

Cinco piedras en el camino hacia una sucesión transfronteriza

Ruben Santos Belandro²⁵

Resumen

Hace un siglo y cerca de dos décadas, los primeros comparatistas comenzaron a soñar con la posibilidad de un derecho material uniforme sobre el plano internacional. La empresa ha implicado tales obstáculos que, si bien puede significar la aspiración última, se ha pensado que antes la tarea debería ser la de una aproximación y una coordinación de las legislaciones. La categoría sucesiones, como la de quiebra o insolvencia, tan similares estructuralmente, ofrece un panorama que podríamos calificar de arbóreo, dadas las múltiples cuestiones que se presentan al morir una persona, dificultad redoblada cuando esta ha dejado bienes en más de un país. Parece necesario ir pensando en la posibilidad de asegurarle a quien muere, a sus herederos y a los Estados interesados un sistema equilibrado y justo según pautas internacionalmente compartidas. En las páginas siguientes señalamos cinco obstáculos a superar para obtener la aspiración comentada. Quedan otras igualmente importantes, como las causales de indignidad de los herederos, las facultades del albacea, etc. Pero, como dice el poeta, «se hace camino al andar», y estas propuestas de análisis pueden ser el comienzo de ese camino.

PRECISIONES PREVIAS

Intentaremos responder a la pregunta de si es posible redactar una convención o tratado internacional que regule los diferentes aspectos de las sucesiones transfronterizas a nivel universal, si ello resulta imposible por diversos motivos o si, en lugar de caer en los extremos citados, podría pensarse en un régimen híbrido, en parte local y en parte internacional. La inquietud viene reforzada por el hecho de que en el año 2012, 27 países aprobaron una normativa sobre sucesiones bajo el paraguas de la Unión

25 Notario público, profesor de posgrado, exprofesor de Derecho Internacional Privado en régimen de dedicación total y exprofesor de Derecho Extranjero y Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay).

Europea. Se trata del *Reglamento (UE) 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa, y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, que comenzó a regir con aplicaciones parciales y luego en forma total el 17 de agosto de 2015 (Roma IV).

Este Reglamento tiene en principio un alcance comunitario, pero, dada la importancia de los países sometidos a él, así como las disposiciones que contiene, ha revitalizado la discusión acerca de qué es mejor, si adoptar la unidad o la fragmentación de las sucesiones transfronterizas. La Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) ha sido sensible a esta propuesta comunitaria y la ha insertado en su programa de investigación, y a través de sus filiales esparcidas por el mundo ha alentado el análisis de su pertinencia, de sus límites y de los posibles desacuerdos que pueda generar. Este examen ha llegado incluso al notariado novel, como modo de que pueda impregnarse de las nuevas cuestiones en debate en materia sucesoria.

Por otro lado, se encuentra vigente la Convención de La Haya sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, del 5 de octubre de 1961 (no ratificada por Uruguay), que pone sobre la mesa de discusión hasta dónde puede llegar la liberación o prescindencia de las formas en las disposiciones testamentarias.

En la región, existen tres monumentos jurídicos que sirven de mojones para el análisis de las sucesiones transfronterizas, que en la actualidad pueden hacer necesaria una revisión, complementación y/o actualización de algunas de sus disposiciones, dada su venerable edad. Ellos son, por un lado, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889 y de 1940, que tomados en conjunto han sido ratificados por seis países, y, por otro, el Código Bustamante, de 1928 (no ratificado por Uruguay). Esto indica que prácticamente en los últimos 80 años no ha habido un replanteo de la categoría *sucesiones* en el ámbito regional latinoamericano.

Todo ello sin perjuicio de expresar que son cada vez más numerosos los países de la región que han actualizado sus normas nacionales de derecho internacional privado, entre cuyas categorías figura la regulación de la sucesión internacional.

Hemos titulado esta monografía «Cinco piedras en el camino hacia una sucesión transfronteriza» y no «Las cinco piedras en el camino», por cuanto es posible que puedan existir otros y variados obstáculos a la tramitación de una sucesión con alcance universal. Simplemente tenemos la intención de examinar, con una mentalidad proactiva y sin prejuicios, aquellos puntos sucesorios que hemos considerado los más importantes. Ellos son: la formalidad testamentaria, la unidad o fragmentación de las sucesiones transfronterizas, el orden de llamamiento, la autonomía de la voluntad y las sucesiones no tramitadas judicialmente. Por cuestiones prácticas y de espacio, además del beneficio de la inteligibilidad, nos ceñiremos al análisis de los tratados y el reglamento mencionados y al derecho positivo vigente

(interno e internacional) en los países que han ratificado algunos de los dos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889 y de 1940 (Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay).

I. EL TESTAMENTO

¿La futilidad de las formas? El contenido del testamento

Toda persona capaz tiene la libertad de otorgar un testamento, donde pueden consignarse algunas cuestiones relacionadas con la sucesión (y otras ajenas estrictamente a ellas, como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial), o de no hacerlo. En esta última hipótesis, la ley actúa en subsidio estableciendo el orden de llamamiento y el reparto de la herencia entre los convocados por mandato legal.

Los aspectos formales

En general en la actualidad existe una predisposición social a la atenuación de las formas de los actos jurídicos. Se aprecia especialmente en materia comercial, pero igualmente está teniendo cada vez más incidencia en el ámbito civil. De todos modos, las formas más exigentes se hallan en las normas de derecho interno. En el campo internacional, empero, atendiendo a que uno de los objetivos del derecho internacional privado es asegurar la circulación internacional de las relaciones privadas, las formas han actuado y se han impuesto con más levedad. Ello ha motivado críticas de la doctrina, con el argumento de que en materia de formas se actúa con dos criterios disímiles para los mismos actos jurídicos: uno sobre el plano interno, sumamente riguroso, lo que puede provocar la nulidad del acto, y otro mucho menos exigente sobre el plano internacional.

En materia testamentaria, un aligeramiento de las formas ciertamente es posible y compartible, pero ¿puede ir esta tendencia hacia su eliminación total, hasta admitir, por ejemplo, un testamento verbal o nuncupativo, o que se consigne en un CD o en un casete, como lo admite la ley civil china? Quien abogue por la supresión de las formas en cualquier manifestación jurídica es seguro que no ha aquilatado debidamente la función que esta cumple. Los requisitos formales pueden exigirse para demorar en cierto modo (o recargar el trámite), con la finalidad de que quien deba cumplir determinado acto razone su importancia y sus consecuencias; o sea, como un elemento que contribuya a meditar sobre el alcance de lo que va a realizar. Cuando las exigencias de forma superan la media en un determinado orden jurídico, resulta claro que este último quiere advertir y destacar la importancia del acto a otorgar.

También las formalidades contribuyen a proteger a la parte más débil de la relación; por ejemplo, la exigencia de una mención expresa y con mayúscula de que el contrato contiene un acuerdo de arbitraje o que este se halla contenido al dorso del documento, especialmente importante en los

contratos de adhesión, donde existe un desbalance entre la parte fuerte y la parte débil. La forma puede contribuir igualmente a dar publicidad de determinadas actuaciones, cuando se desea que el público acceda a la información sobre la realización de determinadas actuaciones. Entonces, ¿al día de hoy debe considerarse estrafalario o estrambótico exigir para determinados actos jurídicos ciertos requisitos formales? Evidentemente no; la función de las formas es polifacética.

Si acudimos al derecho interno comparado, es posible apreciar una amplia gama de formalidades testamentarias, que van desde el testamento solemne abierto otorgado en escritura pública con X número de testigos hasta el testamento puramente oral, pasando por aquella disposición de última voluntad con menores exigencias formales debido a circunstancias muy excepcionales, como cataclismos, epidemias, etcétera, y siguiendo por el testamento ológrafo, que es aquel redactado de puño y letra del testador, fechado y firmado. O sea que el testamento acepta en su estructura una variedad formal bastante apreciable. ¿Por dónde captar entonces el tema de la formalidad testamentaria a incorporar en una regulación de la sucesión transfronteriza de alcance mundial?

Sin saber cuál es el objetivo que se persigue, la aguja de la brújula que nos marcará el norte, difícilmente podrá saberse si sobre el plano internacional corresponde adoptar una formalidad de máxima rigurosidad o prescindir de ella. ¿Y qué nos marcará ese norte? A pesar de todas las posibilidades que hemos adelantado, ese norte debe ser solo uno: asegurar que la expresión de voluntad del testador haya sido fielmente consignada (del modo que fuera) y que esa expresión de voluntad se mantenga documentalmentemente inalterada con el transcurso del tiempo, que de alguna manera se asegure su intangibilidad. Hagamos un breve recorrido por las principales formalidades de los testamentos.

Testamento oral o nuncupativo

El testamento oral sería el triunfo sin cortapisas de la informalidad testamentaria. Sin embargo, se necesita cierta formalidad mínima —que no es documental, por supuesto, en tanto y en cuanto el testamento se expresa verbalmente—, que es la presencia de X número de testigos, ya que el testamento comienza a aplicarse cuando el testador ha fallecido, y sin testigos sería imposible que su voluntad pudiera trascender públicamente.

El problema que origina el testamento oral es doble: por un lado, saber con fidelidad si el testador realizó su manifestación en el pleno uso de sus facultades mentales, no influido por el alcohol, drogas o presiones de terceras personas, que en esta hipótesis su control parece poco efectivo; el otro problema son los testigos. Estos pueden olvidar lo que exactamente dijo el testador, sus versiones pueden ser contrapuestas, pueden morir y con ellos el testamento dejará de trascender, o puede ocurrir que sus versiones, aunque coincidentes, no se ajusten a lo que *realmente* mani-

festó el otorgante. Incluso puede acontecer que la persona que ha muerto no haya hecho disposición de última voluntad alguna y que dos personas próximas e interesadas económicamente en la herencia fragüen una expresión inexistente, estafando a los herederos legales.

Por estos dos considerandos (autenticidad e intangibilidad de una expresión libre), parecería contraproducente que una regulación convencional de la sucesión transfronteriza pudiera razonablemente acoger al testamento oral o nuncupativo. Así como las personas, los Estados son más o menos sensibles a las formalidades de los actos jurídicos, por lo que, sin irse a los extremos del abanico, habría que considerar un punto de equilibrio entre la libertad de las formas, evitando su intrascendencia, y el cerrojo de exigencias formales demasiado estrictas, puesto que, de lo contrario, una solución convencional no podría prosperar.

Testamento escrito

Lo incluimos dentro de la clasificación debido a que es la solución acogida por el proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, sin otra exigencia adicional (art. 31.1). Es cierto que la exigencia de un «escrito» es impuesta por el proyecto como condición para asegurar su eficacia extraterritorial y que «la ley del lugar de su otorgamiento» puede exigir requisitos adicionales, como la firma, la fecha y el hecho de haber sido extendido por el propio disponente, pero, como veremos mediante un estudio de derecho comparado, ello es pura eventualidad, dado que existe una delgada línea divisoria entre el testamento simplemente «escrito» y el testamento oral. El proyecto de ley no exige que el testamento «escrito»: a) sea extendido de puño y letra del testador, b) tenga fecha ni c) sea firmado por el otorgante, omisiones o inadvertencias bastante graves como para no pensar que será el origen de un semillero de pleitos.

Testamento ológrafo

Esta variedad testamentaria se enmarca en los testamentos escritos, indudablemente, pero además se exige, para calificarlo de tal, que el escrito donde se consigna la última voluntad se haya extendido de puño y letra del testador, con indicación de la fecha de su otorgamiento y la firma del otorgante. Hay una diferencia notable entre el testamento *escrito* y el *ológrafo*, puesto que el primero no exige que lo haya redactado el testador de su puño y letra, ni la firma del documento, ni tampoco su datación. Estas tres exigencias sí se presentan, en cambio (aunque con una cierta laxitud), en el testamento ológrafo.

Testamentos otorgados en circunstancias muy excepcionales

La ocurrencia de cataclismos, guerras, pandemias que obliguen a establecer un cerco sanitario, etcétera, ha hecho que todos los códigos nacio-

nales hayan aceptado una variante formal testamentaria que mucho se parece a un testamento ológrafo. Generalmente los códigos civiles han limitado su vigencia al transcurso de un breve espacio de tiempo entre la producción de la circunstancia excepcional y la posibilidad de acceder ante un juez, en el caso de la muerte del testador, o la caducidad del testamento si el peligro ha pasado y el testador sigue vivo y se desentiende de su existencia.

Testamentos más formales

El testamento solemne abierto o cerrado también tiene un reconocimiento desde hace muchos siglos. Por lo general se lo exigía como la forma principal y casi única de otorgar una disposición de última voluntad. Al día de hoy, con la tendencia a disminuir la carga formal —en este caso, de los testamentos—, ha perdido parte de su importancia como obstáculo para la circulación internacional de disposiciones testamentarias.

El punto de equilibrio en materia de formas testamentarias

El punto de equilibrio en el cual todos los Estados estarían de acuerdo para alentar la firma de un tratado sobre sucesiones transfronterizas estaría exigiendo una disminución de la profundidad de los requisitos formales y la necesidad de intervención de un tercero. Este tercero, que generalmente es un notario pero puede ser un funcionario (registrador o actuario), debe tener por cometido el control de la capacidad del otorgante, constatar su libre consentimiento y que en ese momento se encuentre libre de influencias psicotrópicas, de terceros, etcétera, así como que la firma que ha puesto al pie del documento corresponda a la suya. En cuanto a la formalidad del instrumento, si está acompañada del requisito anterior, bastaría la redacción de un documento privado.

En suma, bastaría que el testamento se otorgara en documento privado con firmas certificadas por notario o funcionario con facultades fedatarias, quienes además controlarían la capacidad y el libre consentimiento del otorgante. Esta doble exigencia aventaría cualquier litigio potencial que pudiera convertir el proceso sucesorio en un agudo enfrentamiento de intereses sin final previsible.

El ataque a los testamentos livianos de formas y de controles suele producirse, precisamente, con el argumento de que la firma no es del testador, que este firmó llevado de la mano, que la fecha no es la real, que fue presionado o que en ese momento no estaba consciente. Hay que tener en cuenta que la prueba efectiva de muchos de estos hechos es casi imposible de llevar a cabo debido a que el otorgante ha muerto y no se lo puede examinar; he aquí el problema especial de esta clase de documento. La presencia de un profesional o funcionario que deseche todas estas desviaciones al momento del otorgamiento indudablemente favorecerá la

circulación internacional de las disposiciones de última voluntad. Para mayor seguridad y obtener una matriz, sería aconsejable la protocolización de los testamentos ológrafos.

Los aspectos sustanciales o de contenido

Los aspectos sustanciales atienden al contenido del testamento, aquello que el testador incluyó como expresión de su última voluntad. Lo que él consigne, sin duda, tendrá efectos sociales, económicos y políticos.

Efectos socioeconómicos

La categoría *sucesiones* es una categoría peculiar, donde la solución que se acepte no solo tiene incidencia puramente patrimonial (el patrimonio de A pasará a B), sino consecuencias sociales muy intensas: una familia puede quedar totalmente desguarnecida y a la intemperie si se acepta una libertad total del testador para disponer de su patrimonio y atribuir toda la sucesión a un tercero en lugar de su familia más próxima, o a uno de los herederos en perjuicio de todos los demás.

Dicho en otros términos: el testamento puede ser un arma muy poderosa para destruir el entramado social al quitarle a un grupo de personas la base económica que tenía antes de morir el titular de un patrimonio, donde se ve que a su fallecimiento toda la situación económica se esfuma, se disuelve en el aire. He aquí entonces una cuestión por resolver: ¿el testador puede disponer libremente de su patrimonio o debe preservarse un núcleo patrimonial intangible a favor de los integrantes más próximos de la familia?

La autonomía de la voluntad y sus límites

Desde siempre, quien es titular de un patrimonio, grande o pequeño, ha tenido la libertad de disponer de él si siente que su muerte está cercana, o cuando aún no lo siente así, pero cree conveniente «ordenar las cosas» para después de su fallecimiento. O sea que ha habido un reconocimiento de la autonomía de la voluntad de carácter sustantivo.

Esta voluntad raramente ha podido ejercerse en forma total. Los legisladores convencionales y estatales han establecido límites para proteger a determinado grupo de personas, o para evitar un fraccionamiento desmedido de ciertas propiedades, etcétera, y para ello la norma era crear un espacio de libre disposición de su patrimonio para adjudicárselo como heredero a quien quisiera y/o instituir un legado. De este modo se combinan las aspiraciones personales de quien va a morir con las preocupaciones sociales que emanan del Estado. Esta libertad testamentaria acotada queda en ello, pues luego de muerte la persona se ingresa en un régimen preceptivo, con base esencialmente judicial.

En la actualidad, la cuestión más novedosa es la inserción de la autonomía de la voluntad de derecho internacional privado en la categoría *sucesión testamentaria*, la que estaría permitiendo, además de la autonomía sustantiva, la denominada *autonomía conflictual*, o sea, la posibilidad de elegir ley y de elegir juez para administrar una sucesión. El paradigma de esta tendencia es precisamente el Reglamento 650/2012 (Roma IV), que será analizado más adelante.

Normas de derecho interno

Argentina. Acepta el testamento ológrafo, que «debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador». La falta de alguna formalidad invalida el acto, salvo que el testamento contenga enunciaciones que permitan establecer la fecha de manera cierta. La firma se colocará al final del instrumento y la fecha antes o luego de firmar. No es indispensable la unidad del acto (art. 2477 y 2478). El testamento por acto público se otorgará en escritura pública con dos testigos (art. 2479).

Bolivia. Divide los testamentos en *solemnes* y *especiales*. Solemne sería el celebrado con las formalidades exigidas por la ley, y especial no exige otros requisitos, sino que basta que conste la voluntad del otorgamiento en los casos determinados por la ley boliviana. Los testamentos solemnes son a su vez cerrados o abiertos. Y los especiales son establecidos en caso de riesgo grave, a bordo de nave o aeronave, el militar, el campesino y el ológrafo. 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 el 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. El testamento ológrafo es reservado para los militares, policías, soldados, personal civil al servicio de la República, misioneros, exploradores, investigadores, científicos y técnicos que se encuentren en fortines, campamentos o lugares alejados de centros poblados, quienes pueden testar «en su cartera o en un papel suelto», y solo vale si lleva fecha y firma y es todo de su propia letra, aunque no haya testigos, comprobada que sea la autenticidad de la letra, firma y fecha (arts. 1126 a 1142).

Colombia. Reconoce los testamentos solemnes abierto y cerrado y los testamentos privilegiados, entre los que incluye el testamento verbal, el militar y el marítimo. El testamento verbal será presenciado por tres testigos; «el testador hace de viva voz sus declaraciones y disposiciones de manera que todos le vean, oigan y entiendan», y solo podrá recurrirse a él «en los casos de peligro tan inminente de la vida del testador, que parezca no haber modo o tiempo de otorgar testamento solemne»; este testamento tiene un plazo dentro del cual deberá pasar a ser escrito. Sobre el testamento nuncupativo se dispone que «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» (arts. 1064, 1071 y 1090 ss).

Paraguay. De acuerdo al artículo 2618, «las formas ordinarias de testar son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado». El testamento ológrafo «debe ser totalmente escrito, fechado 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». Sirven las enunciaciones que permitan precisar la fecha, y esta puede estar consignada antes o después de la firma (arts. 2618, 1628 y 2630).

Perú. Se establece que «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. [...] Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fecha y firmado por el propio testador». Además, si el testamento solemne cerrado resulta deteriorado en su cubierta de modo que sea posible pensar en un cambio de pliego que contiene el testamento, el juez dispondrá que valga como ológrafo si reúne las condiciones para ser considerado tal (arts. 691, 703 y 707).

Uruguay. Reconoce la posibilidad de otorgar un testamento solemne abierto o cerrado, así como el testamento menos solemne o especial por razones de peste u otra enfermedad contagiosa que incomunique a una población, el otorgado en buques de guerra y mercantes (arts. 811 a 827). No se admite el testamento ológrafo.

Normas convencionales de derecho internacional privado

Tratados de Montevideo. Los artículos 44 de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 hacen regir la forma del testamento por la ley del lugar de situación de los bienes al momento del fallecimiento del causante. Pero en ambos se acepta una extraterritorialidad de la forma testamentaria si el testamento es otorgado en acto público, en el primer tratado, o por acto solemne, en el segundo.

Convenio de La Haya. El testamento será válido si respeta la forma de alguna de las siguientes leyes: la del lugar del otorgamiento, la de la nacionalidad del testador al momento del otorgamiento o del fallecimiento, la del domicilio al momento del otorgamiento o de su fallecimiento, o la ley del lugar de situación de los bienes (art. 1).

Reglamento europeo 650/2012. Considera válida la disposición *mortis causa* celebrada por escrito si su forma responde a la ley del Estado de su celebración, a la de la nacionalidad del testador al momento del otorgamiento o de su fallecimiento, a la del domicilio o residencia habitual del testador al momento del otorgamiento o de su fallecimiento, y a la ley del lugar de situación de los bienes (art. 27.1). El numeral 3 contiene una norma importante: «[...] las disposiciones jurídicas que limiten las formas admitidas de disposiciones *mortis causa* por razón de edad, nacionalidad

o cualesquiera otras condiciones personales del testador [...] tendrán la consideración de cuestiones de forma. La misma regla se aplicará a la calificación que han de poseer los testigos requeridos para la validez de las disposiciones *mortis causa*».

Normas nacionales de derecho internacional privado

Argentina abre un abanico de posibilidades para las formas testamentarias (art. 2645), cuya validez reconoce si se respetaron las formalidades exigidas por la ley del lugar del otorgamiento, del domicilio o residencia habitual, de la nacionalidad del testador al momento de testar o de las formas legales argentinas, con lo que se aproxima a la Convención de La Haya.

Bolivia señala que los testamentos se conformarán a los tratados celebrados por el país, o en su defecto a la ley boliviana y subsidiariamente a las normas nacionales de DIPr (art. 1143).

Colombia establece que valdrá el testamento escrito otorgado en cualquiera de los Estados, «y si además se probare la autenticidad del instrumento respectivo en la forma ordinaria» (art. 1084).

Paraguay tiene disposiciones generales respecto a la forma de los actos jurídicos públicos o privados, que hace regir por la ley del lugar de su celebración, salvo los otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares, que se regirán por la ley paraguaya. Cuando se trata de inmuebles situados en Paraguay, los actos jurídicos celebrados serán válidos si constan en instrumentos públicos debidamente legalizados, y solo producirán efecto una vez que se los haya protocolizado por orden del juez competente e inscripto en el Registro Público. En cuanto a la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, estas se regirán por la ley del último domicilio del causante, pero la transmisión de los bienes situados o existentes en territorio paraguayo estará sujeta a las leyes paraguayas (arts. 23 a 25).

Perú igualmente contiene una solución de carácter general respecto a la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos, que se regirán por la ley del lugar de su otorgamiento o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto (art. 2094).

Uruguay ha formulado una regla muy general en la que se establece que todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria se regirá por la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona (art. 2400).

II. LA UNIDAD O FRAGMENTACIÓN DE LAS SUCESIONES TRANSFRONTERIZAS

Se trata también de otro viejo debate: ¿La sucesión debe ser única, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes del patrimonio? ¿O habrá que admitir que se tramiten tantas sucesiones como bienes en diferentes

Estados existan? ¿O pueden haber uno o varios sistemas híbridos hábiles para convivir con una sucesión en principio única?

Es un tema sumamente peliagudo, donde se imbrica el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, como el derecho a la libertad (del disponente y en la actualidad de las «partes interesadas» en la sucesión, sobre el plano judicial), el cual puede entrar en oposición con otros derechos igualmente importantes, como el de la solidaridad familiar, el de la responsabilidad parental o de pareja, el de lealtad y buena fe en las relaciones familiares, etcétera.

El ascenso imparable de la importancia de los derechos fundamentales obliga ya de entrada, *en cada caso concreto*, a determinar cuál o cuáles de esos derechos deberán priorizarse para el caso de que no pueda obtenerse una convivencia amigable entre ellos. Inciden asimismo cuestiones de soberanía de los países, así como aspectos políticos y económicos. Sobre-volemos someramente las diferentes opciones.

La sucesión única

La sucesión única para todo el patrimonio del causante diseminado por el mundo parece ser la panacea, el ideal irrefutable debido a su aparente sencillez: se aplicará una sola ley estatal y actuará una sola jurisdicción estatal para toda la sucesión. El problema es cómo llegar a ello sin desconocer los intereses de la familia del causante y los del Estado donde están ubicados los bienes, además del costo que significará tramitar la sucesión en países lejanos, lo cual puede desalentar el ejercicio del derecho a reclamar toda o parte de la herencia.

La consagración de una ley única —en el entendido de que ello pueda ser posible— se choca con tres inconvenientes: la titularidad de los bienes situados en cada Estado cuando la herencia es declarada yacente, el aspecto fiscal que genera la tramitación de una sucesión, y el orden de llamamiento *universal*, que puede chocar o entrar en conflicto con los órdenes de llamamiento locales. A pesar de todo, el examen de los resultados de una investigación de derecho comparado constata una preeminencia de esta solución.

Las sucesiones plurales

Las sucesiones plurales resultan consagradas cuando las legislaciones de los Estados no permiten que la sucesión se tramite sino de acuerdo a la ley y ante el juez integrante de su propio orden jurídico para los bienes allí situados. Por ello, habrá tantas sucesiones como bienes en diferentes Estados existan. Para aquellos interesados en la sucesión ubicados en el lugar de situación de los bienes, esta opción legislativa facilita enormemente la tramitación de la sucesión, por cuanto se aplicará una ley conocida ante un juez próximo, con mínimos costos procesales, además de solucionar el

tema de la yacencia: los bienes vacantes pertenecerán al Estado del lugar donde están situados.

En cuanto a los bienes transmitidos por el modo sucesión, se les aplicará la ley fiscal local gravando con impuestos o exonerando aquellos (muebles o inmuebles, materiales o inmateriales) que se consideren apropiados para satisfacer las políticas públicas. Por otro lado, no habrá conflictos en el orden de llamamiento, puesto que se aplicará el derecho local. La contracara de este aspecto positivo la constituye el hecho de que se implanta una seria incongruencia: para un mismo patrimonio, las personas convocadas a heredar la sucesión pueden llegar a ser diferentes, por cuanto en el Estado A pueden ser tales y cuales y en el Estado B otras diferentes. Es el sistema jurídico imperante en Uruguay, con algunas atenuaciones.

Las sucesiones combinadas

Pueden presentarse varias hipótesis.

La combinación que parte de la fragmentación

Las sucesiones combinadas serían aquellas donde en principio puede partirse de la fragmentación sucesoria para luego, al final de la tramitación de cada una de ellas, realizar una cierta vinculación entre sí para atender los problemas de la colación, de la entrega de legados o del pago de las deudas hereditarias. Es el sistema implantado por los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889 y de 1940.

De todos modos, la solución no es fácil de implementar, porque queda sometida a la presencia de ciertas condiciones: que en el Estado A haya un activo sucesorio hábil para pagar las deudas impagas en el Estado B; que quien fue agraciado en vida por el causante con donaciones de diferente índole sea consagrado heredero tanto en el Estado B (reclamante) como en el Estado A (reclamado), y que en los hechos la entrega de legado pueda llevarse a cabo.

Por tal motivo, esta inmersión en las aguas de la unidad en un sistema fragmentario se presenta como algo muy esporádico, y no conocemos casos de jurisprudencia que hayan procedido a tal tipo de cooperación interjurisdiccional.

La combinación que parte de la unidad

Esta posibilidad podría presentarse cuando el principio básico adoptado en el plano convencional fuera el de la unidad sucesoria pero podría permitirse que se abrieran sucesiones locales apartándose de la unidad. Las cuestiones a dilucidar serían: ¿quién o quiénes pueden solicitar ese apartamiento de la unidad?: ¿todos los herederos consagrados (potencialmente, puesto que aún no han sido declarados tales por la autoridad) de acuerdo a la ley local, o bastaría la decisión de solo uno de ellos? ¿La separación puede

llegar a ser total, radical, o deberán mantenerse determinados vínculos internacionales? El Reglamento europeo 650/2012 parece admitir, de un modo muy restringido, esta posibilidad (art. 10).

El sistema estatutario

Se trata de un sistema sucesorio que se impuso en la Edad Media en Europa y que ha trascendido hasta el día de hoy, al ser recogido por numerosas legislaciones. El sistema es el siguiente: para los bienes inmuebles se aplica la ley (en aquella época, el estatuto) del lugar de situación, y para los bienes muebles la ley (o el estatuto) del último domicilio del causante, ante lo cual se consagra una convivencia entre universalidad y localidad.

Las razones son variadas y exceden la posibilidad de ser consideradas en profundidad aquí, pero la principal sería que los bienes muebles en la Edad Media carecían de un valor trascendente y se creía que acompañaban (a veces mediante una ficción) a la persona del causante. Era como si el causante llevara consigo en todos sus traslados un equipaje con sus bienes muebles o los medios para trasladarlos. Al día de hoy la relación bien inmueble-bien mueble se ha invertido, debido a que estos últimos han adquirido un valor inimaginable en la época medieval. Por tanto, debería tomarse nota de esta realidad para remozar y actualizar las legislaciones que se adhieren a dicho sistema.

El proyecto de Ley General de Derecho Internacional privado, en su primera versión, innovaba en cuanto a la solución tradicional de la fragmentación, imponiendo la solución estatutaria de la siguiente manera: los bienes inmuebles y los (muebles) registrables pasarían a regirse por la ley del lugar de su situación (ratificando la tradicional fragmentación sucesoria de nuestro ordenamiento jurídico), y para los bienes (muebles) no registrables se preceptuaba la aplicación de la ley del último domicilio del causante. Esta propuesta fue desechada. De haberse mantenido —y, llegado el caso, obtener el pláceme legislativo, que aún no se ha dado—, habría sido un arma letal contra la actividad económica del país.

Pongamos el siguiente ejemplo: los establecimientos rurales son calificados legalmente en Uruguay como bienes inmuebles, ante lo cual regiría la ley de su situación, o sea, la uruguaya aplicable a dicho establecimiento; pero toda la producción del establecimiento (la caballada, los vacunos, ovinos, etcétera) debería ser tramitada por la ley del último domicilio del causante, el cual podría estar muy alejado, con una declaración de herederos diferente a la de nuestro país, lo que trabaría por tiempo indefinido su comercialización y generaría una contradicción interna que en muchos casos, si no llevara a la ruina del establecimiento, comprometería gravemente su futuro.

El punto de equilibrio entre la unidad y la fragmentación

Si se desea llegar a una solución ampliamente compartida para asegurar la eficacia sin mayores objeciones de una convención internacional que ase-

gure la circulación de una sucesión a través de las fronteras de los Estados, solo parece haber un único camino: el de la combinación entre unidad y fragmentación. Sin embargo, el énfasis en el punto de partida puede ser distinto según se intente implementar una convención internacional o una ley local de derecho internacional privado.

En el primer caso, parece evidente partir de la unidad para luego aceptar apartamientos en los que el grado y la intensidad quedarán sometidos a la negociación entre los convencionales. En el segundo caso, tomando en consideración que una ley nacional de derecho internacional privado no tiene fuerza más que dentro del territorio del Estado que la dictó, parecería más adecuado partir de la fragmentación para luego combinarla con aspectos unificadores y, por tanto, con eficacia internacional.

Normas convencionales de derecho internacional privado

Tratados de Montevideo. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 imponen la fragmentación del patrimonio sucesorio en tantas sucesiones como bienes en diferentes Estados ratificantes existan (art. 45). No obstante, se reconoce la extraterritorialidad de las declaratorias de herederos consagrados localmente a los efectos de poder proceder al pago de deudas hereditarias, los legados de bienes indeterminados y la obligación de colacionar cuando el patrimonio local no sea suficiente para satisfacer dichas obligaciones (arts. 46 a 50).

Reglamento europeo 650/2012. En cuanto a la ley aplicable, «aun cuando no sea la de un Estado miembro», será «la del Estado donde el causante tuviera su residencia habitual al momento de su fallecimiento». De todos modos, de forma excepcional, si el causante al momento de fallecer hubiera tenido un vínculo «manifiestamente más estrecho» con otro Estado, la ley de este será la aplicable. De todos modos podrá aplicarse la ley de la nacionalidad, y si el testador tiene varias podrá elegir una (arts. 20 y 21.2). Respecto del juez competente, este será en principio el de la residencia habitual del causante al momento de fallecer, y se consagra como principio el paralelismo. No obstante, «las partes interesadas» podrán hacer competente a otro tribunal mediante un pacto de elección de foro (arts. 4 y 5). Se inclina por tanto hacia la unidad de la sucesión, aunque el artículo 10 permite la competencia subsidiaria de los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia, siempre que el causante fuera nacional de dicho Estado o hubiera tenido una residencia habitual en dicho Estado dentro de los últimos cinco años. También se admite esta posibilidad en el caso de una ausencia de competencia de los tribunales arriba indicados.

Normas nacionales de derecho internacional privado

Argentina. De conformidad con el artículo 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». Y el artículo 2643 dispone que «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 estos».

Colombia. 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 (art. 1012).

Paraguay. 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 (art. 25).

Perú. La sucesión se rige, cualquiera sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante. No obstante, la ley peruana rige la sucesión de los bienes situados en la República si, conforme a la ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones (arts. 2100 y 2101).

Uruguay. 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 (art. 2400).

III. EL ORDEN DE LLAMAMIENTO

En un sistema de fragmentación sucesoria, el orden de llamamiento carece de relevancia especial, por cuanto será uno de los tantos temas a tratar en el desarrollo de la jurisdicción graciosa. Cada patrimonio local exigirá la aplicación del orden de llamamiento impuesto por la ley local y allí se agotará la cuestión. En una sucesión unitaria, en cambio, se presentan dos problemas que habrá que resolver.

Primer problema

El hecho de consagrar una sucesión unitaria pone sobre el tapete si es posible aceptar *in limine*, sin discusión, el orden de llamamiento establecido por la ley única aplicada. Sobre esta cuestión no hay unanimidad y puede merecer enfoques diferentes. Es posible sostener que, si el causante vivía con su familia próxima en el Estado de su domicilio inmediatamente antes de morir, y aceptando una concepción privatista de derecho internacional privado que privilegia los aspectos privados antes que los públicos, lo lógico sería aceptar el orden de llamamiento reconocido en su propio entorno, el cual deberá aceptarse *urbi et orbi*.

Pero la situación no siempre se presenta tan sencilla, por cuanto el último domicilio del causante puede mostrar que este vivía solo o acompañado por una pareja a quien deseaba favorecer, habiendo dejado a su familia en el lugar de situación de los bienes. O que, en los hechos, los sucesores más próximos del causante se encuentran diseminados por el mundo, lo que vuelve imposible adoptar un criterio uniforme partiendo de la abstracción.

Segundo problema

La otra cuestión problemática a resolver se refiere al hecho de que las personas consagradas como herederas en la sucesión unitaria no sean conocidas en todas o algunas de las sucesiones locales, o a la inversa. ¿Un nonato puede ser agraciado con una sucesión? ¿Qué decir de la concubina o el concubino? ¿Qué acontecerá con los matrimonios entre parejas del mismo sexo casadas o en concubinato registrado? ¿Podrán tener derechos hereditarios como cónyuges, o derecho a porción conyugal? ¿*Quid* del niño nacido por maternidad subrogada, respecto a quien algunas legislaciones podrán privilegiar los aspectos cromosómicos para determinar quién es la madre; otras privilegian la asunción de un «proyecto parental» dentro del cual la pareja comitente arma la posibilidad de acudir a la cooperación de un tercero para tener un bebé; otras solo dan relevancia a la gestación, y otras únicamente al parto? ¿No se rozará el orden público internacional de los Estados donde no se tramitó la sucesión?

Las dificultades que surgen por las diferentes líneas de parentesco

En los seis países latinoamericanos objeto de este estudio, los lazos de parentesco son dobles, o sea que se acude a los parientes de las dos ramas en igualdad de condiciones. Pero esa no es la regla general; los antropólogos anotan otras dos clases de parentesco. El *único*, como acontece en los países musulmanes, donde la filiación es agnaticia, o sea, transmisible únicamente por el padre, el cual puede reconocer a un hijo extramatrimonial o no hacerlo, y ni el hijo ni el juez pueden obligarlo a un reconocimiento. Y el *mixto*, donde si fallece un hombre la línea a seguir es la masculina y si fallece una mujer la línea a tomar en consideración es la femenina.

En algunas de estas hipótesis podría pensarse en una vulneración de nuestro orden público internacional. Por ejemplo, cuando el hijo extramatrimonial no tiene posibilidad de ser reconocido en el lugar donde el causante tuvo su residencia habitual al momento de fallecer y este deja bienes en Uruguay, parece indiscutible que el hijo pueda realizar una investigación de paternidad, por lo menos con efectos sobre los bienes sucesorios ubicados en nuestro país.

El punto de equilibrio

En este caso el punto de equilibrio resulta difícil de obtener, porque el problema no es solo sucesorio sino sustantivo. Compromete la forma en que se organiza la familia, cuáles son sus integrantes, problema que han agudizado las novedades que ofrece la biotecnología. Podría obtenerse una solución única sobre el plano de una convención que regule las sucesiones transfronterizas, pero tal hipótesis necesariamente deberá ser acompañada de un artículo que reconozca a los Estados parte la posibilidad de interponer la reserva de orden público internacional, lo cual podría conducir a tramitar una sucesión local basada en el orden de llamamiento local. En última instancia, podría pensarse en instaurar un orden de llamamiento en la propia convención internacional, lo cual no sería práctico, por cuanto la biotecnología nos presenta todos los días situaciones que volverían insuficiente o inadecuada la solución convencional.

Normas de derecho interno

Las normas de derecho interno de los seis países mencionados al comienzo comparten un enfoque común. El orden de llamamiento tiene un desarrollo vertical y horizontal. En el caso del orden de llamamiento vertical, ocupan en primer lugar los hijos, los matrimoniales en igualdad con los extramatrimoniales, y con la inclusión, a texto expreso en los Códigos Civiles o en leyes especiales, de los hijos adoptivos plenos. A falta de descendientes se acudirá a los ascendientes más próximos de las dos ramas. Cuando no existen descendientes ni ascendientes se desarrolla el plano horizontal, comenzando por los hermanos y colaterales, generalmente hasta el cuarto grado.

El papel del cónyuge es muy disímil entre legislaciones: puede compartir la herencia en pie de igualdad con los hijos, compartirla con los ascendientes, y tener o no derecho a porción conyugal, la que puede ser descartada si el cónyuge es heredero. Es una novedad la inclusión del concubino. Si no existiera ningún pariente en línea vertical u horizontal, se declarará la vacancia de la herencia, la que corresponderá al Estado.

Argentina. Las personas que sucedan al causante pueden ser las existentes al momento de su muerte, las concebidas en ese momento que nazcan con vida, las nacidas luego de su muerte mediante técnicas de reproducción asistida con los requisitos del artículo 561, y las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte, así como las fundaciones creadas por testamento (art. 2279). Las sucesiones intestadas se diferencian a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive. Los hijos del causante lo heredan por derecho propio y por partes iguales. A falta de descendientes, heredan los ascendientes más próximos en grado y por partes iguales. Si heredan los descendientes, el cónyuge tiene la misma

parte que un hijo, comparte la herencia con los ascendientes y excluye a los colaterales (arts. 2424, 1426, 2431, 2433, 2435 y 2438).

Bolivia. La herencia se difiere a los descendientes, a los ascendientes, al cónyuge o conviviente, a los parientes colaterales y al Estado, en ese orden. Los hijos adoptivos y sus descendientes heredan al adoptante, pero son extraños respecto de la sucesión de los parientes del adoptante. Si alguien muere sin dejar hijos o descendientes ni padres o ascendientes sucede el cónyuge. El cónyuge concurre con los hijos o descendientes y con los ascendientes. A falta de los mencionados, heredan los hermanos y sus descendientes (arts. 1083, 1094, 1095, 1097, 1102 a 1104 y 1109). El art. 1108 establece que «las uniones conyugales libres o de hecho reconocidas por la Constitución Política del Estado y el Código de Familia producen respecto a los convivientes, efectos sucesorios similares a los del matrimonio».

Colombia. En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la primogenitura. Son llamados a la herencia los descendientes, los hijos adoptivos, los ascendientes, los padres adoptantes, los hermanos, los hijos de estos, el cónyuge supérstite y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Se reconoce la porción conyugal. El cónyuge es heredero con los ascendientes y, en su caso, con los hermanos. El último llamado se hace a los hijos de los hermanos (arts. 1039, 1040, 1045 a 1047 y 1051).

Paraguay. El cónyuge comparte la herencia con los descendientes o los ascendientes; los colaterales se extienden hasta el cuarto grado inclusive. Son reconocidos los derechos del hijo adoptado y, en caso de su fallecimiento, en la adopción simple los padres adoptantes concurren por parten iguales con los padres de sangre (arts. 2574 y 25745, 2586, 2592 y 2596).

Perú. Los parientes de línea recta descendente excluyen a los de la ascendente. Los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación. Se igualan los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. A falta de hijos y otros descendientes, heredan los padres por partes iguales. El cónyuge concurre con los descendientes, pero puede optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia. Concurre igualmente con los ascendientes, a falta de los cuales hereda totalmente. Los colaterales son llamados hasta el cuarto grado (arts. 817, 818, 820, 822 a 825 y 828). El Código incluye el derecho de habitación vitalicia del cónyuge supérstite y la eventualidad de un derecho de usufructo (arts. 731 y 732).

Uruguay. Establece como asignaciones forzosas la porción conyugal y las legítimas. Tienen legítima los hijos y los ascendientes legítimos (arts. 870 y 884).

Normas convencionales de derecho internacional privado

Ninguno de los tratados ni el reglamento examinados asumen la regulación del orden de llamamiento de un modo directo, sino que lo trasladan a la ley que rija la sucesión. Por tanto, no hay uniformidad legislativa en este

punto; no ha sido posible establecer pautas comunes para todos los países ratificantes. Los adelantos biotecnológicos vuelven el tema aún más difícil al introducir la filiación por maternidad subrogada, la declaración de hijos biológicos de una pareja del mismo sexo que es imposible por naturaleza, el concebido pero no nacido, el concebido *post mortem*, etcétera.

Tratados de Montevideo. El artículo 45 de ambos tratados hace regir por la ley de la situación de los bienes hereditarios la calidad de heredero o legatario, los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite, la existencia y proporción de las legítimas y, en suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

Reglamento europeo 650/2012. La ley aplicable regirá la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los del cónyuge supérstite o la pareja supérstite. Incluye, además, la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición *mortis causa*, incluso la partición de la herencia (art. 23.b, h y j).

Normas nacionales de derecho internacional privado

El derecho autónomo ha seguido el mismo derrotero de las convenciones internacionales y el Reglamento, al trasladar el tema a la legislación aplicable. Ante tal solución, podrá haber un único orden de llamamiento si la sucesión es unitaria, y órdenes de llamamiento (eventualmente disímiles) si la sucesión es plural.

Argentina. Quedan comprendidos en la ley aplicable arriba detallada.

Colombia. Iguala los extranjeros a los nacionales en cuanto a sus derechos, los que se regirán por la ley del último domicilio del causante (arts. 1012, 1053 y 1054).

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

Perú. Establece que la sucesión se rige por la ley del lugar del último domicilio del causante (art. 2100).

Uruguay. De acuerdo al artículo 2400, la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Una vez producido el deceso de la persona, los agraciados por el orden de llamamiento legal aplicable y/o por una cláusula testamentaria respecto

de la parte de libre disposición tienen la más total y absoluta libertad para aceptar o rechazar la sucesión que los beneficia. Pueden incluso aceptarla «bajo beneficio de inventario», trámite a través del cual se permite cubrir las deudas del causante hasta donde alcance su patrimonio, sin afectar, en caso de insuficiencia de este último, el patrimonio de los herederos. Si ha aceptado la herencia —bajo cualquier modalidad—, hasta hace poco tiempo se ingresaba en un régimen bastante rígido donde, si bien la declaración de herederos resultaba condicionada por la validez de fondo y de forma del testamento y por su aceptación o rechazo de la herencia, en cuanto a los demás aspectos la ley aplicable a la sucesión y la jurisdicción competente resolvían imperativamente todos los problemas que pudieran presentarse.

Al día de hoy se ha consagrado una solución bastante innovadora, que habría que aquilatar debidamente para considerar si es posible introducirla en la regulación convencional de una sucesión transfronteriza. La innovación se ha centrado en dos temas: en primer lugar, la posibilidad de que el causante elija como criterio general, a través del testamento, otra ley que la aplicable, y, en segundo término, la posibilidad de que los herederos otorguen un acuerdo de prórroga de jurisdicción para resolver la cuestión sucesoria, excluyendo al magistrado que estaba facultado con carácter general.

Elección de la ley aplicable a la sucesión unitaria²⁶

El Reglamento Roma IV consagra el último domicilio del causante como criterio general para determinar la ley aplicable a la sucesión unitaria. En principio, esta será la que rija toda la sucesión, aun sobre bienes ubicados en los lugares más recónditos del planeta. Pero además le otorga al testador la posibilidad de elegir como aplicable a su sucesión (futura) la ley del Estado de su nacionalidad, si fuera diferente a la anterior, y, para el caso de que tuviera varias nacionalidades, el mencionado testador podrá optar entre la ley del último domicilio al momento de su fallecimiento o la de alguna de sus nacionalidades.

Rápidamente se percibe el riesgo que puede llegar a presentarse cuando el testador pretenda no dejarles nada a sus herederos más próximos seleccionando una ley que satisfaga tal fin, o apuntar a aquella legislación que establezca que la familia más próxima del causante tiene tan solo un simple derecho de crédito que deberá satisfacer el heredero instituido mediante una disposición de última voluntad. Las maniobras de esta clase son muy apetecidas por gran número de personas cuando los vínculos de afecto hacia la familia biológica no existen o se hallan transitoriamente

26 En realidad, no debería descartarse la posibilidad de que ambas innovaciones puedan ser recogidas en una sucesión fragmentada.

cortados y se aspira a beneficiar solo a uno de los herederos legitimarios, o a excluirlos a todos y designar a la nueva pareja, o, en un extremo que podría calificarse de egoísta, destinarlo a una institución pública o privada y nada a la familia cercana.

¿Qué corresponde priorizar ante estas situaciones? ¿La cohesión y el buen funcionamiento de la familia sobre la que todas las constituciones de la región declaran que es la célula básica de la sociedad? ¿O considerar, con un criterio posmoderno, que la familia la constituye un conjunto de individualidades que *negocian* dentro de ella sus respectivos derechos y obligaciones, y que en caso de alguna fricción rápidamente pueden salirse en cuanto son capaces de sostenerse con su propio trabajo? En un país *en vías de desarrollo*, la respuesta prácticamente unánime sería defender la integridad del colectivo familiar y restringir la voluntad del testador; en un país *altamente desarrollado*, donde cada integrante tiene su actividad laboral y la suerte de poder cambiarla sin problemas cuando se le ocurra, la defensa de la integridad familiar posiblemente no tenga el mismo peso, por lo cual la posibilidad de elegir la ley aplicable a la sucesión cuadre mejor que la de imponerle un régimen preceptivo (generalmente parcial).

La posibilidad de una prórroga de jurisdicción

El Reglamento Roma IV consagra como base de competencia general para tramitar la sucesión al juez del Estado de la residencia habitual del causante al momento de su fallecimiento (art. 4), estableciendo un paralelismo entre ley aplicable y juez competente (aun cuando dicho paralelismo puede verse alterado). No obstante, el artículo 10 señala que «aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual al momento del fallecimiento en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán competencias para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión», bajo dos condiciones: que el causante sea nacional del Estado de situación de los bienes, o que no lo sea, pero que dentro de los últimos cinco años anteriores a su deceso haya tenido allí su residencia habitual.

El Reglamento recoge otra posibilidad para permitir el descarte de las leyes citadas: el artículo 10.2 dispone que, si ninguno de los tribunales de un Estado miembro es internacionalmente competente, la competencia será asumida por los tribunales del Estado donde se ubican dichos bienes. Esta última solución, por un lado, intenta evitar una denegación de justicia y, por el otro, admite la fragmentación sucesoria basada en el criterio real, como un último remedio, *in extremis*.

Este preámbulo parece necesario para profundizar en la segunda de las novedades anotadas: la posibilidad de una elección de foro por las «partes interesadas» en la sucesión. Obsérvese que esta facultad, contenida en el artículo 5, no favorece al testador sino a «las partes interesadas» en la

sucesión. Deberá constar por escrito, con expresión de su fecha y con la firma de las «partes interesadas».

El término *escrito* comprende una comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. ¿Qué personas abarca la expresión *partes interesadas*? ¿Cuál es el alcance de su elección de foro?

El punto de equilibrio

En realidad, rechina un poco la posibilidad de concederle al testador la libertad de elegir la ley aplicable a su futura (y eventual) sucesión, porque la experiencia que da la práctica indica que esa libertad suele utilizarse para perjudicar a la familia más próxima. Aquellos países que son sensibles a defender la integridad de la familia deberían tener en cuenta este problema. Si se consagra la libertad de elección, no podría argumentarse su mal uso. Quizás fuera apropiado seleccionar un punto de conexión principal (la ley de la residencia habitual al momento del fallecimiento del sujeto) y que esa competencia pueda ser corregida *objetivamente* cuando los intereses económicos y familiares del testador no se encuentran ubicados en dicho Estado.

Respecto del segundo punto —o sea, la posibilidad de que las «partes interesadas» concreten un acuerdo de elección del foro, y atendiendo a que el acceso a la justicia resultará facilitado—, solo cabría apoyar la formulación de tales acuerdos y concederles eficacia internacional.

La posibilidad de seleccionar la ley aplicable a la sucesión por parte del de cujus es algo bastante reciente, e igual suerte sigue la facultad de los «interesados» de pactar una elección de foro.

Las normas convencionales de derecho internacional privado

Tratados de Montevideo. No existe tal posibilidad.

Reglamento europeo 650/2012. Se reconoce la posibilidad de que el causante seleccione la ley aplicable de un modo acotado (en lugar de la ley del último domicilio del causante, la ley de su nacionalidad, y si tiene más de una elegir una de ellas). El pacto de elección de foro también es reconocido (arts. 20 ss. y art. 5).

Las normas nacionales de derecho internacional privado

Argentina. Del artículo 2643 se desprende la posibilidad de que la sucesión abandone la tramitación en el último domicilio del causante por la tramitación en Argentina, respecto de los bienes situados en dicho país (art. 2643). Del artículo 2644 no existe posibilidad de cambiar de ley: ley del último domicilio del causante y ley argentina para los bienes situados en dicho país.

V. LA SUERTE DE LAS SUCESIONES NO TRAMITADAS JUDICIALMENTE

Al día de hoy, las sucesiones no se tramitan únicamente por vía judicial. Existe en el Poder Judicial una tendencia a desprenderse de la jurisdicción voluntaria o graciosa y considerarla como un trámite administrativo con características especiales, y por tanto y generalmente trasladarla a la órbita notarial. La suerte de una decisión de un tribunal judicial en materia sucesoria no genera problemas sobre el plano regional. Al tratarse de una sentencia que podemos calificar como *declarativa*, no estaría sometida al trámite del exequátur, aunque sí a su traducción si pretende hacerse valer en un país con un 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, y al examen de su contenido para comprobar si la decisión afecta o no los principios esenciales del orden público del Estado receptor.

Cuando la sucesión se desarrolla ante un notario, por ejemplo, este 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 testamentaria 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. En cualquier caso es preciso legalizar, apostillar y eventualmente traducir el documento público notarial.

El punto de equilibrio

En la hipótesis de una sucesión unitaria, el notario facultado para declarar herederos en una sucesión extrajudicial será ciertamente aquel que ejerza sus funciones en el Estado donde hubiera debido abrirse la sucesión judicial de no haberse realizado ante notario, y dicho documento tendrá efectos extraterritoriales. En la hipótesis de una sucesión fragmentada, sería adecuado y pertinente permitir la igualdad de trato de sucesiones tramitadas unas por vía judicial y otras por vía notarial. De todos modos, la elección de una u otra vía no levanta los inconvenientes de adoptar una solución unitaria o fragmentada de una sucesión.

Algunas propuestas sobre la aceptación o el rechazo de una sucesión transfronteriza

Cabría reunir en este último apartado los puntos de equilibrio que deben ser atendidos para facilitar la posibilidad de tramitar una sola sucesión que contenga bienes, derechos y obligaciones esparcidos por el mundo y que han sido reseñados al pie de cada sección.

1. El notariado internacional debería aceptar una disminución de las formalidades testamentarias, pero no su exclusión total. La expurgación

de cualquier formalidad para recoger la voluntad del testador podría aumentar exponencialmente los casos reales de captación de voluntad del testador, de otorgamiento de actos sobre los cuales no ha estado perfectamente consciente, y de que lo expresado no traduce fielmente su voluntad en cuanto a la transmisión sucesoria. Por tanto, debería negarse la eficacia extraterritorial del testamento oral o nuncupativo, así como aquel otorgado en CD o en un casete. Parece oportuno adelantar la idea de que debe intervenir un tercero fedatario en el otorgamiento del documento, que ese documento puede ser privado y que sería aconsejable que interviniera un notario que certificara la firma y controlara la capacidad y el libre ejercicio de la voluntad del testador.

2. Si se pretende otorgar un convenio con eficacia mundial, debería compaginarse un régimen sucesorio, en principio unitario, que permita a los interesados *descolgarse* de él y tramitar una sucesión local. La sucesión local no necesariamente debe tramitarse en el país que entre en subsidio del criterio general; el mismo juez de la sucesión original podría establecer un capítulo especial donde él consigne quiénes son los herederos locales y los bienes allí situados y aplicar la ley local, mientras la jurisdicción permanece universal. De todos modos, debería persistir la estructura unitaria con intervención eventual de las autoridades centrales, que serían los cursores de las comunicaciones entre las diferentes autoridades.

3. En cuanto al orden de llamamiento a aplicar a una sucesión transfronteriza, no resulta sencillo establecer cuál debe ser para mantener un justo equilibrio. Una sucesión unitaria como la europea, que reconozca como cónyuge a un integrante de una pareja homosexual que ha quedado viudo, encontraría su rechazo por razones de orden público internacional en los países que no aceptan tal clase de matrimonio. Si ello fuera así, la solución conduciría a rever la sucesión en los aspectos locales, tramitarla localmente respecto de los bienes allí situados y realizar una declaratoria de herederos que congenie con los principios esenciales del Estado disidente. Lamentablemente la solución será claramente claudicante.

También puede haber problemas ante la expansión de los adelantos biotecnológicos, especialmente si fuera acotada, porque atacaría la integridad de la familia y dañaría el tejido en cuanto a determinar quién es la madre en realidad, si la que interviene en el parto o la comitente, si la que aporta el óvulo o la que gesta. Del lado masculino, el anonimato del donante de gametos puede levantarse a los efectos de reclamar derechos sucesorios en algunos Estados y en otros no. También pueden suscitar problemas los derechos del concebido pero no nacido al momento de fallecer el causante, los derechos del concebido mediante inseminación extracorpórea luego de fallecido el causante, etcétera.

Es de lamentar que este sea uno de los aspectos más ríspidos por resolver y que por el momento no pueda señalarse un punto de equilibrio.

4. No parece acertada la posibilidad de que el testador elija la ley aplicable a su sucesión. Sí, en cambio, sería pertinente pensar que, tratándose

de una sucesión única, pueda pactarse una elección de foro por las «partes interesadas», como forma de respetar el derecho fundamental de acceso a la justicia.

5. Finalmente, deberían tener igualdad de tratamiento internacional aquellas sucesiones tramitadas por vía judicial o por vía notarial, con las adecuaciones pertinentes, dada la diferente naturaleza de cada trámite.

En conclusión, la unidad a nivel convencional —en la hipótesis de la confección de un convenio internacional con alcance universal— debe comenzar por adecuar el derecho interno (de fondo y de derecho internacional privado) de cada país para luego acceder a un convenio de esa naturaleza. Fácilmente puede percibirse que tal emprendimiento no podrá realizarse de la noche a la mañana.