

ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LA JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO A HEREDAR A PARTIR DE LA NECESIDAD DE RECIBIR AMOR PARENTAL*

ANALYSIS AND CRITIQUE OF THE JUSTIFICATION OF THE RIGHT TO INHERIT BASED ON THE NEED TO RECEIVE PARENTAL LOVE

*Alejandro Berrotarán ***

Resumen: ¿Qué justifica el derecho de los hijos de heredar bienes de sus padres? En este artículo exploro una posible justificación del derecho a heredar por parte de los descendientes del fallecido. Este derecho hereditario se funda a partir de lo que denomino el argumento de la extensión. Este argumento establece que el derecho de los hijos a recibir bienes por herencia es la extensión de ciertos derechos que tienen con respecto a sus padres mientras estos últimos estaban vivos. En particular, analizo la posibilidad de fundar un derecho hereditario a partir de la necesidad de los hijos de recibir amor de sus padres y abordo algunas objeciones sobre aspectos centrales de la tesis presentada. Como conclusión, establezco que las objeciones señaladas impiden la justificación del derecho a heredar como acto de amor parental.

Palabras-clave: Herencia - Familia - Amor - Derecho a heredar - Deber de legar.

Abstract: What justifies the right of children to inherit their parents' property? In this article I explore a justification of the right to inherit by the descendants of the deceased. This inheritance right is founded on what I call the extension argument. This argument states that the right of children to receive property by inheritance is the extension of certain rights they have with respect to their parents while the latter were alive. In particular, I analyze the possibility of founding an inheritance right on the basis of the children's need to receive love from their parents and address some objections about central aspects of the thesis presented. As a conclusion, I establish that the objections pointed out impede the justification of the right to inherit as an act of parental love.

* Trabajo recibido el 20 de septiembre de 2022 y aprobado el 14 de octubre del mismo año.

** Abogado. Magíster en Derecho y Argumentación de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Becario Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Profesor Asistente de Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía en la Facultad de Derecho de la UNC. *Emails:* alejandroberrotaran@derecho.unc.edu.ar; aleberrotaran@gmail.com

Keywords: Inheritance - Family - Love - Right to inherit - Duty to bequeath.

Sumario: Introducción. I. De la necesidad de ser amado al derecho a heredar. Configuración del derecho a heredar como extensión del derecho a ser amado. II Crítica. II.1. Crítica sobre el momento de recibir una herencia. II. 2. Crítica sobre la posibilidad de un deber legal de testar. III. Objeciones a la justificación del derecho a heredar como extensión del derecho a ser amado. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

Desde el punto de vista económico, la herencia de riquezas es una institución central de nuestras sociedades contemporáneas¹. Si bien en los últimos años se han incrementado los abordajes que desde la filosofía política y el derecho analizan esta institución², el foco en estos trabajos se ha puesto casi exclusivamente en el derecho a testar³. Otros derechos hereditarios, como el derecho a heredar, han recibido escasa atención académica.

La falta de abordajes específicos sobre los fundamentos del derecho a heredar, contrasta con el reconocimiento legal que presenta esta institución en numerosos países del mundo. La mayoría de los sistemas jurídicos occidentales actuales incluyen, entre otros derechos hereditarios, un derecho a heredar. Especial importancia institucional tiene el derecho a heredar en sistemas legales de raigambre continental romano-germánica como los presentes en Europa continental y América Latina⁴.

(1) Para trabajos sobre el incremento en la importancia de la herencia como factor de acumulación en las últimas décadas, ver: PIKETTY, Thomas. *El capital en el siglo XXI* (Traductores E. Cazenave y T. Isoard), Ed. Fondo de Cultura Económica, Barcelona, 2015, pp. 415-472; PIKETTY, Thomas - ZUCMAN, Gabriel. "Wealth and inheritance in the long run", en A. Atkinson y F. Bourguignon (Editores) *Handbook of income distribution volume 2*, Ed. Elsevier, 2015, pp. 1326-1342; ALVAREDO, Facundo - GARBINTI, Bertrand - PIKETTY, Thomas. "On the share of inheritance in aggregate wealth: Europe and the USA, 1900–2010", *Economica*, 2017, 84 (334), pp. 239-240, <https://doi.org/10.1111/ecca.12233>. Las restricciones impositivas a la libre transmisión hereditaria gozan de un amplio rechazo en el foro público, ver: PRABHAKAR, Rajiv. "Why Do the Public Oppose Inheritance Taxes?" en H. P. Gaisbauer, C. Sedmak y G. Schweiger (Editores.), *Philosophical Explorations of Justice and Taxation*, Ed. Springer, 2015, pp. 151-166; y PIKETTY, Thomas. *Capital and Ideology* (Traductor A. Goldhammer), Ed. The belknap press of Harvard University Press, 2020, p. 978.

(2) Halliday, Daniel. *The Inheritance of Wealth: Justice, equality and the right to bequeath*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2018; PEDERSEN, Jørgen y BØYUM, Steinar. "Inheritance and the Family", *Journal of Applied Philosophy*, 2020, 37(2), pp. 299-313, <https://doi.org/10.1111/japp.12389>; BERROTARÁN, Alejandro. "Is the Freedom to Bequeath a Basic Liberty?", *Journal of Applied Philosophy*, 2022, <https://doi.org/10.1111/japp.12606>; BASTIN, Marie. "Le problème contemporain de l'héritage: des temporalités en tension", *La Découverte*, 2021, 29(2), pp. 70-78, <https://doi.org/10.3917/rce.029.0070>.

(3) Uno de los pocos autores que ha trabajado sobre las bases morales de otros derechos hereditarios es Brassington. BRASSINGTON, Iain. "On Rights of Inheritance and Bequest", *The Journal of Ethics*, 2019, 23(2), pp. 119-142, <https://doi.org/10.1007/s10892-019-09283-5>.

(4) Si bien el abordaje sobre los fundamentos del derecho a heredar posee importancia teórica y práctica tanto en sistemas legales del *common law* como en sistemas continentales, es en estos últimos en donde el análisis propuesto tiene mayor relevancia.

Es decir, nuestras legislaciones reconocen a ciertos parientes cercanos al fallecido un derecho a recibir una porción de sus bienes por herencia, independientemente de la voluntad del causante.

En este artículo exploraré una justificación del derecho a heredar por parte de los descendientes del causante. Este derecho hereditario se establecerá a partir de lo que denomino el argumento de la extensión. Este argumento establece que el derecho de los hijos⁵ a recibir bienes por herencia es la extensión de ciertos derechos que tienen con respecto a sus padres mientras estos estaban vivos. En particular, analizaré la posibilidad de fundar un derecho hereditario a partir de la necesidad de los hijos de recibir amor de sus padres.

Existe cierto consenso en que los niños tienen la necesidad de recibir amor de sus padres⁶. También existe una visión compartida de que la transmisión hereditaria de bienes puede ser un acto de amor⁷. ¿Es posible, a partir de estas premisas, justificar un derecho a heredar fundado en el potencial de la herencia de representar amor entre padres e hijos? Responder esta pregunta será el principal objetivo de este trabajo.

El artículo se estructurará en cuatro secciones. Luego de la introducción, en la segunda sección, presentaré dos aplicaciones del argumento de la extensión para fundar un derecho a heredar y trataré en detalle el argumento que establece la posibilidad de derivar un derecho a recibir bienes por herencia del derecho de los hijos a recibir amor de sus padres. En la tercera sección, abordaré tres objeciones que atacan aspectos centrales de la fundamentación del derecho a heredar como extensión del derecho a ser amado. En la cuarta sección, presentaré algunas conclusiones a partir del abordaje realizado.

I. De la necesidad de ser amado al derecho a heredar

En esta sección exploraré la posibilidad de fundar un derecho a heredar a partir de la necesidad de los hijos de recibir amor de sus padres. Luego, describiré las características que presenta el derecho hereditario justificado como acto de amor. A partir de la descripción realizada, someteré la argumentación ofrecida a ciertas críticas.

(5) El uso de conjugaciones masculinizadas responde a la opción por privilegiar la agilidad de la lectura de un texto que tiene cierto nivel de complejidad.

(6) LIAO, Matthew S. *The right to be loved*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2015; BRIGHOUSE, Harry y SWIFT, Adam. *Family values*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 20; RAWLS, John. *A Theory of Justice, revised edition*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 405-409.

(7) WHITE, Stuart. *The civic minimum: On the rights and obligations of economic citizenship*, Ed. Oxford University Press, Oxford, pp. 182-183; MUNZER, Stephen R. *A theory of property*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p. 410; NOZICK, Robert. *Meditaciones sobre la vida* (Traductor C. Gardini), Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, p. 25.

El argumento de la extensión y sus aplicaciones

Los trabajos legales y de filosofía política sobre la herencia suelen utilizar el término “derecho a heredar” con un bajo nivel de especificidad, y existen diferentes tipos de derechos vinculados a la recepción de una herencia. Un primer tipo de derecho a heredar, que denominaré derecho condicional a heredar, implica el derecho de una persona (X) recibir los bienes de otra (Y) tras el fallecimiento de esta última, si Y no ha estipulado lo contrario por testamento. Este derecho opera cuando una persona fallece sin haber redactado un testamento (*intestacy*) o cuando el testamento solo cubre una parte de los bienes del fallecido, en cuyo caso la persona con un derecho condicional a heredar tiene un reclamo sobre su parte de los bienes restantes. Un segundo tipo de derecho a heredar faculta a X, titular de este derecho, a recibir determinados bienes de Y tras su fallecimiento con prioridad sobre la voluntad de Y plasmada en su testamento. En este último caso, el derecho a heredar limita el derecho a testar de Y. En este trabajo utilizaré el término “derecho a heredar” para referirme específicamente al segundo tipo de derecho a heredar que opera con prioridad sobre la voluntad testamentaria de la persona fallecida.

Según el argumento de la extensión, el derecho a heredar es la continuación de un deber descendente de padres a hijos. Los hijos tienen derechos dirigidos a sus padres y, a cambio, los padres tienen deberes familiares especiales hacia sus hijos. Uno de los derechos de los hijos es a recibir asistencia, y su correlato es el deber parental de asistir a sus hijos. Cuando los padres mueren teniendo este deber, la herencia puede funcionar como un mecanismo para cumplir sus deberes parentales. Según el argumento de la extensión, el derecho a heredar se concibe, por lo tanto, como la continuación del derecho de los hijos a recibir asistencia de sus padres.

Basándose en los deberes especiales de asistencia material que tienen los padres hacia sus hijos, Locke presentó una justificación del derecho a heredar. Según Locke⁸, los padres tienen la obligación de preservar a sus hijos y los hijos tienen derecho a reclamarles los bienes necesarios para su supervivencia. A la muerte de sus padres, los hijos tienen derecho a heredar los bienes de sus padres para satisfacer sus necesidades alimentarias. En este sentido, el derecho a recibir una herencia es una extensión del derecho a recibir alimentos. Por lo tanto, el derecho a heredar una parte del patrimonio de sus padres es una extensión del derecho alimentario de los hijos.

El argumento de la extensión puede utilizarse no solo para fundar un derecho a heredar a partir de los intereses materiales de los hijos, sino también para justificar un derecho a heredar a partir de sus intereses afectivos. En este sentido, el deber de los padres de preservar a los hijos no solo incluye proporcionarles recursos materiales para su supervivencia, sino también proporcionarles otros bienes no materiales

(8) LOCKE, John. *Two Treatises of Government, treatise I* (Editor Peter Laslett), Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1960, p. 88.

necesarios para su desarrollo. Uno de estos bienes no materiales para el desarrollo de los hijos es el amor de sus padres.

Diferentes autores han señalado la importancia de recibir manifestaciones de amor por parte de los hijos para su “florecimiento”⁹ o, en términos de Rawls¹⁰, para el desarrollo de sus dos poderes morales: la capacidad para un sentido de la justicia y la capacidad para una concepción del bien. La capacidad para un sentido de la justicia hace referencia a la capacidad para entender, actuar y cooperar con otros en términos de cooperación que sean justos (capacidad para ser razonable). La capacidad para una concepción del bien hace referencia a la capacidad de formar, revisar y perseguir una concepción del bien (capacidad para ser racional). Esta última concepción normalmente consiste en un determinado esquema de metas y fines individuales, y una visión sobre nuestra relación con el mundo a partir de la cual se entienden esas metas y fines.

A continuación abordaré la forma en la que recibir amor de los padres se vincula al desarrollo de cada uno de los dos poderes morales de las personas.

*El amor y la capacidad para un sentido de la justicia*¹¹

Uno de los desafíos de Rawls es explicar cómo podría surgir el sentido de la justicia en los miembros de una sociedad bien ordenada. Esto resulta de especial importancia porque los individuos tienen un interés personal en desarrollar su sentido de la justicia en tanto este es uno de los poderes morales que, como sostiene Rawls, los definen como personas. A su vez, entender el surgimiento de este poder moral es central para explicar la forma de lograr la estabilidad y el mantenimiento de las instituciones justas.

A partir de las ideas de autores como McDougall, Piaget y Kohlberg, Rawls¹² realiza un abordaje de psicología moral para determinar una de las formas en la que el sentido de la justicia puede desarrollarse en la ciudadanía. El autor entiende que el sentido de la justicia es adquirido gradualmente por los integrantes más jóvenes de la sociedad a medida que crecen. Así, existe un proceso de fases que, si bien superpuestas, tienen un trayecto cronológico en el desarrollo de los sentimientos morales de las personas.

La primera fase de este proceso está vinculada al surgimiento de lo que Rawls denomina moral de autoridad que es aprendida por el niño a partir de la interacción con sus padres. Dice el autor que los padres aman a sus hijos y con el tiempo

(9) BRIGHOUSE, H. y SWIFT, A., *op. cit.*, p. 20.

(10) RAWLS, John. *Political liberalism, expanded edition*, Ed. Columbia University Press, Nueva York, 2005, pp. 301-302.

(11) Agradezco a Chris Melenovsky la sugerencia de que la herencia puede vincularse al desarrollo del sentido de la justicia de las personas.

(12) RAWLS, J., *op. cit.*, 1999, pp. 397-449.

ellos empiezan a amar a sus padres. Esto último ocurre a partir de una regla de la psicología: el niño llega a amar a sus padres solo si ellos manifiestamente lo aman primero. El niño, si bien tiene el potencial de amar, recién concreta este potencial cuando reconoce el amor de sus padres manifestado a través de las acciones que expresan este sentimiento.

El amor de los padres a un niño se expresa de diferentes maneras pero todas ellas vinculadas a la intención de los padres de cuidar de él y satisfacer sus deseos. Estos actos manifiestan, en general, una preocupación por las necesidades del hijo. A partir del amor incondicional que recibe de sus padres, los niños afirman su sentido de valor propio.

Según Liao¹³, los niños necesitan ser amados para tener la motivación necesaria para aceptar y obedecer las órdenes de sus padres. Así, a partir de estas demostraciones afectivas de sus padres, el niño empieza a confiar en ellos y en sus decisiones lo que lo lleva a que acepte sus juicios autoritativos como reglas de conductas a ser seguidas¹⁴. El niño confía en sus padres porque “sus acciones amorosas le han permitido sentirse seguro”¹⁵. La contrapartida de esta confianza en sus padres es el desarrollo de sentimientos de culpa cuando las órdenes parentales son desobedidas.

A través del proceso mencionado, el niño desarrolla una moral de la autoridad ligada a virtudes de obediencia, humildad y lealtad a las personas autoritativas¹⁶. Todas estas virtudes son necesarias para el desarrollo de la capacidad para un sentido de la justicia. Al respecto, Morse dice que “gracias al amor de sus padres, [el niño] aprende que la cooperación entre las personas no sólo es posible, sino que es maravillosa” y, en este sentido, concluye que “el amor no es opcional en ninguna sociedad libre. Es el fundamento sobre el que se basa la disposición a cooperar”¹⁷.

El amor y la capacidad para una concepción del bien

Las muestras de afecto en el seno de la familia son necesarias no solo para el desarrollo de la capacidad para el sentido de la justicia del niño sino también para desarrollar y ejercitar su capacidad para una concepción del bien. En este sentido, Cordelli señala que el recibir muestras de afecto a través del apoyo emocional y el cuidado “aumenta notablemente la propia motivación y, por tanto, las posibilidades de éxito en la consecución de los propios fines, sean cuales sean”¹⁸.

(13) LIAO, M. S., *op. cit.*, 2015, pp. 82-85.

(14) RAWLS, J., *op. cit.*, 1999, pp. 406-407.

(15) MORSE, S., *op. cit.*, p. 314.

(16) RAWLS, J., *op. cit.*, 1999, pp. 408-409.

(17) RAWLS, J., *op. cit.*, 1999, p. 314.

(18) CORDELLI, Chiara. “Justice as Fairness and Relational Resources”, *The Journal of Political Philosophy*, 23(1), 2015, p. 95, <https://doi.org/10.1111/jopp.12036>.

Por su parte, Liao enfatiza la importancia de ser amado para perseguir un plan de vida racional. Así, el autor señala que

*ser amado es una condición fundamental para que los niños lleven una buena vida, porque necesitan ser amados para confiar en los demás, tener una concepción positiva de sí mismos, aprender a amar a los demás y estar motivados para obedecer órdenes; y necesitan poder hacer estas cosas para desarrollar adecuadamente las capacidades fundamentales necesarias para llevar a cabo las actividades básicas*¹⁹.

Interés en ser amados, deber de amar y derecho a heredar

La función de los derechos morales es promover los intereses morales de su titular. Como sostuve, el interés de los hijos por recibir amor de sus padres es un interés moralmente relevante para el desarrollo pleno de los hijos en tanto personas. En este sentido, el interés en desarrollar los poderes morales es el fundamento del derecho de los hijos a ser amados por sus padres²⁰. Como contrapartida de este derecho de los hijos a ser amados, los padres tienen el deber de amar a sus hijos y expresarles este amor²¹.

Los padres pueden expresar amor a sus hijos de diversas maneras, una de las cuales es transmitiéndoles bienes después de su muerte. Tal y como señala Kreiczler-Levy, la propiedad es un “importante artefacto cultural en el mundo occidental” en la medida en que “usamos la propiedad para definirnos, mejorar nuestras vidas, realizar transacciones y para comunicarnos”²². Esta última capacidad de la propiedad para comunicar sentimientos hace posible que la herencia pueda ser concebida como un mecanismo para expresar amor²³.

(19) LIAO, M. S., *op. cit.*, 2015, p. 99.

(20) Asumo aquí la teoría del interés para definir los derechos morales. Para ver por qué la teoría del interés explica de mejor manera el derecho a heredar que otras teorías sobre los derechos, ver BRASSINGTON, I., *op. cit.*

(21) Para sostener que los padres tienen el deber de amar a sus hijos es necesario definir el vínculo parental independientemente del amor. No se puede sostener al mismo tiempo que “los padres tienen el deber de amar a sus hijos” y “lo que define la relación parental es la presencia de amor”. Si la relación padre e hijo se define a partir del amor y los padres tienen el deber de amar a sus hijos, este último deber sería tautológico.

(22) KREICZLER-LEVY, Shelly. “Property’s Immortality”, *Cardozo JL & Gender*, 2016, 23 (1), p. 128. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/card-w23&div=7&id=&page=>

(23) Lo afirmado no implica que la transmisión de bienes por herencia sea universalmente concebida como un acto de amor. Como señala Kreiczler-Levy, atribuir un rol simbólico a la herencia depende del rol de la propiedad en una sociedad dada y las actitudes presentes hacia la muerte. Ver KREICZLER-LEVY S., *op. cit.*, p. 127.

El potencial de la herencia como mecanismo para expresar sentimientos de afecto ha sido resaltado por diversos autores. Al respecto, Nozick dice que “legar algo a los demás es una expresión de cariño hacia ellos, e intensifica los vínculos”²⁴. En una línea similar, Munzer afirma que “una forma común, aunque no única, de expresar el amor y el afecto por la siguiente generación es a través de donaciones y legados”²⁵. Por su parte, White destaca que la herencia “representa, obviamente, un importante medio por el que los individuos expresan su amor y afecto por los demás”²⁶.

Si los deberes de asistencia parental incluyen el deber de amar y mostrar amor a sus hijos, y la transmisión de bienes por herencia es una forma de manifestar el amor de los padres, entonces el interés de los hijos en ser amados puede fundamentar un derecho a heredar. Así, el mismo argumento de la extensión utilizado para fundamentar un derecho a heredar, a partir de los deberes alimentarios de los padres hacia sus hijos, puede justificar un derecho a heredar basado en los deberes parentales de afecto.

Configuración del derecho a heredar como extensión del derecho a ser amado

¿Qué configuración tiene el derecho a heredar como extensión del derecho a ser amado? ¿Implica un deber parental de testar a favor de ciertas personas o el mero reconocimiento a recibir bienes por herencia? Para responder a estas preguntas es necesario abordar el interés presente en el hijo con respecto a los bienes a ser heredados.

El potencial de la recepción hereditaria de bienes para ser concebida como acto de amor depende de quién realiza la transmisión hereditaria. En este sentido, el receptor no es indiferente con respecto a quién le transmite la herencia sino que tiene un especial interés en recibirla de personas con las que tiene una relación especial. Como señalan Brighthouse y Swift, aunque el objeto recibido sea el mismo, el valor que se le asigna a su recepción dependerá de si se recibe “de los padres o de los conciudadanos colectivamente, a través del Estado” y luego indican que los niños “tienen un interés claro y específico en que su vida vaya mejor gracias a los de aquellos con los que han disfrutado del tipo de relación íntima que en nuestra opinión, da a la familia su valor primordial”²⁷.

Que el carácter afectivo de la herencia dependa de quién realiza la transmisión afecta el tipo de derecho legal a heredar que se deriva del interés del receptor. El interés en que determinadas personas con las que se tiene una relación realicen la

(24) NOZICK, R., *op. cit.*, p. 30.

(25) MUNZER, S. R., *op. cit.*, p. 410.

(26) WHITE, S., *op. cit.*, p.182-183.

(27) BRIGHOUSE, H. y SWIFT, A., *op. cit.*, p. 135.

transmisión hereditaria hace que, como contrapartida del derecho a heredar, los padres tengan el deber de testar a favor de sus hijos. Así, a diferencia de las legislaciones existentes que reconocen un derecho a heredar no vinculado a un deber de testar²⁸, el correlativo del derecho de los hijos a heredar, fundado en el derecho a ser amado, es el deber parental de testar a favor de sus hijos.

Además del deber de testar a favor de sus hijos, como los hijos tienen interés en que se produzca la recepción de bienes, otros derechos-pretensiones²⁹ que puedan amenazar a los derechos hereditarios deberán limitarse. Así, los padres no podrán disponer testamentariamente ni por donaciones de los bienes abarcados por el derecho hereditario. A su vez, para garantizar que se satisfaga el interés afectivo del hijo, pesará sobre los padres el deber de ahorrar y acumular bienes para luego transmitirlos por herencia.

Una vez desarrollado el argumento de la extensión y sus implicancias para la configuración del derecho a heredar, corresponde analizar algunas críticas que se podrían establecer al argumento brindado. En particular, abordaré una crítica que señala que la herencia se recibe demasiado tarde en la vida de las personas para tener un papel moralmente relevante como acto de amor y otra crítica que resalta las dificultades de establecer un deber legal de testar.

II. Crítica

II. 1. Crítica sobre el momento de recibir una herencia

Una crítica que se puede presentar a la idea de herencia como acto de amor necesario para el desarrollo de los poderes morales de los niños refiere al momento en que las personas, comúnmente, reciben una herencia. Teniendo en cuenta la esperanza de vida media en la actualidad, en general las herencias son recibidas cuando la persona ya pasó la niñez³⁰. Por lo tanto, en nuestras sociedades contemporáneas, pareciera que las transmisiones hereditarias carecen de relevancia moral para el desarrollo de los poderes morales de la mayoría de las personas.

Se pueden realizar diferentes respuestas a esta crítica pero creo que la central es que entraña una idea de cuidado y muestra de afecto que es errónea. En la transmisión hereditaria, la demostración de amor no se materializa solamente en el momento que se reciben los bienes hereditarios sino que la idea de cuidado

(28) La forma que adopta el derecho a heredar en las legislaciones actuales es la de una herencia legítima que establece un orden de prelación al momento de producirse un fallecimiento, en donde aquellos legitimados como herederos pueden reclamar su parte de la herencia con prioridad sobre aquellas personas designadas por testamento.

(29) Utilizo la teoría conceptual sobre derechos elaborada por Hohfeld. Ver HOHFELD, Wesley N. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning: and other legal essays*, Ed. Yale University Press, New Haven, 1923.

(30) ACKERMAN, Bruce - ALSTOTT, Anne. *The Stakeholder Society*, Ed. Yale University Press, New Haven, 1999, p. 36.

y afecto es modal. Por ejemplo, una persona se considera cuidada por sus padres porque sabe que si se enferma va a ser llevada por ellos al hospital, aunque nunca lo necesite. En el mismo sentido, un niño se siente cuidado y amado por sus padres porque sabe que si ellos mueren recibirá sus bienes.

A su vez, la demostración de afecto por medio de una transmisión hereditaria también se puede considerar que opera en la medida en que una persona sacrifica un bienestar o tiempo de manera actual para beneficiar materialmente a sus hijos en el futuro. Los niños ven cómo sus padres se esfuerzan trabajando y ahorrando riquezas que ellos luego recibirán una vez que hayan fallecido y ven en estos sacrificios una demostración de amor.

Así, la herencia en cuanto demostración de afecto es modal y se manifiesta no solamente en el acto de transmisión sino también en los sacrificios llevados a cabo por los padres en pos del bienestar de sus hijos. Independientemente del momento en que la herencia efectivamente se reciba, los hijos se sentirán amados en tanto sepan que, si algo les ocurre, tendrán el apoyo material de sus padres. A su vez, como tienen un derecho a heredar, verán en el esfuerzo de sus padres una demostración de amor hacia ellos.

II.2. Crítica sobre la posibilidad de un deber legal de testar

En cuanto a la posibilidad de fundar un derecho legal a partir del derecho moral a heredar, existen dificultades vinculadas al reconocimiento de un deber legal de testar. Según Waldron³¹, afirmar la existencia de un derecho legal implica afirmar que existe una articulada regla o principio legal que da derecho a la persona a ese estado de cosas. Es decir, indica que esta persona tiene un reclamo sobre X y puede demandar eso en un juicio y esta demanda debe ser satisfecha habiendo un muy limitado marco de discreción por parte de las autoridades para negarse a este reclamo salvo en circunstancias extraordinarias. Así, cuando se está ante un derecho legal existen mecanismos de reclamo institucional para asegurar el cumplimiento de este derecho.

Si bien el concepto de derecho legal se vincula con el de derecho moral, la relación entre ambos no es necesaria. Expresar que alguien tiene un derecho moral implica afirmar que esta persona debe tener protegido el interés cubierto por ese derecho. Sin embargo, esto no nos dice nada sobre qué acciones son necesarias para garantizar ese derecho moral en el mundo real. Por ejemplo, en el marco de una relación de amistad, una persona puede tener el derecho moral a que su amiga le diga la verdad, pero esto no implica que esta persona puede exigir institucionalmente este derecho moral, o lo que es lo mismo, no tiene el derecho legal a que su amiga le diga la verdad.

(31) WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 217-219.

A su vez, también es posible que una persona tenga un derecho legal sobre determinado estado de cosas sin que por ello tenga un derecho moral a acceder a ese estado de cosas. Por ejemplo, se podría establecer que los trabajadores tienen derecho a un bono-incentivo cuando aumentan las ganancias de las empresas en las que trabajan. Las razones que justifican este bono pueden ser intereses morales (en cuyo caso existirá un derecho moral), pero también puede que este beneficio solo se justifique a partir de intereses colectivos. En este último caso, el derecho a un bono-incentivo será un derecho legal no fundado en un derecho moral.

En el caso del derecho a heredar, que tiene como contrapartida un deber de testar, el incumplimiento del deber de testar solo es verificable al momento de producirse el fallecimiento del padre. Al solo poder producirse el incumplimiento al momento de la muerte del padre, no es posible instrumentalizar un reclamo legal para corregir la conducta de exclusión. Cuando se produce el incumplimiento al deber de testar ya es demasiado tarde para obligar legalmente al padre a realizar la inclusión de su hijo en el testamento. Si bien es posible reprochar moralmente al padre por no testar a favor de su hijo, no podremos establecer un mecanismo institucional para que cambie su testamento. Por lo tanto, no es posible reconocer un derecho legal a heredar cuyo incumplimiento sea susceptible de ser reclamado legalmente.

Si bien las características del derecho en cuestión limitan las posibilidades de reconocimiento de un deber legal de testar, esto no implica que no puedan concebirse mecanismos para reclamar, antes del incumplimiento, la realización de esta acción. Por ejemplo, se puede establecer que al momento de producirse el nacimiento de un hijo los padres tienen el deber legal de realizar o modificar su testamento para introducir a su descendiente en él. También es posible que ante la no inclusión de los hijos en el testamento se establezcan sanciones económicas bajo la forma de tributos especiales sobre la herencia o la nulidad del testamento en su totalidad.

III. Objeciones a la justificación del derecho a heredar como extensión del derecho a ser amado

En la sección anterior mostré la posibilidad de superar, al menos parcialmente, algunas críticas que podría enfrentar el derecho a heredar de los descendientes fundado en su derecho a ser amados. En esta sección presentaré tres objeciones a la justificación del derecho a heredar presentado. La primera se centra en las dificultades de establecer un deber de tener o expresar ciertas emociones. La segunda cuestiona la importancia de la herencia como mecanismo para manifestar amor. La tercera señala los problemas de establecer un derecho supletorio de recibir una herencia ante la ausencia de otros actos demostrativos de afecto parental.

¿Es posible un deber de amar?

Una primera objeción a la justificación del derecho a heredar basado en las necesidades de los hijos de recibir amor cuestiona la posibilidad de justificar un deber general de amar. Si no es posible justificar un deber general de amar a otra persona, entonces no puede sustentarse un deber de testar fundado en el deber de amar.

La objeción al deber de amar señala la dificultad de exigir determinadas emociones y actitudes. En este sentido, Simmons señala que

*se supone que las afirmaciones morales generalmente abarcan nuestras acciones; tener ciertos sentimientos (o experimentar ciertas emociones) parece inadecuado como contenido de una afirmación moral. La razón de esto es, creo, bastante simple. Se supone que tenemos un tipo de control sobre nuestras acciones que no tenemos sobre nuestros sentimientos*³².

Si bien parece posible obligar a alguien a que preste asistencia material mediante la transmisión de bienes, no parece igualmente posible exigir a alguien que ame a otra persona y le demuestre este afecto. Al respecto Kant dice que: “el amor es una cuestión de sentimiento, no de voluntad, y no puedo amar porque quiera, y menos aún porque deba (no puedo estar obligado a amar); por lo que un deber de amar es un absurdo”³³. En este sentido, Brighouse y Swift señalan que los padres tienen el deber de cuidar a sus hijos “pero el ‘cuidado’ que tienen el deber de proporcionar debe articularse en términos que lo hagan susceptible a la voluntad”³⁴.

Partiendo de la dificultad de exigir amor, algunos autores entienden que no puede existir un derecho legal a ser amado porque las emociones implicadas en el amor no pueden concebirse como un deber y “la estructura de los derechos requiere que haya un deber correspondiente real y realizable”³⁵. Tal y como lo señala, Kreiczler Levy³⁶, en el caso en que una madre quiera excluir a su hija de su testamento, ¿cómo puede la ley rectificar un mensaje simbólico de exclusión?

Otros autores³⁷ entienden que, si bien no es posible un deber de amar, sí es razonable justificar un deber de manifestar amor, es decir, de realizar actos que

(32) SIMMONS, A. John. *Moral principles and political obligations*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1979, p. 166.

(33) KANT, Immanuel. *The Metaphysics of Morals* (Traductor: M. Gregor), Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 161.

(34) BRIGHOUSE H. y SWIFT A., *op. cit.*, p. 20.

(35) COWDEN, Mhairi. “What’s love got to do with it? Why a child does not have a right to be loved”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2012, 15(3), p. 326, <https://doi.org/10.1080/13698230.2011.572426>.

(36) KREICZLER-LEVY, *op. cit.*, p.144.

(37) ALTMAN, Scott. “A theory of child support”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2003, 17(2), pp. 173-210, <https://doi.org/10.1093/lawfam/17.2.173>.

muestren amor aunque la persona no tenga un sentimiento de amor³⁸. En contra de esta última posición se ha dicho que demostrar un amor falso tiene dificultades vinculadas a la posibilidad de que el niño descubra que el amor que recibe no es verdadero y a la ineficacia de estos actos para desarrollar el tipo de bienes que sustentan la necesidad de recibir amor³⁹.

Hay otros autores que entienden que si bien las emociones no son directamente susceptibles a la voluntad, estas no están completamente fuera del control de las personas y, en este sentido, los padres tienen el deber de crear situaciones con sus hijos que fomenten los sentimientos de amor hacia ellos⁴⁰. Por ejemplo, los padres pueden tener el deber de compartir actividades con sus hijos para fomentar sentimientos de afecto hacia ellos. Así, “puede que no todos los padres tengan el deber de amar a sus hijos, pero dada la importancia crucial del amor para el desarrollo emocional sano del niño, todos tienen el deber de intentar desarrollar la capacidad de amarlos”⁴¹. Sin embargo, el tipo de actividades que pueden ser exigidas, según esta justificación, parecen ser aquellas que involucran el compartir actividades entre padres e hijos. El testar, o incluso el acto de amor implicado en ahorrar recursos y sacrificar bienestar actual en pos de beneficiar a los descendientes, no parece ser el tipo de actividad con el potencial de desarrollar sentimientos de afecto por parte de los padres.

¿Es necesaria la herencia para expresar amor?

Incluso suponiendo que los hijos tienen derecho a ser amados y que la transmisión de bienes por herencia sea un acto de amor, esto no implica que los padres tengan el deber de expresar el amor transmitiéndoles bienes a sus hijos al morir. Que un acto pueda satisfacer un deber no indica que el acto en cuestión sea obligatorio. En este sentido, se puede objetar que la herencia no es necesaria ni insustituible por otras prácticas intrafamiliares para expresar amor.

La determinación de qué actos de parcialidad fundamentan ciertas obligaciones depende de su importancia, en relación con otros actos, para la satisfacción de los intereses que fundamentan esas obligaciones. En este sentido, Halliday señala que “los actos de parcialidad más informales, realizados en las primeras etapas de la vida del niño, pueden estar entre los más importantes desde el punto de vista moral”⁴². Creemos que los padres que no comparten tiempo con sus hijos están, de

(38) Cowden sostiene que los hijos no tienen la necesidad de recibir amor de sus padres sino la necesidad de recibir un cuidado idóneo independientemente de las emociones internas que los padres tengan. Ver COWDEN, M., *op. cit.*, pp. 336-339.

(39) LIAO, Mathew S., *op. cit.*, pp. 121-123.

(40) BRIGHOUSE H. y SWIFT A., *op. cit.*, p. 21.

(41) BRIGHOUSE H. y SWIFT A., *op. cit.*, p. 21.

(42) HALLIDAY, D., *op. cit.*, 2018, p. 81.

alguna manera, incumpliendo sus deberes parentales y, en cierta medida, afectando al pleno desarrollo de sus hijos. Consideramos que aquellos padres que se centran en beneficiar materialmente a sus hijos pero que no comparten tiempo con ellos no han identificado lo que sus hijos realmente necesitan⁴³. Sin embargo, no tenemos las mismas intuiciones con respecto a los padres que no transmiten bienes por herencias a sus descendientes. Esta diferente apreciación de los actos de parcialidad se pone de manifiesto en el hecho de que no consideramos que quienes no reciben o esperan recibir bienes por herencia se vean afectados en las competencias necesarias para su desarrollo como personas. Como señalan Pedersen y Bøyum, que los padres no transmitan bienes por herencia a sus hijos “no parece amenazar la posibilidad de establecer relaciones amorosas, íntimas y espontáneas”⁴⁴.

¿Es posible un deber de testar como deber supletorio de manifestar amor?

¿Qué sucede si los padres no realizaron otros actos de amor más íntimamente ligados a las necesidades afectivas de sus hijos (como leerles cuentos antes de dormir, hacer las tareas escolares o compartir otras actividades con ellos)? Tal vez en los casos en que los padres no realizaron otros actos demostrativos de amor, el deber de testar podría justificarse como una obligación parental supletoria. Las personas que no recibieron amor de sus padres tendrían un derecho a heredar para suplir el déficit afectivo sufrido.

Existen problemas teóricos y prácticos con el reconocimiento de un derecho a heredar sujeto a la no realización de otras manifestaciones de amor. Desde el punto de vista teórico, como mencioné anteriormente, concebir a la transmisión de ciertos bienes como un acto de amor depende de la existencia previa de una relación amorosa entre las partes. La existencia de una relación de amor entre padres e hijos es la que da valor afectivo a la recepción de ciertos bienes por herencia. De forma tal que si no existieron manifestaciones previas de amor parental, la recepción de bienes por herencia no funcionará como un mecanismo para el desarrollo de los intereses morales de los hijos.

Existe a su vez otro problema teórico referido a la posibilidad temporal de establecer un derecho supletorio a heredar. De acuerdo al argumento presentado, solo existiría el deber de testar cuando no se han realizado otros actos demostrativos de amor. De forma tal, que el déficit de amor parental, que haría surgir el derecho a heredar, solo se verificaría al producirse la muerte del padre. El problema que se presenta es que cuando se verifica el déficit afectivo parental ya se produjo el fallecimiento del padre, por lo que no sería posible obligarlo legalmente a realizar ninguna acción.

(43) BRIGHOUSE H. y SWIFT A., *op. cit.*, p. 136.

(44) PEDERSEN, J. y BØYUM, S., *op. cit.*, pp. 302-303.

Ante la imposibilidad de configurar un deber legal de testar supletorio, el derecho a heredar podría asumir la forma de un derecho a una herencia legítima. En vez de establecerse un deber parental de testar, se podría establecer, tal y como lo hacen numerosos ordenamientos jurídicos, un orden de prelación al momento de producirse un fallecimiento, en donde aquellos legitimados por la ley como herederos pueden reclamar legalmente su parte de la herencia con prioridad sobre aquellas personas designadas por testamento.

El problema con el establecimiento de una herencia legítima para satisfacer la necesidad de amor de los hijos es que el heredero no es indiferente con respecto a quién realiza la transmisión. El hijo tiene un interés en que sus padres realicen ciertas acciones que demuestren afecto. El significado emocional de los bienes recibidos depende de que sean transmitidos por ciertas personas. De forma tal, que la mera recepción hereditaria que posibilita una herencia legítima, en donde la voluntad parental es suplantada, no satisface el interés afectivo del descendiente.

A estas dificultades teóricas con respecto a la configuración del derecho a heredar de carácter supletorio, se le agregan dificultades prácticas referidas a la posibilidad verificar la ausencia de actos de amor. En primer lugar, sería difícil determinar un déficit de amor paternal. ¿Cómo establecer que una persona fue insuficientemente amada por sus padres? En segundo lugar, hay buenas razones para considerar que no es posible ni deseable que el Estado controle todos los actos de parcialidad que se producen en una familia⁴⁵ para determinar este déficit de amor. Sería problemático aceptar el tipo de aparato estatal y las consecuencias para la privacidad de las personas que supondría verificar si los hijos compartieron actividades emocionalmente significativas con sus padres para reconocer un derecho a heredar. Someter un derecho al escrutinio estatal de un déficit de amor, incluso suponiendo que fuera posible, implicaría prácticas invasivas que “pueden infringir la libertad y la privacidad individual”⁴⁶.

IV. Consideraciones finales

En este artículo exploré una posible justificación del derecho de los hijos a heredar bienes de sus padres. Esta justificación establece que el derecho a heredar de los hijos es necesario para promover su interés en ser amados por sus padres. Como contrapartida de este derecho a recibir bienes que expresen afecto, los padres tienen el deber de testar a favor de sus hijos.

Existe una serie de objeciones que impide la justificación del derecho a heredar como acto de amor. Primero, por las dificultades de exigir determinadas emociones, se cuestiona la posibilidad de una obligación de amar y, más aún, la posibilidad de

(45) COWDEN M., *op. cit.*, pp. 341-342.

(46) LIAO, Matthew S. “Why children need to be loved”, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2012, 15(3), p. 355, <https://doi.org/10.1080/13698230.2012.679422>.

derivar de esta obligación un deber legal de testar. Segundo, como la transmisión hereditaria de bienes tiene una importancia inferior a la de otros actos de parcialidad familiar, la herencia no es un mecanismo necesario ni insustituible de amor parental. Tercero, incluso suponiendo que la herencia pueda ser un mecanismo necesario para expresar amor ante la ausencia de otras prácticas afectivas, existen razones teóricas y prácticas para no establecer que existe un derecho legal o moral supletorio a heredar.

Las objeciones presentadas impiden justificar un derecho a heredar que funde un deber a la vez que limite la libertad testamentaria. Sin embargo, lo afirmado no implica que el papel de la transmisión hereditaria como acto de amor no pueda fundar un sistema de presunciones cuando la persona fallecida no haya elaborado un testamento. En este sentido, el afecto presunto del causante a sus descendientes puede justificar el reconocimiento de un derecho a heredar que opere cuando no se haya estipulado lo contrario por testamento (derecho condicional a heredar)⁴⁷.

En conclusión, no es posible fundar un derecho a heredar que limite la potestad de testar a partir de la necesidad de los hijos de recibir amor de sus padres. Por lo tanto, la justificación de un derecho legal a heredar de los descendientes debe fundarse en otros intereses moralmente relevantes de los hijos o en intereses colectivos de la sociedad.

(47) Agradezco al evaluador anónimo por su observación sobre la importancia del afecto presunto del causante como fundamento de la transmisión hereditaria en el contexto del sistema de derecho latino.