

Diálogo entre los principios del Código Civil y Comercial y el derecho sucesorio

Autor:
Medina, Graciela

Cita: RC D 24/2019

Tomo: 2018 3 Sucesiones - I

Revista de Derecho Privado y Comunitario

Sumario:

1. Introducción. 2. Características del Derecho de Sucesiones. a) Es un Derecho dependiente. a.1) Dependencia del Derecho de Familia. b.2) Dependencia del Derecho patrimonial. b) Derecho de equilibrio entre el derecho de la autonomía y el derecho imperativo. 3. Recepción de los derechos humanos y la protección de las personas. a) Disposiciones extrapatrimoniales para después de la muerte. b) Igualdad del hombre y la mujer. 4. El respeto al principio de la autonomía de la voluntad. 5. La protección de los débiles. a) El fideicomiso testamentario. b) Determinación de los sucesores. c) Mejora a favor de heredero con discapacidad. d) Derecho del cónyuge sobreviviente. 6. El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad y solidaridad. a) El divorcio y la enfermedad preexistente grave que le impide autosustentarse. b) La falta de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales durante la menor edad. c) La pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge. 7. La protección de la empresa familiar. 8. Conclusión.

Diálogo entre los principios del Código Civil y Comercial y el derecho sucesorio

1. Introducción, pág. 11

El objeto del presente trabajo es determinar cómo se receptan en el Derecho Sucesorio los grandes principios del Código Civil y Comercial^[1]. Creemos que las bases sobre las que se organiza el Código Civil y Comercial son:

- a) La constitucionalización del Derecho Privado^[2].
- b) La recepción de los tratados de derechos humanos y la regulación de los derechos humanos, de modo que el Código siga siendo la fuente más próxima y efectiva de la protección de la persona.
- c) La protección de los débiles y las personas con discapacidad, en el marco de la solidaridad.
- d) El respeto de la autonomía de la voluntad.
- e) La reformulación de los principios de la contratación, y de circulación de los bienes, para adecuarlos a necesidades modernas y para contemplar instituciones comunes al desarrollo económico con herramientas dinámicas y actualizadas, todo ello en un marco de equidad.
- f) El reconocimiento de las nuevas formas de propiedad.
- g) El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad civil.
- h) La protección de la familia y el reconocimiento de pluralidad de modelos de familia.

Para hablar de la relación del Derecho de Sucesiones con las bases filosóficas del Derecho Privado creemos imprescindible determinar cuáles son las características del Derecho de Sucesiones.

2. Características del Derecho de Sucesiones, pág. 13

a) Es un Derecho dependiente, pág. 13

El Derecho de Sucesiones es un Derecho dependiente del Derecho de Familia y del Derecho patrimonial^[3].

a.1) Dependencia del Derecho de Familia^[4], pág. 13

El Derecho de Sucesiones es totalmente dependiente del concepto de familia que se tenga en un momento y tiempo determinado. Esta relación conlleva que, a medida que cambie el Derecho de Familia, se transforma el Derecho de Sucesiones.

Así advertimos que a mediados del siglo pasado los hijos extramatrimoniales tenían diferentes derechos que los hijos matrimoniales, el divorcio sólo era aceptado por causales subjetivas y se admitía un solo régimen patrimonial del matrimonio que era el régimen de comunidad de bienes. Estas características del Derecho de Familia impactaban directamente sobre el Derecho Sucesorio, porque los hijos matrimoniales heredaban el doble que los extramatrimoniales, el cónyuge inocente del divorcio conservaba vocación hereditaria, y el viudo no heredaba sobre los bienes gananciales pero sí sobre los propios.

Los cambios en el Derecho de Familia necesariamente se han reflejado en el Derecho Sucesorio, así la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales trajo como consecuencia en el régimen sucesorio que los hijos heredaran en igualdad de condiciones, independientemente de que hubieran nacido en el seno de una familia matrimonialmente constituida o en una relación independiente del matrimonio.

La transformación del divorcio, que tuvo lugar en el CCyCN, el que dejó de lado toda necesidad de causa, objetiva o subjetiva para su declaración, al tiempo que suprimió la separación judicial y eliminó las consecuencias de la culpabilidad, se ve reflejada en la inexistencia de derechos hereditarios para el viudo o viuda, cuando estuvieran separados de su cónyuge al tiempo de la muerte, sin importar su culpabilidad o inocencia para excluirlo de la herencia.

Advertimos cómo el Derecho de Sucesiones recepta la evolución del Derecho de Familia y es dependiente de ésta. Así un código que plantea la igualdad de todos los hijos nunca podría establecer diferencias en la forma de heredar de acuerdo a su naturaleza matrimonial o extramatrimonial, dado que sería incongruente con los derechos otorgados a la familia que se tiene que proteger.

Las últimas evoluciones que se advierten en el Derecho de Familia antes del dictado del CCyCN, y que lúdicamente repercuten en el Derecho Sucesorio, son las relativas a las uniones de hecho homosexuales y heterosexuales, a la posibilidad de casarse entre personas de igual género. Hoy se considera que la familia no se encuentra basada en un vínculo jurídico, sino en un vínculo afectivo; este vínculo afectivo puede tener lugar entre un hombre y una mujer o entre dos personas del mismo sexo. La repercusión de esta concepción en el Derecho Sucesorio lleva al otorgamiento de derechos hereditarios a los cónyuges sin distinción de género e indirectamente a la supresión del instituto de la nuera viuda sin hijos, ya que en el matrimonio de personas de sexo masculino no hay ninguna nuera y en el matrimonio de dos lesbianas hay dos nueras.

La interrelación entre el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones nos obliga a determinar el concepto de familia a la cual el Estado quiere proteger para establecer en base a ella la extensión de los derechos de la sucesión ab intestato, evidentemente la protección a la familia matrimonial es mayor que aquella originada en las uniones convivenciales, ya que al conviviente^[5] no se le otorga ningún beneficio en la sucesión ab intestato, salvo el derecho real de habitación del conviviente supérstite por dos años, y de no existir herederos legítimos, ni testamentarios la herencia es deferida al Fisco.

Con relación a los modelos familiares el Derecho de Sucesiones no hace distinciones en cuanto a los derechos a otorgar a los cónyuges heterosexuales y a los cónyuges del mismo sexo.

Las reformas más importantes en materia de Derecho de Familia introducidas por el Código Civil y Comercial son:

- La aceptación de la absoluta igualdad entre hombre y mujer en el matrimonio.
- El reconocimiento de la igualdad entre matrimonio de personas de igual y diferente sexo.
- La supresión de la separación judicial.
- La eliminación del divorcio por culpa o por causa.
- La incorporación de la compensación económica.
- La aceptación de la capacidad progresiva del menor.
- La supresión del régimen de incapacidad del Código Civil y del concepto de demencia.
- La incorporación de un tercer tipo de filiación derivada de la voluntad procreacional.
- La posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales matrimoniales.

-El reconocimiento de la familia ensamblada. Estas reformas se ven parcialmente reflejadas en el Derecho Sucesorio. Claramente se receptan las relativas a disolución por divorcio y las del régimen patrimonial del matrimonio, pero no se incorpora ninguna reforma relativa al reconocimiento de derechos sucesorios a la familia ensamblada, ni al conviviente, ni se recepta la idea de capacidad progresiva en materia sucesoria.

Así como desaparece la separación judicial, también desaparece a partir del 1º de agosto del 2015 el derecho hereditario del cónyuge separado inocente y el del enfermo (contemplados en el artículo 3574 del Cód. Civ.).

Por otra parte como se suprime el concepto de culpa en el divorcio, este concepto también deja de tener importancia en la exclusión hereditaria conyugal por separación de hecho (el art. 3575 del Cód. Civ. es reemplazado por el art. 2437 del CCyCN).

Al desaparecer el divorcio por causa cesa hacia el futuro como carga de la sucesión el sostenimiento del cónyuge enfermo o adicto divorciado (art. 203, Cód. Civ.). Pero se trasladan a los herederos las prestaciones alimentarias fijadas después del divorcio a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse (art. 434).

La filiación por voluntad procreacional es regulada especialmente en el Derecho de Familia pero no hay normas claras en orden a la fecundación *post mortem*.

Por el contrario las normas sobre capacidad progresiva y el sistema de discapacidad no se reflejan en el Derecho Sucesorio testamentario, ya que la capacidad para testar se adquiere a los 18 años (art. 2464) y se sigue hablando de los intervalos lúcidos y de personas privadas de razón como incapaces para testar (art. 2466).

La gran pregunta que surge a tres años de dictado el CCyCN es si resulta necesario otorgar derechos sucesorios ab intestato a la conviviente y a los hijos por afinidad o si ello no es necesario.

Los nuevos modelos de familias basados en el afecto y en la autonomía de la voluntad no se ven reflejados en el Derecho de la sucesión legítima, quizás porque surgen de la autonomía de la voluntad y voluntariamente se puede testar en favor de los convivientes o de los hijos afines, dedicando a ellos la porción legítima.

Por nuestra parte creemos que en un futuro se puede pensar en la incorporación del conviviente y de los hijos por afinidad en un orden sucesorio, que no sea forzoso y que al menos desplace al Fisco, porque si el Derecho Sucesorio es dependiente del Derecho de Familia, no puede ignorar las nuevas formas familiares al momento de su regulación.

a.2) Dependencia del Derecho patrimonial[6], pág. 17

Es indiscutible la relación del Derecho de Sucesiones con el Derecho patrimonial.

El Derecho Sucesorio depende del concepto del Derecho de propiedad que exista en un país determinado, ya que si no se acepta la propiedad privada es imposible que se recepte el Derecho de Sucesiones.

Marx consideró a la herencia como un privilegio protector de la burguesía y por ello sostuvo que la sociedad era la única con derecho a percibir los bienes de quienes fallecen como recompensa a los servicios prestados por ella. Esta concepción llevó a que los países comunistas al colectivizar la propiedad de los medios de producción limitaran la herencia al producto del trabajo personal.

Nuestro país al aceptar el derecho de propiedad como un derecho humano, de primera generación, recepta el Derecho Sucesorio y tiene un interés social en él, porque si el ser humano no pensara que a su muerte sus esfuerzos serán aprovechados por otras personas, principalmente sus hijos, no tendría interés en hacer sacrificios con el objeto de reunir una fortuna.

Por otra parte decimos que el Derecho de Sucesiones es dependiente del Derecho de los bienes porque, precisamente, depende cuál sea la noción de propiedad que se sostenga, será la forma de transmitir los bienes por sucesión. El Derecho patrimonial engloba el Derecho de bienes y el Derecho de las Obligaciones.

Con relación al Derecho de bienes cabe señalar que el Código de Napoleón y los que los siguieron, como el Código de Vélez, ignoraban el valor funcional de las cosas. Estos Códigos no les conferían a las cosas nada más que la expresión monetaria, sin preocuparse de su destino o de su afectación humana. En este sentido se otorgaban derechos sobre los inmuebles sin tener en cuenta si éstos eran usados como habitación, ni por quién eran usados.

La consecuencia en el Derecho de Sucesiones era que al momento de la partición se tenía en cuenta el valor de los bienes y no su función respectiva. Así si existían dos herederos el escribano podía recibir el material agrícola y el campesino la biblioteca.

Hoy el Derecho de bienes no se desentiende del destino de las cosas. Ello se advierte en el Derecho de Sucesiones con las atribuciones preferenciales al momento de la partición contempladas en los artículos 2380 y 2381 del Código Civil y Comercial y en normas que buscan evitar el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas (art. 2377, CCyCN).

Por otra parte el Derecho patrimonial busca el desarrollo económico de la sociedad y éste no se puede dar si no se protege a la empresa familiar, es por ello que el CCyCN permite los pactos sobre empresa futura como una

forma de proteger la empresa familiar y de evitar uno de sus mayores problemas, cual es que no pase a la segunda generación.

Desde otra óptica cabe señalar que para lograr el desarrollo económico que tanta falta le hace a nuestro país es imprescindible dar seguridad jurídica a las transmisiones patrimoniales y no inmovilizar la propiedad. Para lograr este propósito el CCyCN estableció la imposibilidad de ejercer la acción de reducción pasados diez años de la donación en un artículo de técnica criticable pero de fines inobjetables.

Entendemos que la norma contenida en el artículo 2458 está de acuerdo con la seguridad del tránsito jurídico y con el respeto a las decisiones del causante, así como un espíritu de reconocimiento de mayor libertad de disposición de bienes.

No se justifica de ninguna manera que el causante pueda gastar todo su peculio, en juego o bebida, sin que sus herederos tengan ninguna acción pero no pueda donarlo sin que la donación esté sujeta a reducción.

Supongamos que un padre dona a sus hijos bienes a los 50 años, teniendo en cuenta que la expectativa de vida actual es de 80 años, estos bienes estarán sujetos a la acción de reducción durante 30 años, lo que implica sacarlos del comercio, porque nadie va a comprar un bien que durante 30 años puede estar sujeto a la acción de reducción.

Es cierto que la redacción del artículo 2459 es objetable, por ello se propone el siguiente artículo: "Artículo 2459 - *Donaciones reducibles*. Son reducibles las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su muerte". Se propone suprimir el término "prescripción" porque es incorrecto hablar de prescripción de una acción no nacida.

La idea central consiste en sacar de la masa que sirve de base para determinar la legítima las donaciones efectuadas por el causante cuando han transcurrido diez años desde la adquisición de la posesión. La posesión, en principio, tiene lugar cuando se efectúa la donación. Si la donación la realiza el causante y muere después de los cinco años, esa donación no se somete a reducción, simplemente porque no forma parte de la masa que sirve de base para determinar la legítima.

El Proyecto de 1998 en su artículo 2402 limitaba de igual modo el ejercicio de la acción de reducción ya que señalaba que sólo podía pedirse respecto de donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su deceso.

b) Derecho de equilibrio entre el derecho de la autonomía y el derecho imperativo, pág. 19

Tradicionalmente se ha enseñado que el Derecho de Familia es un Derecho imperativo y que las partes no pueden renunciar a sus derechos y deberes familiares, mientras que el Derecho Civil económico es un Derecho de autonomía. En este último por la autonomía de la voluntad y la soberanía del Derecho de propiedad los particulares son libres de gestionar su patrimonio.

El Derecho de Sucesiones por ser un Derecho interdependiente del Derecho de Familia y del Derecho patrimonial tiene que mantener un equilibrio entre las reglas imperativas y las reglas de la autonomía, así no puede existir una absoluta voluntad de testar (expresión de la soberanía del Derecho de propiedad), ni tampoco un sistema de legítimas total (en nombre de la solidaridad familiar y de la igualdad).

El Derecho de Familia deja hoy en día un espacio de libertad para la voluntad privada para elegir su estatuto patrimonial matrimonial pero ello no se traduce por un relajamiento de los deberes familiares, muy por el contrario éstos se ven fortalecidos en el régimen matrimonial primario.

En el ámbito del Derecho Sucesorio el equilibrio se logra mediante una disminución de las legítimas (el art. 2445, CCyCN, reduce las legítimas de los descendientes de 4/5 a 2/3 y las de los ascendientes de 2/3 a 1/2), un fortalecimiento de institutos que permitan una mayor solidaridad familiar con el más débil, como el fideicomiso testamentario, la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2448), el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 2383). Y también se obtiene con institutos que buscan proteger la empresa familiar como la indivisión poshereditaria forzosa impuesta por el testador (art. 2330), pactada por los herederos (art. 2331), resuelta por el cónyuge (art. 2332), obtenida por el heredero que ha intervenido activamente en la explotación de la empresa (art. 2333)^[7] y con los pactos sobre herencia futura (art. 1010).

En definitiva existe una mayor libertad personal que va acompañada de una mayor responsabilidad.

A continuación veremos cómo se receptan los grandes principios filosóficos que sostienen al Código Civil y Comercial en el Derecho Sucesorio.

3. Recepción de los derechos humanos y la protección de las personas, pág. 20

a) Disposiciones extrapatrimoniales para después de la muerte, pág. 20

En el Derecho testamentario como otro aspecto de la recepción de los derechos humanos se acepta el respeto de los derechos de la personalidad para después de la muerte y en tal sentido se da el carácter testamentario a las disposiciones extrapatrimoniales del fallecido (art. 2461).

Se aceptan como válidas las disposiciones testamentarias extrapatrimoniales, mejorándose con ello la redacción del artículo 3607 del Código Civil, que establecía que el testamento es una disposición de bienes.

Al admitirse como válidas las disposiciones extrapatrimoniales (art. 2462 del CCyCN) se amplía el fundamento del testamento superando el límite de lo meramente patrimonial, respetando el poder del sujeto para ejercer actos extrapatrimoniales después de la muerte como un reconocimiento del respeto de la autonomía privada.

"El testamento hoy se presenta entonces, como un instrumento idóneo para regular con eficacia transmerte una pluralidad de intereses de índole no patrimonial, y de tal manera contribuye a valorizar la persona humana. Por lo tanto es también testamento la manifestación de voluntad de quien consigna en el documento testamentario sólo disposiciones extrapatrimoniales, revelando querer servirse de un instrumento jurídico idóneo para expresar sus inquietudes y disposiciones de orden únicamente personal, familiar o extrapatrimonial"[8].

En el sistema del Código Civil se permitía que el testador realice algunas disposiciones extrapatrimoniales, como el nombramiento de tutor y curador, la disposición del cadáver y de los órganos, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

Pero existían una serie de disposiciones extrapatrimoniales que excedían el concepto de disposición de bienes contenido en el objeto legal de los testamentos, como ser: el destino de los papeles privados, diplomas, títulos, cartas[9], etcétera, la prohibición de publicación de una obra por un plazo determinado, la exclusión de una persona como tutor o curador de los incapaces a cargo, instrucciones sobre la educación de los hijos[10].

Resulta valioso que el Código Civil y Comercial amplíe el objeto de los testamentos a las disposiciones extrapatrimoniales y admita su validez.

b) Igualdad del hombre y la mujer, pág. 22

En orden a la recepción de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales se debe suprimir toda desigualdad del hombre y la mujer, en tal sentido en el Código Civil y Comercial argentino se ha optado por suprimir el instituto de la nuera viuda sin hijos, que era discriminatorio en contra del hombre (art. 3576 bis del Cód. Civ.). Otra posibilidad hubiera sido extenderlo en igualdad de condiciones al yerno viudo.

En orden a la equiparación el nuevo Código argentino se inclinó por la supresión del instituto.

La igualdad de los derechos del hombre y la mujer se refleja en los regímenes patrimoniales matrimoniales, a saber: en el régimen de comunidad no se puede determinar el origen de los bienes, se los considera gananciales de administración conjunta (art. 466 CCyCN). En el régimen de separación de bienes los bienes cuya propiedad no se pueda demostrar se presume que pertenecen a ambos cónyuges (art. 506, CCyCN). Estas disposiciones lógicamente influyen en la órbita del Derecho de Sucesiones, marcando una clara equiparación de la igualdad de los cónyuges en el Derecho patrimonial.

4. El respeto al principio de la autonomía de la voluntad, pág. 22

Cuando el sistema de legítima es excesivamente alto, práctica-mente se impide la posibilidad de testar por lo reducido de la cuota de libre disposición. Ello es lo que ocurría con el Código Civil argentino.

Es por ello que en todos los proyectos de reforma integral del Código Civil se propició siempre aumentar la porción de libre disposición.

En el Anteproyecto de Biliboni y en el Anteproyecto de 1936 la legítima se reducía a dos tercios del haber hereditario, cuando existían descendientes legítimos.

Mientras que en el Anteproyecto de Llambías se seguía el modelo francés y se establecían legítimas móviles de acuerdo a la cantidad de hijos del causante. La legítima era de la mitad si existía un solo descendiente, de dos tercios si se dejaban dos o tres descendientes y de un cuarto en el caso de un mayor número de ellos.

Los congresos y jornadas realizados en la Argentina, con diferencias de matices, se inclinaron por un otorgamiento de una mayor libertad de testar.

En una posición extrema, se propició la absoluta libertad de testar en el Primer Congreso Notarial Argentino celebrado en Buenos Aires en 1917. En él se formularon reflexiones sobre la frecuencia con que los notarios han observado los casos de "personas que protestan contra la ley, porque no les permite disponer más libremente de sus bienes y sobre la verdadera solución que estaría, no en reducir las legítimas, sino en declarar la amplia facultad de testar"[\[11\]](#).

En posiciones intermedias se pronunciaron las III Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 1967 y las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Mar del Plata de 1983. En las primeras de ellas se propició un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima. Mientras que en las jornadas celebradas en Mar del Plata, además, se recomendó que "el causante sea facultado para aplicar un porcentaje de la porción legítima a favor de los descendientes para mejorar a alguno o algunos de ellos"[\[12\]](#).

El Código Civil y Comercial se hizo eco de los reclamos generalizados de la comunidad jurídica y optó por una posición equilibrada de disminución del régimen de legítimas, sin aceptar una incorporación de la mejora similar a la del sistema español. Sólo admite la mejora para la protección de los ascendientes y descendientes con discapacidad en el artículo 2448.

Si bien en el seno de la comisión se discutió el tema, no se aceptó la incorporación de la mejora consistente en que una porción de la legítima el testador la pueda distribuir libremente entre sus herederos forzosos[\[13\]](#).

Las porciones legítimas son fijadas de las siguientes formas:

Legítimas del Código Civil	Legítimas del CCyCN
Descendientes $\frac{4}{5}$, art. 3593	Descendientes $\frac{2}{3}$, art. 2395
Ascendientes $\frac{2}{3}$, art. 3594	Ascendientes $\frac{1}{2}$, art. 2395
Cónyuge $\frac{1}{2}$, art. 3595	Cónyuge $\frac{1}{2}$, art. 2395

El Código Civil y Comercial adopta una posición de equilibrio en este tema (como en muchos otros donde las posiciones eran absolutamente extremas) y se inclina por una posición intermedia, que satisface los reclamos individuales, respeta la tradición jurídica argentina y procura la satisfacción de la solidaridad familiar.

No acepta una absoluta libertad de testar ajena a nuestras costumbres, ni tampoco un sistema legitimario asfixiante que impida la libre disposición de los bienes para después de la muerte y obligue al fraude como única manera de que el causante disponga de sus bienes a favor del heredero que más lo necesita. Impone una distribución igualitaria de una parte de la herencia entre determinados parientes, pero disminuye el porcentaje de atribución forzosa. Pensamos que de esta forma el CCyCN ha pretendido afianzar los deberes naturales de los miembros de la familia, evitar el posible abuso del testador y flexibilizar la posibilidad de disponer de los bienes para después de la muerte a favor de quien más lo necesita.

Cabe recordar que "El legislador no puede amar como un padre, ni conocer los vicios y virtudes, las desigualdades y las necesidades de los hijos"[\[14\]](#). "Sólo los padres conocen el carácter de cada hijo, sus debilidades, sus inclinaciones y sus aptitudes, su grado de capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reverses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan a uno de otros hi-jos [...] Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible, y en todo caso no sucederá si no por excepción y accidente; el legislador, al contrario, no puede acertar nunca, el error es congénito y natural a su regla, yerra porque no puede menos que errar"[\[15\]](#).

Una de las justificaciones al sistema de legítimas igualitarias y elevadas reside en el principio de igualdad, como los hijos son iguales deben recibir partes iguales. Este razonamiento es falaz ya que la igualdad matemática de la legítima es puramente cuantitativa, sin matices cualitativos. Para repartir entre diversos individuos de una familia una herencia con verdadera justicia, hay que tomar en cuenta una serie de factores complejos, que presuponen el conocimiento íntimo de las cuestiones del hogar, que la ley con un criterio matemático nunca puede contemplar[\[16\]](#).

Por ello consideramos acertada la reforma en materia legítima, la que ha sido sabiamente complementada con el fideicomiso testamentario y con la mejora a favor de los herederos con discapacidad (art. 2448).

Cabe señalar que hoy resulta imprescindible pensar en ampliar la posibilidad de mejora e incluir en ella al cónyuge sobreviviente. Si bien es cierto que podría alegarse que el supérstite ya goza de medidas de protección, tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no es menos cierto que ellas alcanzan a todo cónyuge, independientemente de contar o no con una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legitimarios al asignárseles una porción legítima.

Por otra parte creemos necesario agregar como legitimario de la mejora "al legitimario que hubiera cuidado al causante renunciando a sus capacidades productivas o profesionales" y aclarar que "el causante puede testar y dejar la porción disponible a un tercero, y beneficiar en la mejora estricta a un legitimario, sin que ello haga caer la disposición testamentaria".

5. La protección de los débiles, pág. 26

a) El fideicomiso testamentario[17], pág. 26

En el año 1995, la ley 24.441, denominada de "Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción", reglamentó el fideicomiso y permitió su constitución por contrato y por testamento. Expresamente dispone el artículo 3º:

"Fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en algunas de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4º".

La esencia del fideicomiso radica en transmitir la propiedad de una cosa a una persona, para que ésta la administre como un "patrimonio de afectación" y la transmita a un tercero. La transmisión de la propiedad primero a una persona para ser transferida a un tercero tropieza en materia testamentaria con el inconveniente de la prohibición de la sustitución fideicomisaria contenida en los artículos 3723 y 3724 del Código Civil, y explicitada en la nota a este último, y mantenida en el artículo 1700 del Código Civil y Comercial.

El fideicomiso testamentario ha sido pensado como un instituto que posibilite al causante prever la administración de sus bienes en protección de los incapaces o de quien el causante desee proteger, pero como se inserta en un régimen que contiene limitaciones a la posibilidad de disponer los bienes para después de la muerte, se hace necesario compatibilizar el sistema de legítima -que es de orden público- con el fideicomiso testamentario.

En el sistema del Código Civil si existían herederos forzosos el fideicomiso sólo podía ser constituido sobre la parte de libre disposición, porque lo contrario violentaría la legítima, por eso es poco utilizado, porque la cuota de libre disposición es escasa[18].

En el sistema anterior a un heredero forzoso no se le podía obligar a recibir una propiedad fiduciaria, porque ello implicaría someter su legítima a una condición o a una carga que se encontraba prohibida por la ley en el artículo 3598 del Código Civil, el que decía:

"El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este Título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas".

El nuevo régimen de fideicomiso está establecido en el Código Civil y Comercial en el artículo 2493, el que dice: "*Fideicomiso testamentario*. El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8ª, Capítulo 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448".

Ello implica que mientras exista un sistema de legítimas como el vigente en nuestro Código Civil y Comercial, la utilidad del fideicomiso por testamento será relativa salvo en el caso de mejora a favor del heredero con discapacidad.

b) Determinación de los sucesores, pág. 28

Una de las cuestiones más difíciles de decidir es si los embriones no implantados son o no sucesores del causante.

En tal sentido hay que tener en cuenta que el Pacto de San José de Costa Rica establece que se es persona desde el momento de la concepción, y que igual orientación ha tenido el artículo 19 del Código Civil y Comercial unificado.

En este orden de ideas, si se reconoce el derecho de la persona humana desde el momento de la concepción, se deben determinar los derechos sucesorios de los embriones congelados y no implantados y los de los niños que nazcan de gametos crioconservados.

El artículo 2279 del Código Civil y Comercial establece las personas que pueden suceder al causante:

- a) las personas humanas existentes al momento de su muerte;
- b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
- c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;
- d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

En el Proyecto originario decía: "Pueden suceder al causante [...] c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida con los requisitos previstos en el artículo 563".

El artículo 563 del Proyecto disponía:

"En caso de muerte del o de la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.

"No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

"a) La persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 (consentimiento informado) o en su testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento;

"b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso".

En el texto del CCyCN aprobado por la ley 26.994 se modifica el artículo 563 y se suprime la posibilidad de que la persona dé su consentimiento para que los embriones se transfieran a la mujer dentro del año posterior al fallecimiento, y el artículo 2279 remite al artículo 561, que simplemente dice: "La instrumentación de dicho consentimiento [informado del artículo 560] debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

En conclusión, como explica Ferrer, el sistema es complejo *con las reformas introducidas, al suprimirse la filiación "post mortem" y establecer que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, sin más aclaraciones, quedamos en una situación compleja similar a la que se daba antes de la sanción del Código Civil y Comercial, pues la remisión al artículo 561 no soluciona las cuestiones.*

En efecto, para que exista filiación y derecho sucesorio del hijo nacido con auxilio del tratamiento médico, respecto del progenitor fallecido, ambos usuarios de la técnica tienen que haber prestado y suscripto el consentimiento informado del artículo 560, con las formalidades del artículo 561, y además renovado ese consentimiento antes de proceder a la utilización de los gametos o de la implantación del embrión, puesto que puede ser libremente revocado (últimos párrafos de los arts. 560 y 561). O sea, la mujer tiene que haber sido fecundada, o el embrión tiene que haber sido implantado con el consentimiento renovado de ambos usuarios a la fecha de la muerte del esposo o conviviente de la mujer, para que la criatura nacida de este procedimiento tenga vínculo filiatorio y derecho hereditario con respecto a ambos progenitores y pueda suceder al fallecido, siempre que nazca con vida (arts. 21, 562 y 2279, incs. a, y b). Por lo tanto, si el hombre falleció antes de renovar su consentimiento para la transferencia del embrión, el consentimiento inicial que prestó queda privado de efectos y la mujer impedida de obtener la implantación del embrión, que será descartado y destruido como una cosa inservible, o destinado a la investigación, privándolo de la posibilidad de continuar su desarrollo vital[19].

Cabe señalar que en gran parte de las legislaciones europeas[20] la aplicación post mortem de las técnicas procreativas está prohibida, y si no obstante se utiliza sus consecuencias se rigen por el Derecho común. Así ocurre en el Derecho francés: respecto a la filiación post mortem, como no está reglada la situación de los hijos nacidos de una técnica de procreación médicamente asistida no contemplada por la ley[21], se aplican las reglas del Derecho común: si se prueba la existencia del vínculo biológico entre el niño y el hombre fallecido, cuyo semen se utilizó en la técnica procreativa y ha prestado su consentimiento para su aplicación, el juez habrá de declarar la filiación, pero no podrá heredar porque lo impide el artículo 725 del Código Civil francés, en razón de que no existía a la fecha de la muerte del causante.

Cabe recordar que el doctor Borda al comentar el Proyecto de Código Civil de 1998 criticaba la posibilidad de que niños que nazcan de técnicas de fecundación asistida puedan tener derechos sucesorios. Concretamente señalaba: "Lo cierto es que al conferirle derechos sucesorios al nuevo ser se estimula la práctica de un

procedimiento que por hipótesis ilícito. Y se alienta la posibilidad de dar vida a un ser destinado inexorablemente a no tener padre en la vida real aunque lo tenga genéticamente"[22].

Entendemos que la solución sobre los derechos hereditarios de las personas que nazcan después de la muerte de los dadores de gametos debe ser absolutamente clara, no puede dejar lugar a dudas, para evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica, independientemente de que la ley que reglamente las técnicas de fecundación asistida realice un tipo u otro de regulación, es en el Código Civil y Comercial donde se debería haber dado una respuesta más categórica a los derechos sucesorios de los embriones no implantados y dar solución hereditaria a las personas que nacen después de la muerte del dador de los gametos.

Lo cierto es que tales nacimientos son hoy en día técnicamente posibles, no se encuentra prohibida la crioconservación ni de gametos, ni de embriones, en consecuencia *creemos que debe interpretarse el CCyCN en forma integral y establecer que quienes nazcan por técnicas de fecundación humana asistida realizadas "post mortem" no tienen derechos hereditarios, cuando al momento de su muerte el progenitor fallecido no hubiera renovado el consentimiento para la utilización de gametos o de embriones. Y que no es válido que en un testamento se autorice la utilización de gametos congelados, ni de embriones no implantados, porque el testamento tiene efectos "post mortem" y la voluntad procreacional debe ser otorgada antes de la muerte del causante.*

Por ejemplo: si el 2 de agosto del 2015 a las 10 de la mañana el progenitor renueva su consentimiento para implantar el embrión en el útero de su esposa el 3 de agosto y muere la noche del 2 de agosto. La mujer podrá implantar el embrión y el hijo nacido tendrá derechos sucesorios. En cambio si no ha renovado su consentimiento no podría realizarse la técnica y el embrión no podría ser implantado y de serlo no tendría derechos hereditarios aunque hubiera dado un consentimiento original para la realización de la técnica.

Lo que ocurre es que se requieren dos consentimientos, uno es el consentimiento para la realización de la técnica en sí y otro es el consentimiento particular para cada vez que se va a utilizar el material genético o implantar embriones, el fundamento de este doble consentimiento está dado por que la base de la técnica es la voluntad, que debe existir al momento de la implantación.

En este sentido el Código Civil y Comercial se aparta de la jurisprudencia vigente en nuestro país hasta la actualidad, la cual siempre ha permitido la utilización del material genético *post mortem*, en base al principio de que todo aquello que no está prohibido está permitido.

El primer fallo argentino que se conoce sobre la fecundación post mortem es el del Tribunal de Morón dictado el 21 de septiembre del 2011, en este caso la señora Andrea Paula Gaudino planteó una acción declarativa para que se declarara que no existía impedimento alguno para que se le efectuara "el implante del material genético criopreservado" de su cónyuge premuerto en marzo del 2011. Dijo que contrajo matrimonio con el señor Javier Oscar Losinno el 22 de septiembre de 2005 y que no pudiendo lograr un embarazo por padecer una poliquistosis ovárica concurre con el cónyuge al Centro de Fertilidad y Reproducción Asistida Procreate. En ese lugar se le aconsejó una fertilización asistida. A esos fines en el mes de junio de 2010 dieron el consentimiento para criopreservar material genético para un posterior implante. Agrega que en ese mismo mes y año se diagnosticó al señor Losinno un cáncer linfoma no Hodking que le provocó la muerte el 13 de marzo de 2011. Afirmó contar con el decidido apoyo del grupo familiar del marido y que los suegros le cedieron los derechos sucesorios que les corresponderían. Sigue diciendo que el Centro de Fertilización le exige autorización judicial para seguir el tratamiento y concluye solicitando la autorización judicial para su realización[23].

El Tribunal decidió admitir la fecundación post mortem señalando que "La circunstancia de que el esposo de quien solicita autorización para someterse a un tratamiento de fertilización asistida, prestó el consentimiento informado para postergar el inicio de la quimioterapia que su propia dolencia requería, hasta obtener el material genético y luego lo entregó a la esposa para su preservación en una institución en la que ambos cónyuges realizaron el tratamiento de fertilización, y tal conformidad se mantuvo por los nueve meses que el esposo sobrevivió, resulta procedente recurrir a la figura del consentimiento presunto, y autorizar el tratamiento de fertilización asistida solicitado, puesto que estaba al alcance del marido revocar el consentimiento prestado y no sólo no lo hizo, sino que sus familiares directos confirmaron que era deseo del fallecido ser padre".

Por otra parte el Tribunal afirmó que los artículos 19 de la CN y 25 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires consagran el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. Es el llamado principio de legalidad, pilar del Estado de Derecho, del que se desprende que "únicamente la ley puede prohibir y ordenar y que nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no prohíbe"[24], y accedió a realizar la técnica.

Cabe señalar que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, ley 26.994, tal técnica no podría ser realizada porque no basta que el consentimiento no sea revocado sino que se requiere la renovación del consentimiento para el caso[25].

Otro fallo que trata la cuestión de la fertilización *post mortem* es el resuelto por la sala 3ª de la Cámara Civil y Comercial de Mendoza en el año 2011. El caso trataba de una mujer que solicitó ante los tribunales autorización para utilizar los gametos de su esposo prefallecido, en primera instancia se la denegaron porque el cónyuge no había renovado su consentimiento para la implantación aplicando el Proyecto de CCyCN antes de su sanción.

Las razones principales en las que fundó su rechazo la señora juez fueron: a) la supresión de los artículos 562 y 563 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil por la Comisión Bicameral en el año 2011, artículos que justamente regulaban los supuestos de gestación por sustitución y filiación *post mortem* ante los graves dilemas éticos y jurídicos que presentaban; b) que en el caso resultaba evidente la ausencia de consentimiento expreso del fallecido señor D. para la extracción de sus gametos y la utilización de los mismos mediante técnicas de reproducción asistida en vida o post mortem, y c) que el derecho a la procreación se encuentra limitado por el derecho de los demás, en el caso concreto el derecho del niño por nacer a tener una familia, constituida por un padre y una madre.

El caso fue apelado ante la Cámara Civil y Comercial de Mendoza, quien debió decidir si la fecundación *post mortem* podía o no ser realizada teniendo en cuenta el Código Civil vigente, la Constitución Nacional y las convenciones de derechos humanos. El tribunal señala que si bien comparte los fundamentos de la juez de primera instancia, como el Código Civil y Comercial unificado no estaba sancionado correspondía aplicar la máxima de que todo lo que no estaba prohibido estaba permitido y por lo tanto autorizaron a la actora a utilizar los gametos extraídos de su difunto esposo para su inseminación, a través de las prácticas de fecundación asistida que resulten necesarias conforme a la situación de la paciente, y mediante su consentimiento informado en los términos del artículo 7º, ley 26.862, toda vez que no existe ninguna regla de Derecho objetivo vigente que establezca una prohibición expresa en tal sentido. Y si ello es así, no cabe otra conclusión que la de que la práctica está permitida dado el principio general del Derecho que establece que lo que no está prohibido está permitido y las disposiciones del artículo 19, Constitución Nacional.

En definitiva la muerte es el hecho jurídico que causa, en el mismo instante en que se produce, la apertura legal de la sucesión de la persona fallecida y la transmisión de la herencia a los llamados a sucederle por la ley o el testamento (art. 2277, CCyCN). Este principio sucesorio tiene importancia en todo el Derecho hereditario, y fundamentalmente en el tema de la capacidad para suceder de los embriones no implantados. Entre otros motivos, porque a ese tiempo debe verificarse el requisito de la existencia del sucesor (art. 2424, CCyCN) y se determina su habilidad para suceder al causante (art. 2279, CCyCN), o sea que en ese momento hay que tener las condiciones necesarias para ser heredero.

Un caso extremo fue resuelto por el Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nº 87. Se trata del caso de una mujer que vivía en pareja con un hombre que falleció en el año 2011 con motivo de un accidente de tránsito, con el cual se encontraba haciendo estudios médicos para tratar de gestar un hijo por medio de un eventual procedimiento de procreación asistida.

A raíz del fallecimiento de su pareja, la mujer obtuvo autorización de un Juzgado Federal para la extracción de semen del cadáver, encontrándose los gametos al tiempo de iniciación de la presente acción crioconservados en un centro especializado.

En el caso, la actora reclama que se la autorice para la utilización del semen crioconservado de su pareja, por medio de un procedimiento de procreación asistida.

La juez afirmó que se estaba ante un caso de filiación *post mortem*, y que no existía norma alguna del Derecho vigente que regulara la petición de que se trata, adquiriendo en consecuencia preeminencia la norma del artículo 19 de la Constitución Nacional, según la cual ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Entre otras afirmaciones, señaló la juez que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos "han interpretado que el Derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar, siendo la posibilidad de procrear, una parte de ese derecho a fundar una familia, respetándose la autonomía reproductiva y permitiéndose el acceso a servicios de salud y tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho".

La magistrada afirmó asimismo que la decisión de tener hijos biológicos a través de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) forma parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar; que la decisión de ser o no ser madre o padre es parte de ese derecho a la vida privada y se relaciona con la autonomía reproductiva. Por lo que son vulnerados -sostuvo- si se obstaculizan los medios para que la mujer pueda ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

En realidad en el caso no existía ningún consentimiento informado del causante para ninguna técnica, ni siquiera

había realizado la dación de sus gametos ya que éstos fueron extraídos post mortem.

La extracción del semen cadavérico es rechazada por la generalidad de los autores que se han ocupado del tema, porque no hay autorización del hombre para que se proceda de ese modo con su cuerpo; se prescinde de su voluntad procreacional y se dispone de su semen, que es un bien de la personalidad porque genera vida humana y transmite el patrimonio genético de la persona de quien proviene; se manipula un cadáver sin que exista un interés público ligado a una investigación de la justicia, y finalmente sólo se tiende a satisfacer la ansiedad y deseo de una mujer, sin que se pueda descartar la eventual presencia de apetencias patrimoniales al crear un heredero apto para desplazar a otros, sin atender en ningún caso al interés del hijo que se quiere crear[26].

Nuestra jurisprudencia ha señalado que "Si el principio de la 'voluntad procreacional', manifestado en el consentimiento previo, libre e informado, ha sido incorporado a la legislación argentina como la base sobre la cual se estructura la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida; se hace imperativo resguardarlo, con miras a la seguridad jurídica de quienes recurren a ese sistema, evitando interpretaciones laxas sobre su existencia, como sería consagrar voluntades presuntas para después de la muerte o consentimientos por representación"[27].

De todos esos principios surge que después de la vigencia del Código Civil y Comercial el embrión no implantado, cuyo progenitor no hubiera renovado el consentimiento para su implantación no tendrá derechos sucesorios.

Cabe preguntarse por el valor a dar a un testamento que dispusiera que los embriones producidos por sus gametos sean transferidos a la mujer después de la muerte. Creemos que tal cláusula es inválida por aplicación del artículo 2466 del Código Civil, que dice que el contenido del testamento, su validez o nulidad se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador, y a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, son inválidas las cláusulas testamentarias que autoricen por un plazo determinado las técnicas de fertilización asistida post mortem. Por otro lado, no dejamos de advertir que ésta es una mera interpretación doctrinaria y que podría llegar a sostenerse que aunque el artículo 563 del Proyecto disponía la posibilidad de autorizar mediante testamento los embriones supernumerarios, se podría llegar a pensar que aun cuando no está expresamente permitido y el referido artículo se suprimió, de todas formas como no está expresamente prohibido, la técnica de fertilización post mortem podría ser realizada y podría interpretarse que la persona tendría derechos hereditarios si se aplicara con amplitud el artículo 2279 del Código Civil y Comercial.

No compartimos la anterior interpretación. Independientemente de que la ley que reglamente las técnicas de fecundación asistida considere ilícitas las técnicas de fecundación asistida *post mortem*, lo cierto es que la intención del legislador ha sido negar derechos hereditarios a los seres que nazcan de técnicas de reproducción asistida post mortem cuando el consentimiento para la implantación no fue dado expresamente por ambos progenitores.

Sin embargo, existiría la posibilidad de que el causante lo instituya como beneficiario de un fideicomiso testamentario, pues el artículo 1671 del Código Civil y Comercial autoriza a nombrar beneficiario a persona no existente a la fecha del contrato de fideicomiso, pudiendo adecuarse dicha norma al fideicomiso testamentario, conforme al sistema de la citada ley. El beneficiario de un fideicomiso testamentario técnicamente es un legatario de frutos o prestaciones periódicas, conforme al Derecho Sucesorio, y en este caso podría ser un futuro hijo del testador, no existente a la fecha de su muerte, siempre que el testador haga constar los datos que permitan su individualización futura (art. 1671)[28].

Tacharlas de ilícitas daría lugar a sanciones de tipo administrativo, penal y hasta civil, pero no soluciona el aspecto sucesorio, por ello correctamente el CCyCN opta por una de las soluciones posibles, que es negarles derechos hereditarios.

Distinta es la interpretación dada por el profesor Ferrer al tema. El maestro santafesino establece una diferencia según las distintas técnicas que se utilicen para lograr la concepción. Ferrer entiende que si la fecundación post mortem tiene lugar por fecundación asistida, el niño no tiene derecho sucesorio porque no estaba concebido al momento de la muerte. Por otra parte señala que si se trata de implantación de embriones crioconservados, sí la tiene porque la persona por nacer estaba concebida al momento del fallecimiento[29].

c) Mejora a favor de heredero con discapacidad[30], pág. 39

La mejora es uno de los institutos que más se prestan para la protección de los más débiles.

El sistema de legítima con distribución de porción forzosa y porción de libre distribución es el sistema castellano

de la mejora que fue recogido en el Código español y seguido por el Código colombiano, el Código chileno y el Código peruano de 1936.

Este sistema es el que tiene mayor aptitud para resolver el antagonismo entre la libertad de testar y la división forzosa de la herencia, y permite que el testador mejore a sus herederos forzosos que más lo necesitan.

En el Código Civil y Comercial unificado lo único que se acepta es la mejora en favor de las personas con discapacidad y su fundamento primordial es la protección de los descendientes y ascendientes con discapacidad.

Los padres de hijos con discapacidad tienen una preocupación constante, cual es la de determinar quién se va a ocupar de ellos después de la muerte de los progenitores, y fundamentalmente quién se va a ocupar de cubrir sus necesidades y administrar sus bienes, funciones que abnegadamente desempeñan los padres de hijos con discapacidad.

Para estos supuestos es útil el instituto del fideicomiso testamentario ya que sirve como herramienta eficaz para la tución de los más débiles. Pero si sólo se puede constituir un fideicomiso testamentario en la cuota de libre disposición, aun cuando la cuota de libre disposición se amplíe, tal herramienta se torna ineficaz, por ello el Código Civil y Comercial unificado estableció la mejora a favor de los herederos con discapacidad en el artículo 2448, que dice: "*Mejora a favor de heredero con discapacidad*. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

La mejora a favor del heredero con discapacidad constituye una novedad legislativa que incorpora la reforma, respondiendo al principio integral de asistencia y solidaridad entre los miembros de una familia al prever la posibilidad de que el causante pueda disponer de hasta un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a los descendientes con discapacidad. En los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, sancionado luego por la ley 26.994, además de ponderarse como "más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante" -esto con obvias referencias a la porción disponible de éste cuando tenga descendientes o ascendientes-, se dice que mediante la incorporación de este instituto "se amplía la porción disponible cuando existan herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país".

En el CCyCN tampoco se le otorga al cónyuge sobreviviente la mejora en caso de discapacidad, lo que resulta contradictorio con la protección necesaria que tiene que tener la discapacidad y con la solidaridad conyugal, por lo que se propone agregarlo en una próxima reforma, ya que si bien es cierto que podría alegarse que el supérstite ya goza de medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no es menos cierto que ellas alcanzan a todo cónyuge, independientemente de contar o no con una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goce de una protección podría alegarse también de los otros herederos legitimarios al asignárseles una porción legítima.

Creemos que este tipo de mejora debe ser ampliada a la persona que cuidó al causante en su última enfermedad, sacrificando para hacerlo sus posibilidades de desarrollo personal; ésta es una forma de reconocer las tareas de cuidado que siempre recaen sobre la mujer y que no se encuentran, ni remuneradas, ni reconocidas[\[31\]](#).

d) Derecho del cónyuge sobreviviente[\[32\]](#), pág. 41

Otro de los imperativos del Derecho Sucesorio actual es otorgar una mayor protección al cónyuge sobreviviente, que es en definitiva quien en la generalidad de los casos más lo necesita, ya que el mayor promedio de vida alcanzado en este momento hace que la expectativa de sobrevivencia sea muy alta, pero también es cierto que la vejez es muy cara y por ello resulta conveniente que el cónyuge, además de tener derecho a la mitad del patrimonio ganancial, en caso de comunidad tenga derecho a heredar el patrimonio que contribuyó a formar y que le va a permitir afrontar los gastos que aparea la ancianidad con mayor dignidad. Tal posición que era aceptada en el Proyecto de Código de 1998 no fue aceptada en el Código Civil y Comercial unificado.

6. El establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad y solidaridad, pág. 42

El Derecho de Sucesiones tiene que guardar un delicado equilibrio entre la solidaridad, la responsabilidad familiar y la autonomía de la voluntad, así por un lado se debe reconocer que el divorcio, fruto de la autonomía de la voluntad de cualquiera de los cónyuges, pone fin a la vocación hereditaria conyugal pero al mismo tiempo no se puede desproteger al cónyuge enfermo o al discapacitado después de la muerte de su excónyuge. A continuación analizaremos algunos casos en que se equilibra la autonomía de la voluntad con la solidaridad y la responsabilidad familiar en el Derecho Sucesorio.

a) El divorcio y la enfermedad preexistente grave que le impide autosustentarse, pág. 42

En el ámbito del Derecho de Familia se busca la desdramatización del juicio de divorcio y por ello se eliminan tanto las causales subjetivas como las causales objetivas para obtenerlo.

Algunas de las causas objetivas por las cuales en el Código Civil se podía obtener el divorcio sin necesidad de probar la culpa eran la drogadicción, el alcoholismo o las alteraciones de conducta grave de carácter permanente, previstas en el artículo 203. Si la separación se decretaba por esta causa quien la solicitaba debía hacerse cargo de todos los gastos para el tratamiento y recuperación del enfermo y esta obligación alimentaria se transmitía a los herederos como una carga de la sucesión.

En el Código Civil y Comercial unificado no hay divorcio por causales objetivas, con lo cual desaparece el divorcio previsto en el artículo 203 del Código Civil.

Para paliar el inmenso desamparo en el cual puede quedar el cónyuge enfermo tras el divorcio incausado el Código Civil y Comercial unificado prevé en el artículo 434 que las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: "a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse".

El artículo 434 sigue el antecedente del artículo 208 del Código Civil derogado que reguló los alimentos a favor del cónyuge enfermo^[33]. Y reedita la protección del cónyuge enfermo pero sobre bases diferentes de su antecedente ya que sólo se otorga en caso de enfermedad grave preexistente.

Señala Mariel Molina que "No cualquier enfermedad da lugar al derecho alimentario posterior al divorcio, sino que debe tener una entidad tal que le impida proveérsele recursos suficientes para mantenerse, conservar un nivel de vida digno y valerse por sí mismo; claramente estará en directa relación con la realidad social, cultural y económica de ese cónyuge. La falta de sustentabilidad propia podrá demostrarse por su imposibilidad de obtener recursos para cubrir sus necesidades de subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica correspondientes a su condición"^[34].

Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos. A diferencia de lo previsto en el artículo 208 del Código Civil, que establecía que el sostenimiento del cónyuge enfermo era una carga de la sucesión, en este caso la obligación de alimentos hacia el cónyuge que sufre una enfermedad grave preexistente al divorcio se transmite a los herederos como una obligación patrimonial y no como una carga.

Lo que ocurre es que un sector de la doctrina había^[35] criticado que se la considerara "carga", ya que las cargas en sentido estricto nacen luego de la muerte del causante, mientras que la deuda alimentaria prevista por el artículo 208 tenía su origen con anterioridad al fallecimiento. En realidad consideramos que el término "carga" no está tomado en el sentido técnico expuesto, sino como un cargo o prestación que deben cumplir los herederos, quienes deben prever cómo se ha de realizar la prestación, siguiendo a Fanzolato podemos decir que al hablar de "carga de la sucesión", el artículo 208 se refería a una "obligación inherente al patrimonio transmitido", y que al imponer la obligación de "prever" el modo de continuar cumpliéndola, era demostrativo de que en realidad se trata de una deuda patrimonial^[36].

b) La falta de reconocimiento de los hijos extramatrimoniales durante la menor edad, pág. 44

El reconocimiento de los hijos extramatrimoniales como acto jurídico ha sido conceptualizado como un acto voluntario. Pero no debe perderse de vista que la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del niño a reconocer su propia identidad. En tal orden de idea el reconocimiento no es una facultad sino un deber paterno y en aras de la responsabilidad que debe imperar en el Derecho de Familia quien no reconoce voluntariamente a su hijo durante la menor edad, no es digno de sucederle como heredero.

Eso está expresamente previsto en el Código de Vélez y en el Código Civil y Comercial en el artículo 2281, inciso f, que contempla como causal de indignidad: "...el padre extramatrimonial que no haya reconocido

voluntariamente al causante durante su menor edad".

c) La pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge[37], pág. 45

Paralelamente a un acrecentamiento del derecho del cónyuge supérstite se establecen causales de pérdida de la vocación hereditaria en los casos de divorcio, separación de hecho sin voluntad de unirse.

Así el artículo 2437 establece que "El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges".

La pérdida de la vocación hereditaria en la separación de hecho sin voluntad de unirse se impone porque no existe el fundamento que justifique la sucesión del cónyuge.

7. La protección de la empresa familiar, pág. 45

Si bien el nuevo Código no legisla especialmente a las "empresas familiares" contiene una serie de normas que permiten mejorar su marco legal para evitar conflictos, fortalecerlas y darles continuidad. Varias de estas normas se encuentran en el ámbito del Derecho Sucesorio.

Por un lado la empresa familiar se ve fortalecida con la disminución de la legítima porque le da al fundador de la empresa mayor margen para planificar su sucesión[38].

Por otro lado contribuye a dar solidez a la empresa familiar por medio de los pactos sobre herencia futura contenidos en el artículo 1010 del Código Civil y Comercial. La prohibición de los contratos sobre herencia futura estaba consagrada en el artículo 1175 del Código Civil. Ella estaba prevista también en todos los proyectos de reforma. El Código Civil y Comercial incorpora una excepción que no reconoce antecedentes en los proyectos nacionales precedentes.

Los pactos sobre herencia futura relacionados con las empresas familiares reconocen antecedentes en el Código Civil de Cataluña y en el Código Civil de Italia a partir de la reforma introducida en el año 2006.

El artículo 1010 concretamente dice: "La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa.

"Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

Señala Favier Dubois que "El texto atiende a la necesidad de facilitar la sucesión en la empresa familiar permitiendo al fundador transmitirla sólo a los herederos con vocación de continuar la empresa, excluyendo a los demás"[39]. Por otra parte contribuyen a fortalecer la empresa familiar:

- Los fideicomisos testamentarios.
- La posibilidad de imponer indivisión por 10 años y de pactarla (art. 2330).
- La imposibilidad de iniciar la acción de reducción después de los 10 años de efectuada la donación (art. 2459).
- La atribución preferencial (art. 2380).
- La posibilidad de que el testador designe al administrador de la sucesión (art. 2347).
- La licitación (art. 2372).
- Las normas sobre partición sucesoria, en cuanto tienen en cuenta la naturaleza y el destino de los bienes (art. 2377), establecen el principio de que debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de la empresa y admiten que se pueden atribuir lotes desiguales con pago a cuenta y garantía del saldo de precio hasta el 50%.

También es beneficiosa para la empresa familiar la atribución preferencial de otros bienes. Como de la propiedad o del derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad, y de los muebles existentes en él; del conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcerero cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del demandante o se contrata un nuevo arrendamiento con éste.

Cabe destacar como un apoyo a la continuidad de la empresa familiar la norma que establece que si la

atribución preferencial es por varios copartícipes que no acuerdan en que les sea asignada conjuntamente, el juez la debe decidir teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de su participación personal en la actividad.

8. Conclusión, pág. 47

1. La redacción del Código Civil y Comercial se ha realizado sobre la base de ciertos principios fundamentales: a) Su adecuación a la Constitución y a la eventual pertenencia a comunidades de integración; b) la recepción y regulación de los derechos humanos, de modo que los Códigos sigan siendo la fuente más próxima y efectiva de la protección de la persona; c) la protección de los débiles y el respeto de la autonomía de la voluntad en las relaciones entre sujetos con equivalente poder de negociación, y d) el establecimiento de un sistema equilibrado de responsabilidad y solidaridad.

2. En el ámbito del Derecho Sucesorio el Código Civil y Comercial, ley 26.994, busca concretar estos principios al:

- Ampliar la posibilidad de libre disposición de bienes mediante la reducción de las legítimas.
- Perfeccionar institutos que permiten una idónea protección de los incapaces y del cónyuge supérstite, como el fideicomiso testamentario y el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.
- Crear nuevos institutos como la mejora en favor de los herederos con discapacidad.
- Propugnar un respeto por los derechos de la personalidad espiritual protegiendo las disposiciones extrapatrimoniales realizadas en testamento.
- Consagrar los derechos hereditarios de la persona por nacer y perfeccionar los institutos que protegen sus derechos hereditarios desde la concepción.
- Dar una respuesta a la capacidad para suceder de las personas nacidas después de la muerte del causante por la utilización de embriones y gametos crioconservados.
- Simplificar y unificar el procedimiento sucesorio en la búsqueda de la eficacia, la seguridad y la rapidez de las transmisiones *mortis causa*.
- Proponer soluciones que dan seguridad al tráfico jurídico en relación con las donaciones sujetas a acción de reducción.
- Sancionar con la indignidad a quienes no reconocen voluntariamente a sus hijos durante la menor edad.
- Proteger la empresa familiar.

3. Los nuevos modelos de familias basados en el afecto y en la autonomía de la voluntad, como la unión convivencial y la paternidad por afinidad, no se ven reflejados en el Derecho de la sucesión legítima, quizás porque surgen de la autonomía de la voluntad y voluntariamente se puede testar en favor de los convivientes o de los hijos afines, dedicando a ellos la porción legítima.

Por nuestra parte creemos que en un futuro se puede pensar en la incorporación del conviviente y de los hijos por afinidad en un orden sucesorio especial, que no sea forzoso y que al menos desplace al Fisco, porque si el Derecho Sucesorio es dependiente del Derecho de Familia, no puede ignorar las nuevas formas familiares al momento de su regulación.

Por otro lado pensamos que la mejora legal prevista para el heredero con discapacidad debe ser ampliada al cónyuge sobreviviente y a la persona que cuidó al causante en su última enfermedad, sacrificando para hacerlo sus posibilidades de desarrollo personal, como forma de valorizar y visibilizar las tareas de cuidado que siempre recaen sobre la mujer y que no se encuentran ni remuneradas, ni reconocidas.

[1] Principios generales del Código Civil y Comercial: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, Consideraciones filosófico-jurídicas en torno del Título Preliminar del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 23-53; Teoría del Derecho, 3ª ed. correg., aument. y act. con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, decreto 191/2011, Ábaco, Buenos Aires, 2013; BARBAROSCH, Eduardo, La interpretación en el Proyecto de Código, en L. L. del 13-12-2012, p. 1; L. L. 2012F-1304; PERRACHIONE, Mario C., Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en D. J. del 6-3-2013, p. 97; ESBORRAZ, David Fabio, La referencia a los "principios y valores jurídicos" en el Código Civil y Comercial, en <http://w>

ww.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/La-referencia-a-lo-Principios-y-valores-juridicos-en-el-codigo-civily-comercial-Por-David-Fabio-Esborraz.pdf, febrero de 2014; LÓPEZ AUFRANC, Patricia y PALUSZKIEWICZ, María Claudia, ¿El nuevo Código incorpora modificaciones a los principios generales del Derecho Civil y Comercial?, en <http://www.marval.com.ar/publicacion/?id=11862>, octubre de 2014; LEZCANO, Juan Manuel, Los principios jurídicos en el nuevo Código Civil y Comercial, en D. J. del 20-5-2015, p. 7.

- [2] Constitucionalización del Derecho Privado: RIVERA, Julio César, La constitucionalización del Derecho Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación cit.; BASTERRA, Marcela I., Constitucionalización del Derecho Privado. Algunos aspectos constitucionales del Proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación cit.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Estado constitucional de Derecho y Código Civil y Comercial, en L. L. del 7-8-2012, N° V, p. 2, y La estructura constitucional del Proyecto de Código unificado, en L. L. 2012-D-574 a 578; Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Buenos Aires, vol. 2012-10; ALEGRE, Marcelo, A propósito de la reforma del Código Civil. Duguit y la constitucionalización del Derecho Privado, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/a-proposito-de-la-reforma-al-codigo-civil.pdf>; DALLA VIA, Alberto Ricardo, Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial, en AR/DOC/1098/2014; L. L. del 22-4-2014, p. 1; L. L. 2014-B-913; PÉREZ, Agustina, Constitucionalización del Derecho Privado y principales avances en materia de familias, niñez y adolescencia en el nuevo Código Civil y Comercial, en Rubinzal Online, RC D 1066/2014.
- [3] GRIMALDI, Michel, Droit Civil Successions, cinquième édition, Litec, p. 6.
- [4] FLOUR, Jacques y SOULEAU, Henri, Les Successions, Paris, 1991, p. 5.
- [5] SOLARI, Néstor E., La vocación sucesoria ab intestato y las nuevas formas de familia, en DFyP 2012 (noviembre), p. 161, La Ley, Buenos Aires; IGLESIAS, Mariana B., Los derechos sucesorios del conviviente, en RDF N° 60, 2013, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 221; KRASNOW, Adriana N., Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en J. A. del 19-11-2014, p. 3; J. A. 2014-IV; TALLANO, Laura S. y NEGRETTI, Carola I., El estado de familia y la unión convivencial: ¿se enlazan jurídicamente?, en RDF N° 67, noviembre de 2014, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 7; ORLANDI, Olga E., Exclusión de la vocación hereditaria y uniones convivenciales, en AP/DOC/65/2015; RDF N° 68, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 245.
- [6] GRIMALDI, Droit Civil Successions cit., p. 11.
- [7] Con estas normas se intenta dar protección a la empresa familiar, que, por la división forzosa de los bienes, muchas veces no pasa a la segunda generación, produciendo un gran perjuicio económico por la desaparición de la fuente de trabajo.
- [8] FERRER, Francisco A. M., Funciones, fundamentos y contenidos actuales del testamento, en J. A. del 7-7-99, éste es por otra parte el criterio predominante en la doctrina francesa, italiana y española; FLOUR, Souleau, Les libéralités, Paris, 1982, N° 234 y 235; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, Derecho de Sucesiones, Barcelona, 1981, N° 183.
- [9] MAZEAUD, Henri y Leon; MAZEAUD, Jean y CHABAS, Francois, Leçons de Droit Civil, 5ª ed., Montchrestien, tome IV, deuxième volume, Successions. Libéralités, p. 320.
- [10] Los ejemplos son dados por FERRER, Funciones, fundamentos y contenidos actuales del testamento cit.
- [11] Citado por LÓPEZ CABANA, Roberto M., La porción disponible del causante con hijos, en Sucesiones, libro de homenaje a la Dra. Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 186.
- [12] Novenas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983, Comisión N° 6, punto II, en El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años; LÓPEZ CABANA, La porción disponible del causante con hijos cit., p. 186.

-
- [13] La incorporación de la mejora como forma de flexibilización de la legítima ha sido defendida por numerosos autores, entre ellos, PÉREZ LASALA, José Luis, Tratado de Derecho de las Sucesiones, vol. II, Parte especial, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 746; LÓPEZ CABANA, La porción disponible del causante con hijos cit., p. 186; ALTERINI, Atilio, ponencia presentada en las Novenas Jornadas de Derecho Civil celebradas en Mar del Plata en 1983.
- [14] GARCÍA GOYENA, citado por PÉREZ LASALA, ob. cit., t. II, p. 750.
- [15] COSTA, Joaquín, La libertad de testar y las legítimas, Madrid, 1983, p. 522.
- [16] PÉREZ LASALA, José Luis, Derecho de Sucesiones, t. II, p. 750.
- [17] Fideicomiso testamentario: KIPER, Claudio Marcelo, Fideicomiso en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2012-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 355; KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKI, Silvio V., Fideicomiso testamentario en el Código Civil y Comercial, en L. L. del 3-2-2015, p. 1; L. L. 2015-A-778; ORTELLI, Ana, El fideicomiso testamentario, en LEFFERRIERE, Jorge Nicolás (colab.) et al., Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012; MERLO, Leandro Martín y BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, El fideicomiso testamentario. Como herramienta de planificación sucesoria. Marco legal vigente y proyectado, en DFyP 2013 (julio), p. 91, La Ley, Buenos Aires; BIELSA ROS, José María, La legítima y el fideicomiso testamentario, en DFyP 2013 (junio), p. 127, La Ley, Buenos Aires; LISOPRAWISKI, Silvio V., Fideicomiso en el Código Civil y Comercial, en Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), p. 510.
- [18] LAMBOIS, Susana, El fideicomiso y la legítima, en J. A. del 12-8-98, p. 36.
- [19] FERRER, Francisco A. M., Personas que pueden suceder al causante, en L. L. del 13-3-2015, p. 1; DFyP 2015 (abril), del 6-4-2015, p. 91, La Ley, Buenos Aires; AR/DOC/685/2015, y La fecundación "post mortem", en L. L. del 9-10-2018, p. 1; AR/DOC/2042/2018.
- [20] INIESTA DELGADO, Juan J., voz Fecundación "post mortem", en la obra de ROMEO CASABONA, Carlos M., Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, Comares, Granada, 2011, t. I, ps. 869 y ss. En Francia desde que se regularon las técnicas de procreación médicamente asistida en 1994, se prohibió su aplicación post mortem, exigiendo que ambos miembros de la pareja heterosexual se encuentren vivos al momento de practicarse la técnica, prohibición que se reiteró en la reforma de 2004 y en la última de 2011 (arts. 311-20,3 del Código Civil y 2141-2 del Código de la Salud Pública). Además, se mantiene la regla de que las técnicas procreativas sólo tienen por objeto remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja de una enfermedad de particular gravedad, según la misma norma (art. L-2142-2).
- [21] El Código de la Salud Pública francés exige expresamente que ambos usuarios de las técnicas de procreación asistida deben estar vivos, en edad de procrear y consentir previamente la transferencia de embrión o la inseminación artificial, estableciendo a la vez que las técnicas procreativas sólo tienen por objeto remediar la infertilidad de una pareja o evitar la transmisión al niño o a un miembro de la pareja, de una enfermedad de particular gravedad, dispone la misma norma (art. L-2142-2).
- [22] BORDA, Guillermo, Observaciones al Proyecto de nuevo Código Civil, en E. D. del 2-6-90.
- [23] Trib.Fam. N° 3 de Morón, 21-11-2011, "G., A. P.", Abeledo-Perrot N° AP/JUR/ 289/2011
- [24] ZARINI, Helio Juan, Constitución argentina. Comentada y concordada, Astrea, Buenos Aires.
- [25] El fallo F del Tribunal de Familia N° 3 de Morón, 21-11-2011, "G., A. P.", fue comentado por las alumnas DE LA TORRE, Natalia y UMAN, Nadia, Fecundación "post mortem", consentimiento presunto del marido y principio de legalidad, en RDF 2012-III-122, sec. Jurisprudencia anotada.
- [26] SANTOSUOSSO, F., La fecondazione artificiale umana, ps. 101-102; MILAN, Aspetti giuridici della procreazione assistita, ps. 195-196; D'ADDINO SERRAVA-LLE, Paola, Ingegneria genetica e

valutazione del giurista, *Scientifiche Italiane*, Napoli, ps. 50-52; GRASSI, Silverio, *I nascituri concepti e i concepti artificiali*, Giappichelli, Torino, 1995, N° 63; LENTI, Leonardo, *La procreazione artificiali. Genoma della persona e attribuzione della paternità*, Cedam, Padova, 1993, ps. 276-279; LLEDÓ YAGÜE, Francisco, comentario al art. 9º, ley 14 de 2006, en la obra LLEDÓ YAGÜE y OCHOA MARIETA, *Comentarios científicos jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid, 2007, ps. 130 y 132, citados por FERRER, Francisco A. M., *La fecundación "post mortem"*, en L. L. del 9-10-2018, p. 1; AR/DOC/2042/2018.

- [27] CNCiv., sala B, 3-4-2018, "D., M. H. y otros s/Autorización", AR/JUR/12809/ 2018: Un hombre que debía someterse a un tratamiento de quimioterapia que podía producirle esterilidad procedió a la extracción de una muestra de sus gametos para que su conviviente pudiera realizar un tratamiento de fertilización asistida. En el formulario de depósito de gametos, el padre de aquél firmó el contrato invocando ser su tutor. Luego del fallecimiento del paciente, sus padres y la conviviente solicitaron autorización judicial para que se llevara a cabo el procedimiento de fecundación post mortem. La sentencia no le hizo lugar. La Cámara la confirmó. El fallo fue comentado por LAFFERRIERE, Jorge, *La fecundación "post mortem" en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial*, y YUBA, Gabriela, *Fertilización asistida "post mortem". Sobre los derechos personalísimos y la dignidad*.
- [28] FERRER, *Personas que pueden suceder al causante cit.*, p. 91; *La fecundación "post mortem" cit.*
- [29] FERRER, *Personas que pueden suceder al causante cit.*, p. 91; *La fecundación "post mortem" cit.* Cuando fallece el hombre sin que se hayan utilizado todavía sus gametos, pueden éstos destruirse o donarse; pues en ellos no existe vida humana. Por el contrario, si fallece después de que los médicos especialistas lograron en probeta la fusión in vitro del espermatozoide con el óvulo, ya tenemos el comienzo de un nuevo ser humano. La circunstancia de que el embrión se encuentre crioconservado, no implantado, no le quita su condición humana. La aplicación post mortem de las técnicas médicas de reproducción humana asistida presenta dos supuestos distintos: la utilización de gametos y la transferencia de embriones, puesto que ambos no tienen la misma naturaleza biológica: en los embriones ya existe el principio de una persona humana, que falta en los gametos. En los espermatozoides y en los óvulos, considerados en su singularidad y separadamente, no hay vida humana, la cual sólo comienza a existir una vez que se fusionan, por lo tanto la solución debe ser diferente.
- [30] MILLÁN, Fernando, *El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad*, en DFyP 2012 (julio), p. 245, *La Ley*, Buenos Aires; MERLO, Leandro Martín, *La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, en DFyP 2012 (julio), p. 253, *La Ley*, Buenos Aires; FERRER, Francisco A. M., *Discapacidad y Derecho Sucesorio en el Proyecto de Código*, en L. L. del 25-10-2012, p. 1; L. L. 2012-F-775; BOJANICH, Oscar Daniel, *Personas con discapacidad y Derecho Sucesorio en el Código Civil y Comercial 2012*, en DFyP 2012 (octubre), p. 150, *La Ley*, Buenos Aires; ROLLERI, Gabriel G. y OLMO, Juan Pablo, *Beneficiarios de la mejora a favor del heredero con discapacidad*, en DFyP 2014 (enero), p. 115, *La Ley*, Buenos Aires; ORLANDI, Olga E., *Vulnerabilidad y Derecho Sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad. Doctrina*, Infojus, Buenos Aires, disponible en www.infojus.gov.ar, del 15-7-2015; Id. Infojus: DACF150400.
- [31] En la Primera Encuesta Bienal de las Familias de la Ciudad de Buenos Aires 2017, realizada por el Equipo del Observatorio de Familia juntamente con el Observatorio de la Deuda Social de la UCA, se demuestra que el cuidado de los adultos mayores recae en mujeres, hijas o hermanas.
- [32] *Bibliografía especial*: POVIÑA, *Sucesión de los cónyuges y de los parientes colaterales*, Buenos Aires, 1973, p. 219, N° 204; SALAS, *Derecho sucesorio del cónyuge*, en J. A. 52-974; RODRÍGUEZ LARRETA, *Derechos hereditarios de la mujer casada*, Buenos Aires, 1892; ZANNONI, *Sucesión del cónyuge*, en L. L. 134-1176; BOSPAGE, *Les droits des conjoints survivants dans les-successions ab intestad*, Rouen, 1939; LE BRETON, *Les principes de la dévolution successorale*, Toulouse, 1932; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, *Separación personal y divorcio vincular en el nuevo régimen legal*, en L. L. 1987-D-1008; CATAPANO, Ricardo y HELUANI DE GILI, Margarita, *Reflexiones acerca de la*

conurrencia del cónyuge supérstite y descendientes (art. 3576 del Código Civil), en L. L. 1988-D-1072; VAZ FERREIRA, Eduardo, Derechos sucesorios del cónyuge en legislación comparada, en L. L. 1981-C-977; UGARTE, Luis A., Disolución y liquidación de la sociedad conyugal por causa de muerte en un caso de bigamia, en L. L. 1990-B-134; MAFFÍA, Jorge, Bigamia y vocación sucesoria, en J. A. 1977-III-115; GUASTAVINO, Elías, Sucesión en caso de bigamia, en J. A. 1961-IV-232.

- [33] PITRAU, Osvaldo Felipe, Alimentos y prestaciones compensatorias en el Proyecto 2012, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2012-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 539; OTERO, Mariano C., Los alimentos en el Proyecto, en L. L. del 17-7-2012, p. 1; L. L. 2012-D-995; SOLARI, Néstor E. y BELLUSCIO, Claudio A., Los alimentos en el Proyecto de Código, en L. L. del 16-8-2012, p. 1; L. L. 2012-E-703; MAZZINGHI, Jorge A. M., El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia, en L. L. del 24-4-2015, p. 1; L. L. 2015-B-1077; GUAHNON, Silvia V., Juicio de alimentos en el Código Civil y Comercial, en L. L. del 25-3-2015, p. 1; L. L. 2015-B-758.
- [34] MOLINA, Mariel, en Tratado de Derecho de Familia, dir. por Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, p. 224.
- [35] BOSSERT, Gustavo, Régimen jurídico de los alimentos, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 110.
- [36] FANZOLATO, comentario al art. 208, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), Código Civil y normas complementarias, t. 1B, p. 179.
- [37] CASTRO, Verónica A., La separación de hecho como causal de exclusión hereditaria del cónyuge supérstite, en DFyP 2014 (julio), p. 129, La Ley, Buenos Aires; UGARTE, Luis A., Separación de hecho entre cónyuges y exclusión hereditaria, en RDF 2014-II-56; ROLLERI, Gabriel G., Exclusión de la vocación hereditaria conyugal por separación de hecho en el nuevo Código Civil, en RDF N° 68, del 16-3-2015, La Ley, Buenos Aires, p. 233; GUGLIELMINO, Adriana del Carmen, La posesión hereditaria. Cónyuge separado de hecho, en DFyP 2015 (marzo), p. 69, La Ley, Buenos Aires; GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban Matías, Exclusión del cónyuge supérstite. Su regulación en el Código Civil y en el Código Civil y Comercial (ley 26.994), en RC D 387/2015; RUSSO, Federico, Exclusión de la vocación hereditaria y divorcio incausado, en RDF N° 68, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 267.
- [38] La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial, en Temas de Derecho Comercial, Errepar, Buenos Aires, febrero de 2015, año I, p. 51.
- [39] FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., La empresa familiar frente al nuevo Código Civil y Comercial, en Temas de Derecho Comercial, Errepar, Buenos Aires, febrero de 2015, año I, p. 51.