

La legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil y Comercial

por ALBERTO PESTALARDO⁽¹⁾ e INÉS BERASATEGUI⁽²⁾

I | Introducción

El reciente Proyecto de Código Civil y Comercial contempla reformas a la legítima hereditaria. Nos centraremos en analizar dicho proyecto, en particular, en lo que hace a la modificación del *quantum* de la porción legítima, y a la superación —o no— de algunos errores o incongruencias que muestra el Código actual en la regulación de dicha institución.

Para ello, primeramente, haremos algunas referencias a los antecedentes históricos de la institución de la legítima hereditaria, partiendo del derecho romano, que constituye el innegable último fundamento de buena parte de nuestro ordenamiento jurídico, para llegar al tratamiento que el tema ha tenido en el derecho argentino, y finalizar con el análisis del Proyecto de Reforma y su interpretación.

2 | Algunos antecedentes históricos

2.1 | El derecho romano

En tiempos remotos en Roma, por la estructura familiar, el heredero era el sucesor en la potestad soberana sobre el grupo agnaticio o sobre la

(1) Abogado. Secretario del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 84.

(2) Abogada. Oficial interina del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 84.

gens y, en su consecuencia, también en los bienes, o sea, que la herencia originaria servía como medio de traspaso de la soberanía, en lugar de traspaso patrimonial.⁽³⁾

Guaglianone sostiene, por su parte, que no es posible aún en esta época primitiva diferenciar el derecho de la religión, la moral o la filosofía, y sostiene que, en ese contexto, "... la herencia no importa transmitir los bienes privados por la muerte de su titular, sino que consiste en el mantenimiento de la unidad de un grupo primario sobre la mudanza terrestre".⁽⁴⁾ Así, la propiedad inmueble no era en un comienzo de los individuos sino de las familias, cuyo jefe o cabeza era quien la administraba y luego, con el paso del tiempo, pasó a ser propiedad del administrador, momento a partir del cual este último habría comenzado a disponer de ella con total libertad, lo que se ve en el derecho quirritario.⁽⁵⁾ De allí proviene la amplia libertad de testar que tenía el *paterfamilias* desde que se tiene noticia escrita de ello.

Coincidentemente con ello, la ley XII de las Tablas consagraba el derecho absoluto de disponer del patrimonio según la voluntad del testador, en tanto el testamento cumplierse con ciertos requisitos. Esta libertad absoluta del *paterfamilias* según el *ius civile*, conllevaba tanto la posibilidad de instituir heredero a quien quisiera cuanto la de desheredar a los *sui heredes* aún sin fundamento.⁽⁶⁾ Si bien este derecho absoluto, en un principio no era usado para esto último, al modificarse las costumbres primitivas y debilitarse la familia, en la época de declinación de la República, el testamento comenzó a ser expresión de una voluntad casi caprichosa,⁽⁷⁾ lo que motivó —como reacción y como forma de protección contra los abusos de testadores inescrupulosos— la aparición de la sucesión *iure civili* en caso de preterición (omisión) de los *sui heredes*.

.....

(3) Ver BONFANTE, PEDRO, *Instituciones de Derecho Romano*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1979, pp. 553/554.

(4) GUAGLIANONE, AQUILES H., *Historia y legislación de la legítima*, Bs. As., 1940, (s.e.), Tesis laureada con el premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939)

(5) Ver GUAGLIANONE, AQUILES H., *Ibid*, p. 15.

(6) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *Derecho Privado Romano*, Bs. As., Depalma, 1999; GUAGLIANONE, AQUILES H., *Ibid*, p. 126.

(7) Ver GUAGLIANONE, AQUILES H., *Ibid*.

En efecto, el *ius civile* preveía, como quedó dicho, una amplia libertad para el *paterfamilias* de instituir herederos o desheredar en forma expresa a los *sui iuris*, mas nada disponía respecto de la preterición u omisión de estos últimos en el testamento. Esto hizo que los juristas pudieran interpretar que el *pater* no había querido omitir a los *sui heredes*. Esta preterición tenía diferentes consecuencias según quién o quiénes eran los herederos omitidos. Así, a través de la *querella nullitatis ex jure antiquo* se llegaba a la nulidad absoluta del testamento para el caso de que uno de los hijos varones que estaban bajo la *patria potestas*, no fuera desheredado *nominatim* (esto es, nombrándolos expresamente o indicándolo de manera inequívoca si era un solo hijo),⁽⁸⁾ sino omitido. Los restantes *sui heredes* podían, por el contrario, ser desheredados en conjunto (*ceteri omnes*), y en caso de ser preteridos, ello no acarreaba la nulidad del testamento, no obstante lo cual conservaban derecho a gozar de una parte de la herencia: de una porción viril igual a la del *sui heredes* instituido heredero, o bien a la mitad de la parte que le correspondía al instituido en caso de ser este último un extraño.⁽⁹⁾ Como consecuencia de esta defensa, la herencia se abría *ab intestato*, por lo que se la llama “herencia contraria al testamento”, constituyendo una excepción a la clásica regla *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.⁽¹⁰⁾

Contemporáneamente a la herencia contraria al testamento, apareció la *bonorum possessio contra tabulas testamenti*, que consistía en un remedio procesal concedido por el *pretor* para detener la ejecución de un testamento *injustum*⁽¹¹⁾. El *pretor* no podía hacer a nadie heredero —en tanto ello debía ser establecido por el testamento o bien por la ley—, pero sí podía, en cambio, conceder a determinadas personas la *bonorum possessio*, esto es, la posesión de la herencia, colocándolos no como herederos sino como *bonorum possessores*. Esta defensa era otorgada no sólo a los *sui iuris* o “agnados”, sino también a aquellos descendientes por vínculo

(8) Ver GAYO, *Institutas*, II, 127.

(9) Ver GAYO, *Institutas*, II-124 a II-128; DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 177/178; GUAGLIANONE, AQUILES HORACIO, *op. cit.*, pp. 138/139; ROLFO DE COSTAMAGNA, MARÍA LUISA, “La necesidad de institución de heredero en el testamento romano”, en *Profundización en derecho romano-cuestiones actuales*, Córdoba, Ed. Alveroni, 1998, p. 100.

(10) ULPIANO, *Digesto*. 29.1.6 y JUSTINIANO, *Inst.* 2.14.5, cit. por DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, p. 179; BONFANTE, PEDRO, *op. cit.*, p. 570.

(11) Ver GUAGLIANONE, AQUILES H., *op. cit.*, p. 140.

“cognaticio”, es decir, a todos, los *liberi*, incluyendo a los emancipados.⁽¹²⁾ Constituía así una medida más amplia que la “herencia contraria al testamento” en cuanto a sus beneficiarios. Sus efectos fueron limitados por un rescripto de Marco Aurelio que estableció que los hijos y los nietos no debían recibir por la *bonorum possessio* más de cuanto pudiesen conseguir de acuerdo al derecho civil.⁽¹³⁾

Casi contemporáneamente a los remedios ya indicados, apareció la *querella inofficiosi testamenti*,⁽¹⁴⁾ que podía ser ejercida aun por aquéllos desheredados en forma expresa sin causa justificada, por una razón moral: el haber faltado el testador al **deber de piedad** (*officium pietatis*), lo que conducía, según los casos, a considerar que había actuado *color insaniae* (esto es **como si estuviese demente**, no por entender que estaba efectivamente afectado en sus facultades mentales —lo que conllevaría la nulidad del testamento— sino que el testamento, aunque regular en cuanto a sus formas, era contrario a los deberes de piedad entre parientes) y, como consecuencia, a la anulación del testamento o a que se les otorgara a los beneficiarios una determinada parte o porción de la herencia, lo que constituirá la “legítima”⁽¹⁵⁾. Se trataba de una medida extraordinaria, que era concedida solo “a falta de otro medio de derecho para llegar a los bienes del difunto”⁽¹⁶⁾ y, por ello, no era procedente en caso de resultar viable alguna de las defensas antes explicadas. Quienes podían atacar al testamento por medio de esta querella no eran todos los herederos a quienes hubiera correspondido la herencia *ab intestato*, sino sólo los parientes más allegados —esto es, desde la época clásica, en general, los descendientes y ascendientes tanto agnados como cognados, varones y mujeres— en forma recíproca, vale decir todos aquellos que pudieran pedir la herencia civil o pretoriana. No podían tampoco hacerlo conjunta-

(12) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, p. 181.

(13) Ver GUAGLIANONE, AQUILES H., *op. cit.*, p. 142.

(14) Publicación realizada por KRIEGLER, HERMANN Y OSENBRUGGEN, *Derecho Civil Romano*, Justiniano, Instituta, libro II, título XVIII, trad. de Ildefonso L. García del Corral t. 1, Barcelona, Jaime Molinas Editor, 1889, t.1, p. 62 ; y Ulpiano, Marciano, Marcelo, Gayo, Paulo, Modestino, Scévola, Papiniano, Trifonino, en “Digesto o Pandectas” de Justiniano, , nros.1 a 32, pp. 430/441

(15) Ver BONFANTE, PEDRO, *op. cit.*, pp. 644/648; DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 184 y 185; JUSTINIANO, *Institutas*, 2, Título .XVIII, pr. (ed. Bibliográfica Omeba citada, pp. 152/153).

(16) JUSTINIANO, *Institutas*, 2, Título XVIII, 2 (ed. Bibliográfica Omeba citada, p. 153).

mente, sino que se guardaba el mismo orden de prevalencia que el que hubiera correspondido en la herencia *ab intestato*.⁽¹⁷⁾

Como ya señalamos más arriba, en caso de ser admitida la *querella inofficiosi testamenti*, como regla general el testamento quedaba rescindido y se abría la herencia *ab intestato*, aunque también existía la posibilidad, en casos excepcionales, de que el testamento fuera rescindido en forma parcial.⁽¹⁸⁾ Es en estos casos, entonces, donde aparece —finalmente— la legítima. En efecto, a veces el testador instituía herederos pero por una porción de bienes que podía considerarse insuficiente a los fines del *officium pietatis*. La porción considerada suficiente para decidir la improcedencia de la *querella*, en un principio se encontraba indeterminada; hacia el fin de la época republicana se consideraba que era la cuarta parte de lo que le hubiera correspondido al heredero en caso de haber habido herencia ***ab intestato***, parámetro que se considera se tomaba por analogía a lo dispuesto por la *lex Falcidia* que beneficiaba garantizando al menos una *quarta pars* de la herencia al heredero testamentario cuya herencia tuviera demasiados legados y *donationes mortis*.⁽¹⁹⁾

Esta cuarta parte era calculada sobre la base del patrimonio neto del testador (incluyendo los créditos y excluyendo las deudas) a la fecha de su fallecimiento, y también podían los beneficiarios de la legítima hacer valer su derecho frente a liberalidades concedidas en vida por el testador, reduciéndolas hasta un monto que respetara la porción legítima.⁽²⁰⁾

Posteriormente, Justiniano introduce importantes modificaciones respecto de la institución que nos ocupa, intentando —tal el propósito de toda su obra— unificar el sistema referido a las sucesiones contra el testamento. En primer lugar, previó que la *actio ad supplendam legitimam*, (que procedía en aquellos casos en que el *pater* hubiera dejado determinadas liberalidades a los hijos, inferiores a la legítima, y en que el testamento

(17) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 186/188, y fuentes allí citadas.

(18) Sobre los casos en que procedía la rescisión parcial, como así también respecto de los requisitos para la procedencia de la *querella* y sus efectos, según los casos, ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 193/199, VI y VII.

(19) Ver GAYO, II, 227; DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, p. 190

(20) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 191/192.

preveía que éstas pudieran ser completadas hasta alcanzar el monto de tal porción, no procediendo entonces la *querella inofficiosi testamenti*), pudiera ser ejercida por todos los herederos legitimarios que hubieran recibido una parte inferior a la legítima, aun cuando el testamento no previera que ésta se debía completar. Así, se impedía la *querella*, favoreciendo la validez de los testamentos.⁽²¹⁾

Asimismo, en la novela 18, Justiniano aumentó el monto de la legítima, llevándola desde la *quarta pars* a 1/3 de lo que les hubiera correspondido *ab intestato* a los hijos si eran hasta cuatro, y a 1/2 si eran cinco o más.⁽²²⁾

Por otra parte, a partir de la novela 115, se determina que los ascendientes no pueden preterir ni desheredar a sus descendientes ni viceversa, sin expresar una justa causa para ello. Ello importa que no sólo pueden pedir la legítima sino el derecho expreso a ser herederos. Justiniano estableció también cuáles eran las causales de ingratitud que permitían la desheredación de ascendientes y descendientes, las cuales, si eran probadas, hacían que el testamento fuera válido, y si no, era nulo pero sólo en cuanto a la institución de heredero, quedando válidas el resto de las disposiciones del testamento.

2.2 | El derecho español medieval

En la Edad Media pervivió el derecho romano, debiendo considerarse que, en principio, en el Imperio de Oriente, se continuó aplicando hasta la caída de Constantinopla en 1453, básicamente el derecho justinianeo sin mayores modificaciones.⁽²³⁾ Por otra parte, la destrucción del Imperio Romano de Occidente a partir de las invasiones bárbaras tampoco acarreó como consecuencia la pérdida de vigencia del derecho romano, que continuó en las obras jurídicas de los bárbaros. Aquí se observaba un doble derecho: el derecho romano prejustiniano (dado que el ordenamiento de Justiniano en Oriente fue posterior a la invasión bárbara en Occidente) y el

.....

(21) Ver DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, pp. 199/200.

(22) Ver KRIEGLER, HERMANN Y OSENBRUGGEN, *Derecho Civil Romano, op.cit.*, t.VI, pp. 94 y ss.; DI PIETRO, ALFREDO, *op. cit.*, p. 200.

(23) Ver VOGEL, CARLOS ALFREDO, *Historia del Derecho Romano*, Bs. As., Editorial Perrot, 1957, pp. 289/290.

bárbaro, aplicándose el primero de ellos (*lex romanae-barbarorum*) a los súbditos romanos y el segundo a sus invasores.⁽²⁴⁾

Nos interesa especialmente el derecho medieval español por la influencia que luego tendrá en el derecho de Indias y en el argentino. Con el período de la Reconquista del territorio contra los invasores musulmanes (desde el siglo VIII hasta el XV) desapareció en España la uniformidad legislativa y, sobre todo a partir del siglo XII, comenzó un derecho original, local y principalmente consuetudinario, luego codificado en forma de fueros. Cabe agregar, también, que la penetración del derecho romano en los reinos de Castilla y León fue definitiva a partir de las “Siete Partidas” del rey Alfonso X llamado “el Sabio”, publicadas por él entre 1256 y 1265, que tuvieron como fuentes tanto la compilación justiniana cuanto a los glosadores y posglosadores.⁽²⁵⁾

En cuanto al derecho sucesorio castellano en la Alta Edad Media, podemos decir, como idea general, que la sucesión se identificó con la sucesión legítima. Vale decir que la transmisión de bienes a través de un testamento, que para el derecho romano —como vimos— no sólo era una forma de sucesión sino la más importante, no se consideraba sucesión.⁽²⁶⁾

¿Cómo se llegó a esta situación? Existe una evidente vinculación —tal como quedó visto— entre el derecho sucesorio y el contexto social de cada época; en especial con la concepción de sociedad y de familia. La razón del desplazamiento de la adquisición testamentaria a título universal en esta época se debió al arraigo de la comunidad familiar, que impuso la sucesión del grupo familiar, lo que no impidió, no obstante, que pudieran coexistir con la sucesión familiar algunas disposiciones *mortis causa* a título singular.⁽²⁷⁾ En esta sucesión familiar, no había propiamente una transmisión de bienes, sino un cambio de titularidad, siendo el heredero considerado tal aún en vida del titular de los bienes. Por otra parte, cabe

(24) Ver VOGEL, CARLOS A., *Ibid*, pp. 299/304.

(25) Ver VOGEL, CARLOS A., *Ibid*, pp. 337/347.

(26) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *Manual de Historia del Derecho Argentino (castellano-indiano/nacional)*, Bs.As., Ed. Depalma, 1996, tomo II, p. 335.

(27) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Esquema Histórico del Derecho Sucesorio*, Bs. As., Ed. Macchi, 1982, pp. 10/11.

considerar con especial atención la fuerte concepción religiosa de los cristianos españoles de esta época, fortalecida a raíz de la lucha contra los musulmanes, mediante la cual se consideraba a esta vida como un paso, por lo que la mayor preocupación era prepararse correctamente para la muerte y la salvación del alma. Esta concepción influirá en los actos jurídicos *mortis causa*, provocando que se hiciesen mediante éstos limosnas, donaciones destinadas al culto, e incluso “disposiciones en favor del alma”.⁽²⁸⁾ No obstante, cuando el causante tenía hijos u otros descendientes, su facultad de realizar estas donaciones se veía limitada a una parte o cuota del patrimonio, que oscilaba entre la mitad y el quinto de los bienes.⁽²⁹⁾ Así reaparece la legítima, aunque no ya como una limitación a la sucesión testamentaria —inexistente como vimos— sino como una porción de los bienes indisponible para aquellos que contaban con descendencia.

En la Baja Edad Media (que podemos ubicar entre los siglos XII y XV), contrariamente a la situación descripta recién, se dio en España un apogeo de la sucesión testamentaria. El paso de un período a otro se fue dando lentamente, y un hecho fundamental en el campo jurídico estuvo dado por la recepción del derecho romano-canónico, hecho que fue dándose en forma gradual y con el apoyo del poder real.⁽³⁰⁾

Ya a fines del siglo XI aparecieron las *mandas*, que constituían actos de última voluntad en sentido estricto similares a los testamentos dejados de lado, habiéndose admitido en el siglo XIII su revocabilidad y la posibilidad de instituir heredero.⁽³¹⁾

En definitiva, con el renacimiento del derecho justiniano a partir de la recepción arriba apuntada, y, por tanto, la reaparición del testamento romano, la Iglesia encontró propicia la ocasión de testar para llevar a cabo obras de caridad y de sostenimiento de la propia Iglesia, pudiendo tener vocación hereditaria el alma del difunto, lo que significaba aplicar toda o parte de la herencia a su salvación, razones por las cuales se fue difundiendo el testamento cada vez más entre los fieles cristianos. La predilección

(28) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Ibid*, p. 3.

(29) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *Ibid.*, p. 17.

(30) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, p. 237; TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, pp. 21 y 24.

(31) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 18.

de esta época por el testamento se vio reflejada en las Partidas, en tanto la Partida VI, dedicada a las sucesiones, cuenta con doce títulos que tratan de los testamentos y sólo uno referido a la sucesión intestada.⁽³²⁾

En este contexto, y en cuanto a la legítima, podemos decir que la llamada “vocación hereditaria del alma” se veía limitada ante la existencia de hijos o parientes, en cuyos casos la cuota *pro anima* se fijaba en general en el quinto de los bienes. El Fuero de Soria prohibió a quien tuviera descendientes legar a su muerte más de la quinta parte de sus bienes, y previó la posibilidad de mejorar a uno de los hijos en una cuarta parte, dejando a salvo el quinto que podía el testador dar a su alma o a quien quisiese; el Fuero Real (1252-1255) repitió el precepto, pero elevando la mejora a la tercera parte de los bienes.⁽³³⁾

No obstante, la reaparición y valorización del testamento, la voluntad del testador se veía limitada por las leyes, que buscaban proteger a su familia, en especial cuando éste contaba con ascendientes o descendientes legítimos. Junto con el testamento reaparece, entonces, la legítima hereditaria. En cuanto a su monto, existieron dos tendencias, la de la “legítima española” —que permitía al testador disponer sólo de un quinto de sus bienes al existir descendientes legítimos— y, luego, a través de las Partidas, la “legítima romana”, que reducía el porcentaje indisponible al tercio si fueran cuatro hijos y a la mitad si eran más de cuatro. Finalmente, triunfó la primera tendencia, quedando sin aplicación lo dispuesto al respecto por las Partidas. Por otra parte, las leyes 6 y 28 de Toro fijaron en dos tercios la legítima de los ascendientes y en cuatro quintos la de los descendientes legítimos (los naturales no tenían legítima).⁽³⁴⁾

Reapareció también la posibilidad —en el Fuero Juzgo y el Fuero Real— de establecer una “mejora” (que era propia del derecho visigótico), que consistía en una cuota hereditaria que el testador podía acumular a la legítima de un descendiente, mejorando así su situación en la sucesión, lo que constituía un medio para privilegiar a uno de sus hijos sobre otros, por diversos motivos (debilidad o incapacidad del heredero, preferencia del

(32) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 237/239 y TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, pp. 30/31.

(33) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, p. 239.

(34) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 40

padre, premio). Esta mejora podía realizarse tanto por actos entre vivos como *mortis causa*.⁽³⁵⁾ El heredero perjudicado en su legítima por excesivas mandas otorgadas por el testador, podía obtener la disminución de aquellas mediante la acción *falcidia de superfluo*.⁽³⁶⁾

Cabe agregar que las Partidas, regularon en esta época en forma íntegra el derecho sucesorio, llegando su aplicación como fuente legislativa principal en esta materia a la Edad Moderna e incluso hasta el siglo XIX.⁽³⁷⁾

Podemos concluir a modo de síntesis diciendo que, contrariamente al derecho sucesorio en la Alta Edad Media, que se inspiraba principalmente en la idea de propiedad familiar, el derecho sucesorio de la Baja Edad Media, a partir de la Recepción, tuvo un sesgo más individualista.⁽³⁸⁾

En América se aplicó el derecho sucesorio castellano, con las características propias de la Baja Edad Media y del período moderno, por lo cual, tal como en España, el testamento constituyó el núcleo del derecho sucesorio indiano, existiendo algunas disposiciones especiales relativas a los indígenas, a quienes instruían y aconsejaban para que hicieran testamento.⁽³⁹⁾

Existían de este modo dentro de la realidad indiana dos ordenamientos distintos, uno para los españoles y otro para los indios, en favor de los cuales se establecían ciertos privilegios, considerando su escasa formación cultural, muchas veces su condición de "infielos", y todas las características que constituían la situación jurídica de "miserables" (término que significaba, en su origen, "dignos de misericordia") y, por lo tanto, en desventaja desde todo punto de vista.⁽⁴⁰⁾ Continúa, pues en esta etapa, en América, el régimen sucesorio ya descrito.

(35) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 246/247; TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 41.

(36) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*

(37) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 26.

(38) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 47.

(39) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, p. 251.

(40) Señala Tau Anzoátegui que: "...los indígenas americanos eran considerados seres libres, aunque con algunas excepciones..." no obstante lo cual, al mismo tiempo, se los consideraba rústicos e ignorantes, otorgándoseles privilegios con el propósito de protegerlos y así aparecían jurídicamente como "menores" (*op. cit.*, p. 73).

2.3 | La Edad Moderna

El racionalismo jurídico propio de los siglos XVIII y XIX (aunque ya puede ubicarse su comienzo a fines del siglo XVII), que concebía la idea de que el derecho debía ser el mismo para todos los tiempos y todas las culturas (en tanto la razón humana podía descubrirlo en la naturaleza o bien construirlo en forma completa y perfecta), trajo como consecuencias un derecho más universal, ajeno a la tradición jurídica propia de cada pueblo, una creciente importancia de la ley como fuente casi exclusiva del derecho, en desmedro de las restantes, y desembocó en el movimiento codificador.

Por otra parte, a raíz del individualismo también imperante en la época, se consideraba a la sucesión *ab-intestato* como un “testamento tácito” fundado en la presunta voluntad del causante, lo que encaminó, a su vez, a regular cada vez más el testamento, contra la voluntad de su autor.⁽⁴¹⁾

Así, en el derecho francés, a partir de la Revolución de 1789, tributaria de las ideas expuestas, se ensalzaron las libertades individuales y la propiedad individual, pero, paradójicamente, no se favoreció al testamento, al que se le consideraba como “instrumento de concentración de riqueza, fuente de privilegios y motivo de discordia entre las familias”.⁽⁴²⁾ La sucesión se entendió como una mera consecuencia del derecho de propiedad, por lo que se extendió el interés en proteger a los descendientes. Si bien se fortaleció la idea de propiedad privada y del poder de disponer de ella mediante actos entre vivos, no sucedió lo mismo con la posibilidad de disponer de los bienes *mortis causa*, atacándose al testamento, cuya importancia decrecía en la medida en que aumentaba, exageradamente, la de la ley, que era la que debía determinar quiénes eran los sucesores, existiendo en esto un interés público en defender, precisamente, el principio absoluto de igualdad entre tales sucesores.⁽⁴³⁾

No obstante, es de destacar que este pensamiento llegó a España con posterioridad a Francia y que, durante los siglos XVI y XVII, pervivió en España y en los territorios americanos el derecho tradicional. Ni en España

(41) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 255/256, con citas de Grocio y Puffendorf.

(42) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, p. 256.

(43) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op.cit.*

ni en América se advirtió en aquella época ni posteriormente un cambio tan notorio y drástico en el derecho sucesorio como el que sucedió en Francia. Si bien aparecieron nuevas orientaciones y planteos distintos de los tradicionales, contrariamente a lo sucedido en Francia donde se sancionaron nuevas leyes, continuaron rigiendo en la materia principalmente las Partidas y las Leyes de Toro, hasta la sanción de los Códigos nacionales.⁽⁴⁴⁾

Resulta ilustrativa de este nuevo modo de pensar la postura del jurista inglés Jeremías Bentham, quien, invirtiendo el orden romano, consideraba en primer lugar la sucesión *ab intestato* y en segundo lugar la testamentaria, dándole al testamento, contrariamente al derecho tradicional, una función de medio supletorio para atemperar o corregir los defectos de la aplicación de la ley general.⁽⁴⁵⁾

En este contexto, podríamos decir que la institución de la “legítima” se vio por una parte “debilitada” o bien disminuida en cuanto a su aplicación efectiva en tanto y en cuanto disminuyó también la redacción de testamentos, mas, por otra parte, se vio consolidada y fortalecida como un freno legal puesto a la voluntad del testador, considerada muchas veces caprichosa e inicua frente a la justicia impuesta por la ley.

3 | La recepción de la legítima en el derecho argentino: el Código de Vélez Sarsfield

Luego de la independencia argentina y con anterioridad a la obra codificadora de Vélez Sarsfield, continuó en nuestro país —como quedó visto— la aplicación del derecho indiano, con excepción de lo establecido por distintas disposiciones nacionales o locales de los gobiernos patrios, influidas por las ideas imperantes en la época vistas en el apartado anterior, que no interesan particularmente a nuestro estudio en tanto ninguna de las modificaciones por ellas introducidas son atinentes a la cuestión de la legítima.⁽⁴⁶⁾

.....

(44) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, pp. 81/89.

(45) Ver cita de BENTHAM, JEREMÍAS *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, 1821, T. II, p. 46, en TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 97

(46) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 257/261.

Tau Anzoátegui distingue, en las legislaciones surgidas en España y América durante las primeras siete décadas del siglo XIX: “Una, anterior en el tiempo, que mantuvo los lineamientos del derecho sucesorio tradicional; y otra, que atenta a las nuevas ideas, las admitió con mayor o menor amplitud”, ubicando al proyecto de Código Civil Argentino realizado por Dalmacio Vélez Sarsfield en 1869, dentro de la segunda tendencia.⁽⁴⁷⁾ Deduce esto de la ubicación preeminente en lugar y extensión que otorgó el codificador a la sucesión legítima (que llama “intestada”) por sobre la testamentaria.⁽⁴⁸⁾

Respecto de las fuentes del Código Civil de Vélez Sarsfield, en general y como es sabido, fueron principalmente el derecho romano (si bien en forma indirecta), la legislación española y patria, el derecho canónico, el Código Napoleón y sus comentaristas y la obra del jurista brasileño Freitas.⁽⁴⁹⁾

Contrariamente a lo que sucede con la mayor parte del Código Civil Argentino, en materia sucesoria, Vélez Sarsfield no contó con la guía de Freitas, siendo el libro cuarto de su Código obra personal del propio Vélez, quien en algunos casos tomó como fuente el derecho indiano y en otros no, adoptando también soluciones propias del derecho provincial o extranjero y, en cualquier caso, del derecho romano, fuente próxima o remota de casi todas las restantes.⁽⁵⁰⁾

Conforme al sistema original del Código Civil argentino, al testador no le era permitido, teniendo herederos forzosos, instituir heredero a un extraño o a alguno de dichos herederos en desmedro de otros; la preterición de alguno o todos los herederos forzosos en línea recta, anulaba la institución de heredero, quedando sólo válidas las mandas y mejoras que no

(47) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, pp. 102/103.

(48) Ver TAU ANZOÁTEGUI, VÍCTOR, *op. cit.*, p. 106. No obstante, debemos señalar que esta interpretación no es pacífica entre los autores (contra ella, entre otros, BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Vocación sucesoria. Sus fuentes en la reforma del Código Civil*, Bs. As., 1975, citado por CAFFERATA, JOSÉ IGNACIO, *Legítima y sucesión intestada*, Bs. As., Astrea, 1982, p. 28, nota 21), y se relaciona con la polémica acerca de si la legítima es parte de la herencia o de los bienes a la que nos referiremos más adelante.

(49) Ver LLAMBIAS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Bs. As., Perrot, T. I, p. 198.

(50) Ver LEVAGGI, ABELARDO, *op. cit.*, pp. 261/262.

fueran inoficiosas.⁽⁵¹⁾ Por otra parte, Vélez entendió a la legítima hereditaria como un derecho global perteneciente a los distintos grupos de legitimarios, y no como un derecho individual de cada uno de los llamados a recibirla, razón por la cual, por una parte, su porcentaje no varía, independientemente de la cantidad de legitimarios y, por la otra, la desaparición o exclusión de alguno de ellos redundaba en beneficio de los restantes, no pasando a engrosar la porción disponible del patrimonio del testador.⁽⁵²⁾ Podemos decir en otro orden de ideas, que el orden y el modo en que se recibe la legítima conforme al sistema del Código Civil argentino coincide con el orden y modo en que se recibe la herencia. Así "Tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en el Título anterior".⁽⁵³⁾

En cuanto a la legítima que le correspondía a cada uno de los herederos forzosos, la de los hijos legítimos era de cuatro quintos de todos los bienes del causante comprendiendo aquellos que deben colacionarse; la de los ascendientes legítimos era de dos tercios de los bienes de la sucesión, la de los cónyuges, la mitad de los bienes de la sucesión aunque fueran gananciales, la de los hijos naturales la mitad de los bienes del difunto, la de los padres naturales la mitad de los bienes, salvo que el hijo natural estuviese casado en cuyo caso sería un cuarto de la sucesión y, si el hijo natural hubiese tenido descendencia, el padre natural no tenía legítima.⁽⁵⁴⁾

El Código de Vélez sancionó de nulidad a las disposiciones testamentarias que impusieran gravámenes o condiciones a las porciones legítimas (art. 3598), y a las renunciaciones o pactos sobre la legítima futura (art. 3599) y estableció que las disposiciones testamentarias que menguasen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de estos últimos, a los términos debidos (art. 3601) y que "el heredero forzoso a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento" (art. 3600).

.....

(51) Ver texto original artículo 3715; CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 65/66.

(52) Ver CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 67/72, con citas de Borda y Machado.

(53) Ver artículo 3592 del Código Civil; CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 72/73.

(54) Ver artículos 3593 a 3597 del Código Civil, ley 340.

Respecto de la desheredación, que hace perder al heredero forzoso la legítima, sólo puede hacerse con justa causa, y según las causas que taxativamente establece el Código Civil, que deben estar expresadas en el testamento, so pena de nulidad, y dicha desheredación queda sin efecto de mediar posterior reconciliación entre ofensor y ofendido (arts. 3744 a 3748 y 3750 del Código Civil). Sí en cambio, se estableció que tenían derecho a la legítima que hubiera correspondido al desheredado sus descendientes (art. 3749 del Código Civil).

Queda claro, en definitiva, que Vélez⁽⁵⁵⁾ decidió dar prioridad a la sucesión intestada frente a la testamentaria, estableciendo —entre otras disposiciones— una porción legítima para los herederos forzosos, que asciende a cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, para los hijos, de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, para los ascendientes, y de la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales, para los cónyuges supérstites.⁽⁵⁶⁾

No obstante, las diversas fuentes a partir de las cuales redactó el codificador distintos artículos provocaron algunas discordancias entre los textos, que dieron lugar a largas polémicas doctrinarias y jurisprudenciales, y también a algunas reformas legislativas. Nos referiremos a alguna de ellas más adelante.

4 | Las reformas introducidas por leyes posteriores

Analizaremos seguidamente las reformas introducidas por leyes posteriores a artículos del Código Civil referidos a la porción legítima.

La ley 14.367 (promulgada el 11 de octubre de 1954), suprimió las “... discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que la legislación vigente establece respecto a estos últi-

.....

(55) Ver Título X del Libro cuarto del Código Civil, “De la porción legítima de los herederos forzosos”.

(56) Ver artículos 3591 a 595 del Código Civil Argentino.

mos” eliminando así las distintas calificaciones que establecía el Código Civil respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio y unificando todas las clases en la de hijos extramatrimoniales, y estableció su aplicación en materia de derecho sucesorio a las sucesiones que se abrieran con posterioridad a la promulgación de esta ley, disponiendo que “los hijos nacidos fuera del matrimonio tendrán en la sucesión del progenitor un grado igual a la mitad del que asigna la ley a los hijos nacidos dentro del matrimonio” y que “la porción disponible del progenitor, a cuya sucesión concurrieran hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, queda limitada a la décima parte de su acervo”.⁽⁵⁷⁾

La reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711 (BO del 26 de abril de 1968) intentó, en cuanto a la legítima hereditaria, eliminar imprecisiones e incongruencias que habían dado lugar a las diversas interpretaciones y debates suscitados entre distintos autores y también en la jurisprudencia, a los que luego haremos referencia, pretendiendo conformar un sistema más coherente y que dejara menos espacio a la diversidad de interpretaciones.

Así, a fin de eliminar el debate acerca de la naturaleza jurídica de la legítima, se derogó el art. 3354 del Código Civil, que establecía que el heredero podía renunciar a la herencia y conservar la legítima, supuesto evidentemente incompatible con el hecho de que ésta fuera *pars hereditatis*. Esta derogación confirmó, en opinión de Borda, que la legítima, en nuestro derecho, es parte de la herencia.⁽⁵⁸⁾ No obstante, ello no finiquitó en forma absoluta el debate, como lo veremos más adelante.

Por otra parte, la reforma introdujo modificaciones en cuanto al cálculo de la legítima respecto de las donaciones (arts. 3477 y 3602).⁽⁵⁹⁾

El art. 3604 en su redacción original, preveía que:

“Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el

.....

(57) Artículos 1, 7, 8 y 9 de la ley 14.367.

(58) Ver BORDA, GUILLERMO A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Ed. Perrot, 1971, p. 580.

(59) Ver BORDA, GUILLERMO A., *Ibid*, pp. 581/582.

valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos legítimos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima”.

Señala Borda que la fuente de este artículo, el art. 918 del Código Civil Francés, que establecía que “El valor en plena propiedad de bienes enajenados, sea con cargo de renta vitalicia, a fondos perdidos o con reserva de usufructo, será imputable a la porción disponible; y el excedente, si lo hay, será colacionable”, quería evitar el perjuicio causado a otros coherederos por ciertas enajenaciones que aparecían como actos onerosos, pero eran un modo de burlar la legítima, favoreciendo a un hijo predilecto, por ejemplo, lo que aparece con claridad en tanto el supuesto enajenante continuaba usando y gozando del bien enajenado en virtud de la reserva de usufructo, y luego de su muerte quedaba consolidada la propiedad del bien en cabeza de uno de sus herederos en perjuicio de otros.⁽⁶⁰⁾

El problema suscitado con la redacción que Vélez dio al art. 3604 es que preveía como supuesto, como vimos, que el testador hubiera entregado a uno de los herederos legítimos por contrato, en plena propiedad, algunos bienes, “aunque fuera con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo”, por lo que la interpretación literal era que cualquier contrato celebrado entre el causante y sus herederos forzosos se presumía gratuito, hecho o no con reserva de usufructo o renta vitalicia. No obstante, ésta interpretación fue minoritaria, habiendo opinado la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que la norma —tal como su fuente— sólo se refería al supuesto en que la enajenación se hubiera hecho con reserva de usufructo o con cargo de renta vitalicia.⁽⁶¹⁾

Esta interpretación era más lógica porque ese elemento (la reserva o el cargo referidos) eran los que hacían presumir que había existido en realidad un acto simulado. No obstante, la interpretación mayoritaria, considerando que esta, en realidad, contrariaba el texto del artículo, y con el fin de clarificar

(60) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, pp. 582/583.

(61) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 583, doctrina y jurisprudencia allí citadas.

y corregir la cuestión, la ley 17.711 reemplazó la palabra "aunque" por la palabra "cuando", con lo cual no quedan dudas de que sólo "cuando" el contrato de compraventa haya sido con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, el bien, en lo que exceda de la porción disponible del testador, será colacionado. En otros casos, habrá que probar que existió una simulación, como en cualquier supuesto ordinario. Por otra parte, en el mismo artículo, la reforma sustituyó dos veces la palabra "legítimos" por la palabra "forzosos", dejando en claro que sólo a los herederos forzosos corresponde una porción legítima.⁽⁶²⁾ Idéntica modificación se introdujo en el artículo 1832, referido a quiénes pueden demandar la reducción de las donaciones.

Una reforma más trascendente introdujo la ley 17.711 en lo referido a la preterición de herederos forzosos. Mientras Vélez previó para este caso (art. 3715 del Código Civil) como consecuencia la nulidad de la institución testamentaria sin perjuicio de la validez de las mandas o mejoras que no fueran inoficiosas, siguiendo así la tradición romana e hispánica, conforme lo disponían la Novela 115 de Justiniano, las Leyes de Toro y las Partidas,⁽⁶³⁾ la nueva redacción del citado artículo prevé que tal preterición "no invalida la institución hereditaria" por lo que "salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido". La reforma eliminó también la referencia que había a los herederos forzosos "en la línea recta" en tanto a todos los herederos forzosos (incluso, claro está, al cónyuge supérstite) les corresponde una porción legítima. Esto está a favor, evidentemente, de respetar por una parte la legítima y por otra parte la voluntad del testador en cuanto no sea incompatible con la primera. No obstante, la solución mereció críticas, en tanto lo que anteriormente preveía el Código importaba establecer la incompatibilidad entre la existencia simultánea de herederos forzosos y testamentarios. Después de la reforma, si bien aparentemente desaparece la incompatibilidad, se sostuvo que el heredero instituido en el testamento no tiene un título verdaderamente universal, como sí lo tienen los herederos forzosos, en tanto carece del derecho de acrecer más allá de su cuota (la porción disponible para el testador), razón por la cual se asemeja más a un legatario de cuota.⁽⁶⁴⁾

(62) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, pp. 584/585.

(63) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 586.

(64) Ver CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, p. 109, con cita de LLAMBIAS, JORGE J., *Estudio de la reforma del Código Civil*, Bs. As., Ed. Jurisprudencia Argentina, 1969, p. 495.

Por último, la ley 23.264 (BO, 23/10/1985) en su art. 19, derogó la ley 14.367 y eliminó todas las diferencias entre hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, razón por la cual derogó los arts. 3596 y 3597 referidos —como se vio más arriba— a la legítima de los hijos naturales y de los padres naturales y modificó los arts. 3593 y 3594 unificando la legítima de los padres —tanto legítimos como naturales, según la antigua clasificación eliminada— en dos tercios de los bienes del testador y la de todos los hijos en cuatro quintos de dichos bienes.

5 | Algunos errores y problemas interpretativos en la regulación de la legítima en el Código Civil

Existe un evidente error del codificador en el texto del art. 3592 en cuanto reconoce que tienen una porción legítima “todos los llamados a la sucesión intestada” y no sólo los herederos forzosos como queda claro del resto del articulado.

Cafferata —en posición minoritaria—⁽⁶⁵⁾ realiza un esfuerzo para interpretar los textos de los distintos artículos referidos a la legítima del Código redactado por Vélez de un modo congruente, señalando que el codificador creó un sistema propio que, en parte, sigue a la legislación española, mas no por entero. Así, interpreta el citado art. 3592, considerando que no existe error sino que Vélez pretendió —siguiendo antecedentes del derecho romano y de las Partidas— atribuir una porción legítima a los colaterales, aunque sin fijar un porcentaje concreto, como lo hace con el resto de los legitimarios.⁽⁶⁶⁾ No compartimos esta interpretación, por no resultar congruente —a pesar del esfuerzo que hace Cafferata por hacerla concordar con otras normas en cualquier caso también imprecisas o bien involuntariamente erróneas—⁽⁶⁷⁾ con el resto del articulado y, en cualquier

.....

(65) El propio Cafferata cita su postura como minoritaria, indicando la idea contraria —que importa admitir un error involuntario en el codificador— esgrimida por Segovia y Borda, entre otros (conf. *op. cit.*, pp. 35 y 37).

(66) Ver CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 31/35.

(67) Ver CAFFERATA, JOSÉ I., *op. cit.*, pp. 35/41.

caso, no tenemos noticia de que la misma haya tenido aplicación jurisprudencial en algún caso. Por otra parte, no resulta concebible dentro del "sistema cerrado" que pretendió construir Vélez Sarsfield con su Código Civil —acorde con las tendencias legislativas de la época—⁽⁶⁸⁾ pensar que haya introducido la posibilidad de fijar una porción legítima en forma pretoriana o jurisprudencial (teniendo en cuenta que las posibilidades de determinarla por vía de legislación supletoria o por vía consuetudinaria, factibles para algunos antecedentes legislativos que operaban en un contexto diferente en lo que hace a las distintas fuentes del derecho, se hallaban expresamente vedadas, conforme a las citas efectuadas en la nota anterior).

Otro debate se generó en la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la naturaleza de la legítima; en concreto si, según el Código Civil Argentino redactado por Vélez Sarsfield, la legítima debía ser considerada como *pars hereditatis* (una parte de la herencia) o bien como *pars bonorum* (una parte de los bienes que integran el haber hereditario). Tal cuestión fue extensamente tratada en un fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el que una cónyuge supérstite que no había sido instituida heredera en el testamento de su cónyuge, sino que se le había otorgado un legado de cantidad, pretendía no sólo dejar a salvo la porción legítima que la ley le acordaba, sino ser reconocida como heredera, mediante el dictado de una declaratoria de herederos que le otorgara el título y la calidad de tal.⁽⁶⁹⁾ El Dr. Bargalló, al efectuar su voto, planteó el problema —a nuestro entender en forma acertada— al sostener que la legítima había sido en el Código Civil objeto de dos definiciones distintas (una de ellas referida a la legítima y otra al legitimario) y no coincidentes. Así, el art. 3591 sostenía que "la legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia" (de lo que se

(68) Así, disponiendo que "Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos" y también que "Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial." (arts. 17 y 22 del Código Civil, según ley N° 340).

(69) Ver Cám.Nac.Civ. en pleno, agosto 10-953 "Cambó, Francisco de Asís s/ sucesión", N°33.534, publ. en L.L. t. 71, pp. 634/654; ver asimismo LAJE, EDUARDO J., "La naturaleza jurídica de la legítima y la comprobación del carácter de legitimario" (comentario en disidencia al fallo plenario citado), publ. en L.L., t. 71, pp. 634/643.

deduce que la legítima sería “*pars hereditatis*”), mientras que el art. 3714 decía que los herederos forzosos o legitimarios eran “aquéllos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos sin justa causa de desheredación”, donde claramente caracteriza a la porción legítima como *pars bonorum*. También cuando sostuvo que el problema consistía en “saber si la legítima es un derecho anejo al carácter de ciertos herederos, o sea si su atribución supone el título o calidad hereditaria, o si por el contrario la legítima es independiente de dicha calidad y resulta de un deber de parentesco —al modo de la obligación alimentaria—. (70) En el plenario, el voto mayoritario se inclinó, evidentemente, por la primera opción (es decir, que la legítima era *pars hereditatis*), en tanto estableció que “el titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se lo declare tal si fuere omitido por este último en su testamento”. (71) Laje critica la solución adoptada por la mayoría sosteniendo que ella era incompatible con otros textos vigentes (arts. 3354, 3600 y 3715) en virtud de los cuales el legitimario que renunciaba a la sucesión, y perdía por tanto el carácter de heredero, podía a pesar de ello tomar la legítima, y que el legitimario que no había sido instituido heredero no podía atacar el testamento por preterición cuando había recibido bienes gratuitamente del causante aunque no fuera a título hereditario, en tanto el único derecho que se le otorgaba en tal caso era pedir el complemento de la legítima si lo obtenido no alcanzaba para cubrirla. (72)

Borda, sostiene que esta controversia jurídica no tiene sentido en tanto, actualmente, y contrariamente a lo que sucedía en Roma, no es concebible la idea de un legitimario no heredero. Ello por cuanto en Roma:

“...el heredero era sobre todo el continuador de las funciones sacerdotales y de la potestad del *pater familiae*. Recibía tam-

(70) Ver *op. y loc. cit.*, pp. 638/639, del voto del Dr. Bargalló.

(71) Ver *op. y loc. cit.*, p. 634.

(72) Ver LAJE, EDUARDO J., *op. cit.*, p. 639; ver asimismo en apoyo de esta opción, MOLINARIO, ALBERTO D., “Inconstitucionalidad del monto de las cuotas legitimarias”, en *Revista Jurídica la Ley*, t. 90, p. 907, nota 35 y GOYENA COPELLO, HÉCTOR R., “El derecho sucesorio en la reforma civil”, en *Revista Jurídica la Ley*, n°133, p. 1092. Cabe señalar que la opción que tenía a la legítima como “*pars bonorum*” encontraba su apoyo en el Derecho Romano que así lo consideraba.

bién los bienes; pero en la época en que estos conceptos se elaboraron, la sucesión de los bienes no aparecía sino como un elemento accesorio de la idea de la continuación de la persona”.

En cambio, “...en el derecho moderno, todo esto resulta falso y poco menos que incomprensible” en tanto “en el derecho actual, la herencia no es otra cosa que un sistema de sucesión de los bienes” con lo cual “resulta inconcebible separar la herencia de los bienes”.⁽⁷³⁾

En cualquier caso, y más allá de que resulta cierto que la herencia como continuación de la persona del causante es algo que hoy en día, además de ficticio, no tiene sentido, compartimos con la mayor parte de la doctrina que la controversia a la que hicimos referencia, comenzó a solucionarse —al menos en la Justicia Nacional— a partir del fallo plenario apuntado, y quedó básicamente zanjada con la reforma operada por la ley 17.711 a la que haremos referencia en el apartado siguiente.⁽⁷⁴⁾

No obstante, hay quienes entienden que al haber omitido la ley 17.711 modificar el art. 3714, en virtud del cual se define al heredero forzoso como aquél que tiene derecho a una parte de los bienes del causante, y al haber cambiado el art. 3715 que luego de la ley 17.711 convalida la institución de heredero testamentario pese a haberse preterido a algún heredero forzoso —a lo que se suma la existencia de posibles legitimarios no herederos entre los que destaca, a partir de la misma ley 17.711, una legitimaria que no es heredera⁽⁷⁵⁾, la “nuera viuda sin hijos” que prevé el art. 3576 bis del Código Civil— en nuestro ordenamiento legal vigente la legítima continúa siendo parte de los bienes.⁽⁷⁶⁾

.....

(73) Ver BORDA, GUILLERMO A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., Ed. Perrot, 1971, p. 579, c

(74) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. cit.*, p. 579; MAFFÍA, JORGE O., *Tratado de las Sucesiones*, ed. 2º, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, T. 2, p. 816, nota N° 55 y pp. 818/821; ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de las sucesiones*, Bs. As., Ed. Astrea, 1982, T. I, p. 353 y ss.

(75) Así lo determinó el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 29/8/1983, “Gorbea de Buonocore Gertrudis s/sucesión, L.L. 1983-D-176, negándole el “derecho a acrecer”.

(76) Ver GOYENA COPELLO, HÉCTOR R., *op. cit.*, pp. 1092/1093; MAFFÍA, JORGE O., *op. cit.*, pp. 816/818; BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Vocación sucesoria. Sus fuentes en la reforma del Código Civil*, Bs. As., Ed. Depalma, 1975, p. 97 y ss.

6 | La legítima en algunos anteriores proyectos de Código Civil

Existieron en nuestro país, a lo largo de los años, numerosos proyectos de Código Civil destinados a reemplazar el redactado por Vélez.

Distintos proyectos de reformas del Código Civil en 1912 (presentado por Carlos Carlés), en 1922 (presentado por Ezequiel Olaso) y en 1929 (presentado por el diputado Bergalli y otros), propiciaban la libertad absoluta de testar y la eliminación lisa y llana de la legítima. Cabe aclarar que el último de los citados, conservaba supuestamente la porción legítima pero sólo para la parte de la herencia de la que no hubiere dispuesto el testador (lo que resulta distinto, según lo visto, con la concepción tradicional).⁽⁷⁷⁾

Otros proyectos propiciaron la disminución de la porción legítima. Así, Avelino Rolón propuso, en su proyecto de 1915, reducir en una tercera parte la legítima de los herederos forzosos. Por su parte, Herminio J. Quirós, en su proyecto de 1922, fija la porción legítima de todos los descendientes en la mitad de los bienes, sin distinguir entre hijos legítimos, naturales, adulterinos e incestuosos, y establece la de los ascendientes en un tercio⁽⁷⁸⁾. El Anteproyecto de Juan Bibiloni de 1926 asigna a los descendientes legítimos dos tercios de la herencia⁽⁷⁹⁾ y niega porción legítima a los padres adulterinos e incestuosos.⁽⁸⁰⁾ El proyecto de 1936, concede a los descendientes legítimos dos tercios del acervo, la mitad a los ascendientes legítimos y la mitad al cónyuge, en la medida en que no concurra con ascendientes o descendientes legítimos, aunque se trate de bienes gananciales. Mantiene la distinción entre hijos naturales, incestuosos, y adulterinos, a quienes asigna distintos montos, y también concede legítima

(77) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, p. 911.

(78) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, p. 912.

(79) Ver BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Sucesiones*, Bs. As., Ed. Perrot, 1975, T. II, p. 109.

(80) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, p. 912.

ma a los padres ilegítimos.⁽⁸¹⁾ El Anteproyecto de 1954 propuso diferentes porciones legítimas según la cantidad de descendientes legítimos: establece la mitad si hay un solo descendiente, las 2/3 partes si son dos o tres y 3/4 del acervo si son más de tres. Se propició conceder la mitad para los ascendientes legítimos.⁽⁸²⁾

El proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, regula la institución de la legítima dentro del derecho sucesorio bajo el título "De la porción legítima", donde designa como "legitimarios" —a quienes define como aquellos que "tienen una porción legítima de los bienes del causante, de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito"— a los descendientes, ascendientes y cónyuge⁽⁸³⁾ y prevé "descender la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción" "para responder así a una observación reiterada por la doctrina que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante".⁽⁸⁴⁾

También se consagran como caracteres de la legítima su inviolabilidad e irrenunciabilidad, y se considera al heredero legitimario preterido como "heredero de cuota en la medida de su porción legítima".⁽⁸⁵⁾ Asimismo, se contemplan la acción de entrega de la legítima para el legitimario preterido⁽⁸⁶⁾ y la acción de complemento para que aquel legitimario al que el testador le hubiere entregado por cualquier título menos de su porción legítima pueda completar tal porción.⁽⁸⁷⁾

.....

(81) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, p. 912.

(82) Ver BORDA, GUILLERMO A., *op. y loc. cit.*

(83) Ver ALEGRIA, HÉCTOR; ALTERINI, ATILIO; ALTERINI, JORGE; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J.; RIVERA, JULIO; ROITMAN, HORACIO, *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1999, art. 2394, p. 581.

(84) Ver ALEGRIA, HÉCTOR y otros, "Fundamentos del Proyecto de Código Civil, en *Proyecto de Código Civil...*, *op. cit.*, p. 144.

(85) Ver ALEGRIA, HÉCTOR y otros, *Ibid*, p. 145.

(86) Ver ALEGRIA, HÉCTOR y otros, *Ibid*, art. 2399.

(87) Ver ALEGRIA, HÉCTOR y otros, *Ibid*, art. 2400.

7 | El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión de Reformas creada por el Decreto 191/2011, integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, trata la cuestión de la legítima en su Libro VIII, Título X, titulado “Porción legítima” y en sus fundamentos se expresa que fue redactado sobre la base del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998.

7.1 | Sobre el concepto de legítima hereditaria y su naturaleza jurídica

Ya hemos hecho referencia a debates doctrinarios y jurisprudenciales, relativos al concepto y naturaleza jurídica de la legítima en nuestro derecho.

Se prevé, en el art. 2444, que son legitimarios, es decir, que “tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados” por testamento o donación, los descendientes, ascendientes y el cónyuge. Se modifica así la definición dada en el art. 2394 del Proyecto de 1998 que —como vimos— establecía que eran legitimarios quienes “tienen una porción legítima de los bienes del causante...”. Se había sostenido, en virtud de aquella redacción, que el proyecto de 1998 parecía inclinarse por la tesis de la legítima como *pars bonorum*.⁽⁸⁸⁾ En el Proyecto de 2012, en cambio, si bien no se termina optando abiertamente por una u otra tesis sobre la naturaleza jurídica de la legítima, se ha eliminado expresamente la expresión “de los bienes del causante”, incluida en la fuente.

Es importante destacar que se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos, que si bien no es considerada una heredera, sino sólo legitimaria, tiene una porción equivalente a la cuarta parte de lo que le hubiera correspondido a su marido. En los fundamentos del Proyecto se indica que la modificación responde a los embates respecto de su constitucionalidad al distinguir entre hombre y mujer y a las dificultades interpretativas

(88) Ver MAFFÍA, JORGE O., *Tratado de las Sucesiones*, actualizado por Hernández, Lidia Beatriz y Ugarte, Luis Alejandro, Bs. As., Abelado Perrot, 2010, T. II, p. 822.

que provoca luego de la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo. La existencia de la nuera viuda sin hijos como legitimaria fue invocada por distintos autores como uno de los argumentos principales para adherir a la teoría de la legítima como *pars bonorum*.

El art. 2450 del Proyecto, por otra parte, concede al legitimario preterido acción para que se le entregue su porción legítima, "a título de heredero de cuota". Esta acción también la tendrá el legitimario cuando el causante no deja bienes a su muerte pero ha efectuado donaciones. En el art. 2451 se regula la acción de complemento, y se indica que el legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, sólo puede pedir su complemento. Los dos artículos referidos son idénticos a los 2399 y 2400 del Proyecto de 1998. Esto podría indicar una inclinación por la tesis de la *pars bonorum* y así se sostuvo al analizar el Proyecto de 1998.⁽⁸⁹⁾ Consecuentemente con lo anterior, los artículos 2452 y 2453, prevén la reducción de disposiciones testamentarias y donaciones, "a fin de recibir o complementar su porción", estableciendo un orden de prioridad para ello.

Señala Azpiri al respecto que el Proyecto de 1998 se inclinaba decididamente por considerar a la legítima como *pars bonorum*, mientras que en el actual se ha eliminado cualquier alusión explícita a la naturaleza jurídica de la legítima, no obstante lo cual, subsiste una discordancia entre el artículo 2445 que determina que el cálculo de la legítima se debe efectuar sobre el valor líquido de la herencia (así, sería parte de la herencia) y el 2450 del cual —como quedó dicho— resulta que el legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima "a título de heredero de cuota", con lo cual su derecho quedaría limitado a esa porción de bienes, careciendo de toda posibilidad de acrecer, de lo que se deduciría que la legítima es, según el Proyecto, parte de los bienes.⁽⁹⁰⁾

Cabe destacar que, el art. 2488 del Proyecto, llama "herederos de cuota" a "los herederos instituidos en una fracción de la herencia". La expresión

(89) Ver HERNÁNDEZ, LIDIA B. y UGARTE, LUIS A., en Jorge Maffía, Jorge O., *Tratado de las Sucesiones*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, p. 822.

(90) Ver AZPIRI, JORGE O., "La legítima en el Anteproyecto de Código Civil", en Alejandro Tuzio (dir.), Nora Lloveras y Olga Orlandi (coords.), *Primeras Reflexiones en materia de sucesiones en el Anteproyecto de Código Civil*, Bs. As., *Jurisprudencia Argentina*, 2012- III, p. 77.

“heredero de cuota” puede generar en principio confusión, en tanto en la terminología tradicional de nuestro derecho, el heredero tiene vocación universal, mientras que a quien se le asigna una cuota se lo llama “legatario de cuota”. En el Proyecto, en cambio, a fin de lograr una mayor claridad en el tema se distingue al “heredero universal” del “heredero de cuota”, y del legatario, delimitando correctamente cada supuesto (arts. 2486, 2487, 2488). No obstante, es claro que el heredero legitimario es heredero por disposición de la ley, y es en virtud de dicho título que tiene derecho a la acción de preterición consagrada en el art. 2450, teniendo vocación universal.

Sin perjuicio de lo anterior, del articulado del Proyecto también resulta claro que las acciones que se otorgan a los herederos forzosos preteridos —en concordancia con el Proyecto de 1998— se limitan a obtener o completar una “cuota”, esto es, una porción de los bienes, razón por la cual parecería, en un primer análisis, funcionar, en la práctica, considerando a la legítima como una parte de los bienes.

No obstante, compartimos —sobre todo eliminada la figura de la nuera viuda sin hijos— que las distinciones entre los herederos y los legitimarios parecen más construcciones teóricas que realidades, y que las condiciones de heredero y de legitimario aparecen como unidas e inescindibles.⁽⁹¹⁾ Esto genera como consecuencia que, en la práctica, si la institución de heredero testamentario cae o si los beneficiarios de legados no los aceptan, y el testamento nada prevé al respecto, la parte vacante acrecerá a los herederos legitimarios. Así, la legítima es una parte de la herencia.

Contra esto, Azpiri sostiene que el “heredero de cuota”, titular de la porción legítima, tendrá su derecho limitado a esa porción, sin posibilidad de acrecer en supuestos como los indicados.⁽⁹²⁾

Sin embargo, no vemos correcta esta interpretación. El artículo 2488, al hacer referencia a los “herederos de cuota”, regula lo relativo a la institución de éstos en los testamentos. Ello surge, sin lugar a dudas, tanto del propio texto de la norma, que no da pie a ninguna otra interpretación posible,

.....

(91) Ver MAFFÍA, JORGE O., *op. cit.*, pp. 818/819 con cita de Guastavino.

(92) Ver MAFFÍA, JORGE, *op. cit.*

cuanto de la ubicación del artículo en el Proyecto (dentro del título correspondiente a las sucesiones testamentarias). Incluso, el artículo deja abierta la posibilidad de que el testador haya previsto el derecho de acrecer para estos herederos de cuota. Así, los “herederos de cuota” son herederos testamentarios.

Los legitimarios, titulares de la porción legítima, en cambio, lo son en su carácter de herederos legítimos forzosos, esto es —insistimos— en tanto son herederos, a quienes se defiere la sucesión por disposición de la ley. De este modo, la expresión “a título de heredero de cuota” que utiliza el art. 2450, no significa que se considera a los herederos legítimos “herederos de cuota”. De hecho, el art. 2452, distingue expresamente ambos supuestos (legitimario y heredero de cuota). Los únicos “herederos de cuota” son herederos testamentarios, y la interpretación correcta de la expresión del art. 2450 del Proyecto —no del todo precisa, es cierto— es que los legitimarios tienen derecho a una cuota —o porción— de la herencia, pero nada regula respecto del derecho de acrecer que les corresponde en forma independiente al derecho a obtener o completar su cuota legítima.

7.2 | Disminución de las porciones legítimas

En el Proyecto se disminuyen las porciones legítimas: se asignan dos tercios del acervo hereditario a los descendientes, un medio a los ascendientes y mantiene en un medio al cónyuge. La reducción de las legítimas, como se indicó anteriormente, es reclamada por la mayoría de los autores que consideran excesivos los porcentajes fijados por Vélez Sarsfield,⁽⁹³⁾ y fue el criterio utilizado en el Proyecto de 1998, fundándose en ambos casos en tales reclamos (además de señalar que, como se vio, incluso Vélez optó por porcentajes más altos que los previstos en el derecho romano).

La solución es, en general, bien recibida y parece conveniente, en tanto las porciones fijadas en el Código Civil han sido —como se dijo— muy critica-

(93) Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

das por considerarse excesivas, e incluso consideradas inconstitucionales —como veremos más adelante— por entenderse que se viola el derecho constitucional a la propiedad.

7.3 | La mejora

Las porciones legítimas de algunos herederos pueden verse reducidas aún más cuando existan uno u otros herederos con discapacidad, en tanto se prevé que el causante puede disponer por testamento, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para mejorar a ascendientes o descendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera “persona con discapacidad” a toda “persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.⁽⁹⁴⁾ Esta posibilidad de mejora, como hemos visto, ya existió en el derecho romano; también existe en el derecho comparado, habiéndose desestimado en el Proyecto de 1998 pese a haberse debatido sobre el punto, por considerar difícil la justificación en cada caso concreto.⁽⁹⁵⁾ En los fundamentos del Proyecto de 2012 se señala que la posibilidad de ampliar la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, se hace en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país.

La solución es criticada por Azpiri, quien considera que, pese al fin loable de la norma, la mejora del legitimario discapacitado no debería afectar la porción legítima de los restantes legitimarios, y que no resulta razonable haber limitado la posibilidad de mejorar sólo a ascendientes y descendientes, excluyendo a los cónyuges, a lo que se suma que la fórmula utilizada para caracterizar a los discapacitados, deja abierto el camino a la discrecionalidad del juzgador, lo cual generará debates, y también que no se resuelva el destino de los bienes que integran la mejora en caso de superarse la discapacidad.⁽⁹⁶⁾

(94) Art. 2448 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012.

(95) Ver Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, punto 319.

(96) Ver AZPIRI, *op. cit.*

Por su parte, Amarante considera que es una clara expresión de la “constitucionalización del derecho privado” a la que se hace mención en los Fundamentos del Proyecto, aunque destaca que la ley no exige que la discapacidad esté acreditada judicialmente, ni fija porcentuales mínimos de los padecimientos.⁽⁹⁷⁾

En efecto, la mejora se encuentra en sintonía con las disposiciones de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada mediante ley 26.378, y es una disposición que tiende a proteger en forma especial a quienes son legitimarios y sufren a su vez una discapacidad. En este sentido, la solución es altamente positiva, no obstante ser cierta la crítica respecto de la exclusión del cónyuge y la mención a las dificultades que puede acarrear la prueba judicial de esta discapacidad dada la amplitud del concepto legal.

7.4 | Algunas otras modificaciones

Se simplifica en el Proyecto la figura del art. 3604 vigente al consignar en el art. 2461 que:

“...si por actos entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas”.

Nótese que se cambia la palabra “herederos” por “legitimarios”, lo que seguramente acarreará más interpretaciones respecto a la naturaleza jurídica de la legítima.

(97) Ver AMARANTE, ANTONIO A., “Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista familia y persona*, Ed. La Ley, noviembre de 2012, p. 165.

El Proyecto de 2012 también introdujo modificaciones respecto del cálculo de las porciones legítimas, estableciendo el art. 2445 que:

“...dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”.

Azpiri critica el hecho de que la herencia se valúa al tiempo de la muerte mientras que las donaciones se tasan a la época de la partición, pudiendo haber una distorsión.⁽⁹⁸⁾ En el proyecto de 1998, en cambio, el cálculo del valor de las donaciones se hacía a la época en que habían sido realizadas, “en valores constantes”. La solución propuesta por el Proyecto de 2012, al prever el cálculo del valor a la época de la partición “según el estado del bien a la época de la donación” puede acarrear evidentes dificultades relativas a la determinación de dicho estado. Sería más adecuado calcular todos los valores a la fecha de la partición.

En caso de que concurren herederos de diferente legítima, el art. 2446 dispone correctamente que la porción disponible se calcula según la legítima mayor.

El análisis exhaustivo de las acciones establecidas en protección de la legítima, debería ser objeto de otro trabajo, no obstante lo cual pondremos la atención en un par de cuestiones que han sido objeto de fuertes críticas. La primera de ellas, el establecimiento en el art. 2459 de un plazo de prescripción adquisitiva merced al cual “...la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez (10) años computados desde la adquisición de la posesión”. Esta disposición no existe en materia de colación. Se ha dicho que no se trata en realidad de una prescripción adquisitiva sino de una defensa que puede oponer el demandado a la acción de reducción,⁽⁹⁹⁾ lo cual es cierto, se trata estrictamente de un plazo de prescripción liberatoria. También se criticó que esta norma puede importar sustraer una masa importante de bienes de la protección legal, que puede provocar una gran

.....

(98) Ver AMARANTE, ANTONIO A., *Ibid.*

(99) Ver AZPIRI, JORGE, *op. cit.*

injusticia en el seno familiar y sobre todo que el plazo de prescripción puede correr antes de que nazca la acción (con la muerte del causante).⁽¹⁰⁰⁾

Se trata —en definitiva— de una cuestión de política legislativa que tiene como fin, tal como se dice en los fundamentos del Proyecto —y también en los fundamentos de su antecedente, el Proyecto de 1998— intentar solucionar el grave problema que las donaciones acarrearán al tráfico jurídico merced a las acciones reipersecutorias. Estas dificultades son públicas y notorias, y requieren de una solución, para evitar los “títulos observables” que tantos problemas suscitan, y la propuesta es una de las posibles. Es cierto que se disminuye la protección de la legítima, pero cabe también preguntarse si la protección actual no es en cierto punto excesiva y dificulta en demasía el tráfico jurídico de bienes. Por otra parte, se termina privilegiando la autonomía de la voluntad a épocas más alejadas del fallecimiento del causante, y restringiéndola en épocas más próximas a tal fallecimiento, lo cual tampoco parece un criterio desacertado desde esta perspectiva.

8 | El orden público y la autonomía de la voluntad

Se sostiene que la autonomía personal en el derecho sucesorio actual tiene un alcance muy restringido y se observa a través de la partición por el ascendente (art. 3514 del Código Civil), limitada por las elevadas porciones legítimas, la libertad testamentaria reducida a una pequeña porción disponible y las causales de desheredación. Se propone que las normas de orden público en materia sucesoria, basadas en las relaciones familiares del siglo XIX, deben modificarse en virtud de las nuevas formas de familias y relaciones interpersonales en las que se prioriza el respeto por la libertad y la mayor autonomía, incluida la disposición de los bienes *post mortem*, dejando a salvo la protección para sujetos vulnerables como menores de edad, personas con capacidades diferentes o adultos mayores. Se hace hincapié en los cambios que se observan en la realidad que llevan a propiciar estas reformas como la mayor longevidad de las personas, la democratización en las relaciones familiares, la inserción laboral de la

(100) Ver AZPIRI, *op. cit.*, AMARANTE, *op. cit.* y PÉREZ LASALA, FERNANDO, “La colación en el Proyecto de Código Civil”, en *Primeras reflexiones en materia de sucesiones en el Anteproyecto de Código Civil*, Jurisprudencia Argentina .Número especial, 2012-III, p. 59.

mujer y otros integrantes de la familia.⁽¹⁰¹⁾ Se propicia rever las nociones de solidaridad familiar tenidas en cuenta para el establecimiento de la institución de la legítima hace dos siglos y adaptarlas a la coyuntura social, política, familiar y económica de la actualidad.⁽¹⁰²⁾

El problema del orden público siempre ha generado, y continúa generando, enormes dificultades a los juristas, y se ha dicho que "constituye uno de los temas más complicados y difíciles de la ciencia jurídica"⁽¹⁰³⁾ y también que "... la dificultad de definir y precisar el concepto de orden público ha desesperado a los jurisconsultos que se han ocupado del tema".⁽¹⁰⁴⁾

Nos contentaremos entonces con aproximarnos a este concepto cuasi-inasible intentando caracterizarlo y delimitarlo (aunque sea en parte) a fin de acercarnos un poco más al sentido de la expresión.

Podemos comenzar diciendo que:

"...la noción de orden público opera de modo *instrumental*: es como un arsenal que provee los instrumentos de defensa de aquellos bienes jurídicos (se refiere a los principios generales que atañen a las instituciones consideradas inherentes a la propia organización social y a los intereses generales o públicos o el bien común, todos los que constituyen bienes jurídicos que se tienden a preservar). A veces lo logra a través de la imperatividad de la ley, otras lo infiere a través de la irrenunciabilidad de derechos y deberes, en otras fulmina con la ineficacia los actos que pudieren concluir quienes pretenden avanzar más allá del territorio reservado a la autonomía privada".⁽¹⁰⁵⁾

(101) Ver EPPSTEIN, CONSTANZA y MONJO, SEBASTIÁN, "La Autonomía personal en el derecho de sucesiones; El siglo XXI", *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 173/183.

(102) Ver ASSANDRI, MÓNICA y ESQUIVO, NICOLÁS G., "La autonomía personal 'restringida' actual en el derecho de sucesiones, y las propuestas de reformas posibles", *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 111/113.

(103) Ver DE LA FUENTE, HORACIO H., *Orden público*, Bs. As., Ed. Astrea, 2003, p. 1.

(104) Ver BORDA, GUILLERMO A., *Concepto de ley de orden público*, *La Ley*, n° 58-997, 1950, cit. por DE LA FUENTE, HORACIO H., *op. y loc. cit.*

(105) Ver ZANNONI, EDUARDO A., "Prólogo", en Horacio H. De la Fuente, *Orden público*, Bs. As., Astrea, 2003.

Las dos posturas más difundidas frente al orden público son aquellas que lo vinculan a la protección de un interés general, del interés de la sociedad por sobre el individual⁽¹⁰⁶⁾ por un lado, y por otro la que ve en la noción de orden público “el conjunto de principios fundamentales en que se cimenta la organización social”.⁽¹⁰⁷⁾ Sostiene De La Fuente que la primera posición expuesta es la receptada en nuestro derecho al disponer el art. 872 del Código Civil que las personas:

“...pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos concedidos, menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público, los cuales no son susceptibles de ser el objeto de una renuncia”.⁽¹⁰⁸⁾

Se ha dicho que la institución del orden público, defiende o garantiza el interés general, el interés de la sociedad, limitando la autonomía de la voluntad por distintos medios, entre los que cabe destacar la imperatividad de las normas, la irrenunciabilidad de los derechos y la ineficacia de los actos que lo infrinjan.⁽¹⁰⁹⁾

Así, el art. 21 del Código Civil dispone que “...las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

En definitiva, entendemos que el contenido del orden público termina siendo variable, y se corresponde con las instituciones que quieran ser especialmente protegidas por el legislador en un momento determinado.

La noción de orden público reviste una innegable importancia práctica, en tanto limita la autonomía de la voluntad de las personas (la que en principio les permite realizar convenciones libremente. Ver art. 1197 del Código Civil), y establece la existencia de derechos irrenunciables, en tanto no miren sólo al interés individual del titular sino al general.⁽¹¹⁰⁾

.....
(106) Ver DE LA FUENTE, HORACIO H., *op. cit.*, p. 14, N° 7 y p. 15, N° 8.

(107) Ver LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 163.

(108) DE LA FUENTE, HORACIO H., *op. cit.*, p. 20.

(109) Ver DE LA FUENTE, HORACIO H., *op. cit.*, p. 23, N° 12.

.....
(110) Ver LLAMBIÁS, JORGE J., *Tratado...op. cit.*, p. 164/165, nros. 196 a 198.

En cuanto a la noción de “autonomía de la voluntad”, más allá de los distintos alcances que se le otorgan a la expresión, a los fines prácticos equivale a todo el espectro de acciones que la persona puede realizar mediante su libre voluntad, en tanto no contraría el orden público.

Se trata, estrictamente y como se dijo, de cuestiones de política legislativa, y no creemos que las modificaciones proyectadas signifiquen, necesariamente, un avance absoluto de la autonomía de la voluntad por sobre el orden público, sino simplemente una variación en el contenido y alcances de este último en una cuestión particular.

9 | El problema de la constitucionalidad de la legítima

Hace mucho años, Molinario se mostró adversario del sistema legitimario por entender que va en contra de la libertad individual y que favorece la falta de esfuerzo de los hijos que recibirían gratuitamente una serie de bienes que harían innecesario su trabajo, no obstante lo cual admite a la legítima única y exclusivamente como prestación alimentaria, propiciando en definitiva la reducción del porcentaje de la cuota legítima, por entender inconstitucional el fijado en el Código Civil.⁽¹¹¹⁾

Molinario sostuvo la inconstitucionalidad de los montos de las legítimas y no del sistema legitimario. Aceptaba que los derechos de testar y de disponer a título gratuito son derechos relativos, como todos los consagrados en nuestra Constitución, y que admiten reglamentación. Objetaba el *quantum* de las porciones legítimas por entender que reduce casi en su totalidad el derecho de testar, hasta prácticamente desconocerlo. Propiciaba aplicar el criterio de la Corte Suprema de Justicia en materia impositiva al derecho sucesorio, y limitar las cuotas legítimas a un 33% del acervo hereditario.⁽¹¹²⁾

Desde una perspectiva más moderna, Salomón entiende que el sistema sucesorio testamentario plasmado en el Código Civil limita de tal manera

.....

(111) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, pp. 914/922.

(112) Ver MOLINARIO, ALBERTO D., *op. cit.*, pp. 917/922.

el derecho constitucional de disponer *mortis causa* de los bienes, es decir, de testar, que lo ha desvirtuado hasta hacerlo cuasi inexistente. Destaca que se otorga gran libertad a las determinaciones extrapatrimoniales del testador y se impone una enorme limitación a sus decisiones de carácter económico. Afirma que la reglamentación legal efectuada por el Código Civil no resiste el test de constitucionalidad por encontrarla confiscatoria en las proporciones actuales, en tanto, en su *minimum* reduce la libertad de testamentaria en un 50% de los bienes del causante, en los casos en que haya herederos forzosos. Propone instaurar un sistema hereditario basado en la sucesión testamentaria y mantener la legítima hereditaria, pero reducirla de modo que no exceda el 33% del patrimonio del causante, y se basa para ello en la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia al interpretar la garantía de inviolabilidad de la propiedad privada y el principio de "no confiscatoriedad".⁽¹¹³⁾

Otros autores sostienen la inconstitucionalidad de las porciones legítimas fijadas en el Código Civil por entender que no son compatibles, en los porcentajes actuales, con la libertad testamentaria y autonomía de la voluntad consagradas en la Carta Magna, dado que se consideran vulnerados los principios de equidad y de proporcionalidad entre la restricción aplicada y el fin buscado, y desoído el mandato constitucional de la reglamentación razonable, al reducir el derecho de testar hasta casi hacerlo desaparecer.⁽¹¹⁴⁾

Recientemente, Oribe sostiene la inconstitucionalidad —absoluta— de la legítima, es decir, de todo el sistema legitimario, por entender que afecta el derecho de propiedad que garantiza el art. 17 de la Constitución Nacional, así como la posibilidad de que una persona disponga libremente de su patrimonio, producto de su trabajo lícito cuyo ejercicio le garantiza el art. 14 de la Constitución Nacional, y señala que la institu-

(113) Ver SALOMÓN, MARCELO J., "Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: Propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional", en *Derecho de Familia*, n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 46/52.

(114) Ver ASSANDRI, MÓNICA y ESQUIVO, NICOLÁS G., "La autonomía personal estringida" actual en el derecho de sucesiones, y las propuestas de reformas posibles", en *Derecho de Familia* n°53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 105/106, SALOMÓN, MARCELO J., "Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: Propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional", en *Derecho de Familia* n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 46/48 y ORLANDI, OLGA, "Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI", en *Derecho de Familia* n° 53, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2012, pp. 9/10

ción de la legítima fomenta el ocio y la desconfianza entre los miembros de la familia.⁽¹¹⁵⁾

No compartimos estas consideraciones. El monto de la porción legítima puede ser discutido y discutible, y se trata, en definitiva, de una cuestión de política legislativa que busca, en este caso, una protección posible a las familias, y no de algo que contraría a la Constitución Nacional. De hecho todos los derechos (tal como el de propiedad) reconocen límites en las normas legales, y ello no implica inconstitucionalidad. Por otra parte, no son ajenos a nuestra Constitución Nacional —ni al texto original ni a los Tratados Internacionales incorporados a ella a partir de la Reforma de 1994— ni la protección de la familia, ni la función social de la propiedad.

A lo dicho cabe agregar que muchos de los argumentos que se vierten resultan ser prejuicios, basados en situaciones que se presumen como las únicas posibles y, sin embargo, no lo son. Así, no siempre los bienes del causante resultan ser fruto de su trabajo, él también puede haberlos recibido por herencia, o por donación. No necesariamente se fomenta el ocio o la vagancia de los herederos, ya que éstos pueden ser menores de edad, discapacitados o enfermos. Y así podríamos seguir. inclusive se podría argumentar en sentido contrario, sosteniendo la constitucionalidad de la legítima, sin mayores dificultades.

10 | Conclusión

El Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial regula la institución de la legítima hereditaria, de venerable antigüedad en el derecho argentino y en sus antecedentes, como quedó visto, en concordancia con la opinión mayoritaria de la doctrina.

Tal como en otros temas, el Proyecto busca acertadamente la simplificación y solución —muchas veces opinable, como todas las cuestiones jurídicas, claro está— de cuestiones que han sido objeto de largas y complejas interpretaciones y controversias jurisprudenciales y doctrinarias.

(115) Ver ORIBE, DIONISIO, "Inconstitucionalidad de la legítima", en *Revista Jurídica La Ley*, 07/03/2013.

Se mantiene la institución de la legítima hereditaria, límite que pone el orden público a la autonomía de la voluntad en aras del interés familiar, reduciendo los alcances de su protección para no perjudicar de más el tráfico jurídico.

Así, y más allá de algunas críticas puntuales que hemos señalado, en líneas generales el Proyecto importaría una mejora sustancial —tanto en la extensión cuanto en la claridad y coherencia— respecto de la regulación actual de esta institución.
