

ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO SUCESORIO: REFLEXIONES CONTEMPORÁNEAS

ANA PAULA MAGNA DA SILVA FRASCA CASTELHANO*
Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil

Recibido: 27 de junio del 2021 / Aceptado: 17 de febrero del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.5252>

RESUMEN. El derecho sucesorio, en la contemporaneidad, presenta muchos temas controvertidos que son objeto de intenso debate. Las reflexiones sobre los aspectos constitucionales del derecho de sucesiones están actualmente en el centro de atención en relación con el factor pandémico del COVID-19. La igualdad, la dignidad humana y el derecho a la herencia son algunos de los principios y derechos garantizados en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. La eficacia y eficiencia de las normas y los principios constitucionales y del derecho civil en el tema del derecho sucesorio, así como la discusión del formalismo testamentario, son los principales objetivos por estudiar en sus aspectos generales, brevemente, en este artículo.

PALABRAS CLAVE: derecho sucesorio / derecho civil / eficacia / eficiencia / igualdad / formalismo testamentario

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF SUCCESSION LAW: CONTEMPORARY REFLECTIONS

ABSTRACT. The succession law, in contemporaneity, presents many controversial issues that are the object of intense debate. Reflections on the constitutional aspects of inheritance law are currently at the center of attention in relation to the COVID-19 pandemic factor. Equality, human dignity, the right to inheritance, are some of the principles and rights guaranteed in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988. The effectiveness and efficiency of constitutional and civil law norms and principles, in the issue of inheritance law, as well as the discussion of testamentary formalism, are the main objectives to be studied in its general aspects, briefly in this article.

KEYWORDS: succession law / civil law / effectiveness / efficiency / equality / testament formalism

* Investigadora del Centro Iberoamericano de la Universidade de São Paulo (CIBA-USP) (Brasil).

1. INTRODUCCIÓN

Existen muchos principios constitucionales aplicables al derecho sucesorio, tales como la dignidad de la persona humana, la igualdad, la función social de la propiedad, la buena fe (esencial para la interpretación de las disposiciones de última voluntad), la autonomía de la voluntad, entre otros.

En muchos países, hay una dificultad en que las normas del derecho de sucesiones sean compatibles con las normas y principios constitucionales.

Para algunos autores, la crítica es que el Código Civil brasileño del 2002 es básicamente patrimonialista, individualista y conservador en sus aspectos de derecho de familia y sucesiones, además de presentar formalismos y numerosas abstracciones que serían innecesarias en el mundo contemporáneo.

Ante tanta controversia sobre este tema, en la actualidad, una de las discusiones que consideramos más relevantes es sobre el formalismo testamentario y sobre la disposición del derecho de herencia que se garantiza en la Constitución brasileña de 1988. Estos aspectos, combinados con el hecho de la llegada de la pandemia del COVID-19 en el 2020, nos hacen reflexionar sobre la eficacia y eficiencia en la efectividad del derecho sucesorio ante esta nueva y asombrosa realidad que devasta al mundo.

3. DERECHO CIVIL “TRADICIONAL” VERSUS DERECHO CIVIL “CONSTITUCIONALIZADO”

Una de las preguntas importantes que se pueden plantear inicialmente es la siguiente: ¿existe un derecho civil tradicional que pueda oponerse a un derecho civil constitucional? ¿Es la comparación entre lo tradicional y lo constitucional una comparación válida?

Si consideramos que el derecho civil constitucional sería el análisis de un derecho civil más “moderno”, la oposición a la comparación será válida; pero, si el entendimiento es que estos dos binomios no son objeto de comparación, la idea es que hablando de “tradicional”, a diferencia de un derecho civil constitucional, no se trataría de un criterio válido de comparación, ya que el derecho civil debe, como otras leyes infraconstitucionales, respetar la Constitución. Por lo tanto, la comprensión de lo “tradicional” frente a una supuesta “modernidad” no nos parece una propuesta válida.

No sería lo más adecuado considerar la existencia autónoma de una disciplina de “derecho civil constitucional” por las mismas razones antes mencionadas: la existencia de normas de derecho civil no puede considerarse sin la perfecta adecuación a los principios y las normas constitucionales; de lo contrario, la ley o norma civil se considerará inconstitucional.

Podemos considerar como “moderno” no el respeto a la Constitución, pues entendemos esto como un requisito previo a toda norma vigente, sino que tanto el derecho civil como el constitucional pueden acompañar los deseos sociales y adaptarse a los avances en las relaciones humanas para prevenir o frenar la aparición de conflictos. Ser moderno significa estar más adaptado a la actualidad y las revoluciones provocadas por esta época y a todos los reflejos de esta llamada “modernidad” frente a las añoranzas sociales.

2.1 Eficacia y eficiencia: conceptos

La eficiencia y la eficacia son conceptos que a menudo se utilizan incorrectamente como sinónimos. Son conceptos que, en su origen, son propios del entorno empresarial y de la administración pública, como los conceptos de productividad y desempeño, pero ¿por qué no utilizarlos de manera que interactúen con el derecho privado en términos de hacer efectivos estos derechos?

La eficiencia puede entenderse como la “capacidad de hacer ciertas las cosas” y la eficacia, la “capacidad de hacer la cosa cierta”. Si podemos comparar estas dos palabras y considerar un juego de fútbol, eficaz sería aquel en el que el atacante marca un gol y gana el juego; la eficiencia estaría en ver un partido y presenciar un bello espectáculo. Para algunos, en la eficacia hay una preocupación por los fines y por el logro de los objetivos, mientras que en la eficiencia hay una preocupación por los medios y la solución de los problemas (De Matteu, s. f.).

Según Louzada (2019), “la efectividad consiste en hacer lo que hay que hacer, es decir, lograr los objetivos según lo planeado y, al mismo tiempo, utilizar los recursos de la mejor manera posible”.

Es importante enfatizar que ser eficiente no implica necesariamente ser eficaz y viceversa.

3. EL FORMALISMO TESTAMENTARIO, EL DERECHO A LA HERENCIA Y LAS REFLEXIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE EFICACIA Y EFICIENCIA

Ahora que conocemos un poco más los conceptos de eficacia y eficiencia, podemos pasar al tema de los derechos de herencia y el formalismo testamentario ante situaciones contemporáneas como la pandemia del COVID-19.

En la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, el derecho a la herencia figura en la lista del título II, artículo 5, numeral XXX: “El derecho a la herencia está garantizado”. En términos generales, se garantiza que los bienes de una persona fallecida sean transferidos a sus respectivos herederos legítimos o testamentarios. El

artículo 1.784 y siguientes del Código Civil brasileño del 2002 son los que instrumentalizan este derecho constitucional.

Una pregunta importante que surge es si habría un derecho a testar derivado del derecho de herencia. ¿Sería también un derecho fundamental? ¿Un derecho implícito derivado del derecho a la herencia? Son innumerables las cuestiones que se presentan como un debate contemporáneo precisamente con el advenimiento de la pandemia y los problemas en la efectividad del derecho a la herencia, especialmente en cuanto a la vía testamentaria.

El testamento privado, regulado en el artículo 1876 y siguientes del Código Civil brasileño del 2002, fue señalado por algunos como una solución en relación con los pacientes víctimas del COVID-19 ingresados en hospitales, pero puede generar controversias y cuestiones de validez *post mortem* por parte de sus herederos, ya que no cuenta con la certificación del registro (notaría) y como garantía solo tiene el requisito de la firma de tres testigos. No se presenta como una forma segura, pues una vez realizado el documento por el testador este lo entrega a un tercero de su confianza, pero no hay garantía de que, luego de la muerte del testador, el tutor del testamento lo presente en la distribución de bienes.

Otro punto es el factor de cuestionar las facultades mentales del testador a la hora de hacer un testamento privado. Es una opción económica, pero presenta riesgos en cuanto a la ejecución y efectividad de la aplicación del derecho sucesorio. Por lo tanto, el derecho de testar sería efectivo, pero en ocasiones podría traer ineficiencia en su ejecución y transferencia de derechos, ya que los posibles herederos nunca podrían recibir este documento en sus manos, después de la muerte del testador (Andretta, 2020).

Para los pacientes hospitalizados con COVID-19, por ejemplo, que deseen redactar un testamento público, es decir, registrado y redactado ante notario público y en presencia de dos testigos (Ley 10.406, 2002), en ocasiones es más complicado porque, debido a la contaminación, existe una restricción a la entrada de personas al entorno hospitalario, incluso con equipo de protección, etcétera. ¿Podríamos imaginar, entonces, que se obstaculizaría el derecho a testar y, por lo tanto, el derecho a la herencia? ¿Habría un conflicto de derechos entre el derecho a la herencia, el derecho de testar del testador y el derecho a la salud y la vida de los notarios públicos en vista de la situación pandémica? ¿La solución, en estos casos extremos de barreras sanitarias, sería flexibilizar el formalismo testamentario y utilizar la tecnología para preparar un testamento?

Es una cuestión tormentosa y no podemos tener como parámetro de solución ninguna otra situación de la historia moderna y contemporánea. Si pensamos que de la misma forma en que la humanidad tuvo que adaptarse, en muchos casos, al *home office* como alternativa viable ante la necesidad de aislamiento social, ¿por qué no pensar en

nuevas formas de hacer testamento *vía online*, a través de aplicaciones web o interacción de video, para uso en conjunto con notarías y con testigos para pacientes hospitalizados en forma aislada, como es el caso del COVID-19? En casos extremos, ¿el uso de mensajes de texto, aplicaciones de voz o video, como WhatsApp, o mensajes de voz sería una alternativa viable en situaciones extremas?

Las ideas surgen como un intento de eludir la imposibilidad de hacer valer el derecho a testar como derecho fundamental, ya sea con más o menos formalismo ante situaciones adversas como la pandemia del COVID-19.

La crítica que hacemos es que lamentablemente el derecho no puede acompañar todas las demandas sociales por el rigor de los procesos legislativos previos a la aplicación de las normas. Por lo tanto, ya sabemos que, con respecto al derecho privado, habrá muchos problemas pospandémicos en cuanto a la validez y eficacia de muchas transacciones y contratos legales, por ejemplo.

El arte de esquivar problemas en el campo, para ganar el partido, como hacen los futbolistas, parece ser el gran desafío del mundo contemporáneo. Una de las formas de driblar es aceptar el uso de tecnologías que ya son una realidad moderna. La gran pregunta es la siguiente: ¿cómo determinar las reglas antes de que comience el juego? ¿Hubo otra alternativa? En esta comparación simple y lúdica, ya sabemos que el formalismo jurídico nos impide ir *pari passu* con los cambios y hechos sociales en nombre de la “seguridad jurídica”. Sí, ella es importante, pero ¿cómo combinarla para la realización de un derecho sucesorio a través de una nueva forma no prevista por la ley, pero que aporta eficacia a este mismo derecho, cuando nos enfrentamos a situaciones extremas, como la pandemia del COVID-19? Esta es una de las reflexiones contemporáneas que lamentablemente no tendrán una respuesta del legislador, la jurisprudencia o los autores y académicos a tiempo para evitar el enorme volumen de demandas judiciales y cuestiones legales que existirán, y ya existen, cuando pase la pandemia. Incluso con la implementación de los proyectos de ley, transformados en leyes temporales en materia de derecho sucesorio, no se pudo cubrir todas las situaciones.

La discusión sobre la jerarquía de principios constitucionales es uno de los puntos en los que venimos reflexionando desde el inicio de la pandemia. En derecho sucesorio, la preocupación inicial en Brasil parece ser más en términos de plazos para la presentación de un proceso de inventario que en situaciones relacionadas con la eficacia de los derechos o la búsqueda de una forma de mayor eficiencia en su implementación.

Otro punto interesante para reflexionar al mismo tiempo es la verdadera función social de la herencia, en relación con el principio de solidaridad (título I, artículo 3, numeral I, de la Constitución Federal de Brasil). El uso del testamento como recurso filantrópico es también una forma de hacer efectivo este principio constitucional.

En lo que respecta a las grandes herencias, el testamento sería una vía importante para poner en práctica este principio, aportando eficacia y eficiencia. El uso de este instrumento también hace que el Código Civil brasileño tenga un tono menos individualista (para quienes entienden que incluso después de la reforma del 2002 este adjetivo aún persiste). Esta es una de las reflexiones que se proponen, teniendo en cuenta que el testador puede disponer del 50 % de su patrimonio para quienes elija, ya que el otro 50 % pertenece a los herederos necesarios.

Hablar de la función social de la herencia es algo muy difícil en el tiempo actual, cuando la necesidad de tener y poseer es mayor que la necesidad de hacer y actuar. Esta es una reflexión que merece una discusión de varios órdenes, incluso bajo los aspectos de los derechos humanos frente al derecho patrimonial o como una forma de ayuda humanitaria.

En tiempos de pandemia, la reflexión del colectivo ha sido intensa; pero, cuando se trata de temas patrimoniales, aún falta avanzar en cuanto a qué sociedad se desea para el futuro, después de las experiencias del presente.

4. CONCLUSIONES

Las reflexiones contemporáneas sobre los derechos de sucesión pasan por varios conceptos; aspectos controvertidos, como cuando hablamos de la existencia de un derecho civil constitucionalizado en comparación con el derecho civil "tradicional", la pandemia del COVID-19, el formalismo testamentario y tantos otros matices que serían incapaces de ser estudiados y debatidos en pocas líneas.

El endurecimiento legal debe dar paso a una mayor incorporación de nuevas tecnologías a favor de su eficiencia para lograr la eficacia deseada. Optimizar los medios para lograr los objetivos es el eje central del estudio del derecho privado en general y no solo del derecho sucesorio.

Como presupuesto, se deben respetar los principios y los derechos constitucionales. De esto no hay duda, como es la regla, pero pensando en formas eficientes de lograr la eficacia del derecho de sucesiones, dado el entorno de caos de la actualidad y lo que tendremos en el mediano plazo, luego de la pandemia del COVID-19, es algo de emergencia. Si el derecho no ha sabido predecir y adecuar, no será porque los derechos sucesorios no estarán garantizados en términos de eficacia. El uso de tecnologías está ante nuestros ojos todos los días para emplearse como recursos, especialmente para pensar en alternativas frente al formalismo testamentario en situaciones excepcionales, como las que vivimos ahora.

Si incluso en la antigüedad clásica o en el Imperio egipcio, que fueron pueblos que lograron encontrar alternativas eficientes para conseguir efectividad incluso en el riego

de suelos, construyeron sociedades “modernas” para su época, incluso sin los recursos que tenemos ahora, ¿por qué actualmente no podemos hacerlo? Repensar la forma establecida del derecho de sucesiones codificado, a veces la planificación sucesoria y las formas de emergencia para garantizar la efectividad del derecho a la herencia son demandas presentes que sin duda ayudarán a la sociedad del futuro a reducir los conflictos y problemas típicos del mundo que insistimos en llamar “moderno”, pero que no es más que un presente que siempre busca codificar lo que la sociedad ya ha abandonado. Una estrategia renovada es lo que realmente necesitamos.

REFERENCIAS

- Andretta, F. (2020, 20 de febrero). *Testamento evita brigas depois da sua morte; veja como fazer e quanto custa*. UOL Economia. <https://economia.uol.com.br/guia-de-economia/testamento-publico-privado-cerrado-fechado-heranca-advogado-cartorio.html>
- Constitución Política de la República Federativa del Brasil. 1988 (Brasil). Título I, artículo 3, numeral I.
- Constitución Política de la República Federativa del Brasil. 1988 (Brasil). Título II, artículo 5, numeral XXX.
- De Matteu, D. (s. f.). *Saiba qual a diferença entre eficácia e eficiência?* IAPerforma. <https://iaperforma.com.br/saiba-qual-a-diferenca-entre-eficacia-e-eficiencia/>
- Ley 10.406, Código Civil de Brasil. (2002, 10 de enero). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm
- Louzada, P. (2019, 12 de octubre). *Qual a diferença entre eficiência, eficácia e efetividade? Como aplicá-las?* FM2S, Melhoria de Processos. <https://www.fm2s.com.br/qual-a-diferenca-entre-eficiencia-eficacia-e-efetividade-como-aplica-las/>