

PONENCIAS.

1.- El derecho de familia necesita de una reforma integral incorporada al Código Civil, que recepte la realidad social actual, armonice el ordenamiento jurídico con los preceptos constitucionales y con los principios emanados de los tratados de derechos humanos, que el Estado Argentino ha suscripto, incorporado a nuestro sistema jurídico y comprometido internacionalmente a su cumplimiento.

2.- Las reformas más necesarias al Derecho de Familia son la regulación de la convivencia o unión de hecho, la filiación derivada de los métodos de fertilización asistida y la normativización de la misma, el régimen patrimonial matrimonial y la limitación de la legítima hereditaria, en especial para protección de herederos incapaces.

3.- En el estado actual del derecho y de los avances sociales es necesario el reconocimiento de cierta “autonomía de la voluntad” aún dentro de las relaciones de familia. En especial, para la elección de régimen patrimonial matrimonial y la mutación de los mismos, y una más amplia posibilidad de transmisión de bienes a título gratuito.

4.- Resulta conveniente la adecuación del régimen actual de bien de familia, para obtener una protección integral de la vivienda familiar a tono con su tutela constitucional; que incluya como posibles beneficiarios a personas solas y condóminos no parientes, y cuyos efectos puedan subrogarse en caso de venta y adquisición de un bien de reemplazo.

5.- La sociedad y el ordenamiento jurídico deben prestar una especial atención al derecho de los ancianos. Los mismos son y van a ser una parte importante de la población y de las familias, sujetos plenos de derechos, pero a la vez vulnerables o dependientes. Los notarios y demás operadores jurídicos necesitan extremar los recaudos para la actuación funcional frente a la intervención de los mismos.

6.- El notariado debe tener actualización y capacitación continua y permanente para poder dar una respuesta a las necesidades sociales actuales. Poniendo todas las herramientas a su alcance, conocidas y habituales, pero también las novedosas o adaptables del derecho comparado para satisfacer dichos requerimientos. La actuación notarial debe ser “pro personae” amplia para favorecer los derechos de las personas y restrictiva para limitarlos.

XXXVII JORNADA NOTARIAL BONAERENSE. Junín 2011.

DERECHO DE FAMILIA MODELO SIGLO XXI.

**ESPECIAL CONSIDERACION DE LOS DERECHOS DE LOS
ANCIANOS.**

Dedicado a mis abuelos. Que desde el cielo, seguramente opinan que nunca es perdido el tiempo que se dedica al estudio.

TEMA I.- Rol del notario en materia de derecho de familia.

Trabajo Individual.

Not. Marcela Viviana Spina.

Delegación General San Martín.

Sumario: 1.- Objetivo. 2.- Características del derecho de familia. 3.- Impacto de las Convenciones Internacionales sobre el derecho positivo interno. 4.- Concepto de familia. Su necesaria evolución. 5.- Reconocimiento de cierta autonomía de la voluntad en el derecho de familia. 6.- Aplicaciones prácticas. 6.1.- Protección jurídica de la vivienda familiar. 6.2.- Relaciones familiares y derechos a la salud. 7.- Legítima hereditaria y derecho de familia. 8.- Derechos de los Ancianos. 9.- Nuevas realidades sociales y actividad notarial. 9.1.- Fideicomiso. 9.2.- Fideicomiso testamentario. 9.3.- Renta Vitalicia Onerosa. 9.4.- Renta Vitalicia Onerosa con Hipoteca. 9.5.- Crédito Vitalicio con Garantía Hipotecaria. 10.- Conclusiones.

1.- Objetivo.

El objetivo planteado para el presente trabajo fue analizar las actuales realidades sociales en torno a las nuevas formas de familia.

Además el fuerte impacto de las normas constitucionales sobre el Derecho de Familia. La incorporación de las Convenciones Internacionales y su interpretación en nuestro entramado jurídico.

La influencia de la sanción de leyes recientes y específicas en la materia como la ley 26.579¹ y 26.618² y su homogenización con el resto del ordenamiento jurídico.

Y las leyes 26.061³, 26.529⁴, 26.378⁵ y 26.657 que en forma tangencial afectan los conceptos de familia.

Establecer algunas consideraciones prácticas y acercar algunos casos de novedosa jurisprudencia en relación a los temas tratados.

¹ Ley de mayoría de edad, sanc 2/12/ 2.009, promul. 21/12/2009, pub. 22/12/2009.

² Ley de matrimonio igualitario, sanc.15/7/2010, promul.21/7/2010, publ. 22/7/2010.

³ Derechos de los niños, niñas y adolescente (incorporación al derecho interno de la Convención Internacional de los Derechos del niño) del 21/7/ 2005.

⁴ Ley de Derechos de los pacientes, historia clínica y consentimiento informado. Sanción: 21/10/2009; Promulgación de Hecho: 19/11/2009; Boletín Oficial 20/11/2009.

⁵ Ley de Salud mental, sanción 25/11/2010 promulgada el 02/12/2010,Boletín Oficial 03/12/2010.

Insertarnos en una nueva problemática que asoma incipiente y sin duda modificará el derecho de familia: el derecho de los ancianos con sus diferentes aristas: previsionales, sociales y jurídicas.

Analizar la influencia de todo este material innovador en la actividad notarial y ensayar algunas herramientas jurídicas que como notarios podríamos acercar a las nuevas problemáticas.

2.- Características del derecho de familia.

El derecho de familia tiene características que le son propias, como la presencia de numerosas normas de orden público, que no están sujetas a modificación de los particulares. La sociedad a través del derecho de familia, pretende tutelar del mejor modo posible, a juicio del legislador, intereses que van más allá del estrictamente individual de los miembros de cada familia, y que se vinculan con los intereses del grupo familiar. A su vez, es el Estado el que interviene en los actos de emplazamiento del estado de familia.⁶ Ej matrimonio o divorcio vincular.

Otra característica propia del derecho de familia es su carácter interdisciplinario. En esta rama del derecho resulta necesario el auxilio de otras disciplinas, tales como la psicología, las evaluaciones que realizan asistentes sociales. Se advierte, más que en otras ramas del derecho privado, la incidencia de aspectos ajenos a lo estrictamente jurídico, vinculadas a concepciones políticas, éticas o religiosas.⁷

El derecho de familia en nuestro ordenamiento jurídico es parte del derecho civil y está contenido básicamente en el Código Civil y numerosas leyes complementarias que lo integran.

Pero a diferencia de otras materias que regula el Código Civil sufrió muchas modificaciones Ley de matrimonio Civil 2393, Creación de Patronato de menores 10903, ley 11.357 que modificó el status jurídico de la mujer casada, ley 19.134 incorporó en nuestro sistema la adopción simple y plena reemplazada por la actual ley 24.779, ley 14.394 trajo varias modificaciones en el derecho de familia edad

⁶ Bossert, Gustavo A y Zannoni, Eduardo A. Manual de Derecho de Familia. Ed. Astrea, Buenos Aires 1.989

⁷ Bossert, Idem.

para contraer matrimonio, divorcio vincular (vigente por muy poco tiempo) y bien de familia. La ley 17.711 introdujo la separación por presentación conjunta, plena capacidad de la mujer mayor de edad, independiente de su estado, modificación de la gestión de bienes de la sociedad conyugal (art. 1.276 y 1.277). La ley 23.364 de patria potestad y filiación. Ley 23.515 de divorcio vincular, que resultó una ley de transacción, ya que incluye el divorcio como sanción y otras veces como remedio. La ley 26.449⁸ que elevó la edad núbil a los 18 años y equipara la edad núbil de hombre y mujer art. 166 inc. 5. Con la sanción de Ley 26.579⁹ se establece la mayoría de edad a los 18 años en consonancia con la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la ley 26.061 que la recepta en nuestro país en 2.005. Con ella desaparece la figura de emancipación civil o dativa, la misma establece que las obligaciones previsionales continúan hasta los 21 años, pero el régimen de comunicación derivado de la responsabilidad parental (art. 264) va a quedar sujeto a la exclusiva autonomía de la voluntad de las partes, a diferencia de la obligaciones alimentarias que se extienden hasta los 21 años (art. 265). En todo caso regirá el art. 376 bis que funda el régimen de comunicación entre los parientes obligados a dar alimentos.

La misma puede presentar grandes focos de conflictos en las familias de por sí conflictivas, ya que el mayor de edad puede reclamar alimentos a ambos padres inclusive al progenitor con el que vive y también vivienda en caso de no querer compartirla con ellos.

La ley 26.618 conocida como matrimonio igualitario incorpora la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. En principio el artículo que se modifica es el 172 y todos aquellos artículos en que se pueda hacer una diferencia entre la madre y el padre. En especial los art. 264 inc. 1 y 206. Este art. 206 establecía que en caso de divorcio o separación personal los hijos menores de 5 años es preferido que la tenencia quede a cargo de la madre, llamado preferencia materna.

En el matrimonio del mismo sexo, respecto de hijos menores de 5 años ahora deben contemplarse, dos supuestos: a) los cónyuges pueden llegar a un acuerdo, b) si no hay acuerdo el Juez decide en miras al interés superior del niño. Este

⁸ Sancionada: Diciembre 3 de 2008. Promulgada de Hecho: Enero 5 de 2009 B.O. 15/01/2009.

⁹ Sanc. 2/12/2009 promulg 21/12/2009. B.O. 22/12/2009.

artículo crea una diferencia a favor de los matrimonios del mismo sexo, el hijo quedará a cargo del padre que el juez considere más idóneo. Ya existen movimientos y presentaciones de padres solicitando igualdad frente a este derecho. Al igual que en la ley de adopción, una pareja heterosexual, debe probar su infertilidad, requisito que no será necesario para los homosexuales.

Al igual que el artículo 3576 bis que otorga una porción de la herencia a la nuera viuda sin hijos que conserve dicho estado, a partir de la ley 26618, seguramente tal derecho debe ser reconocido a ambos consortes. Igualmente, algún fallo jurisprudencial anterior había reconocido tal derecho a algún yerno viudo sin hijos, en honor a los derechos de igualdad. Aunque la ley no aclara, dicho punto.

Las reformas que fuimos narrando se fueron imponiendo no sin debate, ya que, el derecho de familia es una materia eminentemente sensible a los cambios sociales y hacía que se cometieran flagrantes injusticias.

El positivismo legalista del Código Civil que inspiró el proceso de codificación del siglo XX cedió al Estado Constitucional de Derecho. El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por: a) Predominio de la Constitución, b) Preeminencia de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico y en la vida social, c) Control judicial de constitucionalidad de las leyes y d) Mayor protagonismo de la función judicial.¹⁰

La reforma constitucional de 1994, con la consiguiente incorporación de los Tratados de Derechos Humanos, ha producido un cambio sustancial en el derecho de familia pero todavía no ha sido receptado por el legislador en leyes internas. Tanto la Constitución Nacional en el art. 14 bis, como en los Tratados de Derechos Humanos incorporación por el art. 75 inc. 22 (Entre ellos Pacto de San José de Costa Rica, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de Eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer y la Convención de los Derechos del niño) tienden a la protección integral de la familia. Y no habría posibilidad de preferir una familia sobre otra, para otorgarle protección jurídica.

Las reformas deberán basarse en el principio de inviolabilidad de la persona con consiguiente reconocimiento de su dignidad, la autonomía, la neutralidad moral del Estado y la tolerancia. Tal principio de dignidad consagra al hombre como fin en sí

¹⁰ Barbero, Daniel. En Disertación en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. 2da. Circuncsc. 8 de octubre de 2008.

mismo. Conforme el principio de autonomía, el hombre es libre de establecer su propio proyecto de vida lo que es el fin de los paternalismos. El principio de igualdad y tolerancia y el deber de no discriminar por razón de raza, religión, nacionalidad, sexo orientación sexual e ideología y edad.

La igualdad en el sentido que le dan Rawls y otros autores, implica la necesaria tutela y promoción del mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la comunidad. Requiere la generación de instituciones de protección y representación de las personas débiles, tales como niños, mujeres, discapacitados y ancianos, aunque con el mayor respeto posible a su autodeterminación. La responsabilidad sobre estas personas corresponde en primer lugar a su familia, en forma supletoria al Estado, y luego a la sociedad en su conjunto.

Lo ideal sería que las reformas se incorporaran al Código Civil para formular una legislación completa y coherente. La tendencia en derecho comparado es dictar códigos de familia y respetar más la autonomía de la voluntad también en las relaciones de familia.

3.- Impacto de las Convenciones Internacionales sobre el Derecho positivo interno

La noción de derechos humanos es una creación del mundo de la segunda posguerra mundial. Se trata de acuerdos fundamentales que presuponen proteger la libertad y dignidad de las personas, con las características de universales (para todos) y sin discriminación.

Los derechos humanos son consagrados en normas internacionales como declaraciones y tratados así como en reglas mínimas, principios básicos y soft laws que establecen contenidos mínimos y alcances consensuados de los derechos protegidos. De esta forma, los Estados asumen el compromiso de respetar los derechos humanos de los individuos y garantizar su goce y ejercicio a todas las personas que están bajo su jurisdicción. Esto es consagrar los derechos humanos como pauta cultural y prevenir las violaciones a los mismos.¹¹

¹¹ Pinto, Mónica "Los Derechos humanos del niño. La Familia en el nuevo derecho" Tema II. Directora Kemelmajer de Carlucci . Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2009. Pág. 116.

La protección de la familia integra el elenco de derechos humanos reconocidos en diversos tratados internacionales. Varios de ellos están incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22). Entre ellas la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece el derecho de toda persona a "constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella" (art. 4); a la Declaración Universal de Derechos Humanos que se refiere a la familia como "...elemento natural y fundamental de la sociedad..." (art. 16); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que "La familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 23.1). También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ley 23054, provee a la protección de la familia por la sociedad y el Estado, como elemento natural y fundamental de la sociedad (art. 17).

La Convención Internacional de los Derechos del Niño aprobada por la Organización de Naciones Unidas en 1989, fue aprobada por ley 23.849. Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, se incorporan a la misma los Tratados de derechos humanos ya ratificados. Ingresada a nuestro ordenamiento por la Ley 26.061 "de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes". Su principal aporte es que implica un cambio de paradigma. Además incorpora dos conceptos: el niño - como persona desde su nacimiento hasta los 18 años- muta de ser objeto de derecho, a ser *sujeto pleno de derecho*. Y comienza a regir el principio de interés superior del niño, el que lo convierte en un sujeto *privilegiado* sometido a medidas positivas de protección.

La Ley 26.061 de carácter nacional y la Ley 13.364 de la Provincia de Buenos Aires cumplen con el compromiso de reconocer el *derecho personalísimo del niño a ser oído*, cuando está en condiciones de formar su propio juicio. La ley 26579 responde a la adecuación de la mayoría de edad a la pauta internacional.

Compartimos lo expresado por Emanuele Calo en cuanto a que los menores, los ancianos, las personas con discapacidades y en general aquellas que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad, no deben ser consideradas objeto de protección sino sujetos plenos de derecho. Puesto que estas personas

más débiles de la sociedad necesitan de acciones positivas para poder ejercer la tan proclamada *igualdad*¹².

Es innegable la importancia de que los países asuman estos compromisos supranacionales, aunque sean una mera proclamación de tales derechos. Es sabido que en muchas ocasiones, dichas normas internacionales se contradicen con normas internas y con prácticas arraigadas que deberán ser adecuadas a través de su efectiva reforma.

Toda duda interpretativa se disipa cuando es la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación la que proclama que: *“...una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (Artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones ...”*¹³

La Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado. A nivel internacional se ha consagrado el principio "pro homine". De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴ y el artículo 29 de la Convención Americana¹⁵ siempre habrá de preferirse la

¹² Calò, Emanuele. Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2.000, Página 285.

¹³ : “Arriola, Sebastián y otros s /Causa N°9080” Re curso de hecho. 25 de agosto de 2009.

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966. Artículo 5: *“Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.”*

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Artículo 29. Normas de Interpretación: *“ Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática*

interpretación de la norma que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido.¹⁶

De esta manera, nuestra Constitución Nacional junto con los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un Estado de derecho democrático. Un Estado cuyo fin supremo sea garantizar y fomentar los derechos de las personas.

4.- Concepto de familia: Su necesaria evolución.-

Podríamos decir que existe un concepto sociológico de familia y uno jurídico. En el aspecto sociológico la familia es una institución social permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión sexual, de la procreación y del parentesco.

En un sentido jurídico, la familia está formada por todo los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares, con origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.

De estos vínculos jurídicos familiares surgen derechos subjetivos familiares. Por ejemplo: el derecho a la herencia, derechos alimentarios, derechos de carácter previsional, régimen de visitas, los derivados de la patria potestad (hoy llamada responsabilidad parental), deber de asistencia, instituciones de protección: tutela y curatela, deber de solidaridad entre los familiares y derechos relacionados con la salud. Estos derechos subjetivos familiares tienen la característica de ser derechos-deberes. Sirven para defender derechos propios y ajenos.

Con la democratización de la sociedad y el Estado irrumpen los movimientos de derechos humanos. La familia pasa de ser una institución a ser una entidad libremente elegida, basada en una realidad afectiva cuya perduración legítima la relación, llegando al reconocimiento jurídico del matrimonio de personas del mismo sexo. Como consecuencia del proceso histórico y social referido más arriba se producen profundos cambios en la legislación civil, empezando por la unificación de las filiaciones (ley 23.264) pasando por la aceptación de la autoridad parental ley 26.061 como función social, divorcio vincular como remedio de una situación social

representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-5/85. “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 Y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos. 13 de Noviembre de 1985.

y personal insostenible ley 23.515 y más recientemente el reconocimiento legal del llamado matrimonio igualitario 26.618:

La Convención de los Derechos del Niño, reconoce el derecho de los niños, que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia, se conceptualiza en todos los tratados el derecho a “tener familia” o “derecho a la familia”. Aparecen y se legitiman nuevos modos y formas de ser familia que se alejan del concepto de matrimonio. La familia matrimonial es solo una de sus formas y “todas” tienen protección constitucional.

Las características de las familias modernas, como todo lo humano en el inicio del siglo XXI, es sin duda su mutabilidad.¹⁷ La familia moderna cambia de casa, de provincia, de país, de nacionalidad, de autos, de integrantes, de trabajo, está en movimiento constante.¹⁸ El divorcio no termina con la familia sino sólo con el matrimonio, es decir que, acaecido el distracto matrimonial, la familia perdura mientras que cambia sólo sus modos o formas de ser. Se adopta la máxima que la familia existe por y para sus miembros y que debe ser el vehículo para alcanzar el pleno desarrollo de cada uno de sus miembros. Las familias permiten no sólo la existencia de la sociedad como tal sino que se convierten en un elemento de fuerte cohesión social.

La sanción de la ley 26.618 impactó sobre la estructura normativa argentina, se ha reformado la definición misma del matrimonio, como una de las formas de familia, ampliándose en cuanto a quienes pueden acceder a ella.¹⁹ La misma vino quizá a resolver un foco de conflicto y otorgar derechos a un grupo minoritario que los reclamaba. No, por cierto en forma pacífica en la sociedad y la comunidad jurídica. Lo más encumbrado de la doctrina civilista nacional concluyó por apretada mayoría la inconstitucionalidad de la ley 26618 en las recientes XXIII Jornada de Derecho Civil celebrada en Tucumán 2011.

La legislación presenta dos baches muy importantes, que necesitan imperiosa regulación, las uniones de hecho de heterosexuales y homosexuales y todo el tema de fecundación asistida que puede traer impensables problemas dentro del derecho de familia.

¹⁷ Morcillo, Silvia Cristina. La libertad y la divorcialidad. Doctrina .En Derecho de Familia. Rev. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Grosman, Cecilia y otras Directoras. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Febrero de 2011. Pag. 95.

¹⁸ Morcillo, Silvia Cristina. Ob cit.

¹⁹ Solari, Néstor E. Régimen legal de los convivientes a partir de la sanción de la ley 26.618. En Méndez Costa Josefa Directora. Ob. Cit. Pag. 8

Los convivientes homosexuales, fueron logrando paulatinamente ciertos derechos de bienestar social, como la unión civil en algunas jurisdicciones como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Derechos asistenciales, para el cobro de pensiones a uniones concubinarias del mismo sexo. Finalmente la Ley 26.529, reconoce derechos de índole de información y decisión relacionados a la salud.

De a poco la jurisprudencia debe ir reconociendo derechos a estas nuevas formas de familia, se va observando una modificación en la constitución de la familia nuclear. Se dan familias monoparentales, uniones concubinarias, familias ensambladas (hijos de ambos integrantes de una unión conviviendo) la familia o grupo familiar de origen muta a grupo familiar comunitario o familia ampliada.

Por primera vez, un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, fallo número 98260 del 12 de Julio de 2.006, reconoce la familia monoparental, otorgando mayor indemnización en la reparación de daños y perjuicio a un hombre, que se reconoce único sostén económico y psicológico de una familia con dos hijos adolescentes.²⁰

Nuestro Código Civil adoptó una posición abstencionista frente al concubinato, no le otorgó efectos jurídicos. Es más como se pretendía promover el matrimonio fue dejado de lado de instituciones jurídicas, como el bien de familia, la adopción, el régimen de seguridad social, etc. En la actualidad muchos países han legislado sobre el tema: Como Bolivia, Venezuela, México, Paraguay y Panamá. Y otros países como Guatemala, los equipara con los matrimonios regularmente celebrados. Brasil incorporó a su Constitución Federal el concepto de “entidad familiar”, para dar cabida al matrimonio, a uniones estables de hombre y mujeres y a vínculos monoparentales de madre o padre con hijos.

Estamos frente a una transformación de las formas de convivencia, no legalizadas, pero estables y duraderas. En el marco de la autonomía de la voluntad, cierto es que muchas parejas optan, por esta forma de pareja estable, con características de comunidad de vida, sin formalizar en matrimonio. La Jurisprudencia y la doctrina fueron elaborando el concepto de concubinato o convivientes requiriendo a dichas uniones, comunidad de vida, estabilidad, permanencia, singularidad, notoriedad, apariencia y fidelidad. Las mismas deberán aplicarse ahora también a uniones de hecho del mismo sexo.

²⁰ Scherman, Ida Ariana. El rol del asesor de incapaces. En La Familia en el Nuevo Derecho Tomo II. Kemelmajer de Carlucci, Aida Directora. Rubinzal Culzoni.

La realidad social fue forzando al derecho y hoy se le reconocen derechos a los convivientes en leyes previsionales, por ejemplo: derecho a la pensión, derecho a poder incorporarlos en las obras sociales o sistemas de medicina prepaga, derecho a ser beneficiarios en bien de familia en caso de tener hijos en común.

También jurisprudencialmente se han reconocido ciertos derechos a los convivientes. Por ejemplo: Se reconoció la legitimación a la concubina para iniciar acciones tendientes al cobro de indemnización por fallecimiento. C.N.Trab, Sala V, 2010/05/31. P., L. F. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Lavalle 2444.

Se otorgó el derecho a tener una guarda con fines de adopción a una pareja con característica de unión estable, aún, en contra del precepto expreso de la ley. Una pareja que vive en relación de aparente matrimonio hace más de 30 años se presentó solicitando la guarda de un menor con fines adoptivos. El tribunal de Familia le hace lugar declarando la inconstitucionalidad de los art. 312 y 337 inc. d del Código Civil. T. Coleg. De Familia Nro. 2 La Plata, 2010/04/13. G., C.B. ²¹ Existen otros pronunciamientos en tal sentido, valorando la protección integral de la familia art. 14 bis, el bloque de Constitucionalidad por los Tratados Internacionales y el interés superior del niño en los casos de adopción,.

La jurisprudencia decidió por analogía la exclusión del hogar conyugal de un concubino. “Si se trata de una unión de hecho, notoria y estable provoca la apariencia de estado conyugal y permite la posibilidad de aplicar la analogía en ciertos aspectos que rigen la institución del matrimonio.” C.Civ y Com. Salta, sala III, 2010/06/01. M., A.E. c. A., M. G.²²

La Ley de violencia familiar 26.485 establece un concepto amplio de grupo familiar ya que en su artículo 6 inc. a dispone que se entenderá a los efectos de esta ley por grupo familiar, el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgo. Incluye relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

²¹ Mendez Costa, Josefa M. Directora Revista de Derecho de familia y de las Persoans. Año 3, número 1. pag. 107 Comentarios Jurisprudenciales. Adopción por concubinos. Por Bigliardi, Karina y Garcia, Nadia.

²² Mendez Costa, Josefa M. ob. Cit. Pag. 29 Nota a fallo Pagotto y Roveda, Eduardo

En cambio es muy estricta al evaluar la prueba de la existencia de una sociedad de hecho, en el aspecto patrimonial. C.Civ. y Com. 1era. Nom. Córdoba, 2010-11-25. P. S.G. c C.J.A y otro.²³

Otra realidad social no receptada jurídicamente son las familias ensambladas²⁴. Las uniones de personas que tienen hijos de un vínculo anterior y a su vez tienen hijos en común. Si la nueva unión se convierte en matrimonio, el cónyuge y los hijos del otro esposo adquieren parentesco por afinidad (en tal caso pueden adquirir derechos alimentarios y de visita), sino carecen de todo vínculo. Para el caso de adopción el cónyuge está en las mismas condiciones que cualquier adoptante. Están prohibidas en virtud del artículo 1807 inc. 1 las donaciones que un esposo hiciera al hijo del otro cónyuge. Prohibición que actualmente no tiene el sentido, que inspiró al legislador, e impide actos reales y deseados en el ámbito de estas formas de familias.

La ley 26.618 también impactó fuertemente en el derecho a tener hijos y en la posibilidad de adopción.

Se han producido cambios “asombrosos”²⁵ que nosotros llamaríamos impensados o casi de ciencia ficción. Las técnicas de reproducción asistida han generado la escisión de la reproducción humana de la sexualidad. Así esta reproducción sin sexo a través de las técnicas de reproducción asistida genera muchas nuevas posibilidades de tipos de familia. Ser padres a quienes no podrían serlo, maternidad o paternidad de personas estériles, la paternidad sin maternidad y viceversa la paternidad de parejas homosexuales, y de mujeres de edad muy avanzada. Las técnicas reproductivas disocian la paternidad de la realidad genética y biológica pasando a ser decisivo el elemento volitivo para determinar la filiación. Otra posibilidad es la maternidad subrogada también conocida como alquiler de vientre o alquiler de útero.

²³ Mendez Costa Ob Cit. Año 3, Número IV. Mayo 2011. pag. 54 Nota a fallo. Una luz en el oscuro camino del reconocimiento de los derechos de los concubinos. DE SOUSA VIEIRA, Viviana H.

²⁴ Diario Clarin Suplemento Sociedad. Iglesias Mariana. Casi la mitad de los que forman otra familia tienen más hijos. Domingo 7 de Agosto de 2011, pag. 40

²⁵ Lamm Eleonora. La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal. Revista de Derecho de Familia, ob cit, pag. 107

Otro trabajo completo merecería las impensadas alternativas que ofrece el avance de la ciencia en relación a las múltiples posibilidades de filiación a través de fertilización asistida, donación de material genético o a través de vientres subrogados, que a pesar de la existencia de proyectos, no han tenido ninguna recepción legislativa. Sería deseable que los mismos, tengan un debate serio y se concreten legislativamente.

Para tomar dimensión, de que no se trata de simple futurismo o casos de laboratorio, basta mirar las revistas de actualidad o conocer los siguientes fallos judiciales:

Una pareja de lesbianas decide tener un hijo, siendo una de ellas la madre biológica y un amigo de la pareja el padre biológico por fertilización asistida. La unión de pareja se frustra y la madre biológica comienza a negarle contacto con su ex pareja, quién se presenta a la Justicia. Y se decide que: “Corresponde distinguir el parentesco de sangre o legal de aquel que se establece por la fuerza de los hechos o los afectos y que cuenta con una aceptación social que lo legitima, aún cuando carezca de recepción legal, incluso hay una corriente doctrinaria y jurisprudencial que considera que debe prevalecer siempre el vínculo de filiación construido a través de la convivencia y el afecto sobre aquel meramente biológico.

Las denominaciones tales como “madre de crianza”, hermano de leche, familia de hecho, “tíos postizos”, “papá o mamá del corazón”, además de implicar el ejercicio real y efectivo de roles cuasi parentales, se originan en convenciones entre las personas que gozan de una profunda y enraizada aceptación social, no debiendo incluso discutirse la calidad de “parientes” de estos seres humanos interrelacionales por el afecto mutuo, la responsabilidad y la solidaridad recíprocos, aunque carezcan de normas que los reconozcan como tales.

Toda vez que aquel vínculo materno filial socio afectivo que une a la accionante y al menor ha nacido de una convención lícita entre la actora y los padres biológicos del niño... permitiendo que se involucrara creando vínculos socio afectivos legítimos, no puede negarse el derecho del menor a tener y recibir el afecto de quién actuó como madre de crianza en sus primeros años de vida, privarlo de esa posibilidad implicaría lisa y llanamente violar injustificadamente la regla de máxima

satisfacción y mínima restricción contenida en el art. 3 de la ley 26.061". Juzg. Familia Córdoba. N 4 28/6/2010.- A., S.G. v. M., V.S.²⁶

Una jueza de la Ciudad de Buenos Aires obligó al Registro Civil a inscribir un menor a nombre de dos madres, una había aportado los óvulos a través de ovo donación y otra había sido portadora en su útero, de un niño nacido por fertilización asistida con semen de un banco de donantes.

Un fallo de la Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil del 13 de Septiembre del corriente, confirmó la sentencia de primera Instancia en cuanto admitió que una mujer divorciada de su marido obtenga la implementación de cinco embriones crioconservados desde el año 2.006 en que se habían sometido de común acuerdo a un procedimiento de fertilización asistida. En la sentencia se establece "La vida social es más amplia que el contenido del derecho y por lo tanto, éste debe estar atento a los cambios sociales para cumplir con los fines que tiene asignado en toda organización social, de lo contrario sólo será una expresión de deseos o de mandatos que no logra ejercer el control ni la paz social" P. A. c/ S. A. C. s/ Medidas Precautorias" – CNCIV – 13/09/2011

5. Reconocimiento de cierta autonomía de la voluntad en el derecho de familia.-

Sería necesario que se reconociera cierta autonomía en el derecho de familia, que se caracteriza por la disponibilidad respecto del contenido de la relación jurídica, es decir, la posibilidad de las partes de determinar libremente sus derechos y sus obligaciones.²⁷ Podemos distinguir dos posturas bien diferenciadas: autores como Mazzinghi, Belluscio, Borda postulan que las normas reguladoras del derecho de familia son en su mayoría imperativas y han sido impuestas a favor del orden público familiar, en cambio autores como Herrera, Famá y Mizrahi analizan una postura más receptiva de la autonomía de la voluntad en las relaciones del derechos de familia.

²⁶ Juzg. Familia Córdoba, n. 4, 28/6/2010. A., S.G. v M., V.S. Jurisprudencia Anotada con nota de LLoveras Nora en Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Febrero 2011, pag. 137.

²⁷ Gil Dominguez, Andrés. Famá, M. Victoria, Herrera, Marisa. Derecho Constitucional de familia. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 246.

Con el transcurso del tiempo, y el cambio del concepto de familia, según se ha expresado, el concepto del derecho de familia ha sido reelaborado por la doctrina y la jurisprudencia, dejando ingresar lentamente en su estructura la flexibilidad propugnada por la autonomía de la voluntad. Así algunos autores como Mizrahi o Kemelmajer de Carlucci ven en los cambios sociales motivos determinantes para modificar el necesario orden público en el derecho de familia, un redimensionamiento de los poderes familiares, que se conceden en el exclusivo interés de quienes están sujetos a ellos.

Ahora el inconveniente está dado, en determinar la línea que separa la zona de autonomía en la intimidad de las decisiones de los miembros de la familia y las limitaciones que consagran las leyes, el reconocimiento de los derechos humanos de los terceros y de los propios miembros de la familia conforme el artículo 19 de la Constitución Nacional.

A diario recibimos consultas en nuestras notarías relacionadas a la necesidad de arbitrar las propias resoluciones de sus miembros, ya que en la actualidad no todas las familias responden a un modelo único. En los diversos desarrollos personales, la autonomía de cada ser humano le permite dibujar sus decisiones, asumir roles, generar vínculos, desahogarse de alguna relación disfuncional, formular proyectos nuevos, dar por tierra otros ya vivenciados y en general asumir un rol protagónico en la formulación de su vida.²⁸ En todos estos casos, los notarios debemos responder con asesoramiento y coadyuvar en la medida de lo posible con todas las herramientas a nuestro alcance.

En una época en que las personas quieren decidirlo todo, hasta su identidad sexual, adecuar su cuerpo, su nombre y sus documentos, suena anacrónico que se impongan regímenes patrimoniales, o no se le permita donar o testar.

Sería necesaria una reforma legislativa, a tono con las legislaciones más modernas. Que permita incorporar la autonomía de la voluntad en todo aquello que no afecte el orden público familiar, que también debería reformularse.

En principio, en el régimen patrimonial matrimonial, que permita la elección de régimen, como ya estaba proyectado, hace tiempo lo recomienda la doctrina y como

²⁸ Lloveras, Nora. Nota Editorial en Derecho de Familia. Rev. de Doctrina y Jurisprudencia Interdisciplinaria Ob cit. Pag. 1.

se recepciona en los sistemas más modernos²⁹ y una más amplia posibilidad de transmisión de bienes a título gratuito, o la decisión de divorciarse sin plazos ni pasos obligatorios o más libertad para decidir la filiación entre todas las posibilidades al alcance, etc.

6. Aplicaciones prácticas

6.1.- Protección jurídica de la vivienda familiar-

Nuestra Constitución Nacional, en su reforma de 1957, consagró la defensa del bien de familia como un derecho fundamental al incorporarlo en el art. 14 bis. La ley 14394 reglamentó los alcances del instituto y en nuestra provincia las leyes 6687 y 6688.

Dentro de esta protección de la vivienda familiar se enrolan los institutos de BIEN DE FAMILIA establecido por la Ley 14.394 y la inembargabilidad de la ley 22.232.

El bien de familia constituye una excepción que permite sustraer un único bien de la prenda de los acreedores cuando constituye el inmueble familiar, a pedido del titular y si reúne determinadas características y en miras de la protección de la familia que es la designada por el artículo 36 de la ley. A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que conviven con el constituyente.

Dicho concepto restrictivo de familia, ya no responde al concepto social de familia. El mismo se vio morigerado en la Provincia de Buenos Aires para admitir la afectación al régimen por condóminos concubinos con hijos en común.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Registro de la Propiedad Inmueble no admite esa posibilidad. Recientemente la Cámara Civil lo reconoció en un caso concreto con estos argumentos: “Si existen hijos extramatrimoniales, los progenitores condóminos pueden afectar el inmueble como bien de familia en beneficio de sus hijos.” (Del voto del Dr. Kiper). Se expresa que implicaría vulnerar

²⁹ Despachos aprobados en la XXX Jornada Notarial Bonaerense Necochea 1995. Tema IV Régimen Patrimonial Matrimonial en Rev. Not. 923, pag. 270.

el principio de igualdad ante la ley, y se configuraría un supuesto de discriminación si no permitiese la afectación del bien de familia que designa como beneficiario a un hijo extramatrimonial por las circunstancias de que sus padres, condóminos, son concubinos.” Fallo 114.752 – CNCiv., Sala H, 2010/05/28 - Máximo Vittorio Marchetti y Adriana Lidia Vázquez. *La Ley*, 29/7/10.

La misma solución también tuvo recepción en otras jurisdicciones del país, como Santa Fé y Tucumán.

Recientemente en la Provincia de Neuquén, el 15 de febrero de 2011, en autos Esc. Carlos A. Grimau s/ recurso de apelación c/ resolución registral 337/10 (RPI Nro. 43826/10 también se reconoció la posibilidad de afectar a bien de familia a condóminos con hijos menores en común en beneficios de los menores.

En el Proyecto de Código Civil de la República Argentina presentado el 18 de Diciembre de 1998, se contempla puntualmente la cuestión de la vivienda.

En efecto, en el título III denominado “Del Patrimonio”, en su capítulo tercero se menciona la vivienda en los arts. 233 al 246, reemplazando así al régimen de bien de familia de la ley 14.394 es llamado régimen de vivienda. Una de las innovaciones propuestas es que se considera al instituyente o constituyente como un beneficiario más, por lo tanto si careciere de otros individuos en estado de familia (por fallecimiento, abandono, etc.) el propietario puede afectar el inmueble como bien de familia. Así el art. 236 reza: “Son beneficiarios de la afectación, el propietario constituyente, su cónyuge, etc... etc.”, incorporando indubitablemente a la persona sola.

En los fundamentos del proyecto, la ilustre comisión designada para tal cometido expresa: “El avance sobre las reglas del bien de familia es notable, en tanto autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, con lo que se pretende atender a la cada vez más frecuente situación de la persona que vive sola y que necesita también proteger un lugar donde habitar.” (Antecedentes parlamentarios – Año 1999 – nº 7 – pág. 21 – Ed. La Ley).- Permitiendo también la constitución de bien de familia a los condóminos sin parentesco entre sí.³⁰ Sin embargo la particularidad más trascendente en el tema que nos ocupa es la contemplada en el art. 238 del mencionado plexo normativo, cual es la “subrogación

³⁰ Goitia, Ezequiel. Bien de familia. Aspectos conflictivos. Panorama Jurisprudencial. Consultado on line 24/09/2011 en [www.cpacb.org.ar/doctrina/institutos/ezequiel Goitia](http://www.cpacb.org.ar/doctrina/institutos/ezequiel%20Goitia).

real". Se establece que "la afectación se trasmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización" Los miembros de la comisión argumentan: "se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en algunos innovadores pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la tutela, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación". (Antecedentes Parlamentarios – Año 1999 – Nº 7, pág. 22. Ed. La Ley)³¹.

Existe un proyecto de ley de 2.004 referente únicamente a bien de familia, que establece que la constitución será automática en la adquisición de un inmueble ganancial, salvo que se exprese al escribano interviniente que se tiene otro inmueble afectado o no tiene interés y apenas amplía los beneficiarios del artículo 36 para incluir hijastros o padrastros. Expediente 2324.D-04.

En un fallo judicial se establece en base a los fundamentos vertidos que una propiedad adquirida con un crédito del Instituto de vivienda de San Juan a pesar de no haberlo anotado en el Registro de la Propiedad Inmueble adquiere los beneficios del bien de familia de acuerdo a la ley Provincial 4435, estableciendo también el fallo que el bien de familia no puede entenderse en forma restrictiva. Círculo de Inversores S.A. v. Agüero, Silvia L. y otros - 4 de abril de 2007 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E.³²

Además, en nuestro ordenamiento existe, desde hace tiempo, la protección conocida como INEMBARGABILIDAD de la Ley 22.232, Carta Orgánica del Banco Hipotecario Nacional que dispone artículo 35: No podrá trabarse embargo sobre los inmuebles gravados a favor del banco por préstamos otorgados para única vivienda propia, hasta los montos que determine la reglamentación, mientras mantengan su categoría originaria y conserven su destino no podrán ser ejecutados ni constituirse derechos reales, salvo los tomados para su edificación o refacción. Esta restricción deberá anotarse en los registros de la propiedad.

³¹ Warde Adriana María y Garcia de Solavagione, Alicia. Bien de familia en Argentina Beneficiados. El interés superior familiar. Trabajo presentado en la V Jornada Internacional de Derecho de Familia Comparado del Mercosur. Asunción del Paraguay 22 al 24 de julio de 2.004. Consultado vía web el 24/09/2011 <http://garciaadesolavagione.com.ar/index.html>

³² Consultado on line en www.villaverde.com.ar el 24 de septiembre de 2.011.-

La misma no requiere de un grupo familiar como el previsto por el artículo 36, simplemente que se reúnan los requisitos necesarios para obtener un crédito otorgado para adquirir la única vivienda. El mismo subsiste mientras no se solicite expresamente su desafectación con consentimiento del cónyuge de acuerdo al artículo 1.277 del Código Civil.

En un novedoso fallo reciente se decidió positivamente el pedido de los fallidos de comenzar a subastar los bienes progresivamente y hacerlo en último lugar al que constituía su vivienda familiar: “ El mandato constitucional de amparo a la vivienda familiar art. 14 bis C.N constituye una valiosa pauta interpretativa para orientar al Juzgador en la solución de casos concretos, por eso, el ordenamiento infraconstitucional o derecho derivado debe ser comprendido a la luz de las garantías constitucionales y de los tratados internacionales ratificados por nuestro país.

Diferir para un segundo momento temporal la subasta de un inmueble donde habita el matrimonio fallido junto con la hija de ambos, quién padece síndrome de down y deficiencia mental, no acarrea una demora significativa en el trámite falencial, sino que, por el contrario, el planteo reviste plena razonabilidad y merece ser acogido en los términos de los arts 14 bis, 33, 75 inc. 22 y 23 de la C.N.”C. Civ. Y Com. Azul. Sala 2ª. 14-10-2010.- D. A, L. A y otro.³³

Sin duda, es necesaria la reforma y agjionamiento del instituto de bien de familia, para decidir si lo que se protege es la familia: sin duda habría que ampliar el concepto del artículo 36 para aceptar el nuevo concepto de familia con todas o algunas de las alternativas volcadas en el presente trabajo. O si más bien el objeto de protección es el derecho a una vivienda, que también tiene raigambre constitucional e independizarlo del concepto de familia.

6.2.- Relaciones familiares y derecho a la salud.

En relación a los familiares incluidos en las leyes para extender derechos relacionados con la salud y a la previsión el concepto tradicional de familia se ve ampliado, e importa la invocación de sus relaciones familiares que realice el interesado.

³³ Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Febrero de 2011. 2011-1 Jurisprudencia Anotada con nota de Estela Moreno. Pag. 177. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2011

Así la ley 26.529 de derechos del pacientes consentimiento informado e historia clínica, determina los familiares, que con autorización del paciente, pueden recibir información y tomar resolución, **siempre con autorización del interesado**.

Establece en el **Artículo 4°**. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad. La misma legitimación otorga el artículo 19 para la solicitud de la historia clínica. La convivencia con persona del mismo u otro sexo se acreditará de acuerdo a lo que determine la reglamentación.

También la ley 26.682 Marco Regulatorio de Medicina Prepaga³⁴ establece en el artículo 13: El fallecimiento del titular no implica la caducidad de los derechos de su grupo familiar integrantes del contrato. Y el 14 aclara: a. Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún (21) años, no emancipados por habilitación de edad³⁵ o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún (21) años y hasta los veinticinco (25) años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún (21) años, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso; b. La persona que conviva con el afiliado titular.

7.-Legítima hereditaria y derecho de familia.

Es importante reconocer la vetustez de ciertos institutos jurídicos esenciales de nuestro ordenamiento legal como es el del patrimonio. Entender al patrimonio como una unidad indivisible e infraccionable no se ajusta a la realidad socio-económica actual. A decir de Pérez Lozano: “el *patrimonio es una expresión útil, cómoda y*

³⁴ Sancionada: Mayo 4 de 2011 Promulgada: Mayo 16 de 2011

³⁵ Adviértase la imprecisión en la técnica legislativa. Una ley de 2.011 ignora que por Ley 26579 de 2.009 vigente desde el 1 de Enero de 2.010, desaparece la emancipación dativa o por edad.

*sintética para designar todos los bienes de una persona apreciables en dinero; equivale a ellos e indica la simple idea de totalidad.*³⁶

Por ello, dentro de los cambios que deberían realizarse en nuestra legislación en beneficio de las personas que desean disponer de sus patrimonios para el supuesto de una eventual discapacidad, estaría la creación como instituto del patrimonio afectado a los fines de la protección de ciertas discapacidades, cuyos beneficiarios no serían necesariamente incapaces en los términos absolutos de nuestro obsoleto Código Civil; la limitación del porcentual de la legítima y la revitalización de los actos gratuitos como ordenadores del patrimonio familiar.

La legítima³⁷ es la porción de la herencia de la cual no pueden ser privados los herederos forzosos, los cuales sólo pueden ser desheredados por vía testamentaria, por las causales taxativamente establecidas por la ley³⁸.

Por lo tanto, aún cuando en la normativa argentina existen diversas herramientas legales que se pueden utilizar para financiar las necesidades básicas ante una eventual incapacidad o para proteger a un descendiente incapaz; las mismas no pueden agredir la intangibilidad de la legítima de los herederos forzosos, que conforme el artículo 3591 de nuestro Código Civil: “...es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia.” Esto representa una limitación legal y relativa a la libre transmisión de los bienes para después de la muerte. Es legal porque está impuesta por imperio de la ley y relativa porque su violación no causa la nulidad de los actos gratuitos *inter vivos* o *mortis causa* sino su reducción.³⁹ También impide las donaciones porque las convierte en inoficiosas y sujetas a las acciones de reducción y colación.

Una preocupación de la doctrina, desde hace tiempo, es otorgar mayor libertad y autonomía a la hora de testar. Así en nuestra tradición Iberoamericana existen herederos legitimarios. Las más altas que ascienden a cuatro quintos del

³⁶ PÉREZ LOZANO, Nestor O. “Hacia una nueva visión del patrimonio”. Revista Notarial N° 962. Buenos Aires, 2009. Página 523.

³⁷ Artículo 3591 Código Civil: “La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.”

³⁸ Highton, Elena I. “Fideicomisos mortis causa”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2, Sucesiones, 2000, página 125 y siguientes.

³⁹ Bueres, Alberto J. – Highton, Elena I. “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2001. Página 772 y siguientes.

acervo hereditario (Bolivia y Argentina) u otros que la registren a dos tercios (Perú y Uruguay) o la dividen en legítima estricta, mejora y libre disposición (España y Puerto Rico) o la reducen a la mitad Brasil y Chile cuando existen descendientes, Cuba cuando existen herederos especialmente protegidos. Recordemos que la cuarta de mejora limita la libertad testamentaria pero por otro lado le permite al testador beneficiar a ciertos herederos (Chile con amplitud de criterio y decisión). Otros, los menos no regulan las legítimas (Costa Rica, Guatemala, Honduras, México y Nicaragua). Así el testador puede disponer de la totalidad del patrimonio.

No obstante, en estos países no se desprotege al núcleo familiar, o se reconocen alimentos obligatorios o al heredero declarado incapaz se le reconoce un diez por ciento.

En nuestro país ya la XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebrada en Mar del Plata en 1995, se expidió sobre la necesidad de reforma de los artículos relativos a la legítima reduciéndose tanto las legítimas de los descendientes a (2/3) ascendientes y cónyuges a la mitad. En el mismo sentido, respecto de la necesidad de su limitación y otorgando varias alternativas se expidieron las recientes XXIII Jornadas Nacional de Derecho Civil, Tucumán 2011.

En la XIV Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada en Junio de 2.010 en Punta Cana, República Dominicana, se estableció entre las conclusiones: “Que en aquellos países en que la legítima implica un porcentaje demasiado elevado de la herencia se estudie la posibilidad de reducirla, para permitir al testador mayor libertad en la distribución, especialmente para la protección de sus herederos en situación de vulnerabilidad”.

Ya no tiene sentido con el aumento de expectativa de vida y los cambios sociales, una legítima tan alta y rígida que no permita la autonomía de la voluntad.

El proyecto de Código Civil argentino de 1.998, en el que... se amplía la cuota de libre disposición de bienes para después de la muerte en pro de la solidaridad familiar se mantiene el sistema de legítimas, pero teniendo en cuenta la tuición de los más débiles se permite la constitución de fideicomiso testamentario aún en vulneración de la legítima, cuando esté constituido a favor de menores e incapaces.⁴⁰

⁴⁰ Graciela Medina y Horacio Maderna Etchegaray citados por Perez Perez Gallardo, Leonardo. Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Revista del Idei Revista 5 Año 3 pag. 7

En el derecho cubano se estableció una legítima especial para protegidos con tres requerimientos conjuntos: vínculo parental en el orden descendiente o ascendiente o vínculo conyugal, dependencia económica respecto del causante e inaptitud para trabajar.

Como expone el maestro Ciuro Caldani, la sucesión participa de una complejidad axiológica, en los que los valores de la utilidad y el amor juegan un papel fundamental.....La sucesión testamentaria deja más espacio al amor y utilidad como los entienda el testador, en la sucesión legítima imperan los criterios de amor y utilidad que establece el legislador.⁴¹

Coincidimos con el Profesor cubano Leonardo Perez Gallardo que “ las normas del Derecho de Familia y las del Derecho Sucesorio deben estar encaminadas a fortalecer los lazos familiares y a exigir los comportamientos que por razones de parentesco debemos asumir y por tal motivo se necesita una estrecha comunicación entre ellas. No es el Estado quién debe asumir con exclusividad, la protección patrimonial de las personas con discapacidad, sino, sobre todo la familia, que además debe procurar por el bienestar afectivo y físico de dichas personas y por mantener contacto con ellas, aun cuando estén internadas, procurando su reestablecimiento.”⁴²

La Justicia ha tenido en cuenta los principios de moralidad y solidaridad familiar y de asistencia para determinar casos de indignidad.

8.- Derechos de los Ancianos

Sin dudas los cambios sociales que se han analizado sumados a los avances científicos, de la medicina y farmacología también contribuyen a una nueva realidad el envejecimiento de la población. Según los resultados del censo 2010 la población actual de la Argentina mayor de 65 años supera los 5.000.000 de habitantes.-

El Código Civil de Vélez Sarsfield sólo apuntó a la edad de cada persona para referirse al nivel de su capacidad -en especial su discernimiento y voluntad- y desde el cuadrante del primer tramo de la existencia. Esa conceptualización y su

⁴¹ Perez Gallardo, Leonardo. Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Revista del Idei Revista 5 Año 3 pag. 7

⁴² Perez Gallardo, Leonardo. Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Revista del Idei Revista 5 Año 3 pag. 7

filosofía -y así ha continuado hasta nuestros días- destacó el acento en la protección del menor antes que la del anciano y también le preocupó más la enfermedad y la incapacidad que la vejez.

El proyecto de reforma del Código Civil de 1.998 tampoco aportó novedad en el tema la capacidad comienza a los 18 años y en principio es la regla hasta la muerte.

En relación a su familia “Es todavía más notable, desde la perspectiva solidaria, la dilatación de las obligaciones del abuelo en relación a los nietos. Si nos detenemos en la prestación alimentaria, pese a que nuestro Código Civil prescribe en la norma del art. 367 inc. 1º que ellos -los abuelos- tienen aparentemente, una obligación subsidiaria, que juega después de la exigibilidad de esa prestación a los padres, nosotros disentimos y en función de una interpretación sistémica y realista que privilegia la Convención de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) y su interés superior, entendemos que el beneficiario está legitimado, per saltum, para reclamárselos a los abuelos, que estando en mejor situación económica que los progenitores deben, personalmente y de modo principal y primero, actuar la solidaridad familiar en ese sentido.”⁴³

Es muy difícil si no imposible determinar cuando se es viejo, en principio es una convención, cuando se pasa a clase pasiva, principalmente para obtener asistencia previsional. Los 75 años, son tomados como edad, para cesar en el cargo eclesiástico de obispo, necesitan nuevo acuerdo los jueces, el art. 32 inciso 1 de la ley 9020 que rige el Notariado bonaerense considera el cumplimiento de 75 años como causa de inhabilidad para el ejercicio de la función notarial.⁴⁴ ⁴⁵A los 65 se deja de ser docentes de la Universidad, con algunas posibilidades de prórroga.

“Es más, si se siguen las ideas de Max Bürgen, el fundador de la gerontología médica en Alemania y a fin de obviar las dificultades que aquí se presentan, propició sustituir el concepto de 'vejez' por el de biomorfosis, entendiéndola como transformación de la vida, dando a entender que 'vida' y 'mutaciones irreversibles' son dos cosas idénticas y que la vejez, que termina con la muerte, es una de las estaciones de la vida, con sus específicas formas humanas de conducta,

⁴³ Morello, Augusto M. “La senectud, de cara al derecho” en La Ley 2002-E, 1211. Acad. Nac. De Derecho 2002, 11/07/2002, pag. 232.

⁴⁴ Se declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo en autos: Franco, Blanca T. c. Provincia de Buenos Aires. CSJN 12/11/2002. Publicado en LL-2003-D,312 con nota de Claudio D.Gomez.

⁴⁵ Existe un proyecto de reforma de dicho artículo de la ley 9020 con media sanción.

condicionada por múltiples factores entre ellos los ambientales que determinan mutaciones irreversibles pautadas por la autorrealización y por la costumbre. Va de suyo, por consiguiente, que el principio de la biomorfosis se aplica a la psicología del desarrollo humano, que va desde la concepción hasta la muerte.”⁴⁶

“Del modo con que esa persona se instala frente a la vida, en la meseta, planicie o estación última. Desde luego que ese nivel estará influido por el estado general de salud, de agentes del contexto y de la propia e intransferible ecuación personal, familiar y económica, que siempre están estrechamente enlazados y actúan de modo interrelacionado, formando una trama inescindible”.⁴⁷

El derecho que debe respetar la vida, y abarcar todos sus aspectos debe regular las nuevas realidades sociales, en principio para protegerlo y luego para respetar sus derechos hasta el último momento de su vida.

“Los ancianos deben ser respetados como sujetos simultáneamente iguales y distintos, que continúan siendo parte de la comunidad aunque padezcan dependencia.

Las personas mayores requieren de protección contra los demás, contra lo demás (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, desempleo, accidentes, etc.) y contra sí mismos.

La condición de los ancianos puede fortalecerse a través del reconocimiento constitucional e internacional de sus derechos básicos, de sus derechos humanos.”⁴⁸

Los derechos de la ancianidad emergen como derechos sociales, económicos y culturales (o derechos sociales, en conjunto), con el constitucionalismo social del siglo XX

Algunos autores, reclaman una nueva rama del derecho con fundamento en la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 23.

Asimismo, en el plano internacional, existen diversos proyectos de declaración universal de los derechos de los ancianos, cuya elaboración constituye un paso

⁴⁶ Morello, Augusto M. La senectud. Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 8 de agosto del 2002.

⁴⁷ Morello, Augusto M. Ob. Cit.

⁴⁸ Dabove Caramuto, María Isolina y otros. “ Aportes para el reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”. En La Ley 2008-D, 751.-

importante para la consagración formal de éstos

En las constituciones de los países europeos, en muchas de consagran sus derechos de seguridad social, en otros se los regula en los derechos de la familia, y en otros en forma integral como sujetos de derecho.

En nuestra Constitución no tiene una regulación especial como si constaba en la Constitución de 1.949, solamente a través del ingreso de los tratados de derechos humanos y el ya mencionado art. 75 inciso 23.

En las Constituciones provinciales a través de consagración de derechos previsionales y a cláusulas más específicas e integrales.

Una futura reforma debería incorporar los principios elaborados por normas internacionales y garantizar a las personas mayores un trato digno y no discriminatorio.

Todo lo expuesto se inserta en este estudio de la problemática del derecho de familia, por considerar que la responsabilidad prioritaria del cuidado de las personas mayores corresponde a su familia. En un correlato con las obligaciones que a tales personas les correspondió en ejercicio de su responsabilidad parental, y siempre teniendo en cuenta el principio de solidaridad en que deben basarse las familias. El Estado desempeña un papel supletorio. Destacar el derecho a la protección integral por parte de su familia, a permanecer en la familia, a recibir apoyo familiar y tener en cuenta alternativas a la institucionalización. Téngase en cuenta que ya desarrollamos en este trabajo que los derechos subjetivos familiares, son siempre derechos- deberes.

Garantizar la protección por parte del Estado en caso de desamparo.

Se advierte una cierta tendencia contemporánea a asimilar la vejez con la enfermedad mental como mecanismo para resguardar el patrimonio. Este dato parece ser una característica actual, que contrasta con la particular dignidad que antaño se atribuía al anciano, a quien las instituciones romanas y griegas reservaban funciones de prestigio.⁴⁹

“Debe partirse del ineludible proceso involutivo de la persona humana a partir de la madurez, donde se produce el tránsito de la adultez a la vejez. Este tránsito supone modificaciones anátomo-funcionales que tienen lugar en el cuerpo humano por el paso del tiempo y el desgaste de órganos y tejidos. Esto en una vejez normal,

⁴⁹ Tobias, José W. “*Debilitamientos decisionales, vejez e inhabilitación (art. 152 bis)*” En Revista de Derecho de familia y de las personas. La Ley, Enero -Febrero 2010.

no patológica. De ahí que no sea posible fijar una edad cronológica para la vejez, no todas las personas envejecen por igual, siendo ello variable según las sociedades, las razas, el sexo, nivel social y económico, la calidad de vida y los caracteres biológicos entre otros factores. Los deterioros mentales propios de la vejez normal, que sólo producen “debilitamientos decisionales”, no quedan comprendidos en el artículo 152 bis del Código Civil. La limitación de la libertad que necesariamente supone toda limitación de la capacidad, afectaría de otro modo a un vasto sector de la sociedad cuyas conveniencias, decisiones y preferencias podrían quedar expuestas a la aprobación o censura de parientes con intereses patrimoniales propios, ajenos al interés personal del anciano. Por otra parte, no debe perderse de vista que la existencia de responsabilidades y tareas no sujetas a controles externos, forman parte de las motivaciones necesarias para evitar la anticipación y acentuación del proceso de involución”.⁵⁰

Las personas incapacitadas son proporcionalmente pocas y su situación es más clara y menos compleja, que la que se produce respecto de los ancianos. Máxime en los casos en que éstos pierden las facultades para autogobernarse en sus personas y bienes, a lo que se añade el elemento de que son altamente influenciables; todo lo cual se traduce en un problema cuando existen personas no bien intencionadas.

Recientemente, en un fallo judicial se resolvió que: *“Debe desestimarse la declaración de inhabilitación solicitada respecto de una persona anciana- en el caso de 90 años de edad- pues el hecho de que pretenda disponer de una suma considerable de dinero mensualmente para sus gastos no configura un acto absurdo en el manejo de sus negocios y finanzas, en tanto no es irracional que pretenda tener un standart de vida sin sobresaltos mientras no comprometa su capital ni absorba la totalidad de sus utilidades.”*⁵¹

En otro fallo se decidió que no corresponde la inhabilitación por prodigalidad cuando no se dilapidaron bienes, sino que se donó uno de los bienes a favor de uno de sus hijos para evitar los conflictos entre ellos. C:N CIV. Sala E, 2010/07/01. M. de R.G., C.M. Coincidimos con el comentarista del presente, Ignacio Gonzalez Magaña que el Instituto de la inhabilitación por prodigalidad del art. 152 bis, fue puesto en miras de derechos sucesorios en expectativa, en protección de la familia,

⁵⁰ Tobias. Jose W. ob cit.

⁵¹ CCiv y Com. Junin, 22-09-2009:S.,L.F Aclarara

ya que si carece de cónyuge, ascendientes o descendientes no procede. Y deja a las personas de edad avanzada con pocas posibilidades de manejar sus bienes y luce anacrónico, ya que permite pujas judiciales para el manejo de interés familiar patrimonial en detrimento de la solidaridad familiar, que debería prevalecer en el núcleo social primario que debería ser la familia.⁵²

En otro fallo fundándose en el derecho a la vivienda, se ordenó la inclusión de una mujer octogenaria en su hogar, del que había sido expulsada por su hija para internarla en un geriátrico contra su voluntad, mientras se sustanciaba el juicio de insania⁵³.

En un reciente caso jurisprudencial se consideró la indignidad para suceder de un hijo en la sucesión de su madre por desentenderse de su suerte, no prestarle alimentos. Establece “Corresponde declarar al hijo de la causante indigno de suceder en virtud del art. 3.295 del Código Civil, pues se encuentra acreditado el estado de demencia senil y económicamente penoso de su progenitora y el abandono por parte de aquél- en el caso, el sucesor se encontraba distanciado de su familia por más de veinte años-, quién guardó una actitud indolente, distante y desinteresada, privando a su madre no sólo de asistencia material, sino también de contención y afecto.”⁵⁴

En el ámbito internacional es muy importante remarcar que, con fecha 13 de enero de 2000, en el seno de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, se suscribió el texto definitivo de la “*Convención sobre protección internacional de adultos*.”⁵⁵

⁵² Mendez Costa, María Josefa. Directora. Ob. Cit. Pag. 293 Jurisprudencia anotada por Ignacio Gonzalez Magaña. La prodigalidad como causal de inhabilitación en el Derecho Civil Argentino.

⁵³ . “P., E. c/ V., S. s/medidas precautorias”, Tribunal de Familia n° 3 de Lomas de Zamora,26/2/2008. En la primera pericia se había determinado que la señora no padecía problemas de salud que le impidían dirigir su persona y sus bienes. Se decidió: No ha de soslayarse el texto del art. 36 inc. 6° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el cual establece que “todas las personas de tercera edad tienen derecho a la protección integral por parte de su familia”, que se asegurará mediante la tutela judicial efectiva (conf. art.15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y en forma urgente, a fin de evitar un perjuicio irreparable (art. 232 del C.P.C.C) se decidió la inclusión en la planta baja de su hogar.

⁵⁴ F., A. S y Otros c. F., A.A. Camara de Apelaciones de Trelew, Sala A. LL Patagonia 2009 Febrero 677 LL Patagonia 2009 (agosto) 947, con nota de Antonio Andrade. Cita On line: AR JUR 11969/2008.

⁵⁵ Siguiendo el funcionamiento de la Conferencia de La Haya, el Convenio lleva la fecha en que fue firmado por primera vez por un estado negociador, en este caso, Holanda. Esta situación de tan pronta firma del Convenio puede ser calificada de exitosa, toda vez que generalmente los estados tardan más en suscribir las convenciones, aunque hubieren negociado sus textos.

El objetivo de la Convención es contemplar las situaciones de carácter internacional de protección de los adultos (a quienes califica como toda persona mayor de 18 años), quienes en razón de una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses. La misma prevé la posibilidad de que el adulto organice su propia protección cuando todavía está en pleno uso de sus facultades.⁵⁶ y ⁵⁷La Convención sobre protección internacional de adultos aún no fue aprobada y ratificada por la Argentina, pero sin dudas lo hará en un futuro próximo.

Las recientes XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Tucumán 2011, se pronunciaron por la preocupación en torno a los derechos de los adultos mayores, para el cumplimiento de sus derechos fundamentales a la salud y la necesidad de consentimiento para su internación y el necesario control de las mismas.

Sin duda, el notariado, debe agudizar su tarea, cuando se trata de establecer su juicio de discernimiento, pero también con especial atención a los demás elementos del acto: intención y libertad para permitir el otorgamiento de actos jurídicos. La tarea es más que delicada, en principio estamos ante personas, con presunción de capacidad, sujetos plenos de derechos, a pesar de su edad avanzada, pero a su vez vulnerables de sufrir abusos de derechos, o lesión de los mismos o ser víctimas del delito de circunvencción de incapaces.⁵⁸

La audiencia personal, una o más, con la persona involucrada, preferente a solas se torna imprescindible. El asesoramiento, deberá ser más estricto de lo habitual y analizar en cada caso concreto, la situación de la persona, las características y oportunidad del negocio a realizar. Además balancear la ecuación, ya que negar directamente nuestra intervención por la edad avanzada de la persona o su dificultad de movilidad, puede entrañar, primero el incumplimiento de nuestro deber funcional y además significar un acto de discriminación.

9.- Nuevas realidades sociales y actividad notarial.

⁵⁶ http://redadultosmayores.org.ar/buscador/files/JURID019_Borras.pdf

⁵⁷ Herrera, Maria Marta Luisa. "La intervención notarial en la protección del adulto, con especial hincapié en la protección internacional de la persona mayor de edad" trabajo premiado en la XIII Jornada Notarial Iberoamericana. Asunción de Paraguay, 2008.

⁵⁸ Código Penal Argentino. Art. 174. Sufrirá prisión de dos a seis años: inc. 2 El que abusare de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor o de un incapaz, declarado o no declarado tal, para hacerle firmar un documento que importe cualquier efecto jurídico, en daño de él o de otro, aunque el acto sea civilmente nulo;

La actividad notarial, no puede estar ajena a los cambios sociales y debe estar atenta a la actividad legislativa e interpretar, armonizar las reformas y los principios que informan el derecho de familia. Todo ello de acuerdo al principio *pro personae* que rige en materia de derechos humanos, amplio para reconocer derechos y restrictivo para cercenarlos.

El notario es principalmente asesor en materia de familia. La primera actividad relacionada con las nuevas formas de familia es redactar documentos donde se preestablezcan las relaciones de familia que el requirente considera relevantes y necesarias para su vida de relación. En primer lugar, aunque más no sea a través de actas de notoriedad, que declaren estas formas de familia, con la virtualidad de concederles eficacia, derechos o preconstitución de la prueba. Por ejemplo, para acreditarlo frente a su obra social o medicina prepaga u obtener otros beneficios previsionales.

También podrá asesorar para la redacción de actos de autoprotección donde se establezcan directivas de salud e interlocutor válido ante los equipos médicos y representante para tomar decisiones relativas a la salud del otorgante, y en especial para exclusión de determinados familiares.

Además a través de un acto de autoprotección puede determinar cuales de sus parientes prefiere por ejemplo para ocupar el cargo de curador o cuales rechaza para el mismo. Y determinar las causas de dicha exclusión. O simplemente establecer, cual es la persona que más conoce o está más cerca de sus necesidades o preferencias y sentimientos, en la que depositaría su preferencia para el cuidado de su persona y de sus bienes, o para servirle de apoyo, en caso de vulnerabilidad.⁵⁹

Hoy la autonomía de la voluntad puede aplicarse a escasísimos casos.

A través de convenios de alimentos, entre personas mayores y capaces. Los hijos desde que cumplen los 18 y hasta los 21 años de acuerdo a la ley 26.579. O el caso no incorporado, aunque reconocido judicialmente, de hijos mayores de edad que estén realizando estudios universitarios hasta los 25 años.

. Aunque no son muy habituales puede darse nueva utilidad a las convenciones prematrimoniales, realizadas antes de la celebración del matrimonio, en escritura pública, bajo pena de nulidad, único caso previsto por el artículo 1.217 del Código

⁵⁹ Pierri, Paola y otros. "La Autoprotección como realidad cotidiana del ejercicio de la libertad". Rev. Not. 958 pag. 19.

Civil, la determinación de los bienes que cada uno de los contrayentes lleva al matrimonio. Las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro para determinar los bienes que cada uno de los contrayentes ingresan al matrimonio.

En relación a los bienes, sin las reformas legislativas necesarias, no se puede más que realizar un exhaustivo asesoramiento respecto a la calificación de los bienes, y en cada nueva adquisición redactar cuidadosa y correctamente los instrumentos para determinar la subrogación real de acuerdo al artículo 1.246 del Código Civil⁶⁰ y⁶¹

Además acreditar y preconstituir prueba respecto de la utilización de fondos o bienes propios en bienes gananciales y viceversa.

Este mismo asesoramiento de carácter patrimonial en relación a la adquisición de bienes, también debe extremarse, cuando los requirentes sean convivientes en lugar de ser un matrimonio. E instrumentar adecuadamente la acreditación y preconstitución de pruebas del origen de los fondos utilizados.

Cuando se produce la disolución de la sociedad conyugal, los ex cónyuges recuperan su autonomía de la voluntad y pueden contratar entre ellos con amplia libertad. La intervención notarial tiene lugar en adjudicación de bienes por disolución de la sociedad conyugal.

Podría aplicarse por ejemplo el fideicomiso de la ley 24.441 a la resolución de conflictos familiares a la hora del divorcio. Siguiendo a Clusellas y Ormaechea se podría aplicar la figura del fideicomiso para liquidar bienes del haber ganancial cuando los ex cónyuges no se ponen de acuerdo en la venta y no quieren que se lo quede el otro, el bien puede fideicomitirse para su administración hasta su venta, con prohibición de vender a persona determinada (art. 1.361) cualquiera de los cónyuges, el producido de la venta se dividiría en partes iguales entre los ex cónyuges.

También los mismos autores ofrecen dos modelos para asegurar la cuota alimentaria a la que se obliga alguno de los cónyuges. En un caso los ex cónyuges separan una masa de bienes gananciales destinados para que con su administración el fiduciario, atienda los gastos de salud, educación, subsistencia y mantenimiento de dos hijos menores de edad, que quedan a cargo de la madre. En el otro, el contrato de fideicomiso es utilizado únicamente como garantía del pago

⁶⁰ Spina, Marcela y Di Biasi, Andrea. El artículo 1.246 y la presunción en contra de la ganancialidad. Trabajo premiado en la XXX Jornada Notarial Bonaerense Villa Gesell 1995.

⁶¹ Despachos Aprobados en la XXX Jornada Notarial Bonaerense. Villa Gesell 1995. Tema IV. Régimen patrimonial matrimonial. Rev. Not. 923, pag. 270.

de la cuota alimentaria a cargo del padre, que solamente actuará en caso de mora o incumplimiento del padre obligado.

Ante la vejez o frente a una eventual discapacidad, existen distintas figuras jurídicas que permiten la administración del patrimonio para que el mismo proporcione una renta que brinde sustento económico al anciano o persona con discapacidad, sistema que podrá ser diagramado por él mismo o por sus familiares. Y a estas figuras nos abocaremos especialmente.

9.1.- Fideicomiso

La figura del fideicomiso que permite la creación de patrimonios protegidos, incluyendo el que se constituya en beneficio del discapaz. Sin perjuicio de su validez como herramienta para brindar un sustento patrimonial al discapacitado, el mismo no puede atentar contra la intangibilidad de la legítima en cuanto a su contenido ni a su impostergabilidad en el tiempo ya que caería aún cuando sólo importe una posposición temporal de los bienes heredados.⁶²

En este supuesto, el fiduciante previendo su eventual discapacidad, designa a un fiduciario quien al cumplirse la condición suspensiva al dictarse la declaración judicial de incapacidad o inhabilitación del otorgante, cumplirá la manda fiduciaria durante la vida del incapaz o hasta que éste recupere su capacidad. Asimismo, designará a un fideicomisario quien podrá ser el propio fiduciante/beneficiario en caso de finalizarse el fideicomiso por recuperar la capacidad.⁶³

9.2.- Fideicomiso testamentario

El fideicomiso testamentario consiste en una disposición de última voluntad, sujeta a sus formas propias, por las que el testador, como fiduciante, dispone la transferencia de la propiedad fiduciaria de bienes determinados de su haber relicto, a favor de un legatario particular como fiduciario, para que éste ejerza la propiedad objeto del legado en beneficio de quien indique la disposición testamentaria

Tobias, José W. "*Debilitamientos decisionales, vejez e inhabilitación (art. 152 bis)*" En Revista de Derecho de familia y de las personas. La Ley, Enero -Febrero 2010.

⁶³ Lucero Eseverri, Roberto A. "*El Notario: intérprete necesario de voluntades autorreferentes*". Revista N° 1 del Instituto de Derecho e Integración – Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda .Circunscripción. Rosario, Santa Fe, 2009. Página 89.

(beneficiario), con la manda de entregar esos bienes y sus acrecimientos, al cumplimiento de un plazo o condición, a un heredero, heredero instituido o legatario en carácter de fideicomisario⁶⁴.

El fideicomiso testamentario por sus propias características es un acto unilateral de última voluntad y tendrá eficacia cuando se produzca la muerte del fiduciante/testador, momento en el cual se posibilita la apertura del proceso sucesorio testamentario.

Con la apertura del proceso sucesorio testamentario y conjuntamente con la declaración de validez del testamento, se notificará a la persona nombrada como fiduciario por el testador en dicho documento, quien tendrá derecho a aceptar o no dicha designación. La incomparecencia del fiduciario deberá interpretarse como su no aceptación a la designación.

En protección de la legítima, el testador que tenga herederos forzosos, sólo podrá disponer libremente de los bienes que conforman su patrimonio, en la medida que éstos no superen en su valor a la parte disponible del patrimonio relicto.

Atento lo expuesto habría que considerar ¿qué sucede si en un fideicomiso testamentario, el testador dispuso la transferencia de la propiedad fiduciaria de bienes que superen el haber relicto, se puede interpretar que dicha disposición afecta a una norma de orden público como es la intangibilidad de la legítima? Frente a este cuestionamiento existen dos posturas doctrinarias: Una tradicionalista conforme la cual el fideicomiso testamentario en ningún caso puede afectar la legítima ya que es una norma de orden público. Y una segunda que pretende armonizar las normas del derecho de fondo con esta ley especial. Esta posición considera que el fideicomiso testamentario es una excepción al principio de intangibilidad de la legítima cuando los designados como beneficiarios son herederos incapaces; y su implementación representa una postergación temporal, razonable y justificada del goce de la legítima de los demás herederos, en pos de la protección de la situación patrimonial del heredero incapaz.⁶⁵.

⁶⁴ Clusellas, Eduardo G.; Ormaechea, Carolina. “*Contratos con garantía fiduciaria*”. 2da edición actualizada y ampliada. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

⁶⁵ Armella, Cristina N. Exposición sobre “*El Fideicomiso constituido por testamento (artículo 3 de la Ley 24.441)*” en el XXX Seminario Teórico Práctico “Laureano Arturo Moreira”. Buenos Aires, 22 y 23 de junio de 1995.

Esta corriente doctrinaria equipara al bien de familia -instituto de raigambre constitucional cuya finalidad es brindar protección y tutela a la vivienda que requiere el grupo familiar- con el fideicomiso testamentario, cuya finalidad es la protección y la administración de los bienes fideicomitidos para el sustento de incapaces, hijos menores de edad o de toda la familia.

9.3.- Renta Vitalicia Onerosa

Conforme el artículo 2070 del Código Civil: “*Habrá contrato oneroso de renta vitalicia, cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos, designados en el contrato.*”

Conforme nuestro Código Civil, cuando la renta vitalicia se constituye en forma onerosa por acto entre vivos se la regula como un acuerdo de voluntades de carácter real, conforme el cual una parte (el deudor de la renta) a cambio de haber recibido de la otra parte (constituyente) una suma de dinero u otra cosa mueble o inmueble, se obliga hacia una o varias personas (beneficiario/s) a pagarles una renta periódica durante la vida de uno o varios individuos (cabeza/s de la renta).⁶⁶

Este tipo de contrato posee las siguientes características: 1) es oneroso, puesto que hay una contraprestación; 2) es aleatorio, ya que sus ventajas o pérdidas dependen de un hecho incierto como es la vida del beneficiario de la renta; 3) es de tracto sucesivo, pues las obligaciones del deudor de la renta se prolongan en el tiempo; 4) es real, se concluye con la entrega del dinero o por la tradición de la cosa en que consistiese el capital y 5) unilateral porque sólo queda obligado el deudor de la renta.⁶⁷

9.4.- Renta Vitalicia Onerosa con Hipoteca

⁶⁶ SOLIGO SCHULER, Nicolás A. “*Contrato Oneroso de renta vitalicia*” Revista del Notariado N°897. Ciudad de Buenos Aires, 2009. Página 255.

⁶⁷ ARMELLA, Cristina N. Exposición sobre “*Renta vitalicia y rentas periódicas no vitalicias vinculadas a negocios jurídicos onerosos*” en el II Seminario Francisco Siri organizado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. Rosario, Santa Fe. 29 de octubre de 2008.

En este supuesto, para garantizar el cumplimiento de la renta vitalicia, el deudor de la renta constituye hipoteca en primer grado de privilegio sobre el inmueble que recibió del constituyente como garantía del cumplimiento de las obligaciones que asumió.

A fin de cumplir con el principio de especialidad, es necesario determinar un valor estimativo al momento de constituirse la hipoteca, el cual suele fijarse en una suma equivalente al precio de venta actual del inmueble. En cuanto al plazo, éste se establece tomando en cuenta los años de expectativa de vida de los beneficiarios de la renta.⁶⁸

9.5.- Crédito Vitalicio con Garantía Hipotecaria.

Conforme lo expresa Lucero Eseverri: *“Esta modalidad hipotecaria garantiza un crédito proveniente de un mutuo con desembolso del dinero en un pago o en sumas periódicas durante un plazo determinado o vitalicio, en donde el plazo del reembolso y eventual ejecución se encuentra diferido ya que el capital e intereses adeudados no serán pagados por el deudor, sino por sus herederos al fallecimiento de aquel o del último beneficiario conforme se haya pactado.”*⁶⁹

Este instituto es una solución financiera a las personas de edad avanzada cuyo único capital es un inmueble que utilizan como vivienda y que no cuentan con un ingreso mensual suficiente para solventar sus gastos básicos. Por ello la edad del que recibe el crédito no es un requisito jurídico pero si fundamental a tener en cuenta por los que otorgan este tipo de créditos, ya que cuanto menor sea su expectativa de vida mayor será la renta.⁷⁰

En este tipo de mutuo el plazo del reembolso del capital y los intereses es incierto ya que se hará efectivo por los herederos del tomador del préstamo, luego del fallecimiento de éste.

⁶⁸ Gattari, Carlos Nicolás “Renta Vitalicia con Hipoteca” Revista del Notariado N°812. Ciudad de Buenos Aires, 1988. Página 116.

⁶⁹ Lucero Eseverri, Roberto A. “Crédito Vitalicio con Garantía Hipotecaria”. Revista N° 2 del Instituto de Derecho e Integración – Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda Circunscripción. Rosario, Santa Fe, 2009. Pág. 17.

⁷⁰ Peralta Mariscal, Leopoldo L. “La mal llamada hipoteca revertida o los bien llamados préstamos revertidos con garantía hipotecaria”. Revista Notarial N°958. Buenos Aires, 2008. Pág. 6 5.

Conforme con el artículo 3363 de nuestro Código Civil, *“toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario...”*. Por lo tanto, la responsabilidad de los herederos frente al pago de la deuda se limitará a los bienes de la herencia.

Como corolario es importante tener en cuenta que el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad contempla especialmente el aspecto patrimonial cuando expresa que *“... se tomarán las medidas efectivas para que las personas discapacitadas en igualdad de condiciones con los demás puedan ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso a créditos bancarios, hipotecas y otras modalidades de financiamiento y velarán por que las personas no sean privadas de sus bienes de forma arbitraria.”*

10.- Conclusiones.

Debido a los cambios sociales, a los avances científicos y comunicacionales y las características actuales de las personas y de las familias esencialmente mutables, “el derecho de familia” también requiere de su necesaria y permanente actualización.

La irrupción en nuestro derecho de los tratados de derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional, conviviendo con un Código Civil que data de 1869, aunque en materia de familia con numerosas modificaciones, más el dictado de leyes aisladas en la materia, que no respetan la armonía del sistema legislativo, exige a los operadores jurídicos una ardua tarea de interpretación del derecho vigente.

La actividad notarial se nutre en forma permanente del derecho de familia. El notario es principalmente un asesor familiar. Más que nunca el notariado deberá estar en continúa actualización y capacitación para poder dar una respuesta a las necesidades sociales actuales. Poniendo todas las herramientas a su alcance, conocidas y habituales, pero también las novedosas o adaptables para satisfacer dichos requerimientos. La actuación notarial debe ser *pro personae* amplia para favorecer los derechos de las personas y restrictiva para limitarlos.

BIBLIOGRAFIA.

Armella, Cristina N. Exposición sobre *“El Fideicomiso constituido por testamento (artículo 3 de la Ley 24.441”* en el XXX Seminario Teórico Práctico “Laureano Arturo Moreira”. Buenos Aires, 22 y 23 de junio de 1995.

Armella, Cristina N. Exposición sobre *“Renta vitalicia y rentas periódicas no vitalicias vinculadas a negocios jurídicos onerosos”* en el II Seminario Francisco Siri organizado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. Rosario, Santa Fe. 29 de octubre de 2008.

Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. Manual de Derecho de Familia. 2da. Edición Actualizada. Buenos Aires. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1.989.

Bueres, Alberto J. – Highton, Elena I. “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2001. Página 772 y siguientes

Calò, Emanuele. Bioética. Nuevos derechos y autonomía de la voluntad. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2.000.

Clusellas, Eduardo G.; Ormaechea, Carolina. *“Contratos con garantía fiduciaria”*. 2da Edición actualizada y ampliada. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

Dabove Caramuto, María Isolina y otros. “Aportes para el reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”. En La Ley 2008-D, 751.-

Dias, María Berenice.” El casamiento y el concepto plural de familia” En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Grosman, Cecilia y otras Directoras, Nro. 50, pag.5.

Di Lella Pedro. “Filiación y autonomía de la voluntad a propósito de la ley 26618” En En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Grosman, Cecilia y otras Directoras, Nro. 50, pag.133.

Famá, María Victoria. “Impacto de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia a la luz de la reciente jurisprudencia española” En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Grosman, Cecilia y otras Directoras, Nro. 50, pag.239.

Gattari, Carlos Nicolás *“Renta Vitalicia con Hipoteca”* Revista del Notariado N° 812. Ciudad de Buenos Aires, 1988. Página 116.

Highton, Elena I. "Fideicomisos mortis causa", Revista de Derecho Privado y Comunitario N°2, Sucesiones, 2000, página 125 y siguientes.

Lamm, Eleonora. "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal." Doctrina .En Derecho de Familia. Rev. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Grossman, Cecilia y otras Directoras. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Febrero de 2011. Pag.107.

Loyarte, Dolores. "Autonomía de la voluntad y aplicabilidad en el derecho de familia del principio de "la ley más favorable". En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Grosman, Cecilia y otras Directoras, Nro. 50, pag.25.

Lucero Eseverri, Roberto A. "*El Notario: intérprete necesario de voluntades autorreferentes*". Revista N° 1 del Instituto de Derecho e Integración – Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda .Circunscripción. Rosario, Santa Fe, 2009. Página 89.

Lucero Eseverri, Roberto A. "*Crédito Vitalicio con Garantía Hipotecaria*". Revista N° 2 del Instituto de Derecho e Integración – Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, Segunda .Circunscripción. Rosario, Santa Fe, 2009. Pág. 17.

Medina, Graciela. "Protección de la vivienda familiar por la ley 22.232. En Revista de Derecho de familia y de las personas". Mendez Costa Josefa y otras. Directoras. Año 3, número 1. Enero Febrero 2011, pag. 3.

Marroquin Martinez, Axel David. "Autonomía de la voluntad y régimen patrimonial familiar: El caso de El Salvador." En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Grosman, Cecilia y otras Directoras, Nro. 50, pag.83.

Morcillo, Silvia Cristina. "La libertad y la divorcialidad." Doctrina. En Derecho de Familia. Rev. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nro. 50 La autonomía personal en las relaciones de familia. Grossman, Cecilia y otras Directoras. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Febrero de 2011. Pag. 95.

Morello, Augusto M. "La senectud, de cara al derecho" en La Ley 2002-E, 1211. Acad. Nac. De Derecho 2002, 11/07/2002, pag. 232.

Peralta Mariscal, Leopoldo L. "*La mal llamada hipoteca revertida o los bien llamados préstamos revertidos con garantía hipotecaria*". Revista Notarial N° 958. Buenos Aires, 2008. Pág. 65.

Perez Gallardo, Leonardo B. "Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de

legitimario Asistencial.” En Revista del Instituto de Derecho e Integración. Rev. Nro. 5 Año 3, Rosario 2011, pag. 7.

Pérez Lozano, Nestor O. “*Hacia una nueva visión del patrimonio*”. Revista Notarial N°962. Buenos Aires, 2009. Página 523

Pierri, Paola Julieta y otros. “La autoprotección como realidad cotidiana del ejercicio de la libertad”. En Revista Notarial 958, pag. 19.

Pinto, Mónica “*Los Derechos humanos del niño. La Familia en el nuevo derecho*” Tema II. Directora Kemelmajer de Carlucci . Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 2009. Pág. 116.

Soligo Schuler, Nicolás A. “*Contrato Oneroso de renta vitalicia*” Revista del Notariado N°897. Ciudad de Buenos Aires, 2009. Página 255.

Tobias, José W. “*Debilitamientos decisionales, vejez e inhabilitación (art. 152 bis)*” En Revista de Derecho de familia y de las personas. La Ley, Enero -Febrero 2010.