

Ausencia de la familia ensamblada o recompuesta en el derecho sucesorio. Asimetría con su regulación en las relaciones de familia

por FRANCISCO A. M. FERRER^(*)

Sumario: 1. EVOLUCIÓN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA VOCACIÓN SUCESORIA HACIA LA SOLIDARIDAD Y LA AFECTIVIDAD. — 2. FAMILIAS ENSAMBLADAS O RECOMPUESTAS. — 3. REGULACIÓN LEGAL. — 4. ASIMETRÍA EN LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. — 5. CRITERIO PREDOMINANTE EN LA DOCTRINA. — 6. LA CUESTIÓN BAJO EL DERECHO VIGENTE: ¿PUEDEN LOS JUECES CREAR VOCACIÓN SUCESORIA A FAVOR DEL HIJO/HIJA AFÍN? — 7. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR.

1. Evolución de los fundamentos de la vocación sucesoria hacia la solidaridad y la afectividad

En nuestro derecho hasta la actualidad se ha interpretado que la enumeración de los parientes y del cónyuge superviviente designados por la ley como herederos intestados constituye un número clausus, un elenco taxativo, y a falta de éstos los bienes del causante corresponden al Fisco. El derecho estatal a la sucesión vacante impide la extensión por analogía de los casos de vocaciones hereditarias legales. La taxatividad de la enumeración legal de los parientes beneficiarios de la herencia, y la imposibilidad de ampliarla en perjuicio del derecho estatal a las sucesiones vacantes, ha sido el argumento válido y suficiente para negar el derecho del hijo afín (el “hijastro”) a la sucesión de su padre afín (“el padrastro”)⁽¹⁾, o a la hija adoptiva simple a heredar al hermano de su madre adoptiva prefallada, en razón de que la ley en este tipo de adopción no reconoce vínculo parental del adoptado con los familiares del adoptante, por lo cual no existe derecho a heredarlos⁽²⁾.

Pero en el ambiente social y jurídico se está produciendo un cambio. En las últimas décadas se viene produciendo una evolución transformadora de los conceptos tradicionales. Las trascendentes reformas radicalmente innovadoras acaecidas en el derecho de familia en los últimos años han tenido innegable repercusión en el derecho sucesorio, y han determinado una reflexión actualizada sobre los basamentos de la vocación sucesoria intestada⁽³⁾.

El tradicional fundamento de la sucesión *ab intestato* o legal, desde el Corpus Juris de Justiniano, ha sido el vínculo consanguíneo (descendientes, ascendientes y colate-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Breves consideraciones acerca de la calidad de heredero*, por OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ, ED, 195-223; *La legítima conferida a la nuera viuda, sin hijos, es discriminatoria e inconstitucional (Un aporte a las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil)*, por OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ, ED, 234-743; *Legítima, porción disponible y legado de usufructo*, por OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ, ED, 239-219; *Los plazos en el derecho sucesorio. Necesidad de reforma legislativa*, por MARÍA ELISA PETRELLI, EDFA, 18/-19; *Reducción de la legítima: ¿la devaluación de la solidaridad familiar por causa de muerte? Comentario al proyecto de reforma que reúne los expedientes 2776-D-10, 4639-D-10 y 834-D-1*, por URSULA BASSET, EDFA, 18/-17; *La legítima y las donaciones en el derecho vigente y proyectado*, por MARÍA MARTA L. HERRERA y HORACIO LORENZO PEDRO HERRERA, ED, 251-616; *La legítima en la reforma*, por AGUSTÍN SOJO, cita digital ED-DCCLXXIV-983; *Flexibilización de la legítima: aciertos, desaciertos, constitucionalidad del sistema*, por FRANCISCO A. M. FERRER, ED, 289 -1210; *Orden público, autonomía de la voluntad, y la contractualización del derecho sucesorio*, por FERNANDO H. CASTRO MITAROTONDA, ED, 293 -837; *La investidura de la calidad de heredero en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por FERNANDO H. CASTRO MITAROTONDA, ED, 300 -1046. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado. Doctor en Derecho; ex titular ordinario de Derecho Sucesorio en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL; Miembro fundador de la Academia Internacional de Derecho Sucesorio; Director del Posgrado de Derecho Sucesorio (FCJS, UNL).

(1) Así: Guastavino, Elías P., “El hijastro en la sucesión del padrastro”, La Ley 142-305.

(2) Caso resuelto por el STJ Río Negro, 25/5/2019, La Ley 5/8/2019, AR/JUR/20632/2019, con comentario crítico de Ferrer, Francisco A. M. y Gutiérrez Dalla Fontana, Esteban, en Revista Código Civil y Comercial, n° 1, febrero 2020.

(3) Comenzamos a tratar estos temas en nuestros trabajos: “Solidaridad y vínculo afectivo como fuente de la vocación sucesoria”, en revista Código Civil y Comercial, n° 11, diciembre de 2019, p. 63 y ss.; y en “Algunos aspectos de la transmisión sucesoria ante los nuevos tiempos”, n° 5, en la obra Pérez Gallardo, Leonardo (coord.), *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, p. 87 y ss. También nuestro *Tratado de sucesiones*, Rubinzal Culzoni Ed., Bs. As. - Sta. Fe, 2022, t. I, n° 122 y ss.

rales) y el vínculo jurídico (matrimonio y adopción). Hoy la evolución transformadora postula erigir a la solidaridad familiar y a la relación afectiva en una tercera fuente de la vocación sucesoria legal o intestada, junto a sus basamentos históricos, y la novedad es que esa solidaridad y ese lazo afectivo no se presumen a partir de un vínculo jurídico o de un parentesco consanguíneo, sino por la misma y sola circunstancia de la comunidad de vida, que genera esa afectividad interpersonal, solidaridad y asistencia entre sus integrantes, que no son parientes ni cónyuges.

Esta nueva concepción conduce a dos consecuencias prácticas que nos interesa destacar: en primer lugar, a que se contemple a la convivencia fáctica de dos personas unidas afectiva y solidariamente, como fuente de su vocación sucesoria recíproca, reuniendo determinadas condiciones o requisitos; y, en segundo término, a que se reconozca en la familia ensamblada la vocación hereditaria a favor del hijo/hija afín con respecto a su padre/madre afín. Nos referiremos, en este breve trabajo, a la protección sucesoria en la familia reconstituida o ensamblada.

Un factor de esta evolución ha sido el impulso de la idea de solidaridad en el derecho de familia y sucesiones, que en nuestro país ha motorizado la intensa prédica del profesor Marcos M. Córdoba, que concibe a la solidaridad como principio general del derecho⁽⁴⁾. En esta línea, Graciela Medina y Gabriel Rolleri enseñan que la solidaridad familiar es el fundamento último y más importante del derecho de sucesiones⁽⁵⁾.

Esta nueva noción de los fundamentos de la vocación hereditaria intestada, y la realidad de la evolución sociológica que ha determinado el reconocimiento legal de la familia ensamblada o reconstituida como un nuevo modelo familiar, ha provocado el movimiento doctrinario que con sólidos argumentos sostiene la necesidad de que el legislador admita bajo ciertas condiciones la vocación sucesoria en las relaciones filiales afines.

2. Familias ensambladas o recompuestas

Entra en juego, en consecuencia, el parentesco afín, generado en las familias recompuestas o ensambladas, desde que, como dijimos, constituyen un nuevo modelo de familia en el cual uno o ambos miembros de la pareja de hecho o matrimonial provienen de una unión anterior, y traen hijos de esa anterior unión. Esta nueva formación familiar constituye un fenómeno social que se ha expandido notoriamente por la magnitud creciente de las rupturas matrimoniales⁽⁶⁾, y es una de las diversas formaciones familiares aceptadas por la sociedad, merecedora de tutela jurídica, incluyendo la sucesoria.

Cabe plantearnos, entonces, la situación del hijo/hija afín en la sucesión del padre/madre afín, que el operador jurídico debe analizar desde la visión actual de los fundamentos de la sucesión *ab intestato*, que se centran en las relaciones afectivas, solidarias y asistenciales, presumidas sobre la base de la comunidad de vida, porque el derecho hereditario es una vía para brindar asistencia económica a los miembros del entorno familiar más próximo.

3. Regulación legal

El Código Civil y Comercial argentino ha receptado la figura en varios aspectos:

(4) Córdoba, Marcos M., entre otros trabajos suyos: “La solidaridad jurídica”, La Ley, ejemplar del 16/X/2019, y “La solidaridad es un principio aún no positivizado en el Derecho argentino”, La Ley Online AR/DOC/4254/2016; Laje, Alejandro, “Solidaridad y dignidad de la persona”, La Ley, ejemplar del 16/X/2019.

(5) Medina-Roller, “Derecho de las sucesiones”, cit., pp. 6/7.

(6) Hace más de veinte años ya se hacía mérito del crecimiento notable de las familias ensambladas como consecuencia del aumento de la tasa de divorcialidad, y se estudiaba con detalle su funcionamiento: Grosman, C. - Martínez Alcorta, I., “Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada. Roles, responsabilidad del padre o madre afín (padrastro/madrastra) y los derechos del niño”, JA 1995-III-874. También, de las mismas autoras: *Familias ensambladas*, Ed. Universidad, Bs. As., 2000.

1) En relación al progenitor afín, se le impone el deber de colaborar en la crianza y educación de los hijos del otro, y se lo faculta a realizar actos en la vida cotidiana de estos niños, y adoptar decisiones en casos de urgencia (art. 673).

2) El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando está impedido de ejercer la función, y el otro progenitor también está impedido o no fuera conveniente, requiriendo esta delegación homologación judicial (art. 674).

3) En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto, prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental (art. 675).

4) El cónyuge o conviviente tiene obligación alimentaria subsidiaria respecto de los hijos del otro (art. 676), y, además, dispone el art. 455 que “Los cónyuges deben contribuir a su propio sustento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose computar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”. Y este deber de contribución de un cónyuge para con los hijos del otro se aplica también a las uniones convivenciales (art. 520 CCC).

5) Se ha previsto la llamada “adopción de integración”, que mantiene, en principio, el vínculo filiatorio entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. Puede ser otorgada en forma plena o simple, según las circunstancias singulares del caso, y siempre en interés del adoptado. Es revocable. Sea la adopción simple o plena (arts. 630/633).

Con esta regulación social y jurídicamente, ya carece de trascendencia distinguir si la nueva familia se ha originado en un matrimonio o en una unión de hecho, lo cual ya era admitido con mucha anterioridad por la doctrina⁽⁷⁾.

Los diversos efectos atribuidos al progenitor afín y la posibilidad de la adopción de integración se admiten, sin duda, como consecuencia de la comunidad de vida, de la solidaridad y de los vínculos afectivos consolidados creados por esa convivencia.

4. Asimetría en la regulación del Código Civil y Comercial

Reconociendo estos fundamentos, no se tuvo en cuenta, sin embargo, la lógica proyección de los mismos al ámbito del derecho sucesorio. Por lo cual, asoma una asimetría en el Código Civil y Comercial, pues, por un lado, reconoce y regula en el Libro II sobre “Relaciones de Familia”, a la familia ensamblada o recompuesta, atribuyendo derechos y deberes a sus miembros, y, por otro, la ignora en el Libro V sobre “Transmisión de derechos por causa de muerte”. La necesaria interrelación y correspondencia que existe entre el derecho de familia y el derecho sucesorio requiere que éste deba tomar en cuenta al modelo de familia reconstituida⁽⁸⁾.

Todas las familias merecen protección, pues el mandato constitucional de proteger integralmente a la familia no distingue. Se impone la aplicación de los principios de la

(7) Conf. Grosman, C. - Martínez Alcorta, I., “Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la familia ensamblada”, cit., n° II-a), JA 1995-III-874; Pérez Gallardo, Leonardo B., Derecho de sucesiones en América Latina, Ediciones Oleinik, Santiago (Chile), 2017, p. 387. Sin embargo, la cuestión es discutida en el derecho comparado, ver antecedentes en Damon, Julien, *Les familles recomposées*, Presses Universitaires de France, París, 2013.

(8) Observa la profesora uruguaya Beatriz Ramos Cabanellas que “la conexión ineludible del derecho hereditario con el derecho de familia hace que algunos de los cambios que se producen en este último influyan inexorablemente en las reglas de la sucesión *mortis causa*” [Los cambios en la “grave y trascendental materia de sucesiones”, n° 5.7, en la obra Pérez Gallardo, Leonardo (coord.), *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, p. 548].

igualdad y la equidad. Si las familias ensambladas constituyen familias cuando son objeto de regulación legal las relaciones familiares que generan, entonces no se comprende que no se las contemple en el orden de las relaciones sucesorias intestadas, que se sustenta precisamente en el orden jurídico de las relaciones familiares⁽⁹⁾.

5. Criterio predominante en la doctrina

La vocación hereditaria intestada entre los progenitores y los hijos afines no fue objeto de atención por el legislador, no obstante que ya era una preocupación que manifestaba la doctrina argentina. En las IV Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia, Minoridad y Sucesiones celebradas en Morón en noviembre de 1995, la Comisión n° 3 que trató el tema de las familias ensambladas concluyó: “Se sugiere la necesidad de estudiar el derecho sucesorio del hijo afín como del padre o madre afín modificándose en consecuencia el orden sucesorio”⁽¹⁰⁾. En el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza en septiembre de 1998, se propuso la creación de un nuevo orden sucesorio entre el cónyuge o conviviente y los hijos del otro (Comisión n° 4, Diversas formas familiares, II)⁽¹¹⁾. Coincidimos con esta postulación, porque su concreción importará cumplir el mandato constitucional de proteger integralmente a la familia (art. 14 bis, 3° párr., Constitución Nacional argentina), y se dará satisfacción a justos requerimientos y aspiraciones de los integrantes de estas uniones, según oportunamente lo puso de manifiesto la recordada y notable jurista Cecilia Grosman⁽¹²⁾.

Si, como sostiene la doctrina, el llamado legal a recibir la herencia a favor de los parientes consanguíneos se funda en razones de solidaridad familiar, en deberes de asistencia y en una presunción de afectos⁽¹³⁾, y si la sucesión legítima tiende a proteger el orden natural o regular de los afectos humanos⁽¹⁴⁾, entonces nos parece que resulta indiscutible que ese “orden regular de los afectos humanos” se encuentra también entre los padres, madres y los hijos afines, por la comunidad de vida que los ha unido y en virtud de la cual han construido su relación de afectividad, solidaridad y asistencia recíproca que justifica, a nuestro parecer, la atribución de la vocación sucesoria *ab intestato*.

Si el padre o madre afín con todo afecto y dedicación ha criado, educado, asistido y alimentado desde pequeño al hijo de su actual esposa/esposo o compañera/compañero, con quien ha convivido armónicamente por un lapso prolongado de años, ¿no es posible y justo presumir que se ha conformado un consistente vínculo afectivo arraigado en la comunidad de vida que justifica la vocación hereditaria *ab intestato* de ese hijastro/hijastra en la sucesión de su padre o madre afín, reconociéndole, incluso, un derecho legitimario?⁽¹⁵⁾

(9) Conf. Solari, Néstor E., “La vocación sucesoria *ab intestato* y las nuevas formas de familia”, Rev. Der. de Familia y de las Personas, noviembre de 2012, p. 161 y ss.

(10) JA 1996-I-953.

(11) JA 1999-I-1032/1033; y en Kemelmajer de Carlucci, A. (Coord.), *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, cit., t. III, pp. 304/306. En el mismo sentido: Arias de Ronchietto, Catalina, *La adopción*, Abeledo Perrot, 1997, cap. XIII-D.

(12) Grosman, Cecilia, Las familias monoparentales y las familias ensambladas en el Mercosur y países asociados, en Grosman (dir.) - Herrera (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, pp. 121/122, y “La familia ensamblada. Normas e interrogantes”, n° 14.2, en Rev. de Der. Privado y Comunitario 2016-I-11.

(13) Puig Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 3ra. ed., 1990, t. V-3°, p. 290.

(14) García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, 1974, t. I, p. 390; Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral, Derecho de sucesiones*, Reus, 9na. ed., Madrid, 2015, t. VI-2°, p. 608; Bonet Ramón, Francisco, *Compendio de derecho civil. Derecho de sucesiones*, Editorial Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1965, t. V, p. 715; Polacco, Vittorio, *De las sucesiones*, trad. de S. Sentís Melendo, EJE, Bs. As., 1950, t. I, pp. 35/36.

(15) De acuerdo: Leonardo B. Pérez Gallardo, que ha tratado el tema en varios trabajos: *Derecho de sucesiones en América Latina*, Ediciones Oleinik, Santiago (Chile), 2017, pp. 385/387; “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión *ab intestato*, ¿una ecuación lineal?”, en Rev. Der. de Fam. y de las Personas, agosto de 2011, n° 7, p. 163 y ss., y “Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ‘*ab intestato*’... en pos de superar trazos hematológicos”, n° 4, en Rev. Derecho Privado y Comunitario 2019-I-11 y ss. También Vaquer Aloy, Antoni, “Cuatro reformas para un derecho de sucesiones en el siglo XXI”, n° 3, 3.1 y 3.2, en la obra Pérez Gallardo, Leonardo, *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, p. 67 y ss.; y nuestros trabajos: “Solidaridad y vínculo

Ya a comienzos de este siglo, María Josefa Méndez Costa⁽¹⁶⁾ entendía que de acuerdo al derecho sucesorio vigente el padre o madre afín solo podía recurrir a la facultad de testar, pero reflexionaba, sin embargo, que “se impone atender a la equidad y es positivo y deseable que las segundas o posteriores nupcias sean aptas para generar un vínculo íntegro respecto de la nueva familia”.

Es cierto que el padre afín podría testar o adoptar al hijo/a afín (art. 630 y ss., Cód. Civil y Comercial argentino), pero si por el motivo que fuere no se han dado alguna de esas alternativas, tendrá que operar la vocación sucesoria *ab intestato*, porque no es justo que si el fallecido no testó ni adoptó al hijo o hija del cónyuge, éste no reciba ninguna cuota del acervo sucesorio, cuando desde pequeño ha recibido el trato, la asistencia y el afecto propio de un hijo, generando lo que Mariana Iglesias llama “filiación socioafectiva”⁽¹⁷⁾. También el jurista cubano Pérez Gallardo reconoce la filiación socioafectiva y explica que ha sido impulsada por el advenimiento de nuevas construcciones familiares, entre las que se destacan las familias ensambladas, modelo familiar que supone un ensamblaje afectivo como resultado de una nueva relación matrimonial o de hecho a la que se suman los hijos habidos de uniones fácticas o matrimonios anteriores, entablándose las relaciones que pueden llevar a un emplazamiento filiatorio sobre la base del vínculo afectivo y solidario⁽¹⁸⁾.

Podrá discutirse el orden y alcance de su derecho hereditario, afirma Solari, pero parece razonable que sean llamados en alguna porción de la herencia a los padres e hijos afines⁽¹⁹⁾.

Esta aspiración exige superar el basamento tradicional de la sucesión *ab intestato* constituido por los vínculos consanguíneos o jurídicos, y reconocer la realidad vital de los vínculos afectivos construidos en el núcleo íntimo de la familia ensamblada o recompuesta, o de la pareja conviviente de hecho, realidades que no pueden pasar desapercibidas para el derecho sin cometer una grave injusticia.

6. La cuestión bajo el derecho vigente: ¿pueden los jueces crear vocación sucesoria a favor del hijo/hija afín?

En principio, consideramos factible que pueda prosperar la pretensión de un hijo/hija afín de que se le reconozca vocación hereditaria en la sucesión de su padre/madre afín⁽²⁰⁾. Puede encaminarla a través de una acción de petición de herencia, si hay coherederos, y si no concurriese ningún sucesor puede iniciar directamente el trámite de la declaratoria de heredero y solicitar su apertura a prueba para demostrar los hechos que avalan su pretendida vocación sucesoria. Podrá producir toda clase de prueba para demostrar que fue rodeado de afecto, criado, asistido, educado y alimentado desde su infancia por el o la causante, es decir, acreditar que existió una verdadera posesión de estado justificante de su derecho a la herencia. Fundará su derecho invocando los arts. 1° y 2° del CCC, los que disponen que la interpretación y aplicación

afectivo como fuente de la vocación sucesoria”, en revista Código Civil y Comercial, n° 11, diciembre de 2019, p. 63 y ss.; y “Algunos aspectos de la transmisión sucesoria ante los nuevos tiempos”, en la obra de Pérez Gallardo, Leonardo (coord.), *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, cit., p. 87 y ss.; Iglesias, Mariana, “¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el Derecho argentino?”, n° 4.3.2/4.3.4, Rev. Der. Privado y Comunitario 2020-2-267 y ss. Terre-Lequette-Gaudemet, *Droit civil. Les successions, les libéralités*, cit., n° 17, entienden estos autores que, frente a la situación descripta en el texto sobre esta cuestión, son necesarios ajustes y flexibilización del régimen sucesorio.

(16) En su trabajo: “Sucesión *mortis causa* y familia ensamblada”, Rev. Derecho de Familia, n° 34, julio-agosto 2006, p. 75. Anteriormente, solo admitían el recurso a la vía testamentaria y sostenían que no correspondía atribuir vocación hereditaria al hijastro en la sucesión del padrastrero: Guastavino, Elías, “El hijastro frente a la sucesión del padrastrero”, La Ley 142-305; Michelassi, L. - Giménez, J. A., “Familias ensambladas”, en Jurisprudencia Santafesina, n° 24, diciembre de 1995, p. 11 y ss.

(17) Iglesias, Mariana, “¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el Derecho argentino?”, n° 4.3.2 y 4.3.4, Rev. Der. Privado y Comunitario 2020-2-267 y ss.

(18) Pérez Gallardo, Leonardo, *El derecho de sucesiones que viene*, Ediciones Olejnik, Santiago (Chile), 2020, p. 246.

(19) Solari, Néstor E., “La vocación sucesoria *ab intestato* y las nuevas formas de familia”, n° II, en Rev. Der. de Familia y de las Personas, noviembre de 2012, p. 161 y ss.

(20) Conf. criterio adecuadamente fundado de Iglesias, Mariana, “¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el Derecho argentino vigente?”, n° 4.3.4, en Rev. Der. Privado y Comunitario 2020-2-267 y ss.

de las normas del Código se debe hacer conforme a los principios constitucionales⁽²¹⁾, los tratados sobre derechos humanos, las leyes análogas, los principios y valores jurídicos, y fundamentalmente la equidad, para lograr la justicia del caso concreto. Tal complejo normativo superior consagra no solo la protección de la persona humana, sino también la protección integral de la familia, garantizando su unidad, estabilidad y los vínculos afectivos de sus integrantes, pues está organizada y cohesionada a través del afecto.

Se instrumenta de tal modo una interpretación integrativa para flexibilizar las normas que regulan el orden sucesorio intestado a fin de admitir como fuente de la vocación sucesoria intestada, en el caso singular planteado, a la solidaridad y afectividad generadas en la comunidad de vida.

Por último, cabe destacar que en el supuesto de que no existan otros coherederos, valorativamente es preferible, antes que los bienes pasen al Estado, que suceda, aunque carezca de vínculo de parentesco, quien es más cercano afectivamente al causante como consecuencia de la convivencia.

De todas formas, la procedencia del planteo dependerá del criterio que siga el sentenciante, pues también podrá esgrimir fuertes argumentos en contrario: la ley no contempla a la solidaridad y el vínculo afectivo como fuente de la vocación hereditaria, y la división de poderes impide que el juez se convierta en legislador modificando el Código Civil y Comercial.

Ambas posiciones se desarrollaron con argumentos contundentes y medulosos razonamientos en la citada causa resuelta definitivamente por el Superior Tribunal de Río Negro: por un lado, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial de la 2da. Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro hizo lugar a la pretensión de la peticionante confiriéndole vocación sucesoria con respecto al hermano de su madre adoptiva, excluyendo al Fisco, cuando el antiguo Código Civil no había previsto ese llamamiento hereditario (art. 329, CC). Recurrió el Fisco de Estado, y el Superior Tribunal de esa Provincia, acogiendo este recurso, por mayoría revocó la decisión de la Cámara y declaró vacante la herencia por inexistencia de vocación sucesoria legal de la interesada, con lo cual nos parece que produjo un retroceso jurídico disvalioso⁽²²⁾.

7. Conclusión: necesidad de la intervención del legislador

La realidad de este escenario de incertidumbre con respecto a la protección sucesoria de las relaciones afectivas y solidarias construidas en el marco de la comunidad de vida, y principalmente en el contexto de la familia reconstituida o ensamblada, que ahora nos ocupa, nos lleva a concluir que resulta necesario que el legislador brinde una solución positiva expresa a esta cuestión. En la doctrina se han manifestado diversas propuestas⁽²³⁾.

Por nuestra parte, pensamos que la solidaridad, el afecto y la asistencia que se producen y arraigan en el seno de la convivencia estable y prolongada de la nueva familia reconstituida, deben ser hábiles para constituir un vínculo familiar íntegro, como razonablemente lo sostenía María Josefa Méndez Costa, siempre que esas condiciones o requisitos se demuestren asertivamente, con las consecuencias sucesorias que ello importa.

Por ello, si se trata de hijos del cónyuge o del conviviente, que concurren con otros hijos del causante (padre

(21) Hoy se afirma que la sujeción del derecho civil, que incluye al derecho sucesorio, al derecho constitucional, es más fuerte, más amplia y real, por lo que se aboga por una vocación pluralista de la familia en la que sus construcciones tengan igualdad de tratamiento: Pérez Gallardo, Leonardo, “Las nuevas construcciones familiares en la sucesión *ab intestato*... en pos de superar trazos hematológicos”, en la obra coordinada por este autor: *Hacia un nuevo derecho de sucesiones*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2019, pp. 353/354, con cita de Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Aportes integrativistas al derecho de sucesiones”, en Investigación y docencia, n° 40, www.centrodefilosofia.org.ar.

(22) CCC Min. 2° Circ. Jud. Río Negro, 12/6/2018, Rubinzal Online RC D 1134/18, con comentario favorable de Ferrer y Gutiérrez Dalla Fontana, “Vocación sucesoria judicial”; y STJ Río Negro 25/5/2019, La Ley 5/8/2019, AR/JUR/20632/2019; y en Código Civil y Comercial, n° 1, febrero 2020, con comentario desfavorable de Ferrer y Dalla Fontana, “Vocación hereditaria de la adoptada simple. Un caso crítico y una resolución injusta”.

(23) Iglesias, Mariana, “¿Puede la socioafectividad convertirse en fuente de vocación hereditaria en el Derecho argentino vigente?”, n° 4.3.2, en Rev. Der. Privado y Comunitario 2020-2-292/293.

o madre afín), debe suceder con igualdad de derechos; si concurren solo con ascendientes deberían excluir a éstos; deben ser preferentes a los colaterales, y, finalmente, si el hijo/hija afín es el único pretendiente a la herencia, debería preceder al Estado, excluyendo la declaración de vacancia de la herencia. Esta solución sería factible siempre que la convivencia con el causante sea cualificada, es decir, que se trate del hijo o hija del cónyuge o conviviente, que se hubiera iniciado durante la minoridad, y se hayan tratado a manera de padre o madre o de hijo o hija, configurando una verdadera y prolongada posesión de estado paterno o materno-filial⁽²⁴⁾.

En definitiva, y según lo anunciara al finalizar el siglo pasado uno de los más grandes civilistas argentinos, como fue Guillermo A. Borda, creemos que con esta amplia vi-

sión el nuevo derecho sucesorio del siglo XXI va a tener un sentido más solidarista, más profundamente humano, y más auténticamente cristiano⁽²⁵⁾.

VOCES: SUCESIÓN - FAMILIA - DERECHO CIVIL - PERSONA - CAPACIDAD - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ESTADO CIVIL - MATRIMONIO - FILIACIÓN - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CONTRATOS - HERENCIA - HEREDEROS - DECLARATORIA DE HEREDEROS - PROCESO SUCESORIO - CADUCIDAD - DERECHO PROCESAL - ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA - PLAZO - SUCESIÓN TESTAMENTARIA - SUCESIÓN AB-INTESTATO - MEJORA - SOLIDARIDAD - SOCIOAFECTIVIDAD - VOCACIÓN SUCESORIA - LEGÍTIMA HEREDITARIA

(24) De acuerdo: Vaquer Aloy, A., Libertad de testar y libertad para testar, Ediciones Olejnik, Santiago (Chile), 2018, pp. 93/94.

(25) Comunicación a la Academia Nacional de Derecho de Ciencias Sociales de Buenos Aires del 27/6/1996, publicada en la revista Anales, año XII, 2da. época, n° 34, hay separata, p. 12 (Bs. As., 1996).