

UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO XXI



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN
PIA

*“La supresión de la desheredación en el Nuevo Código Civil y
Comercial de la Nación y la conveniencia de su
restablecimiento”*

Aurich, Axel Jon
37.524.806
ABG82984
Abogacía
2019

Agradezco a mi familia, en especial a mi compañera Anita y mis hijos, con quienes compartí todo este trayecto. A mi abuela quién me ha ayudado mucho en el último tiempo y a mis padres. Agradezco a mi madre por formarme desde chico e impulsarme a obtener esto hoy. No puedo dejar de mencionar a mi padre del corazón, Gustavo, quién siempre me aconsejó que tenía que estudiar y el cual me apoyó desde el comienzo. También agradezco a mis suegros por estar siempre que los hemos necesitado.

PD: Los arriba mencionados están exentos del pago de honorarios en el futuro.

Simplemente GRACIAS.

ÍNDICE

Introducción.....	6
-------------------	---

Capítulo 1

La desheredación

Introducción al primer capítulo.....	9
1.1 Orígenes.....	9
1.2 Concepto y Naturaleza Jurídica.....	10
1.3 Caracteres y requisitos.....	10
1.4 Causales.....	12
1.4.1 Primera causal.....	13
1.4.2 Segunda causal.....	15
1.4.3 Tercera causal.....	15
1.5 Efectos.....	21
1.5.1 Con relación al desheredado.....	22
1.5.2 Con relación a los herederos descendientes.....	24
1.6 Circunstancias que borran la desheredación efectuada.....	26
Conclusión parcial.....	27

Capítulo 2

Análisis normativo

Introducción al segundo capítulo.....	29
2.1 La desheredación en el Código Civil.....	29
2.2 Fundamentos en el Anteproyecto de reforma del Código Civil.....	31
2.3 Supresión de la desheredación en el Código Civil.....	32

2.4 Análisis de la libertad de testar como principio rector del derecho sucesorio.....	32
2.5 La libertad de testar y la autonomía de la voluntad en el Nuevo Código Civil y Comercial.....	32
2.6 Comparación con el Instituto de Indignidad.....	36
2.7 Legítima.....	37
2.7.1 Concepto.....	38
2.7.2 Análisis de la disminución de la legítima con el correlativo aumento de la porción disponible.....	39
Conclusión parcial.....	40

Capítulo 3

Análisis de Derecho Comparado y Jurisprudencia

Introducción al tercer capítulo.....	41
3.1 La desheredación en el Derecho Español.....	41
3.1.1 Concepto y formas.....	42
3.1.2 Causales.....	43
3.1.3 Jurisprudencia.....	45
3.1.4 La desheredación en el país vasco.....	49
3.2 La desheredación en el Derecho Alemán.....	50
3.2.1 Formas y causales.....	50
3.3 La desheredación en el Derecho chileno.....	51
3.3.1 Concepto.....	51
3.3.2 Causales.....	52
3.3.3 Formas.....	53
3.3.4 Efectos.....	53
3.3.5 Jurisprudencia.....	54
Conclusión parcial.....	56

Capítulo 4

Análisis de artículos constitucionales y resolución de problema del problema de investigación

Introducción al cuarto capítulo.....	57
4.1 Análisis de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional.....	57
4.2 Resolución del problema de investigación.....	59
<u>Conclusión Final</u>	61

Introducción:

Uno de los aspectos más importantes que tuvo la reforma del derecho de sucesiones fue la supresión del instituto de la desheredación. La misma merece un análisis particular, ya que la regulación autónoma de la desheredación es el régimen predominante en las legislaciones que mantienen el sistema de legítimas (Código alemán, portugués, español, suizo, brasileño, colombiano, ecuatoriano, chileno, peruano, paraguayo, uruguayo), y fue mantenida en el Anteproyecto de 1954 y el Proyecto de la Comisión Federal aprobado en Diputados en 1993. Si cuando nos referimos a la legítima, ésta se funda en deberes de asistencia y afecto del causante hacia los legitimarios, la desheredación, como decía Pérez Lasala (2015), representa la dispensa de tales deberes, ante la existencia de una causa grave prevista en la ley. En un sistema de legítimas cerradas, en donde inexorablemente la ley determina quienes son los sucesores, el instituto de la desheredación es la única "vía de escape" que posee el causante para privilegiar, desde el punto de vista sucesorio, las conductas de sus futuros herederos. Es él quien regula de antemano su futura herencia, teniendo en cuenta las graves conductas contra su persona cometidas por sus parientes más cercanos. La libertad de testar es el principio rector del derecho sucesorio moderno. Sin embargo, este principio se vulnera con su supresión del Nuevo Código Civil y Comercial, que también vulnera la autonomía de la voluntad, avasallando también derechos fundamentales

La desheredación es una institución vinculada con el concepto de herencia forzosa. Si se admite que ciertos parientes deben recibir necesariamente una porción determinada de los bienes del difunto, aun contra la voluntad de éste, es preciso admitir también el derecho del testador de excluir a alguien por justas causas. Y es aquí donde se debe analizar bajo qué argumentos puede afirmarse que existe una restricción a la autonomía de la voluntad por parte del causante-testador, relacionada con la posibilidad de privar a sus forzosos herederos de la porción que la ley les protege bajo el instituto de la legítima hereditaria y que precisamente no podía ser vulnerada sin justa causa de desheredación.

Actualmente, la desheredación se encuentra presente en los sistemas de origen romano, con la destacada excepción del Código Civil Italiano y el Código Francés, que no contemplan la institución de la desheredación porque han optado por un "sistema puro",

en el que la legítima, en tanto que derecho ligado al parentesco, no puede erradicarse sea cual sea el comportamiento observado por el heredero forzoso. El causante no tiene la opción de despojar de la legítima por causa del comportamiento del legitimario.

La supresión de la desheredación se ha efectuado con un fundamento totalmente escaso en el que se le quita el derecho al testador de disponer de sus bienes en vida en los casos que sufre maltratos físicos y psicológicos. Hubiera sido totalmente lógico que un instituto legal como el nuestro en donde se disminuyeron las porciones legítimas haciendo prevalecer el principio de la autonomía de la voluntad hubiera seguido regulando el instituto de la desheredación y así haciendo valer la libertad de testar en los casos establecidos por ley. La eliminación del instituto dejó como única vía la indignidad, recordemos que este es un instituto totalmente diferente y distinto en el que se han trasladado algunas causales. Por todo lo expuesto es que me formulo los siguientes interrogantes: ¿Bajo qué argumentos es posible afirmar que el supuesto de la supresión de la desheredación vulnera tanto la libertad de testar como así también la autonomía de la voluntad? ¿En qué medida el alcance de la supresión incluye una contradicción de principios constitucionales?

Por la temática elegida y la finalidad de este Trabajo Final de Graduación se seleccionará el método exploratorio, ya que la información objetiva sobre la desheredación y las teorías en las cuales se fundamentan son diversas y en ciertas ocasiones diferentes al imaginario colectivo. El método exploratorio durante su aplicación nos ayudará a que los resultados nos aproximen a una visión sobre los objetivos. Como explica Yuni y Urbano (2014) este método se puede utilizar cuando se quiere determinar las propiedades o características de un fenómeno o se quieren generar nuevas categorías conceptuales.

También tuvo mérito de selección el método descriptivo ya que, por consistir en caracterizar los hechos y también fenómenos, se logra establecer una estructura, características y/o comportamiento de dicha institución. También busca especificar las propiedades más importantes del instituto bajo análisis. A decir de Yuni y Urbano (2014) la finalidad de la investigación descriptiva es describir las características de un fenómeno a partir de la determinación de variables o categorías ya conocidas.

En cuanto a la estrategia seleccionada, es la cualitativa ya que se estudiarán el origen y fundamento de la norma, sus basamentos, sus modificaciones, las opiniones doctrinales, los fallos jurisprudenciales, etc. Este método se basa en recolección de datos sin medición numérica y utiliza prioritariamente lo inductivo por sobre lo deductivo (Olabuenaga,1996).

A lo largo de este trabajo desarrollaré en cuatro capítulos este instituto. En el primero de ellos explayaremos sus orígenes, llegando hasta sus causales, efectos y resultados. Terminamos este capítulo haciendo un análisis de las circunstancias que suprimen la desheredación, como así también la libertad de testar como principio rector del derecho sucesorio.

En el segundo capítulo haremos un análisis normativo de la desheredación, partiendo del Código Civil. Analizaremos también los fundamentos en el anteproyecto de reforma del Código Civil y su supresión del Código Civil. También compararemos la desheredación con el instituto de la indignidad y haremos mención de la legítima.

En el tercer capítulo analizaremos la desheredación desde la visión del derecho comparado, sus normas y efectos, como así también veremos jurisprudencia de determinados países.

En un último y pequeño capítulo cuarto capítulo analizaremos los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional y haremos una resolución del problema de investigación, como así también la justificación de la conclusión.

Capítulo primero

La desheredación

Introducción:

A lo largo de este capítulo explayaremos la desheredación desde sus orígenes hasta llegar a sus causales, efectos y resultados. En este trayecto compartiremos doctrina de importantes juristas en el cual analizan este instituto, dando su postura sobre determinadas facetas del tema bajo análisis.

También veremos las circunstancias que borran la desheredación efectuada, como así también analizaremos la libertad de testar como principio rector del derecho sucesorio.

1.1 Orígenes

La desheredación nace en el Código de Hammurabi, el cuál fue un conjunto de leyes para controlar y organizar a la sociedad, surgido en el siglo XVIII a. C. Éste código fue escrito por Hammurabi, quien fue sexto Rey de Babilonia y creador de su imperio. Originariamente el testador tenía una amplia libertad de testar, pudiendo así disponer de sus bienes como quisiera. El sistema de legítimas no existía, por ende, no se hablaba de desheredación, solo con no mencionarlo en el testamento era suficiente. En Roma la desheredación se basaba en formalidades en el testamento por las cuales, se podía dar como heredero o desheredado a los parientes más cercanos. Luego apareció la *querella inoficiosi testamenti*, en la cual el testador, tenía que otorgar una parte de su herencia material, la *portio legitima*, hoy la porción legítima.

A posteriori se fue reconociendo la existencia de herederos forzosos y se consideró inevitable mencionarlo en el testamento, pudiendo ser desheredados a voluntad del testador sin causales establecidas (Mondragón, 2018).

En otras palabras, se puede decir que la desheredación nace y se mantiene como un resultado directo del sistema de legítimas, a menos que, exista un sistema de libertad de testar pleno.

Con el paso de los años y el progreso del derecho, la justicia romana dictaminó que el testador debía dejarles algo a sus herederos forzosos y solo por causas dictaminadas podía desheredar a un ascendiente o descendiente. Esto se transformó en un deber legal por el cual y, según la novela 115 de Justiniano, ciertos herederos, los forzosos, no podían ser privados de la herencia sino por causales expresamente establecidas por la ley (Goyena Copello,2015).

1.2 Concepto y Naturaleza Jurídica

La desheredación consiste siguiendo a Goyena Copello (2015) en la exclusión que el causante, en vida, ha decretado contra un sucesor forzoso, por medio de su testamento y como sanción de un proceder previsto por la ley como incorrecto contra el causante.

Muchas son las similitudes que se encuentran al considerar esta institución con la de indignidad (lo compararemos más adelante), y una de las más exactas es con respecto a su naturaleza jurídica, ya que ambas importan una sanción contra el proceder del llamado a suceder. Al decir de Rébora (1932) en la indignidad era la ley la que lo excluía por sí sola, aquí en la desheredación es el causante quien se anticipa a pronunciarla. Su función es claramente sancionatoria por al igual que la indignidad. Digamos, que, si, la mayoría de los autores, la consideran incapacidad o no, lo cierto es que parten de la base de que la misma entraña una sanción en contra del proceder incorrecto contra la persona o memoria del difunto.

1.3 Caracteres y requisitos

Podemos decir que es excepcional por lo que, tratándose de alterar el régimen normal de las sucesiones, la desheredación adquiere carácter de tal, en cuanto modifican sólo en ciertas circunstancias un orden previsto por la ley o el causante. Es limitada ya que, sólo se circunscribe a la persona del sancionado, no pudiéndose extender a sus herederos, y desapareciendo con la muerte del desheredado. Se considera también restrictiva, es que, aun cuando la ley no lo diga, como en el caso del artículo 3744 para la desheredación, las causas previstas son de carácter taxativo y, por ende, toda interpretación analógica está vedada, aunque los hechos revistan mayor gravedad. Su carácter más peculiar es que es

un acto de última voluntad lo cual, esto le agrega un color particular y lo diferencia claramente de la indignidad ya que, el causante decide en vida como distribuir su herencia en los casos en que existan maltratos a su persona, injurias, menoscabos, etc. (Goyena Copello, 2015).

Requisitos:

La desheredación no basta por sí sola para lograr el fin deseado por su autor. La ley ha querido que se cumplan otros requisitos que tienden a asegurar que la sanción que el causante ha impuesto a su sucesor no es el resultado caprichoso de su voluntad, sino la justa sanción de un mal proceder que realmente existió y generó grandes malestares en el causante (Borda, 2002).

Es por ello que, en los requisitos que vamos a ver, deben verse individualmente eslabones que conducen a conformar conjuntamente la cadena que ha de separar al causante de su sucesor. Estos son 3: a) Pronunciamiento en un testamento válido; b) Causal prevista por la ley; y c) Acción que la compruebe.

A continuación, las analizaremos separadamente:

a) Pronunciamiento en un testamento válido

La desheredación para surtir efectos, debe estar contenida en un testamento válido. Cualquier otra forma de manifestar su voluntad una persona y que tenga por fin excluir a un heredero forzoso es inútil e irrelevante, sin perjuicio de que eventualmente pueda servir como prueba coadyuvante de una causal de indignidad, si la enunciada fuera al mismo tiempo de una y otra (Goyena Copello, 2015).

A mi entender basta con que la misma se encuentre inserta en el testamento, y de la inteligencia de él se pueda inferir la voluntad del causante de desheredar a su heredero forzoso para que la misma tenga efecto.

Vale aclarar que no se requieren términos ni fórmulas sacramentales, y al decir de Borda (2002) “basta que la causal se halle determinada de modo que no se dude de cuál sea ella”.

b) Causal prevista por la ley.

El artículo 3744 que inicia el título sobre la desheredación señala que “el heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación...”¹

Debido a lo cual, se determina claramente, en el sentido de que la institución se refiere a los herederos forzosos y tiende a privarlos de la porción legítima que les corresponda (arts 3591 y 3714) y también, se establece el carácter taxativo de las causales enunciadas, recalándose que la intención de desheredar por otras, aunque fueran más graves, no es admisible.

Coincidente con ello, el art. 3745, dice que la causa tiene que estar expresada en testamento y la que no se encuentre expresada o carezca de causa, no tendrá efecto.²

c) Acción que la compruebe.

Para restringir la libertad que de otro modo tendría el testador, y que desvirtuaría el régimen de la legítima, la ley no sólo requiere que las causales de desheredación se inserten expresamente en un testamento y respondan a las situaciones previstas en la ley, sino que además se compruebe que existieron (Borda, 2002).

Por eso el art. 3746 dispone que los herederos del testador deben probar la causa de desheredación y no otra causa...³

Este artículo, demuestra que, aunque el desheredado haya incurrido en otra causal de desheredación, la que corresponde probarle es la enunciada por el testador y no la otra.

1.4 Causales

Las causales de la desheredación son muy pocas en comparación con la indignidad y se encuentran reunidas en tan sólo un artículo del Código Civil, que las enuncia, y con el agregado de otro artículo más que se remite al anterior. Estas causales están destinadas a excluir a herederos forzosos, estos son los ascendientes, descendientes y el cónyuge.

El artículo 3747 señala que:

¹ Art. 3744 Código Civil de la República Argentina.

² Art. 3745 Código Civil de la República Argentina.

³ Art. 3746 Código Civil de la República Argentina.

“Los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes legítimos o naturales por las causas siguientes:

1. Por injurias de hechos, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante.
2. Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente.
3. Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o trabajos forzados”.⁴

Analizaremos detenidamente cada causal a fin de poder conocerla y comprenderla.

1.4.1 PRIMERA CAUSAL: *Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante.*

La expresión injurias de hecho enunciada en esta causal, se refiere al decir de Goyena Copello (2015) a que es un requisito imprescindible para tener configurada la misma, el hacer, el obrar por parte de quien incurre en ella, y ese hacer, ese obrar, consiste, conforme con la propia letra de la ley, en poner el hijo las manos sobre su ascendiente, no bastando la simple amenaza. Dejando de lado el acuerdo que impera en señalar que existen injurias verbales que duelen más que las de hecho, como decía Borda (2002), lo cierto es que la ley ha querido por ese medio circunscribir la causal en algo positivo que puede ser comprendido clara y concretamente no sólo por las partes, sino también por quienes lo presenciaron.

De lo contrario, y dejando librada a las simples injurias la posibilidad de desheredar, se lograría crear el caos y la incertidumbre al no saber dónde termina la simple discusión y dónde comienza la injuria. Para un padre severo, el mero hecho de ser replicado por un hijo puede ser causa de sentirse injuriado, mientras que, en ciertos ambientes, aun el insulto soez y las escenas de pugilato son circunstancias corrientes y vulgares. La solución legal, en uno y otro caso, corta por lo más sano, requiere el hecho exterior que revele

⁴ Art. 3744 Código Civil de la República Argentina.

algo que siendo injuria o no para las partes, sobre todo para la agraviada, revele en el consenso general una actitud considerada como tal (Perez Lasala, 2007).

Un interrogante consiste en determinar si las injurias de hecho deben llevarse a cabo sobre el testador, o bastaría con que lo fuese sobre otro ascendiente de aquel que realiza el acto sancionado, Goyena Copello (2015) cita a Machado, el cual, luego de plantearse el problema, se pronuncia por la consideración amplia de la probabilidad, en los siguientes términos:

El padre, por ejemplo ¿no podrá desheredar a su hijo, fundándose en que ha puesto la mano sobre su mujer, madre del injuriante, o sobre el padre del que deshereda, abuelo del desheredado? Ese derecho, ¿quedará reservado exclusivamente al injuriado? El espíritu se encuentra inclinado forzosamente a extender esta facultad, para castigar hechos tan bochornosos, aunque el Código busca el perdón de la ofensa, por la reconciliación del ofensor y del ofendido, debemos sujetarnos al hecho material de la injuria contra la persona de su ascendiente, de modo que el padre pueda ejercer la facultad de desheredación aún por los hechos que no le sean personales. (1957, pág. 566)

Borda (1980) se pronuncia en idéntico sentido. Sin embargo, al decir de Fassi (1985), es notable considerar que ello no es posible, y que el hecho solo puede haberlo sufrido el ascendiente que deshereda. Lo contrario importaría desvirtuar la clara letra de la ley. Al requerir el texto que “el hijo” ponga las manos sobre su ascendiente circunscribe el círculo a padre e hijo, demostrando que aquel que deshereda debe sufrir él mismo la injuria de hecho. Lo contrario importaría que, así como el abuelo podría desheredar al nieto por injurias de hecho cometidas por éste contra su padre, hijo a su vez de quien deshereda, también podría hacerlo si las injurias las cometiere contra la madre, nuera de quien deshereda, o contra el otro abuelo o abuela, pues tan ascendiente sería uno que otro. De ser ello posible, la injuria, que es algo sumamente personal y que debe ser justipreciada en el fuero íntimo por quién la sufre, vendría a ser un hecho objetivo solamente, con el

agravante de que podría dar lugar a una reconciliación sin el juego de tres voluntades, el injuriante, el injuriado y el desheredado.

La injuria es algo personal y, lo único que requiere para tener trascendencia y efectos legales es que sea insertada en un testamento y haya sido cometida mediante hechos reales de una cierta trascendencia, el perdón puede ser inmediato, o no siéndolo, tan sólo requiere las voluntades de ambas partes (Perez Lasala, 2015).

Nada mejor que quien sufrió la injuria, para saber medir la gravedad de ella y conceder o no el remedio divino del perdón. En cambio, si quien lo sufriera pudiera ser otro, nunca podría ser medida con igual vara.

1.4.2 SEGUNDA CAUSAL: *Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente.*

Al decir de Martínez Paz (1953), esta causal representa un grado más con respecto a la anterior. Sin embargo, es dable considerar que, si bien la mayor parte de las veces será cierto, podría ocurrir el caso del heredero que se valiese de terceras personas para atentar contra la vida del testador. La ley en este caso, como relata Borda (2002), tan sólo requiere la tentativa, sin hacer referencia alguna a la condena de que pueda ser objeto con tal motivo, como en el caso de la indignidad. Sumemos, sin embargo, que la tentativa o aún el homicidio contra un ascendiente no daría lugar a la desheredación por parte de otro ascendiente, como lo pretende Borda (2002). Si bien es cierto que por este medio el asesino alcanzaría un castigo ejemplar y más completo, al verse despojado de bienes con motivo de su delito, también es cierto que tan protegible es la vida, no sólo de los ascendientes sino de cualquier semejante, y ello nos llevaría forzosamente a admitir la desheredación en caso de tentativa y sobre todo de asesinato de cualquier persona, y no solamente de ascendientes, lo cual si bien sería justo nada tiene que ver con la institución que analizamos (Goyena Copello, 2015).

1.4.3 TERCERA CAUSAL: *Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados.*

Esta acusación o denuncia requerida, importa la exteriorización de una animosidad en contra del causante, que lleva a formularla. Al decir de Borda (1954), se ha sostenido que, para incurrir en desheredación, la denuncia o acusación debe ser efectuada voluntariamente, de modo tal que, si la misma se efectúa en cumplimiento de una obligación por parte del denunciante, proveniente de su función o de su oficio, la misma no tendría lugar.

Una postura contraria es la de Fassi (1970) quien coincide que ello ocurriría en el único caso de no haberse podido excusar de efectuar la acusación o denuncia. A mi entender esto sería totalmente extraño porque siempre podría nombrarse un funcionario, fiscal, tutor o curador *ad-litem*, para efectuar la correspondiente denuncia. Bastaría la manifestación del funcionario en el sentido de encontrarse imposibilitado de denunciar por ser pariente, cónyuge o amigo íntimo de un eventual denunciado, para que cupiera el nombramiento de un sustituto.

La acusación o en su caso denuncia, alcanza por sí sola a configurar la causal de desheredación. A su vez, Borda (1998) recalca que, sin perjuicio de que la misma careciere de fundamento, fuera improcedente, o se desestimara de oficio, pues lo que la ley considera es que la misma exterioriza un encono, que es incompatible con el afecto entre antecesor y sucesor.

Analizaremos ahora las causales mediante las cuales un descendiente puede privar de la herencia a su ascendiente.

Martínez Paz, ha fulminado esta probabilidad desde el punto de vista jurídico y filosófico, sosteniendo que:

La desheredación de los ascendientes es una institución que no puede dejar de ser mirada con cierta frialdad e incertidumbre.

Que el hijo se levante a la hora de la muerte, para proclamar la indignidad de su padre, es un acto de extrema violencia y de muy dudosa moralidad, que se rebela contra las leyes naturales. La idea de la reciprocidad entre sucesores, que es un

pensamiento común en las cuestiones sucesorias no puede alcanzar a esta delicada institución (1953, pág. 364).

Sin embargo, circunstancias siempre difíciles de prever son las que hacen necesarias disposiciones que sancionen incorrectos proceder, no sólo del hijo desnaturalizado que agravia a su padre con la tentativa de su homicidio o la denuncia de un grave delito, sino también del propio padre que no recordando la sangre que los une hace víctima a su hijo de iguales padeceres (Goyena Copello, 2015).

Ahora bien, veremos quienes son factibles de ser desheredados. Sabemos que el art. 3744 señala que los únicos que pueden ser desheredados son los herederos forzosos. Esta institución tiene por fin, que habiéndose restringido las facultades que antiguamente se reconocían a los testadores para omitir sin consideración alguna a ciertos parientes cercanos, no viniesen a quedar sujetos siempre a la obligación de tener que dejarlos herederos, cuando hubiesen cometido actos que por su magnitud demuestren la falta de cariño que debe existir. Queda claro el lugar de los que no son herederos forzosos, en este caso no es necesario recurrir al expediente siempre ingrato y peligroso de ventilar acciones y actitudes familiares, es suficiente con instituir heredero a otro u otros, o repartir toda la herencia en legados o legados de cuota, para que aquellos no reciban nada (Pérez Lasala, 2007).

En cambio, con respecto a los herederos forzosos el problema es totalmente diferente, es que no sólo el llamado proviene de la ley, sino que esta misma indica una intensidad en el mismo diferente a los demás, y que para aislarla sólo puede serlo mediante el cumplimiento de recaudos legales expresos. Tal la desheredación (Borda 1998). Corolario de todo lo expuesto, son las causales previstas en el art. 3747 que viéramos más arriba, estas se refieren a ascendientes y descendientes.

Rébora (1932), sostuvo que si bien en el Código sólo hay normas expresas con relación a ascendientes y descendientes al establecer que: *El heredero forzoso puede ser privado de su legítima por las causas expresadas en este título...*; ha hecho aplicables al caso del cónyuge las normas que determinan causas de desheredación de los descendientes y

ascendientes. De tal manera sigue analizando que las causales pueden ser de aplicación a aquél, concluyendo por sostener que son de aplicación la 2ª y 3ª causal.

En la doctrina actual, tan sólo Borda sostiene una posición semejante. Para este autor:

No hay fundamento serio para negar la posibilidad de desheredar al cónyuge. Es un heredero forzoso y, por lo tanto, incluido en lo dispuesto por el art. 3744; y en cuanto a las causales, es obvio que se puede aplicar el art. 3747, pues las tres causas previstas en él, permiten, de cualquier modo, su exclusión. (2012, pág. 132)

A pesar de la autoridad de las opiniones transcriptas, la doctrina en su mayor parte sostiene posición adversa en este sentido.

Desde el principio de la glosa a nuestro Código Civil de Vélez Sarsfield, otros autores antiguos como Machado y Llerena, sostenían la imposibilidad de desheredar al cónyuge en virtud de la ausencia de causales específicas con respecto de él, si bien imputaban la ausencia no a una voluntad expresa en tal sentido del codificador, sino a una omisión resultante de la ligereza de su redacción, y al decir de Machado a la falta de modelo semejante (Goyena Copello, 2015).

Más modernamente Fassi (2007), sostiene también la imposibilidad de desheredar al cónyuge, por la falta de causales en su contra.

El resto de la doctrina, en cambio, si bien parte de la imposibilidad de desheredar al cónyuge debido a la falta de causales en tal sentido, no lo atribuye en general a la omisión de Vélez, sino al juego armónico de las disposiciones del Código, no ya referida a la institución solamente, sino en lo que respecta a la sucesión entre cónyuges y las normas contenidas en aquel capítulo.

El primero en ver de manera categórica el problema fue Prayones, quién lo resolvió de la siguiente manera:

La situación del cónyuge dentro del código es distinta de la del descendiente y ascendiente. Estos, ante cualquiera de los actos que dan margen a las causas legales

enumeradas, no tienen otro recurso que el de la desheredación. En cambio, el cónyuge puede pedir el divorcio y el declarado culpable pierde el derecho a la herencia (1939, pág., 73).

Como explicaba Prayones (1939), la ley no excluye al cónyuge, porque con el divorcio se llega al mismo fin. Pero si el cónyuge ofendido, no hace uso del juicio de divorcio, se entiende que hubo reconciliación y se borran las causas de desheredación.

Con palabras claras y sencillas, se resuelve un problema concreto que tan sólo requiere una visión del contexto de nuestro Código.

A su autorizada opinión le sucedieron Lafaille, Fornieles, Arias y De Gásperi. Todos en igual coincidencia.

Al analizar estas posturas, se entiende que al cónyuge no se lo puede desheredar, ya que importando las tres causales previstas por el art. 3747, otras tantas causales de divorcio (siempre analizando el Código Civil, en el cual se encontraba la desheredación); lo que procede es el divorcio con su consecuencia lógica que es la exclusión del cónyuge culpable de la herencia (art 3574 del Código Civil). Si no se lo demanda, se presume el perdón y se pierde el derecho a desheredar (art. 3750)⁵. Todo sin perjuicio de que, importando dos de las tres causales del art. 3747, otras tantas causales de indignidad, pudieran dar lugar a la misma, en caso de que el ofendido hubiera muerto luego de cometido el hecho previsto en la causal y sin tiempo de haberlo perdonado, pero tampoco de haberlo desheredado.

Un factor muy importante a estudiar es saber a quién beneficia la desheredación. Al estar destinada a privar a un heredero forzoso de la herencia a la cual la ley llama con cierta intensidad desusada, la misma beneficia a todos aquellos que en ausencia del heredero forzoso, han de venir a recibir la herencia, o una mayor parte en la misma (Pérez Lasala, 2015).

También es noble destacar que beneficia a quien quiere desheredar ya que, puede decidir sobre sus bienes en vida en los casos en que ha sufrido maltratos comprobados y pudiendo favorecer con esos bienes a otros herederos que en vida hayan acompañado a

⁵ Art. 3750 Código Civil de la República Argentina.

la persona. Esto guarda íntima relación con quienes pueden reclamar la comprobación de la causal de desheredación.

Fassi (1970), le da la acción a:

- 1) Los herederos llamados de no mediar la desheredación, a compartir la herencia con el desheredado
- 2) Los herederos legítimos de un grado más remoto, a quienes corresponderá la herencia si es excluido el desheredado
- 3) Los herederos instituidos en el testamento donde tiene lugar la desheredación, o en otro compatible.
- 4) Por el fisco, si es que a él le correspondería la herencia.
- 5) Por los descendientes del desheredado
- 6) Por los legatarios a quienes perjudique la vocación del desheredado
- 7) Por el albacea designado por el testador.

Sin embargo, si nos remitimos al art. 3746 lo primero que dice es que: “Los herederos del testador deben probar...” De esta manera, restringe a quienes revisten carácter de tal la posibilidad de entablar la acción, por ende, quien no lo es, no lo tiene. De este modo, quien no sea heredero, o viniere a serlo en virtud de la desheredación pronunciada por el testador, no puede entablar la acción. Toda ampliación sobre dicho término, encierra los mismos problemas que la interpretación extensiva en materia de indignidad.⁶

Es sumamente importante para poder entender cómo funciona este instituto, el saber cómo se logra una desheredación. Es que la desheredación importa una original conjunción en el haber actuado de un muerto y en el posterior actuar de los vivos (Goyena Copello, 2015)

Se requiere la actividad pasada del que hoy es causante, pues como hemos visto al principio de este trabajo, para que proceda la declaración de desheredación hay que partir de la base primordial de contar con un testamento que contenga una desheredación expresa y el motivo por el cual la misma se pronuncia. Cuando se dice que se requiere

⁶ Art. 3746 Código Civil de la República Argentina.

la actividad de los vivos, se refiere a que con el testamento solo no alcanza, debiendo entablar la acción prevista en el art. 3746 del Código Civil.

La suma de estos dos requisitos, testamento válido conteniendo desheredación expresa por una causa legal, más acción por parte de los herederos tendientes a comprobar la causal invocada en el testamento, han de desembocar en la sentencia judicial que tenga por reconocida la misma y en consecuencia deje firme la exclusión por el testador.

Puede suceder, como dice la última parte del art. 3746, de que la causal no fuere necesaria probarla, por haberla probado ya en vida el testador. En efecto, tanto unas como otras, todas las causales de desheredación pueden ser objeto de probanza antes de la muerte del ofendido y, en consecuencia, eximirían de hacerlo posteriormente.

La forma de haberlo probado es muy variada, según las circunstancias de los hechos y la naturaleza de la causal. Con respecto a la primera, esto es injurias de hecho, la jurisprudencia ha admitido la pre constitución de la prueba en vida de quien ha de desheredar, mediante demanda civil dirigida contra el futuro desheredado (CNCiv., sala A, JA, 1957-II-541).

Con respecto a la segunda, o sea la tentativa contra la vida del testador, bastaría la condena criminal, pues siendo el delito de orden público, no sería posible preconstituir únicamente la prueba, pues bastaría con la denuncia incidental de la tentativa, para que se debiera dar intervención a la autoridad penal competente. En cambio, consideramos que sí podría preconstituirse, si ha transcurrido el tiempo correspondiente a la prescripción de la acción (Goyena Copello, 2015).

Con respecto a la tercera causal, la acusación criminal por delito penado con cinco años de prisión o trabajos forzados, bastaría con el escrito firmado por el desheredado y la firma reconocida voluntaria o judicialmente (Goyena Copello, 2015).

1.5 Efectos

Con relación a los efectos que produce la desheredación, estos son cinco:

1. Con relación al desheredado.
2. Con relación a los herederos descendientes.
3. Con relación a herederos no descendientes.
4. Con relación a terceros.
5. Con respecto a los coherederos o herederos excluyentes.

Analizaremos a mi entender los más importantes: Con relación al desheredado y con relación a los herederos descendientes.

1.5.1 Con relación al desheredado

La desheredación persigue la exclusión del sancionado con ella, y, en consecuencia, que la herencia se difiera como si aquel no existiera, pasando a manos de quien el causante llama en su reemplazo y a quienes heredarían en caso de no existir aquél. En materia de desheredación, las normas son muy escuetas que todo debe ser suplido y aún supuesto (Pérez Lasala, 2015).

Una creencia hecha carne en derecho, estriba en considerar al desheredado como excluido *ipso jure* de la herencia del causante, como decía Borda (2002), viniendo la comprobación de la causal de desheredación a coronar algo que desde un principio ya era.

La desheredación, aún la contenida en un testamento otorgado por acto público, no señala a nadie, ni marca a nadie, ni extiende sobre nadie una mancha que permita reconocerlo como desheredado con sólo verlo. Es necesario que el testamento se presente en el juicio sucesorio, que sea aprobado, que se pruebe la causal contenida en él, para qué, recién entonces, y siempre y cuando no hubiere habido reconciliación, el desheredado sea tal (Goyena Copello, 2015).

Lo expuesto da a entender y a considerar adhiriendo a la doctrina de Goyena Copello (2015), que el heredero que está sujeto a una causal de desheredación es heredero hasta que se pruebe la circunstancia que obsta el llamado que la ley les hace. La desheredación no priva del carácter de heredero, sino tan solo de la posesión de la herencia que de otro

modo tendría de pleno derecho. Y ello, siempre y cuando al testamento se lo presente de inmediato ante el juez del sucesorio, pues, si bien es cierto que el derecho no puede ser ni dejar de ser por el mero hecho de la presentación de un simple papel, también es cierto que todo depende de pruebas, y aquí el testamento es la principal de todas.

Borda con fundamentos para nada insignificantes, sostiene que:

Después de que la cuestión ha quedado ventilada y resuelta judicialmente, luego de que el juez ha declarado probado el hecho en que se funda la desheredación, la situación legal del desheredado es análoga a la del indigno declarado tal; uno y otro quedan excluidos de la herencia.

Pero mientras dure el proceso, la situación de ambos es completamente distinta. El indigno sigue siendo heredero en tanto la sentencia no lo prive de tal carácter y puede reclamar la posesión de la herencia, sino la tiene ya de pleno derecho. El desheredado, en cambio, carece de título hereditario, no recibe la posesión de la herencia de pleno derecho, puesto que ha sido privado de ella por el testador. Es verdad que puede impugnar la disposición testamentaria; pero hasta que el Juez declare que no se ha probado la causa de desheredación invocada por el causante, él no puede reclamar los bienes (2012, pág. 133).

Compartiendo la postura de Goyena Copello (2015), esta postura de Borda (2012) pareciera más efectivista que real. El desheredado no carece de título hereditario, no necesita de un testamento para probarlo, sólo le basta con acreditar el vínculo que lo demuestra como heredero forzoso. El testador no puede privarlo de su título de heredero porque este proviene de la ley y no de su voluntad. Lo que hace es poner de resalto una causal que provisionalmente lo priva de la posesión de la herencia, que es la investidura del carácter de heredero, y que en caso de ser probada lo excluye de la misma definitivamente.

De esta manera, como decía Rébora (1932), la vocación hereditaria queda palpitante, al decir que el pronunciamiento de desheredación no destruye *ipso facto* la vocación hereditaria. Ni aun cuando más adelante sostenga que el desheredado sufre la privación de la vocación sucesoria, aunque con reserva de la prueba de los hechos en que la desheredación se haya fundado.

Es claro de entender, que entonces, la vocación se tiene o no se tiene. No pueden existir reservas ni suspensiones con respecto a ella. Que el llamado a suceder pueda tener diversos orígenes, diferente intensidad o extensión, pero que pueda ser y no serlo, no.

En la doctrina más moderna, citamos a Fassi (1970), quién sostiene una postura muy semejante a la explicada recién en la que dice que “aún inserta en un testamento válido, y fundada en una causal admitida por el Código, la desheredación no priva de la vocación sucesoria ni de la posesión de la herencia” (pág. 384). Analizando su único fundamento que consistiría en que “De no ser así, se pondría un poder excesivo en manos del testador”, el mismo es bastante débil y considero que se encuentra superado con los argumentos expuestos más arriba.

1.5.2 Con relación a los herederos descendientes

La redacción original que el Código de Vélez contenía, ha sido modificada por la ley 17.711, subsanándole problemas de redacción que ocasionaban serias dudas interpretativas. El art. 3749 en su texto original decía:

Los descendientes del desheredado que *sobrevivan al testador, ocupan su lugar*, y tienen derecho a la legítima que su ascendiente tendría si no hubiese sido desheredado, sin que éste tenga derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden sus descendientes.⁷

⁷ Art. 3749 Código Civil de la República Argentina (texto original sin modificación).

Ha sido remarcada la frase subordinada, *que sobrevivan al testador*, y que ha sido suprimida por la reforma de la ley 17.711 y que nada agregaba al régimen de la desheredación según Pérez Lasala (2015), sino que era consecuencia lógica de los principios sucesorios contenidos en los arts. 3287, 3290 y concordantes del Código Civil, según los cuales para heredar se debe existir al tiempo de que la sucesión se defiera, y, en consecuencia, quien no sobrevive al testador, mal puede heredarlo.

El problema se originó al decir de Goyena Copello (2015) en una equivocada transcripción que Vélez Sarsfield hizo del art. 673 del proyecto de García Goyena.

Al decir de Segovia (1980), la otra parte del artículo, reformada en este caso, era el predicado de la oración: *ocupan su lugar*, que fue sustituido por el de “heredan por representación”, con lo cual se dio por finalizado el problema de saber si se trataba de un simple derecho de representación, o de un derecho de representación *sui generis.*, ya que se actuaba en contra de lo dispuesto por el art. 3554 aún en vida del representado, y según sostenía con toda su autoridad Guaglianone (1957), era un “legitimario no heredero”, y que es cosa que en este aspecto queda solucionada.

Guaglianone (1957), que es quien ha tratado con detalle el problema, sostiene que la extensión del derecho del descendiente del desheredado se ciñe a la porción legítima que a su representado le hubiera correspondido y no a la parte hereditaria del mismo, para lo cual trae abundantes antecedentes legislativos y demuestra que esta solución tomada en principio del artículo 673 del proyecto de García Goyena de España, no es sino lo que ya disponían los Códigos de Cerdeña, en su art. 780; el de Parma, en el 656; el de Módena, en el 848; en los de los Cantones de Tesino, en el art 348 y de Valais, en el 617; y en la actualidad, en el 902 del Uruguay.

La doctrina, en general, no analiza el problema, pero Borda (1980) en una nota, hace notar incidentalmente que “Guaglianone pretende que el derecho conferido por el art. 3749 se limita a la legítima y no comprende al resto de la porción legítima” (pág. 316), lo que pareciera notar que su opinión es contraria a esa interpretación.

Adhiriéndonos a la postura de Goyena Copello (2015), consideramos que la interpretación de Guaglianone es la que se ajusta a derecho, aunque no a justicia, y su lectura y fundamentos convencen no sólo por los textos legales, sino también por los antecedentes indicados.

En uno u otro sentido, lo cierto es que la ley 17.711 perdió una bella oportunidad de librar el artículo de problemas interpretativos. No habiéndolo hecho, lo cierto es que queda en pie el problema.

El art. 3749, con la última redacción al Código Civil, quedó de esta forma:

Los descendientes del desheredado *heredan por representación* y tienen derecho a la legítima que éste hubiera tenido de no haber sido excluido. Pero el desheredado no tendrá derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes.⁸

De tal manera, la intención del artículo queda aclarada en los efectos que señala. El descendiente del desheredado representa a su antecesor excluido, y ya sea en la totalidad de su porción o únicamente en la legítima, lo cierto es que los bienes que reciba los recibe como representante de aquél, pero en caso de ser menor de edad, y si el excluido es su padre, éste no podrá gozar del usufructo que le confieren los artículos 287⁹ y siguientes del Código Civil, para evitar que por este medio de una vuelta legal venga a resultar favorecido con los bienes que expresamente no debió recibir. En estos casos lo que corresponde es la designación de un administrador judicial, y las ganancias de los mismos corresponden exclusivamente al menor, según dice el art. 288¹⁰ del Código Civil.

1.6 Circunstancias que borran la desheredación efectuada

⁸ Art. 3749 Código Civil de la República Argentina (texto modificado por la ley 17.711).

⁹ Art. 287 Código Civil de la República Argentina.

¹⁰ Art. 288 Código Civil de la República Argentina.

A diferencia de la indignidad, en este tema, el Código no contiene circunstancias que traigan aparejada la pérdida del derecho a solicitar la declaración de la indignidad, y ha de ser, seguramente, en virtud de que la desheredación no se declara, sino simplemente se comprueba.

Pero, aun así, y tratándose de una sanción que en última instancia persigue un castigo por un proceder incorrecto en contra del causante, la ley ha dejado en manos de éste que, así como juzgó apropiado al desheredado, pueda considerar también el poder perdonarlo (Borda, 2002). Es cierto que la regulación legal es muy particular, ya que no se refiere en forma exclusiva a esta manera unilateral de borrar la falta, que es el perdón, sino a una más compleja y completa, que es la reconciliación entre ofensor y ofendido. El art. 3750¹¹ disponía que “La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha” (Goyena Copello, 2015).

Vale aclarar, que el Código Civil requiere perdón por parte de quien sufrió la ofensa, y en cierto modo el arrepentimiento por parte de quien la cometió, porque de otra manera no se podría obtener lo que figurativamente se conoce como reconciliación.

Sin embargo, al decir de Borda (1998), entendemos que también el perdón unilateral de quién ha desheredado alcanza y sobra para dejar sin efecto la sanción que le impusiera a su heredero. Así como pudo por su propia cuenta hacerlo, puede por su única voluntad dejarlo sin efecto. Claro está, que una reconciliación ha de ser siempre más fácil de probar que un perdón unilateral, sobre todo cuando no consta en ningún instrumento, y es tan sólo una manifestación de voluntad circunstancial.

Conclusión parcial.

¹¹ Art. 3750 Código Civil de la República Argentina.

En este trayecto por el primer capítulo pudimos conocer el origen de la desheredación, su concepto y características, que son fundamentales para poder seguir estudiando el tema bajo análisis.

Muy valorativo fue hacer mención a las causales de desheredación, ya que estas van conducidas a sus efectos posteriormente. Al analizar dichas causales, podemos ver la importancia que tiene cada una de ellas en la vida del testador, que lo llevan a tomar la decisión o no, de poder desheredar.

Al analizar las circunstancias que borran la desheredación se puede ver lo escuetas que resultan bajo mi opinión y la de importantes juristas.

Capítulo segundo

Análisis normativo

Introducción:

En el presente capítulo analizaremos la desheredación desde la mirada normativa en el Código Civil y también los fundamentos de su supresión en el anteproyecto de reforma. Se analizará la supresión de la desheredación, como también se expondrá la libertad de testar y la autonomía de la voluntad en el Nuevo Código Civil y Comercial.

Compararemos el instituto de la indignidad con el de la desheredación como también analizaremos la legítima desde el punto de vista doctrinario y de la ley.

Haremos un estudio sobre el análisis de la disminución de la legítima con el correlativo aumento de la porción disponible.

2.1 La desheredación en el Código Civil de la República Argentina.

La desheredación se hallaba en el Libro Cuarto- De los derechos reales y personales en la sección primera, en el Título XVI desde el art. 3744 hasta el 3750.

Artículo 3744: El heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación, por las causas designadas en este título, y no por otras aunque sean mayores¹².

¹² Art. 3744 Código Civil de la República Argentina.

Artículo 3745: La causa de la desheredación debe estar expresada en el testamento. La que se haga sin expresión de causa, o por una causa que no sea de las designadas en este título, es de ningún efecto.¹³

Artículo 3746: Los herederos del testador deben probar la causa de desheredación, expresada por él y no otra, aunque sea una causa legal, si la causa no ha sido probada en juicio en vida del testador.¹⁴

Artículo 3747: Los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes legítimos o naturales por las causas siguientes:

- 1 - Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante;
- 2 - Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente;
- 3 - Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados.¹⁵

Artículo 3748: El descendiente puede desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior.¹⁶

Artículo 3749: Los descendientes del desheredado, heredan por representación y tienen derecho a la legítima que éste hubiera tenido de no haber sido excluido. Pero el desheredado no tendrá derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes.¹⁷

Artículo 3750: La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.¹⁸

¹³ Art. 3745 Código Civil de la República Argentina.

¹⁴ Art. 3746 Código Civil de la República Argentina.

¹⁵ Art. 3747 Código Civil de la República Argentina.

¹⁶ Art. 3748 Código Civil de la República Argentina.

¹⁷ Art. 3749 Código Civil de la República Argentina.

¹⁸ Art. 3750 Código Civil de la República Argentina.

A lo largo de estos artículos arriba mencionados, se puede observar cómo se manifestaba la libertad de testar de una manera restringida, ya que para poder lograr la desheredación había que respetar una serie de pasos mencionados arriba, con lo cual la legítima hereditaria era totalmente respetada. Adhiriendo a la postura de Ferrer y Medina (2003), es notable considerar como la autonomía de la voluntad se encontraba totalmente activa, pudiendo el testador poder decidir qué destino tendrán sus bienes luego de fallecido.

Haciendo un análisis de dichos artículos, encuentro en el art. 3747 inc. 3, una discordancia al parecer algo desacertada con los demás incisos, ya que pareciera que el descendiente tendría que ser cómplice de su ascendiente para así no perder su herencia, lo cual demostraría una falta de moral muy grande para la ley.

2.2 Fundamentos en el anteproyecto de reforma del Código Civil

Como ya venimos analizando, la desheredación es un tema sumamente importante, ya que involucra la autonomía de la voluntad del causante en vida, pudiendo decidir cómo actuar frente a las actitudes de sus herederos forzosos cuando estos atentan contra su vida, denigran, injurian, etc.

Con relación a los fundamentos, estos parecen totalmente escasos, ya que generan confusión con el instituto de la indignidad con relación a sus fundamentos y efectos jurídicos.

Dentro de los fundamentos redactados en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación se expresaba: "Introduce modificaciones a la redacción de las vigentes causales de indignidad sucesoria, en su caso, para adaptarlas a la denominación de los delitos en el Código Penal e incorpora un último inciso, vinculado a las causales de revocación de las donaciones, solución que permite derogar el régimen de la desheredación y, evitar, de este modo, una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas".

Al parecer, la intención de la supresión fue que tanto la desheredación como la indignidad, debían fundirse, ya que ambos tenían un mismo fin, que era la exclusión del

sucesor en la herencia. Pero el resultado final no es lo mismo, por lo cual, los fundamentos expresados exhiben un error conceptual.

Como bien enseña Pérez Lasala (2012), si la legítima se funda en deberes de asistencia y afecto del causante hacia los legitimarios, la desheredación representa la dispensa de tales deberes, ante la existencia de una causa grave prevista en la ley.

2.3 Supresión de la desheredación en el Código Civil

El fundamento mismo de la desheredación, concordando con Rolleri (2015), surge de una cuestión de lógica jurídica pues no tiene ningún tipo de sentido o razón que una persona que ha ofendido gravemente al causante, no lo ha tratado con respeto o ha tenido hacia él o sus parientes, una conducta delictiva, reciba todo o parte de una herencia y el perjudicado no tenga ninguna respuesta legal.

En función a lo expresado, parece excesivo el apartamiento de una tradición jurídica que no sólo reconoce su fuente en el derecho romano, sino también en la legislación española (artículo 848 del Código Civil español), inclusive en los Códigos más recientes, como el régimen de Cataluña (artículo 451-17) y que se mantiene plenamente en países del Common Law.

Es por ello que, si se mantiene la regulación de las legítimas, también debería haberse mantenido la desheredación, pues esta es la única herramienta para sancionar al heredero forzoso que ofendió gravemente al causante por parte del causante mismo, ya que, al eliminar dicho instituto, al causante agraviado solo le quedará la esperanza de contar con la buena voluntad de un coheredero que decida plantear una acción de indignidad.

2.4 Análisis de la libertad de testar como principio rector del derecho sucesorio

Podemos considerar a la libertad de testar como una exteriorización de la nobleza de la persona y del libre progreso de la personalidad aplicada a las sucesiones y, como decía Torres García (2014), testar es una forma de autorrealizarse y se considera a la libertad

testamentaria como una potestad ilustremente personal que permite otorgar beneficios a otras personas, a través de la posibilidad de decidir el contenido.

Los Derechos de sucesiones autonómicos van dando pasos hacia un reconocimiento cada vez mayor de la libertad de disponer y una restricción de la legítima, del mejor modo posible por los sujetos a los que se les reconoce, por la cuantía, por la naturaleza de los derechos de los legitimarios o por las acciones que se prevén para su exigencia del instrumento sucesorio empleado. Puede afirmarse que se flexibiliza el sistema de legítimas, como es el caso de Francia, en el cual en la reforma del año 2006 se amplía, llegando a abarcar hasta tres cuartas partes de la herencia.

Por el contrario a nuestro sistema jurídico, en países del Common Law, la libertad de testar es totalmente amplia, aunque según varios juristas, se encuentra próxima a ajustarse, ya que aquí sería el otro extremo, pudiendo recibir el total de la herencia un animal doméstico y no un familiar cercano. Al decir de Zannoni (1997), la mayoría de los países se inclina a un derecho de tradición romanista, es decir que se tiende a trazar una tendencia a restringir la autonomía y la libertad de disponer de sus bienes al testador para después de su fallecimiento, con oposición a los países del Common Law.

En realidad, con la expresión “libertad de testar” se hace referencia a cuestiones diferentes, y es en ellas donde de verdad se consolida su distinto alcance en cada ordenamiento jurídico que se someta a consideración. En términos más amplios, libertad de testar significa la facultad que se otorga a las personas de decidir el destino de sus bienes con preferencia a la designación que realiza el legislador de cada país, que opera entonces como ordenación subsidiaria de la sucesión (Torres García, T y García Rubio, M ,2014). Según García Rubio (2014), la libertad de testar es la libertad para otorgar testamento u otro instrumento sucesorio hábil. Entonces, habría que buscar una expresión más amplia como libertad de destinar mortis causa, para regular la sucesión por causa de muerte, y, por lo tanto, para evitar el reparto igualitario que es la base de la sucesión intestada. En todos los ordenamientos jurídicos se reconoce esta libertad de testar, incluso en aquellos de ideología comunista. Cosa totalmente opuesta es la libertad para decidir el contenido mismo del testamento. Aquí sí que se evidencia la mayor o menor extensión de la libertad de testar. El causante puede ver restringida esta libertad por la existencia

de legítimas o de deberes alimenticios respecto de determinados familiares, o gozar de la posibilidad de destinar incluso todos sus bienes para personas o fines ajenos a su círculo familiar más próximo.

2.5 La libertad de testar y la autonomía de la voluntad en el Nuevo Código Civil y Comercial

La libertad de testar es el principio rector del derecho sucesorio moderno como lo analizamos en el capítulo anterior y, la autonomía de la voluntad es lo que predomina en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ya que, ésta última es entendida como la facultad de autodeterminación que tiene una persona, para decidir sobre aspectos de la vida cotidiana.

En palabras de Kemelmajer de Carlucci (2015), se puede decir que la autonomía de la voluntad designa un cono de luz dentro del cual, un sujeto, goza de poderes particulares en su ámbito de existencia y se presenta como plato de una balanza que cada sistema se esfuerza por mantener en equilibrio con el peso de la tutela de los intereses sobre-individuales.

Desde esta perspectiva, la autonomía se ve identificada claramente con la libertad. Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que:

El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana (2012).

Haciendo hincapié en la libertad de testar, se puede observar como esta tiene una íntima relación con la autonomía de la voluntad en la “rebaja” de las porciones legítimas de los herederos forzosos, lo que significaría un triunfo de la autonomía de la voluntad frente al orden público. Sin embargo, como explica la Dra. Cabrera de Gariboldi (2012), esta tendencia a permitir que cada uno haga con sus bienes lo que mejor le plazca, no tiene

en el Anteproyecto el complemento de poder “eliminar de la herencia” a algún heredero forzoso que por causas graves o a criterio del causante no merezca recibir su porción legítima. Por lo que la libertad de testar y la autonomía de la voluntad quedarían sin ninguna fuerza para que en vida el causante pueda decidir sobre sus bienes en casos estrictamente mencionados.

El Código alemán hace hincapié en la libertad de testar en el cual, introduciéndonos en el derecho comparado, Goyena Copello (2015) explica que la acción de desheredación, o de privación de la legítima, tal cual lo llama dicho Código incumbe a quien pretende beneficiarse con su demostración, pero debe estar contenida en una disposición de última voluntad expresamente, pero este caduca por el perdón del causante, tal cual permitía nuestro Código Civil de Vélez Sarsfield. Refiriéndonos al Código portugués, Goyena Copello (2015), dice que la libertad de testar se ve ampliamente expresada en la desheredación de dicho Código al otorgar al autor de la sucesión la libertad de desheredar al heredero legítimo, siempre y cuando se verifiquen algunas causales como haber sido condenado por cometer algún crimen doloso contra la persona, bienes u honra del autor de la sucesión, o de su cónyuge, algún descendiente o ascendiente, haber sido condenado por calumnias o haber negado los debidos alimentos, etc.

Adhiriendo a la postura de Torres García y García Rubio (2014) la libertad de testar material puede considerarse como una manifestación de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad aplicado al derecho de sucesiones.

No hay que dejar de tener en cuenta que la desheredación actualmente se encuentra presente en los sistemas de origen romano, con excepción del Código Civil Italiano y el Código Francés, que no aceptan la desheredación por haber optado por su sistema virginal, en el que la legítima, en tanto que es un derecho ligado al parentesco, no puede erradicarse sea cual sea el comportamiento observado por el heredero forzoso (Goyena Copello, 2015).

Resulta claro que nuestro sistema de libertad de testar se ha vuelto restringido de manera absoluta, en la medida en que busca la protección del heredero forzoso, sin importar lo

que el causante sufrió o padeció en vida, ni tampoco cuál fue su última voluntad respecto a lo que ha padecido por su heredero forzoso digno de ser desheredado.

El fundamento principal radica en proteger a herederos frente a posibles abusos del testador o frente a la manipulación de terceros que puedan aprovechar de la debilidad mental emocional negativa del causante. Lo anterior se resiste ampliamente por la doctrina internacional, y no se considera un fundamento sostenible jurídicamente, más aún se considera una especie de prejuicio protegido por la normativa.

Es claro de entender, que por más que se quiera proteger al testador de terceros que se quieran abusar de su debilidad o que caiga en engaños, lo cierto es que, para poder lograr la desheredación, los daños psicológicos, físicos, etc. que sufra el causante en vida tienen que ser demostrados. Por ende, la libertad de testar es sumamente necesaria y va de la mano de la desheredación.

Vale aclarar, que es totalmente justo y correcto que haya una protección de los herederos forzosos en la legislación nacional, pero cuando estos no merecen ser dignos de la herencia, hay que examinar las posibles causas de desheredación y respetar la decisión del testador, pudiendo el futuro desheredado defenderse de toda acusación.

En lo que respecta al debate doctrinal en torno a la libertad de testar, la tendencia mayoritaria se encamina a la ampliación de la autonomía de la voluntad del testador, sin desconocer el valor de las legítimas, para la protección de los intereses familiares y miembros más vulnerables.

2.6 Comparación con el instituto de la Indignidad

Siguiendo a Rébora (1932), podemos decir, que la indignidad es una anomalía de la vocación sucesoria que se expresa por la mediación de ciertas circunstancias, que se traduce, como la ineficacia de esa vocación y que su consecuencia directa es impedir que alguien invista la calidad de heredero, o qué habiéndola obtenido, se retenga.

El ejercicio de acción de indignidad corresponde a los herederos, por lo cual el problema de que el causante en vida no pueda tener una protección sobre qué pasará con sus bienes después de su muerte en los casos de desheredación explicados más arriba, no tiene una solución.

Su carácter es claramente excluyente, con respecto a los sucesores, qué siendo llamados, como consecuencia de él pierden los derechos que eventualmente les correspondían, claro está que su función es netamente sancionatoria.

Digamos que sí, la mayoría de los autores la consideran una incapacidad o no, lo cierto es que según Goyena Copello (2015), parten de la base de que la misma entraña una sanción en contra del proceder incorrecto contra la persona o la memoria del difunto.

Borda (1998) atribuye una diferencia entre la indignidad y desheredación, a que mientras la indignidad busca remover cuestiones íntimas y dolorosas para la familia que hasta el propio ofendido busca callar, en la desheredación es el propio testador quien ventila las ofensas sufridas, basándose en un derecho de la ley y excluye al culpable.

Sus caracteres son los mismo que en la desheredación: excepcional, limitada y restrictiva, aunque no es de última voluntad, como ocurre en la desheredación, la acción se plantea con el deceso y la fundamental diferencia con la desheredación es que aquí, su exclusión se produce con la ocasión del deceso, en el cuál es eventual su exclusión.

La finalidad de este instituto es excluir al heredero, pero excluirlo se encuentra en manos de otros herederos, luego de la muerte del causante.

2.7 Legítima

La legítima hereditaria viene a adentrar el esquema de la sucesión ab intestato, al tornar forzosa e indisponible la asignación legal que esta última significa en beneficio de algunos herederos. Por el otro, la legítima hereditaria obliga una notable restricción a las facultades del causante en la realización de su testamento, puesto que se excluye de aquellas facultades una parte del patrimonio, a la que se le acuerda un destino forzoso por

previsión legal, destino que no puede ser cambiado por voluntad del testador (Grisetti, 2017).

2.7.1 Concepto

El art. 3591 del Código de Vélez decía:

La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos.¹⁹

A su vez se complementaba con el art. 3592 que decía: “Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior”.²⁰

Para Borda (1994) es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito. Aunque el Código dice que la legítima es una parte de la herencia (art. 3591), en rigor, el concepto es más amplio, porque para calcularla no se considera únicamente el patrimonio dejado al fallecer, sino también los bienes donados en vida por el causante. Por lo tanto, los herederos forzosos no sólo pueden atacar el testamento que ha afectado su porción legítima, sino también las donaciones.

Actualmente el Código Civil y Comercial en su art. 2444²¹ determina que los legitimarios tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito. Y establece que estos son los descendientes, ascendientes y cónyuge.

¹⁹ Art. 3591 Código Civil de la República Argentina.

²⁰ Art. 3592 Código Civil de la República Argentina.

²¹ Art. 2444 Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 2445²² establece que los porcentajes de la porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio, y la del cónyuge de un medio”.

2.7.2 Análisis de la disminución de la legítima con el correlativo aumento de la porción disponible.

Adriana Guglielmino (2012), señaló que el proyecto de reforma recibió la crítica de diversos especialistas y ajusta los porcentajes de la legítima a lo que se considera más adecuado para la realidad que se vive, destacó lo siguiente:

La disminución de la legítima con su correlativo aumento de la porción disponible permitirá que el testador que quiere beneficiar a herederos no forzosos, pero cercanos a sus afectos o extraños a la familia, como ahijados, hijos de crianza, amigos, pueda disponer de una mayor porción de sus bienes en beneficio de sus elegidos.

Luego enfatizó que:

la posibilidad de disponer de mayor parte de la herencia incentivará a las personas a manifestar su voluntad a través de testamentos, beneficiando relaciones dentro y fuera del ámbito familiar, pudiendo mejorar a sus herederos legitimarios o transmitir derechos o bienes por disposiciones testamentarias a nietos o bisnietos desplazados por sus padres o abuelos. Así, la voluntad del causante se fortalecerá como fuente del derecho sucesorio.

Otra importante modificación muy importante para Pérez Lasala (2015) es que se disminuyen las legítimas hereditarias, dando de este modo la posibilidad para que libremente una persona disponga del 33,33 % de su patrimonio, cuando tiene hijos; y del 50 %, cuando tiene ascendientes o cónyuge, a favor de cualquier persona, o de uno o alguno de sus herederos. Esta ampliación seguramente tendrá un impacto en la mayor cantidad de testamentos que se celebrarán.

²² Art. 2445 Código Civil y Comercial de la Nación.

Conclusión parcial.

En el presente capítulo profundizamos la desheredación bajo un análisis normativo que nos lleva a conocerla por dentro.

Analizamos la supresión que tuvo en el Código Civil y Comercial, lo cual lleva a detectar falencias con la comparación hecha con el instituto de la indignidad, ya que son dos institutos totalmente opuestos y diferentes.

Al analizar la legítima podemos ver la importancia que tiene ésta misma ya que, es fundamental para que nadie quede desprotegido, pero también vemos como contrariamente la autonomía de la libertad y la libertad de testar quedan desprotegida con la supresión de la desheredación, atadas a la indignidad.

Capítulo tercero

Análisis de derecho comparado y jurisprudencia

Introducción:

En este tercer capítulo, como el título del mismo lo indica, haremos un análisis, hondando en el derecho comparado y su jurisprudencia.

Analizaremos la importancia de la desheredación en España, el país vasco, Alemania y Chile. Determino analizar los siguientes códigos ya que, al comparar sus formas, causales y resultados, son similares a nuestro anterior Código cuando todavía subsistía la desheredación.

En los códigos bajo análisis prevalece la libertad de testar restringida ya que, subsiste el sistema de legítimas, con diferencias en sus proporciones, lo que hace que no se pueda desheredar a un heredero forzoso sin ningún motivo de relevancia que se encuentre determinado en el código. En países del Common Law la libertad de testar es plena, pudiendo desheredar sin motivo, por lo que la legítima no tiene incidencia en países como Inglaterra, Estados Unidos, Australia, etc. En estos países si el testador no elige desheredar, son los herederos forzosos los que heredan, al igual que aquí. No elijo exponer estos países en el presente trabajo ya que, considero no son similares a nuestro sistema. Considero que debe prevalecer el instituto de la desheredación en conjunto con la legítima.

3.1 La desheredación en el Derecho Español

La doctrina española más clásica siempre había mantenido que la desheredación era expresión del poder doméstico, en virtud del cual el *pater familias* podía sancionar faltas graves con el castigo de la privación de la legítima (O'Callaghan, 2004).

El Código civil español limita la libertad del testador restringiéndole disponer para después de su muerte de una parte importante de su patrimonio. Pues forzosamente ha de reservar para los descendientes, en especial, dos terceras partes. Este sistema, que procede de la época de los visigodos, se conserva hoy casi intacto.

Sin embargo, es cada vez más contundente la reacción de sorpresa y rechazo del testador, cuando comprueba que no puede dejar todos sus bienes a las personas que considera merecedores de los mismos, y en casos como el del cónyuge, partícipes de su generación. No puede comprender que el Estado se arrogue el poder de elegir los sucesores de manera ciega, al margen de la verdadera situación familiar y de la conducta y del merecimiento, que sólo el testador puede conocer y calibrar. Ante esta realidad, los tribunales muy poco pueden hacer normalmente, dada la rigidez de las normas que blindan aquella imposición forzosa. Una de ellas es la prohibición de desheredar a los hijos, salvo que concurra alguna de las seis causas tasadas y graves establecidas en el propio Código civil, entre las que figuran los malos tratos de obra a los padres (Margariños, 2014).

3.1.1 Concepto y forma

El actual código civil español no da una definición de la desheredación, pero al decir de Martínez (1991) podemos mencionar que desheredar es privar de la legítima por causa grave, justificada y demostrable a quien por razón de parentesco tendría derecho a ella.

Siguiendo al Código civil español, en sus arts. 849 a 851, podemos ver como es la forma para efectuar una desheredación.

Artículo 849. La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde.²³

²³ Art. 849 Código Civil Español.

Artículo 850. La prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare.²⁴

Artículo 851. La desheredación hecha sin expresión de causa, o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, no se probare, o que no sea una de las señaladas en los cuatro siguientes artículos, anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado; pero valdrán los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudiquen a dicha legítima.²⁵

Podemos ver como la forma en la que se efectúa la desheredación es la misma que en nuestro país, con diferencias explicativas en los artículos y como la legítima se respeta hasta tanto no se compruebe la causal de desheredación.

3.1.2 Causales

Siguiendo al Código, vemos como en los art 852 a 855 se expresan las causas.

Artículo 852. Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo setecientos cincuenta y seis con los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º²⁶.

Artículo 853. Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes:

1.ª Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

²⁴ Art. 850 Código Civil Español.

²⁵ Art. 850 Código Civil Español.

²⁶ Art. 852 Código Civil Español.

2.^a Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.²⁷

Artículo 854. Serán justas causas para desheredar a los padres y ascendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 1, 2, 3, 5 y 6, las siguientes:

1.^a Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.

2.^a Haber negado los alimentos a sus hijos o descendientes sin motivo legítimo.

3.^a Haber atentado uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.²⁸

Artículo 855. Serán justas causas para desheredar al cónyuge, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

1.^a Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.

2.^a Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170.

3.^a Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.

4.^a Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.²⁹

A diferencia de nuestro Código, podemos ver como aquí sí se puede desheredar a un cónyuge. A mi entender y por las posturas señaladas más arriba cuando estudiamos este punto, es que el cónyuge no puede ser desheredado, valiendo para eso como una solución más factible, el divorcio.

²⁷ Art. 853 Código Civil Español.

²⁸ Art. 854 Código Civil Español.

²⁹ Art 855 Código Civil Español.

Podemos ver también que en el art. 856 la reconciliación posterior del ofensor y ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.³⁰

Luego el art. 857, afirma que los hijos o descendientes heredan por representación, ocupando el lugar del heredero y conservando los derechos como herederos forzosos.³¹

3.1.3 Jurisprudencia

A continuación, expondremos una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres el 23 de julio de 2004 el cual se dicta en el marco de una acción de impugnación de desheredación injusta por un caso de incumplimiento de la obligación de alimentos y falta de prueba del mismo.

En este caso la actora ejerció la acción de impugnación del testamento otorgado por su madre, en el que expresamente la desheredaba. La desheredación se produjo alegando en el testamento el motivo primero del art. 853 del Código Civil (falta de prestación de alimentos), pero sin expresar la causa concreta de desheredación. El Tribunal consideró que la obligación de cumplir con los alimentos, exige, una situación de necesidad, un requerimiento o petición a los eventuales herederos legitimarios y por último una negativa de forma injustificada por parte de éstos, a prestarlos. Se declaró nula y sin efecto la cláusula testamentaria que deshereda injustamente a la actora por falta de prueba de la desatención voluntaria de la demandante y de la real necesidad de alimentos de la testadora.³²

La reciente sentencia de la AP Cáceres de 11 de octubre de 2016 trata igualmente de esta causa de desheredación. En ella se declara la nulidad de la cláusula de desheredación, al no probar el resto de herederos demandados que concurra dicha causa. El testamento se otorgó días después de que la testadora sufriera una caída y no consta que en ese momento se hubiera producido la situación de necesidad que demanda la prestación de

³⁰ Art. 856 Código Civil Español.

³¹ Art. 857 Código Civil Español.

³² Sentencia Civil 312/2004, Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1º, 23 de julio de 2004.

alimentos, ni que la testadora solicitara ayuda económica a sus hijos desheredados y que éstos no hubieran atendido dicha solicitud.

Indica la Sala que, aunque la falta de atención y cuidados por parte de los hijos demandantes sea propia de un déficit moral y asistencial, no es suficiente para otorgar carta de naturaleza a la causa de desheredación alegada en el testamento.³³

En la sentencia n° 258/2014 de Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, con fecha 3 de junio de 2014 en la ciudad de Madrid, España, se reflejan algunas de las causales de desheredación que tenía nuestro Código Civil de Vélez Sarsfield, en el cual se deniegan los derechos sucesorios a los recurrentes, hijos del causante, por haber incurrido en maltrato psicológico menospreciando y abandonando a su padre sin interesarse por él hasta su muerte. La inclusión del maltrato psicológico en la línea de la voluntad manifestada por el testador de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos. En dicha sentencia el Tribunal no ha hecho lugar a casación.³⁴

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, de 10 de marzo de 2015 (Rec. 650//2014), la persona desheredada interpone demanda contra sus tres hermanos para impugnar el testamento del padre, quien la había desheredado. Lo interesante de esta sentencia es la interpretación que realiza -analógica y extensiva-de las causas de desheredación contempladas en el Código Civil. Considera que el "maltrato de obra y la injuria grave" previstos en el art 853, debe contemplarse en sentido amplio, que abarque no solo el maltrato físico o el proferir palabras injuriosas, sino también todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador (falta de cariño, menosprecio, etc.)³⁵

³³ Sentencia Civil N° 375/2016, Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1, Rec 459/2016 de 11 de octubre de 2016.

³⁴ Sala 1ª, de lo Civil, Sentencia n° 258/2014 de TS, 3 de junio de 2014, Madrid, España.

³⁵ Sentencia Civil N° 66/2015, Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 3, Rec 650/2014 de 10 de marzo de 2015.

Por su parte, y en el mismo sentido, la sentencia del TS de 30 de enero de 2015 (Rec. 2199/2013), había considerado que la expresión “maltrato de obra” incluía el maltrato psicológico por suponer un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima. En este caso el hijo desheredado arrebató dolosamente a la madre todos sus bienes y le dejó sin ingresos para afrontar dignamente la última etapa de su vida. Ello le causó a la testadora un estado de zozobra y afectación profunda que le acompañó los últimos años de su vida.³⁶

El siguiente fallo trata sobre Injurias graves como causa de desheredación.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de julio de 1990 confirma la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, y la existencia³⁷ de causa justa de desheredación. Se trataba en este caso de insultos por parte de las hermanas desheredadas contra su padre, constitutivos de injuria grave, que fueron probados. Según considera el Tribunal, la gravedad de las mismas es un problema de interpretación que corresponde al juzgador de instancia, que en el caso llegó a una conclusión lógica.

Por su parte, también el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de junio de 1990, señaló, en cuanto a la desheredación por injurias graves, que éstas han de concretarse y demostrarse su existencia y gravedad. Indica que el carácter solemne de la desheredación supone que ha de manifestarse en testamento y que exista alguna de las causas tasadas, pero en ningún caso la ley exige concretar o describir los hechos constitutivos de la injuria ni las palabras en que ésta consista, puesto que la certeza puede ser contradicha por el desheredado y, en tal caso, ha de demostrarse en juicio la existencia de la causa.³⁸

Haciendo lugar a la interpretación restrictiva de las causas, podemos hacer hincapié en la siguiente sentencia que según entendió el Tribunal Supremo el 28 de junio de 1993, las causas de desheredación requieren una interpretación restrictiva, y se requiere una justificación suficiente. En esta ocasión se consideró que no concurría causa de desheredación, declarándose nula la cláusula. El tribunal entendió que la falta de afecto

³⁶ Sentencia Civil Nº 59/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 2199/2013 de 30 de enero de 2015.

³⁸ Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 370/04. 15 de junio de 1990, Madrid, España.

y la ausencia de trato en la última enfermedad escapa a la ley y queda sólo en el campo moral.³⁹

Por su parte, la Audiencia Provincial de León, en sentencia de 15 de julio de 2004, interpreta restrictivamente las causas de desheredación, pues razona que en el ordenamiento jurídico sucesorio rige el principio de intangibilidad de la legítima, que limita las facultades de disposición del testador, de forma que la desheredación, como excepción a la regla general, debe ser interpretada restrictivamente. Impugnada la desheredación corresponde acreditarla a quienes defienden su eficacia y, en el caso de autos, los codemandados no han acreditado la concurrencia y realidad de la causa fijada por el testador.⁴⁰

Un fallo muy importante para tener en cuenta es la Sentencia Civil Nº 51/2012, Audiencia Provincial de Cantabria en la que se ha probado la desheredación por negación de alimentos y maltrato de obra y que dio lugar a la desheredación. En dicha sentencia se desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto contra Sentencia desestimatoria del juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santander, sobre solicitud de que se declare como injusta e inválida la desheredación de la recurrente y sus hijos, hecha por el padre de la demandante.

La Sala declara que la desheredación del causante se sustenta en haberle negado alimentos y haber sido maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra, y que la sentencia estima probado que bien por actos directos de la demandante, bien por omisiones injustificadas que le son imputables, el testador (su padre), vivió en unas condiciones indignas de un ser humano, con múltiples denuncias ante organismos públicos, situación claramente incardinable en el supuesto legal del maltrato de obra, que se da cuando se produce un malestar físico o psíquico permanente e intenso, por lo que se ha de desestimar el recurso de apelación.⁴¹

³⁹ Sentencia Tribunal Superior 675/1993, 28 de junio de 1993.

⁴⁰ Sentencia Civil Nº 176/2004, Audiencia Provincial de León, Sección 1, Rec 65/2004 de 15 de Julio de 2004.

⁴¹ Sentencia Civil Nº 51/2012, Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4, Rec 49/2011 de 31 de enero de 2012.

3.1.4 La desheredación en el país Vasco

Al contrario de lo que establece el derecho común español, aplicable a la casi totalidad del territorio nacional, en el que para desheredar a un hijo se requiere que se cumpla alguno de los supuestos que exige la Ley, este derecho foral vasco incorpora como novedad el principio de libertad civil, en virtud del cual se puede desheredar a un hijo sin más requisitos.

La Ley 5/2015 de 25 de junio de Derecho Civil vasco aprobada por el Parlamento abre las vías de la desheredación a los padres que quieran llevarla a cabo, con la condición de residir durante unos años en Euskadi y dejar constancia de la voluntad de convertirse en ciudadano vasco en el Registro Civil.

Según informa Legálitas, para que una persona pueda acogerse a esta Ley vasca deberá estar en posesión de la llamada vecindad civil, circunstancia que no se adquiere solo por el empadronamiento, como sí ocurre con la vecindad administrativa.

Cabe destacar, que para llevar a cabo la desheredación en el país Vasco, es necesaria una residencia continuada de dos años.

En este sentido, el art. 14 del Código Civil señala que la vecindad civil se adquiere por el nacimiento o por una residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad; o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.⁴²

Si, por ejemplo, quisiese desheredar a un hijo en Madrid, podría optar por ir a vivir al País Vasco, manifestar que quiere ser vecino de esa localidad ante el correspondiente Registro Civil y, adquirida la correspondiente vecindad, dos años después podrá otorgar testamento desheredando a sus hijos; o bien, y sin ningún trámite, acreditando una residencia mínima de 10 años en dicha comunidad

⁴² Art. 14 Código Civil Vasco.

autónoma, que le permitirá aplicar la vecindad civil para, acto seguido otorgar testamento y desheredar a sus hijos.

3.2 La desheredación en el Derecho Alemán

El régimen sucesorio alemán actual es el resultado de la influencia recíproca del derecho romano por un lado y del germano por el otro (Goyena Copello, 2015).

Al decir de Binder (1953), al derecho romano pertenecen los principios más generales del derecho sucesorio: la unicidad de la sucesión (principio de la sucesión universal) y la libertad de testar. Dentro de este marco general, corresponde preponderadamente la regulación de las instituciones particular al germánico. En algunas partes de la regulación legal, principalmente de carácter técnico, se hallan figuras jurídicas totalmente nuevas.

La regulación legal corresponde al Código Civil sancionado para el Imperio alemán con vigencia a partir del 14 de enero de 1900 y en cuyo libro V trata el derecho sucesorio.

3.2.1 Formas y causales

Debemos comenzar por distinguir según se trate de desheredar a los descendientes, ascendientes o al cónyuge.

A los descendientes: las causales de desheredación, son:

- 1) Si el descendiente atenta contra la vida del causante, del cónyuge o de otro descendiente del causante.
- 2) Si el descendiente se hace culpable de un ultraje corporal doloso contra el causante o el cónyuge del causante; en el caso de ultraje contra el cónyuge, solamente, sin embargo, si el descendiente desciende de éste;
- 3) Si el descendiente se hace culpable de un delito o de una contravención dolosa grave contra el causante o su cónyuge;

- 4) Si el descendiente incumple maliciosamente la obligación de alimentos que legalmente le incumbe frente al causante;
- 5) Si el descendiente lleva una vida deshonrosa o inmoral contra la voluntad del causante;

Hasta aquí lo previsto por el artículo. 2333 del B.G.B.⁴³

A los ascendientes: y al decir tales, lo hacemos aumentando la enunciación que trae el 2334 que sólo se refiere al padre y madre.⁴⁴

Las causales son las previstas en los incisos 1º, 2º, 3º y 4º de las contenidas en el 2333 para los descendientes, o sea, atentando contra la vida, culpabilidad en un delito o inasistencia alimentaria.

Al cónyuge: la existencia de algunas de las causales que hubieran autorizado al causante a demandarle por divorcio, y esto aun cuando él no lo hubiera hecho en la vida, o se hubiera prescrito la acción (art. 2335).⁴⁵

La acción de desheredación, o de privación de la legítima, como lo llama el Código, incumbe a quien pretenda beneficiarse con su demostración (art. 2336)⁴⁶ pero debe estar contenida en una disposición de última voluntad expresamente (misma disposición), pero caduca por el perdón del causante (art. 2337).⁴⁷

3.3 La desheredación en el derecho chileno

3.3.1 Concepto

⁴³Art. 2333 del B.G.B. (Código Civil Alemán).

⁴⁴Art. 2334 del B.G.B. (Código Civil Alemán).

⁴⁵ Art. 2335 del B.G.B. (Código Civil Alemán).

⁴⁶ Art. 2336 del B.G.B. (Código Civil Alemán).

⁴⁷ Art. 2337 del B.G.B. (Código Civil Alemán).

Este se refleja en el art.1207⁴⁸ el cual expresa que: “El desheredamiento es una disposición testamentaria en que se ordena que un legitimario sea privado del todo o parte de su legítima. No valdrá el desheredamiento que no se conformare a las reglas que en este título se expresan.

3.3.2 Causal

Las mismas se encuentran expresadas en el art. 1208:

Un descendiente no puede ser desheredado sino por alguna de las causas siguientes:

- 1) Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes;
- 2) Por no haberle socorrido en el estado de demencia o destitución, pudiendo;
- 3) Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar;
- 4) Por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo;
- 5) Por haber cometido un delito que merezca pena aflictiva; o por haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames; a menos que se pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado.
- 6) Los ascendientes y el cónyuge podrán ser desheredados por cualquiera de las tres primeras causas.⁴⁹

⁴⁸ Art. 1207 Código Civil Chileno.

⁴⁹ Art. 1208 Código Civil Chileno.

3.3.3 Formas

Las mismas se expresan en el art. 1209:

No valdrá ninguna de las causas de desheredamiento mencionadas en el artículo anterior, si no se expresa en el testamento específicamente, y si además no se hubiere probado judicialmente en vida del testador, o las personas a quienes interesare el desheredamiento no la probaren después de su muerte. Sin embargo, no será necesaria la prueba, cuando el desheredado no reclamare su legítima dentro de los cuatro años subsiguientes a la apertura de la sucesión; o dentro de los cuatro años contados desde el día en que haya cesado su incapacidad de administrar, si al tiempo de abrirse la sucesión era incapaz.⁵⁰

3.3.4 Efectos

Los mismo se expresan en el nuevo art. 1210:

Los efectos del desheredamiento, si el desheredado no los limitare expresamente, se extienden no sólo a las legítimas, sino a todas las asignaciones por causa de muerte y a todas las donaciones que le haya hecho el desheredado. Pero no se extienden a los alimentos, excepto en los casos de injuria atroz.⁵¹

⁵⁰ Art. 1209 Código Civil Chileno.

⁵¹ Art. 1210 Código Civil Chileno.

3.3.5 Jurisprudencia

En lo relativo a este tema hay una sentencia muy interesante e importante que es sobre la denuncia falsa por violencia intrafamiliar como causa justificada de desheredación del art. 1208.1º del CC. Corte Suprema, 21 de septiembre de 2017, rol 79128-2016, explicada por Susana Mallorquín.

En 2007 Ricardo A.B.A. contrajo matrimonio con Cristina J.S. y resultado de esta unión nació su hija Josefa V.B.J. El 15 de octubre de 2010 se produce la separación de hecho del matrimonio por la infidelidad de Cristina; eso sí, el 29 de octubre de 2010, Cristina deduce acción de violencia intrafamiliar, fundándola en que durante quince años Ricardo la violentaba de forma permanente con maltratos psicológicos tales como: insultos verbales, menoscabos como mujer, amenazas de agresión y expulsión de la casa. Ricardo resultó inocente en ese proceso, por cuanto los hechos comunicados no fueron probados, rechazándose la denuncia. En octubre de 2013, Ricardo deja la casa familiar, quedando en ella Cristina y Josefa. Posteriormente, en julio de 2014, Ricardo otorgó testamento abierto en una notaría de Villarrica, instituyendo como única heredera de todos sus bienes a su hija Josefa y en la cláusula sexta de dicho testamento procedió a desheredar a Cristina, fundando su actuar en la injuria grave que cometió en contra de su honor, al haberlo denunciado como autor de violencia intrafamiliar, querrela desestimada por no haberse acreditado el daño causado producto de la violencia. Así la cláusula sexta del testamento señalaba: “Declaro además que desheredo a mi cónyuge doña Cristina J. S. cédula de identidad [...], por cuanto ha cometido injuria grave en contra de mi honor al haberme denunciado como autor de violencia intrafamiliar, según consta en la causa Rit 303 del año 2013 del Juzgado de Familia de Villarrica. En dicha causa, faltando a la verdad, estipuló que en forma permanente y durante quince años fue víctima de maltratos psicológicos de mi parte, consistentes en insultos verbales, menoscabos como mujer, amenazas de agresión y expulsión de la casa, hechos que fueron desestimados en dicha causa”.

Fallecido Ricardo, Cristina interpone demanda en juicio ordinario de reforma del testamento contra su hija Josefa y solicita que se modifique el referido testamento, específicamente en lo que respecta a la cláusula sexta del mismo, con el objetivo de que

se le reconozca su calidad de legitimaria y se repare la lesión que está sufriendo en relación con la legítima rigorosa de la herencia sobre la cual tiene derecho. La parte demandada contestó solicitando su rechazo por cuanto la acción acometida por la ahora demandante en contra del causante por violencia intrafamiliar significó para el testador un daño moral devastador, que le afectó gravemente, constituyendo un caso de injuria atroz, ya que se basó en hechos falsos y no probados, desestimándose por ello la acción deducida. Por ello la causal de desheredamiento es legalmente procedente y, por tanto, la acción de reforma de testamento debe ser desestimada. El Juzgado de primera instancia rechaza la demanda, pues considera justa la causa de desheredación por injuria grave al considerar probada la falsedad de la acusación de violencia familiar realizada contra el testador. Así en su considerando vigésimo noveno tuvo en vista el considerando sexto de la sentencia dictada en la causa sobre violencia familiar que estableció: “[...] el informe del Centro de la Mujer señala que no hay daño en la denunciante, que tiene red de apoyo, respecto a la situación de la hija señala que no está vulnerada, no hay maltrato que afecte la integridad de la niña”. De igual forma, dicho sentenciador de primera instancia tuvo por ciertas las declaraciones de los testigos R.M. y N.V. (art. 384 N° 3 del CPC) que coinciden en señalar que la denuncia por violencia intrafamiliar de su propia esposa afectó física y psicológicamente al testador, atendido, además, el estado de salud que aquejaba a Ricardo. Ambos afirmaron el dolor inmenso que sufrió el testador por la difamación plasmada por su cónyuge con quien convivió quince años, después de tener una hija en conjunto pese a todas las dificultades que implicaba y por tener que dejarla a ella en la casa familiar, sin poder convivir junto a su hija. La demandante interpone recurso de apelación y la Corte de Apelaciones de Temuco acoge la demanda de reforma del testamento, ya que en su considerando duodécimo establece: “Es un hecho de la causa y de los antecedentes tenidos a la vista, que el requisito del art. 1209 CC no se da en la especie ya que, por un lado, en la causa referida a la denuncia por violencia intrafamiliar, el juez la desestima por falta de prueba y no hace calificación alguna de la existencia de una denuncia temeraria o carente de fundamento, situación que en estos propios autos tampoco ocurre ya que no existe declaración del Tribunal de primera instancia en orden a dar por establecida la existencia de la causal (como tampoco los intervinientes solicitan su declaración), sino que se limita a rechazar la acción interpuesta incluso, declarando que la demandante tuvo motivos plausible para litigar, criterio, que, por lo demás esta Corte comparte, lo que sumado a los demás argumentos señalados precedentemente, justifican la revocación de la sentencia...”. Se recurre a la Corte Suprema de casación en

el fondo argumentando que se habrían infringido los arts. 1207, 1208 N°1 y 1209 del CC. La Corte Suprema acoge el recurso de casación y dicta sentencia de reemplazo donde se considera que la denuncia falsa de violencia intrafamiliar interpuesta por su cónyuge es una justa causa de desheredación por constituir una injuria grave hacia la persona, el honor y los bienes del testador.⁵²

Conclusión parcial.

A lo largo de este capítulo pudimos analizar cómo se configura la desheredación en los países bajo estudio.

Es notable que las causales de desheredación son similares en los países mencionados ya que se configuran casi de igual forma, con pequeñas diferencias o agregados en la legislación. También es notable como se encuentra insertada la libertad de testar y la autonomía de la voluntad en los códigos analizados, aunque sea desde una mirada restringida, pudiendo convivir en el mismo código la legítima hereditaria y la desheredación conjuntamente.

En relación a la jurisprudencia analizada es muy importante el peso que tienen las injurias graves como causa de desheredación, como así también la falta de prestación de alimentos y abandono en vejez. También se puede observar la importancia de la desheredación en la vida del testador, ya que lo dejan decidir sobre poder desheredar si es que existen determinadas causales, para luego una sentencia judicial determine si es posible ser desheredado o no, pudiendo el desheredado defenderse.

⁵² Corte Suprema de Chile, 21 de septiembre de 2017, rol 79128-2016.

Capítulo cuarto

Análisis de artículos constitucionales, resolución de problema y conclusión

Introducción:

En este último capítulo, analizaremos artículos constitucionales de gran importancia que nos llevarán a obtener una mirada constitucional sobre la supresión de la desheredación, como así también, veremos como la legítima se relaciona con lo estudiado.

Para concluir haremos una resolución del problema a investigar basándome en lo estudiado en este Trabajo.

4.1 Análisis de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional

Recordemos que el art. 14 de la CN⁵³ nos otorga la libertad de usar y disponer de nuestros bienes. En lo cual aparece un gran problema, ya que, el testador no podría disponer de sus bienes en vida ejerciendo una acción de desheredación contra algún heredero forzoso, sino que ya fallecido, habría que probar las causales de indignidad, siempre y cuando un coheredero esté dispuesto a ejercer dicha acción.

También es importante remarcar que el art. 28 de la CN⁵⁴ aclara que los artículos anteriores no pueden verse alterados por leyes que reglamenten su ejercicio.

Pareciera que, al haberse suprimido la desheredación, se avasallan los derechos fundamentales e inalienables de una persona. El término “propiedad” comprende todos los intereses que un hombre puede poseer, fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad y se integra con todos los derechos que tengan un valor reconocido, ya que surjan de las relaciones de derecho privado o de actos administrativos. También es notable que

⁵³ Art. 14 de la Constitución Nacional.

⁵⁴ Art. 28 de la Constitución Nacional.

la autonomía de la voluntad (que es el fuerte del Nuevo Código Civil y Comercial) queda apartada en el derecho sucesorio, al haberse suprimido la desheredación.

Lo que podría ocurrir al no permitirle al testador desheredar a un heredero forzoso es que, ante el agravio sufrido, el causante buscará por ante todos los medios eludir la imperatividad de la ley, para que al fallecer quién lo ofendió no encuentre bienes. La solución según el auto arriba citado, sería ampliar las causales de desheredación sería ampliar considerablemente las causales de desheredación, para así brindar la posibilidad al causante de excluir a los legitimarios de esa protección (Aspiri, 2015).

Salomón (1985), citando a Estrada, que es el único estudioso del derecho público que realizó un estudio confrontativo y valorativo de la legítima hereditaria bajo el prisma constitucional, explica que bajo el influjo de la Constitución Nacional de 1853/1860 y la especial concepción liberal de la propiedad que aquélla establece, es contundente y rotundo en su crítica hacia el Código Civil al establecer que el sistema sucesorio de legítima hereditaria violenta totalmente la esencia del derecho constitucional de propiedad y por lo tanto agravia la manda constitucional de reglamentación de derechos (arts. 14 y 28, CN).

Salomón como fundamento señala que:

El principio de razonabilidad en materia de reglamentación implica primordialmente que las leyes diseñadas por el Congreso como órgano titular de la potestad reglamentaria deban ser respetuosas y congruentes con la esencia y naturaleza de los derechos constitucionales que regulan, evitando incurrir en restricciones arbitrarias que alteren la particularidad que los caracteriza a cada uno de ellos. En la búsqueda del bien común, a través del proceso reglamentario el Parlamento puede hacer uso de instrumento clave para asegurar determinados mínimos que deben ser cumplidos por la comunidad. Ese instrumento es la calificación de “orden

público” que se realiza sobre el todo o ciertas partes de una ley (2011, pág.329).

Argumenta Salomón (2011) que son tres los paradigmas constitucionales vinculados a la reglamentación que significa la legítima hereditaria: a) el axioma de la libertad y su expansión en la autonomía de la persona; b) el derecho de propiedad y las modalidades de su ejercicio; y c) la protección integral de la familia en los tiempos actuales.

Estos tres paradigmas constitucionales se encuentran yacentes y conectados bajo el diseño jurídico del “derecho constitucional a testar” (art. 20, CN.).⁵⁵

Menciona, en otra parte, entre varios planteos que realiza en torno a la regulación del Código Civil anterior que considera:

La inconstitucionalidad del sistema legitimario argentino se verifica claramente en todas las hipótesis en que la ley especifica la extensión de la legítima hereditaria: cuatro quintos (4/5) para los descendientes, dos tercios (2/3) para los ascendientes y un medio (1/2) para el cónyuge supérstite, lesionando dos de los derechos constitucionales vinculados con el instituto: el derecho de propiedad por incurrir la reglamentación en confiscatoriedad y el derecho a testar, pues la regulación lo desconoce en su esencia (Salomón, 2011 pág. 528).

De esta manera, Salomón (2011) planteó una reformulación de la desheredación en aquel entonces que planteara una estructura abierta de las causales que tornan de más realizable manera el ejercicio de tal facultad del testador.

4.2 Resolución del problema de investigación

⁵⁵ Art. 20 de la Constitución Nacional.

Basándome en los argumentos obtenidos de la gran mayoría de juristas argentinos, tales como Goyena Copello, Pérez Lasala, Cabrera de Gariboldi, Francisco Ferrer, Rolleri, todos los mencionados concuerdan en que la desheredación no tendría que haberse suprimido, ya que vulnera la libertad de testar (principio rector del derecho sucesorio moderno) y la autonomía de la voluntad, siendo ésta última el eje rector del Nuevo Código Civil y Comercial. Anteriormente a la supresión no existía una libertad de testar plena, sino restringida por las causales para poder desheredar a un heredero forzoso, lo cual es totalmente aceptable ya que, concordando con los juristas mencionados, se respeta la legítima.

Es notable como el avance de la autonomía de la voluntad se exhibe en el derecho privado, incluso en el área del derecho de familia, en el proyecto que hoy en día es el Nuevo Código Civil y Comercial. Llama profundamente la atención que este significativo avance no haya seguido en el derecho testamentario, reconociendo al causante la facultad de desheredar al heredero que le ha inferido un grave daño (Ferrer, 2013).

Habiendo analizado artículos de nuestra Constitución como el 14, en el cual nos otorga libertad para poder usar y disponer de la propiedad, luego el artículo 20 el cual otorga el derecho a testar y posteriormente el artículo 28 aclara que los principios, derechos y garantías anteriores no pueden verse alterados por leyes que reglamente su ejercicio, queda más que claro que con la supresión de la desheredación, no solo se vulnera la libertad de testar y la autonomía de la voluntad, sino también derechos inalienables de la persona reconocidos por nuestra Constitución.

Actualmente, en el proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación, encomendada a integrantes de la comisión ad honorem designada por decreto 182/2018, se trata la reincorporación de la desheredación al Código basándose en que la omisión de la institución de la desheredación carece de toda explicación en los fundamentos, y resulta, por lo demás, incomprensible pues es un contrapeso ineludible en los ordenamientos jurídicos que como el nuestro establecen un régimen de herederos legitimarios.

Conclusión final

Luego de haber analizado exhaustivamente el sistema deshereditario, su funcionamiento, concepciones doctrinarias, el estudio de diferentes fallos, el análisis de los artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional, como así también la libertad de testar en el derecho sucesorio y su vinculación con la autonomía de la voluntad, es que, basándome en lo antes mencionado, considero que la supresión fue desacertada.

Con esta supresión lo que se intentó hacer fue fusionar la desheredación con la indignidad, trasladando sus causales a éste último, tal cual lo expresa el artículo 2281 del Código Civil y Comercial de la Nación. Decisión totalmente desacertada al decir de Goyena Copello (2015), ya que, como he dicho más arriba son dos institutos totalmente opuestos, en la desheredación el testador está vivo y, puede decidir en vida que futuro tendrán sus bienes luego de su muerte en los casos que sufra alguna de las tres causales antes mencionadas. En la indignidad, se plantean las acciones luego de su deceso.

Estoy totalmente de acuerdo con la Legítima y la restricción que impone al testador sobre sus bienes para con sus herederos forzosos, ya que a éstos últimos no se los puede privar de una herencia sin ningún argumento. Pero es distinto el caso en que el testador ha sufrido en vida notables maltratos y menoscabos a su integridad física y psíquica. Hoy en día esa persona está totalmente privada de su libertad de testar y mucho menos tiene autonomía de la voluntad sobre sus propios bienes y que pasará con ellos cuando fallezca, siendo vulnerados principios constitucionales, tales como el art 14 y 28 de nuestra Constitución (analizados en el capítulo 2). Adhiriendo a la postura de Ferrer (1994), si la ley les asigna a determinados familiares una porción de los bienes del causante, aún contra su propia voluntad, compete conceder el derecho al titular de los bienes a excluirlos por faltas graves que le generen un perjuicio, pues negarle este derecho e imponerle pasividad resultaría injusto y limitaría excesivamente los derechos del propietario.

La única opción que le queda al testador con esta supresión, según el punto de vista de la mayoría de doctrinarios y el cual apoyo, es confiar en que algún coheredero, una vez

fallecido, plantee una acción de indignidad, acción muy difícil de comprobar sin pruebas obtenidas en vida.

Me parecería totalmente conveniente, al igual que, a la gran mayoría de doctrinarios que la desheredación vuelva a estar implantada en el Código, ya que es una herramienta muy útil ante los menoscabos mencionados. Al decir de Rolleri (2012) y adhiriendo a su postura, la principal razón por la que debe mantenerse la desheredación surge del hecho de que es la institución típica que mejor expresa la razón final y verdadera de la exclusión: la voluntad del causante, como lo prueba la circunstancia de que aun en la hipótesis de indignidad el perdón deja sin efecto la exclusión. En el derecho argentino la libertad de testar encuentra su limitación en el derecho a la legítima de los herederos forzosos, que resulta imperativo y de orden público. Frente a este obstáculo, el testador encuentra en la desheredación la única posibilidad de exclusión de sus legitimarios.

Si bien en el derecho de nuestro país no fue muy utilizado, en la gran mayoría de los países se tiende a utilizar respetando también la legítima hereditaria, y asegurando que tanto las causales alegadas por el testador como las causales alegadas por el desheredado deban ser comprobables y suficientes. No es argumento suficiente para suprimir la desheredación su falta de utilización ya que, si se mantiene el sistema de legítimas, por razones de coherencia y justicia debería mantenerse la desheredación.

En tal sentido, las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil aprobaron por unanimidad la siguiente recomendación:

Debe incorporarse la desheredación en el proyecto 2012, manteniendo la indignidad y la desheredación en forma separada, como complemento del sistema de legítimas y concordando con el principio de autonomía de la voluntad testamentaria.

Se deben extender las causales de desheredación a las enunciadas en el Proyecto 2012 en materia de indignidad (art. 2281), con el agregado de

poder desheredar a quien no ha cumplido la obligación legal alimentaria respecto del testador, cónyuge, descendientes y ascendientes; o por ausencia manifiesta de relación familiar entre el causante y legitimario, por una causal imputable al legitimario (2013).

Ferrer (2013), adhiere a estas conclusiones, en las cuales comparto opinión ya que, el legislador no debería prescindir sin fundamentos claros y categóricos dado que, representan el criterio de la amplia mayoría de la doctrina civilista argentina, con raíces en una vasta tradición jurídica con gran proyección en el derecho comparado.

Pensemos en el creciente número de personas que llegan a una edad avanzada, en la que podrían sufrir maltratos, por parientes que abusen de su edad y su soledad, en muchos casos robándoles, injuriándolos, denigrándolos o simplemente ejerciendo cualquier tipo de violencia hacia ellos. Sin el instituto de la desheredación, no pueden decidir privar al abusador de su legítima, ya que la supresión de la desheredación les ha arrebatado un derecho tan importante como el de disponer de sus bienes luego de su muerte.

El instituto de la desheredación es justo en lo que se refiere al testador, ya que le permite a este decidir la exclusión de un legítimo en el reparto de sus bienes, si las causas son suficientes. Asimismo, es también justo en lo que concierne al desheredado, dándole la posibilidad de apelar la desheredación y de dejarla sin efecto cuando puede probar que las causas invocadas por el testador fueron erradas.

En concordancia con Martínez Paz, la desheredación tiene un efecto moral en los códigos, hasta por el solo acto de estar presente, decía que “el que sepa que exista una institución que autoriza a privar de su legítima a un heredero forzoso, fortifica la autoridad del causante y modera la soberbia del heredero, a quien la ley coloca por encima de toda eventualidad” (1953, pág. 368).

Referencias:

Doctrina:

- ASPIRI, J. *Incidencias del Código Civil y Comercial*. (2 ed.) Buenos Aires: Ediciones Tiammurabi.
- BORDA, G. (1994) *Tratado de derecho civil- Sucesiones* (7 ed.) Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BORDA, G., & BORDA, D. (2002). *Manual de Sucesiones* (14 ed. actual.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- CABRERA DE GARIBOLDI, M. DEL L. C. (2012). *Indignidad y desheredación. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires: El Derecho.
- DE BARRÓN ARNICHES, P. (2016) Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles. Indret. Pág. 11. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/1258_es.pdf
- FASSI, C. (1970) *La sucesión hereditaria* Buenos Aires: Orbir.
- FERRER A. y MEDINA G. (2003) *Código Civil Comentado* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- FERRER, F. (1994) Indignidad y desheredación en el Proyecto sancionado por la Cámara de diputados de la Nación, JA 1994-III-777.
- FERRER, F. (2013) La desheredación y el Proyecto de Código. Thomson Reuters La Ley. Cita Online: AR/DOC/3998/2013. Recuperado de : <file:///C:/Users/Axel%20Aurich/Downloads/La%20Desheredacion%20y%20el%20proyecto%20del%20Codigo.pdf>

- GOYENA COPELLO, H. (2015). *Tratado del Derecho de Sucesión* (3era Edición) Buenos Aires: Thomson Reuters LA LEY.
- GRISSETTI, R. (2017). Análisis constitucional de la legítima hereditaria en el Coódigo Civil y Comercial. Recuperado de: <http://thomsonreuterslatam.com/2017/05/analisis-constitucional-de-la-legitima-hereditaria-en-el-codigo-civil-y-comercial/>
- GUGLIELMINO, A. (2012) Herederos: el nuevo Código Civil llega con fuertes cambios para que usted pueda dejarle "más dinero" a quien prefiera. Recuperado de <https://www.iprofesional.com/notas/145712-Herederos-el-nuevo-Cdigo-Civil-llega-con-fuertes-cambios-para-que-usted-pueda-dejarle-ms-dinero-a-quien-prefiera>
- HERNÁNDEZ, L. NATALE, R. UGARTE, L. Septiembre, 2013. Sucesiones, la legítima y su protección. AMEAL, N (Presidente). *XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Conferencia llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la UBA.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2015) La autonomía de voluntad en el derecho de familia argentino. Recuperado de: <http://www.redaas.org.ar/archivos-recursos/kemelmajer.%20autonomia..pdf>
- LAFAILLE, H. (1932) *Curso de Derecho Civil (Sucesiones)* Buenos Aires: Ariel
- MARGARIÑOS, V. (2014) Desheredación y libertad de testar. Recuperado de: <https://www.elmundo.es/opinion/2014/09/02/540624e8e2704e1a118b4594.html>

- MARTÍNEZ PAZ, F. (1953) *Introducción al derecho de la sucesión hereditaria*. Buenos Aires: TEA (Tipográfica Editora Argentina).
- MARTÍNEZ, R. (1991) *Indignidad y desheredación*. Madrid: Editorial Luma.
- MONDRAGÓN, H M. (2018) Ampliación de las causas de desheredación de hijos y ascendientes. Recuperado de https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ampliacion-causas-desheredacion-hijos-714880653?_ga=2.65644012.358926706.1555594609-873758940.1524142154
- O'CALLAGHAN, X. (2004) *Compendio de Derecho Civil. Tomo 5. (Derecho de sucesiones)*. España: Edersa
- PÉREZ LASALA, J. (2007), *Curso de derecho sucesorio*, 2a ed. Buenos Aires: Abelado-Perrot.
- PÉREZ LASALA, F. (2015) El Derecho Sucesorio en el Nuevo Código Civil y Comercial. Recuperado de <http://www.universidad.com.ar/el-derecho-sucesorio-en-el-nuevo-codigo-civile3-y-comercial>.
- RÉBORA, J C. (1932) *Derecho de las sucesiones* Buenos Aires: La Facultad.
- ROLLERI, G. (2012) Doctrina del día: desheredación, autonomía personal del causante y privación de la legítima hereditaria. Recuperado de: <http://thomsonreuterslatam.com/2012/06/2381/>
- ROLLERI, G. (2015) La exclusión hereditaria en el nuevo código civil: fortalecimiento de la indignidad y supresión de la desheredación. Revista de derecho de familia y personas (RDFyP). Recuperado de:

<http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Roller%20La%20exclusion%20hereditaria%20en%20el%20nuevo%20Codigo%20Civil.pdf>

- SALOMÓN, M J. (2011)., *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Córdoba: Alveroni Ediciones
- TORRES GARCÍA, T Y GARCÍA RUBIO, M. (2014), La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=45418>
- ZANNONI, E. (1997) *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, 4a ed., Buenos Aires: Astrea.

Legislativa:

- Constitución de la Nación Argentina.
- Código Civil de la República Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Ley 17.711, modificatoria del Código Civil.
- Código Civil español.
- Código civil alemán.
- Código Civil portugués.
- Código Civil chileno.

Jurisprudencia:

- Sala 3era de la Cám. 1era de Apelación en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora (2015), Recuperado de

<http://www.pensamientocivil.com.ar/fallos/1466-demanda-nulidad-testamento-causales-desheredacion-legalmente-previstas>

- Sala 1ª, de lo Civil, Sentencia nº 258/2014 de TS, 3 de junio de 2014, Madrid, España, recuperado de https://supremo.vlex.es/vid/desheredacion-maltrato-psicologico-518518274?_ga=2.57156014.586298238.1538346036-873758940.1524142154
- Sentencia Civil 312/2004, Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1º, 23 de julio de 2004. <https://audiencias.vlex.es/vid/testamento-desheredacion-especificacion-18940930>
- Sentencia Civil Nº 375/2016, Audiencia Provincial de Caceres, Sección 1, Rec 459/2016 de 11 de Octubre de 2016. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-375-2016-ap-caceres-sec-1-rec-459-2016-11-10-2016-47650134>
- Sentencia Civil Nº 66/2015, Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 3, Rec 650/2014 de 10 de marzo de 2015. <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-66-2015-ap-tenerife-sec-3-rec-650-2014-10-03-2015-47192951>
- Sentencia Civil Nº 59/2015, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Rec 2199/2013 de 30 de enero de 2015. [https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-59-2015-ts-sala-civil-sec-1-rec-2199-2013-30-01-2015-15618881?voces%5B0%5D=Justa+causa+de+desheredaci%C3%B3n∓noIndex](https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-59-2015-ts-sala-civil-sec-1-rec-2199-2013-30-01-2015-15618881?voces%5B0%5D=Justa+causa+de+desheredaci%C3%B3n&noIndex)

- Sentencia Tribunal Superior 675/1993, 28 de junio de 1993.
<https://supremo.vlex.es/vid/causal-desheredacion-probatoria-u-an-17737727>
- Sentencia Civil Nº 176/2004, Audiencia Provincial de Leon, Sección 1, Rec 65/2004 de 15 de Julio de 2004.
<https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-176-2004-ap-leon-sec-1-rec-65-2004-15-07-2004-2066471>
- Tribunal Supremo - Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 370/04. 15 de junio de 1990, Madrid, España. <https://supremo.vlex.es/vid/-209104935>
- Corte Suprema de Chile, 21 de septiembre de 2017, rol 79128-2016.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6685365>
- Sentencia Civil Nº 51/2012, Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4, Rec 49/2011 de 31 de Enero de 2012.
<https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-civil-n-51-2012-ap-cantabria-sec-4-rec-49-2011-31-01-2012-1796201?term=dsheredacion&query=dsheredacion&noIndex>

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista: Aurich, Axel Jon

DNI: 37.524.806

Título y subtítulo: “La supresión de la desheredación en el Nuevo Código Civil y Comercial y la conveniencia de su restablecimiento”.

Correo electrónico: axel_aurich04@hotmail.com

Unidad Académica: Universidad Siglo 21

Datos de edición: Alta Gracia, 14 de junio de 2019

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis: Si

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica

que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado