

LA MEJORA ESTRUCTA: MEDIO PARA UNA MAYOR LIBERTAD DE TESTAR*

STRICT IMPROVEMENT: MEDIUM FOR GREATER TESTAMENTARY FREEDOM

*Juan Bautista Fos Medina***

Resumen: La mejora es un instituto sucesorio típico del derecho hispánico, que combina la libertad de testar con la sucesión forzosa. En general, se la ha conocido como el “tercio de mejora”, porque se trata de una porción que constituye normalmente el tercio de la herencia y que está destinada a acrecentar la porción hereditaria de cualquiera de los descendientes (conocida como legítima estricta y que normalmente es una legítima corta) y cuyo reparto, por tanto, es desigual. La ventaja es que la mayor libertad de disposición que ofrece la mejora, respecto de los sistemas donde predomina la sucesión legal con legítimas largas, es que se limita a la familia legitimaria. Y, además, un heredero podría acumular además de la porción legítima correspondiente, la porción de mejora y la porción de libre disposición. Puede utilizarse para mejorar a los descendientes que necesiten especialmente de un capital para atender sus enfermedades, para premiar los servicios prestados al causante o para continuar los bienes familiares. Se analizará, entonces, esta institución del derecho de sucesiones desde su vigencia en el Derecho visigodo, su presencia en el derecho indiano, la suerte que tuvo en el Código Civil, los proyectos de restauración del instituto en la Argentina y su pervivencia en algunos países hispanoamericanos.

Palabras-clave: Derecho de sucesiones - Facultad de mejorar - Legítima - Libertad testamentaria - Artículo 2448 CCC - Patrimonio familiar.

* Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2020 y aprobado para su publicación el 12 de octubre del mismo año.

** Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina/UCA), Profesor de Historia del Derecho (UCA), Docente con dedicación especial (UCA) (contacto: juanfos@uca.edu.ar)

Abstract: The improvement is a typical succession institute of Hispanic law, which combines the freedom to testify with forced succession. In general, it has been known as the “third improvement”, because it is a portion that generally constitutes the third of the inheritance and is intended to increase the hereditary portion of any of the descendants (in addition to the quota of strict legitimate, which is usually a legitimate short) and whose distribution, therefore, is unequal. The advantage is that the greater freedom of disposition offered by the improvement with respect to the systems where legal succession with long legitimate ones predominates, is that it is limited to the legitimate family. And, in addition, an heir could accumulate in addition to the corresponding legitimate portion, the improvement portion and the freely available portion. It can be used to improve offspring who especially need capital to take care of their illnesses, to reward the services provided to the deceased or to continue family assets. Then, this institution of inheritance law will be analyzed since its validity in Visigoth law, its presence in Indian law, the fate it had in the Civil Code, the restoration projects of the institute in Argentina and its survival in some Hispanic Americans countries.

Keywords: Inheritance law - Improvement faculty - Forced share - Testamentary freedom -Article 2448 CCC - Familiar patrimony.

Sumario: I. Cuestiones previas de orden económico: La pulverización del patrimonio familiar por la división forzosa e igualitaria de la herencia. II. La discusión siempre vigente: libertad de testar o sistema de reservas. III. Concepto. IV. La mejora como institución de nuestra tradición jurídica. V. Legislación comparada. VI. La mejora en el derecho positivo argentino vigente. El caso de la mejora al heredero con discapacidad. VII. El Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de 2018. VIII. La doctrina española y la doctrina argentina. IX. Propuesta de reforma. X. Conclusión.

I. Cuestiones previas de orden económico: La pulverización del patrimonio familiar por la división forzosa e igualitaria de la herencia

El 29 de septiembre de 2019 se cumplieron ciento cincuenta años de la promulgación del Código Civil de la Nación, mediante la ley 340 de 1869. A partir de allí quedó suprimida la mejora del tercio.

Parece, pues, un momento oportuno para proponer un balance de aquel Código redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y plantear cuestiones que tiendan a mejorar nuestra realidad jurídico-legal.

En este sentido, teniendo en cuenta el prolongado tiempo de vigencia, existen sobrados elementos para abrir un juicio de valor acerca de sus normas en comparación con su reemplazo, el Código Civil y Comercial de la Nación.

En concreto, me ceñiré, en materia de sucesiones al instituto de la mejora, dentro de la gran materia de las sucesiones, como medio de distribución de los bienes hereditarios dentro de la familia.

No abordaré la mejora en tanto utilización de la porción disponible, tal como la previó Vélez Sarsfield en el artículo 3605 del Código Civil (CC), y como se encuentra regulada actualmente en el artículo 2414 del Código Civil y Comercial (CCC).

Sino que haré referencia a la mejora introducida en el artículo 2448 del Código Civil y Comercial que, si bien se encuentra acotada al heredero con discapacidad (descendientes o ascendientes), es una mejora estricta y constituye una excepción al principio de intangibilidad de las legítimas.

En este sentido, la “mejora” sobre la porción disponible del causante ha sido considerada por parte de la doctrina como “mejora impropia” (artículo 3605 del Código Civil y artículo 2414 del Código Civil y Comercial), *“mientras que una mejora propiamente dicha sería aquella que destine una parte de la legítima a uno de los beneficiarios, haciendo una diferencia directa con el resto de ellos”*¹.

La mejora será entendida, entonces, como un instrumento para desigualar a los herederos legitimarios (aunque la desigualación formal puede implicar la igualación material), y para que el disponente y, en concreto los padres (en este estudio pondré el énfasis en los padres como responsables de la transmisión patrimonial familiar) puedan, a través de los bienes hereditarios, atender con mayor elasticidad las necesidades de sus hijos, bien sea su enfermedad, su situación económica, o bien sea para premiarlos o para darles una ventaja a fin de continuar con la explotación familiar.

Con la incorporación de la mejora propiamente dicha en nuestra legislación, la herencia se divide en tres partes: la legítima estricta, la porción disponible y la mejora estricta.

Por otro lado, analizaré la mejora, especialmente en el sentido tradicional que tuvo durante varios siglos en España y durante más de 350 años en América, y que fue conocida como el tercio de mejora, con vigencia en nuestra patria hasta la aplicación del Código Civil. Con la característica de ser un instituto que ha contemplado en nuestro pasado y que contempla aún en varios países, la satisfacción de la obligación alimentaria mediante la legítima estricta que, consideramos es, precisamente, su razón de ser.

(1) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel. “Derecho de las Sucesiones”, en RIVERA, J. C. - MEDINA, G. (directores), *Derecho Civil y Comercial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 592. Agregan los autores que *“en el derecho español, y con fuente en la ley visigótica de Chindasvinto, la mejora se computa sobre la porción legítima”*.

La herencia en la Argentina, desde el 1 de enero de 1871, fecha en que entró en vigor el Código Civil, se ha dividido implacablemente de manera forzosa e igualitaria, sin ningún otro mecanismo que permitiera morigerar esta liquidación del patrimonio familiar de acuerdo con el ritmo del crecimiento geométrico de la población.

A través de propósitos altruistas, como la igualación sucesoria de los hijos, se ha provocado la *pulverización de la propiedad familiar*. El Código colonizador, como se lo apodó en la época, fue también un Código que, en materia sucesoria, operó una reforma agraria silenciosa de proporciones nacionales, producto de la cual la Argentina se enfrenta hoy con una atomización de la propiedad rural familiar alarmante, que ha contribuido -junto con otros factores económicos, políticos y sociales- a ir reduciendo el número de explotaciones rurales medianas e ir polarizándolas en pequeñas o grandes. Lo que vaticinaban los especialistas en Derecho Agrario se ha cumplido: es decir, el incremento del latifundio y del minifundio.

Lo cierto es que cien años después de la sanción del Código de Vélez, las cifras oficiales indicaban que en la Provincia de Buenos Aires el promedio anual de ventas era de alrededor del 3% de su superficie, lo que implicaba que cada 33 años técnicamente toda la superficie de la provincia cambiara de dueño y que prácticamente en cada generación se vendiera toda la tierra rural de la provincia².

En tanto, en el período comprendido entre los años 2002 y 2008 desaparecieron casi sesenta mil explotaciones agropecuarias en todo el país (exactamente 59.943), habiendo desaparecido en el período anterior (1998-2002), la cantidad de 87.688 explotaciones agropecuarias, es decir, en diez años casi ciento cincuenta mil (exactamente 147.631)³.

Aquellos números arrojan estos otros: 14.631 explotaciones agropecuarias menos por año y 40,45.- menos por día. Cuarenta empresas rurales menos, tal vez cuarenta familias rurales obligadas a migrar, condenadas a desaparecer o empujadas a la ruina.

(2) FOS MEDINA, Juan Bautista. "La legítima sucesoria y la atomización de la propiedad rural", revista *Prudentia Iuris* nro. 70, mayo de 2011, pp. 85-98. Evidentemente un alto porcentaje de esas ventas ha respondido a parcelas de tierra obtenidas por herencia. Del estudio realizado por Saturnino M. Zemborain para la Sociedad Rural Argentina "se deduce la ausencia de continuidad familiar en las explotaciones, es decir, no hay estabilidad o rigidez en el grupo social agrario", en ZEMBORAIN, Saturnino M. *La verdad sobre la propiedad de la tierra en la Argentina. Los orígenes de la propiedad, la movilidad social y el proceso de subdivisión de la tierra*, Instituto de Estudios Económicos de la Sociedad Rural Argentina, 1973, p. 51.

(3) Ver también el diario *La Nación*, Buenos Aires, martes 8 de septiembre de 2009, Sección 2, Economía & Negocios, "La crisis del campo. Primeros datos oficiales. Cerraron 60.000 explotaciones agropecuarias desde 2002. El dato, que surge del censo 2008 del sector, señala una mayor concentración del negocio rural", por José Crettaz. Y. "El análisis. El fracaso más inesperado", por Félix Sammartino.

Asimismo, de acuerdo con el informe “Una tierra para todos” de la Conferencia Episcopal Argentina (basado en el Censo agropecuario de 2002), el 10% de las explotaciones agropecuarias más grandes del país concentraba en dicho año el 78% del total de las hectáreas registradas de país.

Como se advierte, el proceso de pulverización predial familiar, trae consigo un efecto injusto y demoledor, porque las grandes empresas agropecuarias (u otros grandes capitales provenientes de otras actividades) son las que tienen más posibilidades de perdurar y sobrevivir económicamente frente a las crisis económicas, a la presión impositiva y a la falta de incentivos y las que, por consiguiente, van acaparando las pequeñas parcelas de las que se desprenden ineludiblemente los pequeños propietarios.

Ya advertimos de esta situación en algunos estudios específicos, unos años antes de la sanción del Código Unificado vigente, a los que me remito⁴.

Las circunstancias descriptas afectan a la propiedad rural, aunque también a la urbana, así como a la llamada empresa familiar.

Numerosos factores han contribuido a la masificación humana en la sociedad contemporánea, dominada por las grandes urbes macro-cefálicas que han surgido de la Revolución Industrial y de la desamortización de fines del siglo XVIII y principios del XIX, que han minado la necesaria estabilidad que requiere el ser humano para no llevar una vida nómada.

Esta situación demanda, pues, la búsqueda de soluciones específicas y eficaces, que requieren revisar ciertas ideas cargadas de prejuicios ideológicos y de las consecuentes limitaciones y temores que engendran, producto de ideas igualitarias que, en abstracto son muy loables, pero que en concreto han demostrado su fracaso, en relación con el progreso económico y al arraigo familiar.

La cuestión de la *continuidad de la propiedad familiar*, en especial la agraria, se enfrenta con una realidad humana tan indefectible como la muerte. Ésta pone término a la vida humana y a un cierto estado de cosas y, generalmente, acaba con la unidad del patrimonio de una persona y de una familia.

(4) FOS MEDINA, Juan Bautista. “Justicia, propiedad e igualitarismo: el caso de la legítima ‘grande’”, *El Derecho*, Suplemento de Filosofía del Derecho N° 16, N° 12.139, Año XLVI, 2008, p. 10 y ED 230-1049. Allí decíamos: “Luego de casi ciento cincuenta años de aplicación del régimen sucesorio argentino y dada la desintegración descripta, pareciera que nos encontramos en un momento propicio para que la idea de la conservación de la propiedad familiar encuentre un ambiente cada vez más favorable que genere, al menos, una reforma positiva desde el punto de vista de la flexibilización del régimen jurídico en materia sucesoria, de modo que permita una mayor libertad a los padres para disponer la suerte de sus bienes, los cuales están ligados estrechamente, muchas veces, a la suerte de los miembros de la familia”.

En este sentido, como bien ha señalado Elías Guastavino, la división de la herencia suele ser para las familias el momento en que sus fuerzas pueden fenecer para siempre o, por el contrario, sobrevivir permitiendo enlazar las generaciones⁵.

Es así como, en la medida en que la persona se vincula con las cosas, éstas adquieren un sentido hereditario, porque las cosas están al servicio del hombre en el transcurso del tiempo y, por lo tanto, a través de las generaciones.

Además, existe como un carácter cuasi sagrado que adquiere un patrimonio transmitido por generaciones que resulta por ello, entre otras razones, valioso resguardar. Este sentimiento casi se ha perdido en la Argentina, a diferencia de Europa (por ejemplo, en España, sobre todo en el Norte, donde se conservan leyes forales favorables a la continuidad de la propiedad familiar), por obra de la implacable división forzosa e igualitaria de la herencia puesta en vigor en nuestro país.

La propiedad familiar -especialmente la agraria- desde un punto de vista económico, y más allá de otras formas de propiedad, es fundamental para el sustento familiar, así como para fomentar la autonomía familiar respecto del Estado y respecto de las grandes empresas, que suelen asalariar a los descendientes de aquellos campesinos.

Asimismo, la conservación de la propiedad familiar es primordial a fin de proteger la identidad de la persona y de la familia, la que se desarrolla en ese espacio de sana autonomía, en ese ámbito de libertad, en ese reducto familiar en contacto con la tierra, con las creaturas y con los tiempos de la naturaleza.

En eso, la cultura indígena, tan protegida actualmente por la legislación nacional e internacional en competencia con la cultura occidental clásica, da claras muestras de la importancia que tiene la cultura ancestral para la conservación del arraigo terrestre y cultural⁶.

Existe, pues, una relación sempiterna entre la familia y la propiedad por medio de la cual el hombre domestica la cosa normalmente en sociedad, en tanto ser gregario, estableciéndose en familia en un lugar, en una tierra, en una casa.

Por ello, como ha señalado Rafael Gamba, *“el hombre construye su albergue en el espacio, y ese albergue posee límites, estancias, estructura. Y cada estancia, un sentido y también un misterio intransferible, como cada flor es, en sí misma, la negación de las demás. Es la mansión histórica, hecha sustancia de la vida, lo que el hombre ama (...)”*⁷.

(5) GUASTAVINO, Elías P. *Derecho de familia patrimonial. Bien de familia*, Tomo I, 3ª. edición ampliada y actualizada, *La Ley*, Buenos Aires, 2010, p. 146.

(6) FOS MEDINA, Juan Bautista. “La propiedad comunitaria indígena. Algunos aspectos histórico-jurídicos”, *Revista Cruz del Sur* 2012, año II, número 3, pp. 261-283, ISSN 2250-4478. http://www.revistacruzdelosur.com.ar/Numeros_001-010/RHCZDS-00309-Fos_Medina-Propiedad_comunitaria_indigena.pdf. Fecha de consulta: 14 de octubre de 2020.

(7) GAMBRA, Rafael. *El silencio de Dios*, editorial Criterio Libros, Madrid 1998, p. 67.

Por otra parte, como han afirmado Mazeaud, la familia está hecha de estabilidad. Toda cohesión reside en la perpetuidad. Un grupo no vive más que si se cree inmortal⁸.

Por ello, sostiene Lafaille que puede hablarse de un derecho hereditario con jerarquía constitucional, como consecuencia necesaria de la garantía de la propiedad privada, prevista en el artículo 17 de la Constitución Nacional⁹, así como también por el artículo 14 que declara que todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de usar y disponer de su propiedad, y por el artículo 20 del mismo ordenamiento constitucional que expresa que los extranjeros tienen derecho a testar, lo que es aplicable también a todos los ciudadanos de la Nación, porque no sería razonable que los extranjeros tuvieran más derechos que los habitantes nativos.

Tal rango constitucional se encuentra, pues, en la cumbre del ordenamiento jurídico del país y denota la importancia de la materia hereditaria, tal como lo advirtió en su época Alexis de Tocqueville, cuando señalaba que las *leyes de la herencia* deberían *encabezar las normas del Derecho Público* por la influencia social y política que ejercen.

El artículo 14 bis de la Constitución prevé la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por ley 23054 y parte integrante de la Constitución Nacional) en su artículo 17, titulado “protección a la familia”, establece: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”.

En esta línea, los hermanos Mazeaud (Henri, Léon y Jean) han sostenido que “*cuando se reconoce la utilidad de la familia como célula de la nación, se está obligado a admitir la transmisión del patrimonio familiar; porque la defensa de la familia implica la necesidad de mantenerle sus bienes, de asegurarle la perpetuidad del patrimonio, del cual se beneficiarán las generaciones que se suceden, unidas a la realización de los mismos objetivos. Algunos grandes juristas han basado así, con mucha exactitud, sobre la protección de la familia la transmisión sucesoria. Domat escribía: ‘El orden de las sucesiones se funda sobre la necesidad de continuar y de transmitir el estado de la sociedad, de la generación que pasa a la que sigue’ (Traité des lois, cap. VII, I) ... Gény revela que la herencia es el ‘cimiento económico de la familia’; es también su cimiento jurídico ... Así, la herencia cumple una función familiar y social. El hombre conquista por su trabajo la situación de individuo libre; es decir, liberado de esa servidumbre que es la ausencia total de bienes (cfr. Parte segunda,*

(8) MAZEAUD, H., L., J. *Lecciones de Derecho Civil*, T. IV, Buenos Aires, 1959, p. 395, citado por GUASTAVINO, Elías P, *Derecho de Familia patrimonial. Bien de familia*, 3ª Edición actualizada y ampliada, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2010.

(9) SANTISO, Javier. “La mejora estricta de la legítima de herederos con discapacidad”, *DFyP*, mayo, 2017, p.164.

n. 1304); pero no la adquiere egoístamente para él solo; la adquiere también para las generaciones a las cuales les da la vida”¹⁰.

Contrariamente a lo que comúnmente se piensa, independientemente de la inspiración y de la tendencia del Código Civil francés de 1804, Napoleón pretendió que se protegiera la propiedad familiar¹¹.

II. La discusión siempre vigente: libertad de testar o sistema de reservas

La disyuntiva entre libertad de testar o sistema de legítimas (o incluso el sistema mixto) remite a la vieja discusión que se ha desarrollado a lo largo de la vigencia de todo el Derecho Occidental: cuestión que variará en un sentido o en otro según las costumbres y las circunstancias socioeconómicas, jurídico-políticas, etc.

No entraré ahora en esa problemática, pero vale recordar que el sistema de legítimas se implementó en el Derecho Romano, cuando la propiedad era individual y luego de que se verificara en muchos casos el abuso por parte del *pater familias* de una absoluta libertad de disposición de los bienes hereditarios que perjudicara, así, a los parientes próximos.

Por medio de la vía pretoriana surgió, así, la legítima como remedio frente al ejercicio impiadoso del derecho de disposición testamentaria y, también, como una obligación legal para proteger a los familiares preteridos por el *pater* en el testamento.

El sentido que ha tenido la legítima en sus orígenes coincide con su naturaleza jurídica que, según ha señalado el Abad Panormitano, es de carácter alimentario; el tiempo le ha dado en algunos ordenamientos jurídicos un alcance mucho más amplio, entendido como un derecho a una porción de la herencia, siendo éste el sentido que ha tenido en nuestro país desde la sanción del Código de Vélez Sarsfield.

La polémica entre libertad de testar y legítima siempre estará vigente, porque el Derecho, en última instancia, se ocupa de regular el grado de libertad humana en la vida política, es decir, qué permite y qué prohíbe, qué sanciona y qué premia, qué privilegia y qué desalienta.

(10) MAZEAUD, H., L., J. *Lecciones de Derecho Civil*, parte cuarta, Volumen II, La transmisión del patrimonio familiar, ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, pp. 9-10.

(11) Según Vicent Cronin “la Revolución había sido a veces un nivelador imperativo. Por ejemplo, en beneficio del igualitarismo, un decreto de 1794 estableció que un jefe de familia con tres hijos no podía legar a uno de los hijos más del 25 por ciento por encima de lo que había legado a cualquiera de los dos restantes. Napoleón pensaba que debía permitirse que un testador legase hasta la mitad de sus bienes a un hijo, con lo cual por lo menos garantizaría que la casa de la familia pasara de una generación a otra. La única excepción estaría representada por las propiedades cuyo valor superase los 100.000 francos. Tronchet se opuso: ‘¿Cómo podemos saber si la propiedad tiene o no un valor superior a los 100.000 francos? Sería necesario usar los servicios de expertos, lo cual sería costoso, lento y materia de disputas legales’. También aquí se rechazó la propuesta más liberal de Napoleón”. CRONIN, Vincent. *Napoleón*, Javier Vergara editor, (edición original Penguin Books Ltd.), Buenos Aires, 1988, p. 211.

Nosotros nos inclinamos principalmente por favorecer las condiciones necesarias para que la persona pueda desarrollar sus libertades concretas, mediante las cuales se desarrolle la costumbre como fuente de Derecho, siempre que no vaya contra las leyes fundamentales de la Nación.

Por ello nos manifestamos partidarios de no restringir dichas libertades, necesarias para la sana vida social, es decir, sin intromisiones asfixiantes del Estado, que conduzcan, producto de una voluntad del legislador teñida de ideologismos y a contrapelo de la realidad, a una ingeniería social que desvirtúe a la familia.

En concreto, se adujo que el riesgo de una libertad de testar absoluta era que los bienes hereditarios fueran dispuestos a favor de extraños a la familia y que los parientes próximos del causante quedaran privados de ellos y, por tanto, privados también de alimentos.

Por esa razón, los Estados adscriptos al régimen de la libertad de testar, tienen como contracara la obligación alimentaria, que los herederos preteridos pueden hacer valer judicialmente (v.gr. Inglaterra, ciertos estados de los EE. UU, Ontario, Manitoba y Quebec en Canadá, México, la Comunidad Foral de Navarra, el Fuero de Ayala en la Comunidad Vasca, etc.). Asimismo, en algunos países hispanoamericanos es condición para disponer libremente de los bienes, que el testador deje asegurados los alimentos a los hijos que tengan derecho a ellos (artículo 595 del Código Civil de Costa Rica, artículo 778 del Código Civil de Panamá, artículo 936 del Código Civil de Guatemala).

Pero aquella objeción contra la libertad de testar, porque desprotege a la familia, no prospera si coexisten la legítima con la mejora del tercio que aumenta el margen de libertad del testador.

Con la legítima los bienes permanecen en la familia, aunque, con la mejora estricta, pueden distribuirse desigualmente y ello no es necesariamente negativo, al contrario, en general es positivo. Porque, además, entre otros argumentos que se han dado a favor del instituto de la mejora y, en general, en pro de la libertad de testar es que refuerza la autoridad de los padres. Este argumento puede resultar contrario al otro que persistentemente se le insiste a la sociedad, en el sentido de la defensa a ultranza del paradigma igualitario. Pero tiene la ventaja que es natural, porque toda comunidad requiere de una autoridad que ejerza la potestad, y en la familia los padres son naturalmente quienes la detentan.

Cada autoridad en la sociedad debe cumplir su función en su ámbito de competencia y, en ese sentido, el Estado no debe arrogarse facultades que invadan el legítimo ámbito familiar, donde es deseable que se resuelvan estos asuntos privados. Ello no es óbice para que el Estado, en su misión arquitectónica, sancione las leyes de la Nación que fijen el marco de convivencia y que promuevan la concordia política así como que respeten las esferas propias y naturales de participación de la familia y de los cuerpos intermedios en la vida social y política, sin perjuicio de los

límites, restricciones y sanciones que válidamente pueda imponer y los reclamos por violaciones y abusos del derecho que deba atender en aras de proteger al más desvalido y de restaurar el orden¹².

En esta pirámide social (Estado, cuerpos intermedios, familia, persona) se encuentra en su base la persona humana, como componente del tejido social, con su legítima autonomía. Hoy se utiliza el término “autonomía de la voluntad” que resulta un principio válido si se ejerce con equilibrio, pero cuya absolutización puede ser también un factor de segregación y de atomización social.

En tanto, los defensores de la libertad de testar, como Pedro Somellera en nuestro país, así como otros después de él (José Manuel de Estrada, Alberto Molinario, para nombrar algunos), y en España la Escuela jurídica catalana (Joaquín Costa, Luis Roca-Sastre, Durán y Bas y Juan B. Vallet de Goytisolo, por nombrar otros), han puesto el énfasis en un régimen donde prime la condición del buen padre, a diferencia del régimen de legítimas que centra su atención en los abusos, es decir, en el aspecto negativo de la cuestión.

Por otra parte, los que abogan por la libertad de testar han sostenido que la ley, al ser general y establecer una igualdad aritmética, suele errar porque no puede atender las circunstancias concretas de la familia (que exigen el conocimiento adecuado de la realidad familiar), que efectivamente pueden realizar los padres de familia al conocer el ámbito particular.

El principio de igualdad, tanto en lo relativo a la aplicación de una ley sucesoria única como a la misma porción hereditaria para todos los hijos, es sumamente atractiva, pero, conviene reconocer, que puede ser en la práctica un elemento disolvente.

Se dirá que la distribución desigual de la herencia entre los descendientes es injusta o discriminatoria, pero también es injusto y discriminatorio cuando reciben lo mismo unos descendientes que no tienen la misma situación personal, económica, social, etc. Tratar por igual realidades distintas también es injusto. A veces el bien común exige también soluciones desiguales, pero no por ello menos justas.

¿Desconocemos o le restamos importancia, por ello, a los abusos que ciertos padres puedan realizar con sus hijos? No, y cabe aclarar que la mejora no los desampara porque prevé reservas obligatorias para los legitimarios. Lo que ocurre es que no debe perjudicarse a toda la familia con una “solución” simplista e inflexible (como la división forzosa e igualitaria de la herencia), que en cada partición heredi-

(12) En este sentido, ni siquiera la libertad política es suficiente sin libertad civil, así como sin libertad real. En este sentido, Gilbert K. Chesterton señalaba que, quienes detentan el poder, no confían en que el hombre corriente pueda gobernar su casa... *“En realidad, no quieren concederle ningún poder político. Están dispuestos a otorgarle el voto porque hace tiempo que descubrieron que ese voto no le otorga ningún poder. No están dispuestos a darle una casa, ni una mujer, ni un hijo, ni un perro, ni una vaca, ni un pedazo de tierra, porque esas cosas sí le otorgan poder”*. CHESTERTON, Gilbert Keith. *Los límites de la cordura: el distributismo y la cuestión social*, El Buey Mudo, Madrid, 2011, pp. 214-5.

taria liquida el patrimonio familiar y, a largo plazo, demuele las bases económicas de las familias y, con ello, alienta la inestabilidad social.

Por otra parte, tanto en el sistema de legítimas como en el de libertad de testar está en juego el principio de solidaridad familiar, por más que éste sea invocado frecuentemente por los defensores del sistema legitimario. Esa colaboración natural que prestan los integrantes de una sociedad, como es la familia, sostienen los enrolados con la legítima, es justo que sea recompensada a la hora de dividir los bienes hereditarios. Eso supone una presunción general de que todos los herederos ayudan a los intereses familiares. Pero esta posición no deja de partir de una generalización. En concreto, quien sabe quién ha sido solidario con la familia es el padre o la madre. Por eso, los sistemas mixtos o donde predomina la libertad de testar, la solidaridad familiar es premiada por el causante, y no por una ley general que no puede acertar, precisamente, por su carácter general.

Otra dificultad se presenta con la colisión de intereses y de valores: entre el principio de igualdad de los herederos y el resguardo del patrimonio familiar. El sistema de legítimas abraza el primero y el sistema de libertad de testar el segundo.

De suerte que, en atención a la relevancia y a la actualidad de la cuestión y, en vista a las breves consideraciones expuestas, he colocado el énfasis, por tanto, en el aspecto socioeconómico-político que resulta acuciante.

Con relación al estudio de la mejora, algunos autores han analizado la mejora desde un punto de vista histórico, señalando la tradición jurídica de la que forma parte. De esta manera lo han hecho, en España, estudiosos como Alfonso Otero Varela y, entre nosotros, entre otros, Víctor Tau Anzoátegui y María Isabel Seoane.

En el caso del tercio de mejora, re-consagrado en la legislación española en las Leyes de Toro de 1505 (aplicables en Indias) y luego de la omisión que se hiciera de ella en las Partidas, la institución ha tenido vigencia en nuestra nación durante el largo período hispánico y durante toda la época de la pre-codificación (1810-1871).

Por otro lado, la discusión en torno a incorporar la mejora estricta en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta los antecedentes del Derecho indiano y del actual artículo 2448 Código Civil y Comercial, conduce inexorablemente al cuestionamiento de la rigidez del régimen sucesorio argentino que, a nuestro modo de ver, exige una mayor flexibilidad sucesoria.

Quizás el debate previo deba centrarse en otorgar una mayor libertad de disposición al causante (dentro de la familia legitimaria); pero este es un tema que excede el alcance de este estudio.

No obstante, consideramos que una libertad indiscriminada de testar aún sujeta a la obligación alimentaria, no sólo no es conveniente, sino que tampoco es acorde con nuestra costumbre, ni siquiera durante la etapa hispánica.

Sin embargo, tampoco propiciamos un sistema como el del Código Civil y Comercial vigente que, aunque ha reducido plausiblemente las legítimas largas del Código Civil originario que, por otra parte, venían siendo cuestionadas por buena parte de la doctrina nacional, aún mantiene excesivamente acotado el margen de disposición.

De manera que, para no excedernos, no abordaremos el análisis de la libertad absoluta de testar, ni tampoco de los sistemas que conjugan la libertad de testar y las reservas, como ocurre con los grandes sistemas denominados de legítimas cortas y de legítimas colectivas¹³.

Nos centraremos, en cambio, en el análisis de la mejora que, como ha señalado el eminente jurista español José Castán Tobeñas, es “una ingeniosa combinación de la libertad de testar y de la sucesión forzosa que aúna sus respectivas ventajas”¹⁴.

III. Concepto

El término mejora viene de la palabra latina *melioratio, onis*, que significa mejora, mejoría, medra, adelantamiento, y aumento de alguna cosa¹⁵.

Según el Diccionario de la Real Academia Española tiene varios significados, entendiéndose por su significado específico, la porción que de sus bienes deja el testador a alguno o algunos de sus hijos o nietos además de la legítima estricta. Suele llamarse también vulgarmente a la parte que el ascendiente deja a un descendiente, tomándola del tercio de libre disposición¹⁶.

En sentido semejante al primer significado jurídico, Juan B. Vallet de Goytisolo entiende por mejora, a aquella porción de herencia que recibe un descendiente, además de la legítima y como ventaja respecto de los otros herederos forzosos¹⁷.

(13) FOS MEDINA, Juan Bautista. “El patrimonio familiar en el derecho foral de España”, *El Derecho*, Diario de Doctrina y Jurisprudencia nro. 14.644, Año LVII, ED 283, pp. 1-5.

(14) CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*, T. VI, vol. II, 7ª. Edición, Madrid 1973, p. 474, citado por BELLUSCIO, Augusto César. “La posible introducción de la mejora en el derecho argentino (La resurrección de Chindasvinto)”, *El Derecho*, ED 156, p. 860.

(15) VALBUENA REFORMADO. *Diccionario Latino-Español*, MARTÍNEZ LÓPEZ, M. D. P. (Dirección), Duodécima edición, Librería de A. Bouret e Hijo, París, 1873, p. 531.

(16) Además, el Diccionario de la Lengua Española brinda los siguientes significados: 1. Medra, adelantamiento y aumento de una cosa. 2. Puja. 3. (El significado que acabamos de referir en el cuerpo del artículo). 4. Escrito que en el antiguo procedimiento formulaba el apelante, ante el tribunal superior, razonando el recurso que había interpuesto. 5. Gastos útiles y reproductivos que con determinados efectos legales hace en propiedad ajena quien tiene respecto de ella algún derecho similar o limitativo del dominio; como la posesión, el usufructo o el arrendamiento. En *Diccionario de la Lengua Española*, Décima Sexta Edición, Año de la Victoria, pp. 833-4.

(17) VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Estudios de Derecho Sucesorio*, volumen II, editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1981, p. 113.

En este estudio nos referiremos a la mejora entendida como la parte de la herencia que, no siendo ni la reserva o legítima estricta, ni la porción disponible, es la que el causante puede distribuir libremente (por actos inter vivos o mortis causa) y de modo desigual entre sus hijos y descendientes¹⁸.

IV. La mejora como institución de nuestra tradición jurídica

La mejora en la España romana, visigoda y medieval

Pensamos con Cicerón, jurista arquetípico, que la Historia es “*testigo de los tiempos, luz de la verdad, vida de la memoria, maestra de vida y embajadora de la antigüedad*” y con Polibio que “*no hay estudio más apto para el gobierno del hombre que el de la historia*”.

Por ello, le daremos a esta disciplina el lugar que merece en este estudio, para iluminar la cuestión que abordaremos y para encontrar el sentido más profundo de esta institución a través de su génesis y evolución, teniendo en cuenta que vivió y aún pervive en el Derecho de raigambre hispánica desde hace por lo menos más de mil quinientos años.

Como ha sostenido Alfonso Otero Varela¹⁹, la mejora es un instituto típico del Derecho hispánico y exclusivo del Derecho castellanoleonés y sus derivados, sin comparación en pueblo alguno, que fue enunciado con este nombre por vez primera en tres leyes del rey visigodo Chindasvinto y que fueron recopiladas en el *Liber Iudiciorum*: Liber 4,5,1, y 4,2,18, principalmente, y Liber 4,5,4²⁰.

El mismo autor ha señalado en un estudio histórico-jurídico, llamativamente técnico, minucioso y erudito, titulado *La mejora*, que la ley *Dum illicita* (Liber 4,5,1) de Chindasvinto ha sido constantemente señalada como origen del instituto de la mejora, pero que en realidad sólo tendría la originalidad de darle nombre al instituto, el cual ya estaba esbozado anteriormente en la legislación romana vulgar. Demos un vistazo a estos últimos antecedentes.

La libertad práctica de disposición testamentaria ha enseñado Otero Varela, no existía en el Derecho romano vulgar visigodo. Recordemos que, como consecuencia de la omnímoda voluntad del *paterfamilias*, el individualismo del *pater* devino en una absoluta libertad de testar que debió ser morigerada, como es sabido, con medidas pretorianas, luego consagradas legalmente, como por ejemplo en las *querela inofficiosi testamenti*.

(18) Consideramos que la mejora estricta conviene obtenerla del líquido de todo el acervo hereditario y no de las reservas, para que su porcentaje no se vea a tal punto reducido.

(19) Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Santiago de Compostela y, posteriormente Decano de la misma Universidad.

(20) OTERO VARELA, Alfonso. “La mejora”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nro. 33, 1963, p. 7 y ss.

La *patria potestas* de poder ilimitado, templada por la *humanitas* y, luego por la *pietas* (acorde a la sentencia del jurista Marciano en su Digesto *patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere*) derivó en un *officium* en interés de los hijos, de manera que de la libertad ilimitada se pasó paulatinamente a la reserva de bienes para los hijos en diferentes preceptos legales y épocas.

Es así como, a partir del siglo II a. C., con la introducción de la cuota legítima, el principio de la libertad testamentaria fue sufriendo graves limitaciones, por lo que ha afirmado Alfonso Otero Varela, que se mantenía solamente debido a la facultad de desheredación, que estaba basada en la máxima libertad, que posibilitaba indirectamente la libertad de disposición testamentaria²¹.

La ley Falcidia del 40 a.C. estableció a favor del heredero una cuota mínima libre de legados, que consistía en la cuarta parte de la herencia²².

En esta evolución histórica de la mejora, la Constitución *Feminae* de Graciano del año 382, impuso a la mujer que contrajera nuevas nupcias, teniendo hijos del primer matrimonio, la obligación de reservar a los hijos de aquél matrimonio los bienes recibidos del marido, basándose en la doctrina de Constantino (Constitución de Constantino de 319).

La Constitución *Feminae* fue trascendente porque estableció que la cónyuge supérstite podía preferir entre sus hijos al que quisiera, para transmitirle aquellos bienes a ellos reservados (limitándose a los bienes procedentes del marido).

Este es el más remoto origen de la mejora, según ha sentenciado el prestigioso catedrático de Santiago de Compostela.

Después, el Emperador Teodosio II (de origen hispano), en la Novela 14 (donde regula el destino de todas las aportaciones de los cónyuges como constitutivas de dos masas integrantes del patrimonio familiar) extiende al marido el régimen de reserva de bienes que la Constitución *Feminae* había impuesto a la mujer en caso de segundas nupcias²³.

Refiere Otero Varela que, según la opinión dominante, el rey Flavio Chindasvinto (642-653) habría realizado una suerte de síntesis entre el sistema romano de

(21) En este sentido, “este principio de libertad de desheredar, que llevaba a la libertad de testar, sería el que pretendió abrogar Chindasvinto y, por esto, la ley que lo contiene, la del Breviario, sería la que deroga el Liber 4,5,1”. Ibid., pp. 12-3.

(22) De suerte que, “mediante la querela inofficiosi testamenti y la Falcidia se garantizó el derecho de los herederos y se estableció jurídicamente la cuantía de la legítima que se debía reservar a los hijos en una cuarta parte del patrimonio”, Ibid., p. 23.

(23) Ibid., p. 34.

libertad de testar y el sistema germánico de reservas, de la cual habría nacido la mejora²⁴.

Conviene recordar que el *Liber Iudiciorum*, promulgado por el rey visigodo Recesvinto (653-672) en 654, tuvo vigencia hasta la promulgación del Fuero Juzgo por el rey Fernando III el Santo en 1241, que fue su traducción del latín a la lengua romance, de manera que tuvo una presencia en Castilla de varios siglos siendo, junto con las Siete Partidas, unos de los más grandes monumentos jurídicos castellanos y, quizás, de todos los tiempos.

El Liber (4,5,1) recopila, entonces, la ley *Dum inlicita* (del rey visigodo inmediato anterior, Chindasvinto) donde se establece la mejora, teniendo también como antecedente inmediato el Código de Eurico, que marca un hito en la historia de la mejora, en virtud del derecho del padre sobre los “bona materna”, consecuencia de la patria potestad.

El Liber, también conocido como Libro de los Juicios, comienza el apartado 4,5,1 de la siguiente manera:

“Dum inlicita queque perpetrari cognoscimus, legem ponere secuturis oportune conpellimur ...”, es decir, cuando tenemos conocimiento de que se cometen cosas ilícitas, nos vemos obligados a dictar leyes con vistas al futuro. Y continúa más adelante, en concreto a lo que refiere al objeto de nuestro estudio: *“Por eso, el padre o la madre, el abuelo o la abuela que quieran favorecer alguno de sus hijos o de sus nietos, tendrán que observar estrictamente esta norma, según la cual no podrán invertir más de la tercera parte de todos sus bienes para favorecer a los hijos o a las hijas, a los nietos o a las nietas, ni podrán transferir la totalidad de sus bienes a personas extrañas, salvo que no tengan hijos legítimos o nietos que los sobrevivan. ... Ahora bien si los que tienen hijos o nietos quieren otorgar algo de sus bienes a iglesias, o a los libertos, o a aquellos que ellos elijan, además de aquella tercera parte que antes se ha mencionado, podrán separar también una quinta parte. Sobre esta quinta parte tendrán potestad indiscutible para disponerla como quieran”*²⁵.

(24) Pero, en definitiva, según el mismo jurista, “la derogación del principio de libertad de desheredar y el establecimiento de unas causas concretas de desheredación son la única novedad de la ley *Dum inlicita* de Chindasvinto (...). La innovación de Chindasvinto, sin embargo, tiene una importancia y una trascendencia enormes: la aproximación de sucesión testada y sucesión legítima. Se establece el principio de que no se puede desheredar sino por unas causas concretas, que habían de ser manifiestamente probadas. Desheredar ... equivalía ahora a excluir la aplicación del sistema de reservas; y al limitar la desheredación se impone la sucesión legítima en detrimento de la testada”. *Ibid.*, p. 14.

(25) *LIBER IUDICIORUM, El libro de los juicios, Leyes históricas de España*, Estudio Preliminar Rafael Ramis Barceló, traducción y notas Pedro Ramis Serra y Rafael Ramis Barceló. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015. La cuantía de la mejora fue establecida en un décimo por Chindasvinto (la mitad de la cuota de libre disposición) y después aumentada a un tercio por el rey visigodo Ervigio (680-687), restableciéndola a su cuota tradicional. En tanto la quinta era la célebre cuota de libre disposición, introducida en la época del rey visigodo Leovigildo (572-586). Según José Luis Pérez Lasala, en el Codex de Leovigildo se fijó la reserva a favor de los hijos en 4/5 de la herencia.

Con la crisis del régimen político visigodo el instituto de la mejora entró en decadencia mientras ascendía la comunidad patrimonial familiar. Como consecuencia de ello y del principio de igualdad de los hijos en la sucesión, el Fuero de Fuentes rezaba: “*Que non dé a un fijo más que a otro*”²⁶.

De suerte que desaparece la mejora por la desaparición del derecho del padre a adquirir lo ganado por los hijos, al corresponder ahora este derecho a la comunidad familiar. Y, en cambio, reaparecerá en muchos Fueros castellanos por la reaparición de los peculios y de la disposición de los bona materna, salvo en los territorios llamados del Derecho Foral, fundamentalmente en el Norte peninsular (Navarra y Aragón), aunque sí en ciertos lugares de Cataluña, donde tuvo mayor intensidad de aplicación el *Liber Iudiciorum*²⁷.

De manera que la mejora se extenderá en Castilla. Así, por ejemplo, el Fuero de Soria establecía una mejora del cuarto a uno de los hijos, mientras que la porción disponible era el sistema visigodo del quinto, deducidas las deudas.

El Fuero Real (1255) retomó la porción del tercio de mejora de los bienes del Liber y del Fuero Juzgo al establecer en 3,5,10 lo siguiente:

“Como ninguno puede mandar a estraños más que de la quinta parte de su hacienda. Ningún home que hubiere fijos, o nietos, o dende ayuso, que hayan de heredera, no pueda mandar, ni dar a su muerte más de la quinta parte de sus bienes; pero si quisiere mejorar a alguno de los fijos, o de los nietos, puédalos mejorar en la tercia parte de sus bienes, sin la quinta sobredicha, que puedan dar por su alma, o en otra parte do quisiere, e non a ellos”.

El tercio de mejora y el quinto disponible no eran acumulables; lo serán con las Leyes de Toro.

Será, entonces, mediante la aplicación tanto del Fuero Real como del Fuero Juzgo en distintas ciudades castellanas, por medio de cartas forales, que la mejora volverá a tomar vigor y a difundirse.

Posteriormente, con la Ley de Estilo 214 se fijará en forma definitiva la mejora para el derecho castellano, denominándola la tercia parte de los bienes²⁸.

Cfr. “La mejora del tercio, como medio para posibilitar una distribución más equitativa de la herencia entre los hijos”, *La Ley*, LL. 1991-B, p. 822.

(26) Se habían inclinado por la igualdad hereditaria de los descendientes legítimos, por ejemplo, los fueros de Alcalá de Henares, de Cuenca, de Zamora, de Plasencia, de Sepúlveda, de Cáceres, de Fuentes y el Fuero Viejo de Castilla. Cfr. SEOANE, María Isabel. “Instrumentos testamentarios para desigualar patrimonialmente a la descendencia legítima. Apuntes para el estudio de la mejora en la praxis testamentaria bonaerense del siglo XIX”, *revista del Instituto de Historia del Derecho*, Nro. 28, p. 590.

(27) OTERO VARELA, Alfonso. Ob. cit., p. 74.

(28) A diferencia del *Liber Iudiciorum*, según Alfonso Otero Varela, el quinto en el Fuero Viejo y en las Leyes de Estilo era destinado para el alma y no como porción de libre disposición. Entre nosotros, durante el período de vigencia de la legislación indiana el quinto se usó como cuota del alma,

En cambio, las Siete Partidas, no la contemplaron, al tiempo que fijaron una legítima de un tercio si eran menos de cuatro hijos y de la mitad del haber hereditario si el número de hijos era mayor²⁹.

La mejora en el período indiano y en el período independiente (pre-codificación)

Las Leyes de Toro de principios del siglo XVI van a redactarse en el inicio del siglo de Oro de España, a pocos años del Descubrimiento del Nuevo Mundo. Fueron de gran relevancia, porque ejercieron una fuerte influencia en el Código Civil de España de 1889.

La Ley de Toro 17 establecía que *“quando el padre, o la madre mejorar a alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, o en otra postrimera voluntad, o por otro algún contrato entre vivos ... fasta la hora de su muerte la pueda revocar quando quisiere”*.

Las Leyes de Toro, entonces, establecieron el tercio de mejora, así como también el quinto de libre disposición, aunque sus redactores se referirán a ellos, como “el tercio y quinto de mejoría”, estableciendo que ambas porciones fuesen acumulables³⁰. Con aquella fórmula se buscaba dar más a un hijo que a los otros, conforme a la tendencia de la época. Además, las Leyes de Toro consagraban el mayorazgo³¹.

Por otra parte, el proyecto de García Goyena pretendió derogar el principio de la Ley de Toro 18, que prescribía la mejora a los hijos y, aún a los nietos viviendo el padre. Pero su iniciativa no mereció la aprobación, dado que se conservó la facultad de mejorar a los nietos o descendientes viviendo sus padres por unas razones

así como para disponer a favor de hijos ilegítimos, para favorecer a esclavos, para saldar deudas y en general para el descargo de la conciencia. Vid. FOS MEDINA, Juan Bautista. “El testamento en la historia: sus aspectos morales y religiosos”, *El Derecho*, Suplemento de Filosofía del Derecho, Nro. 30, ED 265, Año LIII, pp. 15-18.

(29) TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Esquema histórico del Derecho Sucesorio. Del Medievo castellano al siglo XIX*, La Ley, Buenos Aires, 1971, p. 51.

(30) Ley de Toro 19: *“El padre y la madre y abuelos en vida o al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, o parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría en que lo aya el hijo, o hijos, o nietos que ellos mejoraren: con tanto que no exceda el dicho tercio de lo que montare, o valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto como dicho es, que no lo pueda el testar cometer a otra persona alguna”*. En Alfonso OTERO VARELA, Alfonso. Ob. cit., p. 107.

(31) OTERO VARELA, Alfonso. Ob. cit., p. 98. La ley de Toro 26, señala Otero Varela, *“separa legítima, por un lado, y tercio y quinto, por el otro, de lo cual hay que deducir que el criterio de L. Toro será que la mejora no es legítima y que ésta se reduce a ocho quinceavos. El argumento de que el tercio es legítima porque sólo se puede dejar a los descendientes legítimos no vale, porque, según la L. Toro, se puede dejar a los que no son legitimarios, cual es el caso del nieto viviendo su padre”*.

llamadas de equidad; para que un abuelo pudiera proveer a la suerte de sus nietos, hijos de un padre disipador³².

En tanto, Lacoste señaló que las Leyes de Toro atentaron contra los derechos absolutos de los reservatorios y que el derecho de los nietos acarrea una real disminución de la reserva colectiva, siendo en estos casos la elección del testador arbitraria y caprichosa.

Por otro lado, las Leyes de Toro, ha señalado María Isabel Seoane, *“fueron incorporadas a la Nueva y a la Novísima Recopilación y estuvieron vigentes entre nosotros durante el período hispano-indiano y argentino hasta la codificación”*³³.

Como se ha señalado, el sistema de legítima grande (cuatro quintos) y la mejora del tercio, no bastó en el antiguo Río de la Plata para que evitar la excesiva subdivisión predial, dado que *“las explotaciones con todo lo que incluyeran se dividían entonces ineludiblemente y, como es previsible, al cabo de algunas generaciones el tamaño solía volverlas inviables ... El ritmo de la circulación de tierras en el mercado también se ve directamente afectado por el sistema de transmisión, y es evidentemente más ágil y dinámico en las zonas de transmisión igualitaria que en las de heredero único”*³⁴.

En el virreinato rioplatense predominó un cierto ambiente igualitario razón por la cual, por ejemplo, la constitución de mayorazgos no fue frecuente.

Con todo, la mejora fue utilizada con una constante y moderada frecuencia, v. gr. en la práctica testamentaria bonaerense de los siglos XVIII y XIX, muchas veces con el objeto de premiar, ayudar y/o corregir a la descendencia legítima y, no tanto desigualarla patrimonialmente en beneficio del mejorado.

En este sentido, se intentó con ello premiar el afecto de un hijo, su buena conducta y su obediencia, el cuidado prodigado al causante en su última enfermedad, o también cubrir necesidades de hijos menores o menos industriosos. En definitiva, con la “cuota igualadora” se trataba de igualar situaciones desiguales, a menudo derivadas de la edad, del sexo, de la viudez, de la situación económica, del crecido número de hijos, de la enfermedad, etc.³⁵.

(32) Ibid., p. 106. La ley de Toro 18 preveía lo siguiente: *“El padre o la madre o qualquier dellos pueden, si quisieren, hazer el tercio de mejoría que podían hazer a sus fijo o nietos, conforme a la ley del fuero, a qualquier de sus nietos o descendientes legítimos, puesto que sus fijos, padres de los dichos nietos o descendientes, sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento alguno”*. Disponible en: http://faculty.georgetown.edu/sallesrv/courses/SPAN-459/span459/pdfs/leyes_toro/leyes_96.pdf. Fecha de consulta 14 de septiembre de 2019.

(33) SEOANE, María Isabel. Ob. cit., p. 593.

(34) CONTENTE, Claudia. *Familias en la tormenta. Tierra, familia y transmisión de patrimonio en el Río de la Plata, siglos XVIII y XIX*, Prometeo libros, Buenos Aires, 2015, pp. 95, 105, 110 y 114.

(35) SEOANE, María Isabel. Ob. cit., pp. 585-617. Claudia Contente ha apuntado que *“en el Río de la Plata, al igual que en otras regiones de transmisión igualitaria, se observa que en la mayoría de los casos las mejoras han sido un recurso para romper desequilibrios, intentando compensar en el seno de la familia las diferencias que se hubieran podido generar entre los hijos. Las justificaciones podían ser de todo tipo, algunas eran*

Las mejoras podían recaer en el tercio estricto, o en el quinto remanente de los bienes (dado que primero debían descontarse de esa parte los gastos médicos, de enterramiento, de luto, misas, tasadores, escribanos, etc.) o en el tercio y el quinto.

Fue utilizada con más asiduidad por mujeres que por varones; las mujeres la dispusieron a favor, principalmente, de hijas o nietas legítimas a quienes premiaban por servicios prestados o cuidados prodigados, aunque el sentido remuneratorio no fue exclusivo ni excluyente³⁶.

En relación al estudio realizado por María Isabel Seoane acerca de los testamentos en la etapa indiana y en la etapa de la pre-codificación en la provincia de Buenos Aires se puede determinar, a partir de la muestra confeccionada, que en casi un 28% de los testamentos del período indiano se hicieron mejoras, en sus tres tipos, mientras que en el período subsiguiente, ya inmediato al inicio de la codificación en el país, el porcentaje del muestreo fue de casi el 20%, muchos de los cuales corresponden al año 1870, es decir a escasos días de la puesta en vigencia del Código Civil, donde la mejora desapareció³⁷.

Por lo cual, si de cada diez testamentos en dos o en tres se utilizaba la mejora, quiere decir que el Código de Vélez suprimió una costumbre practicada entre nosotros (con cierta frecuencia) y, de esa manera, rompió con una tradición jurídica (al menos en Buenos Aires), pese a que esto último haya sido negado por algún jurista³⁸.

de índole puramente económica, al resarcir por ejemplo una ayuda particular que brindó o brinda el 'mejorado' al testador o una ayuda precisa que se dio a otros herederos en algún otro momento. Podían existir, igualmente, motivos de carácter espiritual o afectivo. En todo caso, se trataba de un mecanismo de control familiar que se basaba en acuerdos, en arreglos entre las partes implicadas y que podía igualmente ocultar objetivos finales difíciles de determinar, como evitar la fragmentación del patrimonio, permitir la instalación del mayor número posible de hijos o incluso procurar aliviar a alguno de los herederos en momentos difíciles que pudieran estar pasando". CONTENTE, Claudia. Ob. cit., pp. 113-4.

(36) SEOANE, María Isabel. Ob. cit., pp. 585-617.

(37) Del período indiano se relevaron 251 testamentos de los cuales en 59 se hicieron mejoras: de tercio (27), de tercio y quinto (26) y de quinto (16). Del período argentino precodificado de un total de 286 testamentos con pluralidad de descendientes legítimos, 57 testadores mejoraron a algún de sus descendientes con los tres tipos de porciones antedichas. Cfr. SEOANE, María Isabel. Ob. cit., pp. 585-617.

(38) Según Zannoni en las XIV Jornadas de Derecho Civil realizadas en Tucumán en 1993 hubo "consenso en el sentido que resulta necesario disminuir la legítima de 4/5 asignada a los descendientes. En lo que no hay consenso es en adoptar el sistema de la mejora al estilo del derecho español, considerándose que es ajena a nuestra tradición jurídica y además posibilita en buena medida discriminaciones odiosas en perjuicio de algunos descendientes a favor excesivo a otros". En BERENGUER, Marcela Claudia. *La flexibilización sucesoria*, [en línea], (2012), Tesis de Doctorado, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/flexibilizacion-legitima-hereditaria-berenguer.pdf>. Fecha de consulta: 11 de noviembre de 2019. Por nuestra parte, hemos intentado ofrecer suficientes antecedentes que, más allá del modo de instrumentación y sus porciones, la mejora ha estado presente durante más de mil años en España y durante más de tres siglos en la tierra de nuestros mayores, de manera que ha pervivido hasta la entrada en vigencia del Código Civil y, si Vélez Sarsfield y el Presidente Sarmiento decidieron discontinuar el instituto hispánico de la mejora,

Pese a las nuevas ideas igualitarias propiciadas por las clases dirigentes del siglo XIX, la institución de la mejora se regulaba todavía en los Códigos y en la legislación vigente en el antiguo Virreinato del Río de la Plata.

De esa manera, tanto el Código Civil de Santa Cruz de 1831 (arts. 570 a 585), como el proyecto de Eduardo Acevedo de 1852 (arts. 1034 a 1047) muestran en esta materia un notable apego a la tradición³⁹.

El Proyecto de Código Civil para España de García Goyena, la preveía de forma acotada. Pero con la sanción del Código Civil español desapareció la vieja cuota libre del quinto (que estuvo vigente entre nosotros durante toda la vigencia del Código Civil), y se convirtió en un tercio de libre disposición, probablemente acercándose al Derecho foral.

De forma tal que la mejora en el Código Civil de España es, desde entonces, una de las dos terceras partes destinadas a legítima que el padre puede disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes.

El Código de Bello la preveía como una cuarta de mejora, debiéndose dividir la masa de los bienes en cuatro partes: dos de ellas para la legítima (es decir, la mitad), una para la mejora estricta y la otra cuarta parte como porción disponible.

Recientemente, Colombia ha simplificado el régimen heredado de Andrés Bello y ha suprimido la cuarta de mejora, al prescribir sólo como legítima la mitad del patrimonio, quedando la mitad restante como porción disponible (Ley 1934 del 2/8/2018). Chile intenta seguir sus pasos, ya que viene debatiendo parlamentariamente la misma solución adoptada por Colombia.

Pedro Somellera, enrolándose en la corriente que daba preeminencia a la sucesión legal por sobre la testamentaria, con todo, enseñaba que *“sería temeridad decidirse contra la facultad de testar”*. En este sentido, esgrimió en sus clases los típicos argumentos utilizados por los juristas que defienden la libertad testamentaria⁴⁰.

su consagración restringida en el artículo 2448 del Código Civil y Comercial (con la mejora al heredero con discapacidad), pone en evidencia que, de algún modo, la institución pervive pese a haber sido retomada recientemente de la formulación vigente en el Derecho Español (de donde ha sido tomado el artículo 2448), y entrar, de esa manera, nuevamente en el ordenamiento jurídico vernáculo, ahora en el Código Civil y Comercial. Por otro lado, España no se encuentra lejos de nuestra cultura y de nuestras costumbres y, sin embargo, no parece que haya mayores problemas en su aplicación. Aunque no sea un medio eficaz por sí solo para contener el proceso de pulverización predial.

(39) SEOANE, María Isabel. Ob. cit., p. 594.

(40) Decía, Somellera, que la facultad de testar *“trae palpables bienes, porque tocando a cada propietario el conocer las particulares circunstancias, en que se hallarán después de su muerte las personas que de él dependen, a él toca proveer, corrigiendo las imperfecciones de la ley”*. La consideraba, ha señalado Seoane, como un instrumento de autoridad que el propietario podía valerse para fomentar las virtudes y reprimir los vicios de los que formaban su círculo. Aquél, *“auxiliado de la facultad de mejorar en ciertas porciones -concluía- aumenta la indemnización de los gastos, y cuidados, y se asegura contra la ingratitud: bueno es que el interés sirva de consejero a los deberes, aunque sean necesarios; y bueno es también, que se dejen al hombre medios*

La mejora en el período patrio independiente (pos-codificación)

Como adelantamos, Vélez Sarsfield suprimió la mejora del Código Civil y omitió todo comentario sobre su vigencia multisecular previa. Simplemente la proscribió mediante el artículo 3605 que establecía:

“De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos”.⁴¹

De manera que la legítima larga de cuatro quintos del Derecho Castellano (Leyes de Toro) se mantuvo con el Código Civil, pero sin la morigeración de la mejora del tercio con la que jugaba armónicamente junto con los mayorazgos, vínculos y capellanías que Vélez prohibió categóricamente, dando así inicio a una era igualitaria y que traería como consecuencia la pulverización rural y el subsiguiente desarraigo y debilitamiento social y político de las familias.

Como señalan los Mazeaud, la preocupación dominante de los revolucionarios franceses “consistió en hacer que reinara la igualdad absoluta entre los herederos. La ley del 17 de nivoso del año II suprimió el régimen especial para las sucesiones nobles. Mantuvo la parte de libre disposición; pero, por temor a que el de cujus mejorara a uno de sus hijos y con ello restableciera, siquiera en parte, la sucesión noble, prohibió asignar la parte de libre disposición a favor de uno de los hijos: el testador no podía favorecer con ella sino a un extraño ... Los redactores del Código civil (francés) ... como el derecho romano y el derecho revolucionario, mantuvieron la unidad de sucesión, por rechazar, en materia sucesoria, la distinción entre los bienes propios y los gananciales, que conservaron en la organización de

de endulzar las amarguras, que son consiguientes a la vejez”. SOMELLERA, Pedro. *Principios de Derecho Civil* (Curso dictado en el Universidad de Buenos Aires en el año 1824), Reedición facsimilar, *Instituto de Historia del Derecho*, Colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1939, pp. 162-163, citado por SEOANE, María Isabel, ob. cit., p. 596. Entre los teólogos, Juan de Zumárraga estaba por la igualdad de los herederos.

(41) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, con las notas de Vélez Sarsfield y Leyes y Decretos complementarios, Víctor P. de Zavalía, Editor, Buenos Aires, 1972, p. 783. En la partición por testamento la cláusula de mejora en el Código Civil debía ser expresa, en tanto, en la partición por donación no estaba permitida. En el comentario al artículo 3605 del Código Civil Llerena señalaba: “No hay entre nosotros lo que propiamente se llama mejora, pues como dice Goyena en el comentario al artículo 652, cuando al testador sólo se le permite disponer de lo que no es legítima rigurosa no hay una mejora en el sentido jurídico de la palabra. Por el Código de Goyena, y demás citados por el mismo, se permite disponer al testador, a título de mejora, de una parte de la legítima de los herederos forzosos, aparte de la porción disponible. Esto es lo que constituye una verdadera mejora ... Por las Leyes Españolas anteriores a la vigencia del actual Código, si bien la legítima de los descendientes eran cuatro quintos de la sucesión, el ascendiente podía disponer a título de mejora a favor de uno o de varios de sus ascendientes de un tercio de esa legítima. De modo, que la mejora era sólo de ese tercio y no lo que le dejaba del quinto. (Ley 9, Título 5, Libro 3, F.R.-Ley 28 de Toro). El heredero tenía, pues, dos legítimas: la lata y la diminuta. En nuestro Código, como se ve por este artículo y sus concordantes, la mejora está reducida a la porción disponible”. LLERENA, Baldomero. *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, Segunda edición notablemente aumentada, Tomo noveno, Imprenta, litografía y encuadernación de Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1902, pp. 557-8.

los regímenes matrimoniales. Mantuvieron el principio revolucionario de la igualdad; pero admitieron que el de cuyos podía asignar la parte de libre disposición a favor de uno de los hijos, al igual que a favor de un extraño"⁴².

Han señalado también que *"la política antifamiliar seguida hasta 1938 tuvo sus repercusiones en la esfera del derecho sucesorio (...). A partir de 1938, anheloso de proteger a la familia, el legislador fue llevado a modificar ciertas reglas sucesorias, desastrosas para el patrimonio familiar. Guiados por una concepción muy estrechamente igualitaria, los redactores del Código Civil habían organizado la partición de tal modo, que solía llevar a la fragmentación de las propiedades o a la venta de los bienes. El patrimonio familiar quedaba así destrozado; los miembros de la familia se dispersaban; y ahí es donde hay que buscar una de las principales causas de la despoblación del campo. Por otra parte, el fraccionamiento excesivo de la tierra se opone al desarrollo de los procedimientos racionales y mecánicos del cultivo. De ahí las importantes reformas de la partición sucesoria realizadas en 1938 y 1961"*⁴³.

El artículo 3605 del derogado Código Civil interactuaba con el artículo 3514, que preveía la partición anticipada de los padres y ascendientes entre sus hijos y descendientes, por donación entre vivos, por testamento y por actos especiales. En la nota a ese artículo donde se inclina terminantemente por el régimen de sucesión legal, se vislumbra la posición del Codificador cordobés:

*"(...) La ley les confiere este poder a los ascendientes como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos: Ut fraterno certamine eos preservent, dice la Ley Romana (...). Los padres substituyen su voluntad ilustrada a la decisión de la suerte, puede decirse, para atribuir a cada uno de sus hijos el bien que conviene a su carácter, a su profesión, o a su posición pecuniaria. Este poder exclusivamente limitado a los padres y demás ascendientes, no debe confundirse con la facultad de disponer, a título gratuito, que la ley acuerda bajo ciertos límites a todas las personas capaces. No se trata de crear por la voluntad del hombre un derecho de sucesión, sino de reglar el ejercicio del derecho de sucesión conferido por la ley. Esta prerrogativa de los padres es ciertamente independiente de la facultad de disponer, pues que ella se aplica aun a la porción de bienes no disponibles. Sería inútil consagrar de nuevo el derecho que pertenece a todo propietario, de disponer de sus bienes y repartirlos entre sus legatarios; pero en el caso del artículo, los padres reglan la suerte de las legítimas de sus hijos que la ley subtrae a su acción. Cuando el que no tiene hijos reparte por testamento sus bienes, hace solamente legados, sin que a estos legados sean inherentes las consecuencias de una partición, si él expresamente no la ha impuesto. Esas consecuencias son: las garantías de los lotes, o las causas especiales de nulidad o de rescisión fundadas, ya en la omisión de algunos de los herederos, ya en la desigualdad de las partes atribuidas a cada heredero legítimo, si no hay mejora ..."*⁴⁴.

(42) MAZEAUD, H., L., J. Ob. cit., p. 14.

(43) Ibid., p. 16.

(44) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, ob. cit., pp. 761-2.

En el artículo 3524 del Código Civil, Vélez reafirmaba la prohibición terminante del artículo 3605 de la mejora estricta, al prescribir lo siguiente:

*“Sea la partición por donación entre vivos, o por testamento, el ascendiente puede dar a uno a algunos de sus hijos, la parte de los bienes de que la ley le permite disponer; pero no se entenderá que les da por mejora la parte de que la ley le permite disponer con ese objeto, si en el testamento no hubiere cláusula expresa de mejora. El exceso sobre la parte disponible será de ningún valor. En la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora”*⁴⁵.

El artículo 3524 del Código Civil tiene su par en el artículo 2414 del Código Unificado (que tiene como antecedente el artículo 2365 del Proyecto de Código Civil de 1998), que establece con mayor claridad lo siguiente: “Mejora. En la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente”.

En tanto, el artículo 3715 del texto originario del Código, reforzaba nuevamente la prohibición de la mejora estricta, al establecer que:

*“La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en la línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o que nazcan, muerto el testador, anula la institución del heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas”*⁴⁶.

Era la mejora estricta un instrumento práctico y eficaz frente a la desheredación (Escriche) y con una finalidad y regulación propias (Levene).

Con la eliminación de la desheredación del Código Civil y Comercial (2015) la situación familiar y la autoridad de los padres continúa debilitándose, en concreto; en este sentido, ahora existen unas causales de indignidad determinadas solamente por la ley.

La cuestión de la libertad testamentaria del causante o, referida a la familia, la libertad testamentaria de los padres es un tema que no ha sido abandonado por la doctrina ni por los legisladores en sus proyectos de ley. Dentro de esta cuestión se sitúa la mejora estricta, porque implica la idea de la distribución de los bienes hereditarios con algún grado de libertad dentro de la familia legítima.

En este sentido, existieron algunos antecedentes de reforma del Código Civil argentino que previeron suprimir o reducir las porciones legítimas.

Entre ellos puede mencionarse el proyecto del diputado Carlos Carlés de 1912 que proponía una libertad absoluta de testar y no contemplaba la legítima para he-

(45) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Ob. cit., p. 763. El comentario de Baldomero Llerena al artículo 3524 repite parte del precepto legal: *“La parte de que la ley le permite disponer con ese objeto: ¿Con qué objeto? ¿Con el de hacer mejoras? En ninguna parte la ley determina una parte de la herencia con el objeto especial de que el testador haga mejoras”*. LLERENA, Baldomero. Ob. cit., p. 430.

(46) CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. Ob. cit., p. 809.

rederos forzosos, iniciativa semejante a la que presentó el diputado Ezequiel Olazo en 1922 y en 1929 los diputados Bergalli, Bard, Rodríguez, González Zimmermann, Mihura, Antille, Ingaramo, Vázquez, Zavala y Perotti.

Por otra parte, cabe destacar el proyecto de ley presentado en 1915 por el diputado Avelino Rolón, que preveía reducir la legítima de los herederos forzosos a una tercera parte.

En tanto, el proyecto de 1922 del diputado Herminio Juan Quirós, luego Gobernador de la provincia de Entre Ríos, proponía la reducción de la legítima de los hijos a la mitad de la masa de los bienes y la de los ascendientes a un tercio, de manera que con el resto el testador podía mejorar, consecuentemente, a cualquiera de los hijos o hacer legados a terceros⁴⁷.

Asimismo, a partir del Anteproyecto de Bibiloni, la legítima de los descendientes -menor que la prevista en el Código Civil-, fue de dos tercios de los descendientes legítimos (artículo 3163)⁴⁸ así como similar disposición contenía el Proyecto de 1936 (artículo 2010), mientras que el Anteproyecto de 1954 propiciaba la mitad de legítima en caso de haber un solo descendiente, las dos terceras partes si eran dos o tres y las tres cuartas partes si concurriesen más de tres (artículo 692, inc. 1°)⁴⁹. La porción legítima de los descendientes fijada en el Proyecto Bibiloni se mantendrá en los proyectos sucesivos.

Así, siguió el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1993, que contó con media sanción de la Cámara de Diputados y que asignaba las porciones legítimas de los descendientes en dos tercios y la de los ascendientes y cónyuge en un medio de los bienes existentes a la muerte del causante y de los que se integraran a la masa por colación o reducción de donaciones (arts. 3593/4/5).

Iniciativa semejante tuvo el Proyecto de Código Civil de 1998 para la República Argentina, que contemplaba en el artículo 2395 la porción legítima de los descendientes en dos tercios, la de los ascendientes y cónyuge en un medio, calculadas sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante,

(47) En el artículo 39 del proyecto se establecía: *“La porción legítima de los hijos será la mitad de la masa de los bienes, concurriendo a la división por cabeza y observándose el derecho de representación. Con la otra mitad podrá (el testador) mejorar a cualquiera de ellos o hacer legados a terceros”*. En el artículo 9° disponía: *“La porción legítima de los ascendientes es de un tercio de los bienes”*. OVSEJEVICH, Luis. *“Legítima”*, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XVIII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, pp. 42-132.

(48) El artículo 3163 del Anteproyecto de Bibiloni preveía: *“La legítima de los descendientes legítimos, es de dos tercios de los bienes. La de los ascendientes legítimos, la mitad. La de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes legítimos, es la mitad, aunque los bienes sean gananciales”*. OVSEJEVICH, Luis. Ob. cit. pp. 42-132.

(49) GILETTA, Javier H. *“Legítima versus porción disponible. Acerca del desconocimiento de un legado histórico. Reactualización del debate a la luz de los recientes proyectos de reforma”*, *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, no. 75, 1998, pp. 196-7.

más el de los bienes donados computables para cada legitimario, al tiempo en que fueron hechas las donaciones, apreciado en valores constantes.

Con relación a la mejora, el Proyecto de 1998 *“estudió la posibilidad de dar al causante ‘dos porciones disponibles’, una de las cuales (que se identifica con la mejora) para favorecer al ‘especialmente necesitado’ de los descendientes del testador, como existe en algunos derechos extranjeros, pero la mayoría se pronunció a favor de no introducir la institución ‘por considerarla de difícil justificación en cada caso concreto’”*⁵⁰.

Al menos, el Código Civil y Comercial abrazó finalmente las propuestas presentadas en los últimos proyectos de codificación, que reducían las porciones legítimas para descendientes en dos tercios y un medio para ascendientes y cónyuge. Nosotros también cuestionábamos la legítima larga en el año 2008 donde destacábamos los casos de herederos vulnerables que quedaban desprotegidos como consecuencia de las restricciones a la libertad de testar⁵¹.

Sin embargo, los proyectos de ley mencionados no fueron los únicos intentos por flexibilizar el régimen sucesorio argentino y otorgar una mayor libertad al causante y, por ende, a los padres de familia, para distribuir los bienes hereditarios, sin por ello desproteger a los integrantes del grupo familiar.

Es así como, en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1983, realizadas en la Universidad Nacional de Mar del Plata, entre las conclusiones arribadas, la Comisión nro. 6 (avocada al tema “Porción legítima indisponible; extensión, fraude, protección”), en el punto II dictaminaba: *“Recomendar que el causante sea facultado para aplicar un porcentaje de la porción legítima fijada a favor de los descendientes para mejorar a alguno, o algunos de ellos”*.⁵²

El criterio de receptar el instituto de la mejora en la legislación civil argentina (por otra parte, vigente desde el siglo XVI hasta 1871), sostenido en aquellas Jornadas realizadas en Mar del Plata, se vio reforzado diez años después en las XIV Jornadas

(50) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel. Ob. cit., p. 592.

(51) En este sentido señalábamos que *“el sistema de la legítima además de generar la pulverización de la propiedad, aparejaba otros inconvenientes ... no brindando una solución justa, desde el punto de vista de la justicia distributiva, a situaciones como las siguientes: a) la continuación o sucesión de la explotación agrícola, ganadera, industrial y/o comercial, que tal vez se había transmitido de generación en generación (quizás centenaria) o que había sido creada y formada por el esfuerzo ciclópeo de su propietario y fundador y que requiriera la dirección del hijo más capaz para seguir la obra bienhechora de su dueño fallecido; b) la necesidad de una mayor porción hereditaria para un hijo minusválido más allá de la reducida porción disponible; c) la necesidad de una mayor porción hereditaria para un hijo menor o para aquel que no ha logrado independizarse económicamente o para aquel que atraviesa una mala situación económica con su familia, sin negligencia de su parte. Cabe aclarar que el monto de la legítima en la Argentina (cuatro quintos para descendientes y dos tercios para ascendientes) es el más alto del mundo”*. FOS MEDINA, Juan Bautista, *“Justicia, propiedad e igualitarismo ...”*, ob. cit., p. 8.

(52) IX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL. Disponible en: <https://jndc-ba-hiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-antiores-13-IX-Jornadas-1983.pdf>. Fecha de consulta 19 de septiembre de 2019.

Nacionales de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino de la provincia de Tucumán.

En esta última reunión de juristas, la mayoría se expidió por la conveniencia de incorporar la mejora en el Derecho argentino, aunque la Comisión nro. 6 no quiso determinar la cuantía de la porción de mejora, pese a que se juzgó que debía oscilar entre un mínimo de un quinto y un máximo de un tercio.⁵³

Por su parte, el Código Civil y Comercial al consagrar la mejora (del tercio) al heredero con discapacidad (artículo 2448 del C.C.C.), además de tener como fuente los arts. 808, 822 y 782 Código Civil Español, luego de la reforma de 2003), coincide -en líneas generales- con el dictamen de minoría de Comisión de estas últimas Jornadas (es decir, con la mejora a favor de menores, dementes -interdictos o no-, discapacitados, o aquellos que padezcan una enfermedad grave o irreversible).

En cambio, el dictamen de mayoría de aquellas jornadas permanece aún en carácter de propuesta, pendiente de concreción. Aquel dictamen mayoritario preveía la mejora para descendientes (que tuvieran vocación en la sucesión del ascendiente, por derecho propio o por representación, lo que excluía a los nietos viviendo el padre), y la exclusión del derecho a la mejora del cónyuge heredero sobreviviente, si concurría con descendientes⁵⁴.

(53) En este sentido han dicho Medina y Rolleri que *“la incorporación de esta mejora responde al modelo clásico español y ha merecido consenso en doctrina, y su incorporación fue sugerida de lege ferenda en diversas Jornadas de Derecho Civil, con algunas variantes sobre quienes podrían beneficiarse y la fracción de la misma”*. MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel. Ob. cit., p. 592.

(54) Las conclusiones de la Comisión número 6: *“Derecho Sucesorio: Posibilidad de incorporar la mejora al derecho argentino”*, fueron las siguientes: *“1) Es conveniente regular la institución de la mejora en el Derecho argentino. La Comisión ha juzgado prudente no expedirse sobre la cuantía de la porción de mejora, que deberá decidir el legislador entre un mínimo de un quinto y un máximo de un tercio, dentro de la porción legítima (mayoría). 2) No debe regularse la mejora en nuestro Derecho, debiendo en cambio ampliarse la porción disponible (minoría). 3) Debe legislarse sobre la mejora, aunque en la Comisión estuvo dividida la opinión sobre mantener o aumentar la porción disponible vigente, sin poder computarse mayoría o minoría en uno u otro sentido. 4) a) En caso de incorporarse al Código Civil la mejora, debe serlo sólo en favor de los descendientes que tengan vocación actual en la sucesión del ascendiente, por derecho propio o por representación (mayoría). 4 b) Debe aceptarse la posibilidad de que el ascendiente mejore a sus descendientes aún sin vocación actual, y que, por ende, no sean herederos forzosos en su sucesión (minoría). 5) a) La mejora puede comprender a cualquiera de los descendientes, dejando la más amplia libertad al testador para disponerla (mayoría). 5 b) La mejora sólo puede favorecer a descendientes menores, dementes (interdictos o no), discapacitados, o aquellos que padezcan una enfermedad grave o irreversible (minoría). 6) Concurriendo el cónyuge supérstite como heredero, con descendientes, aquél no tiene derecho a la mejora. 7) Cuando al testador le sucedieran ascendientes y cónyuge, puede disponer en concepto de mejora en favor de este último de la mitad de los bienes gananciales que la ley les reserva a aquéllos en concepto de legítima. 8) a) La mejora puede ser dispuesta por testamento. También puede ser hecha en el acto de la donación cuando en él se exprese que se la realiza a título de mejora (mayoría). b) La mejora sólo puede ser dispuesta en el testamento (minoría)”*. En Jornadas Nacionales de Derecho Civil, disponible en: <http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/86-1993-xiv-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-del-norte-santo-tomas-de-aquino-tucuman>. Fecha de consulta 15 de septiembre de 2019.

En este sentido y con relación a este último punto, en muchas legislaciones del mundo el cónyuge no es legitimario, por ejemplo, en Colombia y en Derecho Foral de España, donde suele gozar de un usufructo viudal vitalicio⁵⁵.

Recientemente se ha propuesto en nuestro país la consagración legal de la mejora, y en esta línea el Senador por Córdoba Ramón Javier Mestre presentó, ante el Senado de la Nación, la propuesta de modificar los arts. 3565, 3594 y 3605 del Código Civil entonces vigente, mediante la fijación de la legítima de los descendientes en dos tercios, de los cuales un tercio estaba previsto para mejorar a los descendientes y el otro tercio correspondiente a la legítima estricta⁵⁶.

V. Legislación comparada

Hemos dicho que la mejora es un instituto de corte netamente hispánico; seguramente por tal motivo los países que la receptan son también de raíz hispánica. La razón se encuentre, quizás, en que la mejora formó parte del derecho positivo americano durante más de tres siglos.

España

En la materia que abordamos, la legislación española, por motivos históricos y por estrechos vínculos culturales y afectivos, ha sido la más influyente en nuestro Derecho, siendo su Código Civil, como apuntáramos más arriba, la fuente directa del artículo 2448 del C.C.C.

La mejora es regulada en el Código Civil Español en el Libro tercero, Título III, Capítulo III, Sección 6^a, en los artículos 823 a 833⁵⁷. Nos referiremos solamente a los artículos que, consideramos, tienen mayor interés.

(55) El artículo 1240 del Código Civil de Colombia prescribe lo siguiente: "Legitimarios. Son legitimarios: 1. Los descendientes personalmente o representados. 2. Los ascendientes", en https://leyes.co/codigo_civil.htm. Vid. FOS MEDINA, Juan Bautista, "El patrimonio familiar en el Derecho Foral de España", ob. cit.

(56) ORLANDI, Olga. *La legítima y sus modos de protección. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial en la Dinámica del Proceso Sucesorio*, Segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 98. "Expte. 718/10 (8/4/2010), origen, Senado de la Nación. Proyecto de ley modificando el Código Civil respecto de los límites de la porción legítima de los herederos forzosos. Autor/es: Mestre, Ramón Javier. Propone la modificación de los arts. 3565, 3593, 3594 y 3605, C. Civ. Fija la legítima de los descendientes en 2/3, de los cuales 1/3 puede utilizarse en la mejora de los descendientes. La legítima de los descendientes es reducida a 1/3. Expte. 4724-D-2009. Cámara de Diputados. Trámite parlamentario: 128 (30/9/2009). Modificación de los arts. 3593 y 3594, sobre disminución de la porción legítima de los herederos forzosos (ascendientes o descendientes)".

(57) El Código Civil español regula las mejoras en el siguiente articulado: Artículo 823. El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima. Artículo 824. No podrán imponerse sobre la mejora otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios o sus descendientes. Artículo 825. Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos

El artículo 823 establece: *“El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima”*.

forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar. Artículo 826. La promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto. Artículo 827. La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso celebrado con un tercero. Artículo 828. La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre. Artículo 829. La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados. Artículo 830. La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro. Artículo 831. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa. 2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior. 3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos. De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado. Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas, aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades. 4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones. Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido. 5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa. 6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí. Artículo 832. Cuando la mejora no hubiere sido señalada en cosa determinada, será pagada con los mismos bienes hereditarios, observándose, en cuanto puedan tener lugar, las reglas establecidas en los artículos 1.061 y 1.062 para procurar la igualdad de los herederos en la partición de bienes. Artículo 833. El hijo o descendiente mejorado podrá renunciar a la herencia y aceptar la mejora.

En tanto el artículo 829 reza lo siguiente: *“La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de ésta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados”*.

Reproducimos también el artículo 808, que establece lo siguiente:⁵⁸ *“Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición”*⁵⁹.

Este artículo ha inspirado nuestro ordenamiento normativo; pero el original español es más claro y preciso. Con relación a la mejora al heredero discapacitado se limita al heredero declarado incapacitado judicialmente. Es mejor así, ya que el precepto legal argentino tiene una redacción legal abierta que puede conducir a situaciones equívocas y a eventuales situaciones litigiosas.

No se trata de copiar a la letra las leyes de otros países que no tienen arraigo en nuestro Derecho, sino de restaurar la mejora que, como se ha visto, ha tenido vigencia en nuestra patria.

Recurriendo a los conceptos generales expuestos por García Gallo en relación al origen de las innovaciones en el Derecho, se trataría de una adaptación de las antiguas leyes, más que de una recepción por imitación de leyes ajenas a la tradición jurídica de nuestro pueblo⁶⁰.

(58) Se reordena el párrafo tercero como cuarto y se añade un nuevo párrafo tercero por el artículo 10.3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Ref. BOE-A-2003-21053.

(59) La mejora representa la mitad de la legítima de los descendientes (dos tercios) y un tercio del haber hereditario, del que los padres pueden disponer libremente siempre que sea en beneficio de sus hijos o descendientes por actos entre vivos o por testamento. Hay, pues, dos límites a la libertad de testar: un tercio intangible de legítima estricta y un tercio de mejora disponible con libertad restringida, puesto que sólo puede beneficiar a hijos o descendientes. Ambos tercios constituyen la legítima; el último tercio del haber hereditario es de aplicación completamente libre de los padres (tercio de libre disposición). El tercio de mejora o, como también se denomina, la mejora, representa un mecanismo que permite al testador favorecer de manera desigual a sus hijos o descendientes, satisfaciendo así sus preferencias y aumentando su libertad de disposición. En todo caso, el testador no puede disponer del tercio de mejora a favor de extraños. El artículo 782 del Código Civil Español establece: *“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes”*. CÓDIGO CIVIL DE ESPAÑA (BOE), artículos 823 a 833 y *Enciclopedia Jurídica*, disponible en <http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/tercio-de-mejora/tercio-de-mejora.htm>. Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2009.

(60) GARCÍA - GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del Derecho Español I, El origen y evolución del Derecho*, Quinta edición revisada, Madrid, 1973, pp. 5/6.

Chile

También ha elegido el sistema de mejoras la legislación de Chile, en particular el Código Civil redactado por Andrés Bello (arts. 1167 y 1184), donde se prevé que habiendo descendientes, cónyuge y ascendientes la masa de bienes se debe dividir (previa deducciones y agregaciones) en cuatro: un medio de legítimas, un cuarto de mejora estricta y otro cuarto de porción disponible.

El artículo 1167, del Título V, reza lo siguiente:

“Asignaciones forzosas son las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aun con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son:

- 1. Los alimentos que se deben por ley a ciertas personas;*
- 2. Las legítimas;*
- 3. La cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes, de los ascendientes y del cónyuge”⁶¹.*

Y el artículo 1184 establece: *“La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones que en seguida se expresan, se dividirá por cabezas o stirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa. No habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio”⁶².*

Este régimen de la mejora ha sido criticado recientemente por juristas, quienes cuestionan que la cuarta salga de la legítima. Se ha propuesto hace unos meses una reforma simple, es decir, establecer solamente una legítima (corta) de un medio, siendo la otra mitad, porción disponible, como se ha instrumentado recientemente en Colombia⁶³.

(61) BIBLIOTECA DEL CONGRESO DE CHILE. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>, fecha de consulta 15/9/2019.

(62) Artículo 1185. *“Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión. Las cuartas antedichas se refieren a este acervo imaginario”.*

(63) RODRÍGUEZ, María Sara. “Derogar la cuarta de mejoras”, en *El Mercurio*, Legal, Chile, 29 de mayo de 2019.

Colombia

Asimismo, el Código Civil de Colombia (arts. 1226 y 1242), adaptado del Código Civil de Chile de Andrés Bello, recepta el tradicional instituto de la mejora.

Según la reforma del Código Civil Colombiano ordenada por la ley 1934, de fecha 2 de agosto de 2018, se reduce la porción legítima a la mitad de los bienes sin distinción de legitimarios (que son los descendientes y los ascendientes, pero no el cónyuge, artículo 1240), por lo que la porción disponible es la mitad restante.

El nuevo artículo 1242 del Código Civil colombiano establece:

“Cuarta de mejoras y de libre disposición. “Habiendo legitimarios, la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno de esta división es su legítima rigurosa. La mitad de la masa de bienes restantes constituyen la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio. (...)”⁶⁴.

Por otra parte, es interesante el artículo 21 de la citada ley, que tiene por objeto evitar la excesiva fragmentación de las tierras en minifundios. Así prevé que *“cuando vaya a disponerse testamentariamente de predios rurales de extensión inferior a cuatro (4) unidades agrícolas familiares, UAF, no será aplicable el régimen de legítimas”*.

La redacción del artículo 1242 del Código Civil de Colombia, en su anterior versión, era semejante al citado artículo 1184 del Código Civil de Chile y al artículo 1207 del Código Civil de Ecuador.

Ecuador

El Código Civil de Ecuador también se ha inspirado en el Código Civil de Andrés Bello, el cual asimismo ha ejercido influencia en los Códigos de Colombia, El Salvador, Nicaragua, Honduras y Panamá.

El artículo 1194 establece que son asignaciones forzosas la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en las sucesiones de los descendientes⁶⁵.

En tanto, el artículo 1207 prevé que: *“La mitad de los bienes previas las deducciones y agregaciones indicadas en el art. 1001 y las que enseguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada. Lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigorosa. No habiendo descendientes con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes que el difunto ha podido disponer a su arbitrio. Habiendo tales descendientes la masa de bienes, previas las*

(64) CODIGO CIVIL DE COLOMBIA, disponible en https://leyes.co/codigo_civil.htm. Fecha de consulta 15/9/2020.

(65) El artículo 1214 del Código Civil de Ecuador establece que el acrecimiento de las legítimas rigurosas no aprovecha al cónyuge sobreviviente.

referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigorosas, una cuarta para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes, sean o no legitimarios, y otra cuarta, de que ha podido disponer a su arbitrio”.

Puerto Rico

El Código Civil de Puerto Rico contempla asimismo la mejora y se inspira en el artículo 808 del Código Civil de España. Su artículo 737 es idéntico al modelo español, salvo en el distingo entre hijos legítimos y naturales y en lo relativo a la sustitución fideicomisaria a favor del descendiente declarado incapacitado judicialmente, que no es legislada en el Código Civil del país hispanoamericano.

El artículo 737 expresa: *“Legítima de hijos y descendientes. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos o naturales legalmente reconocidos. La tercera parte restante será de libre disposición”*⁶⁶.

Por otro lado, Bolivia y Perú también contemplaron la mejora en sus respectivos códigos civiles (aunque fue suprimida en el código de 1975 y en el código de 1985 respectivamente) al igual que Guatemala que la sustituyó por la absoluta libertad de testar, establecida en el Código de 1963.

VI. La mejora en el derecho positivo argentino vigente. El caso de la mejora al heredero con discapacidad

Para continuar con el largo recorrido que hemos hecho desde los orígenes de la mejora, me detendré ahora en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigor en 2015.

En primer lugar, es preciso recordar que el Código Unificado redujo las porciones legítimas que regían en el Código anterior, luego de los antecedentes doctrinarios y legislativos a los que nos hemos referido precedentemente.

Las legítimas se fijaron de la siguiente forma: la de los descendientes (el Código derogado se refería a hijos) pasó de cuatro quintos a dos tercios, la de los ascendientes de dos tercios a un medio y la del cónyuge permaneció en un medio (artículo 2445 del CCC).

Ahora bien, el artículo 2448 del Código Civil y Comercial prescribe una norma interesante, que resultaría novedosa si desconociéramos los antecedentes históricos,

(66) De acuerdo con la Enmienda de la Ley 171 de 4 de mayo de 1949, disponible en www.edicion.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/C%C3%B3digos/48-1930.pdf. Fecha de consulta 16/9/2019.

(vernáculos y extranjeros), y las propuestas que ha habido en la materia. Nosotros resaltábamos en 2011 la importancia de proteger al heredero con discapacidad, entre otros casos que merecen protección⁶⁷.

Tal artículo establece que el causante cuenta, además de la porción de libre disposición (del tercio o de la mitad de sus bienes, según sus legitimarios sean descendientes, en el primer caso, o ascendientes y cónyuge en el segundo), con un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A ese efecto, podrá disponer también de un fideicomiso testamentario sobre toda la herencia, sobre una parte indivisa o sobre bienes determinados, de conformidad con las prescripciones del artículo 2493.

El mencionado artículo 2448 se introdujo merced a un proyecto de ley presentado por los Dres. Úrsula Basset y Marcos M. Córdoba al Senado de la Nación, teniendo por antecedente el Código Civil español en los artículos 822, 831 y 782.

El artículo 2448 C.C.C. establece textualmente lo siguiente: *“El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*.

De manera que, en nuestra legislación civil, no rige ya el principio de la absoluta intangibilidad de la porción legítima que había previsto Vélez en el Código Civil, dado que la mejora del tercio al heredero con discapacidad permite una excepción al principio de la igualdad de las hijuelas, posibilitando a que el heredero discapacitado cuente con un mayor porcentaje de los bienes hereditarios que los restantes herederos.

De todas formas, además de la fuente española se encuentra la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que fuera ratificada por la Argentina a través de la ley 26378/2008.

(67) En esa línea, sosteníamos que *“sería una buena iniciativa la permisión de la sustitución fideicomisaria amplia; no pensamos que la inmovilización de la tierra tenga un efecto negativo, ya que el arraigo familiar y la explotación de la propiedad agraria familiar deben anteponerse a ese ‘movimiento que da la vida a los intereses económicos’*. De cualquier manera si no se tratara de una sustitución fideicomisaria amplia, aún una concebida para la protección de incapaces, sería necesaria y por más que constituyera una limitación temporaria más a la vigencia de la legítima, sumadas a las ya existentes de la ley 14.394, podría ser el camino –probablemente lento pero seguro– a la reducción de la legítima grande por otra corta con la consiguiente ampliación de la libertad de testar, sistema más acorde con una sociedad política como la actual, pletórica de derechos y libertades”. FOS MEDINA, Juan Bautista. *“La legítima sucesoria ...”*, ob. cit., p. 94.

Es plausible haber receptado el instituto de la mejora (aunque sea una mejora de alcance reducido) y haber tomado como fuente el Derecho Comparado y el Derecho Internacional Público. No obstante, a esta altura de la exposición resulta superfluo aclarar que hubiera bastado retomar y desempolvar el instituto de la mejora de nuestro patrimonio jurídico, así como acoger las numerosas propuestas de legisladores y juristas que propiciaban, junto con la mejora, una mayor libertad de disposición testamentaria.

Pocos han esgrimido una supuesta complejidad en la partición a través del nuevo artículo 2448. Tal complejidad ha sido achacada también por algunos juristas con relación a la mejora del tercio a los descendientes. Aunque habrá que verificar en la práctica si ello resulta así. Sin embargo, aun cuando así fuere, convendrá evaluar si basta por ello para descalificar o descartar el instituto, teniendo en cuenta su función en el interés superior de la familia y de las personas más vulnerables y desvalidas porque, como han señalado bien los juristas franceses Mazeaud, *“la herencia se basa sobre los imperativos de la familia”*⁶⁸.

La amplitud de medios que puede arbitrar el causante para disponer de la mejora estricta al heredero con discapacidad puede instrumentarse, según Ferrer, por medio de una donación, de un fideicomiso, de una indivisión forzosa, de un legado de cosa cierta y determinada, de alimentos, de pagos periódicos, de sumas de dinero; por el otorgamiento de un usufructo, uso o habitación o, en definitiva, del medio que estime más conveniente. Y si la mejora se realiza por un fideicomiso, el plazo de éste puede extenderse más allá del plazo máximo de treinta años, es decir, hasta que el beneficiario recupere la capacidad o cese la restricción de esta, o se produzca su muerte⁶⁹.

El descendiente discapacitado mejorado podrá contar con el tercio disponible (33%), más el tercio de mejora estricta sacada de la legítima (y no del total del acervo hereditario), más la porción que le corresponda de la porción legítima estricta en concurrencia con los demás herederos.

Por otra parte, tiene la mejora del artículo 2448 un carácter asistencial, basado en la solidaridad familiar y en la facultad del testador, quien goza de amplio margen -como señala Ferrer- para disponer dentro del tope; el beneficiario puede ser descendiente o ascendiente, excluyendo preferencialmente el primero al segundo.

Además, se trata de un beneficio personalísimo e inherente a la persona, que no se transmite a sus herederos, v.gr. en caso de que el mejorado fallezca antes de haber ejercido el derecho de opción (arts. 2287 y 2288 del CCC)⁷⁰.

(68) MAZEAUD, H., L., J. Ob. cit., p. 9.

(69) FERRER, Francisco A. M. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (autor de las glosas a los artículos 2277 a 2531), 2ª. edición, ALTERINI, J. H. (Dir. Gral.), ALTERINI, I. E. (Coord.), Tomo XI, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 605.

(70) Ibid., p. 608.

El beneficiado por la mejora estricta deberá probar que se cumple con los requisitos exigidos por la ley y, si el heredero beneficiado ha recuperado la capacidad al momento de la apertura de la sucesión, y la circunstancia queda demostrada, la disposición testamentaria será sin efecto.

El proyecto de reforma al Código Civil y Comercial de 2018, junto a una prestigiosa doctrina, sostiene que debe incluirse entre los beneficiarios al cónyuge supérstite, por más que se le acuerden en el Código vigente una serie de medidas como el derecho real de habitación viudal, la facultad de imponer indivisiones forzosas vitalicias y las atribuciones preferenciales⁷¹.

Por otra parte, es claramente distinta la mejora del artículo 2448, de la mejora del artículo 2414 del Código Unificado que dispone que, en la partición el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible.

Si bien debe realizarse dentro de la porción de libre disposición, que puede destinarse a cualquier persona, al ser aplicada a los herederos forzosos, es una suerte de mejora que rompe la igualdad aritmética de las porciones legitimarias⁷².

VII. El Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de 2018

Finalmente, entre los antecedentes legislativos, llegamos al Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de 2018, elaborado a sólo tres años de la sanción del nuevo Código Unificado.

La modificación sugerida al artículo 2448 se acerca aún más a la mejora del tercio que proponemos, porque amplía las facultades de disposición a otros legitimarios.

La propuesta del Anteproyecto referido consiste, entonces, en agregar a dos legitimarios: “el cónyuge con discapacidad” y “el legitimario que hubiera cuidado al causante renunciando a sus capacidades productivas o profesionales”. Así como

(71) Ibid., pp. 608-609.

(72) CAPPARELLI, Julio César. “Partición por los ascendientes”, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, RIVERA, J. C. - MEDINA, G. (Dir.), 1ª. edición, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 313. Sostiene Julio César Capparelli que la cuestión tiene un gran interés práctico. Puesto que “puede ocurrir que el ascendiente no sea suficientemente claro en sus disposiciones y asigne bienes de distinto valor, beneficiando particularmente a uno de los herederos cuando su intención fue que el reparto fuera igualitario. Esto es muy factible cuando se trata de un campo. Quizás el mismo no está dividido y el ascendiente establece una determinada cantidad de hectáreas a cada descendiente, no teniendo todas las parcelas la misma superficie. Las diferencias pueden surgir del diferente valor según que se encuentren más próximas al camino, o que permitan por su calidad cierto cultivo o que limiten con un curso de agua. Puede surgir la duda si la asignación de una mayor cantidad de hectáreas se debe al diferente valor de las mismas o a la voluntad de mejorar al heredero. Puede darse el caso contrario, que el ascendiente asigne a uno de los herederos una parcela tan importante que surja a todas luces que con relación a las otras parcelas asignadas no puede tratarse sino de una mejora”. Sin ser necesario el empleo del término mejora, debe expresarse claramente que se quiere favorecer al heredero en los términos que autoriza la ley, tanto en la partición por donación como en la partición por testamento.

establecer que “el causante puede testar y dejar la porción disponible a un tercero, y beneficiar en la mejora estricta a un legitimario, sin que ello haga caer la disposición testamentaria”.

El Anteproyecto de 2018 plantea sustituir el referido artículo 2448 por el siguiente: *“Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor del heredero forzoso que haya renunciado a sus capacidades productivas o profesionales para dedicarse a la asistencia del causante y/o a los descendientes, ascendientes o cónyuge 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 con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. El causante puede testar la porción disponible a un tercero y beneficiar en la mejora estricta al legitimario discapacitado o cuidador, sin que ello haga caer la disposición testamentaria”*⁷³.

El artículo 2448 CCC, en su primera parte, refiere como beneficiarios de la mejora únicamente a los “descendientes o ascendientes”, excluyendo, al cónyuge supérstite. Tal exclusión se justifica porque el cónyuge sobreviviente se encuentra protegido por las disposiciones relativas al hogar conyugal, al derecho real de habitación (artículo 2383), a su oposición a la división del establecimiento (artículo 2332) y a las atribuciones preferenciales del establecimiento y de otros bienes (arts. 2380/2).

Por otra parte, el cónyuge no es excluido de los bienes que le corresponden por derecho propio del régimen del matrimonio ni de la porción legítima del cónyuge. Remarcamos que la legítima se justifica por su carácter alimentario. Lo que puede suceder es que se vean reducidas las porciones legítimas, en caso de que el causante opte por disponer de la mejora.

Pero quizás la razón fundamental de la exclusión del cónyuge de aquel derecho es que la fortuna de la familia del esposo fallecido no pase a la familia del cónyuge (sobre todo si se tiene en cuenta la fragilidad actual del matrimonio) e, incluso, a terceros.

En este sentido, el Derecho Comparado ofrece varios ejemplos, en los que la legislación pone el acento fundamentalmente en el futuro y en la protección de los descendientes y de la casa (por que la esposa goza de un usufructo viudal), así como en los bienes hereditarios transmitidos durante varias generaciones en la misma familia.

(73) El Anteproyecto de 2018 prevé también sustituir el artículo 2391 del CCC por el siguiente: *“Beneficios hechos al heredero. Los descendientes, ascendientes y el cónyuge supérstite obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con discapacidad en el artículo 2448”*.

Es así que en el Código Civil de España existe la reserva troncal⁷⁴ y en el actual Derecho foral de España, por ejemplo, en Aragón, el derecho de abalorio o de la saca, en virtud del cual se reconoce un derecho de adquisición preferente o retracto sobre aquellos bienes de naturaleza rústica y sobre los edificios o parte de ellos, siempre que estén situados en Aragón y hayan permanecido en la familia como tales durante las dos generaciones anteriores a la del enajenante, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos.⁷⁵ Asimismo, la troncalidad vasca⁷⁶.

En el antiguo derecho francés, se quería impedir que el cónyuge supérstite *“reco-giera, en la sucesión del cónyuge premuerto, bienes provenientes de la familia de éste; porque de esa familia no formaba parte el otro consorte. Por lo tanto, sus derechos sucesorios eran muy reducidos (...). Los redactores del Código Civil no le concedieron al cónyuge supérstite más que derechos sucesorios muy débiles. Con el antiguo derecho francés, consideraban que el cónyuge no formaba verdaderamente parte de la familia”*.⁷⁷

Por otro lado, la mejora al heredero que ha cuidado al causante existió, entre nosotros, mientras tuvo vigencia la mejora del tercio, durante el régimen indiano. Es, por otra parte, el argumento utilizado por los sostenedores de la libertad testamentaria, no sólo para premiar a aquél que ha demostrado la mayor solidaridad y asistencia familiar con los demás integrantes de la familia, sino también para aquél que ha contribuido a mantener el solar y la explotación familiar.

(74) El artículo 811 del Código Civil de España prevé la reserva troncal al establecer que, *“el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”*. Por otra parte, el mismo cuerpo normativo prevé en los artículos 1521/5 el retracto legal para el copropietario de cosa común (semejante al retracto sucesorio del Código Civil francés previsto en el artículo 815-14), y para el propietario de tierras colindantes, en determinadas circunstancias.

(75) Artículo 589. Bienes de abalorio: 1. A los efectos de este Título, son bienes de abalorio los inmuebles de naturaleza rústica y los edificios o parte de ellos, siempre que estén situados en Aragón y hayan permanecido como tales en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del enajenante, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos. 2. Se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del enajenante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias. Cfr. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, Gobierno de Aragón, España. Vid. www.iberley.es/legislacion/dleg-1-2011-22-mar-c-aragon-codigo-derecho-foral-aragon-8682879?ancla=169478#ancla_169478. Fecha de consulta: 16/9/2019.

(76) Por otra parte, según la Exposición de Motivos de la ley 5/2015 del Derecho Civil Vasco, *“la troncalidad protege el carácter familiar del patrimonio”* y la propiedad de los bienes raíces de Vizcaya y de Aramaio y Llodio (Álava), es troncal. El propietario de los bienes troncales solamente puede disponer de ellos respetando los derechos de los parientes tronqueros (artículo 62). Además, la Exposición de motivos indica que *“una de las instituciones más características del Derecho privado de Bizkaia, que también dejó su huella en Navarra e incluso en las costumbres de Labourd es la troncalidad, que no aparece definida para Gipuzkoa y Álava, porque estos territorios nunca redactaron sus propias leyes. Pero en Bizkaia es recogida en el Fuero y se desarrolla ampliamente en la ley vasca de 1992”*.

(77) MAZEAUD, H., L., J. Ob. cit., pp. 14-15.

El texto refiere que tendrá derecho a la mejora aquél que haya renunciado a sus capacidades productivas y profesionales para dedicarse a la asistencia del causante. Según dicha redacción parece estar protegido sólo quien hubiese renunciado a sus capacidades productivas o profesionales. Resulta injusto que sólo a este último se le otorgue tal derecho (como una suerte de retribución económica) y no así a otro cuidador que haya sido tan diligente como aquél, pero que no haya renunciado a sus capacidades productivas y profesionales, entre otras cosas, porque con dicha fuente de ingresos podía utilizarlos para mantener al causante. Asimismo, la redacción propuesta podría favorecer la captación de herencia.

La última parte del artículo proyectado es de superflua aclaración si se tiene en cuenta el sentido, tanto de la porción de libre disposición como de la mejora estricta. Así, es razonable que puedan acumularse o que puedan disociarse ambas porciones.

Con las salvedades antedichas, consideramos que la iniciativa del Anteproyecto de 2018 es meritoria. Con todo, insistimos en que una eventual reforma de la mejora del artículo 2448, en línea con la creciente libertad testamentaria a nivel internacional, debe ampliar derechos y beneficiar a todos los legitimarios, así como también que el tercio de mejora debe computarse sobre el haber hereditario y no solamente sobre las porciones legítimas.

Un mayor alcance del artículo 2448, como el que propiciamos, en relación al número de beneficiados y sobre una mayor porción de la herencia, contribuirá a una mayor flexibilidad en la disposición hereditaria, permitiendo ayudar a los hijos que necesiten un auxilio suplementario de sus padres (además de la porción disponible), así como podrá aliviar la excesiva fragmentación de la propiedad familiar.

VIII. La doctrina española y la doctrina argentina

Florencio García Goyena, redactor del Proyecto de Código Civil Español de 1851, conocido como “Proyecto García Goyena”, a diferencia de Vélez Sarsfield, y pese a sus ideas liberales y favorables a la influencia del Código Civil Francés, mantuvo el instituto de la mejora en su obra, que ha sido base del Código Civil de España de 1889. Éste ha sido uno de los últimos códigos de Europa, por la enorme influencia que ha tenido el derecho histórico en tierra ibérica.

Al respecto, García Goyena señalaba lo siguiente: *“No puede negarse que el pensamiento fue ingenioso y que es todo español, pues no ha tenido original ni copia en los Códigos antiguos ni modernos; pero hizo surgir muchas dudas y complicó las particiones”*. Concluía con un criterio moderno, que coincidía con Vélez en simplificar las sucesiones y en no estancar los bienes, así como en afirmar que encontraba *“sus principales bases tan*

distantes de los principios de jurisprudencia universal, como lo estuvieron sus resultados de la claridad y sencillez apetecidas"⁷⁸.

Con todo, en lugar de liquidar el instituto que tenía vigencia en España, así como también en los entonces recientes Estados hispanoamericanos independientes, García Goyena fue respetuoso de la tradición jurídica del país y lo mantuvo. De la misma manera, se advierte todavía hoy el mismo criterio en los reordenamientos normativos de la legislación foral del Norte de España, que aún conserva instituciones y costumbres con siglos de existencia⁷⁹.

Entre los doctrinarios del Derecho en la Argentina, pocos se han ocupado específicamente de la mejora. Encontramos entre ellos, principalmente a Augusto César Belluscio, que se ha expedido en contra y a José Luis Pérez Lasala, que ha defendido el instituto.

Belluscio se ha pronunciado en contra de la recepción de la mejora, luego de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán de 1993, en donde se propició -como referimos más arriba- su recepción.

El mencionado magistrado ha hecho oportunamente suyas las críticas que realizara a la mejora del tercio el jurista español Federico Puig Peña, quien ha sido en España un crítico acérrimo, a pesar de los elogios que -como ha reconocido-, ha recibido por parte de la doctrina española.

Ha sostenido también que no ha tenido un resultado de gran eficacia en el ámbito real del derecho sucesorio español y que han sido pocos los países que han recogido el instituto⁸⁰.

Asimismo, Puig Peña ha señalado que la mejora adolece de defectos gravísimos porque: a) provoca un estado de irritación entre los hijos no mejorados; b) introduce el desamor y el odio entre los familiares sin una verdadera y justificada causa; c)

(78) GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, T. II, Madrid, 1852, pp. 340-1, citado por BELLUSCIO, Augusto César. Ob. cit., p. 860. El artículo 654 del Proyecto mencionado preveía lo siguiente: "*Pueden además los padres y ascendientes disponer en favor de cualquiera de sus hijos y descendientes, hasta el duplo o de una doble porción de la legítima correspondiente a cada uno de los primeros. Esta doble porción se llama mejora*", conf. <https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf>. Fecha de consulta 16/9/2019.

(79) Vid. FOS MEDINA, Juan Bautista. "El patrimonio familiar en el Derecho foral de España ...", ob. cit. Es interesante la amplitud de la normativa española con relación a la mejora porque prevé, incluso, la delegación de mejorar del testador en el cónyuge supérstite (artículo 831 del Código Civil de España).

(80) PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de derecho civil español*, T. V, Vol. II, Madrid, 1963, p. 451, citado por BELLUSCIO, Augusto César. Ob. cit., p. 859. En general los países hispanoamericanos no se han visto inmunes al influjo ejercido por el Código Napoleón que, como código de inspiración racionalista, fascinó a los gobernantes del siglo XIX propensos a las ideas extranjerizantes. Como se ha señalado más arriba, con todo, la mejora estricta se mantiene en España, Colombia, Ecuador y Puerto Rico; fue suprimida hace pocas décadas de Perú y recientemente de Chile, para dar lugar a una mayor libertad de testar.

implica serias y graves complicaciones en la mecánica de la partición y d) pone en manos de los padres un instrumento de desigualación filial que no siempre puede obedecer a razones equitativas, sino a veces a la pasión, al cariño extremado o al mismo desafecto⁸¹.

A la primera objeción reseñada en a), ha afirmado que provoca un estado de irritación entre los hijos no mejorados por haber sido privilegiado uno de ellos en particular con una parte de los bienes de la herencia que “estaba reservada a la legítima de todos los hermanos”.

No puede negarse que pueden ocurrir situaciones como las descritas por el autor español, porque también ocurre que los hijos muchas veces entienden equivocadamente las desigualdades que hacen los padres en la distribución de la herencia, como desigualdades en el afecto (Julio César Capparelli).

Pero también es innegable que la división forzosa e igualitaria de la herencia genera, muchas veces, como una suerte de fracaso y de ruina para la familia, que habitualmente sufre la liquidación del patrimonio familiar que frecuentemente ha sido aumentado con el largo esfuerzo de sus padres y que, aún quizás, ha sido transmitido por varias generaciones.

Asimismo, a menudo provoca la indignación del hijo que permaneció junto a sus padres colaborando en la explotación agraria, industrial o comercial, mientras los otros se han desinteresado de la explotación o se han ido del hogar a hacer su vida independiente, solventados con los ingresos de la casa o de la empresa familiar, para ver luego cómo todos sus hermanos piden su parte de la herencia, y venden la explotación familiar. Lo que conlleva, normalmente, a que el hijo que trabajó en el establecimiento (generalmente rural), deba rehacer su vida. Algo semejante ocurre con aquel hijo que se encargó de cuidar a sus padres, cuando los otros se desentendieron de su suerte, circunstancia contemplada en el reciente Anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial (mejora al hijo cuidador, artículo 144).

Con relación a la segunda crítica indicada en b), en el sentido que la mejora introduciría el desamor y el odio entre los familiares, por haber resultado uno de ellos enriquecido sin una verdadera y justa causa, puede señalarse que es una realidad que en la vida no existen, en general, soluciones ideales. Es verdad que puede darse el caso que existan mejoras sin justa causa. Pero los padres conocen mejor que la ley a sus hijos y, es dable pensar que generalmente acierten en sus decisiones. Por otro lado, la decisión de los padres en esta cuestión afianza su autoridad y puede aproximar los hijos a sus padres (no necesariamente por interés).

De todas formas, encontrándose instalada socialmente a tal punto la mentalidad igualitaria, no parece que haya que temer un mal uso extendido de la facultad de mejorar; al permitirla, los padres con realidades bien distintas y con necesidades

(81) PUIG PEÑA, Federico. Ob. cit., pp. 447-8.

que satisfacer o deberes que cumplir, podrán hacer uso de ella y procurar así la justicia en el caso concreto⁸².

En cuanto al argumento de que la mejora trae aparejado serias y graves complicaciones en la mecánica de la partición dada la naturaleza especialísima y compleja del instituto (punto c, ut supra), aun cuando diéramos por cierta tal aseveración, el sistema de legítimas también sufre de por sí de complicaciones propias, dado el carácter de orden público de su intangibilidad. El Derecho Sucesorio es complejo, en general, de manera que las posibles complejidades se resolverán con la experiencia. Pero en el eventual caso que las mentadas complicaciones pudieran existir, seguramente de forma paralela también podrán encontrarse soluciones serias para resolverlas o simplificarlas, teniendo en cuenta que el fin último del instituto es el bien común social y político, para promover el arraigo y evitar la descapitalización familiar⁸³.

Respecto del comentario indicado en el punto d), donde el jurista peninsular sostiene que la mejora pone en mano de los padres un instrumento de desigualación filial, que puede no moverse siempre por equitativas razones, es cierto que puede suceder que existan casos de desigualación caprichosa, por ejemplo, en virtud del cariño de una madre a su hija (como ocurría en muchos casos durante la época indiana). Pero esa preferencia no quita a los demás su parte de la legítima estricta (aunque en el caso se vea reducida), que ha tenido desde antiguo un eminente carácter alimentario (hoy devenido en la Argentina en un derecho a una parte de la herencia).

(82) Según el análisis de Claudia Contente, la experiencia de las mejoras en Buenos Aires durante los siglos XVIII y XIX, *"aunque las leyes permitieran favorecer fuertemente a algunos herederos a expensas de otros, este recurso legal no se empleó para concentrar los bienes en un heredero evitando la fragmentación de los bienes tal como se acostumbraba en las regiones de España donde prevalecían sistemas de sucesor único (País vasco, Cataluña o Galicia). En el Río de la Plata los repartos igualitarios fueron la norma y del mismo modo que en la mayoría de las regiones de transmisión igualitaria de la Península (como Castilla o Andalucía), la posibilidad que ofrecían las leyes de favorecer a algún heredero en perjuicio de los otros gracias a las mejoras, se utilizó solo para compensar eventuales diferencias en el seno de la familia; si en algunos casos el reparto en sí no fue igualitario, sí lo fueron las intenciones de quienes utilizaron ese tipo de mecanismos: en todos los ejemplos estudiados, prevaleció un espíritu fuertemente igualitario a la hora de repartir los bienes entre todos los herederos"*. CONTENTE, Claudia. Ob. cit., pp. 115-6.

(83) RÉBORA, Juan Carlos. *Instituciones de la Familia*, Tomo I, Reseña histórica – Crisis – Reconstrucción, editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires. 1945, pp. 504-5. Rébora resume las cualidades de las inveteradas instituciones sucesorias al afirmar que *"todas esas formas de transmisión hereditarias parecen destinadas a llenar, dentro de la familia, una función mucho más humana que la ecualitaria legislación racionalista de las 'reservas' o de la porción legítima: ... la de adecuarse, en lo posible, a conocidas aptitudes de unos u otros herederos; en otros, todavía, las de oponerse a la mutilación de unidades económicas que no pudieran ser divididas sin menoscabo de su equilibrada condición; las de evitar que un eficiente medio de producción esterilice en manos torpes su promesa de bienestar; las de mantener indemne un elemento material sobre el cual puede esperarse que sigan flotando, en humana condensación de tradiciones y de apego, los valores morales creados a través, probablemente, de muchas generaciones, por la existencia de una familia cuyos componentes individuales pasaron y pasarán por los respectivos cuadros"*.

Se ha dicho, que la idea igualitaria de las legítimas, basada en una igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria, al equiparar situaciones distintas viola, bajo seductoras formas, la verdadera justicia distributiva (Moret y Prendesgast, Luis Silvela, Joaquín Costa).

El propio Belluscio se indigna por la posibilidad “aberrante” que ofrece la mejora para una distribución desigual, aunque seguidamente reconoce como cierta la existencia de diferencias naturales que justifiquen cierta desigualdad económica. Pero inmediatamente cuestiona que deban ser los padres quienes atiendan necesariamente a esas desigualdades y no caigan, en cambio, en intereses mezquinos o den lugar a rencillas familiares. Pregunta “¿Es que el hecho de procrear unido al de amasar una fortuna comunica un soplo divino que convierte al hombre en justo y le permite decidir sobre la suerte económica de la progenie?”⁸⁴.

Todas las cuestiones atinentes a la familia son, en general, de difícil solución. En especial, cuando se trata de conservar un bien inmueble de varios herederos (v.gr. urbano o una finca de proporciones mínimas). ¿Por qué tiene que tocarle a un solo heredero y a los demás herederos no? En esto entran en juego varias razones, pero la última razón que interviene guarda relación con el bien común y la tensión que se produce con el bien individual (aunque la doctrina clásica considere que el bien común perfecciona siempre el bien individual). En regímenes donde predomina la sucesión testamentaria, el bien podrá adjudicarse a un heredero y, a los restantes corresponderle una cuota alimentaria o pagársele su legítima en dinero.

Pero con la mejora del tercio se conjuga la libertad de disposición y el sistema de reservas, de manera que los herederos forzosos gozan de una protección a través de la legítima.

El margen de disposición se circunscribe a la familia legitimaria, aunque, es preciso reconocer, que un heredero puede recibir como mínimo dos tercios de la herencia, si suma la mejora estricta y la porción disponible, además de lo que le corresponda como cuota legitimaria.

(84) Hilaire Belloc advertía la importancia política de la propiedad privada y la vinculación que existe entre propiedad y libertad: “la abolición de la propiedad privada comporta la abolición de la libertad. La falta de libertad de la sociedad de hoy obedece precisamente a la inestabilidad de la propiedad y al hecho de no ser poseída por la masa ... La estrecha y directa interdependencia de la libertad o de la dignidad humana y de la institución de la propiedad privada, es por demás mentada como si la propiedad fuese la salvaguardia del capricho. Pero la libertad que informa la totalidad de la sociedad significa algo infinitamente más grande. Significa el poder de la familia capaz de resistirse al Estado, del honor capaz de sostenerse a sí mismo, del mutuo juego del pensamiento y de la voluntad que es la vida del Estado en ejercicio, de la fantasía y de la posibilidad de diferenciarse, del arte; significa, en suma, la vida del espíritu. Incluso la voluntad general no podría expresarse cabalmente con unidades que no fueran libres”. BELLOC, Hilaire. *La restauración de la propiedad*, ediciones Dictio, Buenos Aires, 1979, pp. 46-7.

La legítima de los descendientes en las regiones de España que se rigen por el Código Civil también es larga (dos tercios de la herencia) y, en el caso de optarse por la mejora del tercio, la porción de los legitimarios no beneficiados pasa a ser una legítima estricta y corta (de hasta un tercio para descendientes).

De manera que, en dichas regiones españolas (centro y sur), la porción disponible no es la porción disponible amplia que existe en los regímenes jurídicos con legítima corta, como ocurre en Galicia (con una legítima de un cuarto con eventuales complementos), en Cataluña (legítima de un cuarto) o en las Islas Baleares (Mallorca y Menorca, con una legítima de la tercera parte del haber hereditario si fueran cuatro o menos de cuatro hijos y la mitad si se excediera de ese número) o la mitad de la herencia, como se encuentra legislado actualmente en Colombia.

Tampoco se trata de la legítima colectiva (todavía más flexible) que debe distribuirse también entre los legitimarios, pero que puede distribuirse igual o desigualmente (aún a un solo descendiente) y con un tope de un tercio en el llamado País Vasco y un medio en Aragón.

Como puede advertirse, estos mecanismos no resguardan a todos los legitimarios, como sucede con el sistema de mejora, en la cual a los descendientes les corresponderá forzosamente al menos un tercio de la herencia. En dichos regímenes se intenta priorizar al heredero único, en tanto en la mejora todos los legitimarios tienen derecho a su porción legítima (salvo los casos excepcionales previstos por la ley), sólo que la distribución no es la misma para todos.

Por otra parte, el engendrar exige una responsabilidad que demanda normalmente una continuidad de los padres en la manutención de los hijos, en su cuidado, en ayudarlos en su vida, la que generalmente se desarrollará más allá que sus padres. La fortuna de los padres puede ser que haya sido amasada exclusivamente por ellos o que haya sido recibida en herencia, es decir, que sean bienes de abolen-go transmitidos de generación en generación. Para ello, el sistema de la legítima grande no ofrece ningún amparo ni solución: la liquidación de los bienes hereditarios debe hacerse en partes iguales, aun cuando deban venderse todos los bienes familiares y salgan de la esfera familiar. Actualmente el Código Civil y Comercial ofrece algunas alternativas al respecto como, por ejemplo, la atribución preferencial del establecimiento, la licitación, sostenidas por principios como la división en especie, la continuidad de la empresa, etc. Aunque continúan siendo insuficientes para resolver la problemática planteada.

Defender a ultranza la igualdad sucesoria de los hijos equivale a desconocer la decisiva incidencia que ejerce dicho principio respecto de la viabilidad de la continuidad del patrimonio familiar. Salvo que exista un cuantioso patrimonio de familia, que permita continuarlo en distintas estirpes, el patrimonio familiar traducido en una casa o un establecimiento agropecuario indivisible saldrá de la familia al venderse, con el sólo consuelo que su producido será repartido entre los herederos

por igual (todos los herederos recibirán por igual su parte pero, en general, ninguno quedará con el bien).

El siguiente ejemplo de la doctrina, quizás es más elocuente para poner en evidencia que el sistema de la división forzosa e igualitaria no es la panacea, ni beneficioso a mediano y largo plazo.

Imaginemos dos hermanos que se apronten a recibir una herencia legítima. Uno de ellos de 60 años y con un gran respaldo económico, sin hijos y viviendo en el extranjero desde hace veinte años. El otro, un operario con un exiguo ingreso mensual y con cinco hijos a su cargo, dos de ellos con serias discapacidades físicas, y que ha vivido los últimos veinte años cuidando a su madre de la enfermedad terminal de la que acaba de morir⁸⁵.

Tampoco es un argumento válido, como ha sostenido Belluscio, que el número de voces en pro o en contra otorgue o no validez al instituto, ya que el criterio de mayorías no es un argumento válido per se, aunque hemos demostrado que no han sido pocos sus defensores⁸⁶.

Asimismo, parece menos aún un argumento de peso la escasa utilización del testamento en la Argentina. De hecho, la práctica testamentaria durante la etapa indiana tuvo buena vigencia, pero ha ido cayendo en desuso precisamente por no existir desde la sanción del Código Civil libertad suficiente para testar, con las porciones legítimas -en su tiempo- más altas del mundo. Pese a que, contradictoriamente, Vélez Sarsfield atribuyó el carácter absoluto al domino para atribuir al *dominus* la mayor libertad sobre la cosa.

Ya decía en el siglo XIX el sociólogo francés Le Play, que la familia necesita libertad. No por ello, la postura que señala como individualista al Código de Vélez

(85) En relación a ello si unos hijos abandonan la casa y trabajan para sí, y, en especial, si se les dio carrera, oficio o colocación con los ahorros y sacrificio económico de la casa; y si otro hijo quedó en ella, incorporando a ésta todo su trabajo y aunando su esfuerzo a los de su padre para educar y colocar a sus demás hermanos: no parece equitativo que a la hora de heredar tengan éste y aquéllos que partir por igual la casa y tierras, que éste trabajó y de las que marcharon los demás. Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "La agricultura y la explotación familiar", *Revista Jurídica de Cataluña, Ilustre Colegio de Abogados*, Num. 1, Año LXIII, enero-marzo, Barcelona, 1964, pp. 112-3.

(86) Juan Carlos Rébora había destacado la importancia la mejora en el Código Civil español de 1889, como medio indirecto de consolidación de la familia, el cual establece como legítima de los descendientes "*la de dos tercios y no la de cuatro quintos de los bienes de la sucesión, y que después de haber establecido, así, la base, autoriza a los padres para dividir esos dos tercios en dos mitades y para agregar una de esas mitades a la porción que uno o más de los hijos tengan sobre el tercio restante, y como después de esto queda, todavía, el tercio apartado como porción disponible, resulta creada la posibilidad de que uno o más hijos del causante reciban, sumados al de su respectiva cuota, valores que pueden ser hasta los del tercio de mejora y además hasta los del tercio disponible. En una sucesión deferida a dos hijos, pues, podría ocurrir que uno de ellos recibiera el 16,66 % y el otro un 83.33*". RÉBORA, Juan Carlos. *Instituciones de la Familia*, Tomo I ..., ob. cit., p. 507.

y que aboga al mismo tiempo por mayores libertades concretas se enrola, por ende, en una corriente neoliberal, como ha insinuado Belluscio⁸⁷.

Belluscio se equivoca al adjudicar un tinte ideológico, en general, a las críticas al Código de Vélez. Más allá del valor de la obra de Vélez, han surgido numerosas reacciones frente a la realidad transformada por dicho Código, muchas de las cuales siguen ganando terreno. Entre ellas, una de las más importantes ha sido la reforma de la ley 17.711 de 1968, que operó la gran transformación del Código hasta la sanción del vigente. Pensamos que, en el Derecho Civil codificado, se vienen manifestando varias propuestas doctrinarias correctivas, en vista a una sobrada experiencia de siglo y medio.

Por otra parte, se ha atribuido un propósito político-económico a la limitación de la libertad de testar mediante la imposición de legítimas ya que, desde la Revolución Francesa, habría tenido como objetivo *“evitar la concentración de la riqueza en unas pocas manos tendiendo a la distribución equitativa, y uno de los medios para lograrla es la igualdad hereditaria entre los hijos”*⁸⁸.

Este argumento no puede predicarse más, teniendo en cuenta la actual realidad predial argentina, a la que -en base a estadísticas-, nos hemos referido al comienzo. En la actualidad, producto de la pulverización de la propiedad mediana, se ha producido una polarización del tamaño de las explotaciones agropecuarias, circunstancia oportunamente denunciado por civilistas y agraristas, como un fenómeno para desalentar⁸⁹.

La concentración parcelaria en manos de grandes capitales anónimos y extranjeros se ha acentuado en las últimas décadas en el marco del proceso que se encuentra

(87) Federico Le Play, en su libro *La reforma de la sociedad*, decía lo siguiente: *“Los pueblos que admiten la caducidad del derecho de propiedad con la vida, difícilmente resisten a la tentación de restringir este derecho antes de la muerte”*.

(88) BELLUSCIO, Augusto César. Ob. cit., p. 861. Elías Pedro Guastavino ha sostenido que *“el derecho actual no puede dirigirse al restablecimiento de la llamada familia troncal, apoyada en concepciones sociales y económicas inadecuadas para la sociedad moderna; no debe tampoco el derecho actual pretender una vinculación de los bienes similar a la que se conoció antes de la revolución francesa de 1789; pero tampoco debe admitir con indiferencia la inmediata y forzosa disolución del patrimonio familiar, pues ello conduciría a frustrar el cumplimiento de las funciones de la familia”*. Asimismo, ha aseverado que *“el derecho positivo de gran parte de las naciones ha comprendido la necesidad de absorber estas enseñanzas (la necesidad de transmitir indivisamente el patrimonio familiar como reacción contra el excesivo individualismo): cuando la aplicación ininterrumpida a través de varias generaciones del sistema particionario forzoso reveló sus resultados nocivos en el orden familiar y en el orden económico, se hizo necesario que la ley misma previera las soluciones”*. GUASTAVINO, Elías P. Ob. cit., pp. 141-2.

(89) Bregaba Bernardino Horne en 1945 por un Derecho Agrario en el que se consagrara, entre otras cosas, un *“sistema especial en las sucesiones para evitar la subdivisión excesiva de la tierra, la protección del fundo y del agrario, el crédito especializado, etc.”*. HORNE, Bernardino C. *Política agraria y regulación económica*, Segunda edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1945, p. 20. Y expresaba también: *“No es posible que sigamos copiando de Europa leyes -deben, no obstante, tenerse presentes- que se sancionen para otros medios, con distintas características a las nuestras”*. Ibid., p. 24.

en curso. La realidad, pues, desautoriza aquella utópica igualdad revolucionaria, que aún sigue sosteniéndose pese a su fracaso⁹⁰.

José Luis Pérez Lasala, es otro de los escasos doctrinarios que se han ocupado particularmente de la mejora, en su caso, defendiendo su consagración legal.

A tal efecto, había propuesto en 1991 la reforma del artículo 3605 del Código Civil derogado, por el siguiente:

“El padre o la madre podrán disponer en favor de alguno o algunos de sus hijos o, en su caso, de sus descendientes, de un tercio de la parte legítima, siempre que se declare de una manera expresa la voluntad de mejorar. La mejora puede recaer sobre cosa cierta, en la medida en que no exceda la cuota legal. En lo demás, la parte de mejora se regirá por las normas aplicables a la legítima”⁹¹.

Compartimos, con el destacado civilista, el interés en que la Argentina consagre legalmente la mejora estricta y pensamos que es muy valioso su aporte.

IX. Propuesta de reforma

Nosotros proponemos reformar el artículo 2448 por el siguiente:

“El causante puede disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora estricta a sus hijos y, en su defecto, a sus descendientes. La mejora estricta y la porción disponible podrán ser acumulables”.

La propuesta tiene como fuente el artículo 2448 del Código Civil y Comercial, el texto propuesto por Pérez Lasala y el artículo 808 del Código Civil de España.

Ahora bien, acerca del texto que hemos propuesto, haremos un brevísimo análisis para explicar los fundamentos, casi a modo de recapitulación.

En un primer momento, pensamos agregar mayores precisiones a la norma propuesta, pero las omitimos para no trabar el funcionamiento del instituto; teniendo en cuenta que en nuestro país se ha venido legislando con excesivas limitaciones

(90) Así, sostienen los mencionados autores que, “ya sea por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad, y por aplicación de las normas que reglan la sucesión ab intestato, los predios rústicos eran pasibles de fraccionamiento en porciones que tornaban inconveniente y antieconómica su utilización. La gravedad de esta disposición había sido destacada por la doctrina agraria, nacional y extranjera, que afirmaba que la aplicación mecánica del Código Civil produciría inevitablemente, como había ocurrido en Europa, la pulverización de la propiedad rústica y en consecuencia su inutilización, desde el punto de vista de la explotación agropecuaria (...). La aplicación en Europa por más de un siglo y medio de las normas de la división hereditaria ha traído como consecuencia natural e inevitable la división excesiva de la tierra ... Teniendo en cuenta los desastrosos resultados observados aparece oportuna la reforma al Código Civil, pues si bien ello no trae solución para aquellos casos en que la división excesiva de la propiedad rural ha provocado ya el minifundio, al menos evitará que en lo sucesivo el proceso continúe agravándose”. BREBBIA, Fernando - MALANOS, Nancy L. *Derecho Agrario*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pp. 216-7.

(91) PEREZ LASALA, José Luis. Ob. cit., p. 824.

en materia sucesoria y a través de disposiciones legales que, muchas veces han sido tortuosas o insuficientes.

No pretendemos condensar en un artículo, tampoco, lo que otros Códigos tratan en varios artículos.

En primer lugar, respecto de los beneficiarios, proponemos ampliar la mejora -hoy limitada al heredero con discapacidad- a todos los hijos, no haciéndose extensiva a los nietos viviendo el padre (como se encuentra, en cambio, vigente en el actual Código Civil español). Empleando una terminología actual, la propuesta pretende ser más inclusiva.

La propuesta tiene mayor alcance que la redacción vigente porque comprende a todos los descendientes legitimarios, de manera que de esta forma la mejora al heredero con discapacidad no tiene razón de ser, porque “quien puede lo más, puede lo menos”.

Hemos suprimido, por tanto, la mención de la figura específica del heredero con discapacidad, así como también que dicha mejora se instrumente también por fideicomiso. Pensamos que el causante puede instrumentarla por el instrumento que considere conveniente, como señalamos más arriba.

Por otra parte, consideramos que el fideicomiso puede funcionar más fácilmente en los países donde está consagrada la sustitución fideicomisaria, por ejemplo, como en España, consagrado hasta el segundo grado (artículo 781 del Código Civil español) o como en Perú, sin límite, siempre que la sustitución tenga lugar en favor de personas que existan cuando quede expedito el derecho del primer designado (artículo 740 del Código Civil peruano, artículo 249 de la Ley N°. 26.702, Texto concordado de la ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de banca y seguros).

En caso de existir un discapacitado declarado judicialmente (supuesto que pensamos debió exigirse en el artículo 2248 del CCC), el causante podrá implementar -entre otros mecanismos jurídicos- un fideicomiso, designando a los coherederos como fideicomisarios o bien, que se le designe un curador y que, a su muerte, -como marca el orden sucesorio legal- sean herederos sus legitimarios.

Por otra parte, de conformidad con el sentido de este inmemorial instituto sucesorio, hemos suprimido a los ascendientes como beneficiarios de la mejora estricta (el artículo 2448 CCC contempla como beneficiarios a los descendientes y ascendientes con discapacidad). El causante puede ampararlos con la porción disponible.

Complicaría aún más las cosas, si se sumara como beneficiario de la mejora del tercio al cónyuge discapacitado, en el supuesto que se agregara como beneficiario. Además, el cónyuge discapacitado le correspondería -como apuntamos precedentemente- su legítima y otros mecanismos de protección de la vivienda conyugal.

Tampoco somos favorables de receptar en la mejora a los nietos viviendo los padres, porque pensamos que sería una libertad quizás excesiva para un país como el nuestro, al que le ha restringido durante tantos años su libertad de disposición testamentaria.

En segundo lugar, respecto de la porción, sugerimos ampliar la porción de la mejora estricta, es decir que sea computable sobre el tercio de la herencia y no sobre la porción legítima. De manera tal que le podría corresponder al hijo mejorado, en concepto de mejora, la mitad de los dos tercios de la legítima (es decir un 33%), además de la porción disponible (33%) y de la porción que le corresponda de la legítima estricta. Si se calculara, en cambio, el tercio de mejora sobre la porción legítima de los descendientes ($2/3$), entonces le correspondería un porcentaje menor (22%) en concepto de mejora estricta.

En tercer lugar, con relación a las cosas, la mejora puede recaer sobre cosa cierta, un bien inmueble o mueble, siempre que no vulnere las porciones legítimas de los restantes herederos legitimarios. En su momento consideramos agregar expresamente la referencia que, al respecto, realizó Pérez Lasala en su norma proyectada, pero finalmente no la agregamos. El artículo 829 del Código Civil español, prevé en este caso que, si el valor de la cosa excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

Por otra parte, tanto el Derecho Comparado como la propuesta de Pérez Lasala, prevén que la mejora debe ser expresa (v.gr. arts. 825, 828 del Código Civil español). Aunque, autores como Vallet de Goytisolo consideran que puede haber mejora tácita.

Por último, en la legislación comparada en general, la facultad de mejorar es indelegable aunque el Código Civil español reconoce una excepción, y permite encomendarle facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras, incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar (artículo 831). Nos inclinamos por no admitirla, dado que este tipo de mandas han dejado de ser una práctica habitual y supone una libertad a la que la población argentina ya no está acostumbrada (aun cuando, por ejemplo, existió en nuestra patria el testamento conjunto, incluso unos meses antes de la entrada en vigor del Código Civil de Vélez. En todo caso, podrá implementarse gradualmente.

X. Conclusión

En 2011 propiciábamos algunas propuestas relativas a la flexibilización sucesoria, algunas de las cuales felizmente se han cumplido⁹². En este sentido, “una mayor

(92) FOS MEDINA, Juan Bautista. “La legítima sucesoria ...”, ob. cit., p. 98.

libertad de testar” se ha concretado con las reducciones de las porciones legítimas del artículo 2445 CCC, tal como sugeríamos para los descendientes.

En cuanto al “pago de las hijuelas con el producido de la explotación agraria o de la propiedad industrial”, de algún modo se ha incorporado a través de la atribución preferencial del establecimiento de los artículos 2380/2 del CCC (aunque tiene aún dos desventajas que son rémoras de un prurito demasiado vinculado al principio de la intangibilidad de las legítimas, como reducir la atribución del establecimiento a un inmueble que constituya una unidad económica, es decir a la extensión económica mínima) y el pago de las legítimas al contado (sin mayores plazos, que pueden tornar impracticable el instituto).

Por último, la consagración legal de ciertos supuestos que “*atiendan cuestiones vinculadas a la protección de incapaces*”, ha sido receptada en el artículo 2448 del Código Unificado.

El principio igualitario ha aprisionado el régimen sucesorio argentino en un sistema de legítimas rigurosas, que ha sido hermético hasta la sanción del Código Civil y Comercial. Éste último ha iniciado el camino hacia una mayor libertad de testar, que viene manifestándose como una tendencia a nivel mundial.

Además, la mejora del artículo 2448 del CCC, como hemos visto, tiene la ventaja de tener una notable semejanza con la mejora del tercio, con hondo arraigo en la tradición jurídica de nuestro país, así como también con vigencia en países que comparten nuestra cultura y que, en función de lo expuesto, proponemos rescatar para ampliar derechos, teniendo presente el esclarecido pensamiento de Manuel Durán y Bas: “*La libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres*”, de la cual “*los derechos políticos no son sino su garantía*”, “*aquella es la libertad esencial. Con relación a los bienes, el mejor testimonio de que la disfruta un pueblo está en la libertad de la propiedad y en la libertad de la contratación (...). Cuánto más libre es un pueblo más libre es su propiedad*”⁹³.

(93) DURAN Y BAS, Manuel. “Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña”, Cap. IV, Barcelona, 1883, p. 218, citado por VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “La libertad civil”, revista *Verbo*, Nro. 63, Fundación Speiro, España, 1968, p. 189.