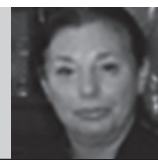


“ La obsolescencia del artículo 3.470 del Código Civil en materia de Sucesiones Internacionales ”

Por Sara L. Feldstein de Cárdenas

Abogada. UBA. Directora de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires.
sfeldste@derecho.uba.ar



I. Introducción

Una de las áreas del Derecho Internacional Privado plena de posibilidades, abierta tanto a la reflexión equilibrada como a la polémica vehemente, es la de las sucesiones internacionales, aunque en rigor, es una de las que mayores complejidades encierran. En efecto, el tema que se aborda en este trabajo llama al debate y la meditación percibiéndose motivaciones, además de las jurídicas, de índole económica, social, política y cultural.

No puede olvidarse que en el derecho de sucesiones suelen quedar íntimamente vinculadas casi todas las otras ramas jurídicas, ya que en la persona del causante convergen todas las "*relaciones vitales, de variada índole: podrá ser titular de un inmueble, o de determinados derechos societarios, haber contraído matrimonio, ser parte activa de un contrato*"¹.

Ahora bien, si a esta peculiaridad del derecho sucesorio doméstico, se le añade la presencia de elementos extranjeros, tales como la existencia de un patrimonio internacionalmente disperso o bien la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual del causante, obviamente la cuestión, además de internacionalizarse, mostrará un panorama pleno de matices y múltiples posibilidades.

Los derechos estaduales, cuando se enfrentan con el problema relacionado con las sucesiones internacionales, habrán de discernir si según su política legislativa les conviene escoger para su regulación entre los denominados criterios extremos, siempre asistidos por puntos de conexión rígidos, tales como el sistema de la unidad o universalidad, el de la pluralidad o fraccionamiento o los llamados intermedios, o híbridos, tales como el mixto o ecléctico. Asimismo, el legislador puede optar, si así lo desea, por criterios flexibles, tal como el de sujetar la sucesión del causante a la ley del Estado con la que él tuviere vínculos más estrechos. Este último criterio es el adoptado por el Convenio de La Haya del 1° de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones Mortis Causa, que intenta superar el antagonismo entre las concepciones extremas.

Lo que resulta de todas formas indudable es que la reglamentación de la ley aplicable en materia de sucesiones internacionales es una cuestión de especial delicadeza y relevancia. Esto se debe, fundamentalmente, a que la sucesión es un fenómeno jurídico universal, pero que ha sido regulado materialmente de manera muy distinta por los diferentes sistemas jurídicos. De modo tal que esta diversidad y disparidad han incidido hasta llegar a condicionar las soluciones de derecho internacional privado. En efecto, el derecho sucesorio es uno de los sectores jurídicos donde las diversidades socioculturales

1. PAZ LAMELA, Santiago, "Nuevas perspectivas en la armonización jurídica comunitaria: el libro verde de la comisión sobre sucesiones y testamentos", en *AFDUDC*, n° 13, 2009, pp. 1063-1070.

y la idiosincrasia propia de cada Estado han tenido mayor reflejo, peculiaridades propias de la tradición histórica que no es posible pasar por alto, y que adquieren mayor trascendencia de la que, a priori, pudiera otorgárseles².

La adopción del sistema del domicilio, la residencia habitual o la nacionalidad dentro del sistema de la unidad o universalidad en el escenario internacional puede vincularse con cuestiones generales, como el reenvío, las calificaciones y la adaptación, o especiales en materia sucesoria, tales como el alcance que corresponde otorgarle a la llamada *lex successionis*, inclusiva o no, cuestiones relacionadas con la forma, la devolución, la transmisión de activos y pasivos, y la partición sucesoria, entre otras.

En este último aspecto, puede suceder que si se opta por el sistema de la unidad éste puede llegar a afectar las legítimas de los herederos forzosos. Razón por la cual algunos ordenamientos jurídicos, para mitigar tales efectos, se sienten obligados a contemplar, como una suerte de reparación, de resarcirse en la misma proporción de la que fueren privados. Como un derecho de preferencia, que les abre la posibilidad a los herederos forzosos que se vieren discriminados, disminuidos en sus derechos sucesorios.

Precisamente, en esta orientación se ubica el *droit de prélèvement* establecido por el artículo 2 de la Ley francesa del 14 de julio de 1819, cuya aplicación por parte de los jueces motivó que se alzaran numerosas críticas doctrinarias, que calificaron a la institución como exorbitante, absurda y, en todo caso, anacrónica, y por lo que se manifestaron enfáticamente por la definitiva supresión del derecho internacional privado francés³.

El objeto de trabajo es demostrar la obsolescencia de una disposición del Código Civil como es la el artículo 3470 del Código Civil, a cuyo fin analizaré en una primera parte, dentro del derecho internacional privado argentino, el texto del artículo mencionado precedentemente, inspirado en el derecho francés, así como también las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales que han tenido lugar a su respecto.

En la segunda parte me ocuparé del derecho internacional privado francés, y la evolución operada desde el Antiguo Derecho, así como la sanción de la ley del 14 de julio de 1819, hasta llegar a la interpretación del artículo 2 de la mencionada norma en la actualidad por la jurisprudencia francesa y su incidencia en la aplicación por los jueces argentinos del derecho francés. En la tercera parte, daré cuenta sucinta del sistema argentino en materia de control de constitucionalidad. Finalmente, en la cuarta parte, realizaré algunas reflexiones y propuestas.

II. Primera Parte: Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna

1. La legislación argentina. Código Civil.

Las normas de Derecho Internacional Privado que contemplan la cuestión del derecho aplicable en materia sucesoria, tanto la sucesión legítima como la sucesión testamentaria, son:

Artículo 3283: "El derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros".

Artículo 3612: "El contenido del testamento, su validez o invalidez legal se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte".

Artículo 3470: "En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República Argentina, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fueren excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales".

Artículo 3598: "El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciera, se tendrán por no escritas".

Artículo 10: "Los bienes raíces situados en la República Argentina son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, los derechos de las partes, la capacidad para adquirirlos, los modos de transferirlos, y las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República".

Hasta aquí los textos de las normas.

Los defensores del sistema de la unidad se fundan:

En el texto del artículo 3283 y el concordante artículo 3612 en materia sucesoria *ab intestato* y testamentaria, respectivamente, y en la adopción por parte del codificador de la doctrina savigniana;

En la extensa nota explicativa del artículo 3283, Vélez Sársfield cita como única fuente a Savigny, Derecho Romano, t. VIII, parágrafos 375 y 376. En la primera parte, la nota hace referencia al patrimonio considerado como unidad, un objeto ideal de contenido indeterminado, al cual no se le podría asignar el lugar de situación de los bienes que lo componen. El asiento jurídico del patrimonio se encuentra en el domicilio del causante, ya que si abandonamos el domicilio no nos queda sino colocar el derecho a la sucesión donde se encuentra cada uno de los bienes que lo componen. Pero cuando estos bienes están diseminados en lugares diferentes, tendríamos que admitir muchas sucesiones independientes las unas de las otras. El segundo párrafo de la

2. SANCHEZ LORENZO, Sixto, "What do we mean when we say Folklore?. Cultural and axiological diversities as a limit for a european private law", en *European Review of Pravate Law*, N°2, Kluwer Laz International, 2006, pp. 197-209.

3. REVILLARD, M., *Droit international privé et pratique notariale*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 2001, pp. 277-278 ; BOULANGER, F., *Les Successions internationales. Problèmes contemporains*, Paris, 1981.

nota, refiriéndose a las sucesiones ab intestato, dice que estas reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto de una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia. No se concibe fácilmente que en un caso dado se presuma que el difunto ha podido tener voluntad diferente para las diversas partes de sus bienes, y que haya querido otro heredero para su casa que para sus dominios rurales o para su dinero, cuando no ha hecho una declaración expresa por testamento. Cuando dicen los códigos que la sucesión se abre en el domicilio del difunto, importa decir que la jurisdicción sobre la sucesión está en el último domicilio del difunto y que la rigen las leyes locales de ese domicilio;

La nota que no debe perderse de vista es la del artículo 3612, cuando luego de citar a Savigny, dice: "Supóngase que un testador dispusiera gravando la legítima de sus hijos, o disponiendo de sus bienes sin consideración a las legítimas que debe reservar, tal disposición sería nula si no fuese conforme a la ley de su domicilio al tiempo de su muerte, aunque la legítima hubiese sido diferente al hacer el testamento";

La nota al artículo 3470 en la que el codificador cita como fuente a "la ley de Francia del 14 de julio de 1819", agregando que "sobre las razones y conceptos del artículo, véase Aubry y Rau, párrafo 592".

Los defensores del sistema de la pluralidad se basan:

- En el texto del artículo 10, cuando emplea el término "exclusivamente", y en la mención "a los modos de transferir", que los somete a la *lex rei sitae*, a la ley del lugar de su radicación;
- En la nota al artículo 3598, cuando dice que: "Cuando en los cinco artículos anteriores hablamos de las porciones legítimas, nos referimos a los bienes que existen en la República. Supóngase que una persona muere en Buenos Aires, dejando cien mil pesos aquí y cien mil pesos en Francia. Los bienes que están en la República Argentina se regirán por nuestras leyes, y los que estén en Francia por las de aquel país. Habrá, pues, tantas sucesiones cuantos sean los países en que hubiesen quedado bienes del difunto. Así la máxima común es: quod sunt bona diversis territorios obnoxia, totidem patrimonia intelliguntur. Véase Demolombe, tomo 1, número 93";
- En la nota del artículo 3283 del Código Civil, cuando en la primera parte agrega el codificador: "Puede llamarse una excepción a este principio general, (se refiere al principio de la unidad establecido en el texto del artículo) lo que está dispuesto respecto a la transmisión de los bienes raíces que forman parte del territorio del Estado, cuyo título debe siempre ser transferido en conformidad a las leyes de la República Argentina, artículo 10 de este Código".

Desde mi mira, las disposiciones específicas establecidas en los artículos 3283 y 3612 del Código Civil son las que tienen primacía por encima de las otras disposiciones y

notas pertinentes, para determinar la aceptación del sistema de la unidad en materia sucesoria en el derecho internacional privado de fuente interna de la República Argentina⁴.

2. El artículo 3470 del Código Civil. Doctrina. Jurisprudencia.

El artículo 3470 del Código Civil recoge en su texto el denominado derecho de preferencia⁵. Dispone que: "En caso

4. En la fuente convencional, los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, tanto de 1889 como de 1940, siguen el sistema de la pluralidad, inclinándose por la sujeción a la ley del lugar de situación de los bienes que integran el acervo sucesorio. (artículos 44 a 50). Para una profundización puede verse, dentro de la extensa bibliografía sobre este tema: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Capítulo VIII*, páginas 291/ 315 Editorial Universidad, 2000.

5. En la misma línea que el artículo 3470 del Código Civil argentino, el artículo 3100 del Código Civil de Quebec de 1991 establece: «*Dans la mesure où l'application de la loi successorale sur des biens situés à l'étranger ne peut se réaliser, des correctifs peuvent être apportés à même les biens situés au Québec notamment au moyen d'un rétablissement des parts, d'une nouvelle participation aux dettes ou d'un prélèvement compensatoire constatés par un partage rectificatif*». También, el artículo 35 de la Ley de Derecho Internacional Privado para la República Bolivariana de Venezuela de 1998, publicada en Gaceta Oficial del 6 de agosto de 1998, establece: "Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el derecho venezolano". La doctrina más autorizada ha sostenido que la norma simplemente contempla un factor de conexión territorial alternativo al establecido respecto de las sucesiones, y con un llamamiento limitado y condicionado a la porción legítima. En este aspecto, cabe señalar que la ley venezolana no discrimina según sea la nacionalidad o el domicilio de los beneficiarios de los derechos.

En idéntico sentido el artículo 10 del ordenamiento brasileño sostiene que «La vocación para suceder en bienes de un extranjero situados en Brasil, será regulada por la ley brasileña, en beneficio del cónyuge brasileño y de los hijos del matrimonio, siempre que no les sea más favorable la ley del domicilio». Finalmente, una solución similar es la contemplada por el Código Civil Chileno, salvo que extiende la limitación, no solamente al cónyuge sobreviviente y los hijos del matrimonio, sino a cualquier chileno que tenga vocación hereditaria según las leyes chilenas, llegando incluso a aplicarse a todos los domiciliados en Chile por extensión que hiciera la jurisprudencia. El Código Civil paraguayo establece: "Si un procedimiento sucesorio ha sido iniciado en la República y fuera de ella, los sucesores domiciliados en el país tomarán de los bienes situados en él, una parte igual al valor de aquellos de que hayan sido excluidos en el extranjero en virtud de leyes locales".

En este aspecto, cabe indicar que según Roberto RUIZ DIAZ LABRANO, en su obra *Derecho Internacional Privado*, editado por La Ley Paraguay, Thomson y Reuters, 2010, p. 823, señala: "...El artículo 2448 del Código Civil paraguayo tiene por fuente el artículo 3134 del Anteproyecto De Gásperi, el artículo 2449 del Proyecto de la Comisión Nacional de Codificación y el artículo 3470 del Código Civil argentino", quien además agrega: "Frente a la pluralidad de procedimientos sucesorios, situación que se puede presentar por pluralidad de bienes en el extranjero, como una suerte de principio de equidad, el artículo 2448 del Código Civil introduce un elemento de conexión que puede llevar a confusión sobre la ley aplicable, acuerda un derecho especial a los sucesores domiciliados en el República cuando en los procedimientos sucesorios seguidos en el extranjero son excluidos por las leyes del foro...Esta situación, sólo puede ocurrir cuando por el procedimiento o ley extranjera son indebidamente excluidos en la vocación hereditaria y consiguientemente a la sucesión de los bienes ciertas personas,

de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, éstos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de que ellos fueren excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales". En esta disposición, tal como surge de los textos transcritos, se regula el llamado *droit de prélèvement* del derecho francés. Efectivamente, la fuente del artículo 3470, como el propio codificador lo reconoce en la nota que textualmente reproduce es la "Ley de Francia de 14 de julio de 1819. Sobre las razones y conceptos del artículo, véase Aubry y Rau. Párrafo 592". El propósito de la ley francesa fue el de atraer los capitales extranjeros y favorecer los progresos de la agricultura, el comercio y la industria⁶.

El legislador tutela al heredero domiciliado en el país para que perciba, en total, lo que la ley argentina le habría otorgado si ella se hubiese aplicado a toda la sucesión. De modo que, la norma autoriza a efectuar una suerte de compensación, de descuento sobre el acervo sucesorio ubicado en territorio argentino, concediéndole una porción igual al valor de los bienes situados en el extranjero de los que fueron privados los herederos domiciliados en la República Argentina.

La doctrina internacionalista argentina mayoritaria⁷ interpreta que con el artículo 3470 antes transcrito, se introduce el denominado derecho de retorsión, y que la intención del codificador fue reforzar el principio de unidad establecido por los artículos 3283 y 3612 del mismo cuerpo legal. "El legislador argentino, previendo que no todas las legislaciones adoptarían el principio de la unidad de legislación, y que podría ocurrir el caso de que una persona domiciliada en la República Argentina tuviese bienes en un

país donde la transmisión sucesoria se rigiera por la ley del lugar de situación de los bienes y no por la ley del último domicilio del causante, caso en el cual los tribunales de ese país dejarían de lado a los herederos declarados tales por la ley del último domicilio del causante, para llamar en su lugar a los parientes que determinase la ley de situación de los bienes; pero por imperio del artículo 3470, los herederos domiciliados en la República Argentina podrán compensarse con los bienes situados en el país, del despojo sufrido. Este artículo, lejos de ser una excepción, es un complemento a la regla de la unidad del régimen sucesorio establecido por el artículo 3283, pues tiende a limitar las violaciones que la aplicación de una ley extranjera pudiera inferirle"⁸. En el mismo sentido, se afirma que: "El artículo 3470 contiene el principio conocido en el área del derecho internacional como es la retorsión y su antecedente legislativo se encuentra en la ley francesa del 14 de julio de 1819, sancionada para aplicarlo en relación al derecho inglés. Quiere decir que el precepto no sienta el principio de la pluralidad sino una excepción, un complemento del sistema de la unidad para el supuesto en que la ley extranjera discrimine, excluyendo a los argentinos de la herencia, por ser de esta nacionalidad o, siendo extranjeros por encontrarse domiciliados en la República Argentina"⁹.

En otra posición se encuentran quienes sostienen "que el artículo 3470 traslada a la Argentina el *droit de prélèvement* (derecho a llevarse algo con preferencia, derecho a descontar, derecho a deducir, derecho a compensar)... la disposición se aplica tanto a la sucesión ab intestato como la testamentaria y es totalmente independiente de la lucha entre el sistema de unidad y el de fraccionamiento...El artículo debe reconducirse a su función histórica, que es la que tuvo la ley francesa de 1819: contener una retorsión contra derecho extranjero xenófobo"¹⁰. En igual orientación, se dice que: "Esta disposición nada tiene que ver con la teoría de la unidad o del fraccionamiento...Su finalidad es proteger al nacional cuando éste es excluido en el extranjero y no es más que un arcaísmo o resabio de la aplicación extraterritorial del derecho en virtud de la *comitas gentium*"¹¹.

Si se comparan la ley argentina con la ley francesa que tal y como vimos, le sirvió de fuente de inspiración al legislador argentino, resulta fácil advertir que en el texto del artículo 3470 del Código Civil se amplía la protección, ya que se la concede no solamente a los argentinos sino también a los extranjeros domiciliados en territorio de la República Argentina. Esto no podría ser de otro modo ya que, tal como se sabe, el principio del domicilio es el que impera en la casi totalidad de las disposiciones que conforman el sistema de derecho internacional privado argentino

que conforme nuestra legislación poseen vocación hereditaria, situación que según interpretamos, autoriza a "compensar" los bienes a los cuales no han accedido los herederos domiciliados en la República en el procedimiento extranjero, por bienes que sean adjudicados en el procedimiento seguido en la República...". El Código de Derecho Internacional Privado Belga del 2004, deroga el artículo 912 del Código Civil que establecía el *droit de prélèvement*, derecho de retorsión. El legislador belga sostuvo que esta derogación se debía a que el campo de aplicación de esta regla fue fuertemente discutida, y que además, se trataba de una medida de otra época, que no se justificaba más en la actualidad.

6. ROMERO DEL PRADO, *Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Assandri, 1961, p. 432.

7. Dentro de la extensa bibliografía que adhiere a esta posición puede verse ROMERO DEL PRADO, ob. cit., p. 435 quien elocuentemente sostiene: "lo dispuesto en el artículo 3470 del Código Civil, es la única excepción al principio de la unidad, que es verdaderamente seguido por el doctor Vélez Sársfield, excepción incorporada para respetar el principio de igualdad entre los herederos en contra de las exclusiones, desigualdades y privilegios de leyes extranjeras". CALANDRELLI, Alcides, *Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, tomo III, p. 275 ss; VICO, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, tomo II, 1927, pp. 173 ss. HOOFT, Eduardo Raimundo, "Sucesiones en el derecho internacional privado del Mercosur", en *La Ley* 15/02/05, I. PARDO, Gustavo A., "Un análisis de casos de sucesión internacional", en *La Ley* 1987, A, 336. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. (directora), *Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Capítulo VII, págs. 207/240, Editorial La Ley, 2012.

8. También VICO, Carlos M. obra citada pág. 174, Tomo II, Biblioteca Jurídica Argentina. Edición 1935.

9. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000, p. 303.

10. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed. actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti. pp. 601 y 608.

11. WEINBERG, Inés, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 380.

(artículos 6, 7, 948, 1214, 1215, 1216, 3283, 3284, 3612 del Código Civil, entre otros).

La lectura detenida del texto de la norma me permite interpretar que la protección abarca a los domiciliados en la República Argentina, sean nacionales o extranjeros, tutelándolos contra discriminaciones, exclusiones y disminuciones que pudieren padecer en virtud de leyes extranjeras, en tanto habitante permanente de este país. Es decir, la protección establecida por el artículo 3470, y el derecho de retorsión allí establecido podrá hacerse valer en tanto el domicilio se encuentre en nuestro país, siendo obviamente indiferente la nacionalidad del peticionario. Esta posición, en cambio, no es la compartida por comentaristas como Machado y Segovia quienes entienden que dan derecho a reclamar el beneficio acordado al argentino por el hecho de serlo, aunque se encuentre domiciliado en el extranjero.

En este aspecto, cabe recordar que la jurisprudencia argentina ha considerado que: "*Para la aplicación del artículo 3470 del Código Civil, es indispensable la concurrencia de herederos extranjeros y argentinos o extranjeros domiciliados en el país*"¹².

"La protección establecida al heredero legitimario por nuestro artículo 3470 tiene lugar, ya sea cuando la ley extranjera o las costumbres locales del país extranjero, o bien por disposición del propio testador, excluyan total o parcialmente a los argentinos y extranjeros domiciliados en la Argentina, interpretación que se apoya en el propio texto del precepto cuando el mismo artículo añade "por cualquier título que sea".

Asimismo, habrá que buscar la interpretación que corresponde hacer de la alocución que emplea el texto normativo cuando se refiere a los "bienes situados en la República". En este aspecto, puede entenderse que se encuentran comprendidos solamente los bienes inmuebles situados en territorio argentino, o bien, que abarca los inmuebles y muebles de situación permanente, o bien, que queda incluida la totalidad de los bienes, cualquiera sea su naturaleza con tal que se encuentren en el país.

Esta última, parecería erigirse en la interpretación que mejor se compadece con el espíritu de la norma, ya que la misma no hace distinción alguna. En apoyo de lo dicho, conviene destacar por esclarecedora, la doctrina argentina cuando sostuvo que:

"Cuando por aplicación del artículo 3283, los herederos domiciliados en el país, sean nacionales o extranjeros, son excluidos del derecho a la sucesión, o ven disminuidas, por cualquier título que sea, las porciones que les corresponderían de acuerdo a la ley argentina. Ésta, velando por la integridad de su derecho sucesorio, les acuerda la facultad de iniciar un nuevo juicio en el país, a fin de tomar de los bienes del causante situados en la República, una porción igual a aquella de la que fueron privados en el juicio abierto en el extranjero. Tratándose de un precepto legal

12. Cámara Civil Segunda de la Capital Federal, publicada en la Revista La Ley, tomo 4, p. 102, fallo 1420, in re "Polito, Francisco, sucesión".

*instituido con fines de protección e inspirado en el deseo de compensar a los argentinos o extranjeros los perjuicios derivados de una ley extranjera, contraria a los principios de igualdad que el Código ha consagrado, el artículo 3470, al hablar de los bienes situados en la República no hace distinción alguna entre los muebles e inmuebles, le basta que se encuentren en ella el día de la apertura de la sucesión. Lo que prueba, que no es el régimen de los bienes inmuebles el que determina la pluralidad de juicios sucesorios en las dos únicas excepciones a la unidad, sino las consideraciones de orden público en que reposa la legítima en nuestro derecho"*¹³.

En idéntica línea de pensamiento se halla la jurisprudencia argentina cuando en un fallo del 22 de junio de 1925, la Cámara, al confirmar la sentencia del Señor Juez de Primera Instancia Doctor César Campos, dice: "*La disposición del artículo 3470 del Código Civil, que establece que en caso de división de una sucesión entre herederos o extranjeros y argentinos, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República una porción igual al valor de los situados en el extranjero de que ellos fuesen excluidos, debe entenderse tanto respecto a los bienes inmuebles como muebles, y el caso se tratará de una cantidad de dinero depositada en un banco en el país*"¹⁴.

Siguiendo con el análisis de la norma del artículo 3470 del Código Civil, corresponde señalar que para hacer efectiva la protección, quienes tengan derecho a invocarla, deberán abrir una sucesión en la República Argentina a fin de tomar de los bienes situados en nuestro país la porción de la que fueren privados en el extranjero. De este modo, se formará una única masa de bienes, los situados en nuestro país y en el extranjero, y se calculará sobre esa masa la porción que habrá de ser tomada por los beneficiarios.

3. Los proyectos de reforma argentinos

El Proyecto elaborado por Werner Goldschmidt, en el título "Sucesión hereditaria" destina los artículos 30 al 33 al tema, sin incluir norma similar al artículo 3470 del Código Civil.

Por su parte, mientras que el Proyecto de 1993 no se ocupó del régimen internacional de la sucesión; el Libro VIII del Proyecto de reforma al Código Civil de 1998/1999, que le dedicó el capítulo VI (artículos 77 a 81), no contiene una norma como la analizada.

Tampoco el Proyecto de Código de Derecho Interna-

13. ARGÜAS, Margarita; LAZCANO, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, El Ateneo, 1926, p. 235.

14. *Jurisprudencia Argentina*, tomo 16, pp. 189 y ss. In re *Echarte de Caillava*. En este mismo sentido, vale decir, que el artículo 3470 es una excepción al principio de la unidad establecido en el Código Civil argentino, pueden verse los fallos de la Suprema Corte de Buenos Aires, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 29, p. 568 y el de la Cámara Civil Sala Segunda de la Capital Federal, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 53, p. 761.

cional Privado de 2003¹⁵ ni el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 contemplan regla jurídica semejante al vigente artículo 3470¹⁶. Esta es una decisión del legislador que está marcando una clara tendencia en la materia.

III. Segunda Parte: Derecho Internacional Privado Francés

1. Anciën Droit

Antes de la Revolución francesa, los extranjeros estaban sometidos a incapacidades tales como no poder transmitir por sucesión los bienes que tuvieran en Francia, que era lo que constituía el llamado derecho de "aubana", respondiendo a un aforismo que indicaba "que el extranjero era libre en la vida, siervo a su muerte".

En virtud del mencionado derecho, el extranjero era incapaz de adquirir, sea por testamento o ab intestato, los bienes de su padre dejados en Francia, aun cuando éste fuera de nacionalidad francesa y para el supuesto que dejara hijos franceses y extranjeros, sólo heredaban los primeros pasando los bienes al señor feudal o al rey en caso de quedar solamente parientes extranjeros como sucedía cuando no había herederos. Este derecho fue limitado, permitiéndose a los hijos de franceses nacidos en Francia, recibir los bienes que dejaba en territorio francés su padre extranjero. Con posterioridad, en la misma línea de restricción del mentado derecho de "aubana", se atenuó su rigor incluyéndose excepciones a favor de príncipes, soberanos extranjeros, comerciantes que iban a las ferias, obreros que se ocupaban de las manufacturas y estudiantes, entre otros¹⁷. Simétricamente, con el derecho de "aubana" se aplicaba a los extranjeros un derecho llamado de detracción que debían abonar para suceder, que importaba un impuesto sobre la sucesión dejada por un extranjero. En síntesis, se trataba el primero de los nombrados, del derecho que autorizaba al señor feudal o al rey mismo, a apropiarse de las herencias de causantes extranjeros y el segundo, el derecho que le asistía a las autoridades feudales para exigir el pago de un impuesto sobre las herencias en las que intervenían extranjeros.

La Revolución francesa por la ley del 6 de agosto de 1790, llega a abolir los derechos de "aubana" y de "detracción". Pero se sostuvo que esta ley solamente se refería a la

incapacidad de transmitir y no les otorgaba a los extranjeros el derecho de recibir una sucesión o un legado, lo cual fue motivo para que se dictara el decreto del 8 de abril de 1791 con arreglo al cual los extranjeros, aún los domiciliados fuera de Francia, eran capaces de recibir y disponer de los bienes que obtuvieran por sucesión de sus parientes.

2. El Código Civil Francés

En 1804 se sanciona el Código Civil francés de Napoleón que implica un retorno hacia el antiguo derecho, código que "al decir de Jitta en lo que concierne a los extranjeros lleva más bien el sello de la malevolencia que el de la fraternidad, proclamada con tanto estrépito poco antes de ponerlo en vigor"¹⁸.

En este aspecto, el artículo 726 establecía que un extranjero no sería admitido para suceder los bienes que su pariente extranjero o francés dejara en territorio francés, sino en los casos y de la manera como un francés sucediera a su pariente que dejara bienes en país extranjero, tal como surgía del artículo 11 del Código Civil. Según este último, los extranjeros gozarán en Francia de los mismos derechos civiles que actualmente son acordados o acuerden a los franceses por los tratados con la nación a la cual esos extranjeros pertenezcan. Es sabido que dicha norma establecía la denominada reciprocidad diplomática, en virtud de la cual debía existir un tratado con el Estado de la nacionalidad del extranjero para gozar de la excepción. Del juego de ambas disposiciones, lisa y llanamente, surge con claridad que quedó restablecida la incapacidad de recibir una sucesión, a menos que existiera tratado, lo cual obviamente aumentaba las arcas del soberano.

Es más, en la misma línea de política legislativa, el artículo 912 determinaba la incapacidad del extranjero de recibir por actos inter vivos, cuando la reciprocidad no se encontraba admitida en el país de su nacionalidad, dado que no se podía disponer en su beneficio, sino en los casos en que esa persona podía hacerlo a favor de un francés. Es decir, que esta disposición crea una incapacidad que restablece el derecho de "aubana", pues en el antiguo derecho los diversos actos entre vivos, como hacer o recibir donaciones, caían en lo que se denominaba derechos o facultades del derecho de gentes únicas de las que podían gozar los extranjeros frente a las facultades del derecho civil, reservadas a los franceses.

3. La ley del 14 de julio de 1819

Esta ley que establece el droit de prélèvement es una excepción a la aplicación normal de la regla de conflicto en provecho del heredero que, por efecto de la ley sucesoria competente, se le han atribuido derechos inferiores a los que él recibiría por aplicación de la ley francesa. En el artículo 1º disponía que "quedan derogados los artículos 726 y 912 del Código Civil, en consecuencia los extranjeros ten-

15. Elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J. y D.H.191/02 y Res. M.J.S. y D.H.134/02. Presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003. Versión corregida y entregada al Ministerio de Justicia el 24 de Junio de 2003. www.jus.gov.ar/minjus/dinaci/index.htm.

16. En la obra FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado*, ob citada explico in extenso, para quienes deseen conocerla, mi posición para el supuesto que en la República Argentina se encare la reforma del sistema de derecho internacional privado en general y específicamente en materia de sucesiones internacionales.

17. ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Derecho Internacional Privado*, tomo II, Córdoba, Assandri, 1961, p. 430.

18. JITTA, Joseph. *Droit International Privé*. 1906.

drán el derecho de suceder, disponer y recibir de la misma manera que los franceses en toda la extensión del reino".

Según el artículo 2, se dispuso que: "En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y franceses, éstos recibirán de los bienes situados en Francia, una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero, de que fuesen excluidos por cualquier título, en virtud de leyes o costumbres locales"¹⁹.

Esta ley si bien deroga en su artículo 1º, en su totalidad, el derecho de "aubana", por el otro, como contrapartida, incorpora el denominado *droit de prélèvement* en el artículo 2, temiendo que el derecho extranjero mantuviera la institución abolida de "la aubana", sobre todo pensando en el derecho inglés²⁰.

Esta disposición, que reconoce un especial privilegio a favor del heredero francés en una sucesión, donde por lo menos intervienen dos coherederos y uno es francés, mereció una interpretación restrictiva tanto por la doctrina como por la jurisprudencia francesa.

En este sentido, la Cámara Civil, en su sentencia del 7 de diciembre de 2005 sostuvo, en la parte pertinente: "Aux termes de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, le droit de prélèvement est une exception à l'application normale d'une règle de conflits de loi, qui, lorsque un héritier français se voit reconnaître par une loi successorale compétente des droits inférieurs à ceux qui résulteraient pour lui de l'application de la loi française, lui permet de prélever, sur les biens de la succession en France, une portion égale à la valeur des biens dont il est privé, à quelque titre que ce soit, en vertu de cette loi ou d'une coutume locale. Le conjoint survivant, qui exerce ses droits, non pas en sa qualité d'héritier qu'il n'a pas perdue, mais en se prévalant, en vertu d'un testament, de sa seule qualité de légataire de la quotité disponible la plus étendue, pour laquelle il avait exercé son droit d'option, ne peut pas se prévaloir du droit de prélèvement de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819. Les applications du droit de prélèvement de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 sont rares en jurisprudence et la Première chambre civile a eu l'occasion, par cet arrêt, de déterminer les bénéficiaires de ce droit au regard de la finalité de ce texte... Un bref rappel des faits est nécessaire. Georges Loiseau, notaire à Abidjan, est décédé à Paris, en laissant pour lui succéder sa femme et ses trois enfants. Sa succession se composait de biens mobiliers et immobiliers situés en France et en Côte-d'Ivoire, ainsi que de divers actifs dépendant d'un trust aux îles Caïmans. La loi ivoirienne, déclarée applicable à la succession mobilière par référence au dernier domicile du défunt, privant le conjoint survivant de toute part dans la succession de son mari en présence d'enfants et limitant la quotité disponible au quart des biens, sa femme, instituée par testament olographe légataire de la quotité disponible la plus étendue, a déclaré opter pour le quart en pleine propriété et les trois quarts

en usufruit des biens dépendant de la succession et a demandé le bénéfice du droit de prélèvement, auquel certains enfants se sont opposés. Dès 1868, la Cour de cassation avait admis que l'article 2 de la loi s'appliquait également entre cohéritiers français. Mais ce droit était-il réservé au seul héritier ou reconnu à tout successible? Il convenait de s'interroger sur la condition du conjoint survivant et sur la finalité de la loi de 1819.1. La qualité de légataire a-t-elle fait perdre au conjoint survivant sa qualité d'héritier? L'évolution de la condition du conjoint survivant traduit une reconnaissance progressive de ses droits de successible en qualité d'héritier. Si cette qualité ne lui était pas reconnue en 1804, une vocation en usufruit lui a été donnée en 1891 et 1925. En 1930, il concourt avec des parents d'une autre ligne. En 1957, il exclut les collatéraux ordinaires. En 1958, le législateur lui reconnaît la saisine (art. 724 ancien du Code civil). Avant la réforme du 3 décembre 2001, si sa qualité d'héritier était certaine, il n'était cependant pas considéré comme un héritier comme les autres en raison de la particularité de sa situation due à l'incidence du régime matrimonial choisi par les époux et surtout aux avantages matrimoniaux entre conjoints (donations entre époux; legs de la quotité disponible au conjoint survivant comme c'est notre cas), ce qui modifie sa situation. Cependant, un arrêt de la Première chambre civile du 19 février 2002 (Bull. n° 64) affirme sans réserve sa qualité d'héritier: «Attendu qu'il résulte de ces textes (art. 724, 731 et 767 du Code civil) que le conjoint survivant a la qualité d'héritier»; il a la saisine et la jouissance sur l'universalité des biens de la succession (Civ., 1 re, 3 février 2004, Bull. n° 40). La réforme de 2001 lui attribue désormais la qualité d'héritier à part entière (art. 731 et 732, 756 et 757 du Code civil). Par l'arrêt du 7 décembre 2005, la Cour de cassation décide que le conjoint survivant, qui exerce ses droits en sa qualité de légataire de la quotité disponible la plus étendue, ne perd pas sa qualité d'héritier. Les deux qualités ne s'excluent pas; elles se combinent en fonction de la finalité du texte à mettre en œuvre.2. Quelle est la finalité de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819? Le droit de prélèvement est une exception à l'application normale de la règle de conflit au profit de l'héritier qui, par l'effet de la loi successorale compétente, se voit attribuer des droits inférieurs à ceux qu'il recevrait par l'application de la loi française. Il s'agit donc d'un privilège exorbitant, à l'image des articles 14 et 15 du Code civil. Il ne peut être interprété que restrictivement. La doctrine, dans son ensemble, est défavorable à une application trop extensive de la loi de 1819, qu'elle estime obsolète, d'esprit trop nationaliste et territorialiste, difficilement justifiable. Le professeur P. Lagarde, notamment, préconisait une abrogation de ce texte en considérant qu'il était « archaïque et source d'inutiles complications » (note sous Civ, 1 re, 1 er février 1972, D. 1973, p. 62). Mais qui peut prélever? Le français qui a la qualité d'héritier stricto sensu ou le légataire également? L'esprit de la loi est incontestablement de protéger les seuls héritiers et surtout les héritiers réservataires car ce sont les droits ab intestat du français qui sont remis en cause. Dans la mesure où le conjoint survivant n'entend pas seulement protéger sa vocation successorale légale, mais choisit d'exercer, par le droit d'option, ses droits de légataire, cette qualité de légataire ne doit-elle pas prévaloir et l'exclure du bénéfice du droit de prélèvement. La Première chambre civile a tranché pour une application restrictive du texte en excluant le légataire du bénéfice du droit de prélèvement de l'article 2

19. ZEBALLOS, Estanislao S., *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1, p. 549; WEISS-ZEBALLOS, *Manual*, tomo I, p. 345.

20. También puede verse FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Ob. Cit., Cap. VIII - Régimen Internacional de la sucesión, pp. 292-315.

*de la loi du 14 juillet 1819. Lorsque la même personne jouit de la double qualité d'héritier et de légataire, il convient de rechercher quels sont les droits qu'elle veut exercer : ceux de légataire ou ceux d'héritier? Ce choix détermine la règle à mettre en œuvre. Cette solution apparaît être une application raisonnable d'un texte d'exception"*²¹.

21. "En virtud del artículo 2 de la Ley del 14 de julio de 1819, el derecho de retorsión o retractación es una excepción a la aplicación normal de una regla de conflicto de leyes (norma indirecta), por la cual, cuando se concede a un heredero francés derechos inferiores a los que daría lugar la aplicación de la ley francesa, mediante una ley sucesoria aplicable, le permite tomar de los bienes en Francia una porción igual al valor de los bienes de los que se le priva, por cualquier título o en virtud de la presente ley o costumbre local. El cónyuge sobreviviente, que ejerce sus derechos, no en calidad de heredero, que no ha perdido, sino en virtud de un testamento, simplemente como un legatario de la parte de libre disposición del causante, por la cual ha ejercido su derecho a opción, no puede invocar el derecho de retorsión del artículo 2 de la Ley del 14 de julio de 1819. Casos en los que se aplica el artículo 2 de la Ley de 14 de julio 1819 son poco frecuentes en la jurisprudencia y la Cámara Civil Primera ha tenido ocasión, en dicha sentencia, para determinar los beneficiarios de este derecho a la luz de la finalidad de su texto... Es necesario hacer un breve resumen de los hechos. George Loiseau, un notario de Abidján, murió en París, dejando como sucesores a su esposa y tres hijos. Su patrimonio sucesorio consistía en bienes muebles e inmuebles situados en Francia y Costa de Marfil, así como diversos activos dependientes de un fideicomiso en las Islas Caimán. La ley de Costa de Marfil, declarada aplicable a los bienes muebles en virtud del último domicilio del difunto, privaba a la cónyuge sobreviviente de cualquier parte de la herencia de su marido ante la existencia de hijos, y encontrándose limitada la cuota disponible a la cuarta parte de los bienes, su esposa, instituida como legataria por testamento ológrafo de la parte de libre disposición, declaró optar por un dominio pleno de la cuarta parte del patrimonio y de tres cuartos en usufructo de los bienes sucesorios y reclamó el beneficio del derecho de retractación, a lo que algunos hijos se opusieron. Desde 1868, la Corte Suprema de Justicia aceptó que el artículo 2 de la ley se aplica por igual entre coherederos franceses. Sin embargo, este derecho estaba reservado para el heredero o para cualquier sucesor reconocido. Es apropiado interrogarse sobre la condición del cónyuge sobreviviente y el propósito de la ley de 1819. La calidad de legatario le ha hecho perder al cónyuge sobreviviente su condición de heredero. La evolución de la situación del cónyuge sobreviviente refleja un gradual reconocimiento de sus derechos de sucesión como heredero. Si bien esta calidad no le fue reconocida en 1804, una vocación en usufructo se le concedió en 1891 y 1925. En 1930, concurrió con los parientes de otra línea. En 1957, excluyó a los colaterales ordinarios. En 1958, el legislador le reconoce la posesión hereditaria - posesión temporal de los bienes hasta tanto estos sean debidamente divididos - (artículo 724 del antiguo Código Civil). Antes de la reforma del 3 de diciembre de 2001, aunque su condición de heredero fuera cierta, sin embargo, no se lo consideró un heredero como los demás por su situación particular debido a la incidencia del régimen matrimonial elegido por los cónyuges y especialmente por los beneficios matrimoniales entre cónyuges (donaciones entre cónyuges, herencia de la parte de libre disposición al cónyuge supérstite, como es nuestro caso), lo que cambia la situación. Sin embargo, una sentencia de la Cámara Primera en lo Civil, del 19 de febrero de 2002 (Bol. N° 64) afirma, sin reservas, su condición de heredero: "Considerando que se desprende de estos textos (artículos 724, 731 y 767 del Código Civil) que el cónyuge sobreviviente tiene la calidad de heredero", tiene la posesión hereditaria y el disfrute de la universalidad de los bienes sucesorios (Civ., primera, 3 de febrero de 2004, Bol. N° 40). La reforma de 2001 le atribuyó de ahora en adelante la condición de heredero (art. 731 y 732, 756 y 757 del Código Civil). Mediante sentencia del 7 de diciembre de 2005, la Corte de Casación decidió que el cónyuge supérstite, que ejerce sus derechos en su calidad de legatario de la parte de libre disposición,

Según la doctrina más autorizada, el *droit de prélèvement* en el derecho comparado se presenta bajo dos formas, la que se denomina la *prélèvement* nacionalista y la *prélèvement compensatoria*.

La primera es la típica del derecho francés. La jurisprudencia ha realizado una interpretación según la cual esta se aplica no solamente cuando un francés es discriminado en el extranjero en razón de su nacionalidad, sino cuando es privado de un derecho que le sería reconocido en Francia, como sería el derecho de reserva sobre los bienes situados en el territorio francés²². En la otra modalidad, denominada no nacionalista y compensatoria, se otorga la preferencia al heredero independientemente de su nacionalidad. Si bien la doctrina francesa suele defenderse aduciendo que la *prélèvement* ha sido empleada como un correctivo ante la necesidad de remediar un resultado injusto²³.

4. El Artículo 2 de la Ley del 14 de julio de 1819: un cambio radical

La reforma constitucional del 23 de julio de 2008, introduce en el derecho francés la denominada cuestión prioritaria de constitucionalidad (artículos 61 y 62 de la Cons-

no pierde su condición de heredero. Ambas cualidades no son mutuamente excluyentes, se combinan en función del propósito del texto en análisis. ¿Cuál es el propósito del artículo 2 de la Ley de 14 de julio de 1819? El derecho de retorsión es una excepción a la aplicación normal de la regla de conflicto a favor de un heredero que, en virtud de la ley de sucesión aplicable, se le asignan derechos inferiores a los que recibiría por la aplicación de la ley francesa. Por tanto, es un privilegio exorbitante, al igual que los artículos 14 y 15 del Código Civil. Solo puede interpretarse de manera restrictiva. La doctrina, en su conjunto, es adversa a una aplicación excesivamente amplia de la ley de 1819, se la considera obsoleta y de espíritu demasiado nacionalista y territorialista, difícilmente justificable. El Profesor P. Lagarde, en particular, abogó por la derogación de este texto teniendo en cuenta que era "arcaica y una fuente innecesaria de complicaciones" (nota al Civ., primera, 1 de febrero de 1972, D. 1973, p. 62). Sin embargo, ¿quién puede ejercer este derecho? El francés, que tiene la calidad de heredero en sentido estricto sentido, o también el legatario? El espíritu de la ley está claramente orientado para proteger solamente a los herederos y principalmente a los herederos forzosos porque son los derechos ab intestato de los franceses los que son desafiados. En la medida en que el cónyuge supérstite no tiene la intención sólo de proteger sus derechos de sucesión legal, sino que, por el derecho de opción, elige ejercer los derechos de legatario, esa calidad de legatario no debe prevalecer y excluirlo del derecho de retorsión. La Cámara Primera en lo Civil falló a favor de una aplicación restrictiva del texto excluyendo al legatario del derecho del artículo 2 de la Ley del 14 de julio de 1819. Cuando la misma persona disfruta de la doble condición de heredero y legatario, es necesario investigar cuáles son los derechos que quiere ejercer: los de legatario o los de heredero. Esta elección determina la regla a aplicar. Esta solución parece ser una aplicación razonable de un texto de la excepción".

22. Ver *Affaire Caron et Holzberg*. Cass. 20 mars 1985, Rev. Critique 1986, p. 66, note Y. Lequette. En el derecho chileno el artículo 998 del Código Civil, establece que "los chilenos interesados podrán pedir que se les adjudique en los bienes del extranjero existentes en Chile todo lo que les corresponda en la sucesión del extranjero. Esto mismo se aplicará en caso necesario a la sucesión de un chileno que deja bienes en país extranjero".

23. BONOMI, Andrea. *Rec. Des Cours., Successions Internationales : Conflits de lois et de juridictions*, 2011.

titución). Este recurso permite de forma inédita el control a posteriori de la constitucionalidad de las leyes por el Consejo Constitucional. La doctrina se ha expedido sobre este tema, diciendo que "en razón de esta reforma, instituciones perennes del derecho privado francés, antes al abrigo a salvo de tal control, podrán ver su conformidad con la Constitución puesta a prueba"²⁴.

En este aspecto, la ley del 14 de julio de 1819, en vigor hasta el día de la sentencia, fue declarada inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad entre los herederos.

En efecto, se aduce que en general la doctrina es contraria a una aplicación extensiva de la ley de 1819, ya que se la califica como "obsoleta con espíritu nacionalista y territorialista, difícilmente justificable"²⁵.

Estas disposiciones, los artículos 61 y 62 de la Constitución francesa, abren la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes²⁶, creando un recurso, una vía antes inexistente cuyo propósito es liberar, purgar al orden jurídico de instituciones contrarias de valores y principios que conforman el llamado bloque constitucional. Este núcleo, que se puede calificar como duro, se encuentra teñido, impregnado por las disposiciones protectoras de los derechos humanos.

En tal entendimiento, con fecha 5 de agosto del 2011, el Consejo Constitucional empleando el recurso de la cuestión prioritaria, ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Ley francesa del 14 de julio de 1819.

El Consejo sostiene que²⁷: "*Considerando que los términos del artículo 2 de la ley del 14 de julio de 1819, relativa a la abolición del derecho de aubana y de detracción, que dispone que para el caso de que en una misma sucesión entre coherederos extranjeros y franceses, éstos últimos gozaran de una preferencia sobre los bienes situados en Francia, pudiendo tomar una porción igual al valor de los bienes situados en país extranjero de los que fueron excluidos, por cualquier título que sea en virtud de leyes o costumbres locales;*

"Considerando que esta disposición que instituye el

derecho de preferencia permite únicamente a un francés reclamar sobre los bienes situados en Francia una porción sucesoria que le otorga la ley francesa y de la que ha sido excluido por la ley sucesoria extranjera desconoce el principio de igualdad, así como priva a un heredero de su derecho sobre una parte de la sucesión restringiendo injustificadamente la libre disposición de sus bienes por el difunto, atenta contra el derecho de propiedad;

"Considerando que el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos de 1789 dispone que la ley debe ser la misma para todos, sea que ella proteja, sea que ella castigue; que el principio de igualdad no se opone ni a que el legislador regle de forma diferente a situaciones diferentes, ni a que él derogue a la igualdad cuando las razones de interés general lo justifiquen con tal que en uno y otro caso, la diferencia de tratamiento que resulta se encuentre en relación directa con el objeto de la ley que lo establece;

"Considerando que el artículo 2 de la ley del 14 de julio de 1819 cuyo objeto por una parte es establecer criterios que conducen a obstaculizar la aplicación de la ley extranjera aplicable en materia de sucesión entre coherederos extranjeros y franceses y, que por otra parte, instaura un derecho de preferencia con la finalidad de proteger al heredero francés de la exclusión de la ley extranjera;

"Considerando que la disposición discutida instituye una regla material que deroga a la ley extranjera designada por la regla de conflicto de leyes francesa, que esta regla material de derecho francés...desconoce, en sí mismo, el principio de igualdad...

..."Considerando que, que por todo ello, el artículo 2 de la ley del 14 de julio de 1819 relativo a la abolición del derecho de aubana y de detracción debe ser declarado contrario a la Constitución.

"DECIDE: Artículo primero. El artículo 2 de la ley del 14 de julio de 1819 relativo a la abolición del derecho de aubana y de detracción es contrario a la Constitución. Artículo segundo: de forma. 4 de agosto de 2011, publicado en 5 de agosto del 2011."

En síntesis, tal como se advierte en los párrafos precedentemente transcritos, se ha producido un cambio en el ámbito del derecho internacional privado francés de las sucesiones, que no temo calificar como radical respecto de una de las instituciones más tradicionales y antiguas del derecho, como es el derecho de preferencia del heredero francés.

IV. Tercera Parte: el control de constitucionalidad en el derecho argentino

Tempranamente, en el derecho argentino se acepta que los jueces ejerzan el control difuso de la constitucionalidad, (CORTE SUPREMA, 1888, "Elortondo"), independientemente de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional que se refiere al amparo como control de los derechos fundamentales.

24. STORCK, M.; CERQUEIRA, G. (dir), *Les frontières entre liberté et interventionnisme en droit français et en droit brésilien*, L'Harmattan, 2010, pp. 127 ss.

25. LAGARDE, Paul, ha propiciado la derogación de esta disposición por arcaica y fuente de inútiles complicaciones, en su nota a la sentencia de la Cámara Civil, del 1 de febrero de 1972, D. 1973, p. 62. También PONSARD, nota Rev. Cr.dr.int.pr., 1972, p. 603; MAYER, Pierre, *Droit International Privé*, N° 812, 1994. En materia de derecho internacional privado francés puede verse DROZ, Georges A.L. "Saisine héréditaire et administration de la sucesión en droit int. privé français et comparé", Revue Vrit., 1970, p. 183 y ss, LOUSSAUARN, Yvon - BOUREL, Pierre, *Précis Droit International Privé*, 7ª. Edición, Dalloz, p. 526/540, especialmente p. 532/534. Ver Cass. Civ. 20 mars 1985, Revue critique, 1986, note Lequette. ANCEL, Bertrand et LEQUETTE, Yves, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de dr. Int. Privé*, 2da. Edición, Sirey.

26. FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., "El control de constitucionalidad del derecho extranjero", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n° 32, Caracas, 2008, pp. 11-43, trabajo que es el disparador del presente.

27. Traducción de la autora.

El Alto Tribunal en un caso en que se trataba sobre la razonabilidad de la ley 14.226 sobre "números vivos de variedades en los cinematógrafos", sostuvo:

"Es misión del Poder Judicial, sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo de decidir las causas de cualquiera de los otros poderes nacionales que estén en oposición con ella. Sin embargo, tanto la Constitución argentina como su modelo estadounidense, no desarrollan explícitamente el control de constitucionalidad. Aunque la jurisprudencia ha desarrollado la doctrina sosteniendo que "el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, naturalmente supone el de su razonabilidad".

"El objeto cardinal y específico de la ley cuestionada, en mérito a su naturaleza y a los propósitos que le dan contenido, lejos de consistir en el provecho de un grupo de personas obtenido merced al sacrificio patrimonial de otro grupo, reviste carácter inequívocamente público o general. De modo que, acreditado este aspecto básico, la ley 14.226, no transgrede los principios que rigen el legítimo ejercicio del poder de policía, a esta Corte sólo le está permitido analizar la razonabilidad de los medios previstos por el legislador o sea el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la ley impone y los fines que la realización procura y ello cualquiera sea el juicio sobre el mérito intrínseco o el valor artístico permanente o actual de la actividad tutelada..."

"La cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues como se afirmó, el Tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes...." (CORTE SUPREMA, 1960, "Cine Callao").

Nuestro sistema de control de constitucionalidad "es muy amplio, en cuanto a lo que es materia controlable. Pueden ser objeto de control normas, actos, hechos y omisiones, provenientes tanto de órganos estatales del gobierno nacional o de gobiernos provinciales, en uno y otro caso integrantes de cualquiera de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial". Indican que se pueden enumerar como actos controlables las leyes nacionales y provinciales, los actos y los reglamentos administrativos nacionales y provinciales, los hechos administrativos, las omisiones de la autoridad pública, etcétera. Entre sus características principales se encuentran:

- 1) Es un sistema judicial, dado que el control es ejercido por los órganos del Poder judicial.
- 2) Es un sistema difuso, porque todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes y decretos.

- 3) Los jueces solamente pueden expedirse en juicios o casos judiciales (litigios entre particulares, o entre particulares y el Estado), quienes ejercen el control respetando las reglas de su competencia jurisdiccional, o sea que cada juez lo hace en los casos o causas que le corresponde resolver en razón de la materia, lugar, entre otras.

- 4) Recae sobre toda clase de normas y actos: se ejerce sobre las leyes nacionales, provinciales y también sobre todos los demás actos y normas estatales de carácter general o singular, incluidas las sentencias judiciales y los actos administrativos.

- 5) Los jueces ejercen el control de constitucionalidad en casos concretos, pero no cuando la cuestión se ha constituido en abstracto, a pedido de las partes interesadas o afectadas por la aplicación de las normas impugnadas de inconstitucionalidad.

- 6) Los jueces no ejercen control sobre las cuestiones calificadas como políticas ("cuestiones políticas no justiciables o actos de gobierno") emanadas de facultades privativas de los poderes políticos (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo).

- 7) El control de constitucionalidad no comprende aquellas cuestiones formales o de procedimiento de su sanción.

- 8) Los jueces se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas, en las sentencias de los juicios, produciendo efectos que únicamente valen para ese caso concreto y no tienen alcance general (efecto inter partes y no *erga omnes*).

En suma, tal como surge de lo señalado precedentemente, el control de constitucionalidad afecta la norma impugnada en el caso concreto, por lo que la disposición cuestionada sigue siendo válida y solamente puede ser derogada por la misma autoridad que la aprobó. Si un juez argentino se viera en la necesidad de controlar la constitucionalidad del derecho foráneo, se vería obligado a hacerlo en relación y a la luz de la Constitución Argentina, y no de la extranjera. De la vulneración de la Constitución extranjera se ocupan, y bien que lo hacen, los jueces extranjeros, no los jueces argentinos.

V. Cuarta Parte: algunas reflexiones finales y propuestas

- 1) En la interpretación del derecho extranjero, a la pregunta de si están los jueces ligados a las opiniones admitidas en el país de la legislación de que se trata, hay que responder con una negativa. En el caso concreto de la aplicación del derecho extranjero francés, la modificación acaecida en tal ordenamiento, es decir, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley del 14 de julio de 1819, más allá de que se podría coincidir doctrinariamente con ella, no obliga, no resulta vinculante para los jueces argentinos. Aun cuando los jueces fundamentasen la totalidad de la sentencia en una legislación extranjera, no dejan de ser ellos los que administran justicia en nombre y bajo la responsabilidad del Estado al cual pertenecen. Es a ellos a quienes correspon-

de penetrar en el sentido de la ley extranjera; para lo cual tendrán muy en cuenta, evidentemente, las opiniones jurisprudenciales dominantes en el país extranjero, pero esas opiniones no serán obligatorias para ellos.

■ 2) En la República Argentina, sea que el juez aplique sus propias reglas o las de un país extranjero, realiza siempre la función tantas veces comparada con la solución de un silogismo, en el cual la norma actúa como premisa mayor y los hechos que estima probados como premisa menor. Sostener lo contrario importa desnaturalizar la sentencia judicial, que en tal caso carecería de un esencial presupuesto de validez, la cual es estar fundada en derecho, sin que a ello obste la reconocida pero no infranqueable dificultad práctica que encierra el conocimiento del derecho extranjero por el juez, lo que por otra parte aparece como arcaico en virtud de la celeridad de las comunicaciones existentes en el mundo contemporáneo. Es más, ello está constitucionalmente vedado porque el juez no crea derecho, no legisla, función que le corresponde al legislador, que simétrica y equilibradamente tiene competencia para crearla, no para interpretarla²⁸.

28. Puede verse un desarrollo más profundo de la cuestión de la aplicación del derecho extranjero en BIOCCA, Stella; CARDENAS, Sara; BASZ, Victoria, *Derecho Internacional Privado. Parte general*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1990, p. 137. En este aspecto, desde otro punto de vista, cabe señalar que en materia procesal la teoría del uso jurídico, a la cual no adhiero, intentó descubrir la vía media entre la doctrina de derecho y la del hecho. Para quienes cultivan esta tesis, el juez argentino debería imitar la sentencia probable del juez extranjero. En efecto, se afirma en esta línea de pensamiento por un lado, que el derecho extranjero es un hecho (hecho probable dentro de un contorno irreal e imposible, concibiéndolo, como la sentencia que con el máximo grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero en el supuesto caso de que el aspecto de la contienda, sometido a su derecho, realmente se hubiere radicado en su jurisdicción), por el otro, que la autoridad debe averiguarlo de oficio por ser un hecho notorio. "Nuestros jueces, dice Werner GOLDSCHMIDT deben someterse *tamquam cadaver* (igual que a un cadáver), a la interpretación que los jueces extranjeros dan a su respectivo Derecho, aun en el supuesto de su identidad al nuestro". La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que vincula a nuestro país con Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Ley 22921 BO 27/09/1983, en vigor para la República Argentina 01/12/1983, en el artículo 2 establece: "Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada". Sin embargo, el Protocolo Adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado en los artículos 2 y 3 respectivamente disponen: "Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada". "Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualesquiera de los otros Estados". A su turno, el artículo 13 del Código Civil argentino establece: "La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptuándose las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República Argentina por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial".

■ 3) Los tribunales judiciales, sean nacionales o extranjeros, especializados o no especializados, carecen de competencia para declarar la inconstitucionalidad del derecho extranjero en base a la Constitución extranjera. Dicho en otras palabras, el control de constitucionalidad se ejerce sobre la propia Constitución.

■ 4) Si se interpreta el artículo 3470 como única excepción, o como complemento del principio de unidad imperante en materia sucesoria en virtud de lo establecido por los artículos 3283 y 3612 del Código Civil, se impone una interpretación restrictiva de su texto, tal y como lo tienen establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia argentinas.

■ 5) Convendría que el legislador argentino, en futuras alteraciones, innovaciones legislativas en materia de derecho internacional privado, a la luz de los proyectos de reforma más emblemáticos, recapacitara seriamente sobre la inconveniencia de mantener por inercia instituciones como el mentado *droit de prélèvement* que ha dado muestras claras de obsolescencia y de anacronismo incluso en el país de su génesis.

■ 6) En este sentido, es propicio que en futuras reformas del sistema de derecho internacional privado en materia de sucesiones internacionales, se considere la derogación del artículo 3470 del Código Civil argentino, por resultar francamente violatorio de tratados internacionales sobre derechos humanos y la Constitución Nacional que garantiza a todos los habitantes, a todos los domiciliados en nuestro territorio, los mismos derechos (artículo 20 de la Constitución Nacional), por lo que me manifiesto enfáticamente por su definitiva supresión del derecho internacional privado argentino.

■ 7) Mientras eso ocurra, resulta evidente que la modificación acaecida en el derecho francés, la declaración de inconstitucionalidad de la Ley del 14 de julio de 1819, tendría como principal y único efecto, indicar la tendencia contemporánea imperante en la actualidad, que se mueve decididamente hacia la derogación, hacia la muerte de, nunca mejor empleado el término, tanto innecesarias como inútiles discriminaciones en materia de sucesiones internacionales. ■

VI. Bibliografía

- ALBORNOZ, Jorge, "*Sucesión hereditaria*", en Fernández Arroyo Diego (Coordinador), *El derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, ed. Zavalia, Buenos Aires, 2003, capítulo 21, pp. 841 – 871.
- ARGÜAS, Margarita; LAZCANO, Carlos Alberto, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, El Ateneo, 1926.
- BIOCCA, Stella; CARDENAS, Sara; BASZ, Victoria, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1990.
- BOULANGER, F., *Les Successions internationales. Problè-*

mes contemporains, Paris, 1981.

- CALANDRELLI, Alcides, en *Revista de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, tomo III.

- FERMÉ, Eduardo L., "El régimen sucesorio en el Derecho Internacional Privado Argentino". J.A. T. 1967-III-50- Sección Doctrina.

- FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., "El control de constitucionalidad del derecho extranjero", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n° 32, Caracas, 2008.

- FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2000.

- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Serie de libros universitarios. La Ley. 2012.

- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., "La división sucesoria en el Derecho internacional Privado". *Revista Jurídica La Ley*, 1 de agosto de 2012.

- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti.

- *Derecho Internacional Privado*, ediciones de 1985 y 2009.

- HOOFT, Eduardo R., "Sucesiones en el derecho internacional privado del MERCOSUR", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (www.eldial.com), Ed. Albremática, Buenos Aires, 29 de octubre de 2004.

- HOOFT, Eduardo R., *Sucesión hereditaria, jurisdicción internacional y ley aplicable*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981.

- MAYER, Pierre, *Droit International Privé*, N° 812, 1994.

- PAZ LAMELA, Santiago, "Nuevas perspectivas en la armonización jurídica comunitaria: el libro verde de la comisión sobre sucesiones y testamentos". En *AFDUDC*, n° 13, 2009.

- REVILLARD, M., *Droit international privé et pratique notariale, Répertoire du notariat Defrénois*, Paris, 2001.

ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Derecho Internacional Privado*, tomo II, Córdoba, Assandri, 1961.

- SANCHEZ LORENZO, Sixto, "What do we mean when we say Folklore?. Cultural and axiological diversities as a limit for a european private law", en *European Review of Private Law*, N°2, Kluwer Laz International, 2006.

- STORCK, M. ; CERQUEIRA, G. (dir), *Les frontieres entre liberté et interventionnisme en droit francais et en droit*

brésilien, L'Harmattam, 2010.

- VICO, Carlos M. *Curso de Derecho Internacional Privado*, tomo II, 1927.

- WEINBERG, Inés, *Derecho Internacional Privado*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

- ZEBALLOS, Estanislao S., en *Jurisprudencia Argentina*, tomo I.