

LA LIBERTAD TESTAMENTARIA EN EL DERECHO INDIANO: LA MEJORA DEL TERCIO

Juan Bautista Fos Medina (UCA)¹

1. Introducción

En el derecho occidental existen históricamente dos grandes sistemas sucesorios: el de libertad de testar y el de legítimas, es decir, según que exista libertad irrestricta para la disposición de los bienes hereditarios o porciones de la herencia intangibles, reservadas a los herederos forzosos.

Si bien puede haber numerosas formas de combinar ambos sistemas, la constante disyuntiva que plantean pierde sentido, en gran medida, con la mejora. Porque este antiguo instituto visigótico, que ha perdurado hasta nuestros días, conjuga las ventajas de ambos sistemas².

Con Juan Vallet de Goytisolo entendemos por mejora aquella porción de herencia que recibe un descendiente, además de la legítima y como ventaja respecto de los otros herederos forzosos³.

De manera que nos referimos a la mejora en tanto parte de la herencia que, no siendo ni la legítima estricta o porción de los herederos legales, ni la cuota de libre disposición, es la que el causante puede distribuir (por actos *inter vivos* o *mortis causa*) de modo desigual entre sus descendientes⁴.

En la tradición jurídica se la ha conocido como la mejora del tercio y pervive en el Derecho contemporáneo, sin discontinuidad, en algunos países hispánicos desde al menos mil quinientos años, como ocurre en España, Ecuador, Chile, Puerto Rico y, hasta hace pocos años en Colombia y Perú.

En el caso de la Argentina, el Código civil originario la suprimió, pese a que se encontraba vigente desde hacía más de tres siglos con un uso regular. Solamente mantuvo el quinto disponible, el cual se conjugaba armónicamente con la mejora, antes de su eliminación.

Reducida, entonces, la libertad de testar dentro de la familia legitimaria, máxime teniendo en cuenta las legítimas largas previstas en el Código de Vélez Sarsfield (4/5 para descendientes) que eran las del derecho castellano (sólo que éste la completaba con la mejora), el uso del testamento sufrió una caída consideraba, por la falta de interés que ofrecía una escasa libertad testamentaria.

Asimismo, bien ha dicho Abelardo Levaggi que “en un sistema sucesorio plural, como fue el tradicional, en el que no existía unidad de la herencia, los bienes de naturaleza diferente tuvieron un régimen sucesorio también diferente”⁵.

Consiguientemente, además de la mejora, coexistieron otros institutos del derecho castellano-indiano como los vínculos y mayorazgos, la encomienda, las capellanías (que todos ellos instituían un estatuto sucesorio autónomo) y la dote que -más allá de los controles públicos-, le otorgaron un particularismo y una libertad al derecho sucesorio que ya no volvió a gozar desde entonces.

Dichas peculiares instituciones del derecho indiano se eliminaron, porque en la concepción del legislador de la época, se creía que eran una suerte de rémora medieval y

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Profesor de Historia del Derecho (UCA), Docente con dedicación especial (UCA). Correo electrónico: juanfos@uca.edu.ar.

² En palabras del gran jurista español José Castán Tobeñas: es “una ingeniosa combinación de la libertad de testar y de la sucesión forzosa que aúna sus respectivas ventajas”. CASTAN TOBEÑAS (1973), p. 474, citado por BELLUSCIO, p. 860.

³ VALLET DE GOYTISOLO (1981), p. 113.

⁴ Consideramos que la mejora estricta conviene obtenerla del líquido de todo el acervo hereditario y no de las reservas, para que goce de mayor amplitud.

⁵ LEVAGGI (1992), p. 107.

que favorecían el estancamiento de los bienes inmuebles en lugar de la circulación, que era la vida de los negocios, como sostenía Vélez en su Código Civil.

Pero como adelantamos, aún hoy existe la mejora en varios países, así como la dote en Navarra⁶ y una suerte de vinculaciones en algunos países europeos con la sucesión especial en los fundos rústicos y en las empresas familiares, donde existe una atribución preferencial del establecimiento.

2. La mejora en la tradición jurídica

La mejora en la España romana. La legislación romana vulgar

La praxis de la libertad testamentaria no existía en el Derecho romano vulgar visigodo ya que, como consecuencia de la omnímoda voluntad del *paterfamilias*, la absoluta libertad de testar del *pater* debió ser morigerada con medidas pretorianas como, por ejemplo, las *querela inofficiosi testamenti*.

El poder ilimitado de la *patria potestas* se templó por la *humanitas* y luego por la *pietas* (como se resume en la sentencia del jurista Marciano *patria potestas in pietate debet non atrocitate consistere*) y finalmente derivó en la contemplación del 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.

Con la introducción de la cuota legítima a partir del siglo II a. C. el principio de la libertad testamentaria fue sufriendo grandes limitaciones, manteniéndose solamente debido a la facultad de desheredación, que estaba basada en la máxima libertad, es decir en desheredación sin causales legales, lo que posibilitaba indirectamente la libertad de disposición testamentaria⁷.

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 herencia⁸.

En el devenir histórico 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). Sin duda es este el más remoto origen de la mejora; después, el Emperador Teodosio II (de origen hispano), en la **Novela 14** extendió aquel derecho al marido⁹.

⁶ Sostiene Javier Nanclares Valle que donde “*pueden apreciarse aún diferencias de trato entre el marido y la esposa es en materia de dote y de arras, para las cuales el Fuero Nuevo sigue estableciendo la administración a cargo del marido (leyes 120.2 y 125 párrafo tercero, respectivamente)26 y la necesidad de consentimiento del marido para la disposición por parte de la mujer de los bienes dotales cuya propiedad conserve (ley 120.4), así como de las arras por actos inter vivos (ley 126 a/)*”. Cf. NANCLARES VALLE (2018).

⁷ 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*”. OTERO VARELA (1963), pp. 7 y ss. y pp. 12-3.

⁸ 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*”. OTERO VARELA (1963), p. 23.

⁹ OTERO VARELA (1963), p. 34.

La mejora en la España visigótica

El rey visigodo Flavio **Chindasvinto** (642-653) habría realizado una suerte de síntesis entre el sistema romano de libertad de testar y el sistema germánico de reservas, de la cual habría nacido la mejora¹⁰.

El **Liber Iudiciorum** (4.5.1) de Rescesvinto (653-672) recopiló la ley *Dum inlicita* (del rey visigodo inmediato anterior, el mencionado rey Chindasvinto) donde se estableció la mejora.

La legislación de Chindasvinto había previsto el porcentaje de mejora para descendientes en un décimo (1/10), y Rescesvinto en el Liber lo elevó a un tercio (1/3) en el apartado 4.5.1¹¹.

En tanto, la reserva de los hijos ya había sido fijada en el siglo anterior por Leovigildo (572-586) en cuatro quintos y la cuota de libre disposición en un quinto¹².

La mejora en la España medieval y foral

Con la crisis del régimen político visigodo el instituto de la mejora entró en decadencia durante varios siglos¹³ y fue recogido nuevamente, tal como estaba previsto en el Liber, en el **Fuero Juzgo** y en el **Fuero Real** (1255)¹⁴, con la particularidad de que el tercio de mejora y el quinto disponible no eran acumulables (lo serán recién con las Leyes de Toro). En tanto las Siete Partidas no contemplaron la mejora¹⁵.

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

Las **Leyes de Toro** de principios del siglo XVI, además de consagrar los mayorazgos, receptaban también el “tercio y quinto de mejoría”.

La ley de Toro 17 establecía:

¹⁰ 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*”. OTERO VARELA (1963), p. 14.

¹¹ El apartado 4,5,1 del Liber reza lo siguiente: *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*. LIBER IUDICIORUM (2015).

¹² PÉREZ LASALA, (1991), p. 822. Porcentajes cercanos para nosotros porque eran los previstos en el Código Civil originario.

¹³ El principio de igualdad de los hijos en la sucesión se había hecho su lugar y así el Fuero de Fuentes rezaba: “*Que non dé a un fijo más que a otro*”. 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 (2000), p. 590.

¹⁴ 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*”.

¹⁵ Será principalmente 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 bienes. En cambio, las Siete Partidas que no la previeron 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 mayor. TAU ANZOÁTEGUI (1971), p. 51.

*quando el padre, o la madre mejorare 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*¹⁶.

Como bien ha señalado María Isabel Seoane, las Leyes de Toro “*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*”¹⁷.

En otro orden de idea, en el virreinato rioplatense predominó un cierto ambiente igualitario, a diferencia del Virreinato de México o del Perú, razón por la cual, por ejemplo, la constitución de mayorazgos no fue frecuente. Sin embargo, por vía testamentaria, la mejora estricta sola o acompañada del quinto disponible (o el quinto solamente, también conocido como cuota del alma) tuvo un uso moderado en Indias. Tanto con la mejora como con el mayorazgo podía desigualarse a los hijos: la mejora en la distribución de la herencia, el mayorazgo respecto de la sucesión del inmueble vinculado.

En concreto en la provincia de Buenos Aires, en el transcurso de la etapa indiana y en la etapa de la precodificación (o sea durante las tres cuartas partes del siglo XIX), la mejora y la porción disponible fueron utilizadas en casi 3 de cada 10 testamentos (entre el 20 y 28%), de manera que Vélez suprimió el uso de antiquísima institución que tenía aceptación social, debido a que morir intestado era una suerte de imprevisión, de negligencia, cuando no de un deshonor.

A menudo, la mejora se utilizó 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**”, como también se la denominó, se trataba de equiparar 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.¹⁸.

Además, fue usada con más asiduidad por mujeres que por varones; las primeras la dispusieron a favor, principalmente, de hijas o nietas legítimas a quienes premiaban

¹⁶ **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*”. 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*”. En OTERO VARELA (1963), pp. 98 y 106-7. 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 ya que se conservó la facultad de mejorar a los nietos o descendientes viviendo sus padres por razones llamadas de equidad; para que un abuelo pudiera proveer a la suerte de sus nietos, hijos de un padre disipador. La **ley de Toro 18** preveía lo siguiente: “*El padre o la madre o cualquier dellos pueden, si quisieren, hazer el tercio de mejoría que podían hazer a sus fijos o nietos, conforme a la ley del fuero, a cualquier 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*”.

¹⁷ SEOANE (2000), p. 593.

¹⁸ SEOANE (2000), 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 ... 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 ...*”. CONTENTE (2015), pp. 113-4.

por servicios prestados o cuidados prodigados, aunque el sentido remuneratorio no fue exclusivo ni excluyente¹⁹.

Asimismo, se la utilizó para evitar la división del patrimonio familiar, aunque no fue del todo suficiente para evitar la fragmentación de la propiedad rural, la que se incrementó excesivamente después de la sanción del Código Civil²⁰.

La mejora en el período patrio independiente (pos-codificación). La mejora en los países hispánicos

Si bien el **Código Civil de Santa Cruz** de 1831 (arts. 570 a 585), como el **proyecto de Eduardo Acevedo de 1852** (arts. 1034 a 1047) receptaron la mejora y muestran en esta materia un notable apego a la tradición²¹, el **Código de Vélez de 1871** la suprimió 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 distraída para mejorar a los herederos legítimos*²².

Dicho artículo, actualmente derogado, 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 el codificador cordobés también se inclinó terminantemente por el régimen de sucesión legal, insistiendo en su sistema de división forzosa e igualitaria de la herencia:

*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 ...*²³.

En el artículo 3524 del Código Civil, Vélez reafirmaba la prohibición terminante del artículo 3605 de la mejora estricta, al prescribir que “*en la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora*”²⁴, así como el artículo 3715 que establecía que valían las mandas y mejoras en tanto no fuesen inoficiosas²⁵.

En tanto, el Proyecto de Código Civil para España de García Goyena, la preveía de forma acotada. Pero con la sanción del **Código Civil español** se contempló ampliamente, es decir, desapareció la vieja cuota libre del quinto y se convirtió en un tercio de libre disposición, probablemente acercándose al Derecho foral, mientras que la mejora se la fijó en una de las dos terceras partes destinadas a legítima que el padre aún puede disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes (arts. 808, 823 y concordantes del Código civil español).

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

¹⁹ SEOANE (2000), pp. 585-617.

²⁰ “*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*”. CONTENTE (2015), pp. 95, 105, 110 y 114.

²¹ SEOANE (2000), p. 594.

²² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1972), p. 783.

²³ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1972), pp. 761-2.

²⁴ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1972), p. 763. 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”.

²⁵ El art. 3715 prescribía: “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”. CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1972), p. 809.

patrimonio, quedando la mitad restante como porción disponible (Ley 1934 del 2/8/2018). **Chile** que también prevé la mejora (arts. 1167, 1184 y concordantes), intenta seguir sus pasos, ya que viene debatiendo parlamentariamente la misma solución adoptada por Colombia. También **Ecuador**, prevé la mejora en los arts. 1194 y 1207 del Código civil y así como **Puerto Rico** (art. 737 del Código civil de Puerto Rico).

Proyectos de reducción de las porciones legítimas en la Argentina. La mejora en los proyectos de ley y en la doctrina.

Desde principios del siglo XX en la Argentina, ha habido proyectos de ley en orden a limitar el porcentaje destinado a la legítima, acompañados por buena parte de la doctrina. En tales antecedentes resulta sorprendente que no se haya hecho referencia a nuestro tradicional instituto. Pero, veamos seguidamente los distintos precedentes en este tema.

Proyectos de libertad de testar y de reducción de las legítimas. El Código Civil y Comercial

Existieron varios 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 herederos 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. Esta posición fue acompañada por la doctrina, baste nombrar como ejemplo a José Manuel de Estrada en el siglo XIX y a Alberto Molinario en el siglo XX.

En tanto, el proyecto del diputado Rolón (1915), preveía **reducir la legítima** de los herederos forzosos a una tercera parte, mientras que el proyecto del diputado Quirós (**1922**) proponía una legítima de los hijos de **la mitad** de la masa de los bienes y la de los ascendientes de un tercio²⁶.

Asimismo, a partir del **Anteproyecto de Bibiloni**, la legítima prevista para los descendientes fue de dos tercios de los descendientes legítimos (artículo 3163) 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 concurrían más de tres (artículo 692, inc. 1º)²⁷.

La porción legítima de los descendientes fijada en el Proyecto Bibiloni se mantendrá, entonces, 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). Las mismas porciones fueron previstas en el **Proyecto de Código Civil de 1998** para la República Argentina (artículo 2395).

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.

²⁶ Cf. artículo 39 del proyecto. De manera que con el resto, el testador podía mejorar, consecuentemente, a cualquiera de los hijos o hacer legados a terceros. OVSEJEVICH (1964), pp. 42-132.

²⁷ GILETTA (1998), pp. 196-7.

Sin embargo, los precedentes legales 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 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*”.²⁸

El mismo criterio se adoptó en las **XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1993**, que tuvieron lugar en la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino de la provincia de Tucumán y, pese a que no se quiso determinar la cuantía de la porción de mejora, se juzgó que debía oscilar entre un mínimo de un quinto y un máximo de un tercio²⁹.

Por su parte, 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’*”³⁰.

Finalmente, el Senador Ramón Javier **Mestre** presentó en 2009, ante el Senado de la Nación, la propuesta de fijar 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 estricta, semejante al régimen del Código Civil español³¹.

En síntesis, nuestros juristas en general se han inclinado por una legítima para descendientes de dos tercios (2/3) y por una mejora de un tercio (1/3).

La mejora al heredero con discapacidad del Código Civil y Comercial. El Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de 2018

El Código Civil y Comercial de 2015 terminó consagrando la mejora (del tercio), pero circunscripta al heredero con discapacidad (artículo 2448 del C.C.C.), Se invocó como fuente de la nueva norma los arts. 808, 822 y 782 del Código Civil Español, luego de la reforma de 2003 y la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (2006), ratificada por la Argentina a través de la Ley 26.378/2008³².

El nuevo instituto es novedoso no sólo por la instauración de la mejora en beneficio de un grupo especial de personas, sino por la fuentes utilizadas para la norma, ya que hubiera bastado con restaurar la mejora (si se quiere según el régimen español) para proteger al heredero con discapacidad y a cualquier otro heredero necesitado. Más

²⁸ IX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (1983).

²⁹ 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-ROLLERI (2017), p. 592.

³⁰ MEDINA-ROLLERI (2017), idem.

³¹ ORLANDI (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)*”.

³² 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).

allá del acierto en consagración el artículo 2448, lo curioso es que fuimos a buscar el modelo para legislar, fuera de nuestro ordenamiento jurídico, cuando se encontraba vivo en nuestra tradición jurídica.

El artículo 2448 (CCC) 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 2493³³.

De manera que 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.

Finalmente, a pesar de la reciente sanción del Código unificado, se ha elaborado en 2018 un Anteproyecto de reforma de dicho Código.

La modificación sugerida al artículo 2448 se acerca aún más a la mejora del tercio en su versión amplia y tradicional, porque amplía las facultades de disposición a otros legitimarios.

La propuesta del Anteproyecto referido consiste, entonces, en agregar a dos legitimarios como mejorados: “el cónyuge con discapacidad” y “el legitimario que hubiera cuidado al causante renunciando a sus capacidades productivas o profesionales”³⁴.

3. Conclusión

Puede haber muchas combinaciones para procurar una mayor libertad de testar. Bien sea la libertad absoluta de testar, generalmente con obligación alimentaria, como ocurre en los países del derecho anglosajón, o en Navarra y varios países hispanoamericanos, como México, Guatemala, Honduras, Panamá; sea una legítima corta (de ¼ para descendientes, la cuarta Falcidia, como está legislada en Galicia y Cataluña), o bien una legítima colectiva que puede consistir en un reparto desigual de la herencia entre los descendientes, incluido la asignación de la totalidad de la legítima a uno solo de

³³ 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*”.

³⁴ El artículo 2448 CCC 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. Pero 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. Es así que en el Código Civil de España existe la reserva troncal y en el actual Derecho foral de España, por ejemplo, en Aragón, el derecho de abalorio o de la saca, asimismo como la troncalidad vasca. En el Código Civil francés se le concedieron al cónyuge supérstite derechos sucesorios muy débiles porque, con el antiguo derecho francés, consideraron los legisladores que el cónyuge no formaba verdaderamente parte de la familia.

ellos (un tercio o un medio), como acontece actualmente en las compilaciones forales de Aragón y la comunidad vasca.

La mejora puede resultar un instituto, aunque evidentemente no el único, que permita distribuir mejor los bienes del acervo hereditario dentro de la familia legitimaria y, además de favorecer al heredero discapacitado o necesitado, conservar los bienes familiares, entre ellos los de producción (v.gr. empresas familiares, que constituyen más del 80% del total de las empresas del mundo), que desde la implantación legal de la división forzosa e igualitaria de los bienes hereditarios se ha manifestado como un mecanismo implacable de atomización del suelo, provocando el minifundio y el latifundio, y afectando principalmente a las explotaciones rurales medianas.

Mediante una mayor libertad testamentaria puede beneficiarse la cuestión de la propiedad rural familiar que reviste una importancia capital para el arraigo, el sustento y la libertad de la familia campesina, pero también para el conjunto de la sociedad teniendo en cuenta su bienhechor impacto económico y político.

A Alexis de **Tocqueville** le sorprendía que las **leyes sucesorias**, por más que correspondieran al orden civil, no estuvieran **a la cabeza de todas las instituciones políticas** porque, mal encauzadas, podían llegar a despedazar el suelo y convertirlo en polvo, a la vez que producir un gran daño social. Esta observación sigue cobrando crecida vigencia en nuestros días.

Por ello, las **innovaciones** en materia legislativa requieren de una **gradualidad** y de una **adecuación** a las diferentes realidades, así como al clima moral y social de cada pueblo.

Por ello Roca Sastre pedía «al legislador civil que no estorbe con sus normas, ya que debe darse prevalencia “al pacto, a las regulaciones voluntarias y a la fuerza fecundante de la costumbre, basta que **el legislador establezca las líneas institucionales**”, así como los preceptos necesarios para evitar abusos»³⁵.

³⁵ VALLET DE GOYTISOLO (1999).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BELLUSCIO, Augusto César: “La posible introducción de la mejora en el derecho argentino. (La resurrección de Chindasvinto)”, *El Derecho*, ED 156.

CASTÁN TOBEÑAS, José (1973): *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo VI, vol. II, 7ª. edición (Madrid, Editorial Reus).

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

GILETTA, Javier H. (1998): “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.

LEVAGGI, Abelardo (1992): *Las capellanías en la Argentina. Estudio Histórico-Jurídico*, Serie Mayor 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A. Buenos Aires.

MEDINA, Graciela y ROLLERI, Gabriel (2017): *Derecho de las Sucesiones*, Derecho Civil y Comercial, directores Julio César RIVERA y Graciela MEDINA, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

NANCLARES VALLE, Javier (2018), *La mujer en el derecho civil foral de Navarra: de la penumbra a la visibilidad*. Príncipe de Viana, Gobierno de Navarra, España, Año LXXIX, nro. 272, septiembre-diciembre.

ORLANDI, Olga (2010): *La legítima y sus modos de protección. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial en la Dinámica del Proceso Sucesorio*, Segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

OTERO VARELA, Alfonso (1963): “La mejora”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, nro. 33.

OVSEJEVICH, Luis (1964), “Legítima”, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Tomo XVIII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

PÉREZ LASALA, José Luis (1991): “La mejora del tercio, como medio para posibilitar una distribución más equitativa de la herencia entre los hijos”, *La Ley*, LL. 1991-B.

SEOANE, María Isabel (2000): “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.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (1971): *Esquema histórico del Derecho Sucesorio. Del Medioevo castellano al siglo XIX*, *La Ley*, Buenos Aires.

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

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. (1999): «El Derecho en el pensamiento de Ramón Ma. Roca Sastre», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 39. Disponible en: http://www.rocasastre.es/_img_admin/1284890381El_derecho_en_el_pensamiento_de_RMRS.pdf?PHPSESSID=0390d09248277d5b3a9e24bc74d34d4c, fecha de consulta 30 de agosto de 2021.

NORMAS CITADAS

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (1972), con las notas de Vélez Sarsfield y Leyes y Decretos complementarios, *Víctor P. de Zavallía*, Editor, Buenos Aires.

IX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (1983): Disponible en: <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-13-IX-Jornadas-1983.pdf>. Fecha de consulta 19 de septiembre de 2019.

LEYES DE TORO, 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.

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.