

Principio de proporcionalidad y solidaridad familiar. Reducción de la legítima. Autonomía de la voluntad del testador

por CARLA BEATRIZ MODI (Universidad de Buenos Aires)^(*)

Resumen: La autora propone en su ponencia de *lege ferenda* para una futura reforma, Incorpórese el art. 2445 bis: Reducción de la legítima activada por la autonomía de la voluntad del testador: a) Podrá reducirse la porción legítima de los descendientes a un medio, cuando el causante por testamento, disponga declarar heredera a su conviviente supérstite. b) Podrá reducirse la porción legítima individual de los descendientes, cuando el causante por testamento disponga incluir a su hijo/a afín, en iguales condiciones que sus descendientes, como si fuera uno más, siempre que haya sido criado por el causante, y adquirido el estado de hijo dentro del seno familiar.

Palabras clave: *Conviviente supérstite - hijo afín - vocación sucesoria - autonomía de la voluntad - legítima - principio de proporcionalidad - solidaridad familiar - socioafectividad.*

A) Análisis preliminar

La propuesta de modificación normativa plantea reducir la porción legítima de los descendientes en ciertos casos específicos (conviviente supérstite e hijo/a afín), lo que abre un debate sobre el equilibrio entre la libertad de testar, la protección de la familia y el principio de proporcionalidad.

Conforme el art. 2444 (Legitimarios), art. 2445 (porciones legítimas), art. 2447 (Protección – inviolabilidad – orden público), se establece que los descendientes, ascendientes y cónyuge poseen una porción legítima de la que no pueden ser privados por ningún acto del causante en vida o testamento, estableciendo cuales son dichas porciones, y determinando la inviolabilidad de dicha legítima, salvo determinadas excepciones (art. 256, 2330, 2332, 2333, 2448, 2383, 5270)⁽¹⁾.

“Legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito”⁽²⁾. En el nuevo ordenamiento legal no hay una definición de legítima, limitándose a designar a los herederos que denomina legitimarios y que se limitan a los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

La discusión dada desde el inicio entre todos los autores, los de antes y los de ahora, referida al derecho de propiedad consagrado en la CN y la concepción de familia como base fundamental de toda sociedad, pujando unos hacia la protección de la legítima y otros hacia la libertad de testar, dependiendo de lugar donde se ubiquen, hoy debe ser analizada a la luz del contexto socio-cultural y económico de la sociedad actual⁽³⁾, debiendo existir una mayor flexibilidad, en la aplicación del instituto de la legítima, donde en casos puntuales su aplicación estricta podría derivar en graves injusticias para los individuos que se supone la ley dice proteger.

Como bien dice Perrino “el valor que se le otorgue a la institución familiar, a la propiedad, y al derecho sucesorio incide de manera decisiva en la libertad de testar, y consecuentemente, en la aceptación o rechazo de la legítima

(*) Abogada recibida en la UNLZ. Doctoranda en Ciencias Jurídicas de la UCA. cursando la Carrera de Especialización en Derecho de Familia UCALP. Profesora JTP de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA) Comisión Berbere Delgado - Basset. Adscripta UCA – Derecho de las Sucesiones, Cátedra Úrsula Basset. Investigadora graduada proyecto de investigación DECYT 2020-2022 – Código DCT2007 “Niñez sin cuidados parentales” (UBA). Integrante del proyecto de investigación “Discriminación estructural y violencia simbólica contra la mujer”, Facultad de Derecho, UCA, 2022-actualidad. Integrante del proyecto de investigación “Modelos explicativos de la violencia”, Facultad de Derecho, UCA, 2022-actualidad.

Con la colaboración de la Dra. Daniela Manteiga, abogada UBA, Profesora Adjunta en Derecho de Familia, en la Universidad del Cema, Cátedra Ales Uría, cursando la Carrera de Especialización en Derecho de Familia UCALP.

(1) Ferrer, Francisco A., Santarelli, M., Soto, F. Germán, Dirs. “Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético”, ALTERINI, Jorge H. Director general, 1° ed., La Ley Ciudad de Buenos Aires, 2015, Tomo XI, pág. 579.

(2) BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil – Sucesiones-Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.78.

(3) AZPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 4° ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 596.

hereditaria”⁽⁴⁾. Por lo pronto para comenzar el análisis de la cuestión a tratar debería adentrarme a analizar dichos institutos, tanto en nuestro derecho, como su evolución histórica y legislación comparada, lo que excedería en gran medida el presente trabajo.

Sin embargo, no puedo dejar de mencionar, que claramente el concepto de familia tradicional, no es el concepto actual y es lo que nos trae aparejadas una variedad de interrogantes sobre el caso particular. Entonces así lo deslumbraba ya en su tesis el Dr. Aquiles Horacio Guaglianone en el año 1940, al decir “Todo ensayo, en conclusión, sobre la legítima debe abordar, como peldaño de sus inducciones, el problema del cuerpo social, no ya en la amplitud de los derechos específicamente determinados que le constituyen, sino en la abstracción del núcleo último que lo caracteriza en las sucesivas etapas de su historia... tiempo queda para seguir a los fenómenos sociales en el devenir que les lleve, desde la genuina concepción que les dio vida, hasta el depurado criterio de justicia que fundamente su eternidad. En tanto, el acertado método científico brindará nuevas soluciones para los problemas que sin cesar se suscitan”⁽⁵⁾.

En el derecho romano existió una amplia libertad de testar, y luego fue sufriendo restricciones, hasta la época de Justiniano, donde se plasmó la legítima, similar a como es en la actualidad. En el derecho medieval, la legítima, resulta importante para concretar el patrimonio de los señores feudales al asegurar la conservación íntegra de los bienes inmuebles dentro de la familia, para continuar prevaleciendo en el aspecto político, económico y social. Sin embargo por distintos motivos, los emperadores y la Iglesia Católica fueron partidarios de la libertad para testar, los primeros para disminuir el poder de los señores feudales y los segundos para permitir las disposición de bienes a favor del alma del testador y de la iglesia⁽⁶⁾.

En cada época, por las razones que fuera, se tuvo intereses diferentes, y dichos intereses, han ido modificando la legislación de un lado o del otro, es decir establecer cuál es el bien jurídico a proteger por la norma, que es lo mejor para la familia como célula fundamental de la sociedad, lleva a colegir que tipo de norma vamos a preferir por sobre otra, y que consecuencias trae aparejadas para la sociedad el tipo de norma de que se trate.

Nuestro derecho limita la voluntad del causante, a disponer libremente de su propiedad al momento de su muerte, o a título gratuito durante su vida, en protección de la comunidad, ya que la familia es el sustento de dicha comunidad. Y así establece una serie de normas tanto a los fines de evitar que disponga por testamento libremente (art. 2447), inviolabilidad de la legítima, como una serie de remedios procesales para el caso que haya dispuesto de ellos en vida a título gratuito.

Por último y previo a adentrarnos en el desarrollo, es importante tener claros ciertos conceptos para un mejor análisis:

Sucesión legítima: Es aquella que se difiere conforme a la ley cuando el causante no ha dejado escrita su última

Nuestro derecho limita la voluntad del causante, a disponer libremente de su propiedad al momento de su muerte, o a título gratuito durante su vida, en protección de la comunidad, ya que la familia es el sustento de dicha comunidad. Y así establece una serie de normas tanto a los fines de evitar que disponga por testamento libremente (art. 2447), inviolabilidad de la legítima, como una serie de remedios procesales para el caso que haya dispuesto de ellos en vida a título gratuito.

(4) PERRINO, Jorge O. “Derecho de las Sucesiones” 1° ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011. Vol. 2, pág. 1780.

(5) GUAGLIANONE, Aquiles Horacio “Historia y Legislación de la Legítima” Fuentes Antiguas – Tesis laureada con el Premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939). Buenos Aires, 1940. Pág. 18/19.

(6) AZPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 4° ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 596.

voluntad, es la ley quien determinará quienes y como sucederán al causante.

Legítima: Es la porción que deben recibir los herederos forzosos protegidos por la ley, y que el causante no puede afectar ni por actos de última voluntad, ni por actos entre vivos a título gratuito.

Es añejo el debate sobre el alcance de las cuotas de legítima establecidas en el Código Civil, considerándose la necesidad de su adecuación a porcentajes menores. En los países que admiten la legítima, las cuotas son variables, y en este aspecto las establecidas en el Código Civil son las más elevadas en el derecho comparado⁽⁷⁾.

B) Principio de proporcionalidad y solidaridad familiar

La legítima es una institución de orden público, pues ha sido acogida, no en miras del interés individual del heredero forzoso, sino en miras de un interés general, que radica en la consolidación, permanencia y solidaridad familiar, como institución del derecho natural básica de nuestra sociedad, su interés está por encima del individuo⁽⁸⁾.

En el nuevo código, la legítima sigue manteniendo las características de inviolabilidad, irrenunciabilidad, y orden público, ya que, si bien se han morigerado las porciones legítimas, y establecido excepciones, no se han afectado las mismas.

Actualmente dicha norma posee conforme se expone en el Código Civil y Comercial comentado Tratado Exegético del Dr. Jorge H. Alterini, las siguientes excepciones: a) Art. 256, la constitución del bien de familia afecta al inmueble y limita la libre disposición del mismo y se trasmite a los herederos; b) Art. 2330, la indivisión forzosa que puede disponer el causante por testamento por un plazo de 10 años; c) Art. 2332, la indivisión que puede imponer el cónyuge superviviente sobre un establecimiento que constituya unidad económica, o sobre cuotas o acciones sociales, sienta este el principal socio o accionista, por un plazo máximo de 10 años, siempre que haya adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que haya participado activamente en su explotación, correspondiéndole la administración del establecimiento de las cuotas acciones sociales por todo el término que dure la indivisión, y dicha indivisión puede prorrogarla judicialmente hasta su muerte; d) Art. 2333, el mismo caso anterior, pero quien puede imponer la indivisión es cualquier heredero, que cumpla con iguales condiciones; e) art.2448, la mejora especial a un ascendiente o descendiente con discapacidad, consistente en dejarle por el medio que estime más conveniente el causante, no solo la cuota libre de disposición, sino también un tercio de la porción legítima. Este es un avance importante sobre la legítima que se justifica por la vulnerabilidad en la que se encuentra una persona incapaz; f) Art. 1668 y 2493, en la misma línea anterior, el fideicomiso testamentario en el cual el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, en cuyo supuesto puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad, o hasta su muerte, aun cuando esos acontecimientos se produzcan más allá del plazo máximo de treinta años del fideicomiso; g) Art. 2383 y 527, el derecho real de habitación del cónyuge superviviente vitalicio, gratuito, que opera de pleno derecho sobre el inmueble propiedad del causante, que no se debe encontrar en condominio con terceros a la fecha de la apertura de la sucesión, y que haya constituido el último hogar conyugal, asimismo se establece este derecho a favor del conviviente superviviente, que carezca de vivienda propia y sin recursos suficientes, por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que no se encuentra en condominio con terceros a la fecha de la muerte del causante⁽⁹⁾.

Como podemos ver a primera vista, estas excepciones algunas se basan en principios de solidaridad familiar, en otros casos en protección de los más vulnerables, o en la autonomía de la voluntad del causante, y hasta en la voluntad del cónyuge superviviente.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se dice que el instituto de la legítima conforme se encuentra regulado actualmente, se basa en una tradición jurídica, en los usos y costumbres de nuestra sociedad, y en una necesidad de proteger económicamente a la familia.

Si volvemos a la historia de la legítima en el Derecho Romano, se puede observar que lo que estuvo en juego siempre fue el interés familiar, ya sea en los tiempos antiguos (familia monolítica), como posteriormente en la que se trató de conjugar el interés integral de la institución, con los intereses individuales de los familiares más próximos, en este sentido los romanos, siempre fueron consecuentes con la consideración socio-económicas de la familia en cada una de las épocas⁽¹⁰⁾.

Ahora es importante conjugar todo ello con el principio de proporcionalidad, siendo esencial para asegurar que las decisiones en el ámbito del derecho de familia sean justas, razonables y equilibradas, protegiendo los derechos fundamentales de todos los involucrados.

Dentro del ámbito familiar, donde las partes se nutren de los lazos afectivos, y teniendo en cuenta lo expuesto, es razonable la búsqueda de normas que incluyan a todos los integrantes de la familia, que les reconozca derechos a todos los hijos, considerado como tales por el causante.

Este principio constitucional nos exige que la norma al ser aplicada no discrimine entre unos u otros integrantes del grupo familiar, y menos aun cuando es voluntad del causante que todos sean incluidos como una familia.

Este principio constitucional nos exige que la norma al ser aplicada no discrimine entre unos u otros integrantes del grupo familiar, y menos aun cuando es voluntad del causante que todos sean incluidos como una familia.

El principio de proporcionalidad ayuda a guiar el proceso de cómo se pasa de la norma ya establecida (la ley) a una interpretación o aplicación concreta de esa norma (la norma adscrita). El principio de proporcionalidad es clave para asegurarse de que esta aplicación sea justa y adecuada en relación con los derechos fundamentales involucrados⁽¹¹⁾. Es decir, actúa como una guía para interpretar y aplicar una norma de manera que sea adecuada y razonable, especialmente cuando esa norma afecta derechos fundamentales.

C) Vocación sucesoria y socioafectividad

Varias son las definiciones que podemos encontrar sobre socioafectividad, aunque continúa siendo un término ambiguo, que no podemos desconocer que se basa en el amor, y eso nos lleva a preguntarnos, puede el derecho de familia basarse en el amor, desde una perspectiva personal, diría que sí, pues no existe fuerza más inconmensurable que el amor, ahora desde una perspectiva racional, sabiendo que no cualquier amor siempre es bueno, pues todo en exceso puede ser perjudicial, claramente no es lo único que debe ser evaluado al momento de resolver una cuestión de filiación basada en la socioafectividad. En definitiva, cuando el derecho habla de la dignidad humana, los derechos humanos, el respeto mutuo, la buena fe, y en consiguiendo el respeto a los derechos fundamentales y personalísimos, podemos ver su relación con el amor y el respeto a la persona humana.

Más que socioafectividad, debería referirme al término jurídico relevante y configurativo, “vida privada familiar”, estándar que aparece en los Tratados Internacionales, y que permite fundamentar el razonamiento jurídico, como lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 11, inc. 2, CADH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Art. 8.1. CEDH)⁽¹²⁾.

(10) DI PIETRO, Alfredo, “La legítima en el Derecho Romano”, Prudentia Iuris N° 44, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Sep. 1977, pág. 207.

(11) “El principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que se recorre desde la norma directamente estatuida hasta la concreción y la fundamentación de una norma adscrita. En otras palabras, el principio de proporcionalidad se aplica, cuando se debe concretar y fundamentar una norma adscrita de derecho fundamental”, Carlos Bernal “La función del principio de proporcionalidad” pág. 138, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/carlosbernal>

(12) BASSET, U.C., “Multiparentalidad y el deber de garantía del interés del niño. Cómo evitar una deriva adultocéntrica”, LA LEY 22/03/2023, 3, TR LALEY AR/DOC/594/2023.

(7) BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil – Sucesiones”, Tomo II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2003, pág.83.

(8) PERRINO, Jorge O., “Derecho de las Sucesiones” 1ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011. Vol. 2, pág. 1876.

(9) Ferrer, Francisco A., Santarelli, M., Soto, F. Germán, Dirs. “Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético”, ALTERINI, Jorge H. Director general, 1ª ed., La Ley Ciudad de Buenos Aires, 2015, Tomo XI, pág. 578 y 579.

Si bien la sucesión legítima, como tradicionalmente la conocemos, se basa en los lazos de sangre, o como el caso del cónyuge, del matrimonio, también es cierto que las familias modernas están conformadas en muchas oportunidades como las descriptas por lazos puramente de amor, donde ni la ley ni la naturaleza han intervenido y no por ello dejan de ser familias.

“en el ámbito de los derechos fundamentales donde más claramente aparece la complementariedad entre el Derecho y el amor, porque se regulan jurídicamente ideales que expresan la dignidad humana, que son expresión del valor moral de cada persona, fin en sí, y del respeto y la fraternidad con el otro. Son ideales de justicia

inspirados por el amor, por lo que no se puede, a mi juicio, sostener, como lo hace Aristóteles, la incompatibilidad entre la amistad --que es una forma del amor- y la justicia. A través de los derechos fundamentales, en todas sus facetas individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, se tiende a favorecer por medio del Derecho el desarrollo integral de la persona, y esa colaboración del Derecho con el esfuerzo ético tendente a conquistar la libertad moral, la libertad autonomía, la libertas maior de los clásicos, es obra a su vez de una relación de apoyo mutuo entre el Derecho y el amor”⁽¹³⁾.

En el caso de los hijos afines, si bien el código habla de progenitor afín, indefectiblemente surge la figura del hijo afín, ya que la relación es recíproca⁽¹⁴⁾, el art. 620 del CCyCN ha regulado la adopción por integración mediante la cual el progenitor afín puede adoptar al hijo del cónyuge o del conviviente, pero si por la causa que fuera así no lo hiciera ese hijo que ha sido criado desde la primera infancia y posee estado de hijo dentro del seno familiar, no tiene ningún derecho a la sucesión de quien en vida fuera como su padre, y ahí es donde propongo que el causante pueda disponer por testamento de manera tal que reciba lo mismo que sus descendientes, si así lo deseara.

Igual solución debería adoptarse para el conviviente supérstite, quien se encuentra en total desprotección ante la muerte de su compañero, donde si bien la ley le otorga el derecho real de habitación, solo lo hace por dos años, y es así que el causante debería poder disponer si así lo deseara que reciba una porción igual a la que recibiría si fuera su cónyuge supérstite.

Si bien la sucesión legítima, como tradicionalmente la conocemos, se basa en los lazos de sangre, o como el caso del cónyuge, del matrimonio, también es cierto que las familias modernas están conformadas en muchas oportu-

nidades como las descriptas por lazos puramente de amor, donde ni la ley ni la naturaleza han intervenido y no por ello dejan de ser familias.

“...forman parte del complejo axiológico propuesto principalmente la utilidad y el amor (como personalización de unos por la personalización de otros). La sucesión participa de esa complejidad axiológica. Si bien toda ella se refiere a la justicia y tiene importantes despliegues de amor y utilidad, la sucesión testamentaria, la ab intestato y la legítima poseen distintos sentidos de utilidad. La sucesión testamentaria deja más espacio al amor y la utilidad como los entienda el testador; en la sucesión legítima imperan los criterios de amor y utilidad que establece el legislador”⁽¹⁵⁾.

D) Conclusión

Históricamente, la legítima ha sido una herramienta jurídica destinada a asegurar que ciertos parientes no sean privados de su parte en la herencia, garantizando así la estabilidad económica de la familia. Sin embargo, el concepto de familia ha evolucionado con el tiempo, y la rigidez de las normas sobre la legítima puede resultar en situaciones injustas en el contexto actual. La propuesta busca adaptar la legislación a estas nuevas realidades, permitiendo que convivientes e hijos afines reciban una mayor protección sucesoria en reconocimiento de los lazos afectivos y familiares que comparten con el causante.

Teniendo presente los principios de proporcionalidad y solidaridad familiar, el derecho sucesorio debe evolucionar para reflejar la complejidad y diversidad de las familias modernas. Esto implica una mayor flexibilidad en la normativa para asegurar que todos los miembros de una familia, no solo aquellos vinculados por lazos de sangre o matrimonio, puedan ser protegidos adecuadamente.

En conclusión, la modificación propuesta responde a una necesidad de modernización del derecho sucesorio, buscando un equilibrio entre el respeto a la voluntad del testador y la protección de los derechos fundamentales de los integrantes de la familia, especialmente en situaciones donde los lazos afectivos prevalecen sobre los vínculos tradicionales.

VOCES: SUCESIÓN - FAMILIA - DERECHO CIVIL - PERSONA - CAPACIDAD - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ESTADO CIVIL - MATRIMONIO - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CONTRATOS - HERENCIA - HEREDEROS - DECLARATORIA DE HEREDEROS - PROCESO SUCESORIO - CADUCIDAD - DERECHO PROCESAL - ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA - PLAZO - SUCESIÓN TESTAMENTARIA - SUCESIÓN AB-INTESTATO - MEJORA - SOLIDARIDAD - SOCIOAFECTIVIDAD - VOCACIÓN SUCESORIA - LEGÍTIMA HEREDITARIA - MENORES - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

(13) PECES-BARBA MARTINEZ, G. “El Derecho y el amor: sus modelos de relación”, artículo de una conferencia prevista para el verano de 1982, en la Universidad Menéndez Pelayo de Santander, y que no tuvo lugar por enfermedad del autor, pág. 78.

(14) AZPIRI, Jorge O., “Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho de Familia”, 1ª ed., 8º reimpr., Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pág. 272.

(15) CIURO CALDANI, Miguel A., “Aportes Integrativistas del Derecho de Sucesiones”, ISSN 1851-2844, www.centrodefilosofia.org.ar, Investigación y Docencia N° 40, pág. 29.