Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B

S., A. /suc. ab intestato • 08/11/2010

2ª Instancia. — Buenos Aires, noviembre 8 de 2010.

Y Vistos y Considerando:

I.- Contra la resolución interlocutoria de fs. 67, que rechaza la petición de ser declarado heredero en los términos del art. 3576 bis del Código Civil, interpone recurso de apelación M. J. M., expresando sus agravios a fs. 73/75.

Explica que la denegatoria se ha fundado al interpretar la norma citada en el sentido de que ha querido proporcionar a la mujer, viuda y sin hijos, algunos recursos, llamándola a una pequeña parte de la sucesión de sus suegros. La a quo afirmó que el derecho reconocido a la viuda tiene un fundamento asistencial y se nutre de la idea de solidaridad familiar y que se explica que se la conceda a la viuda y no al viudo porque se supone que el hombre tiene más posibilidades de ganarse la vida que la mujer.

Se agravia el apelante por cuanto afirma que el carácter asistencial al que se hace referencia no justifica que el derecho se conceda a la viuda y no al viudo, que no es razonable, ni cierto, que el hombre tenga más posibilidades de ganarse la vida que la mujer. Que la decisión cuestionada se asienta en conceptos parciales que, apoyados en fundamentos asistenciales, terminan siendo totalmente ajenos a la realidad.

Lo anotado, continúa el apelante, desvirtúa una realidad insoslayable, ya que conseguir trabajo afecta por igual a hombres y a mujeres y quizás actualmente, por el tipo de demanda laboral, más a los hombres. Que la mujer no se queda en su casa a esperar que el marido la mantenga; compite en igualdad de condiciones con el hombre, laboral y económicamente. La norma en cuestión, agrega, no distingue entre la viuda rica o pobre, con lo cual mal puede presumirse su carácter asistencial.

La interpretación propuesta en la instancia de grado, postula el recurrente, es incongruente con la modificación sustancial del derecho argentino a partir de la incorporación supralegal de tratados internacionales en el año 1994 y con la Declaración de Derechos Humanos que consagra la igualdad del hombre y la mujer. La interpretación restringida que se la ha dado a la norma desvirtúa la paridad de géneros, reduciéndolos a los tradicionales roles de esposa-ama de casa y marido-proveedor. La negativa de conceder el mismo derecho al hombre, por ende, configura una situación discriminatoria.

II.- A fs. 77/78 R. N. S. responde el traslado del memorial.

Explica que la norma implica un carácter asistencial que se le concede a la viuda y no al viudo, porque se supone que el hombre tiene más posibilidades de ganarse la vida que la mujer. De la misma manera, se afirma, la igualdad consagrada en tratados internacionales del hombre y la mujer tiende a la protección de esta última, sin que esta postura signifique discriminación alguna.

En el derecho positivo, continúa exponiendo el litigante Saba, existen numerosos casos en los que la ley y la jurisprudencia privilegian a la mujer en razón de su género, sin que a nadie se le ocurra plantear que existe discriminación; por ejemplo cuando se la deja permanecer en el hogar en caso de conflicto con su cónyuge, en distintas normas del derecho del trabajo, etc. Agrega que la interpretación del apelante en el cuando postula que toda norma deba interpretarse en sentido genérico, sin considerar el género que se haya utilizado en su redacción, deviene por lo menos peligrosa y vulnera todo el andamiaje, legal, requiriendo en cada caso ser objeto de un debate legislativo para considerar la procedencia de la modificación.

III.- A fs. 84 se expide el Sr. Fiscal General dictaminando que corresponde confirmar la resolución en estudio puesto que el art. 3576 bis del Código Civil tiene una orientación asistencial en la que no encuadra el quejoso.

IV.- El artículo 3576 bis del Código Civil establece que, "La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los artículos 3573, 3574 y 3575". Es indudable que dicho artículo no contempla, tal como lo destacó la Magistrada de la instancia de grado, la situación del yerno viudo sin hijos; por lo cual debe concluirse que el plexo infra constitucional otorga un llamamiento sucesorio a la mujer, viuda y sin hijos, a la sucesión de sus suegros, no así al hombre que se encuentre en la misma situación.

A la luz de los planteos deducidos por el apelante, el Tribunal se ocupará de analizar si la diferenciación normativa sustentada en el sexo de la persona es, en la actualidad, constitucionalmente aceptable.

V.- El fundamento del precepto, incorporado al ordenamiento civil con la reforma del año 1968 —Ley 17.711— según lo explica Zannoni, evoca de alguna manera la cuarta de la viuda pobre e indotada que le acordaban las Partidas (ley VII, tít. XIII, Partida VI), cuyo fundamento era de corte asistencial. En tal sentido, se presumiría que, conservando su estado civil de viudez y sin hijos al tiempo de fallecer sus suegros, dicha viuda carecería normalmente de recursos para subsistir. En ese orden de razonamientos, el autor citado explica que, si bien probablemente la voluntad del legislador fue la de proteger a la viuda, no sería correcto inferir en la norma citada un último fundamento o razón asistencial por que éster no se encuentra enunciado a nivel normativo como presupuesto de implementación del llamamiento (Zannoni, Eduardo A., Derecho de las Sucesiones, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 136).

Se destaca que la norma en estudio ha merecido, atento su carácter original que no se replica en otros ordenamientos positivos en el derecho comparado (Vanella, Vilma R., La falta de vocación sucesoria del yerno viudo. La diferenciación del sexo, LA LEY, 2009-E, 366), dos fundamentos relevantes en la doctrina que se ha ocupado de comentarla. Uno de carácter asistencial —del que participan Moreno Dubois, Borda, Spota, Pérez Lasala y Belluscio—, otro sustentado en el parentesco por afinidad —Zannoni, Salas, Tavip, Vanella—. A su vez no faltó la doctrina que ha abrevado de ambas nociones, tal los casos de Martínez Paz, Maffía, Llambías, Méndez Costa, Guastavino, Vidal Taquini, López del Carril y Azpiri (cfr. el estudio y citas efectuadas por Famá, María Victoria, Inconstitucionalidad de la figura de la "nuera viuda sin hijos" a la luz del principio de la no discriminación: necesaria mirada desde la perspectiva del género, RDF, 2010-I, p. 164; Ocampo, Carlos Guillermo, La nuera viuda exclusión sucesoria del cónyuge, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997).

En suma, y como quiera que sea, claro está entonces que dos criterios sustentan la finalidad de la norma: la asistencia de la mujer viuda sin hijos y el parentesco por afinidad entre la nuera y sus suegros. Lo que debe ponderarse, pues, es si a la luz de nuestro derecho positivo ampliamente considerado justifican aquellos argumentos que se efectúe una diferenciación en el llamamiento sucesorio que se sustente en el sexo de la persona; es decir, si es constitucionalmente admisible que el yerno viudo sin hijos se vea impedido de suceder a los padres de su esposa prefallecida.

VI.- En el test de constitucionalidad deberán ponderarse dos cuestiones:

Por una parte, que desde la implementación de la norma en citó hasta el presente el texto de la Constitución Nacional ha sido modificado significativamente incorporando en él instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22) que prohíben explícitamente las discriminaciones arbitrarias —Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24), Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 1 y 2), Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2 y 30)—.

Por otra parte, que se trata de un precepto que debe ser sometido a un escrutinio más severo dado que pertenece a la categoría de normas sospechadas de inconstitucionales; como lo son aquellas que contienen pautas diferenciadoras sustentadas en motivos de sexo, raza, religión, extranjería y origen nacional, en las cuales se presume la afectación de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y que, por tal motivo pierden la presunción de validez, invirtiendo a su respecto la carga de la prueba o, simplemente, la carga de la justificación. Vale decir, que dicha carga incumbirá a la parte que intente valerse o beneficiarse de aquellas normas (la doctrina se origina en la nota al pie de página n° 4 –—footnote four— del precedente norteamericano U.S. v. Carolene Productis Co. 304, US 144, 1938; Ibarlucía, Emilio A., Acerca de los nuevos escrutinios de control dé constitucionalidad, E.D.C.O. diario de 14/07/2006; Bianchi, Alberto B., El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007, LA LEY, 2008-B, 717).

El criterio que se acaba de exponer no es otro que el impuesto en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema desde hace tiempo ("Radulescu" de 1974, Fallos 290:83; "Arenzón", Fallos 306:400; "Repetto, María Inés M. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos 311:2272; "Calvo y Pesini, Rocío c. Provincia de Córdoba s/amparo", Fallos 321:194; "Hooft", Fallos 327:5118; "Gottschau", Fallos 329:2986; "Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de D. R. A. en la causa R. A., D. c. Estado Nacional", Fallos 330:3853; "Mantecón Valdés", Fallos 331:1715).

VII.- Es evidente, no siendo necesario ahondar en demasiadas justificaciones al respecto, que si el fundamento de la norma es el parentesco por afinidad, no existen razones que permitan concluir que resulta válida la exclusión del hombre y la inclusión de la (mujer en el llamamiento en estudio. En este aspecto, la norma no sólo sería contraria al ordenamiento constitucional (art. 16), sino que aparecería dispar en el contexto del régimen Sucesorio vigente en Argentina; el que no efectúa, fuera del supuesto en análisis, distinciones sustentadas en el sexo de la persona.

En lo referido al fundamento asistencialista, que abreva de la idea de proteger a quien se presume en una situación de debilidad o desprotección, debe anotarse que la aplicación del el principio de no discriminación impone que se le brinde igualdad de trato a quienes se encuentren en iguales circunstancias (Bidart Campos, Germán J., "Manual de la Constitución reformada", Tomo I, Buenos Aires, ed. Ediar, 1998, p. 366/7). Desde tal óptica, sin perjuicio de que lo lógico es que no todas las nueras viudas sin hijos se encontrarán en a misma situación —las habrá con capacidad económica—, tampoco existen motivos para pensar que, en algún supuesto, no necesitará la misma asistencia un yerno viudo sin hijos. Es decir, si todas las circunstancias son idénticas y la diferencia radica en el sexo, la discriminación aparecería como arbitraria.

Es verdad que el fundamento primitivo de la norma era paliar una situación real de desigualdad en la que se encontraban inmersas la mayoría de las mujeres. Al respecto, bien dice Vanella que en "... la época de sanción de la reforma que incorporó el art. 3576 bis resultaba justa la distinción a favor de la mujer, pues si bien ésta había ido adquiriendo derechos civiles en virtud de la ley 11.357, todavía era considerada incapaz y requería de la venia o autorización de su marido para la realización de ciertos actos" (Vanella, Vilma R., La falta de vocación sucesoria del yerno viudo. La diferenciación del sexo, LA LEY, 2009-E, 366). Sin embargo, claro está que la hermenéutica anotada no tiene vigencia en la actualidad.

Es que el principio de igualdad jurídica de los cónyuges y la superposición de roles matrimoniales que trae consigo la posmodernidad jurídica —que deja de lado la atribución de roles diferenciados en razón del sexo— torna evidente que, lo que en otros tiempos constituía un mecanismo de protección, hoy ha devenido en una suerte de discriminación inversa que debe ser revisada teniendo en mira el nuevo bloque de constitucionalidad.

En resumidas cuentas, la norma discriminaría al hombre al excluirlo del llamamiento sucesorio al que, en iguales circunstancias es concedido a la mujer; pero también la discriminaría a la mujer al mantenerla en el histórico y superado rol de parte débil de la relación matrimonial, insertada en un superado modelo proteccionista varonil (ver Famá, M. Victoria, Inconstitucionalidad de la figura de la "nuera viuda sin hijos" a la luz del principio de la no discriminación: necesaria mirada desde la perspectiva del género, RDF, 2010-I, p. 164).

El principio de igualdad y no discriminación arroja como resultado de este ejercicio ponderativo que la norma en estudio, art. 3576 bis del Código Civil, en tanto excluye al yerno viudo sin hijos del mismo derecho al que accedería una mujer en similar situación, devendría contrario al ordenamiento constitucional y así debe ser declarado por este tribunal.

A esa misma conclusión han arribado otros precedentes jurisprudenciales (Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 27ª Nominación de Córdoba, 30104/2009, "M. o M., A.", LLC, 2009-549; Juzgado Civil y Comercial de la Nominación San José de Metán, 08/04/2010, "G., A.", LLNOA, 2010-597).

En concreto, el art. 3576 bis del Código Civil hoy no es susceptible de postular su validez a la luz de los principios superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Ello no debe llamar la atención, pues con acierto se ha sostenido que la regla normativa no se sustrae a la "usura del tiempo". Es que una ley no puede conservar indefinidamente el sentido y el alcance que tuvo cuando fue dictada; "hay que introducirla en el movimiento de la historia" para que se halle en sintonía con "las nuevas necesidades y problemas jurídicos suscitados por las transformaciones de los tiempos" (Ver De Lorenzo, Miguel Federico, Abuso de Derecho y Pretérito Indefinido, LA LEY, 2009-C, 1339 y los prestigiosos autores allí citados).

No obstante, a los fines de brindar una respuesta idónea a la pretensión del apelante —el reconocimiento de su calidad de heredero— se impone que la jurisdicción no se limite a la invalidación del precepto analizado, cual si fuera un legislador negativo ya que ello sólo aportaría silencio a la cuestión y el conflicto no sería resuelto. Téngase presente al respecto que se trata de un llamamiento sucesorio que, aún con las deficiencias y singularidades señaladas, ha sido mantenido hasta la actualidad por el legislador.

De tal suerte, la declaración de inconstitucionalidad debe trascender la función meramente negativa anotada y proveer una nueva norma al caso concreto que rija la relación jurídica de las partes y que satisfaga los parámetros constitucionales. Esto es, una declaración de inconstitucionalidad agregativa que incorpore al yerno viudo y sin hijos como sujeto beneficiado en los derechos otorgados en el art. 3576 bis del Código Civil.

VIII.- Adviértase que la circunstancia que en autos no se haya verificado un requerimiento expreso para declarar la inconstitucionalidad de marras, no ha de impedir el pronunciamiento del Tribunal.

En efecto, sobre el punto se deberá reparar que el judicial review of law norteamericano —control judicial de constitucionalidad— es el iniciador de una nueva y espléndida época en materia de control de la legitimidad de las leyes. Ello desde que la Constitución norteamericana (1787) abrió la era del constitucionalismo y de la supremacía de una carta de derechos rígida que no puede ser modificada o derogada mediante leyes ordinarias, sino que necesitan un procedimiento especial para lograrlo (Cappelletti, Mauro, Il controllo giudiziario di constitucionalità delle leggi nel diritto comparato, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1973, p. 41 —El control judicial de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado—).

El sustento teórico sobre el que se asienta el control de constitucionalidad difuso no abreva de mayores complicaciones, por lo menos no diversas a aquellas que usualmente se utilizan para la aplicación de normas jurídicas. Así fue razonado por Hamilton en El Federalista (Hamilton, Jay and Madison, The Federalist, on the new constitution, Vol. II, N° LXXVIII, titulado: A view of the constitution of the judicial departament, in relation to the tenure of good behaviour, New York, Published by Williams & Whiting, 1788, p. 232 —El Federalista, en la nueva constitución, una vista de la constitución del departamento judicial, en relación con la tenencia de buena conducta—); destacándose que la función de todos es la de interpretar la ley para aplicarla a casos concretos. Una de las pautas más obvias de esa interpretación es aquella según la cual cuando dos disposiciones legislativas se encuentran en contradicción el juez debe aplicar aquella prevalente. Tratándose de dos normas de igual rango, la prevalente será indicada con el usual criterio, "lex posterior derogat legi prior", "lex specialis derogar legi generalli", etc. El mismo criterio debe aplicarse en el control de constitucionalidad, teniendo en cuenta que "lex superior derogat legi inferiori", dado que se trata de disposiciones de distinta fuerza normativa (Cappelletti, Mauro, Il controllo giudiziario, ob cit., p. 60).

Esta misma línea de pensamiento fue recogida por Marshall para fundar definitivamente el control difuso de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial. El eminente jurista se preguntó si era posible que la Constitución fuera modificada por una ley emanada del Congreso o si aquella debía prevalecer sobre los actos legislativos sin que frente a tal interrogante, pudiera existir una posibilidad o camino intermedio. Ante esa disquisición estableció claramente la primacía de una Constitución rígida que no podía ser modificada por las normas dictadas por el Poder Legislativo (5 U.S. 137 (Cranch), William Marbury; James Madison, Secretary of State of the United States, February Term, 1803); de manera que constituía un deber para los jueces no aplicar ese tipo de normas.

El sistema de control norteamericano fue transplantado a nuestro medio en el caso "Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación" de 1887, en el cual la Corte Federal se encargó de transcribir las nociones fijadas en el precedente norteamericano. Y mucho más recientemente en el tiempo, y luego de un recorrido marcado por avances y retrocesos, dicha Corte admitió la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad del precepto, con alance al caso concreto en el cual se examina (art. 2° de la ley 27), en forma oficiosa (Ver "Mill de Pereyra y otro c. Provincia de Corrientes", 27/9/01, LA LEY, 2001-F, 891 y ratificada en "Banco Comercial de Finanzas S.A.", Fallos 327:3117 y en 31/8/2010, "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo", LA LEY, 09/09/2010, 7).

Para habilitar la declaración de inconstitucionalidad de oficio sólo será necesario que exista una pretensión que reclame una prestación determinada, que exista una norma, no cuestionada por el pretensor, que lo impida y que ésta sea contraria a otra de jerarquía superior. Todo ello en el marco de un "caso" o "controversia", de forma tal que efectuado el control de constitucionalidad en ese contexto no violará ni la división de poderes —exista o no petición de la parte—, ni el derecho de defensa de los litigantes; los cuales han tenido la oportunidad de expedirse con libertad sobre la cuestión propuesta (cfr. Trionfetti, Víctor R., en Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Constitucional, T. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 536). Con tal inteligencia, en conclusión, se hará lugar al recurso y se procederá a declarar la inconstitucionalidad mencionada.

IX.- El modo en esta Sala decide la cuestión conduce a quo las costas en ambas instancias sean impuestas en el orden causado, dado que estamos ante un tema novedoso y que ha generado controversias; por lo que los litigantes vencidos se encontraban con fundadas razones para controvertir los derechos en juego (art. 68 del CPCCN).

X.- Por lo expuesto se resuelve: Revocar la resolución de fs. 67, declarar la inconstitucionalidad del art. 3576 bis del Código Civil en los términos precedentemente expuestos y ampliar la declaratoria de herederos de fs. 23. En consecuencia, se incluye como heredero a M. J. M., quien ha acreditado los vínculos respectivos, y con los alcances previstos en la norma citada.

Las costas en ambas instancias se imponen en el orden causado.

La Vocalía n° 5 no interviene por encontrarse vacante.

Notifíquese, al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho, y oportunamente devuélvanse las actuaciones a la instancia de grado. —Mauricio Luis Mizrahi. —Claudio Ramos Feijóo.