

## **XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil**

### **6. Comisión de Familia: Efectos de la ley 26.618 en el derecho de familia.**

#### **Título “Los efectos de la Ley 26.618 en relación al art. 3576 bis del Código Civil”**

**Autores: Facundo José Rijo, Fernando Javier Rivas, Martín Horacio Sánchez (Asistentes del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A.L.Gioja, UBA, dirigido por el Dr. Marcos M. Córdoba).**

**Dr. Marcos M. Córdoba (Director del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A.L.Gioja, UBA; Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UBA).**

**Dra. Esther Ferrer de Fernández (Coordinadora del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones (Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A.L.Gioja, UBA, Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la UBA).**

#### **I. Síntesis de la Ponencia**

- 1.- La Nº 26.618 ha dejado diversos vacíos normativos.
- 2.- A la luz de la igualdad y pleno reconocimiento de los derechos derivados de la sanción de la ley 26.618, proponemos la modificación del artículo 3576 bis, con el fin de armonizar la legislación.

**Índice;**

**I. Síntesis de la ponencia. II. Ponencia de Lege Ferenda. III. Antecedentes sociales, políticos y culturales. 1.- El Matrimonio 2.- La sanción de la ley 26.618. 3.- La Ley 26.618 y la necesidad de reforma y reconocimiento pleno de la igualdad. El caso del Art. 3576 bis del Código Civil.**

#### **IV. Conclusión**

##### **II. Ponencia de Lege ferenda**

1) A la luz de la igualdad y pleno reconocimiento de los derechos derivados de la sanción de la ley 26.618, proponemos la modificación del artículo 3576 bis, con el fin de armonizar la legislación.

2) Dicho artículo deberá contemplar los derechos hereditarios del yerno viudo y sin hijos en la sucesión de sus suegros.

##### **III. Antecedentes sociales, políticos y culturales**

A mediados de 2010, nuestro país se planteó debatir una profunda modificación al instituto del matrimonio. En efecto, introducir la posibilidad que personas del mismo sexo pudieran contraer nupcias y, por lo tanto obtener los derechos que nuestra ley asigna a los cónyuges, impactaba directamente en la esencia misma de esta unión. Además motivaba la eventualidad –saludable a nuestro criterio- que se realizaran planteos y cuestionamientos (a favor y en contra) de todo tipo; desde los estrictamente técnicos en materia de legislativa, hasta análisis morales, religiosos e inclusive biológicos.

La posibilidad sería que en Argentina se consagrara el matrimonio homosexual suscitó acalorados debates. Nuestro país estudiaba introducir un cambio sustancial y radical, cuyos efectos y consecuencias se propagarían hacia el futuro y modificarían la composición familiar y, por lo tanto, la sociedad misma.

Este debate resultaba novedoso y sorpresivo a la vez. Nuestro país no se ha caracterizado por introducir discusiones y modificaciones legislativas de este estilo en forma intempestiva. Y menos aún una variación tan radical de un instituto troncal de la sociedad.-

Resulta importante, asimismo, recordar que la legislación en materia matrimonial solo sufrió dos grandes modificaciones desde la sanción del Código Civil. No resulta menor destacar que esas modificaciones se produjeron con una diferencia entre ambas de, nada menos, que un siglo.-

El primer gran cambio llegó de la mano de la Ley de Matrimonio Civil (1886). Si bien esta reforma fue cuestionada principalmente por sectores vinculados a la Iglesia Católica, la misma no introducía modificaciones a la sustancia del instituto matrimonial. El cambio principal consistía en que el control y registración de los enlaces estaría a cargo del Estado y no de las autoridades eclesiásticas.-

La otra gran modificación tuvo que esperar hasta 1987 con la llamada Ley de Divorcio (23.515), la cual introdujo la posibilidad que los contrayentes pudieran disolver el vínculo marital. Este cambio legislativo alteró una de las características principales del matrimonio hasta ese momento (indisolubilidad), pero no modificó (como lo haría la ley de 2010) a los sujetos legitimados para contraer nupcias. Si bien aquí también existieron rechazos por parte de sectores religiosos, la sanción de la ley tuvo una amplia y favorable recepción por parte de la sociedad civil, que veía como un anacronismo la veda al acceso al divorcio.

De acuerdo a este breve análisis histórico, nos permitimos afirmar que en nuestro país las modificaciones en materia matrimonial se han producido muy lentamente. Argentina recién contó con una ley que permitía la disolución del enlace a finales de la década del ochenta del siglo pasado. Claramente no se encontraba a la vanguardia en esta materia. Al momento de la sanción de la Ley 23.515, nuestro país era uno de los pocos en el mundo que no permitía la disolución del matrimonio. Había quedado por detrás de países avanzados que ya habían receptado el instituto como Francia (1884), e incluso de algunos vecinos regionales como por ejemplo Uruguay (1907).

En este contexto, no parece desacertado preguntarse qué es lo que había ocurrido en nuestra sociedad para que tan solo veinticuatro años después de la última gran reforma se pensara en introducir un cambio de tal magnitud.

Posiblemente estas circunstancias atravesaron a todos los actores de la

sociedad al momento de discutir el proyecto de ley, desde los líderes religiosos y políticos hasta el simple ciudadano de a pie. Ello queda demostrado en que desde todos esos sectores (incluido el religioso) se escucharon voces a favor y en contra del matrimonio igualitario.

### 1.- El Matrimonio

El Código Civil no define, al igual que otros conceptos tales como familia, al matrimonio.

En su nota al art 495 del Código Civil, Vélez dejó bien aclarada su postura respecto a que las definiciones son impropias en un código de leyes tal como decía también Freitas, “y no porque haya peligro en hacerlo, pues mas peligro hay en la ley que en la doctrina”. (Nota al Art 495 del C.CIV.)

Gustavo Bossert enseña que el matrimonio, como acto jurídico, es subjetivamente complejo, y está constituido no sólo por el consentimiento de los contrayentes, sino también por el acto administrativo que implica la intervención de la autoridad competente para celebrar el matrimonio.

Honesto es decir también que el Código Civil, en su Título II, al hablar de la Sociedad Conyugal, sí hace cierto distingo de sexo entre hombre y mujer. De esta forma, numerosas normas hacen referencia a dicha Sociedad: “el principio de la sociedad conyugal” (Art. 1261), “la aplicación supletoria de las reglas del contrato de la sociedad conyugal” (Art. 1262), “el capital de la sociedad conyugal” (Art. 1263), “los bienes donados” (Art. 1264), “las cargas de la sociedad conyugal” (Art. 1275), “los gananciales de la sociedad” (Art. 1315) entre otros.

Entre la doctrina no advertimos tal distinción. Así autores como Lafaille, Farsi y Bossert entre otros, la definieron como una sociedad. Partiendo del *affectio maritalis* que integraba el *affectio societatis*, el objeto lo constituía la formación de un patrimonio común que a su vez se encontraba sujeto a la atención de las obligaciones de la vida común y a la participación de las utilidades.

Otros autores como J. J. LLambias y Atilio Aníbal Alterini, sin compartir enteramente esos argumentos, entendieron que en realidad se trataba de una

sociedad de alcance limitado. Es decir una sociedad con vida entre los socios pero no frente a los terceros, una especie de sociedad civil sin personería jurídica.

La sociedad conyugal no es un tema menor dentro del matrimonio ya que en ella se trata la responsabilidad de los cónyuges, la gestión de los bienes propios y gananciales, la masa de gananciales existentes a la disolución, su administración y su disposición.

El Código también habla de impedimentos para contraer matrimonio. El art. 166 contiene impedimentos de tipo absolutos y relativos.

Son impedimentos absolutos aquellos que obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona. Así, por ejemplo, el impedimento de ligamen o la falta de edad mínima.

En cambio, son impedimentos relativos aquellos que afectan a uno de los sujetos en relación al matrimonio que pretendiese contraer con otra u otras personas exclusivamente. Dentro de esta categoría se encuentran, por ejemplo, el impedimento de parentesco (que afecta exclusivamente a quienes se encuentran en determinado vínculo y grado que la ley prohíbe excluye para contraer matrimonio).

No obstante ello, y esto resulta fundamental para el tema bajo análisis, nuestro código no incluye como impedimento que los contrayentes sean de igual sexo. Si bien es cierto que la redacción del viejo art. 172 establecía que *“Es indispensable (...)...el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer”*. Sin embargo podría advertirse una colisión de normas, pues el código no determinaba la unión homosexual como impedimento para contraer enlace pero introducía la heterosexualidad como elemento necesario para ello.

Quizás en este aspecto nuestro codificador infería como elemental que los matrimonios se celebraran con diversidad de sexos. Esta solución resulta entendible a la luz del contexto social, moral y religioso en que nuestro código fue sancionado. Pero, no debe perderse de vista que el Derecho es una ciencia dinámica y, por tanto, se encuentra sujeto a los cambios que se producen en el cuerpo social en que se aplica.

En este orden de ideas coincidimos con la magistrada Gabriela Seijas quien declaró la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código de Vélez y afirmó que *“ni en la Constitución Nacional, ni en los tratados internacionales, ni en la legislación vigente existe una definición de familia limitada a la unión entre un hombre y una mujer. Sólo pueden alegarse como motivos de oposición los establecidos en la ley, y que en el artículo 176 no se establece como impedimento que un hombre pueda contraer matrimonio con otro hombre”*.

Las categorías de "malo", "normal", "desviado", "inocuo" o "peligroso" no son predicables respecto a las opciones sexuales. Si la perpetuación de tales categorías sólo tiene como finalidad menospreciar a grupos minoritarios para luego justificar su exclusión de algunos beneficios sociales, entonces, deberíamos preguntarnos cómo superar tales categorías a través de decisiones racionales.

Un paso importante al que una decisión judicial puede tender es al reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del sufrimiento inflingido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan. No se trata de saber si son posibles otras formas de vida, familiar y afectiva, distintas de la tradicional. Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adoptar sus institutos a estas realidades.

De lo que se trata entonces, es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicán como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce.

Siguiendo con esta línea no es menos importante la hermenéutica como ciencia de la interpretación. Normalmente la tarea interpretativa incluye la consideración del texto de la ley, su sentido o finalidad, los antecedentes que la explican su integración con el resto del sistema normativo y la valoración de la justicia a la que lleva esa interpretación. Así la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido entre otras pautas de interpretación que, *“en principio, se debe atender a la letra de la ley y la intención del legislador, sin prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma”*, porque, *“por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, la interpretación debe indagar lo que dicen jurídicamente, para lo cual no cabe prescindir de las palabras de la ley,*

*pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la inteligencia razonable y sistemática así lo requiere”, “la interpretación y aplicación de las leyes requiere no aislar cada artículo solo por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse su ordenada estructuración con las demás”, pues “ la totalidad del ordenamiento es objeto de una razonable hermenéutica” “las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración de las nuevas necesidades y condiciones de la comunidad” y “se debe atender a las consecuencias que resulten de la interpretación aplicada lo que constituye un índice para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con todo el ordenamiento jurídico”.*

De este modo la norma permite que cada persona pueda vivir su propia biografía y que realice sus propias elecciones en consonancia con las directrices consagradas en nuestra Constitución Nacional.

Decimos esto porque existe una interdicción, una prohibición de nuestra Constitución y de los tratados internacionales, en el sentido que no se puede discriminar, diferenciar o distinguir en base a la orientación sexual. Así lo expresó el Diputado por la Unión Cívica Radical, Ricardo Gil Lavedra *“el artículo 172 del Código Civil, que data del siglo XIX, al excluir a las personas de un mismo sexo de la posibilidad de contraer matrimonio plantea una discriminación inadmisibles, porque lo hace sobre la base de la orientación sexual de las personas”.*

La jurisprudencia de la Corte estadounidense, que ha sido receptada también por la Corte argentina, crea la llamada “categoría sospechosa”. Esto significa que cuando el legislador hace una distinción basada en razones de raza, género o alguna otra cuestión relativa a minorías, está configurando una categoría sospechosa, que goza de la presunción de inconstitucionalidad. Por lo tanto, para justificar la validez de la distinción y sostener una necesidad social imperiosa, nuestra Corte dice que es necesaria una justificación racional entre el fin que busca el Estado y el medio que se utiliza. Pues bien, la orientación sexual de las personas es una categoría sospechosa.

## **2.- La sanción de la ley 26.618.**

*“Generalmente una ocasión, por distinta que sea, da como resultado una situación de necesidad, pero otras veces, cuando la necesidad es anterior y tan grande, ha de producir siempre e inexorablemente la ocasión.”*

El día 15 de julio de 2010, luego de una gran labor legislativa, finalizó un debate que se le debía, no solo a una parte de la sociedad, sino a su conjunto en general. Este debate contó con la presencia de actores bien diferenciados, lo cual significó un claro avance del sistema democrático y de los derechos humanos, enfatizando de esta manera, el respeto, la tolerancia y, por sobre todo, la igualdad ante la ley.

Los derechos humanos, desde cualquier punto de vista, exigen legitimar la diversidad; si no legitimamos la diversidad no podemos hablar de derechos humanos como un concepto universal.

El dictamen de la Cámara de Diputados propuso la reforma al Código Civil, reforma que propiciaba la eliminación del requisito según el cual, en la figura del matrimonio, deben prestar consentimiento el hombre y la mujer. Por consiguiente, impulsaba que quienes prestasen su consentimiento sean “ambos contrayentes”. Además, de esta forma, se establecía que no se constituyen en marido y mujer sino en cónyuges; sean los contrayentes de distinto sexo o del mismo.

La centralidad del dictamen radicaba en la discusión vinculada con la igualdad, terminando de esta forma con el anacronismo de nuestro Código Civil.

## **3.- La Ley 26.618 y la necesidad de reforma y reconocimiento pleno de la igualdad. El caso del Art. 3576 bis del Código Civil.**

El art. 3576 bis del Código Civil contiene una fórmula en favor de la nuera viuda sin hijos para que pueda acceder, en el caso de muerte de su cónyuge y la inexistencia de hijos, a una porción del acervo hereditario de sus suegros.

Sin embargo, el art. 42 de la Ley 26.618 sostiene: *“Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento*

*jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo.”*

A nuestro entender resulta necesario dar una solución acorde a la normativa vigente, en relación a la incongruencia existente entre los artículos transcritos.- Interpretar ambas leyes tal como están redactadas, presupone reconocer únicamente a la mujer – sea en un matrimonio con un hombre o, valga la redundancia, con una mujer- un status jurídico diferente al que pueden tener los hombres en una misma situación.-

Creemos que debería modificarse el art .3576 bis en su sentido más amplio. Es decir, debería otorgarse el beneficio de poder concurrir a la sucesión de los suegros – cumplida la hipótesis de la norma- al cónyuge supérstite con prescindencia del sexo natural que tenga. O bien debería excluirse a éste de toda vocación hereditaria en el caso de verificarse el supuesto bajo análisis.-

No hacerlo, implica consagrar una desigualdad y disparidad de trato entre el hombre y la mujer sin otra connotación que la del sexo mismo.-

En este sentido resultan oportunas las palabras de Germán J. Bidart Campos cuando refería que *“las únicas desigualdades inconstitucionales son las arbitrarias, y por arbitrarias han de estimarse las que carecen de toda razonabilidad, las persecutorias, las hostiles, las que deparan indebidos favores o privilegios, etc.”*

Con fundamento en dicha tesitura, debemos concluir entonces que en el caso del art. 3576 bis, tanto la nuera viuda y el yerno viudo se encuentran en situaciones idénticas independientemente que estemos ante matrimonios de dos personas de opuesto o similar sexo.

Además, podría acaecer el supuesto en que la viuda sin hijos heredara a su

esposa (es decir a una mujer), mientras que el hombre (yerno viudo sin hijos) jamás heredaría a sus suegros, con prescindencia que su cónyuge fuera hombre o mujer. Por lo tanto, la igualdad que pretende consagrar la Ley 26.618 quedaría desvirtuada.

La cuestión no resulta menor. Si bien la redacción del art. 42 de la Ley 26.618 parece establecer un criterio amplio para su aplicación, desde su sanción nuestro código ya consagraba una desigualdad, al colocar en planos diferentes al yerno y a la nuera viudos sin hijos.

En este orden de ideas, la nueva legislación sólo ahonda más esa distinción; pues agrega un nuevo supuesto fáctico para la herencia (la viuda que hereda a la esposa) y, no sólo no enmienda la redacción anterior, sino que excluye a un nuevo y eventual sujeto con vocación hereditaria (el yerno que heredaría a su marido).

Concederle el derecho sucesorio a la nuera viuda y no otorgárselo, en iguales circunstancias, al yerno viudo constituye un privilegio que se reconoce a uno con exclusión del otro. La arbitrariedad de la distinción hecha por la ley entre un súbdito y otro carece en este caso de toda razonabilidad mínima y necesaria para poder justificarla.

#### **IV, Conclusión.**

A través de esta ponencia hemos tratado de abordar una de las problemáticas que se plantearon con la sanción de la Ley 26.618.

Entendemos que los cambios legislativos que se han verificado en nuestra sociedad en materia matrimonial han sido lentos. Baste pensar que Argentina no contó con una ley de divorcio hasta finales del siglo XX (con la excepción del período 1954-56, ya comentado), para comprender que no resulta una comunidad necesariamente progresista. Es por ello que la posibilidad de incluir el matrimonio entre personas de un mismos sexo suscitó (y suscita) encendidos debates.

Asimismo, hemos incluido también el supuesto consagrado por el art. 3576 bis

del Código Civil. En él se consagró (y se consagra) una clara diferenciación entre el hombre y la mujer. Ella también se enmarcó en el orden jurídico-social de los tiempos de Vélez Sarsfield; pues en el siglo XIX el estado (en el sentido de la capacidad como atributo de la personalidad) de la mujer era muy diferente al vigente hoy en día.

No creemos que exista una única solución a esta problemática. O, mejor dicho, no entendemos que la sanción de una ley de estas características convierta al país que la promulga en mejor o más avanzado. Todas las opiniones resultan válidas, siempre que ellas contengan un sustento intelectual adecuado y no descalifiquen a quienes piensan diferente o a los sectores que la normativa pretende proteger.

Por ello, a la luz del artículo analizado y los antecedentes descriptos, entendemos que las consecuencias de la Ley 26.618 se verán en el largo plazo. Sin embargo resultaría saludable destacar que una modificación de tales características debe ser efectuada en un marco de debate amplio y analizar en forma integral todos los posibles efectos que podrían producirse.

El caso del artículo 3576 bis es sólo uno de ellos, quizás olvidado por los legisladores a la hora de efectuar ese análisis integrador de una reforma de estas características. Sin embargo, cuestiones como la adopción por parte de matrimonios homosexuales merecen también un profundo y detallado tratamiento. Como se dijera al principio de este trabajo, la posibilidad de la sanción de la Ley 26.618 motivó encendidos debates. Creemos oportuno que la sociedad acreciente este tipo de discusiones, siempre en el marco de la pluralidad, respecto e integralidad. Ello llevará a que los cuerpos legales, encargados de reglamentar la vida en sociedad, excluyan incongruencias como las aquí descriptas. Ello también permitirá que cambios legislativos de envergadura, como el matrimonio igualitario, se inserten en nuestro orden jurídico con la mayor armonía posible.

