción

El terrorismo, particularmente el Yihadista, en todas sus formas, es uno de los flagelos internacionales que genera innumerables víctimas inocentes. El accionar sistémico para imponer el terror de manera traicionera e impiadosa en el núcleo cotidiano de la sociedad, destrozando eternamente a familias enteras y generando una enorme sensación de inseguridad, produce un certero cimbronazo político que pone en riesgo a cualquier gobierno democrático por la evidente falta de prevención o sanción penal de los perpetradores.

Ante ello, y habida cuenta la falta de material académico de esta nueva cultura jurídica en la utilización de este instituto, el objetivo de este trabajo es contribuir a difundir su aplicación de manera concreta, generar una verdadera conciencia jurídica acerca de la necesidad de la implementación del juicio en ausencia, con la limitante de los tipos penales que estipula la ley, utilizando determinados casos, desde variados y concurrentes puntos de vista: 1) analizando cronológicamente varios hechos criminales perpetrados por grupos terroristas, tanto en su vertiente conocida como terrorismo de Estado, como así también por grupos terroristas o de extremismo violento de origen Yihadista o fundamentalista, lo cual genera una dinámica de prevención o juzgamiento más complejo pero que en definitiva debe ser eficiente y en tiempo real; 2) remarcando las características de la respuesta institucional al fenómeno en el ámbito del Derecho comparado; 3) recabando particularmente los hechos que se han verificado en nuestro país y los precedentes de nuestro propio sistema institucional, en base a los deberes de diligencia reforzados del Estado y los derechos de las víctimas y 4) evaluando la cuestión desde la perspectiva adicional del acceso a la información pública, la participación ciudadana y la epistemología del juicio como ejes de la actividad estatal en materia penal en nuestro sistema institucional.²

Dicho esto, se trata de un tema sencillo pero complejo a la vez, ya que significa entablar una verdadera política de estado que mediante su implementación a través de la técnica del Balancing o compensación de igualdad de derechos constitucionales, equilibra los derechos inherentes de las víctimas (Ley 27372) y de los victimarios sin violentar ninguno de ellos. En definitiva, recurriendo a esta solución, se aplica como corresponde el art. 16 de la Constitución Nacional que describe efectivamente que todos los habitantes son iguales ante la ley.

A tal efecto se emplean como sinónimos “literales las palabras ausencia, contumacia y rebeldía”, como comúnmente se utiliza en el derecho comparado europeo en sus distintas dimensiones.

II. Desarrollo del tema

El mayor pilar de los derechos y garantías de las personas sometidas a proceso, como así también los derechos inherentes de las víctimas y sus familiares, se encuentran desarrollados en la Carta Magna y en los Tratados Internacionales incorporados a través del artículo 75 inciso 22 a la misma. Ante ello y en honor a la brevedad, comenzaré el análisis manteniendo una metodología lógica para comprensión del tema en desarrollo.

² Los cuatro puntos fueron referidos en el artículo: “La necesaria implementación del juicio en ausencia. Algunas observaciones al respecto”. Autores: Franco M. Fiumara y Alberto Gentili. Revista Institucional de AFFUN – Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación – Número 5, diciembre 2023.

1) Conociendo el proceso en su contra no se presentare, no responda, no acate o elude los requerimientos judiciales

2) Haber realizado intentos razonables por tenerlo a derecho, con resultado infructuoso.

Esto significa que: a) transcurridos cuatro meses del dictado de su captura internacional no pudo ser hallado; b) el requerimiento de extradición al país extranjero haya sido denegado o no haya respondido o no quiera juzgarlo (art. 64 Ley 24767 de Cooperación Internacional en Materia Penal).

Seguidamente el Juez deberá notificarle la resolución al defensor público o privado sobre la prosecución del proceso en ausencia o rebeldía para que realicen las defensas técnicas, incluso, de ser necesario, seguirán desarrollando su ministerio hasta agotar todos los recursos establecidos en los Códigos luego de la sentencia.

Es sumamente importante resaltar que tanto la CorteEDH⁶ y la Corte Europea de Luxemburgo⁷, en similares casos, permiten la realización de procesos en contumacia como vía de excepción procesal y siempre que el Estado requirente a través de la justicia haya realizado intentos razonables para notificarlos, y que estos hayan sido imposibles.

En Derecho comparado Charlie Hebdo, Stade de France, Super Casher, Le Bataclan, resolvieron en procesos mixtos entre ausentes y presentes en muy pocos años casos de terrorismo Yihadista. Al igual que Bulgaria el atentado de Burgas (18/7/2012)⁸, el Tribunal Internacional para Líbano por el atentado criminal de Rafik Hariri (2005; sentencia 2020); o Ucrania, Italia (Plan Cóndor⁹; Cascos Azules: Luca Sanna-2011; Caso Regeni -2024, Corte di Roma^{10 11}, Rusia, Ecuador, Georgia, entre tantos otros países que lo aplican.

II.c. Revisión de la sentencia. Nuevo Juicio

Es pacífica jurisprudencia y entran en plena consonancia las sentencias de nuestra Corte Suprema

⁶ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 1° settembre 2016 - Ricorso n. 36043/08 - Causa Huzuneanu c. Italia https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU1282021#;

⁷ Corte Giust. UE, 19 maggio 2022, IR, causa C-569/20; Corte di giustizia U.E., sez. V, 16 gennaio 2025, causa C-644/23, IR.

⁸ La Unión Europea incluyó en julio de 2013 al brazo armado de Hezbolá en su lista de organizaciones terroristas como consecuencia de la causa, luego ratificado por el fallo de Bulgaria en el 2020. Fijo como reparaciones una indemnización para los heridos y las familias de las víctimas, por un importe total de 200 millones de levas (100 millones de euros, 118 millones de dólares).

⁹ Sentencia definitiva en el juicio al Plan Cóndor. El tribunal Supremo de Italia confirmó la sentencia definitiva a cadena perpetua para catorce represores de América del Sur, que participaron del homicidio de personas con ciudadanía italiana, en distintos operativos en el marco del Plan Cóndor. 9/7/2021 <https://plancondor.org/node/1477#:~:text=El%20tribunal%20supremo%20de%20Italia,el%20marco%20del%20Plan%20C%3%B3ndor.>

¹⁰ El distinguido profesor y abogado italiano Vincenzo Carrozzino, que intervino en una de las conferencias organizadas por DAIA en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en una conferencia reciente, trajo a colación el caso actual, donde el Estado Egipcio impide la notificación de los imputados que son funcionarios públicos en ese país. Por ende, se continúa el proceso en contumacia.

¹¹ Denuncia penal abierta el 9/5/2014 por el Ministerio Público Fiscal de Roma; es el comienzo de un verdadero periplo procesal. Corte d'Assise, nulificó 3 veces en el decreto de citación; un de ellas la notificación de Gulob; otra la reforma del 2014. Puesto de Carabinieri en Afganistán; 2016: contestó que era de imposible notificación ya que los mismos se encontraban en el pueblo Zuf Saman en la región de Kunduz, territorio bajo dominio enemigo desde donde recibían permanente ataques enemigos. La jueza dott.ssa Alessandra Boffi – GUP- dictó el decreto de fuga (ilocalizable) con el que se pudo iniciar el proceso. Víctimas: Víctimas: Luca Sanna e Luca Barisonzi. Fallo de primera instancia (mayo 2021), cadena perpetua. 2022: confirmada la sentencia en Casación. Fiscal Mollace.

de Justicia de la Nación-CSJN, y de la CorteIDH, cuando en fallos sobre pedidos de extradición, manifestaron que la condición de un “nuevo juicio” en el compromiso de entrega de condenados, reconoce como base el derecho del acusado a ser juzgado en su presencia como integrante de la garantía del debido proceso¹² consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

La ley 27784 contempla plenamente esta posibilidad de nuevo proceso, en el plazo que establece desde su ulterior presentación de una sentencia condenatoria.

La CSJN en el fallo “Nardelli”¹³ de 1996, sobre la extradición solicitada por la República de Italia, condicionó la decisión de entrega a que el país requirente ofreciera garantías suficientes de que el requerido sería sometido a nuevo juicio en su presencia.

En fallos como “Bortolotti” confirmó la sentencia de la anterior instancia que había declarado procedente el pedido de extradición formulado por la República de Francia respecto del actor, para ejecutar una condena allí impuesta, al entender que la República de Francia había brindado una adecuada “seguridad” para que el caso se reabra para oír a condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia

Posteriormente, en el año 2012 la CSJN se expidió respecto de la ley 24.767¹⁴ de Cooperación Internacional en Materia Penal. En este sentido, cabe señalar que el art. 14, inc. b) de la ley mencionada regula expresamente el supuesto en que la solicitud de extradición se sustente en una “condena” que se “hubiese dictado en rebeldía” admitiendo que el acto extranjero dictado en esas circunstancias procesales surta efectos en jurisdicción argentina si la “seguridad” brindada por el país requirente se ajusta a lo dispuesto por el art. 11, inc. d). Este precepto legal consagra que la extradición no será concedida: “cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabría para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia” (Daniel Sabsay literal su dictamen).¹⁵

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1992 se ha expidió en el caso “Tajudeen” en un mismo sentido sobre la realización de un nuevo juicio, cuyo fundamento fue recogido por la Corte Suprema de nuestro país. Allí resolvió que no era violatoria del Pacto de San José la entrega dispuesta por Costa Rica con motivo de un pedido formulado por la República de Francia para el cumplimiento de una condena dictada en ausencia del requerido. Para así concluir valoró que el hecho de que la extradición se basara en una sentencia dictada en rebeldía no implicaba de por sí un atentado a las garantías del debido proceso ya que el gobierno de Francia había aceptado y se había comprometido a realizar un nuevo juicio en caso de que el requerido hiciera oposición al anterior.

En definitiva, como vengo argumentando, la CSJN ha admitido la extradición de una persona que hubiese sido condenada in absentia en el extranjero, siempre que se asegure la celebración de un nuevo juicio en su presencia. Del mismo modo lo ha resuelto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶ con sede en Luxemburgo.

¹² El debido proceso es un principio jurídico por el cual el Estado debe respetar todos los derechos legales que posee una persona según la ley. Es decir, de las víctimas y de los victimarios.

¹³ En igual sentido: Cauchi, Meli y otros.

¹⁴ B.O. 16/1/1997

¹⁵ Sabsay, Daniel (2016). Dictamen CECP N.º 3/2016; Buenos Aires, emitido en su condición de presidente del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Dr. German J. Bidart Campos, remitido a la Unidad Especial de Investigaciones del atentado a la sede de la AMIA del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Ciudad de Buenos Aires, Argentina.

¹⁶ Se encarga de interpretar y aplicar el derecho de la Unión Europea y aborda cuestiones de Derecho Humanitario y per-

De igual forma, el máximo Tribunal Penal del país, La Cámara de Casación Penal, en el fallo de la causa AMIA, el Dr. Carlos Mahiques (2024), en los considerandos, aconsejó la aplicación de los procedimientos en ausencia; como años anteriores ya lo había realizado el Dr. Eduardo Farah (2014) de la Cámara Federal (AMIA s/Amparo).

En el mismo año 2024, la CortelDH impone a la República Argentina remover todos los obstáculos de jure para poder juzgar a los presuntos autores del hecho. Son importantes los plazos resaltados en dicha sentencia para evitar mayores sanciones a las recibidas hasta la actualidad por notorias falencias en la prevención y en el juzgamiento.

Ante la disimilitud del alcance de tipos penales de legislaciones análogas, la ley sancionada limitó la aplicación por hechos cometidos dentro del territorio nacional soberano, a los crímenes imprescriptibles del Estatuto de Roma (Leyes 25390 y 26200): Genocidio, Lesa Humanidad, Crímenes de Guerra y Guerra de Agresión; y los instrumentos aplicables del art. 2 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo (Ley 26200).

Por último, y de vital importancia jurídica para su aplicación efectiva, es que son normas de carácter procesal, y, por ende, no vulneran el principio de legalidad y de irretroactividad que tanta confusión genera. Por tal motivo la CortelDH en el fallo Liakat contra Surinam del 2014, aclara esta confusión generada, conforme el mismo fallo, en América Latina. En su punto 69 refiere que, al no ser un tipo penal, se aplica el “*principio de tempus Regis Actus*”, es decir de aplicación inmediata de las normas que regulan su procedimiento sin que afecte el principio referido.

La magister Kathryn Sikkink, en su tesis-libro La Cascada de Justicia, nos enseña empíricamente que, en materia de prevención y reparación, hay una mejora sustancial en aquellos países donde se enjuició a los dictadores y quienes cometen aberrantes crímenes internacionales, a lo que agregó atentados terroristas.¹⁷

III. Conclusión

Durante el siglo XXI, las víctimas en los procesos penales fueron tomando un mayor protagonismo. Esto tiene que ver a los notorios fracasos de los organismos del Estado en materia de seguridad preventiva y de carencia de resultados efectivos de parte de la administración de justicia en su conjunto. Premisas sostenidas por el fallo de la CortelDH.

Algunos notorios casos de fracasos para juzgar a criminales de hechos imprescriptibles cometidos dentro del territorio nacional de la Argentina fueron los atentados terroristas yihadistas a la Embajada de Israel (1992) y dos años después, en la sede de la AMIA-DAIA (1994). También se puede mencionar el terrorismo de Estado, perpetrado por miembros de la Dictadura Cívico Militar (1975-1983), los cuales más de tres décadas siguen prófugos más de setenta acusados, por ende, impunes. Y, recientemente podría sumarse a los prófugos del hecho cometido con explosivos en el Comedor de Coordinación Federal de la Policía Federal ocurrido el 2 de julio de 1976 que provocó 24 muertes, por la resolución del 19 de diciembre de 2024 de la Sala I de la Cámara Federal, compuesta por los jueces Mariano Llorens, Leopoldo Bruglia y Pablo Bertuzzi, que revocó la extinción de la acción penal por prescripción oportunamente dispuesta y los consecuentes sobreseimientos dictados en este sentido, y ordenó se le reciba declaración indagatoria al ex jefe Montonero Mario Firmenich y otros miembros del grupo subversivo.

tenece a la Unión Europea. El CEDH de Estrasburgo, pertenece al Consejo de Europa que es la principal organización de DDHH del continente y se encarga de garantizar la protección de los derechos humanos. Verifica que los Estados respeten los derechos y garantías del Convenio Europeo de Derecho Humanos.

¹⁷ La cascada de la justicia. Kathryn_Sikkink@hks.harvard.edu. Editorial Gedisa S.A. (España). ISBN: 978-84-9784-789-6. 2016.

Podemos observar con suma precisión que la aplicación procesal del juicio en ausencia y/o contumacia y/o rebeldía en nuestro país es constitucional siempre que, cuando se presente el imputado, se asegure la celebración de un nuevo juicio en su presencia, se le permita un ejercicio amplio del derecho de defensa, y se dicte una nueva sentencia. El fallo de la CortelDH “Liakat contra Surinam” es contundente al sostener que las normas procesales son aplicables al momento de ser promulgadas y que no rige el principio de irretroactividad de la ley de fondo, es decir en materia penal.

Uno de los casos de suma importancia para tener presente, y que nace como consecuencia de dar respuestas a las víctimas en su plenitud de derechos y medidas reparatorias, lo tenemos en la implementación del Tribunal Penal Internacional para Líbano (2007) en su artículo 22, que volvió a retomar los postulados de Nüremberg; y, los principios jurídicos establecidos en la Resolución No. 95 (1946) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya implementación de los juicios en ausencia a los perpetradores, fue una de las formas de dar respuestas a las víctimas.

En estos casos de excepción, que contemplan los códigos de procedimientos, se deben tener presente determinados derechos de los acusados, como:

- a) La presencia de un defensor técnico en todas las etapas de un proceso;
- b) El alcance de las notificaciones de los acusados para suplir la misma cuando no son localizables;
- c) respetar todas las etapas recursivas de los Códigos de procedimientos en materia penal; y,
- d) Un recurso amplio de revisión en caso de una condena, que pueda otorgar la posibilidad de un nuevo juicio en caso de detención.

Como contraposición válida y balanceando el sistema de garantías de ambas partes, están los derechos inherentes de las víctimas y/o sus familiares, como así también a la sociedad en su conjunto para afianzar la Justicia, poder realizar el juicio con imputados presentes y/o ausentes, y cumplir con los principios de memoria, verdad, justicia y reparaciones, que vienen a menguar el sufrimiento físico, psíquico, de quienes padecieron un atentado.

En definitiva, se evita la impunidad biológica y jurídica por el paso del tiempo en la búsqueda de reparación.

La importancia de un juicio y consecuentemente una potencial sentencia, radica en los postulados de los fallos de la CortelDH que sostiene que la sentencia en sí misma es una de las medidas reparatorias más importantes ya que produce un efecto pacificador en la sociedad.

En conclusión, puede sostenerse que es viable la implementación de los juicios en ausencia en Argentina como medida excepcional para evitar la impunidad de los perpetradores y la reparación de las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

- Basterra, Marcela. El derecho de acceso a la información pública. Disertación pública en el Instituto de Política Constitucional, 2010
- Binder, Alberto. Derecho Procesal Penal. Tomo III, Ad Hoc, 2017
- Cassese Antonio. Lineamenti di diritto internazionale penale. Il Diritto Processuale, Società Editrice Il Mulino, Italia, 2006

- Davinson Eugene. Gli imputati di Norimberga. 2007, Pag. 26 crímenes y 34 “in Absentia”, Newton Compton editori
- Fiumara Franco M. Educación y Justicia como métodos pacíficos de prevención. Análisis histórico y judicial de la Shoà, genocidios de los siglos XX y XXI y terrorismo. Editorial UNLaM, 2016
- Fiumara Franco M. Tesis de Maestría en Derecho y Relaciones Internacionales, Universidad Nihon Gakko (Paraguay): La implementación de los juicios en ausencia en Argentina; medidas supletorias antiimpunidad. 2024.
- Fiumara Franco M., Gentili Alberto Adrián María. La Necesaria Implementación del Juicio en Ausencia. Algunas observaciones al respecto. Revista n°5 AFFUM, 2023
- Gramajo Juan M. El Estatuto de la Corte Penal Internacional. Editorial Ábaco, 2003
- Grappasonno, Nicolás y Fiumara, Franco. Juzgamiento en ausencia Ya es hora de sancionar la ley. Erreius on line, 2019
- Grappasonno, Nicolás y Fiumara, Franco. Juzgamiento en ausencia, sí. Una necesidad, una obligación y una deuda. Errerius on line, noviembre de 2016
- Lozada, Martin. ¿Es posible prevenir los genocidios? Revista de Derecho Penal y Criminología. La Ley, julio 2012
- Oyhanarte, Marta. El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Poder Ciudadano, Informe año 2014
- Rossi Catherine. Homicidio. El círculo íntimo de las víctimas. Taeda, 2022
- Sabsay, Daniel, Dictamen CECP N° 3/2016; Buenos Aires, 7 de diciembre de 2016, emitido en su condición de Presidente del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Dr. German J. Bidart Campos, remitido a la Unidad Especial de Investigaciones del atentado a la sede de la AMIA del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Sands Philippe. Calle Este-Oeste. Editorial Anagrama, 2018
- Sikkink Kathryn. La Cascada de la Justicia. Editorial Gedisa, 2014.

“La ética en la era actual. Desafíos y oportunidades”

Autor: **Gustavo Fratini**¹

RESUMEN

El artículo aborda los desafíos y oportunidades de la ética en la sociedad contemporánea, caracterizada por su dinamismo y volatilidad. Se examina cómo la «sociedad líquida» afecta las relaciones humanas y debilita los vínculos afectivos y sociales. El autor reflexiona sobre la ética como disciplina filosófica que estudia la moralidad, los valores y normas que rigen el comportamiento. Se enfatiza la necesidad de una reflexión crítica sobre lo que es bueno, justo y correcto en un contexto de rápidos cambios. Se analizan ejemplos concretos del ejercicio de la abogacía en la Provincia de Buenos Aires, destacando la desconexión entre la normativa vigente y su cumplimiento efectivo. Asimismo, se denuncia el deterioro del sistema judicial y la pérdida de valores éticos en múltiples niveles. Finalmente, se propone repensar la ética en la era actual para fortalecer las relaciones humanas y enfrentar los retos emergentes.

PALABRAS CLAVE

Ética - Sociedad líquida - Vínculos humanos – Justicia - Profesión jurídica

SUMARIO

I. Introducción. II. La ética en la era actual. Desafío y oportunidades.

Introducción

El mundo actual se caracteriza por su estado fluido y volátil. Es lo que se denomina sociedad líquida. Esta es una sociedad en la que la incertidumbre por la vertiginosa rapidez de los cambios ha debilitado los vínculos humanos, es decir las relaciones emocionales y sociales que se establecen entre personas y que pueden ser de naturaleza familiar, amistosa, laboral entre muchas otras, al decir de Zigmunt Bauman².

¹ Abogado, Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Arbitro titular del Tribunal de Conciliación y Arbitraje institucional del C.A.S.I., autor de artículos y editoriales (entre otros, Síntesis Forense de las últimas décadas).

² Zygmunt Bauman (Poznan, 19 de noviembre de 1925 – Leeds, 9 de enero de 2017)¹² fue un sociólogo, filósofo y ensayista polaco-británico de origen judío. Su obra, que comenzó en la década de 1950, se ocupa, entre otras cosas, de cuestiones como las clases sociales, el socialismo, el Holocausto, la hermenéutica, la modernidad y la posmodernidad, el consumismo, la globalización y la nueva pobreza. Desarrolló el concepto de la «modernidad líquida», y acuñó el término correspondiente.³ Junto con el también sociólogo Alain Touraine, Bauman recibió el Premio Príncipe de Asturias de Comunicación y Humanidades 2010.

Si pretendemos una primera aproximación hacia la ética considerando su definición generalmente aceptada, como rama de la filosofía que se ocupa del estudio de la moralidad, los valores y las normas que rigen el comportamiento humano, y que como tal se enfoca en la reflexión crítica sobre lo que es bueno, justo y correcto, y sobre cómo debemos actuar en diferentes situaciones, no podríamos hacer abstracción de la acentuada debilidad de los vínculos humanos.

La ética en la era actual. Desafíos y oportunidades

Si esta premisa resulta cierta, la práctica de la ética se encuentra en dificultades serias.

Y ello, no puede sino trasladarse al ámbito específico y concreto de la ética profesional, cuya normativa se encuentra “cristalizada” en lo que sin duda es su estatuto moral complementario del Estatuto legal: las normas de ética profesional vigentes en la Provincia de Buenos Aires desde el año 1954 a instancias del Colegio de Abogados provincial, y que sintéticamente abreva en cuatro fuentes: las Reglas de Ética adoptadas por la asociación del Foro de Nueva York (1909), las que fueran sancionadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados (1932), el anteproyecto de Código de Ética de la Federación Argentina de Colegios de Escribanos, y el proyecto unificado aprobado en la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados de 1947. Transcurridos más de setenta años, las normas siguen siendo exactamente iguales, tienen absoluta vigencia legal. Lo que sí ha cambiado de manera rotunda es la sociedad en general, la forma de ejercer la profesión, las cuotas de conocimientos que se proporcionan en las Universidades, las materias básicas y las que van surgiendo a partir de los cambios, la evolución, los comportamientos y las costumbres y la tecnología, el tráfico comercial nacional e internacional y los relacionamientos entre los diferentes Estados, y de las personas de cualquier sitio del planeta.

Vista esa ostensible debilidad –como refería, en relación a los vínculos humanos-, ¿cómo habríamos de responder o discernir qué es lo correcto y lo incorrecto? ¿Qué es la justicia, y como se puede lograr?; ¿cuáles son los principios y valores que deben guiar nuestro comportamiento?; ¿cómo debemos tratar a los demás?.

Nos estamos refiriendo desde ya a esos “grises” que puedan generar tanto dudas, como desconocimiento. Porque en términos generales sabemos que es lo bueno, lo justo, lo correcto. Sin embargo, algunos, y a veces muchos, lo ignoran olímpicamente.

En ese vasto e inconmensurable devenir se impone interrogarse cuál ha sido el camino seguido por otro de los pilares de la sociedad: la justicia, de la cual, los abogados, son partícipes indispensables. Y, lo que se considera universalmente como institucionalidad, esto es, la sujeción a las leyes por sobre los intereses mezquinos y la propaganda política. La Justicia como tal, -como valor esencial o absoluto- ya no lo es. Sería para un estudio específico el indagar los porqués, aunque a través de la experiencia aquilatada en especial en el ejercicio profesional lo sabemos. Nunca más vigente que ahora aquello de que la Justicia lenta no es Justicia, y que cuando la política entra en la casa de la Justicia, esta sale por la ventana y en contra de la independencia y la imparcialidad del sistema judicial para garantizar que la Justicia sea administrada de manera justa y equitativa. Lejos nos encontramos de todo ello lo que una vez más revela la crisis del sistema por ausencia de ética.

Consideremos también que la debilidad antes apuntada de los vínculos humanos no se subsana, ni tampoco mejora en el ámbito de las redes sociales, escenario este que, con el desarrollo galopante de la tecnología, parece dominar los escenarios políticos, culturales, amistosos, profesionales, informativos y familiares. Es más, en determinadas situaciones y como método persistente de propaganda y algoritmos hasta podríamos afirmar que los empeoran. Decidida e ineluctablemente es así porque gran parte de las veces la mentira, o las medias verdades que son su equivalente más común, se imponen por sobre la verdad. La ética cae también ahí en letra muerta.

Y hoy día a nivel mundial, y con muy escasas excepciones, se enseñorean en infinidad de sociedades el nacionalismo, el populismo, la desinformación, la xenofobia, la desigualdad económica y el autoritarismo. Ninguno de ellos serían dignos de elogio porque ocurren, entre decenas de motivos profundos, a expensas de mínimos rasgos éticos.

El relativismo nos lleva a considerar cual es la verdadera naturaleza de principios que se dan por sentados como inconvencibles.

De ahí entonces la dificultad de abordar una cuestión como la ética, cuando lo que es bueno puede

ser regular, malo o muy malo. Lo que es justo puede ser completamente injusto, y entre lo correcto y lo incorrecto puede haber similitudes, que en rigor de verdad no debieran ser tales.

Algo, por no decir mucho, “huele mal” en el mundo entero. Se dan las mismas premisas de hace siglos atrás cuando en realidad la frase acuñada por Shakespeare³ en su obra “Hamlet” se limitaba territorialmente a Dinamarca. La frase «algo huele a podrido en Dinamarca» proviene de la obra de teatro «Hamlet» de William Shakespeare. En el Acto 1, Escena 4, el personaje Marcellus dice: “Algo huele a podrido en el estado de Dinamarca». La frase original en inglés es «Something is rotten in the state of Denmark”. Marcellus la dice después de que el fantasma del rey asesinado aparece, y se refiere a la corrupción y la injusticia que reina en Dinamarca después de la muerte del rey. Naturalmente, no podría sino convertirse en una de las tantas expresiones idiomáticas que se utiliza para describir una situación en la que algo no está bien, hay corrupción o injusticia, y es necesario investigar o tomar medidas para corregirlo. □

Y la pregunta siguiente: ¿en qué países o naciones del mundo ello no resulta indispensable? Muy pocas o casi ninguna porque la realidad es que no se investiga lo suficiente. Se tapa, se posterga y se malogra de manera continua y mucho menos se toman las medidas adecuadas para corregirlo.

La ausencia de ética puede, y, de hecho, lleva a lugares y situaciones insospechadas. De ahí que, en cuanto a la ética profesional, y no obstante todo lo anteriormente apuntado, si nos referimos de manera concreta a su normativa plasmada en la Ley 5.177 que define cuales son las conductas que deben guiar al abogado, tanto en su relación con los colegas, como en su vínculo con los Jueces y con sus representados o clientes, no son vanos los mandatos que emergen de la misma: el respeto a la ley, la veracidad y la buena fe, no abusar de los procedimientos ni producir perjuicios innecesarios, guardar el secreto profesional, el mantenimiento de las formas en lo atinente a la publicidad, la acusación de magistrados y funcionarios frente a motivos fundados; etc.

Y, en todas esas cuestiones –y muchas más- se trata de mandatos legales, es decir la ética incorporada a normas legales vigentes precisamente sobre dicha materia en la práctica gran parte ha caído en desuso: En su art. 10 de norma mencionada, se establece: “*El abogado debe reducir su publicidad a avisar la dirección de su Estudio, sus nombres, títulos científicos y horas de atención al público. No debe publicar ni inducir a que se hagan públicas noticias o comentarios vinculados a los asuntos en que intervenga...etc.*” (sic).

Sin embargo, cotidianamente vemos lo contrario en cualquier medio de difusión masiva: abogados presentados al público, por ejemplo, como especialistas “en narcotráfico”. Cualquier letrado puede ocuparse de ese tipo de delitos porque sus únicas limitaciones son de doble orden: ceñirse al cumplimiento de la ley y a lo que su propia conciencia le indique. Empero, “el narcotráfico” no es especialidad alguna del derecho en ninguna currícula universitaria. Sin embargo, así se la difunde con el asentimiento y hasta el beneplácito del profesional.

Y, ni que hablar de la violación continua de las constancias de expedientes que son vendidas por funcionarios judiciales o empleados al periodismo, que relatan casos escabrosos o no, casi de cualquier materia como si los de los Tribunales se estuvieran desarrollando ante estrados periodísticos (y no judiciales).

A su turno, el art. 19 “*impone que el abogado no debe procurarse clientela por medios incompatibles con la dignidad profesional ni recurrir directamente o por terceras personas o intermediarios remunerados, para obtener asuntos.*” (sic)

Es decir, los “caranchos” en hospitales y en comisarías, en general no abogados, pero en connivencia con algunos de los profesionales que se dedican a efectuar reclamos por daños y perjuicios, sigue siendo más que común. Apenas cesó por un lapso dicha práctica ilegal en desmedro del libre ejercicio de la profesión y de la sana competencia, hace ya casi tres décadas cuando el Colegio de Abogados de San Isidro bajo la presidencia del Dr. Guillermo E. Sagués lo denunciara⁴ ante la Justicia proporcionando los nombres y apellidos de los profesionales involucrados en ellos. Ni que hablar de aquellos abogados, que, ya cebados por las sumas

³ Shakespeare William (Stratford-up on-Avon, Inglaterra, bautizado el 26 de abril jul./6 de mayo gregoriano. de 1564-Stratford-upon-Avon, Inglaterra, 23 de abril jul./3 de mayo gregoriano. de 1616)¹ fue un dramaturgo, poeta y actor inglés. Conocido en ocasiones como el Bardo de Avon (o el Bardo), se le considera el escritor más importante en lengua inglesa y como uno de los más célebres de la literatura universal.

⁴ Dos Primeras. Año II N° 7, mayo de 1996. Colegio e Abogados de San Isidro. P. 3

dinerarias que ingresaban falsificaban sumarios y pruebas para accionar judicialmente en procura de indemnizaciones o sumas dinerarias que a nadie hubiera correspondido.

Todo ello, y muchas otras situaciones de vulneración de la ética profesional seguramente es multicausal, y su análisis completo excede las posibilidades de un artículo que no es más que una aproximación a tan vasta temática. Sin embargo, debe recordarse lo que ya hace más de un siglo explicaba Calamandrei respecto a la sociedad italiana en su obra: “Demasiados abogados”: obra publicada a sus treinta años, y que es una denuncia de la «decadencia intelectual y moral de la abogacía italiana» que, como indica el autor, está en íntima relación con la proliferación del número de abogados en ejercicio, para lo cual propone una disminución del número de Facultades de Derecho, así como una mayor calidad en la enseñanza del mismo. Sería hoy día un simplismo inaceptable caer en dicho reduccionismo, pero nos invita sin duda a reflexionar. En especial, cuando sabemos a través de estadísticas y relevamientos efectuados por instituciones nacionales de la abogacía (F.A.C.A.), que la mayor parte de los abogados que pertenecen al grupo etario de los jóvenes genera ingresos muy inferiores a los de un operario metalúrgico, o que muchos otros con años de trayectoria, hoy no llegan siquiera a acercarse a cumplir con la C.A.O. (cuota anual obligatoria) con la Caja de Previsión Social para abogados de la Provincia de Buenos Aires.

¿Podrá ello –me refiero a la cantidad de abogados- encontrar similitudes con lo que acontece en nuestro medio? Dejo desde ya la respuesta al lector. De lo que no debiera haber duda es de que la abogacía en su conjunto, y a través de las instituciones que nuclean a los profesionales, sí debieran ejercer un rol más activo, y en especial en lo que hace a la marcha de la administración de justicia, convertida en los últimos tiempos en una suerte –excluyo a aquéllos Tribunales que cumplen en tiempo y forma con sus menesteres- en una suerte de “laberíntica máquina de impedir” para con los justiciables y quienes los representan, los abogados, incumpliendo plazos procesales, resolviendo muchas veces tarde y mal, obligando a la vía recursiva, la más de las veces, innecesariamente y por desconocimiento; para luego, ya en el “embudo” de la Alzada obligar a los litigantes a los pedidos de pronto despacho, si no se resignan a esperar los tiempos que contradicen por completo a los establecidos por las normas procesales.

Se trata de un camino, de un devenir a lo largo del tiempo, en incesante movimiento y transformación. Aspiremos, desde una visión optimista, que lo sea para bien. No lo será, sino con la intervención activa de todos los afectados.

“El reenvío al derecho canónico a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación: *I. Quid iuris canonici*”

Autor: **Miguel M.F. Repetto Rolon**¹

A mis maestros Werner Goldschmidt y Alicia M. Perugini Zanetti

RESUMEN

El presente artículo examina el reenvío al derecho canónico a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), destacando los desafíos interpretativos y metodológicos que enfrenta el juez argentino al aplicar este sistema normativo como derecho extranjero. Se analiza la estructura del derecho canónico, su relación con la eclesiología y la forma en que el CCyCN lo incorpora a través de sus normas de Derecho Internacional Privado. Además, se estudia la influencia de la teoría del uso jurídico de Werner Goldschmidt en este campo y las implicancias de la imitación de la posible sentencia de un "juez eclesiástico". A su vez, se revisan los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la jurisdicción canónica y su aplicación en los tribunales argentinos. Finalmente, el artículo plantea la necesidad de un enfoque riguroso en la interpretación del derecho canónico para evitar distorsiones en su aplicación dentro del ordenamiento jurídico nacional.

PALABRAS CLAVE

Reenvío. Derecho Canónico. Código Civil y Comercial. Derecho Internacional Privado. Jurisprudencia.

SUMARIO

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) incorporó en el Libro VI un Título específico con disposiciones de Derecho Internacional Privado (DIPr). Aunque varios autores cuestionan esta forma de regulación por no ser autónoma y estar limitada a ciertas materias; lo cierto es que a diferencia del Código Velezano el legislador nacional reunió en un mismo Título las normas del DIPr que entendió legislables. En esta primera

¹ Abogado, Lic. en Derecho Canónico, Doctor en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad Gregoriana (Roma), Profesor Titular de Derecho Canónico y Eclesiástico y de Filosofía del Derecho en la Universidad Del Salvador (Argentina), investigador en áreas de derecho romano y derecho canónico ante la Universidad de Sevilla (España), Director del Instituto de Derecho Canónico del CASI, Presidente de la Asociación Argentina de Canonistas

sistematización ha influido las enseñanzas del Prof. Werner Goldschmidt² en su visión trialista³ del mundo jurídico aplicable a este derecho de la tolerancia. Así puede observarse, por ejemplo, con la recepción de la teoría del uso jurídico que ya había expuesto en su obra “La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado” de 1935. Ahora el juez argentino deberá resolver el caso iusprivatista con un elemento extranjero como lo hubiera hecho el juez foráneo. Es decir, tendrá que “imitar”⁴ la posible sentencia que este hubiera dictado⁵.

Antes de avanzar entendemos pertinente aclarar que el juez argentino no deberá aplicar el derecho extranjero de manera automática; sino buscar cuáles son los vínculos más fuertes que tiene la relación jurídica con ese derecho; como ya lo había sostenido en el siglo XIII el decretista Bartolomé de Brescia en su *Glossa* al canon *Frater* del *Decretum Gratiani* (C.16, q.1, c.52)⁶.

Cuando el derecho canónico es el llamado a regir el caso su aplicación va a acarrear diversas cuestiones particulares como veremos seguidamente.

Una de ellas, va a estar referida a la exigencia de tener que “imitar” de la manera más exacta posible lo que hubiera resuelto el “juez” eclesiástico para poder arribar a la solución del fondo del asunto⁷.

Otra, luego de tener presente la diferencia entre la Santa Sede del Estado de la Ciudad del Vaticano, y si el caso corresponde a la Iglesia Católica Latina o a la Oriental; el juez competente tendrá que abordar qué es el derecho canónico y su método; qué es la justicia canónica; lo público y lo privado en la sociedad eclesial; el orden público canónico; las normas de conflicto; los puntos de conexión; las calificaciones, etc. Esto es así porque deberá traer la “cantidad”⁸ máxima del derecho eclesial para resolver el asunto; ya que “no es un determinado precepto o un conjunto de reglas, sino que se trata de una remisión a un sistema jurídico”⁹. E interpretarlo como lo haría el juez foráneo. De otra manera no se podría “imitar” su probable decisión. Claro está que no podrá realizarlo si no utiliza el método¹⁰ adecuado para este derecho sacro. Recién entonces logrará adentrarse en su contenido a través del Magisterio Pontificio, de la tradición de la Iglesia, de la historia del derecho eclesial, de la doctrina autorizada, entre otras fuentes. Pero, como lo advertía Goldschmidt, el juez argentino debe recordar siempre que el derecho canónico seguirá siendo tal y tiene que ser respetado en sus particularidades como derecho extranjero.

Entonces, si se quiere dar cumplimiento al art. 2595 inc. a) CCyCN el juez competente deberá determinar previamente quien sería ese “juez del Estado” llamado a ser imitado en su probable decisión. Y aquí aparece el problema principal: no hay un juez eclesiástico en los términos legislados por el CCyCN. Lamentablemente el codificador de 2015 omitió considerar que la Iglesia Católica sólo posee el Tribunal Apostólico de la Rota Romana y el de la Signatura Apostólica, que tratan materias que no abordan casos de derecho privado.

A pesar del estrecho vínculo moral que une históricamente a la Argentina y a la Santa Sede como se puede observar en la Constitución Nacional, en el Código Civil e incluso en el actual CCyCN; el legislador omitió detenerse en la formulación de sus normas para que se lo abarcara adecuadamente. No lo hizo, generando así una indefinición impropia de una codificación; que deja un amplio margen a la discrecionalidad del juez. Ahora este deberá buscar y encontrar quien sería ese “juez” en el ordenamiento canónico ante quien se hubiera plantado la contienda¹¹ para imitar su posible sentencia¹² y su probable interpretación normativa. Por tanto, las palabras utilizadas por el legislador son inadecuados en lo que respecta al derecho eclesial; y quedan a la suerte de las subjetividades de los diversos operadores jurídicos.

Dicho esto, tenemos que recordar que la cuestión del reenvío se enmarca en el campo del derecho

² Cf. Goldschmidt, W. Derecho Internacional Privado. n. 21, 19-24.

³ Cf. Goldschmidt, W. Introducción filosófica al derecho.

⁴ Cf. Goldschmidt, W. Derecho Internacional Privado. n. 17, 16.

⁵ Cf. Goldschmidt, W. Introducción filosófica al derecho. n. 691, 607.

⁶ Cf. Bartholomaeus Brixiensis, *Glossa ordinaria*, C. 6, q. 1, c. 52.

⁷ Cf. Goldschmidt. Derecho Internacional Privado. n. 89, 82.

⁸ Cf. Goldschmidt. Derecho Internacional Privado. n.137, 128-129.

⁹ A. DREYZIN DE KLOR, “Las disposiciones generales del Derecho Internación Privado en el Código Civil y Comercial”, *Revista Código Civil y Comercial*, año III nro 8, septiembre 2017.

¹⁰ Cf. W. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, n. 598, 531.

¹¹ Cf. W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, n. 142, 137.

¹² Cf. W. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, 692, 607.

aplicable¹³; pues necesariamente tuvo que resolverse de manera previa y afirmativamente que el juez argentino posee jurisdicción para dirimir el asunto. Además, que está ante un caso iusprivatista con elementos extranjeros y que existe una norma de conflicto argentina que reenvía al derecho canónico. Es recién entonces, siguiendo la teoría del uso jurídico que «el juez establece su contenido¹⁴, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece» (art. 2595 CCyCN). Más allá del derecho de las partes de «alegar y probar la existencia de la ley invocada». Por tanto, «nuestros jueces deben someterse *tamquam cadaver* a la interpretación que los jueces extranjeros dan a su respectivo derecho, aun en el supuesto de su identidad al nuestro»¹⁵. Y no sucumbir por la tensión que se genera cuando están “en tela de juicio varios derechos privados”¹⁶ aplicando el derecho argentino por ser el conocido, aunque no posea aquellos vínculos estrechos anteriormente aludidos.

Pero los problemas no finiquitan aquí porque aparecerán otros.

El primero: ¿cómo y en qué medida el juez argentino puede determinar adecuadamente el contenido del derecho canónico sin previamente delimitar qué es y qué abarca. Si lo desconoce no podrá interpretar correctamente una norma del Código de Derecho Canónico o el de las Iglesias Orientales, el Magisterio del Romano Pontífice, los diversos documentos de la Curia Romana o el derecho propio de una persona jurídica eclesial, etc., que podrían ser aplicables al caso.

El segundo: dado que está obligado a interpretarlo como lo haría el “juez” eclesiástico no sólo nomenclógica sino también axiológicamente deberá adentrarse en el conocimiento de la dikelogía¹⁷ canónica. Sobre este último punto el Prof. Goldschmidt, considera que «el mundo jurídico propio es tridimensional y comprende el orden de repartos, el ordenamiento normativo y la justicia. El mundo jurídico extranjero nos parece, al contrario, solo unidimensional: no tenemos en consideración sino su orden de repartos, en el cual se halla la sociologización de su ordenamiento normativo; en cambio, eliminamos el aspecto de justicia»¹⁸.

Esta opinión, consideramos que debe ser interpretada juntamente con el párrafo siguiente cuando expresa que «nosotros nos limitamos a predecir como futurólogos cómo resolverán en él un caso determinado con el mayor grado asequible de probabilidad; colocamos entre paréntesis nuestra concepción de la justicia. Por ello enfocamos exclusivamente la práctica extranjera (jurisprudencia, administración, conductas colectivas) y las normas como descripciones de futuras conductas»¹⁹.

Entendemos que la posición asumida por Goldschmidt tuvo en miras a los derechos estatales, pero no al canónico. Este posee -como veremos- sus particularidades y vaciarlo de contenido axiológico sería mutilar parte de su esencia e inconveniente a los fines hermenéuticos. Pues como lo afirma: el derecho estatal busca como fin último la justicia; mientras que el canónico sin resignarla tiene como ley suprema la *salus animarum*²⁰. Es así y lo veremos cuando tratemos qué es la justicia canónica.

El tercero: el Código actual lleva a reexaminar la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes cuando aborda la aplicación del derecho canónico y la jurisdicción eclesiástica a la luz del Acuerdo de 1966 celebrado con la Santa Sede. Principalmente, respecto de los casos “Lastra” (Fallos: 314:1324) y “Rybar” (Fallos: 315:1294) en donde la Corte se basó en las previsiones del Código Civil para sentar su doctrina judicial. Hoy no sólo no fueron receptadas en el nuevo cuerpo normativo, sino que hay un cambio de paradigma sobre la posición de la Iglesia Católica dentro del ordenamiento argentino. En cambio, sí debe partirse del precedente “Rueda” resuelto el 20 de abril de 2023 cuando la Corte basa su decisión afirmando que las jurisdicciones civil y canónica son diversas con fines distintos. Ciertamente que lo son pues la primera se limita al fuero externo y a materias distintas; mientras que la canónica, como lo en-

¹³ Cf. L. B SCOTTI, “El reenvío en el derecho internacional privado argentino: aportes de la doctrina y de la jurisprudencia”, Revista de la Facultad, Vol. XIII n. 1 - Nueva Serie II (2022) 36.

¹⁴ Más allá de la inconveniencia de los términos utilizados por el legislador al remitir a los “jueces del Estado” y “establecer” el contenido de dicho derecho cuando en realidad indaga y comprueba su contenido. Ciertamente, no es el juez argentino el que establece el contenido del derecho extranjero; sino sólo encuadra el conflicto que tiene que resolver en la norma extranjera apropiada (cf. A.M. PERUGNI ZANETTI, “Panorama General”, 665).

¹⁵ W. GOLDSCHMIDT, Derecho Internacional Privado, n. 146, 144).

¹⁶ Cf. W. GOLDSCHMIDT, Suma de Derecho Internacional Privado, 24-ss.

¹⁷ Cf. W. GOLDSCHMIDT, La ciencia de la justicia (Dikelogia), 96-ss.

¹⁸ Derecho Internacional Privado, n. 142, 139

¹⁹ Ob. cit., n.142, 139.

²⁰ Cf. W. GOLDSCHMIDT, Introducción filosófica al derecho, n. 595, 530.

señaba Inocencio III²¹, se ejerce también en el fuero interno y no sólo *ratio peccati* sino fundamentalmente *ratio animae*.

Lamentablemente puede observarse que los tribunales argentinos citan acriticamente dichos precedentes cuando tienen que resolver cuestiones patrimoniales a pesar del cambio de la legislación. Incluso lo hacen basándose erróneamente en el Acuerdo; entendiendo que en virtud de éste el derecho canónico es aplicable en casos privados ventilados entre personas jurídicas eclesíásticas o entre estas y terceros. Y sobre esta base pretenden dictar sentencia aplicando uno o dos cánones aislados del *Codex Iuris Canonici* o del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, como si así se pudiera “imitar” la posible “sentencia” del “juez canónico” y la interpretación de su derecho. En realidad, esta postura deja traslucir que la norma canónica singular es nacionalizada y aislada por los operadores judiciales; olvidando que es distinto aplicar derecho propio y derecho extranjero.²² Esto, a su vez, genera otro peligro: la amplitud discrecional del juez quien respaldado por el rol protagónico que se le ha otorgado en el nuevo CCyCN determinará lo que él considere -según su formación- qué norma positiva del derecho canónico es aplicable. Y al ser libre de hacerlo en su subjetividad seguramente pondrá en riesgo la seguridad jurídica; porque no va a “respetar el elemento extranjero que se desenvuelve en tensión con la necesidad del resguardo local”²³. Fundamentalmente porque no podrá interpretar el derecho eclesial como lo requiere el CCyCN.

Pero lo más grave que se observa en la actuación judicial es que omiten valorar que el Acuerdo no regula materias ni relaciones jurídicos-privadas con elementos extranjeros²⁴ propios del DIPr. Al ser de derecho público²⁵ sólo regla el ejercicio de la jurisdicción eclesíástica en el territorio argentino limitada al ámbito de su competencia. Es decir, el “ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos”. Por tanto, dicho documento no es fuente²⁶ ni formal ni material de DIPr. No está de más recordar que el Acuerdo tuvo como objeto solucionar la cuestión del Patronato (ex art. 67, incs. 19 *in fine* y 20; y ex art. 86, incs. 8º y 9º C.N.)²⁷. Y lo hizo de manera definitiva²⁸; pero en momento alguno estableció normas de DIPr. Tan es así, que el legislador nacional tuvo que sancionar la ley 24.483 para ciertas materias. Claro está, como lo afirma Levaggi²⁹, la limitación de lo concordado a solo algunas materias no significa que se haya agotado la capacidad del Estado Argentino para celebrar esa clase de tratados ni que esté inhabilitado para nuevos acuerdos sobre otras materias; porque la Constitución, antes y después de la reforma de 1994, habla de “concordatos” en plural. Pero, reiterémoslo, hasta el presente no ha regulado materia alguna de DIPr.

En virtud de lo todo lo expuesto, abordaremos en esta instancia el primer problema que posee el juez argentino: “establecer” el contenido del derecho canónico como derecho extranjero llamado a regir el caso. Para ello indagaremos *quid iuris canonici*; para luego tratar de identificar quién sería ese “juez” a imitar su posible sentencia e interpretación de su derecho.

En sucesivas contribuciones abordaremos las restantes cuestiones que se refieren: II. ¿Qué es la justicia canónica: justicia o misericordia? III. El método canónico. IV. El reenvío del CCyCN al derecho canónico con especial aplicación a diversos casos que se han suscitado en los tribunales argentinos.

²¹ Inocencio III en su Decretal Novit justamente expresa: “Non enim intendimus iudicare de feudo (...) sed decernere de peccato, cuius ad nos pertineat sine dubitatione censura, quam in quemlibet exercere possumus et debemus” (X., 2,1,13). Siempre, como lo pone de resalto Nicolás de Tudeschi en su comentario a la decretal Gaudeamus de Inocencio III, el Romano Pontífice puede actuar en virtud de la *ratio animae* (Panormitano, ad X, 4,19,8 Gaudeamus nro. 12); porque la ley suprema de la Iglesia es la *salus animarum*.

²² Cf. W. GOLDSCHMIDT, Derecho Internacional Privado, n. 142, 137-138.

²³ M.A. CIURO CALDANI, Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado, Rosario 1997, 10.

²⁴ Cf. B. KALLER DE ORCHANSKY, Manual de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1997, 11.

²⁵ Cf. L.F. CASTILLO ARGANARAS, Tratado de Derecho Internacional Público, Buenos Aires, 2024, 10-11.

²⁶ Cf. W. GOLDSCHMIDT, Derecho Internacional Privado, n. 30, 28-29.

²⁷ Cf. J.E. VANOSSI, «La trascendencia constitucional del Concordato o Acuerdo con la Santa Sede Y su significado» en Congreso Internacional: “La Libertad Religiosa en el Siglo XXI. Religión, Estado y Sociedad” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina 3-5 de septiembre de 2014, 2.

²⁸ Cf. N. PADILLA, «La crisis del Patronato (1900-1966)», Investigaciones y Ensayos 61, 51-96.

²⁹ Cf. A. LEVAGGI, «Historia del concordato en la República Argentina. En torno al Acuerdo con la Santa Sede del 10 de octubre de 1966» ÉPOCAS 16 (2017) 47-136.

II. *Quid iuris canonici*

II.1.- Notas introductorias

Abordar la cuestión de qué es el derecho canónico, inevitablemente nos remite a sus orígenes más profundos que se encuentran en el derecho romano. Esto hace que participe de la diversidad de significados que posee el *ius* como lo ponía de resalto el jurista de los tiempos de los severos Paulo (D. 1.1.11). Este paso del Digesto evidencia lo que Santo Tomas expresara en cuanto a la desviación de la primera acepción del derecho como la cosa justa (*Sum. Teol.*, II-II, q. 57, art. 1); lo que suscitará diversas cuestiones en el ámbito eclesial.

Sin dejar de tener presente esa tradición jurídica, hoy observamos que es común entre los autores seculares limitar su abordaje sólo a la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo; pues separan al derecho como norma y como poder o facultad. En muchos casos se intenta recurrir al derecho romano para afirmar el origen de este último; aunque en ningún momento Paulo haya insinuado siquiera que *ius* signifique *potestas* o *facultas*³⁰. Términos éstos que adquieren un significado especial y particular en el derecho eclesial a diferencia de lo entendido en la sociedad civil.

Lo cierto es que cuando aparecen las primeras manifestaciones del concepto del derecho como facultad, enmarcada en la historia de la noción de la relación jurídica, entre algunos canonistas del siglo XII ya se había comenzado a emplear los conceptos de *facultas* y *potestas*. La noción de *ius* como *potestas* ocupó un puesto destacado en la querrela de la pobreza sostenida entre los Franciscanos y el Papado en tiempos del San Juan XXII; porque Guillermo de Ockham al intentar fundar su posición jurídica recurre a la distinción del *ius* para afirmar que la orden religiosa sólo poseía el *ius facti* y no el *ius fori*. Pero será Francisco Suárez S.J. quien difunda la novedad al instalar a la *facultas moralis* — «*facultas quaedam moralis quam unusquisque habet vel circa rem suam vel ad rem sibi debita*» (*Tratado de las Leyes*, I, 2, par. 5)— como género próximo de la definición del derecho—facultad en oposición a *physicus*³¹. Asimismo, el *Doctor Eximius* sienta el principio de que la sujeción también lo es —como ya se venía sosteniendo desde los tiempos romanos— en relación con las costumbres. Y que existe también una obligación de respetar la ley (local) proveniente del hecho del domicilio o del cuasidomicilio³². Categorías que en el derecho de la Iglesia adquieren también una especial significación porque el concepto de *potestas* se relaciona -pero no se confunde- con *facultas* sino también con la *iurisdictio* ejercida por el Obispo. Tan es así que incluso hoy puede observarse en el Magisterio del Papa Francisco cuando recoge la doctrina conciliar en documentos como los *m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus* y *Vos estis lux mundi*.

Por tanto, ya alertados de esa diferencia entre ambos derechos, corresponde afirmar que cuando nos preguntemos ¿qué es el derecho canónico? implicará analizar necesariamente ¿qué es la Iglesia? porque aquel participa de su misión y de su misterio³³. Esto nos llevará a indagar también ¿por qué hay un derecho en la Iglesia?.

Luego del Concilio Vaticano II, como es conocido, se generaron varias dispuestas sobre el valor del derecho en la Iglesia; llegándose incluso a oponerse a la Iglesia de la gracia con la Iglesia del Derecho; aunque el Santo Sínodo había rechazado esa pretendida oposición entre la *Liebeskirche* y la *Rechtsskirche*³⁴.

A tal punto llegó la disputa que Sohm, desde el punto de vista teológico, sostuvo que la noción de Iglesia excluye la idea de derecho. Para él la *ekklèsia* es el pueblo de Dios, pero entendido según el pasaje de Mateo 18,20: «Allí donde dos o más estén reunidos en mi nombre yo estaré en medio de ellos». Considera que al derecho no lo define ni por la coacción externa ni por el positivismo de una regla convencional; sino porque es lo justo. Es, según Congar, el orden soberano de una comunidad externa supra-individual moral-

³⁰ E. Betti, «Falsa impostazione», IV, 81-ss.

³¹ Cf. A. Guzmán Brito, «Los orígenes del concepto de “relación jurídica”», 197-199.

³² Cf. F. Suarez, *Tratado de las leyes*, III, cap. 32, 442-444, n. 277-II.

³³ Cf. G. Ghirlanda, *El derecho en la Iglesia*, 112.

³⁴ L. de Echeverría, «Teología del Derecho Canónico», 193-202. Posiblemente tal reacción se debió a que aún resonaban los ecos de su construcción basados en una Iglesia concebida como sociedad perfecta proveniente del derecho público eclesiástico. Sin embargo, esto dejaba también al descubierto la cuestión de la justificación del derecho en la Iglesia; lo que acarrearía traer al debate sobre su naturaleza, objeto y fines; como así también, sobre la necesidad o no de someterlo al tamiz de la eclesiología conciliar de la comunión como clave de interpretación del misterio eclesial (cf. J. Beyer, «La communio», 200-210).

mente necesaria³⁵. Mörsdorf, en cambio, al intentar dar una respuesta teológica al concepto de derecho canónico, busca en los elementos constitutivos de la Iglesia. Sostiene que éstos son la Palabra y el Sacramento –*Wort und Sakrament*–; constituyéndose Ella en sacramento de salvación que se manifiesta al mundo por medios que poseen una dimensión jurídica. En consecuencia, el derecho canónico debe ser entendido, según Mörsdorf, como un *ius sacrum*. Un derecho espiritual porque el ordenamiento de la comunidad del nuevo Pueblo de Dios es signo sensible de una realidad invisible que se funda en Dios³⁶.

Congar sostiene que Cristo ha querido y fundado a la Iglesia como una *societas inaequalis hierarchica*, una comunidad espiritual de gracia (LG 8); y como sociedad perfecta, en el sentido de tener todos los medios necesarios para obtener sus fines propios³⁷.

Esta era la enseñanza de San Pablo IV cuando decía que el derecho canónico «est *ius societatis visibilis quidem sed supernaturalis quae verbo et sacramentis aedificatur et cui propositum est homines ad aeternam salutem perducere*»³⁸. De allí que considere el Papa que el derecho tiende a estructurar y a organizar esta realidad orgánica «*quae iuridicam formam exigit et simul caritate animatur*»³⁹.

En consecuencia, al afirmarse que es el derecho de la Iglesia⁴⁰, debemos necesariamente analizarlo desde el punto de vista de la eclesiología, por ser la comunidad de los hombres que obtienen el perdón del Padre en Cristo y en El reciben la nueva vida del Espíritu⁴¹. Pero también con relación a la misión encomendada por Nuestro Señor.

Por tanto, intentaremos develar en definitiva *quid iuris canonici* y la razón de ser del mismo. Para ello, como lo afirmamos anteriormente debemos partir recordando que esta temática hunde sus raíces en la concepción que se tenga del *ius* y de la *lex*. Esto no es una cuestión menor, pues ya Francisco Suárez cuando se posiciona diversamente a Santo Tomás en la cuestión del derecho canónico al sustituir el esquema tomista por el *ius divinum, sive naturalis sive positivum* (considerado patrimonio común de la teología y de la canonística)⁴²; indicará cuál es el contenido —si es que es pertinente así expresarse— del derecho. Por tanto, el derecho canónico comprenderá no sólo el derecho positivo eclesiástico, sino también el divino, tanto natural como revelado. Este posicionamiento permitirá sostener que el can. 1399 mantenido en el actual Código es compatible con la legalidad penal enseñada por el Papa Francisco en la Const. Apost. *Pascite gregem Dei*.

La diversa noción suareciana del derecho, donde el concepto de *ius* es subsumido en la categoría general de *lex*, es fruto del diverso método gnoseológico y metafísico utilizado. En Suárez, el principio constitutivo de la ley es la mente del legislador que radica en la voluntad. Esa voluntad es la que hace que la ley obligue a un inferior a cumplirla y exige además que este deberá hacer lo que ella ordene.

En cambio, para Santo Tomás la ley es una ordenación al bien común. Tal ordenación está abierta a la razón, en primer lugar, y no a la voluntad. Es decir, que el papel del legislador es el de ordenar la obra de la razón, no de la voluntad; porque cuando legisla se ordena al bien común. Este es quien decide como parte de la función social que le incumbe. Una vez promulgada la ley, ella liga la conciencia de los sujetos, sin importar la voluntad del legislador.

Tales posicionamientos resultan del hecho de que en el *Angelicum* la persona sigue el orden objetivo estático del ser⁴³; mientras que en Suárez la persona proyecta su acción fuera de sí; y actuando en este orden, actúa la ley que le es inmanente⁴⁴. El derecho para este último ya no será la *res iusta* que el Angélico hace derivar *ius* de *iustitia*⁴⁵; sino la *facultas moralis*⁴⁶. El granadino, entiende que la justicia de una norma jurídica implica la negación de la arbitrariedad. Es decir, que no debe ser caprichosa o imposible; y que debe ser racional. Al mismo tiempo, la exigencia en justicia comporta necesariamente que la norma se dirija a la promoción del

³⁵ Cf. Y. Congar, «R. Sohm nos interroge encore», 263-264. 282-283

³⁶ K. Mörsdorf, «Wort und Sakrament», 72-79.

³⁷ Cf. Y. Congar, «R. Sohm nos interroge encore», 263-264. 282-283

³⁸ «Allocutio», 13.12.1972.

³⁹ «Allocutio», 13.12.1972.

⁴⁰ Cf. S. Lener, «Il concetto di diritto e il diritto canonico», 332-ss.

⁴¹ Cf. G. Ghirlanda, «Perché un diritto nella Chiesa?», 390.

⁴² E. Correcco, *Ius et Communio*, I, 131.

⁴³ Cf. C. Larrainzar, Una introducción a Francisco Suarez, 79-125.

⁴⁴ Cf. D. Composta, «La moralis facultas», 482-483.

⁴⁵ Suma Teológica, II-II, q. 57, a. 1, “sed contra”. Ubica el objeto del derecho en lo que llama ipsa res iusta y en otras oportunidades ipsum opus iustum. Es decir en la misma cosa justa o en la obra misma justa.

⁴⁶ F. Suarez, Tratado de las leyes, I, cap. 2, n. 5.

bien común. En consecuencia, Suárez propone un concepto amplio de justicia en el que se integran las exigencias de la racionalidad y el bien común y que ciertamente se entroncan en lo más íntimo del derecho canónico porque aquella va a estar animada por la caridad y la misericordia.

A esta cuestión debemos sumarle la mirada respecto al receptor de las normas canónicas que es el hombre. Este aparece como un ser en relación y siendo una necesidad estructural (*ubi homo ibi societas*) es el principal destinatario de la ley (*ubi homo ibi ius*)⁴⁷. Un hombre creado a imagen⁴⁸ y semejanza⁴⁹ de Dios lo que conlleva a reconocer en él su naturaleza relacional⁵⁰. Esa es su *ratio essendi* querida por el Creador por cuanto El mismo es al mismo tiempo Uno y Trino y su vida es de relación de amor entre las Tres Personas Divinas. Como decía Tertuliano, «el hombre es el único entre todos los seres animados que puede gloriarse de haber sido digno de recibir de Dios una ley: animal dotado de razón, capaz de comprender y de discernir, regular su conducta disponiendo de su libertad y de su razón, en la sumisión al que le ha sometido todo»⁵¹.

Es sobre esta base en donde se encuentran las raíces del derecho, de lo jurídico, como lo que es debido legítimamente, y que indica también la relación de justicia que en concreto se establece entre los sujetos en relación⁵². Es evidente, como vimos, que el hombre en cuanto destinatario de las normas de la Iglesia debe ser entendido desde la antropología cristiana. Y, como lo afirmamos, el derecho canónico tiene que ser estudiado desde la estructura fundamental de la Iglesia querida por Cristo. Esa naturaleza relacional, constituida por las relaciones intersubjetivas de atribuciones de valores y bienes⁵³ no es otra cosa que una relación de justicia, y por tanto el *ius* tiene como contenido a lo *iustum*. La alteridad es un signo genérico del derecho, pero no es definitorio, pues también se dan diversos tipos de alteridad como la caridad, la amistad, etc. Pero si es tomada como fundamento de estas relaciones, entonces sí es un elemento esencial del derecho, cuya especificidad le es dada por el nexo característico que es la justicia. Es decir, una relación de deber⁵⁴ recíproco. Allí se asienta la juridicidad de la norma. El hombre una vez ingresado en la Iglesia por el bautismo, sigue siendo hombre en el plano de la naturaleza, pero accede a un nivel superior el de la gracia; por lo que la adhesión a la fe de la Iglesia se convierte en el primero y más alto valor⁵⁵.

El aforismo *ubi societas ibi ius* antes citados es aplicable a la Iglesia, pues «Cristo, el único Mediador, instituyó y mantiene continuamente en la tierra a su Iglesia santa, comunidad de fe, esperanza y caridad, como un todo visible, comunicando mediante ella la verdad y la gracia a todos. Mas la sociedad provista de sus órganos jerárquicos y el Cuerpo místico de Cristo, la asamblea visible y la comunidad espiritual, la Iglesia terrestre y la Iglesia enriquecida con los bienes celestiales, no deben ser consideradas como dos cosas distintas, sino que más bien forman una realidad compleja que está integrada de un elemento humano y otro divino» (LG 8). Incluso Cicerón en su eclecticismo encuentra que por la «natura propensi sumus ad diligendos homines; quod fundamentum iuris est»⁵⁶. Y llamativamente también percibió que la verdadera relación entre los hombres sólo puede provenir de un plano más alto, aquel de la amistad, del amor; para que así en esa *humanitas* puedan formar una *societas caritatis*⁵⁷. Es esa *ratio divinae sapientiae* que gobierna el mundo (*lex eterna*) que nos permite reconocerla a través de la ley natural que es reflejo de aquella⁵⁸.

En palabras de San Pablo VI - que retoma a su vez las enseñanzas de Pio XII en su carta apostólica *Mystici Corporis - ese ubi societas ibi ius* quiere indicar que la Iglesia por voluntad de su Fundador es un cuerpo social, perfecto, visible, que debe ser dirigido por medio de leyes. Pero un derecho eclesial diverso al civil, por ser un derecho de comunión, de caridad, del Espíritu Santo y místico porque participa de la misma naturaleza

⁴⁷ Cf. G. Ghirlanda, El derecho en la Iglesia, 17-18.

⁴⁸ Gn 1,26-28; Gn 2, 4b – 25. En el libro del Génesis el hombre ha sido creado a imagen de Dios (Gn 1,17), y la teología paulina agrega la imagen de Dios que es Cristo (Col. 1,15; 3,10) y que es también la cabeza de la Iglesia (Col. 1,18).

⁴⁹ En el libro del Génesis el hombre ha sido creado a imagen de Dios (Gn 1,17), y la teología paulina agrega la imagen de Dios que es Cristo (Col. 1,15; 3,10) y que es también la cabeza de la Iglesia (Col. 1,18). (Cf. J.L. D'Amico – O. Campana, Introducción al pensamiento teológico, 156).

⁵⁰ Cf. G. Ghirlanda, El derecho en la Iglesia, 17-18.

⁵¹ Tertuliano, *Adversus Marcionem*, 2, 4, 5.

⁵² Cf. Del vecchio

⁵³ Cf. G. Ghirlanda, «Perché un diritto nella Chiesa?», 393-394.

⁵⁴ Cf. D. Composta, *Filosofia del Diritto*, 260-263.

⁵⁵ Cf. G. Ghirlanda, El derecho en la Iglesia, 72.

⁵⁶ Cicerón, M.T., *De legibus*, I, 43, 3.

⁵⁷ Cf. R. Pizzorni, *Giustizia e Carità*, 49-50.

⁵⁸ Cf. G. Del Vecchio, «Justicia Divina y Justicia Humana», 17.

que la Iglesia. Ello conlleva a una conjunción necesaria: *ubi potestas ibi ius*, pues el derecho canónico es la consecuencia de la naturaleza social de la Iglesia, y se funda sobre el poder de jurisdicción que Cristo confirió a la jerarquía. Por tal motivo, el binomio *ubi Ecclesia ibi ius* nos compele a resaltar la relación íntima entre derecho canónico y teología; ya que ningún dominio de la relación puede ser ignorada si se quiere expresar y profundizar en la fe el misterio de la Iglesia⁵⁹ al ser el *ius ecclesiae* un *ius gratiae*⁶⁰. Para la *Lumen gentium*, la Iglesia es ante todo un misterio de fe. Es un don recibido del cielo que, como dice de Lubac, el análisis humano jamás llegará a discernir por completo. Su misterio está ligado al misterio de Cristo. Tal vez por ello el entonces Cardenal Montini reprochó en su intervención del 4 de diciembre de 1962 en el Concilio Vaticano II que no se hubiera aclarado bastante las relaciones íntimas de la Iglesia con Cristo, su cabeza. Y ya como San Pablo VI en su primera encíclica *Ecclesiam suam*⁶¹, coloca de antemano en lo que después reinará sobre la constitución dogmática conciliar que: *Lumen gentium cum sit Christus*⁶².

Finalmente, todo lo expuesto anteriormente debe ser interpretado a la luz de la relación entre la Virgen María y la Iglesia. La *Lumen Gentium* dedica el capítulo octavo y último a la Santísima Virgen María, Madre de Dios, en el misterio de Cristo y de la Iglesia. La Virgen María, como Madre de Jesús es imagen y principio de la Iglesia. En la tierra precede con su luz al peregrinante Pueblo de Dios como signo de esperanza cierta y de consuelo hasta que llegue el día del Señor (cf. 2 P 3,10) (LG 68). En efecto, «la Virgen Santísima, por el don y la prerrogativa de la maternidad divina, que la une con el Hijo Redentor, y por sus gracias y dones singulares, está también íntimamente unida con la Iglesia. Como ya enseñó San Ambrosio, la Madre de Dios es modelo de la Iglesia en el orden de la fe, de la caridad y de la unión perfecta con Cristo. En el misterio de la Iglesia, que con razón es llamada también Madre y Virgen, precedió la Santísima Virgen, presentándose de forma eminente y singular como modelo tanto de la virgen como de la madre. Creyendo y obedeciendo, engendró en la tierra al mismo Hijo del Padre, y sin conocer varón, cubierta con la sombra del Espíritu Santo, como una nueva Eva, que presta su fe exenta de toda duda, no a la antigua serpiente, sino al mensajero de Dios, dio a luz al Hijo, a quien Dios constituyó primogénito entre muchos hermanos (cf. Rm 8,29), esto es, los fieles, a cuya generación y educación coopera con amor materno» (LG 63).

En conclusión, podemos afirmar que la Iglesia es el horizonte infranqueable de la redención de Cristo, lo mismo que Cristo es para nosotros el horizonte de Dios⁶³.

Serán sobre estas bases expuestas en apretada síntesis que debe asentarse toda investigación del derecho canónico positivo.

II.2. El derecho canónico

Tal como lo expusiéramos en las notas introductorias al ser el derecho de la Iglesia, sociedad visible y espiritual (LG 8), participa también de su naturaleza misteriosa (LG 5) y regula su vida en cuanto Pueblo de Dios (LG 9). Su dualidad se manifiesta en la diversidad de las fuentes divina y humana de sus normas; en su relación vital con la comunión y con la misión de la Iglesia⁶⁴ que es santificada constantemente por el Espíritu Santo (LG 4). Es por ello un derecho de comunión⁶⁵ (LG, Ne 2c), porque es el derecho de la Iglesia-comunión⁶⁶; y como lo enseña San Pablo VI un derecho de caridad que está ordenado a ser estructura de comunión y de gracia⁶⁷.

Al participar de la sacramentalidad de la Iglesia en cuanto es parte del tramado social en su elemento

⁵⁹ Cf. J. Beyer, «Significato e funzione del diritto canonico», 741-747.

⁶⁰ K. Demmer, «ius ecclesiae-ius gratiae», 8-17.

⁶¹ Ese misterio se relaciona ante todo con el plan de Dios sobre la humanidad; y por ello el lugar por excelencia del mismo es la vida de Cristo. La Iglesia es misterio, pero misterio derivado. Es misterio porque viniendo de Dios es el organismo salvífico. Más concretamente lo es porque se relaciona por completo con Cristo y obtiene todo valor por Él. En palabras de San Pablo VI: En esta asamblea no tiene que brillar más luz que la de Cristo, luz del mundo; ninguna verdad tiene que ocupar nuestro espíritu más que las palabras del Señor, nuestro único Maestro (cf. H. de Lubac, *Meditaciones sobre la Iglesia*, I, 37-39).

⁶² Cf. H. de Lubac, «Paul VI vu à travers *Ecclesiam suam*», 17-19.

⁶³ H. Urs von Balthasar, *Introduction à San Agustín*, 1-ss.

⁶⁴ Cf. Benedicto XVI, «Allocutio», 21.1.2012, 104.

⁶⁵ Cf. G. Ghirlanda, *El derecho en la Iglesia*, 67.

⁶⁶ Cf. SAN Juan Pablo II, *Chistifideles laici*, 393-521.

⁶⁷ Cf. J. Beyer, «La “communio” criterio dei diritti fondamentali», 210.

visible, es también signo sacramental de Ella⁶⁸. La misión confiada por Cristo a su Iglesia para regir al pueblo de Dios, como comunidad de salvación, determina su finalidad propia y consecuentemente la de su derecho. Esta especificidad se produce inevitablemente porque es el derecho de una comunidad sobrenatural que descansa en una fundación divina y que se edifica por medio de la palabra y los sacramentos. Esta proclamación de la palabra tiene un carácter jurídico por el hecho de realizarse en nombre de Nuestro Señor y por su mandato.⁶⁹ No podría ser de otra manera pues la era de la Iglesia comienza con la venida del Espíritu Santo que desciende sobre los Apóstoles reunidos en el Cenáculo de Jesús, junto a María⁷⁰; y que se confirma a sí misma a través de la Eucaristía.⁷¹

Esta noción de *communio* tantas veces citada en diversos documentos conciliares y de los Romanos Pontífices se encuentra presente en los primeros tiempos de la Iglesia. Pero es el Concilio Vaticano II, el que la emplea en sus diversas acepciones como lo pone de resalto el Cardenal Ghirlanda. Y es la clave para interpretar correctamente el derecho canónico. Una, la más general, como comunión espiritual o comunión eclesial; haciendo expresa referencia a la obra del Espíritu Santo (*UR 2b*). Esta comunión que nos deja participar de la vida divina permite la realización de la comunión de todos los miembros de la Iglesia (*LB 7b; AG 39^a; 38b*) y de las Iglesias entre sí (*UR 7c; 14a; 15a*). Y se expresa en la comunión de la vida de la fe, de los sacramentos y del amor (*LG 9b; UR 14a*). En síntesis, podríamos decir que es el lazo de unión que existe entre los bautizados y entre las diversas Iglesias particulares. Lazo creado por el Espíritu Santo en la pluralidad de dones jerárquicos y carismáticos y de los ministerios con una referencia constitutiva a la Eucaristía.⁷²

La segunda acepción es la comunión eclesiástica, la cual, poseyendo todas las características de la primera, consiste en el lazo de unión entre las Iglesias Particulares y la Iglesia de Roma (*LG13*) y está dirigida a la única celebración eucarística (*UR 4c*).⁷³

Por último, la comunión jerárquica que es el elemento constitutivo de la plena comunión eclesiástica; indica el lazo de unión orgánico y estructural —y no sólo espiritual— que existe entre los Obispos y la cabeza del Colegio y los miembros de éste (*LG 21b; 22a; Ne 2; 4; CD 4a*), entre los presbíteros y el orden de los Obispos (*PO 7a; 15*), entre los diáconos y el Obispo con su presbiterio (*LG 29a*).⁷⁴ La comunión eclesiástica, en su esencia y en su constitución, depende necesariamente de la comunión jerárquica; pues las Iglesias Particulares están en comunión con la Iglesia de Roma cuando sus Obispos están en comunión jerárquica con la Cabeza del Colegio (*AG 38a*), el Sumo Pontífice, quien es el perpetuo y visible principio y fundamento de la unidad de la fe y de la comunión (*LG 18b; 23a; 22b*). Ghirlanda afirma que la comunión jerárquica es la llave de interpretación de la eclesiología del Concilio Vaticano II en general y en particular del Episcopado. Justamente el Concilio profundizó el misterio de la Iglesia y propuso una doctrina del Episcopado que se encontrara en armonía con las definiciones del Concilio Vaticano I respecto a la primacía del Romano Pontífice.⁷⁵ Consecuentemente enseñó que «El Señor estableció solamente a Simón como roca y portador de las llaves de la Iglesia (*Mt 16, 18-19*) y le constituyó Pastor de toda su grey (cf. *Jn 21, 15 ss*); pero el oficio de atar y desatar dado a Pedro (cf. *Mt 16, 19*) consta que fue dado también al Colegio de los Apóstoles unido a su Cabeza (cf. *Mt 18, 18; 28, 16-20*)» (*LG 22*).

Estas afirmaciones descubren más claramente la estructura fundamental de la Iglesia y su constitución jerárquica de origen divino que se sintetizan en la frase de San Ambrosio: *Ubi Petrus ibi Ecclesia*⁷⁶. En la alocución de apertura de la tercera Sesión del Concilio Vaticano II, el Papa San Pablo VI, luego de confirmar dicha doctrina, expresa que la Iglesia es una y jerárquica, en la cual el Romano Pontífice es principio de la unidad de la fe y de la comunión y sus actos de autoridad que engendran la comunión jerárquica, proviene del derecho divino y de la constitución misma de la Iglesia⁷⁷. De allí que sea particularmente importante cuando el Romano Pontífice en forma de *motu proprio* dispone alguna norma a ser observada. Baste recordar, que en

⁶⁸ Cf. Comm. 1 (1969) 97-98.

⁶⁹ Cf. R. Latourelle, Teología, ciencia de la salvación, 242.

⁷⁰ Cf. SAN Juan Pablo II, *Dominum et vivificantem*, n. 7, 818.

⁷¹ Cf. JSAN uan Pablo II, *Dominum et vivificantem*, n. 62, 889-891.

⁷² Cf. G. Ghirlanda, La notion de communion hiérarchique, 234-235.

⁷³ La Iglesias no católicas, sean protestantes u ortodoxas, no viven plneamente ni perfectamente en ella (*UR 4c*).

⁷⁴ Cf. G. Ghirlanda, La notion de communion hiérachique, 235.

⁷⁵ Cf. G. Ghirlanda, La notion de communi hiérachique, 236.

⁷⁶ Cf. E.L. Dóriga, Jerarquía, infalibilidad y comunión intereclesial, 130.

⁷⁷ Cf. Paulo VI, Alocución de apertura de la 3era Sesión, 14.9.1964, 142-143.

plena reforma del Libro VI el Papa Francisco promulgó el *m.p. Vos estis lux mundi*, lo que motivó a la Comisión Reformadora elaborar un *novissimus textus schematis* de 2019 sobre las sanciones penales.

Por otra parte, estas cuestiones nos llevan inevitablemente a tener que preguntarnos ¿cuál es la relación que tiene el derecho de la Iglesia con la teología?. ¿se puede concebir el estudio del derecho eclesial sin una teología del derecho?. La respuesta debe ser negativa, pues como lo afirma Ghirlanda, nos llevaría a perder la idea unívoca del derecho como ha ocurrido con algunos canonistas; y la consecuente acentuación de la especificidad del derecho eclesial en tal medida que este termina por perder sus raíces antropológicas al no basarse en una antropología teológica.⁷⁸ No debemos dejar de valorar que la norma canónica no está contenida sólo en el Código de Derecho Canónico para la Iglesia Latina o en el Código para las Iglesias Orientales; sino en las emanadas por el Obispo de Roma en forma personal o a través de los diversos Dicasterios de la Curia Romana. Tampoco se circunscribe a la norma positiva porque su interpretación debe serlo de forma armoniosa con el resto de los elementos del ordenamiento jurídico y el Magisterio del Romano Pontífice.

Súmese a ello, el hecho que si bien todo ordenamiento jurídico se interesa por el cumplimiento externo de las normas; dado que éstas surgen de la exigencia moral interna de los miembros de la sociedad de que se respete la dignidad de cada hombre; es preciso decir que la persona humana en cuanto a sus relaciones externas se ve siempre interpelada en la esfera interna de su conciencia. Si sólo se tiene un asentimiento exterior de la ley esta alcanza parcialmente su fin, ya que su finalidad verdadera y más profunda es que los valores morales y sociales se refuerzan en la conciencia moral de los miembros de la sociedad.⁷⁹

Entonces, al volver a interrogarnos ¿cuál es el origen del derecho de la Iglesia?; podríamos afirmar que son las leyes divinas escritas por Dios en la naturaleza humana o revelada por El y contenidas en la Escritura y en la Tradición. Es el derecho divino natural y el positivo. Es la Iglesia quien propone, precisa e interpreta su alcance. Ciertamente en el derecho divino se debe distinguir el elemento doctrinal inmutable de aquel otro atinente a las formas jurídicas concretas e históricas. También deben diferenciarse las leyes establecidas por la misma Iglesia: leyes humanas, sujetas a cambio y a adaptación. Y finalmente las leyes civiles que la Iglesia canoniza (can. 22 CIC)⁸⁰ cuando el CIC así lo establece como es el caso del can. 1290. Este reenvío también es propio del derecho internacional privado eclesial como veremos.

En consecuencia, el derecho eclesial, no puede dejar de tener fundamento teológico, dado que regula la vida de la comunidad de los redimidos en Cristo. Debe ser considerado como ciencia sagrada, arraigada en la revelación y por tanto en relación estrecha con la teología. De allí que los elementos que ofrece la filosofía del derecho no sean suficientes (aunque válidos en cuanto al estudio de este en su aspecto natural); porque su naturaleza viene determinada por la de la Iglesia al ser su derecho y participar de su misión. Esto no implica afirmar que la filosofía del derecho actual no pueda facilitar al derecho canónico sus conceptos, categorías y modos de expresión; sino que no goza de autonomía epistemológica⁸¹ en relación con este último.

De allí que el canonista tenga que reconocer en el fiel cristiano que en su persona convergen el mundo de la naturaleza con el de la gracia. Y así en el conocimiento último se reúnen dos saberes: el filosófico en cuanto aquel es persona humana; y el teológico, en tanto es hijo y sacerdote de Dios en Cristo⁸². La Iglesia como Cuerpo Místico de Cristo, como sacramento radical de salvación, como comunión creada por la acción del Espíritu Santo, tiene su analogado principal en el misterio del Verbo encarnado y no en la sociedad civil⁸³. El Papa Pío XII en su carta encíclica *Mystici corporis Christi*, presenta justamente la misión jurídica de la Iglesia, por la cual el Divino Redentor mandó al mundo a los Apóstoles como El mismo había sido mandado por su Padre. El bautiza, enseña, gobierna, absuelve, une, ofrece, sacrifica por medio de la Iglesia. Advierte el Papa de la aparición de un grave error: quienes confunden a la Iglesia con las instituciones humanas sin comunicación de su vida sobrenatural. Cristo quiso que ese grupo de hombres por El congregado fuera también una sociedad perfecta en su género, con todos los elementos jurídicos y sociales necesarios para perpetuar en la tierra su obra de redención; pero también la enriqueció con los dones del Espíritu Santo. Es en este sentido

⁷⁸ Cf. G. Ghirlanda, «Perché un diritto nella Chiesa?», 411.

⁷⁹ Cf. G. Ghirlanda, *El derecho en la Iglesia*, 23.

⁸⁰ Cf. R. Latourelle, *Teología, ciencia de la salvación*, 243-244.

⁸¹ Cf. G. Ghirlanda, *El derecho en la Iglesia*, 69-70.

⁸² Cf. J.P. Viladrich, *Hacia una teoría general*, 58-60.

⁸³ G. Ghirlanda, *El derecho en la Iglesia*, 79.

que debe interpretarse juntamente con su afirmación cuando en el nro. 20 de *Mystici corporis Christi*, al hablar de la Iglesia jurídica y la Iglesia de la caridad llama la atención a evitar el error de contraponerlas, pues «para lograr este mismo fin, procuró [Cristo] que estuviera enriquecida con celestiales dones y gracias por el Espíritu Paráclito».

Por tanto, el cuerpo normativo de la Iglesia es un ordenamiento jurídico en cuanto determina lo *iustum* en relación con el ejercicio de los derechos y con el cumplimiento de los deberes. Además, lo impone como un *iussum* a observar y tiene como fin el establecimiento de la comunión eclesial en la paz que es fruto de la caridad divina.⁸⁴

El Papa Francisco en su Discurso del 24 de enero de 2014 a la Rota Romana, delineando el perfil del juez eclesiástico justamente pone de resalto estos elementos propios de la ley eclesial. Luego de subrayar que la dimensión jurídica y la pastoral del ministerio eclesial no son contrapuestas enseña que la misión judicial requiere, además de otros de los requisitos, de la doctrina jurídica y teológica.⁸⁵ Esto hace que el derecho canónico sea un puente entre estos dos últimos que lo hace en cierta manera igual y distinto al mismo tiempo. Al promulgar el nuevo Libro VI sobre las sanciones penales en la Iglesia nuevamente vuelve a resaltar en la Const. Apostólica *Pascite Gregem Dei* la necesidad de observar la técnica jurídica que en esta materia es esencial al considerar a la legalidad penal como compatible con la caridad.

Esto debe ser observado, pero dentro del contexto que advertía Corecco cuando expresaba que es necesario evitar la desteologización del derecho canónico y su reducción como tal a su ser formal de derecho. Es decir, a ser reducido a un instrumento puramente relativo destinado únicamente al ordenamiento sociológico *hic et nunc*. A su vez no debe ser separado de sus bases prejurídicas representadas por la constitución social, jerárquica y sacramental de la Iglesia que tiene como fin un objetivo metajurídico: el de la *salus animarum*.⁸⁶ Composta considera que no sólo debe verse este fin genérico sino hay uno específico en el derecho canónico que es el de la legalidad canónica (no el legalismo) y sobre ella asegura que germine la caridad, la gracia y la salvación.⁸⁷

Por tanto, el canonista debe explicar la relación necesaria que une la estructura de orden — la justicia — de la Iglesia a su realidad ontológica. Desde el momento que llega a hacer abstracción de la fundación última del derecho canónico, el trabajo de aquél se reduce a puro conceptualismo sin conexión real con la verdadera vida de la Iglesia que parte de su naturaleza misteriosa. Y así, como afirma Corecco, si hubiera que expresarse en forma breve con relación al estatuto ontológico del derecho canónico, se dirá que «tiene por función expresar en la línea de la encarnación la dimensión por la cual la Iglesia se compromete de modo vinculante, social y comunicatorio como sacramento cristiano de salvación. [Es decir], tiene la función de ser la dimensión estructural implícita en la comunión eclesial». De allí que sea necesario poner en evidencia «la unidad orgánica entre lo divino y lo humano en la configuración interna del derecho canónico».⁸⁸ Es por eso que no puede dejarse de mencionar, respecto de la ley de la Iglesia⁸⁹, a la equidad canónica como su cualidad intrínseca⁹⁰ porque tiene como fin supremo la salvación de las almas.

El Papa San Juan Pablo II en su Discurso⁹¹ dado en la solemne presentación del nuevo del Código el 3 de febrero de 1983, cuando se interroga ¿qué cosa es el derecho en la Iglesia? recurre como primera respuesta a la historia sagrada. La hace remontar al Antiguo y Nuevo Testamento, pero le da particular importancia al primer medioevo, fundamentalmente por el mérito del Decreto de Graciano, donde comienza ampliamente a verse articulada la legislación canónica con ribetes científicos propios. Ello no implica desmerecer, la necesidad de abordar su estudio desde una perspectiva propiamente teológica y eclesiológica, para hallar las motivaciones más profundas y verdaderas de la legislación eclesial.

Esta enseñanza nos permite afirmar que la tradición canónica es el reaseguro de la hermenéutica co-

⁸⁴ Cf. G. Ghirlanda, *El derecho en la Iglesia*, 75.

⁸⁵ Cf. Francisco, «Allocutio», 24.1.2014, 89-92.

⁸⁶ Cf. E. Corecco, *El estatuto ontológico y epistemológico*, 241.

⁸⁷ Cf. D. Composta, «Teologia e legge canonica», 405-451.

⁸⁸ Cf. E. Corecco, *El estatuto ontológico*, 249-20.

⁸⁹ Cf. Benedicto XVI, «Allocutio», 21.01.2012, 107.

⁹⁰ Cf. G. Ghirlanda, *El derecho*, 81.

⁹¹ AAS 75 (1983) I, 455- 463.

dicial; que ha sido resaltada en las enseñanzas de San Juan Pablo II⁹² particularmente en materia de interpretación del Código actual al exigir que debe evitarse cualquier fractura con el pasado⁹³.

En conclusión, a la definición tomista de la ley «quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata»⁹⁴ enriquecida por la Segunda Escolástica⁹⁵; encontramos una conceptualización acorde a la eclesiología conciliar formulada por el Cardinal Ghirlanda. Este autor la considera «al servicio de la palabra de Dios, del culto y de los sacramentos y de la santidad de la vida cristiana [...] un ordenamiento de la razón iluminada por la fe e informada por la caridad del Espíritu Santo».⁹⁶ El elemento pneumatológico es aquí resaltado y concuerda con el anuncio de Jesús sobre la venida del Espíritu Santo, cuando la une no sólo con su partida necesaria. Y también con el cometido de convencer⁹⁷ al mundo respecto al pecado, a la justicia y al juicio (cf. Jn 16, 7ss) al ser Espíritu de verdad⁹⁸; y con la Iglesia a quien santificará indefinidamente para que «los fieles tengan acceso al Padre por medio de Cristo en un mismo Espíritu» (LG 4).

2.3. Colofón

Es sobre las bases antes apuntadas que deberemos interpretar las normas positivas de la legislación canónica, que no se reducen al simple enunciado; ya que varias de ellas provienen del derecho divino, natural o revelado.

En consecuencia, cuando corresponda aplicar el *Codex Iuris Canonici*, el *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, las normas emanadas del Romano Pontífice o de la Curia Romana o un derecho propio de una persona jurídica eclesial, será necesario no detenerse en su expresión positiva sino buscar su verdadero alcance.

Sólo así el juez competente podrá determinar e interpretar el derecho como lo haría el juez foráneo (art. 295 CCyCN).

En la última contribución analizaremos detenidamente el reenvío del CCyCN al derecho canónico y de éste al derecho argentino; aplicándolo a diversos casos que se han ventilado ante los tribunales argentinos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bartholomaeus Brixienensis, Glossa ordinaria, C. 6, q. 3, c. 4. v. Parochianum, Romae 1582, en G. Lo CASTRO. “Pubblico” e “privato” nel diritto canonico. DE 1 (1995) 110-139.
- Benedicto XVI, Allocutio. Ad Sacrae Rotae Romanae Tribunal, occasione inaugurationis Anni Iudicialis. 21 de enero de 2012, AAS 104/2 (2012) 103-108.
- Betti, E. Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea dignosi giuridica. Studi in onore di V. Arangio-Ruiz (Napoli 1953), IV, 81-ss
- Beyer, J. La “communio” criterio dei diritti fondamentali. Vita Consacrata 19 (1983) 200-210.
- Beyer, J. Significato e funzione del diritto canonico. Il pensiero di Paolo VI. Vita Consacrata 18/II (1982) 739-750.
- Castillo Argañaras, L.F. Tratado de Derecho Internacional Público. Buenos Aires, 2024
- Cicerón, M.T., De legibus, [acceso: 20.3.13], http://www.intratext.com/IXT/>LAT0922/_P11.HTM

⁹² «Allocutio» del 29.1.1993, 1258-1259.

⁹³ Enseña el Romano Pontífice que «[...] la stessa Legge canonica si dissolve e cessa di essere tale, con pericolosi effetti per la vita della Chiesa, per il bene delle anime, in specie per la intangibilità dei sacramenti da Cristo istituiti. Se le leggi ecclesiastiche debbono essere intese, innanzi tutto, “secundum propriam verborum significationem in textu et contextu consideratam”, ne consegue che sarebbe del tutto arbitrario, anzi apertamente illegittimo e gravemente colposo, attribuire alle parole usate dal Legislatore non il loro “proprio” significato, ma quello suggerito da discipline diverse da quella canonica. Non si può inoltre ipotizzare nella interpretazione del vigente Codice, una frattura col passato, quasi che nel 1983 vi sia stato un salto in una realtà totalmente nuova. Il Legislatore infatti positivamente riconosce e senza ambiguità afferma la continuità della tradizione canonica, particolarmente ove i suoi canoni fanno riferimento al vecchio diritto» («Allocutio» del 29.1.1993, 1258-1259, n. 5)

⁹⁴ Santo Tomas, Suma Teológica, I-II, q. 90, art. 4.

⁹⁵ Cf. F. Suarez, Tratado de las Leyes, I, cap. 2.

⁹⁶ Cf. El derecho, 83.

⁹⁷ «Este convencer se refiere a la salvación definitiva en Dios» (San Juan Pablo II, Enc. Dominum et Vivificantem, n. 27).

⁹⁸ Cf. San Juan Pablo II, Enc. Dominum et Vivificantem, n. 6.

- Ciuro Caldani, M.A. Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado. Rosario 1997.
- Communicationes. (1969) 97-98.
- Composta, D. Filosofía del Derecho. I. Prolegomeni, epistemología, metodología, protología. Roma 1991. II. I fundamentos ontológicos del derecho, Roma 1994.
- Composta, D. La moralis facultas nella filosofía jurídica de F. Suarez. Salesianum, 18 (1956).
- Composta, D. Teología e legge canonica. Apoll 45 (1972) 405-451.1950.
- Congar, Y. R. Sohm nos interroge encore. Revue des sciences philosophiques et théologiques 5 (1973) 263-294.
- Corecco, E. El estatuto ontológico y epistemológico.
- Correcco, E. Ius et Communio. Lugano 1907.
- D'Amico, J.L., Campana, O. Introducción al pensamiento teológico. (156).
- De Echeverría, L. Teología del derecho canonico. Concilium 3 (1967) 19-27.
- De Lubac, H. Meditaciones sobre la Iglesia. Paris 2008.
- De Lubac, H. Paul VI vu à travers Ecclesiam suam. Choisir 6 (1965) 17-65.
- De Tudeschi, N., ad X, 4,19,8 Gaudeamus 12 en Miguel M. F. Repetto Rolón. El fallo "Carmelitas Descalzas de Salta" y la violencia de género en la Iglesia Católica. Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea, (4), 86-95. <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/2024-10/441.pdf>.
- Del Vecchio, G. Justicia Divina y Justicia Humana. file:///C:/Users/mmfr5/Downloads/Dialnet-JusticiaDivinaYJusticiaHumana-5212369.pdf;file:///C:/Users/mmfr5/Downloads/Dialnet-JusticiaDivinaYJusticiaHumana-5212369.pdf
- Del Vecchio, G., La justicia, Santiago de Chile 2022.
- Demmer, K. Ius ecclesiae-ius gratiae. Periodica 66 (1977) 8-17.
- Dóriga, E.L. Jerarquía, infalibilidad y comunión intereclesial. Barcelona 1973.
- Dreyzin de Klor, A. «Las disposiciones generales del derecho internación privado en el Código Civil y Comercial, Revista Código Civil y Comercial, año III n. 8 (septiembre 2017).
- Francisco, Allocutio para la XLVIII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales (24 enero 2014): AAS 106 (2014).
- G. Ghirlanda, La notion de communion hiérarchique
- Ghirlanda, G. El derecho en la Iglesia misterio de comunión. Compendio de derecho eclesial, Madrid 1992
- Ghirlanda, G. Perché un diritto nella Chiesa? Un vero diritto [...] sui generis. Periodica 90 (2001) 389-413.
- Goldschmidt, W. Derecho Internacional Privado. Buenos Aires 20029.
- Goldschmidt, W. Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. Buenos Aires 19765.
- Goldschmidt, W. La ciencia de la justicia (Dikelogia). Buenos Aire 1986.
- Goldschmidt, W. La consecuencia Jurídica de la Norma del Derecho Internacional Privado. Barcelona 1935.
- Goldschmidt, W. Suma de Derecho Internacional Privado. Buenos Aires 19612.
- Guzmán Brito, A. Los orígenes del concepto de "relación jurídica". REHJ, 28I (2006), 187- 226.
- Inocencio III, Decretal Novit, X., 2,1,13 en Miguel M. F. Repetto Rolón. El fallo "Carmelitas Descalzas de Salta" y la violencia de género en la Iglesia Católica. Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea, (4), 86-95. <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/2024-10/441.pdf>.
- Kaller de Orchansky, B. Manual de Derecho Internacional Privado. Buenos Aires, 1979.
- Larrainzar, C. Una introducción a Francisco Suarez. Navarra 1977.
- Latourelle, R. Teología, ciencia de la salvación. Salamanca 1968.
- Lener, S. Il concetto di diritto e il diritto canonico. Norme, istituzioni, carità, carismi. Civiltà Cattolica 1981/IV, 326-342.
- Levaggi, A. Historia del concordato en la República Argentina. En torno al Acuerdo con la Santa Sede del 10 de octubre de 1966. Épocas 16 (2017) 47-136.
- Mörsdorf, K., Wort und Sakrament als Bauelemente der Kirchenverfassung», Archiv für katholisches Kirchenrecht 134 (1965) 72-79 en C. Larrainzar. La metodología del Estudio del derecho canónico. Iudex et Magister. Miscelánea en honor al Pbro. Nelson C. Dellaferrera, II, Buenos Aires 2008, 19-56.
- Padilla, N. La crisis del Patronato (1900-1966). Investigaciones y Ensayos 61, 51-96.
- Perugini Zanetti, A.M. Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>

- Pizzorni, R.M., Giustizia e Carità, Roma 19802.
- S. Thomae Aquinatis, Summa Theologiae. Madrid 1954.
- San Juan Pablo II. Carta Enc. Dominum et vivificantem. AAS 78 (1986) 809-900.
- San Juan Pablo II. Exhort. Apost. Chistifideles laici. AAS 81 (1989) 393-521.
- San Pablo VI, Allocutio. Ai partecipanti al II “Cursus Renovationis Canonicae pro iudicibus aliisque Tribunalium administris”. 13.12.1972, [Acceso: 22.8.218] http://w2.vatican.va/content/paul-vi/la/speeches/1972/december/documents/hf_p-vi_spe_19721213_diritto-canonico.html
- San Pablo VI. Alocución de apertura de la 3era Sesión. 14.9.1964, 142-143.
- Scotti, L.B. El reenvío en el derecho internacional privado argentino: aportes de la doctrina y de la jurisprudencia”, Revista de la Facultad, Vol. XIII n. 1 - Nueva Serie II (2022) 36.
- Suarez, F. Tratado de las leyes y de Dios Legislador, Madrid 1918. Tertuliano, Apologeticum, 46,17 [acceso: 22.05.2018]. http://www.intratext.com/IXT/LAT0246/_P1A.HTM
- Vanossi, J.E. La trascendencia constitucional del Concordato o Acuerdo con la Santa Sede y su significado. En Congreso Internacional: “La Libertad Religiosa en el Siglo XXI. Religión, Estado y Sociedad” Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. 3-5 de septiembre de 2014, 2.
- Viladrich, J.P. Hacia una teoría fundamental. *IusCan X* (1990) 5-66.
- Von Balthasar, U. Introduction à San Agustín. Le visage de l’Eglise. Paris 1959
- Von Balthasar, U. Introduction à San Agustín. Le visage de l’Eglise. Paris 1959

RJ
SI

Reseña de Fallos

Jurisprudencia Aplicada

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 1

Jurisdicción: Departamento Judicial de San Isidro

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala II

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 03/10/2024

Carátula: “A. L. s/ sucesión ab-intestato”

PALABRAS CLAVE:

Partición Hereditaria. Convenio de Partición. Indivisión Postcomunitaria. Nulidad de la Partición.

RESEÑA:

Tanto el art. 2369 del CCyCN, como el 761 del CPCC, son claros al establecer que si todos los herederos están presentes y son capaces, pueden convenir la partición, sea total o parcial, en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente.

De esta manera, tal como ya ha resuelto este Tribunal, cada cual dispone de lo suyo como quiere dentro de la más absoluta libertad de contratar. Habiendo conformidad, todo es admitido, incluso la adjudicación de bienes desiguales sin compensación, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se adjudica. Esto es reafirmado con el nuevo Código Civil y Comercial que ha tomado partida por la flexibilidad y amplitud para decidir en la materia (art. 2369 y ccs., Cámara Civil Nacional, Sala D, sent. del 15/9/15). Accediéndose, entonces, a inscribir con la declaratoria de herederos, el instrumento pertinente, previa adjunción a la causa de los informes de los registros respectivos que acrediten la libre disponibilidad de los bienes (cf. CC0201 LP 110477 RSI 254/15 I 24/11/2015 sum. Juba B258063; causa SI-13425-2012, r.i. 393 del 31.08.17 de Sala II) -certificados e informes de cesiones, de inhibiciones general de bienes y dominio-.

Por ende, teniendo en cuenta que el convenio de partición y adjudicación de bienes privado, suscripto por todos los herederos mayores de edad y con firmas ya certificadas ante escribana, ha sido presentado ante la Señora Juez a-quo e incorporado al expediente, nada más hace falta para reconocerle carácter vin-

culante y obligatorio entre ellos, sin que sea factible dejarlo sin efecto o retractarlo unilateralmente por voluntad de cualquiera de sus firmantes como se pretende en la especie, pues para que ello resulte procedente, deben invocarse causas que obstan a su validez como acto jurídico (Zannoni, Eduardo A., obra citada, pág. 684, con citas allí formuladas a fallos de la SCBA del 17/4/56, JA, 1943-II-945 y del 1/9/64, JA, 1964-VI-449; causa 109.897, R.I 245 del 17/8/2010 de esta Sala II° -aunque en su integración anterior-).

Cabe recordar, que, incluso si se impugnara la validez de la partición reclamando su nulidad, en virtud de lesión, no cabe duda que los interesados deben promover el juicio ordinario correspondiente para su dilucidación (arts. 2336 , 2408, y ccdtes, 386, sctes y ccdtes del CCyCN, 3284 inc.1° del Código Civil; cf. Fe-nochietto, Carlos Eduardo, obra citada, pág. 779 y causas 57.410 del 18-2-1992 u 103.675, r.i. 372 del 07/06/2007 de la Sala IIª -anterior- y A-1009-4 RR 287-2022 del 19/05/22 de esta misma Sala II° -aunque con diferente integración-).

Por todo lo expuesto y a fin de evitar posteriores nulidades que comprometan los derechos constitucionales de las partes a la propiedad, al debido proceso y a la defensa en juicio (arts. 17, 18 y 28 de la C.N., y, 15 de la Constitución de esta provincia, y, 34 inc. 5 ap. b del CPCC), corresponderá dejar sin efecto la resolución apelada que fuera dictada sobre temas a los que la Juez a-quo no fue llamada a resolver, debiendo continuar los autos según su estado (...)

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 2

Jurisdicción: Departamento Judicial de San Isidro

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala II

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 17/11/2022

Carátula: "G.H.A. s/ sucesión ab-intestato"

PALABRAS CLAVE:

Presunción de Ganancialidad. Bienes Propios. Subrogacion Real. Permuta

RESEÑA:

Entre recurrente y recurrida, entonces, rige la pauta de presunción de ganancialidad que operó tanto en el código derogado como en el actual.

Pero esta presunción, entre cónyuges y sus herederos, está sujeta a todo tipo de prueba en contrario, como lo han sostenido invariablemente la doctrina y la jurisprudencia. Así, se ha considerado que la presunción de ganancialidad, entre los cónyuges o entres sus herederos, puede ser desvirtuada por todos los medios de prueba (ARIANNA Carlos, "Régimen Patrimonial del matrimonio", pág. 178, Astrea, Buenos Aires: 2017).

En ese aspecto, vinculado a los recaudos del art. 1246 del C.C., ya se había sostenido que es lógico que los terceros no pueden ni deben quedar expuestos a la confabulación, mala fe, ignorancia, negligencia o mutables intereses de los cónyuges, que por cualquier motivo pretendan alterar el carácter de propio o ganancial de los bienes, en contra de lo que surge del título de dominio; mas no es igual la situación entre los cónyuges o entre el supérstite y los herederos del premuerto, pues a pesar de los términos en que se hubiere redactado la escritura traslativa de dominio, el propósito final debe ser que los patrimonios propios de los cónyuges conserven tal calidad a despecho de cualquier omisión (VIDAL TAQUINI Carlos H., "Régimen de los bienes en el matrimonio", pág. 208, Astrea, Buenos Aires: 1999)

Así, se ha decidido que se deberá contemplar la evolución que el capital propio de los cónyuges

pueda sufrir durante el matrimonio y es indudable que, en virtud de ese movimiento económico, los nuevos bienes deben tener el mismo carácter que los anteriores por el principio de subrogación real, tornándose imperiosa la conexión y vinculación de las operaciones con prueba categórica que aniquile la presunción de ganancialidad, la que está a cargo del cónyuge que alega el carácter propio del bien (CNCiv, Sala L, 23/08/2006 "G., A.V. c/ R., N.P. s/ liquidación de sociedad conyugal").

La permuta configura, por excelencia, el supuesto en el que el bien propio objeto del contrato no ingresa al patrimonio ganancial, sino directamente al del permutante, sustituyendo así al anterior que sale de él. Es decir, a raíz de esa permuta el bien adquirido es calificado por la misma ley como propio (art. 464 inc. c CCyC y 1266 CC).

En igual sentido, las protestas alzadas con relación a la intención del causante soslayan la precisa calificación de orden público que campea en la materia y que expresamente señaló la magistrada de origen al decir que la calificación del carácter propio o ganancial de los bienes de los cónyuges no queda librada a la voluntad de los esposos sino que surge objetiva e imperativamente de la ley.

Y en cuanto a los pagos hechos con relación a los bienes en cuestión, como la propia recurrente reconoce, se trata de un debate ajeno a la calificación y propio del reclamo de recompensas al que pueda creerse con derecho si es que fueron realizados con montos gananciales (art. 491 y ccs. CCyC).

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 3

Jurisdicción: Departamento Judicial de San Isidro

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala II

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 08/10/2024

Carátula: "H. D. A. s/ sucesión ab-intestato"

PALABRAS CLAVE:

Partición Hereditaria. Convenio de Partición. Indivisión Postcomunitaria.

RESEÑA:

La partición es el camino por el cual los herederos salen del estado de comunidad o indivisión en que los coloca la muerte del causante y con ella se pone, en principio, fin a la sucesión (cf. Arazi-Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal-Culzoni Editores, año 2001, Tomo III, pág. 561; causas 111.482 r.i. 267 del 9/8/2011 y SI-13425-2012, r.i. 393 del 31.08.17 de Sala II). (...)

Puede ocurrir que a través de la forma de una partición, se concluya entre los herederos un negocio mixto, por el cual se atribuyen derechos o bienes entre coherederos que exceden, estrictamente, del acto de asignación que aquella importa, tratándose de una unidad comercial derivada de una relación de comunidad preexistente; por lo que no son separables ambos aspectos del negocio mixto contenido en la partición (cf. Zannoni, Derecho de las sucesiones", T° 1, págs. 670/671; causas 93.522 r.i. 521/2003; 96.178 r.i. 428/04; SI-10111-8, r.i. 36 del 6.3.14 y SI-13425-2012, r.i. 393 del 31.08.17 de esta Sala II), que es lo que en definitiva se advierte en el acuerdo acompañado (...).

Por otro lado, en lo atinente a la composición de la masa de bienes que integran el acuerdo, cabe establecer que, tal como lo ha resuelto en diversas oportunidades esta Alzada, la sucesión comprende tanto los derechos que reconocen su fuente en la vocación hereditaria como los que se actualizan por la partición de los gananciales; puesto que ambos pueden liquidarse en el expediente sucesorio.

Entonces, cabe concluir que el objeto del convenio acompañado por el letrado apoderado de todos

los copartícipes mayores de edad y plenamente capaces (desde que nadie invocó ni probó lo contrario) es la partición de la masa común de bienes gananciales - tanto de la parte del causante como de la cónyuge supérstite -, que integraban la comunidad disuelta por el fallecimiento del referido. Y, así, poner fin a la indivisión postcomunitaria al adjudicárselos de común acuerdo (art. 498 del CCyC), pudiendo, tal como se indicó, disponer de sus hijuelas en la forma que estimen conveniente.

Así las cosas y de conformidad con todo lo expuesto, no se advierte la existencia de impedimento que justifique la prohibición de que se practique dicha partición en función de sus intereses y en el marco de las facultades conferidas por el art. 2369 del CCyC, tal como fue realizado (...)

Por todo ello, se revoca la resolución apelada de fecha 09/09/24 en cuanto exigió que la partición celebrada en los términos propuestos sea formalizada en instrumento público, y, en consecuencia, se deja sin efecto dicho requerimiento, debiendo en la instancia de origen, en el marco de este juicio sucesorio, previo cumplimiento de los recaudos registrales, fiscales y arancelarios que fueren de rigor, homologarse la partición efectuada en representación de los copartícipes -cf. facultades otorgadas al efecto - (arts. 475 inc. a, 481 y 498 , 2363, 2369, 2371 inc. "c" -a contrario sensu-, 2376 y ccs. del CCyC y 761, 765 y ccs. del CPCC)...

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 4

Jurisdicción: Departamento Judicial de San Isidro

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala II

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 19/05/2022

Carátula: "M. D. E. s/ sucesión testamentaria"

PALABRAS CLAVE:

Testamento ológrafo. Institución Hereditaria Condicionada. Legatarios. Voluntad del Testador

RESEÑA:

Es doctrina recibida que si el testamento es expresión directa de la voluntad del testador, la labor de intérprete ha de consistir en indagar y declarar su real y verdadera intención (Alterini, Jorge Horacio "Código Civil y Comercial: Tratado Exegético" 3ª edición, Tomo XI, comentario al art. 2470, La Ley, Buenos Aires, 2019). Y que en esa tarea, el juez debe discernir el fin económico que el otorgante persiguió, para lo que aplicará las reglas de la sana crítica. Las expresiones u oraciones usadas por el testador deben ser entendidas en función del contenido de todo el testamento y no sometidas al sentido literal, privilegiándose también el sentido corriente de la expresión (arg. art. 2470 CCyC; CNCiv, Sala K, 19/05/08, "INGLÉS, María de los Ángeles s/ sucesión testamentaria").

Con mayor relación a las particularidades de este proceso, la doctrina señala que el testamento ológrafo, si bien reporta las ventajas de menor onerosidad y mayor reserva, es el más expuesto a errores e impugnaciones por quienes no resultan ser sus beneficiarios. En efecto, la intervención notarial propia del testamento por acto público no es solo fedataria, sino también de asesoramiento para evitar mandas defectuosas o inoficiosas (v. al respecto Hernández, Lidia y Ugarte, Luis "Régimen Jurídico de los Testamentos" Ed. Ad- Hoc, 2005, pág. 173 y su cita; Moore, Felipe "El testamento ológrafo en época de pandemia de COVID-19", LL 2020-C, 366).

La institución de herederos en testamento participa de ese raro género de enunciados performativos

o realizativos, es decir, aquellos que designan una acción que se cumple por el hecho mismo de su pronunciación (v. gr. lo que ocurre con el verbo jurar: Cuando juré desempeñar el cargo de juez bien y legalmente, a la vez que expresé un verbo -lo juro-, por el solo hecho de hacerlo, presté también el juramento de ley). Esto no ocurre con la mayoría de los verbos, pues, si digo que estoy pintando un cuadro, por el solo hecho de decirlo no estoy haciendo obra de arte alguna.

Y si bien es claro que la institución de herederos no requiere fórmula sacramental alguna, lo cierto es que antes de analizar las formas es necesario ver si existió tal institución.

La cuestión queda suficientemente atendida con la revocación de la resolución en cuanto consideró instituidos herederos a los familiares del fallecido, sin que corresponda en consecuencia consideración alguna sobre la situación del Sr. C. M. (art. 266 y 272 CPCC). Este último ha formulado una petición al órgano jurisdiccional, la cual quedará pendiente de despacho atento al modo en que se resuelven los agravios en mi propuesta.

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

JURISPRUDENCIA APLICADA. 5

Jurisdicción: Departamento Judicial de La Plata

Tipo de dependencia: Cámara II de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala I

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 11/07/2024

Carátula: “O C A S / Inc de realización de bienes mat 7283”

PALABRAS CLAVE:

Quiebra del causante. Bienes gananciales administrados por el causante.

RESEÑA:

(...) tratándose de un cónyuge fallido -o de la quiebra de un activo hereditario como el de autos-, a partir de la sentencia de quiebra queda desapoderado de los bienes propios y de los gananciales existentes a la fecha de su declaración -o de su fallecimiento-, con exclusión de los gananciales exclusivamente administrados por el cónyuge supérstite [...] (arts. 105, 107, 108 y 125, L.C.; 467, CCCN).

(...) el hecho de que la disolución de la sociedad conyugal por muerte haya ocurrido antes de la sentencia de quiebra no modifica el activo, en orden a reducir la mitad de los gananciales administrados por el causante, que siguen formando parte de la prenda común de los acreedores, ya que no se realizó la partición con anterioridad a la sentencia de quiebra (...).

Además, la disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integridad del patrimonio de su deudor (art. 487, CCCN), lo cual responde al principio de que el patrimonio es la prenda común de los acreedores (art. 743, CCCN). [...].

Y si bien es cierto que extinguida la comunidad, se debe proceder a su liquidación, no lo es menos que a tal fin se deben establecer las cuentas de las recompensas, las cargas de la comunidad y las obligaciones personales de los cónyuges (arts. 488, 489, 490, 491, 493, 494 y 495, CCCN), lo cual no puede llevar a postergar a los acreedores del cónyuge fallecido.

Entonces, la división por mitades entre los cónyuges que establece el art. 498, opera una vez satisfechas las cargas (arts. 467, 486, 487 y 498, CCCN). Tal solución, referente al pago de las deudas, es también receptada en el ámbito del derecho sucesorio (ver arts. 2356, 2357, 2358 y 2359, CCCN). Y, en el ámbito concursal, normativa que desplaza la aplicación de otras disposiciones contempladas para situaciones “in bonis”, la división por mitades de los gananciales administrados por el otro cónyuge, recién opera frente a la existencia de remanente (arts. 105, 107, 108, 125 y 228, L.C.).

Dicho régimen, es de orden público (art. 12, CCCN), y su observancia obedece a razones de interés general, por lo que la división y adjudicación de bienes impuesta por la extinción de la sociedad conyugal es concretable sólo después de su liquidación con deducción de su pasivo (arts. 467, 475, 481, 486, 489 CCCN), ya que el acreedor no contrató con una sociedad sino con una persona casada que respondía con todos los bienes de su titularidad (propios y gananciales) y la garantía del crédito debe seguir siendo la misma mientras no exista publicidad de la real mutación de cada uno de tales bienes.

Que en consecuencia, aún cuando la disolución de la sociedad conyugal operara [...] (art. 475 inc. a CCCN), y la sentencia de quiebra se dictara 3 años después (...), en razón de la existencia de deudas anteriores a la extinción de la comunidad, el bien inmueble sobre el que recae la presente resolución (...) es de carácter ganancial adquirido por el fallido del que es titular en el 100%, siendo de estado civil casado, por lo que la partición no ha sido realizada. [...] el real alcance de la ganancialidad es un derecho en expectativa que tiene el cónyuge supérstite no titular de percibir el 50% de los bienes gananciales de administración del otro, una vez liquidada la comunidad de bienes, lo cual requiere el pago previo de las cargas.

Por todo ello, dicho bien -o su producido- responde en forma íntegra frente a los acreedores concursales, máxime cuando las mismas se han devengado en forma previa a la extinción de la comunidad de ganancias, siendo solo en el supuesto de quedar un remanente, que el mismo ingresará al acervo sucesorio de la viuda de aquél [...] (arts. 105, 106, 107, 108, 125 y 228, L.C.Q.; 5 y 6, ley 11.357; 467, 475, 481, 486 y 489, CCCN).

[VER FALLO COMPLETO](#)

RJ
SI

Reseña de Fallos

Jurisprudencia Novedades

Reseña de Fallos. Novedades

JURISPRUDENCIA NOVEDADES. 1

Jurisdicción: Departamento Judicial de Lomas de Zamora

Tipo de dependencia: Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala I

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 04/09/2024

Carátula: “Berries Del Plata SA s/incidente de revision de crédito”

PALABRAS CLAVE:

Verificación de Créditos. Moneda Extranjera. Opinión de la Sindicatura.

RESEÑA:

Hecha esta introducción y de cara a la solución que propondré que tendrá sustento entre otros soportes en la opinión vertida por la sindicatura en su informe individual, de la cual se apartó la sentenciante de origen para resolver, destaco que el rol preponderante del síndico —que asume distintas facetas a lo largo del proceso concursal— opera en la etapa tempestiva como una suerte de ordenador o eje que permite concentrar la contradicción múltiple evitando que ésta degenere en una anárquica dispersión. Para ello, se encarga al mismo recibir las solicitudes de verificación, compulsarlas, ordenarlas, investigar su fundamento, buscar pruebas, escuchar a las partes a través de las observaciones e impugnaciones que pueden formular en el período del art. 34 de la LCQ, y, en resumen, dictaminar sobre cada una de las pretensiones esgrimidas por los aspirantes a la concurrencia. De este modo, a ellos y al juez se ofrece una opinión, técnica e imparcial sobre la procedencia jurídica de las solicitudes de verificación y de las observaciones

En el caso particular (...) contrariamente a lo decidido por la magistrada de anterior grado, (...) corresponde seguir la opinión brindada por el síndico en aquá primigenia ocasión, pues la misma se corresponde con la documentación aportada por la incidentista y asimismo con lo expresado sobre el particular por la perito contadora designada en este proceso.

En efecto, aún cuando no lo expresó así al contestar los agravios de la incidentista, al contestar el traslado definitivo el síndico actuante mantuvo la tesitura expresada en su informe individual, en el cual consideró que por haberse celebrado el contrato de compra y venta de arándanos entre la concursada y la insi-

nuante en dólares estadounidenses y haberse aclarado en cada factura —expresada en pesos— el equivalente en moneda extranjera, el crédito debía verificarse en esta última moneda.

Ello se corresponde con la opinión de la perito contadora designada en autos (...).

Sentado ello así, y teniendo en especial consideración que tanto de la pericia ya aludida como de la opinión originaria del síndico surge una correlación entre lo expresado en las facturas aportadas por la incidentista y la contratación que le da origen, según la cual puede concluirse que el contrato ha sido pactado en moneda extranjera, habré de proponer entonces la revocación de lo dispuesto en la instancia de anterior grado; modificando en consecuencia los términos en los cuales ha sido admitida la verificación.

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Novedades

JURISPRUDENCIA NOVEDADES. 2

Jurisdicción: Departamento Judicial de Morón

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala II

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 07/05/2024

Carátula: “Empresa Libertador San Martin S.A.T. s/ incidente”

PALABRAS CLAVE:

Actualización de Honorarios Sindicatura. Fallo “Barrios”. Inconstitucionalidad sobreviniente.

RESEÑA:

(...) no podemos pasar por alto el reciente pronunciamiento dictado por la Suprema Corte de Justicia Provincial en los autos "Barrios, H. F. y otra contra L., S. B. y otra. Daños y perjuicios" con fecha 17/04/2024, donde se declaró la inconstitucionalidad sobreviniente del Art. 7 de la Ley 23.928, con sus reformas.

Allí la SCBA analizó, en profundidad, la situación económica y su incidencia sobre las acreencias que, traducidas a dinero en un momento determinado, luego ven erosionado su valor en virtud del proceso inflacionario que nos afecta, y nos viene afectando desde hace tiempo. [...]

Aquí también se ha determinado la acreencia de la sindicatura por honorarios hace varios años y el proceso inflacionario ha determinado una erosión, marcada, de su valor real.

Adviértase, incluso, que a diferencia de aquel caso, aquí ni siquiera corren los intereses, por la sencilla razón de que la regulación de honorarios cuestionada no adquirió firmeza.

Por lo demás, quien originariamente había interpuesto el recurso extraordinario, impidiendo así la firmeza (y exigibilidad) de la regulación, luego no efectuó el depósito previo, lo que hizo que el mismo se frustrara en su avance pero generando, elípticamente, la antedicha situación.

A lo que se suma que los honorarios profesionales tienen carácter alimentario (esta Sala en causa nro. 46377, R.S. 607/01), siendo un fruto del trabajo y propiedad de sus titulares, lo que amerita la condigna protección constitucional.

Y todavía hay mas, porque lo que vengo describiendo generó, para quienes hoy recurren, una notoria situación de desigualdad frente -por ejemplo- a lo que hubiera sucedido si se les aplicara la ley de honorarios de abogados vigente (14.967), que ha ideado un mecanismo para la protección efectiva del valor de las retribuciones (ajuste según el valor del jus, arts. 15 inc. d), 51, 54 y ccdtes.).

De tal suerte, la omisión de plantear la inconstitucionalidad no puede ser tan estrictamente juzgada cuando -en definitiva- existían otras normas, vigentes, que autorizaban el mecanismo que pretendían que se aplique.

En definitiva, está en juego una cuestión alimentaria y la solución a la que se llega si no se admite el planteo, es notoriamente injusta, lesiva al derecho de propiedad y no se ajusta a esta nueva orientación de la SCBA, elocuentemente expresada en el fallo que vengo mencionando.

(...) en cuanto al trámite de la cuestión y la participación de la contraparte, que habiéndosele conferido traslado del memorial, nada dijo ni ningún planteo introdujo, sino que se mantuvo en completo silencio.

Conforme al resultado obtenido en la votación que instruye el Acuerdo que antecede SE REVOCA la resolución apelada, decretando la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 7 de la ley 23.928, según ley 25.561, del mismo modo que su inaplicabilidad al caso, a fin de disponer una equitativa actualización del crédito adeudado, debiendo -en la instancia de origen- los solicitantes practicar la condigna actualización de su acreencia, utilizando como pauta al efecto la variación del módulo consagrado por los arts. 114 y ccdtes. de la ley 10620, debiendo calcular la cantidad de módulos a los que equivalía la regulación de honorarios efectuada en su favor al 10 de Agosto de 2021 y, posteriormente, establecer el valor, de esos mismos módulos, al momento del efectivo pago.

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Novedades

JURISPRUDENCIA NOVEDADES. 3

Jurisdicción: Departamento Judicial de Pergamino

Tipo de dependencia: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Dependencia: Sala Única

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 06/06/2024

Carátula: “G. M. B. C/ S. R. s/ Habeas Data”

PALABRAS CLAVE:

Habeas Data. Historia Clínica. Legitimación Pasiva.

RESEÑA:

En la especie, se ha pedido la aplicación del instituto pretendiendo la entrega de una historia clínica, admitida por el juez de grado y que claramente se puede subsumir en el hábeas data informativo de tipo exhibitorio previsto por el art. 33 inc. A primera parte de la Ley de Protección de Datos Personales, pretendiendo la queja neutralizar el finalismo de la norma que comprende varios aspectos, tal como lo explica el accionante.-

No es ocioso recordar aquí que el paciente es el titular de su historia clínica. Consecuentemente, a su simple requerimiento, debe serle suministrada copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial, dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada, salvo caso de emergencia (art. 14 de la ley 26.529).-

La determinación del derecho de propiedad no representa una cuestión bizantina, sino que hace al interés práctico del médico y del paciente. Y evita también todo tipo de artimañas y malas prácticas de gestión, que tienen que ver con demoras en la entrega, agregaciones de última hora, correcciones irregulares, etc. (Cf. MOREA, Adrián Oscar, Radiografía de la historia clínica. Publicado en Temas de Derecho Civil, Año 8, N° 7, jul. 2022).-

La objeción traída termina de desmoronarse a poco que se advierte que la ley 26.529 no sólo extiende la obligación de guardia y custodia de este documento a los establecimiento asistenciales, sino también a los pro-

fesionales de la salud, quienes también tienen a su cargo la guarda y custodia de este documento, en su carácter de depositarios y deben evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas (art. 18 de la ley 26.529). En contrapartida, el paciente tiene derecho a que éstos le exhiban y/o entregue el documento aludido en todo momento.-

Entonces, en el contexto normativo de la ley 25.326 de protección de datos personales y de la ley 26.529 de derechos del paciente, el habeas data asoma como un instrumento garantizador con base constitucional, y su proyección está en directa relación con el avance de las tecnologías de la información, y debe tenderse a no frustrar la tutela que brinda esta herramienta. Precisamente es la convergencia conjunta de sendos argumentos jurídicos lo que me lleva a proponer el rechazo de la queja traída.-

[VER FALLO COMPLETO](#)

Reseña de Fallos. Novedades

JURISPRUDENCIA NOVEDADES. 4

Jurisdicción: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Tipo de dependencia: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Dependencia: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Estado de la sentencia: Firme

Fecha de sentencia: 09/08/2024

Carátula: "V., W. O. y otro contra N. R., L. y otro. Daños y perjuicios"

PALABRAS CLAVE:

Seguros. Responsabilidad del Dueño. Legitimación pasiva. Denuncia de Venta.

RESEÑA:

La discusión en la especie gravita sobre la posibilidad de la titular registral del vehículo – V. C. L.- de liberarse de responsabilidad ante la acreditación fehaciente del desprendimiento de la guarda del vehículo cuando no ha sido efectuada la denuncia de venta (art. 27, dec. ley 6.582/58).

(...) resulta trascendente la nueva redacción del art. 1.895 del Código Civil y Comercial de la Nación (concordante con el antiguo art. 2.412, Cód. Civ.) al disponer que "la posesión de buena fe del subadquirente de cosas muebles no registrables que no sean hurtadas o perdidas es suficiente para adquirir los derechos reales principales excepto que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita" (el destacado me pertenece), en tanto consagra que el principio de "la posesión vale título" es de aplicación exclusiva a las cosas muebles no registrables; diferenciando así los regímenes jurídicos aplicables en uno u otro caso.

El referido texto legal en la actualidad dispone que "el dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas", receptando así no solo la responsabilidad "conjunta" del dueño y del guardián sino también el modo en que ambos responden frente a la víctima, remitiendo al régimen de las obligaciones concurrentes (conf. arts. 850 a 852), lo que despeja toda vacilación que pudiera existir en torno a esta cuestión.

Siendo ello así, en orden a las previsiones contenidas en los arts. 1.758 del Código Civil y Comercial de la Nación y 1 y 27 del decreto ley 6.582/58, el dueño responde por el daño causado por el riesgo o vicio

de la cosa en su calidad de tal, carácter que en materia de automotores deriva de su condición de titular registral del vehículo causante del daño (art. 1, dec. ley 6.582/58). Y el hecho de que el dómimo o propietario responda como tal, y no por ser guardián, implica que incluso el "dueño no guardián" debe responder por los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, siempre -claro está- que no logre acreditar alguna de las causales de exención previstas en los arts. 1.758 y 1.731 -hecho de un tercero- del Código Civil y Comercial de la Nación (v. argumento analógico, Kemelmajer de Carlucci, Aída en Belluscio, Augusto-Zannoni, Eduardo, "Código Civil y leyes complementarias", Bs. As., 1984, t. 5, com. art. 1.113, p. 465); a las cuales el decreto ley 6.582/58, texto ordenado ley 22.977, vincula el supuesto de denuncia de venta.

Cierto es que la ley en forma expresa permite al titular registral -y por ende dómimo del rodado eximirse de responsabilidad mediante el cumplimiento del pertinente aviso de venta. Es esta la respuesta que el legislador encontró a un problema ampliamente debatido antes de la sanción de la ley 22.977, solución que los jueces deben aplicar.

En el caso bajo examen, parece indudable que cuando el titular registral enajena el vehículo inscripto a su nombre en el Registro dominial y lo entrega al adquirente está otorgando en forma expresa o tácita una autorización al adquirente para su utilización. O dicho de otro modo, bajo tal contexto, mal puede sostenerse que el adquirente usa la cosa contra la voluntad del enajenante, dado que el destino natural del automóvil es la circulación y quien vende un rodado no puede esgrimir verosímilmente que la transmisión de la posesión tiene por finalidad que la cosa permanezca guardada o depositada mientras no se realizara la transferencia registral (v. Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 465).

De tal modo, existen motivos suficientes para establecer un distingo objetivo entre las circunstancias comprobadas de autos y aquellas ponderadas en los precedentes "Seoane" y "Camargo" que justifican apartarse en el sub lite de la solución que estos últimos recibieron.

Por ello, y por interpretar que el criterio expuesto en el precedente "Oliva" (Ac. 81.641, sent. de 16-II-2005) -cuyos lineamientos ha seguido el Tribunal de Alzada- no se ajusta al régimen de responsabilidad objetiva estatuido en el actual art. 1.758 del Código Civil y Comercial de la Nación (plexo bajo el cual se subsume la presente controversia) y a las reglas establecidas en los arts. 1 y 27 del decreto ley 6.582/58, texto ordenado ley 22.977, que siguen ordenando esta disciplina, propicio revocar lo resuelto sobre el punto en el pronunciamiento recurrido y hacer extensiva la condena a la titular registral del vehículo que protagonizara el siniestro (conf. doct. art. 289, CPCC).

[VER FALLO COMPLETO](#)

RJ SI

INFORMACIÓN DE CONTACTO

Correo Electrónico:
revistajuridica@casi.com.ar

URL donde se dispondrán los distintos números:
<https://www.casi.com.ar/RJURIDICA>

Esta obra está bajo una licencia de
Creative Commons



REVISTA SEMESTRAL

Colegio de Abogados de San Isidro

Martin y Omar 339, San Isidro, Provincia de Buenos Aires

Contacto: consejo@casi.com.ar

ISSN 2953-5174

RJ
SI

**REVISTA
JURÍDICA
DE SAN ISIDRO**

SERIE CONTEMPORÁNEA



COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO

MARTIN Y OMAR 339, SAN ISIDRO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES