

**XVII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA**  
**Cancún, México, 10 a 12 de noviembre de 2017**

**TEMA I**

**La intervención notarial en la tramitación sucesoria  
en Iberoamérica. Registro Americano de Testamentos**

- **Especificidades en caso de uniones o matrimonios del mismo sexo**
- **Particularidades con los transgéneros**

**PONENCIA**

**Presentada por el Coordinador Nacional de Uruguay  
Profesor Escribano Ruben Santos Belandro**

**Incidencia de los cambios en el Derecho de Familia  
sobre las sucesiones interna e internacional**



## ÍNDICE

### I

#### Introducción (5)

Una visión de Derecho comparado.....	7
--------------------------------------	---

### II

#### Las uniones de hecho (9)

1) Uniones de hecho heterosexuales registradas o no registradas.....	10
A) En cuanto a las uniones de hecho registradas.....	10
B) En cuanto a las uniones de hecho no registradas.....	10
2) Uniones de hecho entre personas del mismo sexo, registradas o no.....	11

### III

#### El matrimonio (13)

A) El matrimonio entre personas del mismo sexo.....	13
B) El matrimonio poligámico.....	13

### IV

#### La filiación (14)

1) La filiación biológica.....	15
2) La filiación adoptiva.....	15
3) La filiación por maternidad subrogada.....	15
4) La filiación proveniente de una unión poligámica.....	17
5) La filiación proveniente de una pareja del mismo sexo.....	17

### V

#### Cambio de nombre de pila por razones de género y cambio del orden de los apellidos por voluntad de los progenitores (18)

1) Cambio de nombre de pila por razones de cambio de género.....	18
2) Cambio del orden de los apellidos por voluntad de los progenitores.....	19

### VI

#### Factores que en la sucesión favorecen el reconocimiento de las situaciones examinadas y factores que obstaculizan su reconocimiento (20)

1) Factores que favorecen el reconocimiento de las situaciones examinadas a los efectos sucesorios	
A) Los derechos adquiridos.....	20
B) Los derechos humanos.....	21
2) Factores que obstaculizan el reconocimiento de las situaciones examinadas a los efectos sucesorios:	
A) el orden público internacional.....	25
B) el fraude a la ley.....	26

### VII

#### La cooperación judicial internacional y el tratamiento de las sentencias y documentos notariales en materia sucesoria (26)

### VIII

#### El Registro Americano de Testamentos (28)

### IX

#### Balance final (30)



## INCIDENCIA DE LOS CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIA SOBRE LA SUCESIÓN INTERNA E INTERNACIONAL

Ruben Santos Belandro<sup>1</sup>

### I Introducción

1. De una rama del Derecho dotada de una gran estabilidad, que expresaba la idiosincrasia de un país o de una región, el Derecho de Familia se ha visto modificado hondamente, y ha sido tal el cambio operado, que puede decirse que ciertos problemas ya no pueden ser resueltos localmente sino que debemos esforzarnos por obtener soluciones de carácter general. Dos han sido los factores que han incidido en este trastocamiento: por un lado las creaciones de la biotecnología, y por el otro la extraordinaria expansión y profundización de los derechos del hombre con la consiguiente creación de una nueva rama del Derecho: el Derecho internacional de los derechos humanos. Estos dos factores deben tratarse en conjunto, su concomitancia en el tiempo y en el espacio vuelven indispensable observar este entrelazamiento, donde muchos valores morales tradicionales pierden sentido, quedan suspendidos en un vacío (*in vacuo*) sin sostén alguno, lo que ha hecho necesario la creación de una nueva disciplina: la bioética.

2. La XVII Jornada Notarial Iberoamericana ha decidido que el Tema I haga referencia a “*La intervención notarial en la tramitación sucesoria en Iberoamérica. Registro Americano de Testamentos*”, y ha agregado lo siguiente: “*Especificidades en casos de uniones o matrimonios del mismo sexo y particularidades de los transgéneros*”. En la medida que pretendemos internarnos en la materia sucesoria con las novedades acaecidas, parece indispensable incluir además otros tres temas: el de la maternidad subrogada, puesto que tiene una incidencia notable sobre la materia sucesoria respecto de la filiación; el cambio de nombre en las personas que padecen de disforia sexual y el cambio del orden de los apellidos de los hijos por parte de los progenitores; y finalmente, la cuestión de la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Todos temas que producen consecuencias sobre la devolución sucesoria.

3. La sucesión transfronteriza, transnacional, internacional o extraterritorial, se presenta cuando una persona al fallecer deja esparcido su patrimonio en más de un país, no interesando que sus herederos estén dispersos por el mundo (aun cuando este aspecto como veremos, deberá ser contemplado) sino sus bienes muebles, inmuebles, materiales o inmateriales, derechos y obligaciones.

---

<sup>1</sup> Notario Público. Profesor de Posgrado. Exprofesor de Grado en Régimen de Dedicación Total de Derecho Internacional Privado. Exprofesor de Grado de Derecho Extranjero y Comparado. Universidad de la República. Montevideo. Uruguay.

4. La dispersión patrimonial es un fenómeno cada vez más frecuente, en la medida que la facilidad en el uso de los medios de comunicación y de transporte ha permitido el contacto interhumano en tiempo real. Si bien la persona en vida ve facilitado el manejo de su patrimonio a través de sus traslados por vía aérea o terrestre y con la ayuda de Internet y otros derivados tecnológicos, el verdadero problema se presenta cuando ella fallece. ¿Cómo proceder a la devolución sucesoria? ¿Ésta debe ser una o múltiple? ¿A quiénes corresponde declarar herederos? ¿Qué fuerza tienen los derechos de estos últimos, de naturaleza puramente crediticia o real; están protegidos por el orden público o pueden caer totalmente bajo el ejercicio de la autonomía de la voluntad del testador? ¿Los herederos pueden convenir una prórroga de jurisdicción con la finalidad de hacer competente a un juez que internacionalmente no lo es, desapoderando a aquél designado *a priori*, legal o convencionalmente?

5. Todas estas interrogantes se han planteado recurrentemente a lo largo de varios siglos y las respuestas han sido heterogéneas. Esta falta de similitud en las soluciones normativas sobre el plano internacional convoca inevitablemente a la aplicación del método de los conflictos de leyes y de jurisdicciones como primer paso hacia una regulación sustantiva (aun muy lejana) a nivel internacional, y a dos temas más presentes y practicables como son: la cooperación interestatal en todos los temas relacionados con las sucesiones y, el reconocimiento internacional de las decisiones judiciales dictadas en dicha materia.

6. Sobre todas las categorías jurídicas indicadas en el Tema I -y las que nosotros hemos incluido como indispensables para tener la visión de un panorama general o de conjunto- influye con particular pertinencia, una cuestión que divide las aguas profundamente: la de la unidad o pluralidad de las sucesiones. No abordaremos especialmente esta cuestión pero sí estará siempre presente por cuanto:

a) *si la sucesión se tramita universalmente (unidad sucesoria)*, puede chocar con numerosas disposiciones de orden público sobre los bienes y sobre los derechos y obligaciones de las personas agraciadas, vigentes en países ajenos al del lugar donde la sucesión se ha tramitado;

b) *si se admite tantas sucesiones locales como bienes en diferentes Estados existan (fragmentación sucesoria)*, lo más probable será que quien es declarado heredero en un país no lo sea en otro, problema acrecentado con los nuevos adelantos biotecnológicos;

c) *la admisión de una sucesión híbrida*, las dos soluciones que anteceden ofrecen tanto ventajas como inconvenientes y quizás sea necesario acudir para una regulación transfronteriza, a un régimen híbrido: en principio universal, pero que le permita al Estado cuyo régimen sucesorio es local y preceptivo, “descolgarse” de la tramitación única, y regular la sucesión de acuerdo a sus propias disposiciones. Una solución de este tenor no necesariamente obliga a diversificar la

tramitación sucesoria sino que el mismo juez de la sucesión única (país A) puede establecer capítulos, donde los bienes ubicados en el país B, C o D, se regulen por su propia ley. En este régimen mixto habrán de regularse las facultades extraterritoriales de los albaceas y sus límites, y algo muy importante, permitir la posibilidad de que cuando la pluralidad sucesoria se presente como algo inevitable los acreedores hereditarios puedan cobrar sus créditos en otras masas sucesorias si en el lugar de pago es imposible satisfacerlos total o parcialmente; regular la cuestión de la colación y finalmente, el pago de los legados. Este régimen mixto puede declinarse en dos posibilidades:

a) **la subfragmentación basada en argumentos territoriales:** es la situación de Argentina. De conformidad con el art. 2644 de su Código de Derecho Civil y Comercial, reproducido *infra*:

b) **la subfragmentación basada en argumentos personales:** es lo que acontece con el Código Civil de Québec (Canadá), al considerar en el art. 2099.1 que:

*la designación de la ley aplicable a la sucesión no tendrá efecto en la medida que la ley designada prive en una proporción importante, al cónyuge o hijo del difunto, de un derecho de naturaleza sucesoria al cual habría tenido derecho en ausencia de tal designación.*

O con el art. 10 del Código Civil de Brasil:

*La sucesión por causa de muerte o por ausencia obedece a la ley del país donde estaba domiciliado el difunto o donde desapareció, cualquiera que fuere la naturaleza y la situación de los bienes.*

*1. La sucesión de bienes de extranjeros situados en el país será regulada por la ley brasileña en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños o de quien los represente, siempre que no les sea más favorable la ley personal del de cujus.*

El legislador de posguerra se ha inclinado paulatinamente a enfocar a los Códigos Civiles no en un sentido patrimonial -como aconteció desde la aprobación del Código Napoleón- sino de una forma personalista. Se trata de entenderlos como Códigos privados, preocupados principalmente, por asegurar la evolución y el crecimiento de los integrantes de la familia. Evidentemente, que la subfragmentación personal o personalista protege en mayor medida a las familias establecidas en nuestro continente y evita un ataque fulmíneo a su estructura por el eventual acontecimiento de la muerte del cabeza de familia. Los bienes dejados por este último son mirados en función de las personas, de su familia y de la preservación de esta última, antes que por bienes mirados como elementos de un intercambio económico. Este enfoque debe ser el preferido, pues en gran parte de los casos, las familias latinoamericanas tienen una organización y estructura muy débiles, y desatender por parte del legislador los factores disolventes generados por la muerte de un familiar, puede provocar secuelas de abandono infantil, carencias económicas, prostitución, etc.

### ***Una visión de Derecho comparado***

7. Una vez “aclaradas” estas cuestiones, conviene pasar a examinar los problemas que generan las nuevas costumbres sociales -transformadas en legislaciones nacionales y en Convenciones internacionales- sobre la regulación de la sucesión internacional.

Dentro de las normas nacionales de Derecho internacional privado encontramos países que admiten la ley de la nacionalidad para regular la sucesión (Cuba), como aquellos que solo aceptan la fragmentación sucesoria con base en los bienes (Uruguay), entre medio están aquellas legislaciones que si bien reciben el último domicilio del causante como ley sucesoria, ésta presenta atenuaciones respecto de los bienes inmuebles (Argentina). Veamos las disposiciones:

**Argentina.** Art. 2644. La sucesión por causa de muerte se rige por el Derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país se aplicará el Derecho argentino. Art. 2643. Son competentes para entender en la sucesión por causa de muerte, los jueces del último domicilio del causante o los del lugar de situación de los bienes inmuebles en el país, respecto de éstos.

**Brasil.** Art. 10. La sucesión por muerte o ausencia obedece a la ley del país donde estaba domiciliado el difunto o donde desapareció, cualquiera que fuere la naturaleza y situación de los bienes. 1. La sucesión de bienes de extranjeros situados en el país, será regulada por la ley brasileña en beneficio del cónyuge o de los hijos brasileños, o quienes los represente, siempre que no les sea más favorable la ley personal del *de cuius*.

**Colombia.** Art. 1012. La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo en los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regula por la ley del domicilio donde se abre, salvo las excepciones legales.

**Chile.** Art. 955. La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio donde se abre, salvo las excepciones legales.

**Cuba.** Art. 15. La sucesión por causa de muerte se rige por la legislación del Estado del cual era ciudadano el causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren.

**Ecuador.** Art. 1019. La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regla por la ley del domicilio donde se abre, salvo las excepciones legales.

**El Salvador.** Art. 956. La misma disposición que la de Ecuador.

**Panamá.** Art. 52. La sucesión en general, como proceso universal de transmisión del dominio se rige por la ley de la situación de los bienes, aun cuando el difunto al momento de su muerte, estuviera domiciliado en el extranjero. La sentencia sobre adjudicación de bienes dicta en país extranjero conforme a las leyes de éste, tendrá fuerza legal en la República de Panamá, a no ser que esté en conflicto con derechos fundados en la ley panameña que se hagan valer ante los tribunales nacionales. El tribunal competente para conocer del proceso universal de sucesiones es el del lugar donde se encuentran los bienes del difunto.

**Paraguay.** Art. 25. La sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera sea la naturaleza de los bienes, se rigen por la ley del último domicilio del causante, pero la transmisión de los bienes situados o existentes en el territorio nacional estará sujeta a las leyes de la República.

**Perú.** Arts. 2100 y 2101. La sucesión se rige, cualquiera que se el lugar de situación de los bienes, por la ley del ultimo domicilio del causante. Pero la ley peruana rige la sucesión de los bienes situados en la República si conforme a la ley del domicilio del causante, estos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones.

**República Dominicana.** Art. 54. La sucesión por causa de muerte se rige por la ley del domicilio del causante en el momento de su fallecimiento.

**Uruguay.** Art. 2400. Todo lo relativo a la sucesión legítima o intestada se rige por la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata.

**Venezuela.** Art. 34. Las sucesiones se rigen por el Derecho del domicilio del causante.



## II Las uniones de hecho

8. América Latina es un continente mestizo. El español y el portugués, una vez descubierto un nuevo continente, rápidamente se relacionó con las mujeres originarias naciendo de las mismas, niños mitad americanos y mitad hispanos, sin proceder a una formalización de su unión. Si bien hubo intentos de implantar el matrimonio de acuerdo a las legislaciones europeas y a los preceptos de la Iglesia Católica, su éxito fue relativo: la separación cultural, el aislamiento geográfico (selvas, cordilleras, desiertos, ríos, etc.) volvió difícil imponer un determinado modelo de unión de pareja. Por tales motivos las uniones de hecho han tenido una presencia extraordinaria en nuestro continente. En la actualidad, el desarrollo de la vida urbana se ha superpuesto a la situación anterior, debido fundamentalmente a la liberalización de las costumbres sociales y al avance de la economía industrializada, lo cual ha permitido una vida más libre a las mujeres. No obstante ser un problema general -o continental- su regulación jurídica ha sido extremadamente tardía. Durante mucho tiempo brilló como estrella solitaria, el *Estatuto de las Uniones de Hecho No. 444 de 29 de octubre de 1947* de Guatemala.

9. Esta situación exponía a las mujeres y a los hijos de la unión a una extrema debilidad: el hombre era el que manejaba el dinero (*bread winner*, el que ganaba el pan), a su nombre se escrituraban las propiedades y no tenía prácticamente obligación alguna hacia su familia informal. La mujer tenía funciones de cuidadora del hogar (*house keeper*).<sup>2</sup> Si ellos eran expulsados del hogar, solo cabía intentar un juicio por enriquecimiento sin causa o por la presencia de una sociedad de hecho, lo cual no siempre era exitoso y el desenlace era el rechazo a cualquier reclamo. Recién en los últimos 20 años se ha materializado en nuestro continente la preocupación social por obtener una regulación jurídica justa: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, han incorporado normas en sus ordenamientos jurídicos, ya sea en las Carta Magnas, en sus Códigos Civiles, Códigos de Familia, o en leyes especiales. Se ha llegado con estas reformas a una situación algo paradójal: las uniones de hecho han dejado de ser “de hecho” para formalizarse. O dicho en otros términos: si se desea adquirir derechos y exigir obligaciones emergentes de una relación concubinaria ésta deberá formalizarse mediante procedimientos muy variados: por mutuo acuerdo, por denuncia de uno de los concubinos o por reclamo de los herederos o terceros interesados en la sucesión.

---

<sup>2</sup> Son rezagos de modelos de la familia patriarcal, de la que el concubinato fue el último exponente. Este modelo ha transitado de un rol de la mujer que se ceñía a *children, kitchen and church* (niños, cocina e iglesia), se ha pasado al ejercicio de derechos iguales a los del hombre. Santos Belandro, Ruben. *Acreditación internacional de las uniones de hecho a la luz de la ley No. 18.246 de 18 de diciembre de 2007*. Asociación de Escribanos del Uruguay. 2008.

Las relaciones concubinarias de puro hecho no dejarán de existir, pero quedarán arrinconadas a casos excepcionales.

10. Las uniones de hecho presentan dos problemas a los efectos sucesorios: el primero, hace referencia al de uniones de hecho heterosexuales registradas y a las no registradas; y el segundo problema refiere a la ampliación de la figura “uniones de hecho” a las parejas del mismo sexo.

### 1) Uniones de hecho heterosexuales registradas y no registradas

11. Acá cabe analizar dos subcategorías:

A) *en cuanto a las uniones de hecho registradas*, en principio tendrían eficacia internacional y por ende, cualquiera que fuere el Estado donde hayan sido formalizadas podrán hacerse valer en el Estado donde se tramite la sucesión. El problema puede presentarse en cuanto a que el tratamiento de las uniones de hecho en el continente no es homogéneo: hay países que equiparan o asimilan en forma prácticamente total las uniones de hecho al régimen personal y patrimonial del matrimonio, incluyendo el sucesorio; otros en cambio, retacean esta asimilación y regulan aspectos puntuales a estipular en un acuerdo o contrato a celebrar por la pareja. De todos modos, existe una muy amplia mayoría de legislaciones que le concede a la concubina o al concubino derechos sucesorios en caso de fallecimiento de su pareja. En Uruguay -donde es posible registrar una unión de hecho aun estando casados con terceras personas- es factible que por la fecha de adquisición de un patrimonio, se presenten concomitantemente a la sucesión del o de la causante, la o el cónyuge y la o el concubino.<sup>3</sup>

B) *en cuanto a las uniones de hecho no registradas*: es muy común que acontezca que una pareja tenga una vida en común durante décadas, críe sus hijos y fallezca sin haberle dado una mínima importancia a la formalización de su concubinato. Esta situación no debería constituir un inconveniente si en la tramitación sucesoria puede probarse la vida en común durante el plazo indicado por la ley del lugar donde se tramita la sucesión. Como hemos mencionado, Uruguay permite en su nueva legislación, que ante un concubinato no registrado y habiendo fallecido uno o los dos concubinos, los herederos o “terceros interesados” puedan solicitar ante el juez de la sucesión, el reconocimiento del concubinato. El art. 4 de la ley No. 18.246 de 2007 afirma lo siguiente:

*podrán promover la declaración judicial de reconocimiento de la unión concubinaria, los propios concubinos, actuando conjunta o separadamente. Cualquier interesado, justificándolo sumariamente, podrá asimismo promover la acción de reconocimiento de la unión concubinaria, una vez declarada la apertura legal de la sucesión de uno o ambos concubinos.*

<sup>3</sup> Santos Belandro, Ruben. *Acreditación internacional (...)* Op. cit.

12. En la hipótesis de una sucesión transfronteriza habrá que ver si ésta es unitaria o fragmentada. En el primer caso, declarada la unión concubinaria por el juez de la sucesión, dicha declaración debería tener efectos extraterritoriales. En Uruguay, por ejemplo, no interesa que los fallecidos además estén casados con terceras personas, pero chocaría con las legislaciones de aquellos países donde para la declaración de concubinato se requiere que las personas sean solteras, viudas o divorciadas, o al menos hayan procedido a la separación de los bienes de la sociedad conyugal y a otorgar la partición correspondiente.

## 2) Uniones de hecho entre personas del mismo sexo, registradas o no

13. La gran polémica de los últimos años ha consistido en determinar si a las personas del mismo sexo se les puede reconocer una unión concubinaria. La tendencia mayoritaria de los Estados que no aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido la de permitirles el reconocimiento de un concubinato, como medio de establecer una “valla” al acceso al matrimonio, el cual queda confinado para las parejas heterosexuales. A pesar de los obstáculos que puedan interponerse, para los involucrados esto solo sería un primer paso para que - mediante la lucha por sus reivindicaciones- pueda obtenerse a mediano plazo, un trato igualitario para todas las personas sin atender su sexo, tanto para ingresar a un concubinato como para casarse. Generalmente basan su reclamo en el principio de no discriminación<sup>4</sup>, contenido a título de ejemplo, en el art.3 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)*, suscrita en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1998, que reza así:

*Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones*

---

<sup>4</sup> “La lucha contra la discriminación encuentra su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, que ha sido siempre uno de los postulados básicos del constitucionalismo y cuyo bien jurídico protegido es la idéntica dignidad de todos los miembros del cuerpo político. Desde sus primeras formulaciones en el s. XVIII hasta nuestros días este principio ha experimentado una notable evolución en varios frentes. Podría decirse que los principales avances registrados se inscriben en el tránsito interminable que, partiendo de una igualdad formal, pretende alcanzar la igualdad material. A resultas de ese impulso, su originario sentido como igualdad en la aplicación de la ley convive ya en la actualidad, con otro más incisivo que postula también la igualdad en el contenido de la ley”. Se trata de un principio que tiene existencia independiente pero accesoria por cuanto “no puede invocarse aisladamente sino que debe combinarse siempre, con un derecho expresamente reconocido”. Santamaría Arinas, René y Bolaño Piñeiro, Ma. Carmen. *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Madrid. 2015. p. 759 en adelante. Los autores agregan respecto de dicho Convenio: “el art. 14 no pretende prohibir toda distinción, pues hay situaciones que reclaman diferencias de trato. Lo relevante es que el art. 14 no impide una diferencia de trato si ésta se basa en una apreciación objetiva de circunstancias de hecho esencialmente diferentes y si, inspirándose en el interés público, vela por un justo equilibrio entre la salvaguarda de los intereses de la comunidad y el respeto de los derechos y libertades garantizados por el Convenio. Por tanto, lo que se prohíbe es la discriminación, o lo que es lo mismo, las distinciones arbitrarias. El problema entonces consiste en saber cuándo una diferencia de trato es lícita y cuándo es arbitraria. Los criterios a aplicar (...) se han sistematizados en torno a dos elementos principales que son: la existencia de una situación análoga o comparable y la ausencia de justificación objetiva razonable”. p. 766.

*políticas o cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*<sup>5</sup>

14. Si el causante tenía una relación concubinaria de las características anotadas, la suerte de su reconocimiento quedará condicionada a la determinación de bajo qué ley y ante qué juez se ha tramitado la sucesión, y qué característica tiene esta última. Si la sucesión es unitaria, y en el lugar donde se tramita se reconoce la unión concubinaria entre personas del mismo sexo, ello chocará inevitablemente con aquellos países donde dicha unión es rechazada, lo cual conducirá a que el Estado que rechazó la declaratoria de herederos formulada en el extranjero, inicie un nuevo trámite sucesorio sobre el patrimonio situado localmente y de acuerdo al Derecho local. Si en cambio se admite el sistema de la fragmentación sucesoria, la suerte del concubinato entre personas del mismo sexo tendrá una suerte variada: válido bajo algunas legislaciones y desconocido en otras, constituirá una decisión judicial claudicante. La Constitución de Honduras contiene el inc. 4 del art. 112 que es claramente prohibitivo del reconocimiento de las uniones y del matrimonio entre personas del mismo sexo:

*se prohíbe el matrimonio y la unión de hecho entre personas del mismo sexo.*

Por el contrario: Uruguay, según la ley No. 18.246 de 2007 sobre unión concubinaria, establece en el art. 2 una posición no solo opuesta a la anterior, sino muy amplia. El referido artículo dice así:

*a los efectos de esta ley, se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas –cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí, y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1, 2, 4 y 5 del art. 91 del Código Civil.*

15. Una vez fallecido uno de los concubinos y si éste muere *ab intestato*, hasta hace poco tiempo se comenzaba por el siguiente orden de llamamiento: los hijos legítimos y/o naturales; a falta de posteridad le sucederán los ascendientes de grado más próximo, sean legítimos y/o naturales cuando ha mediado reconocimiento anterior al fallecimiento del causante, y *a su cónyuge*. La ley 18.246 citada, modificó esta última solución en el art. 10, de la siguiente manera:

*existiendo cónyuge supérstite concurrirá con el concubino, integrando la misma parte y en proporción a los años de convivencia.*

---

<sup>5</sup> El art. 1 obliga a los Estados Parte a tomar todas las medidas necesarias para “la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

### III El matrimonio

16. En líneas generales, el matrimonio sigue los lineamientos de la unión de hecho a los efectos sucesorios. El primer problema a debatir, es determinar qué ley deberá establecer si hay matrimonio y si éste es válido. La mayor parte de los países del continente se inclinan por aceptar como ley reguladora del matrimonio la del lugar de celebración, aun cuando existen algunos que continúan aceptando el criterio de la nacionalidad.

17. *El matrimonio entre personas del mismo sexo.* En cuanto a quiénes pueden contraer matrimonio una amplísima mayoría reconoce únicamente el matrimonio heterosexual aun cuando lenta y progresivamente se van incorporando países que comienzan a aceptar el matrimonio entre personas del mismo sexo. No obstante y como hemos dicho, existen casos como el de Honduras con cláusulas prohibitivas respecto de dichas uniones, nada menos que en su Carta Magna, lo cual obstaculizará la circulación internacional de una sucesión que tenga contactos con dicho país.

En el caso de Uruguay, y como un derivado lógico del principio de no discriminación, entendido en el sentido más amplio posible, se ha institucionalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo, habiéndose modificado el Código Civil por medio de la ley No. 19.075 de 2013, de la siguiente manera:

*Art. 83. El matrimonio civil es la unión permanente con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo. (...)*<sup>6</sup>

18. *El matrimonio poligámico.* El matrimonio poligámico no es desconocido en la América indígena. A título de ejemplo, el pueblo Wayú ubicado en la península de La Guajira de Colombia, tiene costumbres donde se admite la poligamia. Puede decirse que es el modelo preferido de matrimonio en esta comunidad, considerado como un signo de riqueza y señal de prestigio. En los matrimonios poligínicos las esposas generalmente viven aparte, cada una con su propia madre y hermanos en un arreglo matrilocal. El hombre pasa generalmente la mayor parte del tiempo cerca de la última esposa, pero no abandona a las precedentes a quienes realiza visitas regulares.<sup>7</sup> Esta mención no deja de parecer extraña para quienes hemos sido ideologizados por la doctrina europea proveniente del Código Napoleón (en definitiva del hombre blanco), sin embargo, el respeto a las culturas ancestrales ha inclinado a los Estados con poblaciones aborígenes a tomar en cuenta sus costumbres y su visión del mundo.

---

<sup>6</sup> Argentina ha aprobado por ley No. 26.618 y Decreto 1054/10, el matrimonio igualitario, que sustituye el art. 172 del Código Civil incluyendo un segundo inciso que se expresa así: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

<sup>7</sup> Ver. Santos Belandro, Ruben. *Derecho Civil Internacional y de Familia*. Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo. 2013. 2ª edición. p. 233.

19. Aparte de esta situación, también es posible que incidan en las sucesiones unitarias los matrimonios poligámicos celebrados en países donde dicha forma de unión es admitida. La situación es muy común en Europa y menos frecuente en América Latina, debido a que la emigración masiva se está operando desde África y Medio Oriente hacia el viejo continente, pero nuestra región no está exenta de estas repercusiones.

¿Qué hacer si un hombre deja parte de su patrimonio en nuestro continente y al fallecer se presentan las cuatro esposas, máximo admitido por la ley coránica? El primer gesto fue de rechazo considerándose las como costumbres repugnantes, pero con el paso del tiempo las consideraciones han cambiado. Solamente en Italia ya existen no menos de 10.000 matrimonios poligámicos de musulmanes extranjeros. Además de esta situación de hecho, que el Estado no puede desconocer al ser parte integrante de su población, inciden otros factores como que el desconocimiento de los efectos matrimoniales perjudicará a la parte más débil de la relación, o sea a la o las mujeres. Por tal motivo se les ha permitido a las mujeres acceder a la sucesión del cónyuge único y repartir por partes iguales el derecho que tiene una sola mujer a la herencia o a la porción conyugal. O a reclamar en conjunto, la indemnización por la muerte del marido a consecuencia de un accidente de tránsito.

El matrimonio poliginico afecta la igualdad de los esposos: el hombre puede casarse hasta con cuatro mujeres pero la mujer no. Por otro lado de acuerdo al art. 47.2 del Código del Estatuto Personal de Siria “el matrimonio de la musulmana con un no musulmán es nulo”, pero los hombres pueden casarse con mujeres del Libro (judías o cristianas) en cuanto son personas que han participado de la trasmisión del Libro por parte de Dios, Libro que se cierra con El Corán. Por tanto si una mujer musulmana se casa en Occidente con un no musulmán y ella fallece, si se tramita una sucesión única en Siria, o una sola sucesión local, por cuanto únicamente tiene bienes allí, el marido no podrá acceder a la sucesión de su esposa.

20. Iberoamérica no está exenta de recibir los efectos de estas diferentes situaciones si acepta el régimen de la sucesión única, por lo que sería conveniente adoptar una postura común que no perjudique a los integrantes más débiles de la relación sucesoria. Podría pensarse en la creación de un orden público regional a intervenir cuando el principio de igualdad entre los esposos se vea afectado.

#### **IV** **La filiación**

21. Cinco son las filiaciones que influyen en el campo sucesorio: la filiación biológica (matrimonial o extramatrimonial), la filiación adoptiva, la filiación proveniente de una

maternidad subrogada, la adopción por personas del mismo sexo y la filiación proveniente de una unión poligámica.

22. **La filiación biológica:** en nuestro continente ya no existe una diferenciación entre hijos matrimoniales o extramatrimoniales para acceder a la sucesión de sus progenitores en forma igualitaria. Se trata de la aplicación del principio de no discriminación que hemos mencionado. Sin embargo, la situación no está del todo resuelta en el caso de una sucesión internacional unitaria tramitada en un país extracontinental donde dicha discriminación aun permanezca y quiera hacerse valer en los países iberoamericanos que reconocen la igualdad de derechos. En los países islámicos, por ejemplo, la mujer hereda la mitad de lo que hereda un hombre (y el testimonio de una mujer vale la mitad del de un hombre, por lo que deberá sumarse el testimonio de dos mujeres para igualar el testimonio de un hombre). Dicha sucesión tendrá eficacia extraterritorial en los países de la misma religión, pero será desconocida en aquellos donde la mujer y el hombre gozan de iguales derechos civiles, obligando por consiguiente, a realizar tantas sucesiones locales como países rechacen la solución islámica.

Por otro lado, los hijos extramatrimoniales del hombre solo pueden ser reconocidos si el hombre lo desea; si se niega a ello, el hijo no tiene posibilidad de iniciar una acción de investigación de la paternidad, ni existe posibilidad alguna de que el juez actúe en tal sentido. Pero en una sucesión unitaria, el hijo excluido podrá comparecer ante cualquier sede judicial de América Latina, para que en la sucesión se le reconozca la calidad de hijo y pretender parte del patrimonio local.

23. **La filiación adoptiva:** por lo general, en los casos de adopción plena, los hijos adoptivos concurren en igualdad de condiciones a la sucesión de su o sus padres adoptantes.

Nuevamente se presenta el problema de la tramitación de una sucesión unitaria en un país extracontinental donde la adopción está prohibida. Por acontecimientos producidos en tiempos de Mahoma, El Corán tiene estampada la prohibición de la adopción como medio de constituir una filiación. Para la hipótesis de niños desamparados por algún motivo, solo existe la *kafala* por medio de la cual una persona adulta asume el cuidado y protección del niño, figura que debe ubicarse dentro de la categoría “medios de protección de los incapaces” y no dentro de la categoría “filiación”.

24. Continuando con la hipótesis de una sucesión unitaria, si el o los causantes han adoptado a un niño (en algún país donde se permite la adopción), el adoptado no será reconocido a los efectos sucesorios en los países islámicos donde existan bienes del causante. Fácilmente se comprenderá que esta solución conducirá como en el apartado anterior, a la tramitación de sucesiones locales.

25. **La filiación por maternidad subrogada:** durante siglos ha permanecido vigente el aforisma latino *mater semper certa est*, por cuanto siempre se sabía quien era la madre por su participación en el parto y el nacimiento consiguiente de un niño; el cual se vio acompañado por otro aforisma: *pater is est quem nuptiae demonstrat*, padre es quien demuestre estar casado con la madre. El primero constata un hecho, el segundo solo presume una situación.

26. Pues bien, a partir de las prácticas de maternidad subrogada ya no se sabe a ciencia cierta -o con la claridad de antaño- quién es realmente la madre y, por consiguiente, quién es el padre. Porque ahora se habla de muchas madres: *madre plena* (la que concibe en su seno un bebé propio); *madre genética* (la que aporta el óvulo y por consiguiente, los cromosomas); *madre gestante* (la que anida un embrión ajeno durante 9 meses); y *madre social o legal* (aquella que sin ser madre ha participado de un “proyecto parental” en el que otra u otras mujeres se han encargado de la “tarea” de engendrar a un bebé). Al día de hoy ¿cuál es la verdadera madre? Porque adviértase que a todas ellas se las denomina “madre”.

27. Las soluciones han sido muy dispares: para algunas legislaciones solo será considerada como madre aquélla que participó en el parto, continuando por ende, con el principio secular; para otras será la que aportó el óvulo y generó un embrión con la contribución del hombre, pareja de la comitente; o incluso, podrá ser reconocida como madre, la comitente que diseñó junto con su pareja o en soledad, un “proyecto parental”. A partir de la expansión de esta práctica el parentesco biológico –y el orden de llamamiento elaborado por la mayoría de los Códigos Civiles- ya no es más decisivo en la vida familiar, en tanto que “el parentesco es reemplazado por la apariencia de paternidad” o de maternidad. Esta situación influirá fuertemente sobre el orden de llamamiento hasta ahora basado fundamentalmente en el parentesco por la sangre.<sup>8</sup>

28. Agréguese a este problema mayúsculo, el hecho que también el padre biológico puede no llegar a ser el hombre integrante de la pareja (por impotencia, esterilidad, espermatozoides perezosos o transmisores de enfermedades, etc.). Hasta el momento y frente a esta última situación, las legislaciones han resuelto la cuestión de una manera simple y draconiana: el donante de espermatozoides deberá tener la calidad de anónimo y será considerado como padre quien intervino en el “proyecto parental”. Solo algunas legislaciones europeas están permitiendo en la actualidad, que se levante el anonimato *con el consentimiento de ambas partes*, agregando que ello no implicará ningún derecho sucesorio recíproco o de alimentos.

---

<sup>8</sup> Larralde, Jean-Manuel. *Famille et Convention Européenne des droits de l'homme*. CRDF. No. 11. 2013. p. 24.



29. Ante la situación de la mujer que no puede engendrar, Uruguay permite la práctica de la maternidad subrogada solo por motivos compasivos, y únicamente con una hermana o con una cuñada de ella o de su pareja. La ley No. 18.167 de 2013 de reproducción médicamente asistida establece en el art. 28 lo siguiente:

*Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean éstos propios o de terceros, para su gestación en el útero de otra mujer, obligando a ésta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.*

*Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no puede gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad o de su pareja en su caso, la implantación y gestación de embrión propio.*

*Entiéndese por embrión propio, aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola, por su óvulo.*

Véase lo curioso de la situación y cómo influirá en las sucesiones posteriores:

- si el engendramiento se llevó a cabo con la colaboración de una hermana o de una cuñada de ella o de la pareja, el o los bebés serán considerados como hijo o hijos de la pareja comitente;
- pero si el engendramiento se practicó con cualquier otro familiar (abuela, tía, prima hermana, etc.) o con una persona extraña, el niño tendrá la filiación de quien intervino en el parto.

30. Como puede apreciarse, un idéntico procedimiento biotecnológico utilizado en las dos situaciones, tiene consecuencias jurídicas radicalmente diferentes, según las personas que intervengan. Las consecuencias sobre la sucesión serán altamente distorsionantes:

- la persona nacida por maternidad subrogada “autorizada” será considerada hija de la pareja comitente en la sucesión de esta última, aun cuando tenga los cromosomas de una mujer ajena a la misma;
- en tanto que la persona nacida por un igual procedimiento biotecnológico pero “no autorizado”, donde intervino a título de ejemplo, la abuela de uno los comitentes, será considerada a los efectos sucesorios (legalmente) hija de la abuela, hermana de uno de los comitentes y cuñada del otro comitente, quienes son sus padres cromosómicos.

Los efectos distorsionantes son altamente preocupantes y quizás fuera necesaria una solución que permita la maternidad subrogada sin restricciones, sin perder el objetivo de obstaculizar el denominado “turismo procreativo”, y proteger en todo momento la dignidad de la madre “de alquiler” con la finalidad de impedir su cosificación (por el gobierno, por la sociedad y por el propio marido en cuanto en Derecho comparado se exige que sea casada).

31. **La filiación proveniente de una unión poligámica.** La doctrina uruguaya desde antiguo, ha sostenido que la categoría “filiación” debe ser considerada separada de la categoría “matrimonio”. Por tanto, si en una sucesión tramitada en Uruguay se presenta un hijo de un matrimonio poligámico de un musulmán, para la consideración de la calidad de hijo matrimonial basta con que haya nacido de un matrimonio válido. *Ergo*: si el matrimonio se

regula por la ley del lugar de celebración y si ha sido celebrado en un país que admite el matrimonio poligámico, entonces el hijo es indiscutiblemente matrimonial. Pero el lazo filiatorio no se contrae con las cuatro mujeres (esposas del causante) sino con la que lo engendró. Al día de hoy, con el emparejamiento existente entre los hijos producto de un matrimonio o ajenos a él, el problema pierde dimensión, pero no está demás realizar la puntualización precedente.

32. ***La filiación proveniente de una adopción por parejas del mismo sexo.*** La comunidad internacional de los Estados se halla profundamente dividida en cuanto a permitir a las parejas del mismo sexo adoptar menores de edad, especialmente basada en la necesidad de que el niño tenga ambos referentes en su formación: el masculino y el femenino. Si tales parejas han adoptado uno o varios niños en Estados donde se admite dicha adopción, el o los adoptados deben comparecer a la sucesión con los derechos que le conceda la ley aplicable a la misma. En esta hipótesis debemos realizar una interpretación *pro homine* o favor persona, o dicho de otro modo: el adoptado no puede verse perjudicado por decisiones tomadas por otras personas y no corresponde por tanto, interponer la excepción de orden público internacional para impedir que comparezca a la sucesión si ésta se tramita en un Estado cuya legislación prohíbe o no regula tal clase de filiación<sup>9</sup>

#### IV

### **Cambio de nombre de pila por razones de género y cambio del orden de los apellidos por voluntad de los progenitores**

33. Tanto el nombre de pila como los apellidos forman parte de la personalidad de los individuos. Su estabilidad ha sido consagrada como medio de facilitar el control estatal y de respetar precisamente ese deseo personal de identidad. Sin embargo, las legislaciones cada vez más frecuentemente van aceptando dos nuevas situaciones: el cambio de nombre de pila por razones de cambio género y el cambio del orden de los apellidos de los hijos por voluntad de sus progenitores.

34. ***Cambio del nombre de pila por razones de cambio de género:*** a fines del s. XX y comienzos del s. XXI es perceptible observar una crisis de identidad tanto del sexo femenino como masculino. En aquellas legislaciones que admiten el cambio de género con o sin intervención quirúrgica de aquellas personas que padecen de disforia sexual, o sea de rechazo hacia su propio sexo, se consagra como derivado lógico de dicho reconocimiento, el cambio de

---

<sup>9</sup> Santos Belandro, Ruben. *Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el Derecho internacional privado comparado. El testamento vital.* Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo. 2012. 2ª edición. p. 184 y ss.

nombre de pila de la persona, de modo que si opta por el género femenino pase a llamarse Rosa en lugar de Miguel, y si se produce la situación inversa, pase a llamarse Joaquín en lugar de Mariana. Los apellidos quedan intactos por cuanto el cambio de género operado no los afecta.

35. Sin embargo, pueden presentarse algún problema si esta persona está casada heterosexualmente, por cuanto surge la duda si la anotación colocada en la partida de nacimiento del o de la afectada, también debe llevarse a cabo en las partidas de matrimonio (ante lo cual indirectamente se estaría consagrado un matrimonio entre personas del mismo sexo: una de estas personas con un sexo “biológico” y otra con el mismo sexo pero “legal”), e incluso en las partidas de nacimiento de los hijos nacidos de ese matrimonio heterosexual. La práctica ha consistido en alterar solo la partida de nacimiento de la persona involucrada en el procedimiento (dejando a salvo la posibilidad de que el o la cónyuge solicite el divorcio), y permanecerán intactas las partidas de nacimiento de los hijos (también terceros ajenos a la problemática), porque una anotación marginal de tal tenor puede llegar a considerarse ofensiva para ellos.

El art. 3 de la ley No. 18.620 de 2009 establece que

*se hará lugar a la adecuación registral de la mención del nombre y en su caso del sexo, toda vez que la persona solicitante acredite: 1) que el nombre, el sexo –o ambos- consignados en el acta de nacimiento del Registro de Estado Civil son discordantes con su propia identidad de género.<sup>10</sup>*

**36. Cambio del orden de los apellidos por voluntad de los progenitores:** con la finalidad de no perpetuar situaciones de predominio masculino o femenino, existe una tendencia en las legislaciones estatales de aceptar el cambio del orden de los apellidos de los hijos por parte de sus progenitores colocando primero el patronímico (en los países donde el matronímico se coloca en primer lugar, caso de Portugal y Brasil) o a la inversa (caso de los países de influencia hispana). Esa elección debe realizarse a partir del primer hijo y todos los demás deberán seguir el mismo criterio. Este cambio de legislación se ha producido también en el Derecho uruguayo a raíz de la sanción de la Ley No. 19.075 sobre matrimonio igualitario de 10 de abril de 2013, debido a la circunstancia de que no podía establecerse un apellido matronímico o patronímico en la hipótesis de un matrimonio entre dos hombres o dos mujeres. Por tanto el cambio ha sido general y se ha concretado en el art. 27.1 2 de la citada ley que lo explicita de la siguiente manera:

---

<sup>10</sup> Argentina en la ley No. 26.743 de identidad de género, establece claramente en el art. 7 que: “los efectos de la rectificación de sexo y el/los nombres de pila realizados en virtud de la presente ley, serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s. *La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona, con anterioridad a la inscripción de cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del Derecho de familia en todos órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificadas, incluida la adopción*”. (Énfasis agregado).

1. El hijo habido dentro del matrimonio heterosexual llevará como primer apellido el de su padre y como segundo el de su madre. Los padres podrán optar por invertir el orden establecido precedentemente siempre que exista acuerdo entre ellos.

2: El hijo habido dentro del matrimonio homosexual llevará los apellidos de sus padres en el orden que ellos opten expresamente. En caso de no existir acuerdo, el orden de los apellidos se determinará por sorteo, al momento de la inscripción, realizado por el Oficial de Estado Civil.

37. ¿Cuál es la incidencia de las situaciones examinadas en los dos párrafos anteriores sobre la tramitación sucesoria? Podríamos decir que de todas las hipótesis analizadas precedentemente es la menos preocupante. En el primer caso -de cambio de nombre propio- si quien cambió de nombre comparece a la sucesión en base a un orden de llamamiento *ab intestato*, bastará relacionar el testimonio de la partida original, el procedimiento de cambio de género y la anotación que modificó el nombre de pila, agregando los medios de prueba al legajo sucesorio correspondiente. En el segundo caso, el procedimiento será el mismo: habrá que relacionar la decisión acorde de los progenitores de cambiar el orden de los apellidos (la que generalmente consta en la partida de nacimiento), aun cuando la sucesión se tramite en un país donde impere la regla opuesta. Lo que se trata en definitiva es que a pesar de los cambios de nombre de pila, de apellidos o del orden de consignación de estos últimos, es confirmar que nos hallamos ante la misma persona.

## V

### **Factores que en las sucesiones favorecen el reconocimiento de las situaciones examinadas y factores que obstaculizan su reconocimiento**

38. Del somero análisis realizado acerca de la incidencia de las nuevas situaciones personales sobre la institución sucesoria, fácil es ver que existen tanto factores que favorecen su reconocimiento como factores que lo obstaculizan. Examinaremos brevemente por separado cada una de las dos hipótesis.

#### **1) Factores que favorecen el reconocimiento de las situaciones examinadas a los efectos sucesorios**

39. *Los derechos adquiridos:* aceptados ya en la estatutaria medieval, el reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero tuvo su ascenso como un factor de justicia, para luego ser defenestrados, argumentando que su recurso obedecía a una metodología demasiado basta y rudimentaria y que con la evolución metodológica acontecida en el Derecho internacional privado ya no sería necesario mantenerla dentro de las herramientas a utilizar por nuestra disciplina. Sin embargo su fortuna nuevamente ha cambiado, lo que le ha permitido disfrutar de una nueva vida, debidamente maquillada a través del denominado “método del

reconocimiento”, que está siendo adoptado en la Unión Europea dentro de su proceso de integración jurídica, política y económica.

40. El “método de reconocimiento” establece que aquellos derechos creados en el Estado miembro de origen A, deben tener eficacia internacional en los Estados miembros B, C o D, sin que estos últimos puedan utilizar sus reglas de conflicto o incluso el procedimiento de exequátur. El argumento esencial se basa en señalar que si una persona, una pareja o unos niños, han vivido durante un tiempo más o menos prolongado en base a un status reconocido (aun cuando sea de hecho) en su país de origen y luego se trasladan a otro con normas diferentes, no debería aplicarse la regla de conflicto del Estado al que se trasladaron, porque hay que privilegiar el mantenimiento de dicho status, el cual podría verse seriamente quebrantado por un cambio legislativo.

41. Si aplicamos el “método del reconocimiento” a las sucesiones, sin duda este método puede ser alentado en una región que resulta particularmente comprometida en un fuerte proceso de integración, donde se intenta recrear lo que los europeos denominan: “un espacio de libertad, seguridad y justicia”.<sup>11</sup> Pero, respecto del resto del mundo, cuando el Estado receptor de dicho status no ha asumido ninguna obligación con el Estado de origen, no cabe duda alguna que algún tipo de control deberá realizar, por lo menos deberá comprobar si el status obtenido no choca a su orden público internacional, o si dicho status no ha sido obtenido *in fraudem legis*, con lo que se reavivan los inconvenientes de su circulación internacional.<sup>12</sup>

42. **Los derechos humanos.** Ya hemos señalado al comienzo, la expansión, diversificación y profundización en el reconocimiento de los derechos humanos luego de la segunda posguerra, pero principalmente en las últimas décadas. Y hemos citado como uno de los principios más recurridos, el de no discriminación por razones, de sexo, edad, religión, origen, etc. En la

---

<sup>11</sup> Fernández Rozas, José Carlos. *El espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución europea*. Revista Jurídica Española La Ley. 2004. 4. D-195. p. 1867-1881. Linde Paniagua, Enrique. *El significado del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión en la Constitución europea*. Revista de Derecho de la Unión Europea. No. 10. 1er. Semestre. 2006. p. 17-34. Poillot-Peruzzetto, Sylvaine. *Le défi de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Paris. 2008. p. 581-599.

<sup>12</sup> Bergé, Jean-Sylvestre. *La reconnaissance mutuelle en matière civile et commerciale: questionnements de Droit international privé européen*. Le principe de reconnaissance mutuelle. Actes du Colloque de Strasbourg. 2008. Kholer, Marius y Bushbaum, Markus. *La “reconnaissance” des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières. Réflexions critiques sur un approche douteuse entamé dans l'harmonisation des règles de conflits de lois*. Revue Critique de Droit International Privé. 90. 2010. 4. p. 629-651. Lagarde, Paul. *Développements futurs du Droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*. RabelsZ Bd 68. 2004. p. 225-243; Idem. *Introduction au thème de la reconnaissance des situations: rappel des points les plus discutés*. La reconnaissance des situations en Droit international privé. Paris. 2013. p. 19-24. Idem. *la reconnaissance: mode d'emploi*. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon. Op. cit. p. 481-501. Mayer, Pierre. *Les méthodes de la reconnaissance en Droit international privé*. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le Droit international privé: esprit et méthodes. Paris. 2005. p. 547-573. Pamboukis, Charalambos. *La rennaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance*. Revue Critique de Droit International Privé. 97. 2008. 3. p. 513-650.

temática bajo comentario, además del principio citado, afloran otros: el de la igualdad de sexo; el de la igualdad en materia filiatoria; el de la libertad para contraer un concubinato o un matrimonio sin restricciones por razones de sexo; la posibilidad de crear un “proyecto parental” para tener un hijo, cuando el o los integrantes de la pareja comitente fallan en concretar dicha posibilidad; el derecho a la intimidad (y por ende a la no injerencia) en la vida familiar; el derecho a cambio de género; etc.

En definitiva debería prevalecer en toda situación una interpretación *pro homine* o pro persona. “Se utiliza como derivado del principio *pro homine* la ‘directriz de preferencia de normas’, conforme a la cual el intérprete debe optar siempre por la norma que mejor proteja el derecho, la que le da mayor alcance o la que le da una mayor efectividad”. Y este criterio debería avalar la circulación internacional de las situaciones jurídicas, incluso en materia sucesoria. Así por ejemplo, un concubinato no registrado conformado en el extranjero, donde los concubinos pasan a residir a Uruguay y uno o los dos fallecen, es posible que el juez de la sucesión los declare en concubinato tomando en consideración la comunidad de vida llevada a cabo en el extranjero.<sup>13</sup>

43. Sin embargo hay un problema de fuste y éste radica en que la mayoría son derechos humanos reconocidos en Occidente, y algunos de ellos solo por un pequeño número de países, ante lo cual no gozan de uniformidad en su aceptación. La constatación puede sorprender porque siempre se alude a los derechos humanos como derechos absolutos y universales, cuando en realidad no lo son; y cuando examinamos los casos concretos podemos ver cómo en el propio Occidente hay países que aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo y otros que lo rechazan; unos que aceptan al transgénero y otros que rehúsan aceptarlo; etc.

44. El problema se agrava cuando la sucesión involucra legislaciones que obedecen a culturas jurídicas diferentes. El caso más evidente al día de hoy lo constituye la voluntad de Occidente de extender su cultura y su concepción de los derechos humanos a todo el orbe y la firme postura de los países musulmanes de oponer resistencia ante lo que consideran el peligro de un imperialismo jurídico. Luca Baccelli ha mencionado que: “la historia de la elaboración del lenguaje de los derechos y también la historia de la atribución a los mismos de un valor

---

<sup>13</sup> Risso Ferrand, Martín. *Guía para la resolución de casos de Derecho constitucional y derechos humanos*. Montevideo. 2017. p. 16. Agrega además: “ya no es relevante desde el punto de vista práctico, ni la determinación del rango jerárquico respecto al Derecho interno del Derecho internacional de los derechos humanos, ni qué fuente es la que prima. Esto queda relegado a discusiones académicas, pues la ‘directriz de preferencia de normas’ soluciona definitivamente la cuestión”. Tovagliari, Fernando, Van Romapey, Leslie, Barbieri, Laura. *Aplicación directa de principios y normas constitucionales*. Montevideo. 2016. “el principio *pro homine* o pro persona tiene dos manifestaciones o reglas principales: preferencia de normas y preferencia interpretativa. La preferencia de normas se manifiesta de dos maneras: a) la preferencia de la norma más protectora y b) la de la conservación de la norma más favorable. (...) Por su parte la preferencia interpretativa, según anota Castilla, conlleva dar a una norma que contiene derechos humanos, su más amplia interpretación para que éstos se ejerzan o bien el mínimo alcance interpretativo posible, si se trata de limitar o suspender su ejercicio, sin dejar fuera los matices que entre ambos extremos puedan presentarse”. P. 47 y 48.

universal, es una historia típicamente occidental, hasta el punto que el propio concepto de Derecho subjetivo resulta prácticamente intraducible a otras culturas jurídicas y a otras éticas. El lenguaje de los derechos lleva consigo marcas indelebles de ‘nuestra’ tradición política y jurídica y, en particular, de aquellos acontecimientos que se desencadenan a partir de la autonomización del sistema jurídico en Roma antigua. Por ello, resulta oportuno preguntarse hasta qué punto los derechos fundamentales presentan una validez intercultural”.<sup>14</sup>

45. A todo esto, ¿es posible pensar en un diálogo entre diferentes civilizaciones? Algunos autores han considerado que los derechos humanos pueden conformar una especie de “bisagra” entre aquellos derechos producto de la cultura occidental con los derechos provenientes de los 40 países musulmanes con 1.400 millones de habitantes que tienen otra concepción de los mismos. Porque el problema no es solo la realización de una lista de derechos fundamentales sobre la cual pueda estarse de acuerdo sino el fundamento que tienen los derechos humanos en las dos civilizaciones apuntadas.<sup>15</sup>

46. En Occidente, los derechos humanos son una creación del hombre, que mediante una introspección constante examina qué derechos son necesarios reconocer para fortalecer su dignidad tan especial; además, los derechos humanos son esclavos de su tiempo, son hijos de cada época histórica. Para los musulmanes en cambio, los derechos humanos no son derechos creados por el hombre, éste no ha tenido intervención alguna en su creación, se trata de derechos concedidos por Dios (Alá) a los humanos (mediante su revelación a Mahoma, su profeta) y por tanto, son inmodificables, intangibles, traspasan los tiempos y permanecen siempre iguales a sí mismos. Teniendo en cuenta que constituyen una creación divina, el legislador no puede ni debe inmiscuirse en los mismos y mucho menos los individuos, quienes no están facultados para reconocer nuevos derechos o darles una interpretación remozada. ¿Qué diálogo puede haber entonces entre estos dos bloques? Cualquier esfuerzo de aproximación parece imposible y esto repercute en las sucesiones unitarias cuando tramitada en un país musulmán donde a las mujeres se les ha concedido menos derechos que el hombre -simplemente por ser mujeres- quiera hacerse valer en un país occidental, o cuando acontezca la situación inversa (cuando la igualdad de derechos sucesorios reconocida en Occidente quiera hacerse reconocer en Oriente Medio). La solución solo conduce a tramitar sucesiones locales.

---

<sup>14</sup> Baccelli, Luca. *Derechos sin fundamento*. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli. Madrid. 2005. 2ª edic. p. 204. “La referencia a los textos normativos, comenzando por la Declaración Universal de 1948 no basta para resolver el problema. Antonio Casesse ha demostrado cómo ya en la discusión en el seno de la ONU se hizo patente la fuerte impronta occidental del contenido de la Declaración. Cartas de derechos relativas a áreas geográficas que han permanecido durante largo tiempo ajenas a la cultura ilustrado-liberal, resultan difícilmente conciliables con el clásico individualismo liberal”.

<sup>15</sup> Dubout, Edouard y Touzé, Sébastien. *La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques*. Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques. Paris. 2009. p. 11 a 34.

47. En el ínterin se han aprobado los *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, donde el principio 3 declara lo siguiente:

*Cada uno tiene derecho al reconocimiento en todas partes, de su personalidad jurídica. Las personas con diversas orientaciones sexuales e identidades de género, gozarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida. La orientación sexual y la identidad de género definidas por cada uno personalmente, forman parte integrante de su personalidad y constituye uno de los aspectos más fundamentales de la autodeterminación, de la dignidad y de la libertad. Nadie será forzado a sufrir procedimientos médicos, comprendida la quirúrgica de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como condición al reconocimiento legal de su identidad de género. Ningún estatuto, como el matrimonio o la condición de pariente, puede ser invocado en tanto que tal, para impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Nadie será sometido a presión para disimular, suprimir o negar su orientación sexual o su identidad de género.*

El principio 24 reconoce el derecho a formar una familia:

*El derecho a formar una familia. Toda persona tiene el derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes.*

Estos Principios no tienen un carácter coactivo, lo tendrán cuando sean incorporados a las legislaciones estatales o a Convenios internacionales, pero al parecer, están marcando un rumbo u orientación en el sentido de evitar, en lo posible, cualquier tipo de discriminación.

48. En su obra titulada *Descolonizar el saber, reinventar el poder*<sup>16</sup> Boaventura de Sousa Santos ha planteado un camino para superar la cisura entre las posturas que se han adoptado, partiendo de algunas observaciones. Comienza diciendo que “la cuestión de la universalidad de los derechos humanos es una cuestión cultural-occidental. Por tanto, los derechos humanos son universales solo cuando se consideran desde el punto de vista occidental. La pregunta de la universalidad es una pregunta específica de nuestra cultura, debido a que la pregunta sobre la universalidad es la respuesta a una apreciación de totalidad”. Por ello considera al programa occidental de los derechos humanos (más que nada europeo), como la de “un localismo globalizado”. Se hace necesario para el mencionado autor trascender el debate sobre el universalismo y el relativismo cultural. Todas las culturas aspiran a tener valores y preocupaciones absolutas, pero todas son incompletas. “Si cada cultura fuera tan completa como afirma ser, habría apenas una única cultura. La idea de completud es la fuente de un exceso de sentido que parece plagar a todas las culturas. La incompletud es más visible desde afuera, desde la perspectiva de otra cultura. Elevar el nivel de la conciencia de la incompletud cultural al máximo posible es una de las tareas más cruciales en la construcción de una concepción multicultural emancipadora de los derechos humanos”. Por tanto propone un método para solucionar el problema, consistente en lo que él denomina una hermenéutica diatópica, que “se basa en la idea de que los *topoi* de una cultura individual -no importa lo fuerte que sean- son tan

<sup>16</sup> Montevideo. 2010, en el Capítulo 3, titulado “Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos”.



incompletos como la cultura misma. (...) El objetivo de la hermenéutica diatópica no es alcanzar la completud (puesto que ello es un objetivo inalcanzable) sino que por el contrario, hay que elevar la conciencia de la recíproca incompletud a su máximo posible, (y a partir de allí), entablar un diálogo con un pie en cada cultura. Aquí reside su carácter diatópico”. Creo que de Sousa Santos da en el clavo cuando afirma que solo estando en presencia de igualdad de relaciones de poder, es posible obtener una mezcla e interpenetración de preocupaciones y de conceptos.<sup>17</sup>

Las afirmaciones del prestigioso autor son perfectamente extrapolables a la actuación que debe tener una nueva conceptualización de la excepción del orden público internacional, al concebirse más como un instrumento para el diálogo interlegal e intercultural, que como modo de rechazo de las soluciones extranjeras.

## **2) Factores que obstaculizan el reconocimiento de las situaciones examinadas a los efectos sucesorios: la eventual aplicación de las excepciones de orden público internacional y de fraude a la ley**

49. A) *El orden público internacional*. Llegado a este punto de discordancia profunda entre civilizaciones -o entre concepciones de un mismo derecho, incluso en Occidente- en primer lugar es posible descartar la sucesión unitaria tramitada en el extranjero (o aquella sucesión local que pretenda cobrar créditos hereditarios), mediante la excepción de orden público internacional, en cuanto esta excepción tiene por cometido defender la identidad del Estado receptor y salvaguardar sus principios esenciales ante la sucesión tramitada en el exterior, aun cuando el criterio unánime es que corresponde utilizar la excepción con un criterio sumamente restrictivo. Por otro lado, el transcurso prolongado del tiempo y la producción de efectos por la vivencia de una situación familiar, puede llegar a debilitar la posibilidad de interponer esta excepción a la aplicación del Derecho extranjero en cuanto ya existe una situación familiar “cristalizada” en el exterior, por lo que solo cabría interponer la excepción del denominado orden público atenuado, que no reconoce la situación pero sí sus efectos.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Op. cit. p. 69. “Solo una cultura poderosa e históricamente victoriosa como la cultura occidental, puede otorgarse el privilegio de proclamar su propia incompletud sin arriesgar la disolución”. P. 83.

<sup>18</sup> Guillaume, Florence. “*O tempora! O mores!*”: *l’effet du temps sur l’ordre public en Droit international privé*. Le temps. Recueil de Travaux Offerts à la Journée et le Droit de la Société Suisse des Juristes 2008. p. 101-130. Bilyarenko precisa aun más el tema el manifestar que: “el objeto del Derecho no es el tiempo sino las relaciones sociales. Es la necesidad de regularlas, de la adquisición de un estatuto jurídico por la posesión del estado, así como en la validación del matrimonio nulo, el tiempo pasado se caracteriza por una multitud de relaciones sociales que se han tejido. Éstas son especialmente relaciones propiamente jurídicas que se han contraído sobre la base de la creencia en la validez del estatuto jurídico. Más exactamente, se trata de cristalización de la situación jurídica no por el transcurso del tiempo sino por la producción de los efectos. (...) No sería muy lógico afirmar la inexistencia de una situación jurídica en tanto que ella ha dejado una multitud de trazas bien reales en el ordenamiento jurídico, como por ejemplo, los actos jurídicos cumplidos sobre la base de esta situación”. Bilyarenko, Alexei. *La circulation internationale des situations juridiques*. La Rochelle. 2016. p. 164.

O mirar a la excepción del orden público internacional como el momento más propicio para entablar un diálogo con miras a su aproximación entre Derechos diferentes (el Derecho del foro y el Derecho extranjero designado como aplicable) y no ya más (o no ya tanto) como un mecanismo de rechazo *in limine* del Derecho extranjero. Cuando ya se ha determinado el Derecho aplicable a una sucesión internacional y dicho Derecho aplicable es extranjero, se establecerá una confrontación con el Derecho del foro, que al día de hoy tiene tintes de diálogo, de mutuo conocimiento y de acercamiento, para no trabar la circulación de las situaciones jurídicas.

50. Últimamente se le está dando virtualidad jurídica al “hecho desnudo”, al “hecho natural” donde es suficiente una vida familiar efectiva y no es necesario que la vida familiar esté organizada jurídicamente.<sup>19</sup> A título de ejemplo, ante una sustracción internacional de una menor sustraída por su padre bajo uno de los pretextos de que la progenitora no la había reconocido formalmente, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay ha decidido que bastaba la calidad de madre biológica para acreditar su derecho a la restitución. De igual modo, la doctrina de nuestro país considera que ante un concubinato no registrado en el exterior puede solicitarse su registro en Uruguay si los concubinos pasan a domiciliarse a nuestro país, acreditando la vida en común en el exterior y respetando el plazo impuesto por nuestro sistema legal. Igual proceder, acontece con la posesión de estado de hijo extramatrimonial cuando se solicite su reconocimiento en Uruguay. Se trata de proteger internacionalmente situaciones familiares ya constituidas, amenazadas de desmantelamiento por el simple cruce de una frontera. La intención es evitar estatutos claudicantes, asegurando la estabilidad del estatuto personal.

Por su parte, el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Cracovia del 20 a 28 de agosto de 2005, ha sugerido que: *“los Estados no deberían oponer el orden público al reconocimiento de la validez del principio de uniones poligámicas celebradas en un Estado que admita la poligamia. No estarán obligados a reconocer esas uniones si los dos esposos tienen su residencia habitual, desde la celebración, en un Estado que no admita la poligamia, o si la primer esposa tiene la nacionalidad de dicho Estado o su residencia habitual”*.

51. B) **El fraude a la ley.** También es posible examinar si no procede la interposición del fraude a la ley, cuando en una sucesión unitaria basada en la nacionalidad del causante o en su última residencia habitual, el *de cuius* sabiendo que tiene una muerte próxima obtiene la nacionalidad de un país o pasa a residir habitualmente en el mismo con el objetivo de agraciarse con derechos sucesorios a terceros o a determinados herederos, excluyendo a todos los demás. Si tal situación

---

<sup>19</sup> A título de ejemplo, es muy común que un padre o madre extramatrimonial inscriba como hijo suyo para la atención en los centros de salud estatales o en los establecimientos educativos sin proceder a un reconocimiento formal, igual acontece con los concubinos cuando acceden a un servicio social en tal calidad sin haberse registrado.

acontece deberá volverse a la situación anterior a la adquisición de la nacionalidad o de la constitución de la residencia habitual.<sup>20</sup>

## VII

### **La cooperación judicial internacional y el tratamiento de las sentencias y documentos notariales en materia sucesoria**

52. Al día de hoy, las sucesiones no se tramitan únicamente por vía judicial. Existe una tendencia por parte del Poder Judicial dirigida a desprenderse de la denominada jurisdicción voluntaria o graciosa y considerarla como un trámite administrativo con particularidades especiales, trasladándola por tanto y generalmente, a la órbita notarial.

La suerte de una decisión de un tribunal judicial extranjero en materia sucesoria no genera problemas en Uruguay, puesto que al tratarse de una sentencia que podemos calificar como “declarativa”, no estaría por tanto sometida al trámite del exequátur, aunque sí estaría sujeta a una traducción si proviene de un país con idioma diferente; a la apostilla o a la legalización tradicional, según que los Estados involucrados hayan ratificado o no, la Convención de La Haya sobre la apostilla<sup>21</sup>, y al examen de su contenido, para comprobar que no afecta los principios esenciales del orden público internacional del Estado receptor.

Cuando la sucesión se desarrolla ante un Notario, por ejemplo, éste autorizará un documento público luego de diversos trámites y etapas, donde se consignará quiénes son los herederos. Si se sigue la postura de una sucesión unitaria, este documento público autorizado en el país de origen tendrá eficacia extraterritorial en todos los demás Estados que hayan ratificado el Convenio. Para el caso de sucesiones fragmentadas no cabría adoptar una posición diferente. Debiéndose en cualquier caso legalizar, apostillar y eventualmente traducir el documento público notarial.

En la región contamos con un profuso número de Convenciones internacionales que favorecen la cooperación judicial internacional. Podemos citar a: la *Convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias* de 1975 y su *Protocolo Adicional* de 1979, la *Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero* de 1975 y su *Protocolo Adicional* de 1984, la *Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares* de 1979, la *Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros* de 1979, la *Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del*

<sup>20</sup> Ver el caso Fritz Mandl en Santos Belandro, Ruben. *Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional privado y su influencia sobre el Derecho regional*. Montevideo. 2015. p. 131. El citado individuo quiso instituir única y universal heredera de todo su patrimonio a su quinta esposa a pesar que tenía hijos de matrimonios anteriores y bienes en Argentina. Se trasladó a Austria, donde se domicilió y donde obtuvo la ciudadanía, y otorgó un testamento en las condiciones mencionadas, bajo el Derecho austríaco que lo permite. A los seis meses falleció de una enfermedad terminal. En Austria los herederos legítimos solo tienen un derecho de crédito contra el heredero instituido.

<sup>21</sup> Uruguay ratificó el *Convenio suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos, suscrito en La Haya el 5 de octubre de 1961* por ley No. 18.836 de 8 de noviembre de 2011.

*Derecho extranjero* de 1979, los *Tratados de Derecho Civil Internacional y Derecho Procesal Internacional* de 1889 y de 1940 y el *Código Bustamante* de 1928.

## VIII Un Registro Americano de Testamentos

53. Los Registros de Testamentos son Registros esencialmente notariales, no porque estén a cargo de su administración y funcionamiento sino porque los actos inscribibles son especialmente notariales. Ello no quita que la función de dichos Registros sea pública, y que pueda accederse a la información que puedan proporcionar acerca de los testamentos otorgados por los sujetos particulares, una vez fallecido o por decisión judicial.

54. Uruguay creó un Registro de Testamentos por Acordada de la Suprema Corte de Justicia No. 3.149 de 23 de junio de 1952 donde se inscriben los testamentos solemnes abiertos y las cubiertas de los testamentos cerrados que autoricen los Notarios, las sentencias judiciales que afecten la validez de los testamentos, y las incorporaciones efectuadas al Registro de Protocolizaciones del Juzgado de los testamentos menos solemnes y de las otorgadas por orientales en país extranjero. Su funcionamiento ha sido muy eficaz y solo esporádicamente se presentan testamentos no inscriptos o fuera de plazo.<sup>22</sup>

55. El tema es que desde el momento en que la legislación de un país acepte el testamento ológrafo (escrito y firmado de puño y letra del testador) o el testamento oral o nuncupativo, o que conste en un casete o en un CD (como lo acepta la legislación de la República Popular China)<sup>23</sup>, el Registro perderá prontamente su razón de ser, por cuanto dejará de ser estrictamente notarial (en cuanto la legislación exige en los casos comunes la intervención de un Notario que dé fe de la disposición de última voluntad). Y no solo eso, volverá imposible por factores de materialidad (como el oral) incorporarlos a un Registro cualquiera; o que en caso de un testamento escrito de puño y letra del testador en solitario (como el ológrafo), el particular que ha testado se sienta obligado a inscribirlo o sepa que es necesario cumplir con dicho trámite. Veamos algunas legislaciones:

**Argentina.** Art. 2477. El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta (...)

<sup>22</sup> La Suprema Corte de Justicia ha sancionado hasta con hasta seis meses de suspensión en el ejercicio de la profesión a los Notarios que no inscriben dentro del plazo los testamentos por ellos autorizados.

<sup>23</sup> Ley de sucesión de la República Popular China de 1985. Art. 17. El testamento notarial es el que se otorga por un testador ante un Notario. El testamento ológrafo lo escribe el testador de puño y letra, la firma y especifica la fecha de su constitución. El testamento escrito a nombre del testador deberá tener dos o más testigos, será elaborado por uno de ellos, el cual indicará la fecha y lo firmará junto con los otros testigos y el testador. El testamento en soporte sonoro será presenciado por dos o más testigos. Si se volviera a la normalidad y el testador pudiera hacer un testamento por escrito u oral, grabando los sonidos, el testamento nuncupativo no tendrá validez”.

**Bolivia.** Art. 1141. I. Los militares, policías, soldados, personal civil en servicio de la República, misioneros, exploradores, investigadores, científicos y técnicos que se encuentren o residan en fortines, campamentos o lugares alejados de centros de población pueden testar en su cartera o en papel suelto. Si lo escrito en la cartera o en papel suelto lleva fecha y firma y es todo de su propia letra, vale lo que disponga, aunque no haya testigos, comprobada que sea la autenticidad de la letra, firma y fecha. II. El testamento otorgado de acuerdo al párrafo anterior caducará pasados 30 días de haber retornado el testador a un lugar donde pueda acudir a las formas ordinarias de testar. Art. 1142. Los campesinos y otras personas que vivan en lugares distantes y sin facilidad de comunicación, pueden otorgar sus testamentos en una de las formas contenidas en este Código o hacerlo en su idioma propio sujetándose a sus usos, con tal que no sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

**Colombia.** Art. 1071. Testamento nuncupativo. En los lugares donde no hubiere Notario o que faltare este funcionario, podrá otorgarse el testamento solemne, nuncupativo, ante 5 testigos que reúnan las cualidades exigidas en este Código. Art. 1090. Testamento verbal. El testamento verbal será presenciado por 3 testigos a lo menos. Art. 1091. Declaraciones de viva voz. En el testamento verbal el testador hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones, de manera que todos le vean, oigan y entiendan. Art. 1092. El testamento verbal no tendrá lugar sino en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne. Art. 1093. El testamento verbal no tendrá valor alguno si el testador falleciere después de los 30 días subsiguientes al otorgamiento; o si habiendo fallecido antes no se hubiere puesto por escrito el testamento, con las formalidades que van a expresarse, dentro de los 30 subsiguientes al de la muerte. Art. 1094. Para poner el testamento verbal por escrito, el juez del circuito en que se hubiere otorgado, a instancia de cualquier persona que pueda tener interés en la sucesión, y con citación de los demás interesados, residentes en el mismo circuito, tomará declaraciones juradas a los individuos que lo presenciaron como testigos instrumentales y a todas las otras personas cuyo testimonio le pareciere conducente a esclarecer los puntos siguientes (...). Art. 1096 (...) No se mirarán como declaraciones y disposiciones testamentarias sino aquellas en que los testigos que asistieron por vía de solemnidad estuvieren conformes.

**Paraguay.** Art. 2618. Las formas ordinarias de testar son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado, los cuales están sometidos a las mismas reglas en lo que concierne a la naturaleza y extensión de las disposiciones que contengan, y tienen la misma eficacia jurídica. Art. 2628. El testamento ológrafo debe ser totalmente escrito, fecha y firmado de puño y letra del testador en todas sus hojas. Si por mandato del otorgante una parte del instrumento fuere de mano extraña, el acto será nulo. Art. 2636. El testamento puede ser redactado bajo la forma de una carta misiva o inserto en un libro doméstico. Las noticias o enunciaciones relativas a disposiciones testamentarias hechas en una misiva, por detalladas que fueren, no constituyen testamento si de ellas mismas no resultare lo contrario. Art. 2637. El testador puede, si lo juzgare más conveniente, hacer autorizar su testamento con testigos, ponerle su sello o depositarlo en poder de un Escribano, o usar de cualquiera otra medida que dé más seguridad de que es su última voluntad.

**Perú.** Art. 691. Los testamentos ordinarios son: el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo. Los testamentos especiales permitidos solo en las circunstancias previstas en este Título, son el militar y el marítimo. Art. 707. Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del art. 699. Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

56. ¿Puede crearse un Registro Americano de Testamentos? Ante los adelantos tecnológicos existentes en la actualidad indudablemente que sí. ¿Pero qué utilidad tendría cuando la legislación de ciertos Estados americanos permite el otorgamiento de una disposición de última voluntad sin formalidad alguna? ¿Qué ventaja tendría el hecho de ceñirlo únicamente a los testamentos “notariales”? Por otro lado, ¿cuál sería el interés en crear un “Registro Americano de Testamentos”, no solo debido a las cuestiones formales apuntadas sino también por el hecho de que generalmente son los propios interesados los que habitualmente presentan al juez en cuyo Juzgado se tramita la sucesión, el testamento que generalmente los favorece?

Además, pensar en un “Registro Americano de Testamentos” constituiría una labor incompleta geográficamente, por cuanto dejaría fuera a todos los testamentos que se otorguen fuera del

continente por personas radicadas en América Latina o por extranjeros, ante la posibilidad de que en los dos casos tengan un patrimonio en la región.

En fin, el deseo de la propia persona que dispone, puede ser el evitar los “formalismos notariales” y la obligación de que intervenga un Notario (aunque más no sea para protocolizar el testamento ológrafo o llevar a un soporte escrito el oral). Muchas veces implementar un Registro Americano de Testamentos iría contra su voluntad; y también contra la tendencia a un menor rigorismo formal plasmado en *la Convención de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias* de 1961.

57. En suma, la universalidad (o más modestamente, la regionalización) debería ser el criterio orientador para la creación de un Registro realmente útil y efectivo. Esa universalidad (o la regionalización) debería basarse sobre tres pilares:

- a) *la obligatoriedad*: de la inscripción de todas las disposiciones de última voluntad;
- b) *la totalidad*: la inscripción debería ser obligatoria para todos los testamentos cualquiera fuera su formalidad; y
- c) *la uniformidad*: respecto de las formas, o sea que todos los Estados reconozcan las mismas formalidades testamentarias.<sup>24</sup>

La existencia de tal Registro parece ser un viejo sueño del gremio notarial, pero dadas las observaciones apuntadas continuará siendo eso: nada más que un sueño.

## **IX Balance final**

58. Iberoamérica se encuentra emplazada en el mundo con lazos cada vez más estrechos con los países y regiones extracontinentales. Ya nada de lo humano le es ajeno y menos aun el tema sucesorio. Si se opta por el sistema unitario con una única ley aplicable y una sola jurisdicción competente, inevitablemente habrá choques de culturas, de civilizaciones y por ende de regulaciones legales y de interpretación de los derechos humanos. Esos derechos humanos que Occidente aspira a su universalidad deben previamente llegar a un acuerdo con otras culturas que los interpretan de otras maneras. Respecto de ellos tenemos la *Convención americana de los derechos humanos*, la regulación europeo-continental de los derechos humanos, la *Declaración Islámica de los Derechos Humanos* y la *Carta africana de los Derechos Humanos*.

---

<sup>24</sup> Para tener una visión del problema en Derecho comparado se reconocen: los testamentos solemnes abiertos, los testamentos solemnes cerrados, los ológrafos, los orales o nuncupativos otorgados ante dos testigos, los plasmados en medios sonoros, los menos solemnes o especiales (el del militar, el otorgado en situación de guerra, o en una ciudad sometida a cuarentena por motivo de una peste, los otorgados en alta mar, etc.). Algunos de ellos tienen una vida corta, cuando por ejemplo en los testamentos menos solemnes o especiales la persona no fallece durante la circunstancia especial a la que se ve sometida y no lo ratifica mediante las formalidades usuales, ante lo cual caducan.

59. Algunos de estos instrumentos internacionales consideran que los derechos humanos son una creación del propio hombre que encuentra paulatina y evolutivamente su propia dignidad; otros consideran que el hombre forma parte del cosmos al que debe respetar e integrarse, obtener la armonía psico-físico-espiritual de manera de adecuarse a ese cosmos, como acontece en el Lejano Oriente; otros consideran que son de origen divino transmitidos por una entidad como la mejor forma de vida en este mundo terrestre: “nadie, categóricamente, puede abolirlos total o parcialmente, ni tampoco violarlos o ignorarlos en tanto que decretos divinos revelados por Allah en sus Libros, enviados y restablecidos por medio del sello de sus profetas, culminando así cuanto había legado en las sagradas escrituras”.<sup>25</sup>

Resulta difícil llegar a una entente que precisamente afecta al Derecho de familia y en particular, a la devolución sucesoria. En este aspecto participamos de la visión de Boaventura de Sousa Santos en cuanto a que el diálogo intercultural –indispensable para adjudicar efectos extraterritoriales de las nuevas configuraciones de y dentro de la familia, incluyendo los sucesorios- solo podrá producirse si se cumplen dos hipótesis:

- la primera, que toda cultura debe tener conciencia de su falta de plenitud y por tanto se hace necesario completar su visión del mundo con los aportes de otras culturas; y
- la segunda, que existan relaciones de poder semejantes, para evitar que una cultura sea deglutida por la otra.

Solo dándose estas dos premisas podría pensarse que en una sucesión sea aceptado el matrimonio igualitario de un causante cuando la ley del lugar donde se tramita la misma no la admita, o que sea considerado hijo matrimonial el causante aquella persona que ha sido el producto de un proyecto parental pero que no tiene ningún gameto de sus padres comitentes, etc.

60. Entonces, la polémica que atizó las discusiones entre los especialistas en cuanto a aceptar o una sucesión única y sucesiones plurales, ha dejado de ser la causa principal y definitoria de la división existente. *La opción entre una y otra devolución sucesoria opera no como una causa sino como una consecuencia debido a la división existente en el Derecho de fondo.* O dicho en otras palabras: optar por una u otra tramitación sucesoria es el resultado de la diversidad que se incrementa cada vez más en el Derecho de fondo de los Estados, como consecuencia de los cambios biotecnológicos por un lado, y debido a la remodelación que de su identidad realizan los individuos, así como de la posibilidad de contraer nuevos relacionamientos en materia familiar antes desconocidos, por el otro.

---

<sup>25</sup> Declaración de los Derechos Humanos en el Islam de El Cairo del año 1990, sexto párrafo del Preámbulo.

61. Uruguay se encuentra en una situación privilegiada para la aceptar la circulación internacional de las sucesiones en cuanto al fondo, es la que menos obstáculos o vallas interpone a la circulación internacional de las sucesiones ante los cambios en el Derecho de familia, se ha convertido en un país que favorece el pluralismo de los estilos de vida, y ello por tres motivos.

62. El primero motivo es debido a que al día de hoy, nuestro país cuenta con una batería de leyes que resuelven precisamente los cambios operados en el Derecho de Familia. Ellas son:

- la **ley No. 18.246 de 2007** sobre concubinato, donde se reconoce la posibilidad de aceptar este tipo de convivencia entre personas de distinto y del mismo sexo, solteras o ya casadas con terceros, sin necesidad del divorciarse del matrimonio anterior ni realizar una separación judicial de bienes;
- la **ley No. 18.590 de 2009** con su modificación al Código de la Niñez y de la Adolescencia, que habilita la adopción de niños a parejas del mismo sexo;
- la **ley No. 18.620 de 2009** sobre identidad de género, que reconoce a aquella persona que padece de disforia sexual, la posibilidad de cambiar de género sin intervención quirúrgica;
- la **ley No. 19.075 de 2013** sobre matrimonio igualitario, que proporciona la posibilidad de contraer matrimonio entre personas de diferente o del mismo sexo y donde además permite con carácter general que los padres puedan pactar el orden de los apellidos de los hijos; y por último,
- la **ley No. 19.167 de 2013** sobre reproducción médica asistida, que permite la figura de la madre sustituta o de alquiler pero solo a favor de la hermana o de la cuñada de un integrante de la pareja.

63. El segundo motivo consiste en consignar que si bien Uruguay se ha adherido desde 1889 sobre el plano convencional, y desde 1941 sobre el plano legal, a la fragmentación sucesoria, que obliga a tramitar tantas sucesiones como bienes en diferentes Estados existan, por medio de los *Tratados de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889 y de 1940 se atenúa el territorialismo estricto con cinco países (Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay y Perú), permitiendo el cobro de deudas hereditarias cuando los acreedores del lugar de pago no pueden ver satisfechos sus créditos; para implementar la colación internacional en el caso de liberalidades realizadas por el *de cuius*; y para realizar el pago de los legados.

64. En fin, el tercer motivo radica en contar con una Constitución abierta, de inspiración iusnaturalista<sup>26</sup>, teniendo en cuenta que el art. 72 establece que:

---

<sup>26</sup> Real, Alberto Ramón. *Los principios generales de Derecho de la Constitución uruguaya. Vigencia de la estimativa iusnaturalista*. Montevideo. 1958. Correa Freitas, Ruben. *Los derechos humanos en la Constitución uruguaya*. T. I. Montevideo. 2017. 2ª edición. "En el Derecho positivo uruguayo, la Constitución de la República tiene tres pilares



*la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma (democrático) republicana de gobierno.*<sup>27</sup>

Donde lo más importante consiste en considerar que la Constitución uruguaya deliberadamente determina un sistema abierto, mutable de derechos, “la Constitución con claridad dispone un sistema abierto de derechos, es decir, no obstante establecerse un listado de derechos específicamente determinados en su articulado, expresamente se abre la puerta a otros implícitos, más allá de los tasados. (...) Sienta una apertura del sistema que determina una mutabilidad deliberadamente consignada en el texto vigente, sin necesidad de reformas formales”.<sup>28</sup> Ello le permite enfrentar los conflictos de civilizaciones con una mayor soltura a la hora de reconocer aquellas sucesiones tramitadas en el extranjero que puedan entrar en colisión con los derechos fundamentales del hombre de más reciente consagración por parte de nuestro país.<sup>29</sup>

\*\*\*\*\*

---

fundamentales, o si se prefiere tres columnas en las que se asienta todo el sistema de los derechos humanos reconocidos y protegidos por la misma. En otros términos, en mi concepto, los arts. 7, 72 y 332, de la Constitución uruguaya constituyen la esencia del sistema de reconocimiento y protección de los derechos, deberes y garantías de todos los habitantes. (...) tienen una raíz idéntica: la filosofía iusnaturalista, que no es otra que el reconocimiento de que los derechos del ser humano, los derechos de los habitantes de la República, son anteriores y superiores al Estado. (...) Nuestra Constitución mantiene la referencia a los derechos, deberes y garantías que se derivan de la forma republicana de gobierno (ahora debería decirse ‘democrático-republicana’, art. 82), o sea a los principios institucionales agrega ‘los otros que son inherentes a la personalidad humana’ (art. 72), elemento nuevo que hace indiscutible la recepción del iusnaturalismo en nuestro Derecho constitucional, para colmar los vacíos de las previsiones normativas expresas”. p. 26 y 35. Risso Ferrand, Martín. *La interpretación de la ley “desde” la Constitución y “desde” los derechos humanos*. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil. Año II. T. II. 2014. “Los derechos humanos se han transformado en el centro del ordenamiento jurídico, en su médula. Hoy los derechos humanos son: a) el puerto de partida de todo razonamiento jurídico (ninguna interpretación es válida si no se determina previamente cuáles son los principios constitucionales y valores fundamentales en juego y se los pondera adecuadamente antes de pasar a la hermenéutica infraconstitucional; b) compañero de ruta para el intérprete, pues durante su labor siempre se encontrará iluminado e identificado con dichos valores y derechos superiores; y c) puerto de destino, ya que no es admisible una interpretación del orden jurídico infraconstitucional si las consecuencias de dicha hermenéutica no condice con dichos valores y derechos fundamentales. (...) Según Herbert Kruger, antes los derechos solían valer en el ámbito de la ley; (pero) hoy las leyes solo valen en el ámbito de los derechos humanos. Esto da una idea de la magnitud y profundidad del cambio, que aun resulta difícil comprender plenamente”. p. 169 y 170.

<sup>27</sup> De acuerdo al art. 82, “la Nación adopta para su gobierno, la forma democrático-republicana”.

<sup>28</sup> Gamarra Antes, Diego. *Interpretación de enunciados constitucionales y mutaciones en sentido débil en el ordenamiento jurídico uruguayo*. La Justicia Uruguaya. T. 149. p. 8. Cita Online: UY/DOC/60/2014.

<sup>29</sup> “(Hoy) los derechos humanos (o fundamentales o esenciales, establecidos en la Constitución y en el Derecho internacional de los derechos humanos (en) esta doble regulación, conforma un ‘bloque de derechos’ de similar jerarquía, aunque de diversa fuente normativa (unos de fuente interna –constitucional- y otros de fuente internacional), y se rige internamente por la ‘directriz de preferencia de normas’ que postula que en caso de diversa regulación de un derecho, garantía o principio por dos o más normas del bloque, la discordancia no se resuelve privilegiando las normas de cierta fuente normativa sino aplicando la norma que mejor y con mayor amplitud y eficacia protege el derecho en juego, independientemente de su fuente normativa. La Suprema Corte de Justicia por sentencia No. 365 de octubre 2009 adhirió a esta posición. El concepto de Constitución también ha sido objeto de cambios importantes. Desde la noción como ‘código político’, acaso la primera noción relevante que se manejó, pasando por el reconocimiento de la Carta como norma jurídica de superior jerarquía, se llegó a la Constitución como ‘código de valores’”. Risso Ferrand, Martín. *La interpretación de la ley (...)* Op. cit. p. 169 y 170.

65. Las relaciones privadas internacionales se han vuelto cada vez más complejas. Si ya lo eran antes de la aparición de la biotecnología y de las nuevas costumbres, ahora esa complejidad ha crecido a grados superlativos. Ello repercute –agravándola- sobre la tramitación de una sucesión con efectos extraterritoriales. ¿Es que entonces no hay solución? Sí que la hay, pero no podrá obtenerse de la noche a la mañana. La solución obliga a realizar en primer lugar, una aproximación del Derecho sustantivo interno de los Estados de la región, partiendo de las hipótesis menos conflictivas a las más complejas. Para ello, el Notariado, con su organización mundial tan eficaz, podría hacer mucho para que, mediante etapas diagramadas y pensadas a muy largo plazo, pudiera irse sentando los mojones de un Derecho uniforme (o al menos de reglas de conflicto uniformes), para que el deceso de una persona no sea el origen de conflictos insuperables.