

**Berenguer, Marcela Claudia**

## *La flexibilización de la legítima hereditaria*

**Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas**  
**Facultad de Derecho**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Berenguer, M. C. (2012). *La flexibilización de la legítima hereditaria* [en línea]. 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: .....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

DOCTORADO EN CIENCIAS JURIDICAS

UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

“Santa María de los Buenos Aires”

TESIS DOCTORAL

“LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA LEGÍTIMA  
HEREDITARIA”

Director de tesis: Dr. Cesar Emidio Mele

Doctoranda: abogada Marcela Claudia Berenguer

Domicilio: Esmeralda 339 2º piso 2º cuerpo C.AB.A.

Tel.: 4325-0831 – 15-5345-9881

e-mail: [mcberenguer2@yahoo.com.ar](mailto:mcberenguer2@yahoo.com.ar)

[mcberenguer@estudioalbitos.com.ar](mailto:mcberenguer@estudioalbitos.com.ar)

# **TESIS DOCTORAL**

MARCELA CLAUDIA BERENGUER

## ***“LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA”***

### **INTRODUCCIÓN**

El tema a desarrollar a lo largo de este trabajo se refiere a la flexibilización de la legítima hereditaria. Propondré una modificación legislativa que disminuya las restricciones actuales tan severas, para testar con mayor libertad. Sin perjuicio de ello, considero que la familia, base fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado mediante la legislación respectiva, sin aspirar a sustituirla.

El objetivo propuesto con la temática analizada en esta tesis es responder con fundamentos jurídicos a los interrogantes que se plantean a partir de situaciones particulares nacidas en las relaciones de familia, y respecto de las cuales la ley actual no parece ofrecer una respuesta plenamente satisfactoria. Aquéllas surgen en forma espontánea cuando se analiza con detenimiento el instituto, ante las consultas que en varias ocasiones me han sido formuladas durante el ejercicio de mi profesión de abogada y lo corroboran, por otra parte, los interrogantes que los alumnos suelen plantear a la Cátedra en ocasión del estudio del régimen vigente. Son estas experiencias,

pues, las que me han movido a reflexionar más profundamente sobre el tema y así cuestionarme su justicia, considerando por ende la posibilidad de una adecuada reforma.

Las hipótesis son:

1. ¿Es justo nuestro sistema legal vigente en materia de determinación de la porción legítima que corresponde a los herederos forzosos?
2. ¿Hay razones que avalen la modificación de dicho sistema, posibilitando soluciones equitativas ante concretas circunstancias familiares?

No podemos desconocer las modificaciones que se vienen produciendo en la conformación de la familia y la ley debe adecuarse a ellas a fin de evitar conflictos familiares derivados de su estricta aplicación.

Es oportuno citar al Dr. Salerno, en tal sentido: *“las normas influyen sobre la población, constituyendo en su conjunto un instrumento flexible para el comportamiento social. Organizan las relaciones intersubjetivas en todos los campos de la actividad del hombre. Esta tarea va adaptándose a las exigencias de cada época, según las necesidades y conforme las ideas predominantes.”*  
*“El dinamismo del derecho está dado por su poder de adaptación a las circunstancias históricas sin desnaturalizar los fines que persigue”<sup>1</sup>.*

El tiempo transcurrido desde la sanción de nuestro Código Civil, sin que la cuantía de la legítima fuese reformada a pesar de las doctrinas favorables a ello y la evolución de la familia durante estas décadas, promueven por consiguiente su estudio.

---

<sup>1</sup> Salerno, Marcelo Urbano “DERECHO CIVIL PROFUNDIZADO”, ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998. p.240

Debemos tener presente las palabras de su Santidad Juan Pablo II, cuando en la encíclica Familiaris Consortio se refiere a la situación de la familia actual:

*“La situación histórica en que vive la familia se presenta pues como un conjunto de luces y sombras.*

*Esto revela que la historia no es simplemente un progreso necesario hacia lo mejor, sino más bien un acontecimiento de libertad, más aún, un combate entre libertades que se oponen entre sí, es decir, según la conocida expresión de san Agustín, un conflicto entre dos amores: el amor de Dios llevado hasta el desprecio de sí, y el amor de sí mismo llevado hasta el desprecio de Dios. Se sigue de ahí que solamente la educación en el amor enraizado en la fe puede conducir a adquirir la capacidad de interpretar los «signos de los tiempos», que son la expresión histórica de este doble amor<sup>2</sup>.*

Sabemos que una de las fuentes más importantes que tomó Vélez Sarsfield para la redacción de nuestro Código Civil fue el Esboço del jurista brasileño Freitas que al referirse a la libertad de las personas para realizar todo acto que la ley no prohíba explica textualmente: “He aquí la piedra angular de todo el derecho civil que fuera legislado, bajo la base de la naturaleza humana. Las leyes son hechas por el hombre y no el hombre para las leyes. El hombre es el ente inteligente y libre y no una tabla rasa en la que el legislador construye codificaciones arbitrarias. La obra la tenemos, y apenas se la

---

<sup>2</sup> Exhortación apostólica FAMILIARIS CONSORTIO de su Santidad Juan Pablo II al episcopado, al clero y a los fieles de toda la Iglesia sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual. Primera parte  
Luces y sombras de la familia en la actualidad. Situación de la familia en el mundo de hoy. Pto. 6

modifica tanto cuanto sea preciso para el bien común. Esas modificaciones aparecen no sólo en las leyes que se han llamado prohibitivas, como en las que denominamos imperativas. La libertad civil viene a ser la libertad en acción y tanto se la restringe prohibiéndose actos que sin la prohibición sería posible practicar, como exigiéndose actos que sin la ley imperativa, podrían dejarse de practicar. Fuera de estos dos casos las leyes no tienen carácter prohibitivo y, simplemente, declaran reconocer y proteger la libertad humana, siendo por esa razón denominadas leyes declarativas, facultativas”<sup>3</sup>.-

El Estado a través de su legislación debe estar atento a las exigencias sociales, en este caso el cambio en la conformación familiar, para adecuar sus normas a sus necesidades, sin descuidar su protección.

Deberá encontrarse el equilibrio legislativo necesario para, por un lado, proteger la unidad básica de la sociedad – la familia – y al mismo tiempo permitir su desarrollo en libertad.

El hombre tiene derecho a decidir sus acciones y salvo que afecten los derechos de otros, el Estado debe permitirlo. Flexibilizar la legítima hereditaria en cuanto a su cuantía es una forma de reconocer en el hombre esta libertad de acción.

Nuestros legisladores no pueden olvidar que su tarea debe orientarse conforme lo requiera la sociedad, para ello son elegidos, y su tarea es otorgar los instrumentos jurídicos que permitan resguardar a la familia como núcleo social.

---

<sup>3</sup> Citado en: Salerno, Marcelo Urbano “DERECHO CIVIL PROFUNDIZADO”, ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998. p.262

A continuación analizaremos las necesidades sociales que, como quedó dicho reclaman un cambio en la legislación, así como los fundamentos jurídicos que permiten esa modificación de las normas que regulan la materia.

## **I. CONCEPTO.**

Estimo que es esencial comenzar esta tesis desarrollando el concepto del tema a tratar. Luego analizaré la razón de esta institución, su espíritu, su historia, su razón legal y social, exponiendo, más adelante nuestra legislación actual al respecto y comparándola con derechos foráneos, para concluir planteando la hipótesis y su resolución.-

Siempre inicio mis clases definiendo el tema a explicar y aconsejo a mis alumnos que al presentar su examen comiencen con el concepto y luego desarrollen el tema en forma organizada, clara y concreta. Por tanto siendo fiel a mis consejos en tal sentido, así comenzaré mi trabajo.-

Le **legítima hereditaria** es la porción del patrimonio del causante de la cual no pueden ser privados sus herederos forzosos por actos a título gratuito salvo justa causa de desheredación.

Pérez Lasala la define de la siguiente manera *“La legítima es una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos a favor de los denominados “legitimarios”, de cuya porción pueden ser privados por justa causa de desheredación invocada en el testamento”*<sup>4</sup>.

También Olga Orlandi, especialista en este tema, opina que *“la legítima es una institución compleja en cuanto se refiere a un contenido patrimonial, un*

---

<sup>4</sup> Pérez Lasala, José Luis, “Curso de derecho sucesorio”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998. p. 799

*límite al poder de disposición del causante y genera un conjunto de facultades y derechos en los legitimarios, otorgándoles una posición particular en el proceso sucesorio*<sup>5</sup>.-

Salvador Fornieles define la legítima con claridad y simpleza de la siguiente manera: *“La legítima es una institución protectora de la familia. Cuando una persona tiene hijos, padres o cónyuge, la ley le restringe la facultad de donar sus bienes o de hacer legados, no permitiéndole beneficiar a los extraños sino en cierta medida”*<sup>6</sup>.-

Desglosemos el concepto, esboceemos sus características principales y veamos su marco legislativo:

- Estamos analizando una institución hereditaria cuyos orígenes se remontan al derecho romano (como estudiaremos en el próximo acápite).
- Nuestro Código Civil legisla al respecto a partir del art. 3591 en adelante.
- En el art. 3591 define a la legítima como un derecho de los herederos forzosos a determinada porción de la herencia, en combinación con el art. 3714 que establece quiénes son los herederos forzosos.
- Los herederos forzosos del causante son los ascendientes, descendientes y el cónyuge. La designación de “forzosos” es de origen Justiniano, se utilizó tradicionalmente en el derecho de Castilla, fue recepcionada por

---

<sup>5</sup> Orlandi, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, p. 40

<sup>6</sup> Fornieles, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., Cuarta Edición, 1958, p. 98

García Goyena en su proyecto de 1851, y de allí la toma Vélez para incorporarla a nuestro código. En opinión de Pérez Lasala la expresión “herederos forzosos” resulta inexacta. Dice el autor que al admitir el art. 3600 del C.C. que la legítima sea cubierta por cualquier título, cuando dicho título no es el de heredero y la legítima queda cubierta por legado o donación, el legitimario no es heredero. Entonces, quienes tienen derecho a la legítima deben ser llamados legitimarios, sean o no herederos. Debiéndose reservar la expresión herederos legítimos para los herederos abintestato<sup>7</sup>.-

- A éstos les corresponde la legítima en distintas proporciones conforme se legisla en los arts. 3593, 3594 y 3595. Es decir cuatro quintos para los hijos, dos tercios para los ascendientes y un medio para el cónyuge incluyendo los bienes gananciales.
- Las legítimas de los distintos herederos no se acumulan, y para su cálculo se toma la mayor.
- Antes de su muerte el causante no puede disponer gratuitamente de todos sus bienes, pues debe respetar el derecho de sus herederos forzosos si los tuviere. Solo puede donar o legar por testamento la porción disponible.
- La legítima debe calcularse sobre el patrimonio del causante más las donaciones que hubiera realizado en vida.

---

<sup>7</sup> Pérez Lasala, José Luis, “Curso de derecho sucesorio”, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998. p. 795

- “La legítima y la porción disponible son las dos partes correlativas de un mismo todo, la herencia, y establecer el monto de la una equivale a fijar el de la otra”<sup>8</sup>.
- El testador no puede imponer gravamen o condición a las porciones legítimas conforme se norma en el art. 3598.
- El derecho a la legítima es irrenunciable.
- El heredero forzoso a quien el causante hubiera hecho una donación en vida, debe colacionarla en la sucesión pues se requiere para hacer el cálculo de la legítima, según lo ya expuesto.
- La ley protege a los herederos cuyas legítimas fueron violadas estableciendo para ello la acción de reducción.

Finalmente es interesante ampliar este punto analizando el concepto de legítima según la Enciclopedia Jurídica Omeba<sup>9</sup>, pues en ella están contemplados en forma sintética todos los elementos que hemos venido desarrollando: *“la legítima es el derecho de ciertos parientes próximos – denominados legitimarios – sobre determinada porción del patrimonio del causante a cubierto frente a las disposiciones liberales de éste, sin justa causa de desheredación”*.

Analicemos la definición: conceptúa a la legítima como derecho pues está protegido por la ley; menciona a los legitimarios, es decir los herederos más

---

<sup>8</sup> Fornieles, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., Cuarta Edición, 1958, p. 98

<sup>9</sup> Ovsejevich, Luis, “La Legítima” en: Enciclopedia Jurídica Omeba, 33 V, Tomo XVIII, Buenos Aires, Bibliografía Omeba Editores Libreros, 1964.p. 61

próximos al causante, unidos a éste por lazo de sangre o por matrimonio; alude a determinada porción, o sea a los distintos porcentajes establecidos por la ley y que aumentan proporcionalmente según la vinculación del causante con el heredero; además se refiere al patrimonio y no a la herencia, pues para determinar la legítima no sólo se considerarán los bienes dejados a la muerte por el causante sino también los donados en vida por él; ello se relaciona con las disposiciones liberales del causante, y finalmente incluye el concepto de desheredación, pues solamente ciertas causas determinadas por la ley pueden impedir a los herederos legitimarios recibir la herencia.-

## **II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO SUCESORIO Y SU VINCULACIÓN CON LA LEGÍTIMA.**

Con el fin de estudiar la evolución histórica de la institución que nos ocupa debemos remontarnos al derecho primitivo en el cual hallamos el embrión de la legítima<sup>10</sup>.

El derecho primitivo concebía la legítima, no como un derecho sucesorio, sino como un derecho personal y directo sobre los bienes a favor del heredero.

Así lo afirma Guaglianone en su tesis cuando expresa textualmente *“Entendemos en resumen, que la legítima no es en la antigüedad un derecho sucesorio stricto sensu, sino la expresión de un derecho personal y directo sobre los bienes, a favor del llamado con justeza heredero (de heres: propietario). Esta idea se desarrolla, en consecuencia, afirmando que el heredero no recibe, por el hecho de la muerte del de cuius, la propiedad de un patrimonio, sino que, por el contrario, asume la administración y el ejercicio de las calidades que le pertenecían, desde antes, como titular de los mismos derechos”*<sup>11</sup>.-

El heredero recibía la administración de los bienes, pues la propiedad ya la tenía por pertenecer al grupo familiar. Para conservar esta propiedad, que aún era colectiva se estableció la progenitura en la rama masculina, como

---

<sup>10</sup> Ibíd. p. 44

<sup>11</sup> 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, p. 16

derecho hereditario. Cuando los pueblos dejaron de ser nómades se asentaron y comenzaron a cultivar la tierra repartiéndola entre sus integrantes. Entonces el patriarca deja de ser sólo administrador para pasar a ser propietario de la tierra, dándose origen al testamento en su forma más elemental.-

Entre los derechos primitivos es determinante nombrar el HINDU reflejado en la obra de derecho más antigua Manava-Dharma- Sastra, conocida como **Código de Manu**, que según el historiador jurídico Ahrens<sup>12</sup> fue concluida 600 años antes de Cristo. Obra que contiene todo el orden ético, religioso, moral y jurídico de la India.

Respecto al derecho sucesorio se establece como fin conservar los bienes patrimoniales.

El Código de Manu proclamaba la primogenitura masculina, y así en el párrafo 105 del Libro IX se establecía: *“El hermano mayor cuando es eminentemente virtuoso, puede tomar posesión del patrimonio en su totalidad, y los otros hermanos deben vivir bajo su tutela como si vivieran bajo la de su padre”*.-

Las hijas solteras no heredaban, sino que tenían derecho a una parte de los bienes que heredaban sus hermanos; si eran casadas no heredaban, pues por agnación pertenecían a la familia de su esposo.

La cónyuge tampoco heredaba, y podía tener su propio peculio por donaciones del cónyuge premuerto. Respecto de sus bienes, recibidos durante su matrimonio, la heredaban las hijas solteras, pero en cambio respecto de los

---

<sup>12</sup> Ahrens, Enrique, “Historia del Derecho”, Buenos Aires, Editorial Impulso, 1945, p. 63

obsequios recibidos después de su matrimonio heredaban todos sus hijos varones y sus hijas solteras.

En este derecho existía una gran desigualdad pues según la casta a que se pertenecía se hacía una diferente distribución de los bienes.

Notable es que los incapaces ciegos y sordos de nacimiento no heredaban pero conservaban el derecho a la alimentación.-

Esto me obliga a realizar una breve reflexión relacionada con la hipótesis central de esta tesis, pues si bien entiendo que debería darse al causante más libertad respecto de la disposición de sus bienes antes de su muerte, creo que es una obligación moral la protección de aquellos que se encuentran disminuidos en sus facultades, y esta protección debería exceder a la sola alimentación de ellos.

En el Código de Hammurabi, otro cuerpo de leyes correspondiente al derecho primitivo babilónico, sancionado alrededor de veinte siglos antes de Cristo, se permite al jefe de la familia disponer en vida de una parte de sus bienes a favor de un tercero en forma gratuita y definitiva.

Además podía desheredar, por una causa grave, a un hijo ante el juez.

En la sucesión se llamaba primero a los hijos varones, en defecto de éstos a la hija y a falta de ella a los hermanos del difunto, reconociendo el derecho de representación de los sobrinos para concurrir con sus tíos. No se distinguía entre hijos legítimos, naturales y adoptivos.

En la antigua **China** también la herencia está destinada a la conservación de la unidad familiar. Al igual que otros pueblos de la antigüedad

el padre sólo podía testar haciendo una partición de sus bienes entre sus herederos.

También en el **pueblo hebreo**, en la etapa de la ley oral de Moisés, la sucesión era intestada, de todos modos el padre podía distribuir la herencia entre sus herederos. El hijo primogénito recibía doble porción, y las hijas desplazaban a los descendientes más lejanos aunque fuesen varones. Luego, el Talmud, la ley rabínica, implementó el principio de la cognación, otorgando preferencia a la línea masculina, pero si no había hijos varones la herencia se atribuía a las hijas y si tampoco existían éstas, heredaban los hermanos del difunto, y a falta de éstos los tíos paternos. También se reconoció a la mujer el derecho hereditario en la sucesión de su marido.

En **Grecia**, como en la generalidad de los otros pueblos antiguos nombrados, también la sucesión correspondía al hijo varón primogénito, las mujeres solo podían pedir la dote y los alimentos. La diferencia con otras legislaciones consistía en que podían testar. La legislación de Solón estableció que se podía disponer por testamento, sin afectar el derecho del heredero. Esta limitación podría considerarse un inicio de legítima. La legislación soloniana delegó a los tribunales la apreciación de los casos particulares, respecto de la porción legítima y la disponible, estableciendo la facultad dispositiva de los individuos en base a sus fortunas, el número de hijos, y la cantidad y calidad de los legados.

El Dr. Guaglianone, en su tesis referida a la historia de la legítima, nos acota que la legislación cretense (ley de Gortyna), permitía al padre de familia disminuir la parte hereditaria de sus legítimos hijos, mediante la adopción de

otro; pero éste no podía obtener en la sucesión paterna más que una parte de hija, o sea la mitad de la que recibían los hijos legítimos. Además la misma ley fijaba en doce estateras (moneda de oro) el máximo de la cuota de libre disposición entre esposos, y en cien el de la cuota a favor de extraños<sup>13</sup>.-

**Roma**, por la importancia que el derecho generado por este pueblo tiene para nuestra actual legislación, en cuanto es una fuente fundamental del mismo, merece una explicación más amplia.

Las familias romanas que descendían de un antepasado común se reunían en las “gens”, institución más simple y primitiva del estado.

La gens organizada bajo un sistema patriarcal, tiene carácter sacramental, político y económico. La heredium o heredad estaba destinada al mantenimiento económico de la familia, formaba una unidad que como tal no desaparecía al morir el padre. El heredero, conforme nos explica Zannoni<sup>14</sup>, lo sustituye en la soberanía del grupo familiar.

Suceder significaba ocupar el lugar que anteriormente tenía otra persona. Así, explica el Dr. Di Pietro en su libro<sup>15</sup> que en la herencia hay una sucesión porque el heredero pasa a ocupar la posición jurídica del que fallece (in locum et in ius succedere; Paulo, D.2.13.9.1 ; Ulp., D.8.4.13 pr.).-

---

<sup>13</sup> 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, p. 96

<sup>14</sup> Zannoni, Eduardo A., “Derecho de las Sucesiones”, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 4

<sup>15</sup> Di Pietro, Alfredo “Derecho Privado Romano”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, p.345. en prólogo reconoce la tarea inestimable del Dr. Mele, director de esta tesis, en cuanto a la supervisión de las pruebas de imprenta relacionadas con los vocablos y expresiones latinas.

La costumbre primitiva era que los bienes se mantuvieran en forma indivisa formando una comunidad. Pero este patrimonio común traía algunas dificultades, pues el crecimiento de la familia provocaba que dicho patrimonio no fuera suficiente para atender las necesidades de sus miembros, impidiendo la armonía entre ellos. Por tal motivo en la época de las XII Tablas se permitió a los herederos la acción de partición de la herencia, pero a su vez esta práctica provocaba un fraccionamiento del patrimonio y la economía, esencialmente agrícola resultaba así insuficiente y se agotaba.

Entonces comenzó a utilizarse la práctica mediante la cual el pater instituía por testamento a uno de sus hijos, incluso desheredando a otros, a quienes podía ayudar mediante legados.

La ley de las XII Tablas, específicamente la Tabla V, establecía que las disposiciones testamentarias debían ser consideradas como ley, consagrándose la libertad de testar. El causante podía disponer de sus bienes con absoluta libertad, su voluntad era soberana y no tenía restricción alguna.

Esta facultad provocaba algunos inconvenientes pues el testador agotaba todo su patrimonio en “legados” y “manumisiones”. Es cuando comienza la “política de restricciones a la voluntad del testador”<sup>16</sup>.-

En tal sentido se promulgan las leyes Furia (que impedían realizar legados de determinada cantidad, burlada no obstante por el arbitrio de conceder más legados de menor cantidad); la ley Voconia (los legatarios no podían recibir una parte mayor que los herederos) y finalmente la ley Falcidia, de orden público y principal antecedente de la legítima actual, que limitaba los

---

<sup>16</sup> Costa, José Carlos, “Manual de Derecho Romano Público y Privado”, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2007, p. 335

legados a las  $\frac{3}{4}$  partes de la herencia. De todos modos, el testador podía rehuir por una razón expresa la aplicación de la ley falcidia cambiándole su condición de orden público para atribuirle tan solo una presunción de voluntad<sup>17</sup>.-

El pretor crea todo un derecho sucesorio paralelo con la Bonorum possessio, que consiste en el derecho que tiene el heredero o llamado a la intestada de perseguir el patrimonio o la cosa que fuere del causante, dando un sentido distinto a la sucesión, y cuyo desarrollo continuó hasta la famosa Novela 118 de Justiniano (a la que nos referiremos más adelante) que, con el llamamiento a descendientes, ascendientes y colaterales, consagra a la familia natural en oposición a la civil que establecía la ley de las XII Tablas<sup>18</sup>.-

La legítima nace en Roma como una limitación a la absoluta libertad de testar que existía, y no como un derecho del heredero. La obligación de dejar una parte de la herencia a los hijos (opina Ricardo Rabinovich Berkman)<sup>19</sup> filosóficamente es neoaristotélico y luego el cristianismo influyó con el mensaje de piedad familiar. A diferencia de la reserva germánica (que explicaremos más adelante) en cuanto ésta procuraba defender a la familia en la cabeza de su primogénito.-

En el mismo sentido opina Costa cuando afirma que la legítima no tiene fundamento en el privilegio de la familia sobre los bienes sino en consideraciones de piedad. No persigue la unidad de la familia sobre la base de la primogenitura, como en el derecho germánico (reserva familiar) sino que

---

<sup>17</sup> Petit, Eugène, "Tratado elemental de Derecho Romano", Buenos Aires, Editorial Universidad 1994, p. 562

<sup>18</sup> Ahrens, Enrique, "Historia del Derecho", Buenos Aires, Editorial Impulso, 1945, p. 417

<sup>19</sup> Rabinovich Berkman, Ricardo D., "Derecho Romano" Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p.741

asegura a los parientes más próximos del difunto una equitativa participación en sus bienes y un digno sustento<sup>20</sup>.-

Hacia fines de la República hubo una reacción respecto a la conducta del testador en caso que éste hiciera un mal uso de su amplia libertad de testar, pues si desheredaba injustificadamente a sus herederos, éstos podían atacar el testamento de “inoficioso” basándose en una “ficción legal” y acusando de “falta de su sano juicio” al testador.

El testamento conforme al *ius civile* era válido pero se consideraba que el testador había faltado al deber del afecto familiar, y como consecuencia se permitía a los herederos afectados atacar como inoficioso al testamento que entonces caducaba y debía abrirse la sucesión ab-intestato.

El argumento esgrimido para atacar el testamento no tenía fundamento jurídico sino moral (*officium pietatis*) considerando que el testador había realizado el testamento bajo los efectos de una perturbación mental.

Esta argumentación, por ser moral y no legal, permitía a los jueces apreciar cada caso en concreto y conforme a las circunstancias podían libremente decidir si se había afectado el deber de la pietas o no.

El quantum de la legítima no estaba establecido, y por ello intervenía el Tribunal de los Centunviro, el cual paulatinamente fue determinando que debía alcanzar a la cuarta parte de los bienes, llamándola “cuarta legítima”, y los herederos que tenían derecho de atacar el testamento mediante la querella de inoficiosidad recibieron el nombre de legitimarios.

---

<sup>20</sup> Costa, José Carlos, “Manual de Derecho Romano Público y Privado”, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2007, p. 347

El cálculo se hacía sobre el patrimonio del difunto una vez pagadas sus deudas. Esta cuarta parte es denominada formalmente por Theodosio y Valentiniano “la falcidia” y también en otros textos *portio legibus debita o portio legitima*<sup>21</sup>.-

Durante el período del derecho post – clásico aparece una nueva acción denominada “acción de complemento de la legítima” a raíz de las donaciones excesivas. Se protege la voluntad del testador, es decir que el testamento no cae pero quien se ve perjudicado puede exigir, por medio del arbitraje de un hombre honrado, que se complemente su cuota legítima.

La reformas introducidas por Justiniano al sistema sucesorio romano son muy significativas, y en lo referente a la legítima debemos citar las novelas 18 (año 537) y 115 (año 541) en las cuales se establecía que era obligación del testador dejar constancia de las causales de desheredación respecto de sus herederos legítimos. Además la porción de la legítima variaba según el número de herederos, a saber: hasta cuatro hijos, ascendía a un tercio del acervo hereditario, y si el número era mayor correspondía la mitad del haber hereditario ab intestato. La querella de inoficiosidad sólo podía ser interpuesta por el legitimario desheredado, pero ésta hacía caer la institución de heredero y no la totalidad del testamento, quedando vigente el resto de las disposiciones.-

Finalmente, como ya adelantamos, nos detendremos en las novelas 118 y 127 de Justiniano, pues traen aparejadas una modificación profunda del derecho sucesorio romano en cuyas bases se fundamenta nuestro derecho sucesorio actual.

---

<sup>21</sup> Di Pietro, Alfredo “Derecho Privado Romano”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, p.380.

El autor anteriormente nombrado, José Carlos Costa menciona las siguientes premisas jurídicas relacionadas con estas novelas justinianeas:

- a) el vínculo de sangre otorga plena calidad de heredero ab-intestato, desplazando al agnaticio.
- b) el parentesco de sangre se divide en tres clases: descendientes, ascendientes y colaterales.
- c) establece órdenes de preferencia, primero son llamados los descendientes, luego los ascendientes y posteriormente los colaterales.
- d) dentro de cada orden es preferido el de grado más próximo con el causante.
- e) legisla acerca del derecho de representación hereditaria, es decir que los descendientes de un grado posterior se colocan en el rango que ocupa su ascendiente en la sucesión del causante y heredan en su lugar.
- f) la división de la herencia se realiza por cabeza salvo en la representación que es por stirpe<sup>22</sup>.-

Respecto de la cónyuge supérstite Justiniano le concede la bonorum possessio unde vir et uxor cuando el difunto no deja cognados y se trata de un matrimonio legítimo sin que medie divorcio antes de la muerte.

De tal forma, con la implementación paulatina de la legítima el testador perdió su libertad ilimitada de testar y de disponer libremente de su patrimonio.-

---

<sup>22</sup> Costa, José Carlos, "Manual de Derecho Romano Público y Privado", Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2007, p. 365

Para referirnos al **derecho germano** debemos retrotraernos a su etapa más primitiva y a su relación con la propiedad de la tierra, que de colectiva pasó a ser familiar. Las tierras eran sorteadas entre las sippes (unidad jurídica que agrupaba al conjunto de parientes de sangre en torno a un determinado individuo) y el jefe de la sippe repartía entre las familias los lotes o Sors. Coexistía la propiedad colectiva con la familiar. En los tiempos primitivos no había un derecho sucesorio, pero sin embargo al morir el padre los hijos continuaban como propietarios, y si no había hijos la propiedad volvía a la sippe.

Posteriormente al adjudicársele al padre la titularidad individual de los bienes, los hijos tenían sólo un derecho en expectativa, llamado Wartrech, que consistía en recibir la parte de la cual hubieran sido titulares en la antigua comunidad, constituyendo la más antigua manifestación de la reserva o legítima germana.

Hacia el siglo V los visigodos y los burgundios fueron los primeros en utilizar los testamentos en los que sólo disponían de bienes a título singular y dentro de la porción disponible que correspondía al causante. Los únicos herederos legítimos eran los parientes de sangre del causante, y por ello la sucesión era un derecho de familia unido con lo patrimonial, que no podía quedar en manos de extranjeros.

Durante el **feudalismo** se incentivaron las instituciones piadosas imponiéndose una mayor libertad para testar, y para evitar esto surge la reserva feudal, con el fin de impedir que las propiedades pasen a extraños en perjuicio de la familia. La reserva era una limitación a testar aplicándose las

normas de la sucesión ab-intestato. La reserva, llamada *pars hereditatis* o porción de la herencia, sólo correspondía a los herederos legítimos quedando excluida la institución testamentaria.

En su Tratado de Derecho Civil (Francés) Ripert y Boulanger caracterizan la reserva consuetudinaria de la siguiente manera:

- Recae sobre bienes propios y no sobre gananciales.
- Es acordada a todos los parientes, incluso los colaterales.
- Tenía una cuantía fija: cuatro quintos.
- Protege a los herederos sólo contra disposiciones testamentarias no contra las donaciones del causante.
- Es acordada a los que tienen calidad de herederos<sup>23</sup>.

El inconveniente de este sistema es que no protegía al heredero de las donaciones realizadas por el causante en vida, y por ello se incorporó (en el Derecho Francés Costumbres de París, art. 298) la idea de legítima del derecho romano, que no obstante funcionaba a título subsidiario. El heredero sólo podía impugnar las donaciones en la medida que la reserva de los cuatro quintos sobre los bienes propios no cubriera el valor de su legítima.

Con posterioridad el Código Civil Francés legisló bajo el nombre de reserva la institución de la legítima, otorgada solamente a los parientes en línea directa, permitiendo que se impugnen las liberalidades testamentarias o entre vivos.

---

<sup>23</sup> Ripert, Georges y Boulanger, Jean, "Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol", Tomo X , Buenos Aires, Editorial La Ley, 1965, p.213

Por los antecedentes reseñados se advierte que tradicionalmente el patrimonio del padre es transferido a sus hijos sin cuestionamientos, con el fin de proteger la familia y la continuidad de la casta que en la antigüedad tenía una relevancia político – social distinta a la actual.

En el devenir de este trabajo analizaré los cambios en la estructura familiar que actualmente dan lugar a las nuevas formas de familias o las llamadas familias ensambladas, en coincidencia con la opinión de la Dra. Teresa Estévez Brasa<sup>24</sup>, pues es el Derecho quien debe erigirse en el gran ordenador, de modo que contenga estas situaciones de transformación acelerada sin olvidar su fin trascendente.

---

<sup>24</sup> Estévez Brasa, Teresa, “Las nuevas formas de familia” publicado en ED 206-1077

### III.- NATURALEZA JURÍDICA.

La legítima les corresponde a ciertos parientes con vocación hereditaria a quienes la ley a través de esta institución les garantiza una parte del patrimonio del causante.

La discusión entre juristas se instala a partir de la siguiente dualidad: Quienes gozan de la legítima lo hacen a partir de su calidad de herederos, entonces la naturaleza de la legítima será *pars hereditatis* o no es necesaria la calidad de herederos para gozar de esta protección, o sea *pars bonorum* o parte de los bienes.

Los que defendían la segunda propuesta fundaban su alegato en que la legítima era un derecho alimentario conforme la tradición romana y el art. 307 de la costumbre de París, por el cual el hijo podía retener la donación aunque excediese la porción disponible habiendo renunciado a la herencia.

Pérez Lasala dice que la diferencia entre ambos concepto se limita a la existencia o inexistencia de responsabilidad frente a las deudas del causante, es decir que si la ha recibido como *pars hereditatis* debe responder por las deudas, en cambio si la ha recibido como *pars bonorum* deberá sufrir el ajuste de su cuota<sup>25</sup>.-

---

<sup>25</sup> Pérez Lasala, José Luis, "Curso de derecho sucesorio", Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998. p. 796

Respecto de los antecedentes de nuestra legislación podemos citar el derecho romano, y en este sentido Bonfante<sup>26</sup> sostiene que si bien en cuanto a la cuota legítima la Novela 115 mantuvo los antiguos principios, en lo que atañe a descendientes y ascendientes estableció que dicha cuota debía ser dejada a título de herencia. En otros términos, los descendientes y ascendientes debían necesariamente ser instituidos herederos. En el derecho Justiniano, la cuota legítima era *pars hereditatis*.

“Apud nos nemo legitimam habet nisi qui heres est” (Aforismo latino que significa: Entre nosotros, nadie tiene legítima si no es heredero)<sup>27</sup>.-

También en el derecho germano la reserva estaba constituida por bienes hereditarios y a su adquisición tenían derecho los herederos, por eso era llamada *pars hereditatis*.

En el Código Francés la “reserva” o legítima constituye un derecho de sucesión o *pars hereditatis* y es acordada sólo a los que tienen la calidad de herederos.

Según Ripert y Boulanger “la legítima es una masa de bienes diferida ab intestato”<sup>28</sup>. Son los bienes que el causante no tuvo derecho de disponer a título gratuito.

---

<sup>26</sup> Bonfante, Pietro “Instituciones de derecho romano” tr.L.Bacci y A. Larrosa, 4º ed., Madrid, Reus, 1965, p.649 citado en Zannoni, Eduardo “Derecho de las sucesiones” Tomo 2, 4º ed., Buenos Aires, Astrea, 1997,p.138.

<sup>27</sup> Cabanellas, Guillermo “Repertorio jurídico de Locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos.” Buenos Aires, Ed. Heliasta S.R.L., 1976 nro. 2352 p.73

<sup>28</sup> Ripert, Jorge y Boulanger, Jean , “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”, Tomo X , Buenos Aires, Editorial La Ley, 1965, p.218.

El derecho que tienen los herederos de impugnar las liberalidades del causante cuando afectan su legítima se funda en su calidad de heredero. Como consecuencia de su carácter sucesorio no se pueden establecer convenciones respecto a ella, pues se considerarían pactos sobre herencias futuras y serían por tanto declarados nulos.

Según los autores nombrados<sup>29</sup> la legítima halla su fundamento en los siguientes antecedentes:

- 1) La reserva consuetudinaria, en cuanto hallaba su justificación en la necesidad de conservar una cierta categoría de bienes –los propios– dentro de la familia.
- 2) La institución de la legítima tradicional, basada en que el causante traicionaba su deber para con sus parientes cercanos cuando incurría en liberalidades excesivas.

La legítima tiene, pues su razón de ser en la “noción de deber familiar”, al igual que en el caso de la sucesión ab intestato. En otras palabras, cuando hay herederos forzosos la ley impone límites a la libertad de testar en favor del “deber familiar”.

Los autores citados también relacionan la legítima con el deber alimentario, estableciendo que ambos conceptos se vinculan con el “deber familiar”. Pero en tanto la obligación alimentaria supone una necesidad, la atribución de la legítima no tiene en cuenta la fortuna del heredero.

Los redactores del Código Civil Francés consideraron a la legítima como un “factor de estabilidad social”<sup>30</sup>, y por tal motivo fue llamado código burgués,

---

<sup>29</sup> Ibíd. p.228.

vale decir, la necesidad de la clase burguesa de mantener la misma situación económica de sus padres y permanecer así en la clase social de origen.-

Para analizar cuál es el sistema que siguió Vélez al redactar nuestro código debemos adelantar que las notas a los artículos referidos a la legítima demuestran que el autor tomó fuentes diversas e incluso contradictorias, como lo son por un lado el Proyecto de García Goyena y por otro el modelo francés<sup>31</sup>. En consecuencia surgen discusiones doctrinarias al respecto.

El art. 3591 define a la legítima de los herederos forzosos como un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. Por otro lado el art. 3354 (luego derogado por la ley 17.711) establecía que quienes tuvieran una parte legítima en la sucesión podían repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les correspondía.-

Esta norma fue la causa para que muchos autores consideraran que nuestro código seguía el sistema de “*pars bonorum*”.-

Antes de ser derogado el art. 3354, el fallo plenario Cambó había ya traído luz a la discusión y determinado la naturaleza jurídica de la legítima.

Dicho plenario estableció que: “*El titular de la porción legítima de una sucesión, lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se lo declare tal si fuere omitido por este último en su testamento*” (CN Civil, en pleno, Cambó, 10/8/53. LL 71-634; JA 1953-IV-15).-

Finalmente, con la derogación del art. 3354 por la ley 17711 prevaleció la doctrina que considera a la legítima como “*pars hereditatis*”.

---

<sup>30</sup> Ibíd. p. 230.

<sup>31</sup> Moreno Dubois, Eduardo y Tejerina Wenceslao “Naturaleza jurídica de la legítima (derogación del artículo 3354, efectos sobre aquella” “Examen y crítica de la reforma del Código Civil, Vol II Sucesiones, La Plata, Ed. Platense, 1973, p.35

Coincide el Dr. Requeijo cuando dice “*en nuestro régimen la legítima es parte de la herencia y no de los bienes aunque exista una inescindibilidad de la herencia con los bienes*”<sup>32</sup>.-

Por otra parte, si quien tiene derecho a la legítima no fuera heredero recibiría los derechos que ésta le confiere, pero no tendría obligaciones, lo cual se contrapone al sistema de la sucesión en la persona que persigue nuestro código en sus arts. 3342 y siguientes.

Advertimos además que el código legisla al respecto en el Libro IV, Título X, Sección I, que precisamente es titulado “De la porción legítima de los herederos forzosos”. Por otra parte y como ratificación el art. 3591, ya citado, se refiere “a la legítima de los herederos forzosos” y el art. 3599 establece que “los herederos forzosos pueden reclamar su legítima”.-

No se podría concluir este análisis sin consignar la opinión de Goyena Copello, quien al comentar la reforma de la ley 17.711<sup>33</sup> sostiene que el artículo derogado “salió por la puerta y regresó por la ventana” manteniéndose, según este autor, la discusión doctrinaria respecto de la naturaleza de la institución con la nueva redacción del artículo 3715 y su correlación con el art. 3714 sin reformar. Destaca el autor que estos artículos admiten que los herederos forzosos son aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción y, que aun cuando no se los instituya como tales, ello no invalida su derecho a recibir la misma, como tampoco invalida la institución que a favor del otro se haga.

---

<sup>32</sup> Requeijo, Oscar Héctor “El legitimario no heredero y las VI jornadas de Derecho Civil”, ED 77, 851, 1978

<sup>33</sup> Goyena Copello, Héctor Roberto, “La derogación del artículo 3354 del Código Civil y la sanción del nuevo artículo 3715”, ED 25 - 869, 1969

Insistamos al respecto en que la calidad de heredero legitimario resulta de la ley, y este carácter, así como el consecuente derecho a una porción de la legítima también determinada ex lege, no pueden ser modificadas (salvo por el testador, mediando justa causa de desheredación). Por consiguiente es indudable que el titular de la porción legítima lo es en su calidad de heredero legitimario o forzoso del casuante, y le asiste el derecho de reclamar y obtenerse lo declare como tal, si hubiere sido omitido en el testamento, pues su vocación hereditaria, como quedó dicho, resulta de la ley.

Claramente el art. 3591 establece que la capacidad del testador en orden a la disponibilidad de su patrimonio sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos, y subrayo esta específica referencia del texto legal al término “herederos”.

Ello sentado, es posible compatibilizar ambas normas legales. En efecto: a) los herederos legitimarios lo son siempre, estén o no incluidos en el testamento: art. 3714 puesto que su carácter y vocación hereditaria nacen de la ley; y b) al margen de que el testamento incluya o no a los legitimarios – aspecto con exclusiva incidencia procesal – ello no invalida, claro está, la institución hereditaria que haya hecho el causante: art. 3715. En tal caso, salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, “el resto debe entregarse al heredero instituido”.

Conviene aquí advertir que, no obstante esta redacción, Borda enseña que, dado tal supuesto, suele presentarse el problema de si lo dejado al beneficiario por testamento lo es a título de legado o de institución hereditaria, concluyendo que será esta última sólo si el causante ha expresado claramente

su voluntad de instituir heredero, y no simplemente de hacer un legado.<sup>34</sup> Parece necesario aclarar, finalmente, que el testador tiene amplia atribución de “crear herederos”, respecto de la porción disponible, en todo o en parte, y se configura en tal caso el supuesto del art. 3715 in fine, o bien de disponer de dicha porción mediante legados, dependiendo ello de los términos empleados en el testamento o de su correcta interpretación en caso de duda. Es lo que en términos inequívocos establece el art. 3605: “De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos”. Y sobre igualdad de derechos (menos en cuanto a la posesión hereditaria) entre herederos instituidos y legítimos el art. 3713 es suficientemente explícito.-

Debemos también mencionar la opinión del Dr. Maffia<sup>35</sup> cuando advierte que si bien la intención de la reforma de la ley 17.711 fue suprimir la figura del legitimario no heredero, se desvirtuó al establecer el derecho sucesorio de la nuera viuda sin hijos incorporando el art. 3576 bis.

Los fundamentos esgrimidos por los doctrinarios, respecto del derecho de la nuera viuda sin hijos, apuntan por un lado al carácter asistencial de la institución y por otro al vínculo familiar existente. Maffia considera que no son dos fundamentos excluyentes, por el contrario ambos se integran y juntos forman el fundamento del precepto expuesto. Además afirma que su naturaleza

---

<sup>34</sup> Borda, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil – Sucesiones”, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1975, p. 352

<sup>35</sup> Maffia, Jorge O. “Manual de Derecho Sucesorio”, Tomo II, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, p.105

jurídica es la de un legitimario no heredero, sucesor universal<sup>36</sup>. Volveré más adelante sobre el tema específico de la nuera viuda y sin hijos.

En opinión de Pérez Lasala<sup>37</sup> el problema no tiene una única solución, pues dice que hay casos en que la legítima es atribuida *pars hereditatis* y otros como *pars bonorum*. Señala que la legítima es *pars hereditatis* cuando el legitimario es heredero testamentario o intestado, y *pars bonorum* cuando no lo es.

En definitiva, y más allá de las distintas opiniones de los autores, podemos concluir que, en los términos del art. 3591 para acceder a la legítima es necesario ser heredero forzoso del causante, y que en consecuencia la naturaleza jurídica de la legítima es *pars hereditatis*.-

---

<sup>36</sup> Ibíd. P. 78

<sup>37</sup> Pérez Lasala, José Luis, "Curso de derecho sucesorio", Buenos Aires, Ed. Depalma, 1998. p. 798

#### **IV. LEGISLACIÓN VIGENTE EN ARGENTINA.**

Nuestro Código Civil legisla respecto de la LEGÍTIMA en el Libro IV, Título X, Sección I cuyo título es “De la porción legítima de los herederos forzosos”.

Comienza con el art. 3591 cuando establece: “*La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia*”. En la segunda parte del artículo limita la capacidad del testador, que sólo puede testar respecto de la porción disponible.

Además reafirma el concepto de protección de la legítima cuando en el art. 3605 establece que el testador puede hacer legados o mejoras a los herederos forzosos con la porción disponible y concluye con la siguiente frase: “Ninguna otra porción de la herencia puede ser distraída para mejorar a los herederos legítimos” limitando la voluntad del testador a la porción disponible sin lugar a dudas.

A mayor abundamiento, el art. 3601 dispone que de haber disposiciones testamentarias que afecten la legítima deberán reducirse a pedido de los herederos forzosos que se vean afectados.-

Por otra parte el testador no puede imponer gravámenes o condiciones a la porción legítima conforme lo enuncia el art. 3598, y si lo hiciera se tendrán por no escritas. Además toda renuncia o pacto sobre la legítima futura, realizado antes de la muerte del causante, es de ningún valor según lo establecido en el art. 3599.

Entonces el principio general es la intangibilidad de la legítima, principio que ha tenido algunas excepciones, como lo es la posibilidad de establecer por testamento la indivisión de bienes por un plazo de 10 años o hasta la mayoría de edad del heredero si éste fuere menor (consagrado en el art 51 de la ley 14.394), o a pedido del cónyuge (art 53).

También se ve limitado por el derecho real de habitación que permite, dadas ciertas circunstancias, la indivisión del único inmueble que integra el haber hereditario, conforme art. 3573 bis del C. Civil, amén de otras restricciones que más adelante mencionaremos.

#### **A.- HEREDEROS FORZOSOS Ó LEGITIMARIOS.**

Debemos mencionar en primer lugar, los principios generales de la ley con referencia a la sucesión intestada:

- a) crea órdenes de preferencia, a saber: 1) línea descendente; 2) línea ascendente; 3) línea colateral hasta el 4º grado;
- b) un orden de preferencia desplaza a los otros, los excluye;
- c) el cónyuge que conserva la vocación hereditaria concurre con los descendientes y con los ascendientes, y excluye a los colaterales;
- d) y dentro de la misma línea, el más cercano excluye al más remoto salvo el derecho de representación (art. 3549).-

Los herederos forzosos o legitimarios son aquellos que tienen derecho a la porción legítima, y están llamados a la sucesión intestada según lo

establecido en el Código en el Libro XV, Título IX, Sección I, arts. 3565 a 3584, excluyendo a los parientes colaterales, que no son forzosos (art. 3592).-

El artículo en su redacción original disponía que tenían derecho a la legítima todos los herederos llamados a la sucesión intestada conforme lo determinado en el capítulo anterior. Cuando se discutió el proyecto de ley de fe de erratas, el senador Cortés destacó que debía precisarse que la porción legítima corresponde sólo a los llamados a la sucesión intestada en los primeros cinco capítulos del título anterior, pues los parientes colaterales carecen de ella<sup>38</sup>.-

Por tanto son herederos forzosos o legitimarios los descendientes, ascendientes y el cónyuge (con vocación hereditaria) debiendo agregar, como situación especial de legitimaria no heredera, a la nuera viuda y sin hijos, que contempla el art. 3576 bis.

El Código determina la porción legítima de los herederos forzosos en los art. 3593, 3594 y 3595.-

### **1) Descendientes**

De acuerdo al art. 3593 reformado por la ley 23.264, la porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que hubiera donado, remitiendo al art. 3602 referido a la manera de formar la legítima. Cabe recordar aquí que la masa hereditaria se forma también con los bienes colacionables (art. 3476 y ss).

Antes de la sanción de la ley 23.264, el artículo 3593 se refería solamente a los hijos legítimos, es decir matrimoniales; la porción legítima de

---

<sup>38</sup> Zannoni, Eduardo A., "Derecho de las Sucesiones", Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 154

los hijos extramatrimoniales era la mitad de los bienes dejados por el causante según lo establecía el derogado art. 3596. Como es sabido, la reforma ha unificado el derecho de todos los hijos del causante cualquiera sea su carácter.

La palabra “hijos” debe entenderse en el sentido de “descendientes”, ya que incluye tanto a los hijos como a otros descendientes del causante llamados a representar al padre premuerto en la sucesión de su ascendiente.

También están comprendidos el adoptado y sus descendientes conforme la ley 24.779.-

## **2) Ascendientes**

El art 3594 establece que la porción legítima de las ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados. También la reforma de la ley 23.264 suprimió toda diferencia entre ascendientes matrimoniales y extramatrimoniales. El derogado art. 3597 establecía que los padres naturales que hubieren reconocido al hijo tenían una legítima de la mitad de los bienes dejados por el causante.-

La legítima de los padres adoptivos sigue siendo dos tercios de la sucesión con la limitación de que en su cálculo deben excluirse los bienes que el adoptado hubiere recibido a título gratuito de su familia de sangre: art. 333 C.Civil según ley 24.779.-

## **3) Cónyuge**

Según lo establece el art. 3595 la legítima del cónyuge supérstite es la mitad de los bienes de la sucesión cuando no existan ascendientes o descendientes del causante, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales.-

Según el art. 3576 reformado por la ley 23.264 el cónyuge del causante no hereda sobre los gananciales del difunto si concurre con descendientes. Antes de la reforma, solamente los descendientes matrimoniales excluían al cónyuge supérstite en los gananciales del causante.-

Debemos aclarar que si el cónyuge concurre con descendientes o ascendientes la legítima será tomada de la asignada a sus coherederos conforme las reglas de la concurrencia de varios legitimarios, cuestión que analizaremos más adelante.-

### **PORCIONES**

| <b>LEGÍTIMA</b>           | <b>PORCIÓN DISPONIBLE</b> |
|---------------------------|---------------------------|
| Descendientes: 4/5 (80%)  | 1/5 (20%)                 |
| Ascendientes: 2/3 (66,6%) | 1/3 (33,3%)               |
| Cónyuge: 1/2 (50%)        | 1/2 (50%)                 |

#### **4) Nuera viuda y sin hijos**

Con la reforma de la ley 17.711 fue incorporado este supuesto al Código en el art. 3576 bis que determina: “la viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los artículos 3573, 3574 y 3575”.

El Dr. Yungano en coincidencia con la tesis del Dr. Maffia (postura ya analizada al tratar la naturaleza jurídica de la legítima) considera que es una legitimaria no heredera ya que sin tener vínculos de sangre con los suegros y sólo parentesco por afinidad, tiene derecho a una parte de la herencia de éstos y no vocación al todo<sup>39</sup>.

Para tener derecho a la legítima, establecida por la ley como la cuarta parte de los bienes que hubiera recibido su marido en la sucesión de sus suegros, deben darse tres presupuestos:

- Estado de viudez al momento de apertura de la sucesión
- Inexistencia de hijos a la muerte de los suegros
- Exclusión de los supuestos previstos en los arts. 3573, 3574 y 3575 (muerte del cónyuge enfermo dentro de los 30 días de celebrado el matrimonio; cónyuge culpable de la separación decretada por sentencia; por último que los cónyuges vivieran separados y sin voluntad de unirse).

El plenario Gorbea de Buonocore (C.N. Civ. en pleno, 29-8-83, ED105-524) estableció: "La nuera viuda que sucede a sus suegros en los términos del art 3576 bis del Código Civil, no tiene derecho a acrecer en caso de que no concurren otros herederos". El plenario resuelve así el supuesto en que solamente concurren la nuera viuda sin hijos y el Fisco, decidiendo que éste no es desplazado por aquélla. En contra se expresa Borda en su Tratado.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Yungano, Arturo A., "Manual Teórico Práctico de Derecho Sucesorio", Buenos Aires, Ediciones jurídicas, 1995, p. 292

<sup>40</sup> Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil - Sucesiones", Tomo II, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1975, p. 76

Una mayoría de 11 votos dejó sentada la doctrina arriba transcripta y dentro de ella se distinguen dos corrientes: 1 (nueve votos) sostiene que la nuera viuda sin hijos es sucesora universal no heredera, posee una cuota legitimaria (analógicamente se rige por las normas aplicables al legatario de cuota) y por ello no tiene derecho de acrecer -no puede desplazar al Fisco- ni responsabilidad ultra vires. La otra corriente (dos votos) argumenta que sí es heredera, pero de vocación limitada, esto es, sin derecho de acrecer.

La minoría (10 votos) sostuvo por el contrario que ella es heredera con derecho de acrecer y por tanto, en caso de que no concurran otros herederos, desplaza al Fisco. Dentro de esta corriente hubo matices en dos camaristas, que votaron por sus propios fundamentos.

## **B.- LA DESHEREDACIÓN.**

La desheredación es el derecho que la ley confiere al testador, de excluir de la legítima a un heredero forzoso, por causas taxativamente determinadas por el propio plexo normativo.

Así lo establece nuestro Código Civil en el art. 3744 y ss. “El heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación, por las causas designadas en este título, y no por otras aunque sean mayores”.

La exclusión debe ser realizada por testamento indicando la causa de la misma, en los términos del art. 3745: “La causa de la desheredación debe estar

expresada en el testamento. La que se haga sin expresión de causa, o por una causa que no sea de las designadas en este título, es de ningún efecto”.

No es aplicable a herederos no forzosos, pues a éstos el testador puede excluirlos por el simple arbitrio de designar en el testamento otro u otros herederos, sin limitación legal alguna.

El fundamento de esta institución según Pérez Lasala<sup>41</sup> es la contrapartida del fundamento de la legítima, es decir, que si esta última se cimenta en los deberes de asistencia y afecto del causante hacia el legitimario, la desheredación representa la dispensa de tales deberes, ante la existencia de una causa grave prevista por la ley, manifestándose en una sanción patrimonial que lo priva de la legítima. Va de suyo que al incurrir en alguna causal de desheredación, el legitimario a su vez ha exteriorizado su desafecto para con el causante.

De acuerdo a las normas civiles sólo los descendientes y ascendientes pueden ser desheredados. Existe una discusión doctrinaria en relación a la posibilidad de desheredar al cónyuge, pero ante el silencio de la ley se concluye por la negativa, pues los mismos motivos pueden dar lugar al divorcio o la separación personal con la consecuente pérdida de la vocación hereditaria.

Causales de desheredación: los arts. 3747 y 3748 establecen taxativamente las causales:

Art. 3.747: “Los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes legítimos o naturales por las causas siguientes:

---

<sup>41</sup> Pérez Lasala, José Luis “Curso de Derecho Sucesorio”, Buenos Aires, Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2007, p. 826

1°) Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante;

2°) Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente;

3°) Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados.”

Art. 3748: “El descendiente puede desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior.”

Respecto del inc. 1 del art. 3747 la doctrina amplía esta causal incluyendo malos tratos, secuestro y violación, y además puede tratarse de actos que afecten no sólo al testador sino también a cualquier ascendiente; admitiéndose asimismo que el padre desherede al hijo que agredió al abuelo.

El art. 3748 no incluye las injurias de hecho, pues se admitía que los padres podían en circunstancias excepcionales castigar moderadamente a sus hijos, cuestión que felizmente ha quedado en desuso por el actual art. 278 que expresa: “Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren”.

Es requisito para la desheredación que la causa de la misma esté concretamente expresada en el testamento, pero debe ser probada por los otros herederos del testador cuando la misma es impugnada por el heredero

desheredado (art. 3746). En tal caso la carga de la prueba corresponde a quienes afirman la validez del testamento.

El desheredado, probada la causal, queda excluido de la sucesión; en caso que tuviera que restituir bienes, serán válidos los actos que hubiera realizado con un tercero, siempre que éste hubiere obrado de buena fe y a título oneroso.

Con respecto a los descendientes del desheredado el art. 3479 establece: “Los descendientes del desheredado, heredan por representación y tienen derecho a la legítima que éste hubiera tenido de no haber sido excluido. Pero el desheredado no tendrá derecho al usufructo y administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes”

Finalmente el art. 3750 establece: “La reconciliación posterior del ofensor y del ofendido quita el derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha”. Es decir, que la reconciliación es la relación bilateral y recíproca que pone fin a la desheredación, y puede ser expresa o tácita. La carga de la prueba le corresponde al desheredado.

La ley no prevé el perdón, pero doctrinariamente es admitido y también puede ser expreso o tácito, pero en este último caso no debe dejar duda alguna de la intención del testador.

Existen ciertas diferencias con la indignidad, pues la desheredación requiere una manifestación de voluntad efectuada en el testamento, en tanto la indignidad es una sanción legal. Y la desheredación sólo afecta a los herederos forzosos, pero la indignidad puede alcanzar a un heredero forzoso o no, e incluso a un legatario.

### **C.- CÁLCULO DE LA LEGÍTIMA**

Según lo dispone el art. 3592 las reglas establecidas para la sucesión intestada se aplican en caso de concurrencia de varios legitimarios. Es decir, los herederos que en dicha sucesión excluyen a otros, también lo hacen ante la legítima. De esta forma los descendientes excluyen a los ascendientes y al cónyuge respecto sólo de los gananciales del causante.-

Cuando concurren a la sucesión varios herederos con distintas legítimas la mayor absorbe a la menor.-

El art. 3602 establece: “Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones, aplicando las normas del artículo 3477. No se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias”.-

Las normas mencionadas en el art. 3477 se refieren a la obligación que tienen los ascendientes y descendientes de colacionar a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto.-

Por tanto la masa hereditaria se formará con:

- los bienes dejados por el causante a su muerte.
- deduciéndole las deudas.
- más las donaciones hechas en vida por el causante.

- por último la valuación de los bienes al momento de la apertura de la sucesión.-

1.- Bienes existentes al fallecimiento: están comprendidos todos los bienes, créditos y derechos de contenido patrimonial, quedando excluidos de la masa hereditaria los créditos incobrables; los créditos sujetos a condición suspensiva, ante el cumplimiento de la condición, deberán incluirse; tratándose de un crédito con condición resolutoria, se lo debe incluir; pero ocurrida la condición con posterioridad a la muerte del causante, se tendrá que reajustar el monto del caudal hereditario conforme al valor disminuido. Tampoco integrarán la masa hereditaria los frutos devengados por los bienes luego de la muerte del causante. Sí lo harán los créditos que el causante tuviera contra uno o varios herederos legitimarios.

2.- A los bienes que integran la masa deberán deducírseles las deudas del causante, antes de sumarse las donaciones, pues las deudas no se descuentan de éstas. Las deudas a deducir deben estar fehacientemente probadas. Esta deducción no comprende las cargas de la sucesión; es decir, todos los gastos posteriores a la muerte del causante y que tengan origen en actos vinculados con la sucesión y su procedimiento, tales como honorarios de los letrados de la sucesión o gastos del inventario realizado, etc. En cuanto a los gastos de sepelio, conforme el art. 3595 se deducirán de la porción disponible.-

3.- Donaciones del causante: habrá de computarse toda donación realizada por el causante, ya sea a herederos o a extraños. Si fueran donaciones remuneratorias, la parte que excediera al justo valor del servicio

deberá computarse también, y lo mismo ocurre con las donaciones con cargo, en la parte que excedan el valor de éste, de ser apreciable en dinero.

Conforme al art. 1830, si fueran donaciones realizadas a favor de no legitimarios sólo se las puede imputar a la porción disponible.

Las donaciones a favor de legitimarios deberán ser imputadas a su legítima; si hubieran sido hechas con dispensa de colación la imputación se efectuará sobre la porción disponible. Si el donatario renuncia a la herencia, podrá retener la donación en tanto ésta no supere la porción disponible.

4.- Finalmente, la valuación de los bienes deberá hacerse al momento de la muerte del causante. Tanto los bienes del acervo hereditario como los bienes donados deben valuarse al momento de la apertura de la sucesión *“ya que es entonces cuando deberá apreciarse si sus donaciones excedieron la porción disponible; las ulteriores alteraciones de valor de la moneda no pueden aprovechar ni perjudicar ni a legitimarios ni a donatarios, sin perjuicio de que la reducción debida por el donatario se considere obligación de valor”*<sup>42</sup>.-

Como punto especial cabe mencionar los legados, que no pueden exceder la porción disponible, y conforme al art. 3795 se procederá de la siguiente forma: “Si los bienes de la herencia o la porción de que puede disponer el testador, no alcanzase a cubrir los legados, se observará lo siguiente: las cargas comunes se sacarán de la masa hereditaria, y los gastos funerarios de la porción disponible; enseguida se pagarán los legados de cosa cierta, después los hechos en compensación de servicios, y el resto de los

---

<sup>42</sup> Belluscio, “El valor de las donaciones a los efectos de la colación” LL 135 - 1241 citado en Zannoni, Eduardo A., “Derecho de las Sucesiones”, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 165

bienes o de la porción disponible, en su caso, se distribuirá a prorrata entre los legatarios de cantidad”.

Debemos analizar en este punto tres casos especiales, contemplados en los arts. 3603, 3604 y 3605.

– El art. 3603 establece “Si la disposición testamentaria es de un usufructo, o de una renta vitalicia, cuyo valor exceda la cantidad disponible por el testador, los herederos legítimos tendrán opción a ejecutar la disposición testamentaria, o a entregar al beneficiado la cantidad disponible”.

Esta norma permite que el heredero haga sus cálculos y decida si le conviene entregar la porción disponible, desobligándose del pago de la renta o del usufructo, o esperar a que la renta o el usufructo se extinga. En opinión de Pérez Lasala<sup>43</sup>, si bien esta solución modifica lo dispuesto por el causante, evita los problemas que de otra manera se presentarían, como el de establecer su valor para saber si excede o no la porción disponible del testador, puesto que dicho valor siempre dependerá de la duración de la vida del beneficiario, circunstancia que no se puede determinar de antemano.

– Respecto del caso especial de transferencia del dominio por contrato, con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo el art. 3604 expresa: “Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la

---

<sup>43</sup> Pérez Lasala, José Luis “CURSO DE DERECHO SUCESORIO”, 2º Edición, Buenos Aires, Obras de Abeledo-Perrot y Depalma AbeledoPerrot OnLine Lexis N° 9206/011279, 2007

sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que tengan designada por ley una porción legítima".-

La norma se refiere a contratos onerosos, aplicándose tanto a sucesiones intestadas como a testamentarias. Establece que el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible y el resto traído a la masa hereditaria. El heredero conserva el bien donado hasta donde alcance la porción disponible, y el excedente –si lo hubiera– ingresa a la masa hereditaria.

El artículo permite que todos los demás coherederos presten conformidad con la enajenación efectuada por el causante, y no puedan exigir la colación a la masa hereditaria, justificándolo en razón del carácter oneroso del acto.

Guarda relación con estos temas el de la “mejora”, instituto que merecerá una detenida consideración en el Apéndice, y al cual por consiguiente me remito por razones prácticas. En cuanto a la legislación española actual sobre el régimen de mejora, está desarrollada en el capítulo referido al derecho comparado.-

En otro orden de ideas podemos citar un caso interesante referido a la porción disponible y la legítima vinculadas con un legado de cuota (ED77-142) En su voto el Dr. Gnecco explica los presupuestos fácticos del caso: “Los actores, nietos de José María Goñi, fallecido el 6 de marzo de 1966 y cuyo sucesorio corre agregado por cuerda a los presentes autos, invocan su condición de legatarios del mismo conforme el testamento que obra en dicho juicio. (...) Los accionantes ponen de manifiesto que la porción que les ha

legado como disposición de última voluntad (pues se trata de un legado de cuota) debe ser calculada tomando como integrante del haber sucesorio del difunto una fracción de campo ubicada en Las Flores (provincia de Buenos Aires) de aproximadamente un poco más de 1.363 hectáreas, denominada “El Toro”, que le pertenecía al causante en condominio con un hermano suyo llamado José Ignacio Goñi (fallecido en el año 1933). Por eso es que solicitan se disponga que el cálculo del legado se efectúe computando el valor de la parte de dicho inmueble que correspondía al testador. Para sostener su posición de que tal bien debe ser computado para la determinación del legado, sostienen al propio tiempo, que dicho campo fue objeto de transferencias (ventas) ficticias. (...) La fijación del monto del legado de cuota (según el testamento “el quinto de sus bienes existentes al día de su fallecimiento”) está en directa relación con el cálculo de la porción legítima que les corresponde a los herederos forzosos del testador (...) Es decir, que la porción disponible, o sea, la fracción hereditaria no comprendida dentro de la legítima, es un derecho que se encuentra “en función recíproca” con ésta, como “podrían estarlo dos vasos comunicantes en los cuales la disminución del nivel de uno de ellos se traduciría en aumento del nivel mantenido por el otro” (conf. Rébora, J.C., “Derecho de las Sucesiones”, t. II, ps.66 y sigts., nums. 381, 382 y sigts.).” Finalmente la sentencia resuelve que para efectuarse el cálculo del legado de cuota establecido por el testador a favor de sus nietos se deberá tener en cuenta todos los bienes del testador al momento de su muerte especialmente el campo El Toro (habiéndose comprobado la simulación)<sup>44</sup>.-

---

<sup>44</sup> CNCiv., sal D, septiembre 20-977 “Paz de Goñi Moreno, Victoria

En cuanto a las donaciones efectuadas a favor de los herederos forzosos, constituyen un anticipo de su legítima y por lo tanto deben imputarse como un valor recibido y colacionarse, salvo que expresamente el donante haya dispensado su colación y esté dentro de los límites de su porción disponible (art. 3476 y 3484)<sup>45</sup>. Forma también de mejorar, según hemos visto.

La acción de colación se ha establecido con el fin de resguardar la igualdad entre los herederos en la distribución de los bienes. Zannoni la define como la imputación de las donaciones realizadas en vida por el causante a cualquiera de los herederos forzosos que concurren a la sucesión, respecto de la parte o porción que al beneficiario de la donación (donatario) corresponde en la herencia<sup>46</sup>.

Dos artículos nos interesa mencionar referidos a la colación; ellos son:

El art. 3480 que dice: “No están sujetos a ser colacionados los gastos de alimentos, curación, por extraordinarios que sean, y educación; los que los padres hagan en dar estudios a sus hijos, o para prepararlos a ejercer una profesión o al ejercicio de algún arte, ni los regalos de costumbre, ni el pago de deudas de los ascendientes y descendientes, ni los objetos muebles que sean regalo de uso o de amistad”.

El art. 3484 establece “La dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible”.

---

c/ Goñi Moreno, Juan” ED 77-142.

<sup>45</sup> Zannoni, Eduardo A., “Derecho de las Sucesiones”, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 162

<sup>46</sup> Ibíd. Tomo I, p. 736

Ambos están relacionados con la mejora que el padre puede hacer a favor de sus descendientes.

En el segundo artículo la ley sigue legislando acorde a una legítima estricta e inflexible, pero en el primer artículo observamos cómo el legislador hace una excepción respecto de las necesidades de los hijos, dejando de lado el principio de igualdad que se ve superado por la autonomía de la voluntad del causante, quien según su propio criterio beneficia a uno u otro hijo en razón de las necesidades y capacidades de ellos.-

Este permiso otorgado por la legislación no es cuestionado doctrinariamente. Manifiesta Lafaille: *“Estas cantidades no son, sin embargo, colacionables según lo determina el art. 3480, ni se equiparan a las donaciones: el legislador ha dejado al padre la libertad suficiente para hacer estos gastos según las condiciones que haya creído encontrar en sus hijos, sin que al producirse el fallecimiento de aquél pueda originar esto reclamación alguna entre los herederos”*<sup>47</sup>.-

#### **D.- PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA.-**

Las acciones típicas que puede ejercer un heredero forzoso para defender su legítima son las de complemento de la legítima y la acción de reducción, previstas en concordancia por los arts. 3600 y 3601 de nuestro código.

---

<sup>47</sup> LAFAILLE, Héctor “Curso de Derecho Civil DERECHO DE FAMILIA”, Buenos Aires, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1930, p. 420.

Establece el primero: “El heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, solo podrá pedir su complemento”; y el segundo: “Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos, se reducirán, a solicitud de éstos, a los términos debidos”.

Ambas acciones, la de complemento y la de reducción, son el anverso y reverso de la moneda<sup>48</sup>. La primera se refiere a la integración de la cuota (el complemento), en tanto que la segunda determina el modo de lograr dicho complemento, a través de la reducción de las disposiciones testamentarias o de las donaciones inoficiosas hechas por el causante.

*“Entonces tendremos la consecuencia fundamental: la reducción sólo se ejerce hasta lograr el complemento de la legítima (...). El art. 3600 constituirá, así, a nivel normativo, la expresión del límite con que opera toda reducción: el complemento de la legítima”<sup>49</sup>.*

Cuando las liberalidades del causante afectan la legítima de los herederos forzosos deben ser reducidas a fin de protegerla. Para lograr este complemento los herederos pueden ejercer la acción de reducción, bien por vía de la acción, solicitando la restitución de los bienes en poder de terceros o bien, por vía de la excepción, negándose a entregar un legado que excede la porción disponible.

Todos los herederos forzosos pueden ejercer esta acción, conforme lo dispuesto en los art. 3601; respecto de las donaciones el art. 1832, inc.1 establece que sólo pueden solicitar su reducción los herederos que existían al

---

<sup>48</sup> Yungano, Arturo R., “Manual Teórico Práctico de Derecho Sucesorio”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 1995, p.303

<sup>49</sup> Zannoni, Eduardo A., “Derecho de las Sucesiones”, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 187

momento de la donación, salvo que existieran descendientes que tuvieran derecho a ejercer dicha acción, quienes en tal caso también podrán ejercerla. (art. 1832,1).

La acción se promueve ante el juez que interviene en la sucesión, contra donatarios o legatarios. Además los herederos forzosos pueden, después de la muerte del causante, renunciar a la acción en forma expresa o tácita.-

El art. 3602 establece el orden en que debe hacerse la reducción. En primer término deberán reducirse los legados y luego en caso de que aún se vea afectada la legítima se reducirán las donaciones.

La razón del legislador, según lo expresa Borda<sup>50</sup>, es favorecer la seguridad de las transacciones, prefiriendo proteger el derecho ya adquirido en vez de uno en expectativa, como es recibir un legado.

La reducción de los legados se hará en concordancia con lo establecido en el art. 3795, es decir primero se pagan los legados de cosa cierta, luego los remuneratorios y el resto de los bienes o de la porción disponible, en su caso, se distribuirá a prorrata entre los legatarios de cantidad.

El Código nada dice respecto a la reducción de las donaciones, pero el criterio unánime es que éstas no deben reducirse a prorrata sino en orden inverso a las fechas de celebración de las mismas, es decir que la última realizada será la primera atacada.

La restitución de los bienes donados debe hacerse, en principio, en especie, pero si la cosa se hubiera perdido por caso fortuito o fuerza mayor,

---

<sup>50</sup> Borda, Guillermo A., "Manual de Sucesiones", Novena edición, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1986, p.333

nada se debe, salvo que la pérdida haya ocurrido por culpa del donatario, en cuyo caso éste debe el valor de la cosa.

En lo concerniente a los frutos, éstos son del donatario hasta el momento en que se le notifica la demanda de la acción de reducción.

Con relación a los terceros que adquirieran bienes inmuebles del donatario o legatario, son alcanzados por el efecto reipersecutorio de la acción de reducción y deben restituir el bien en la medida que exceda la porción disponible, conforme surge del art. 3955, disposición en pugna con el art 1051 que protege a los adquirentes a título oneroso y de buena fe. Según Borda<sup>51</sup> el art 1051 establece una regla general que cede ante disposiciones específicas como lo es el art. 3955.-

Con relación a los bienes muebles se aplica el art. 2412, y por tanto su posesión de buena fe crea una presunción de propiedad con el consecuente derecho a rechazar una acción reivindicatoria.

Finalmente, la acción prescribe a los 10 años conforme art. 4023 y el plazo comienza a correr a partir de la muerte del causante (art. 3955).

Dos artículos más de nuestro código defienden la legítima. Ellos son los arts. 3536 y 3537, para el caso que un ascendiente efectúe la partición de sus bienes, por vía de donación o por testamento, afectando la legítima de un heredero forzoso (3536) o cuando uno de los partícipes ha recibido un excedente de la cantidad permitida como porción disponible (3537).

La primera sólo puede ejercerse luego de la muerte del causante y la segunda sólo contra el descendiente favorecido.

---

<sup>51</sup> Ibíd, p.338

Como último tramo de este acápite he dejado la acción de preterición establecida en nuestro código en los arts. 3714 y 3715, es decir aquella que se promoverá por quien, siendo un heredero forzoso, ha sido omitido en el testamento, en el cual el testador instituyó herederos universales.

La preterición se confiere a los herederos forzosos “que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, pero el art. 3715 no invalida la institución, sino que “salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido” .-

#### **E.- FRAUDE A LA LEGÍTIMA.**

El fraude a la legítima consiste en toda maniobra que amparada en la legislación vigente, tiende a evadir las normas de orden público referidas a la legítima hereditaria, conforme opinión de la Dra. Olga Orlandi<sup>52</sup>.

Según expresa Zannoni “*son negocios en fraude a la legítima aquellos que se caracterizan por su ilicitud causal (art. 502 C.C.) en cuanto el fin perseguido no fue en realidad obtener el resultado práctico que el negocio normalmente produce, sino vulnerar la intangibilidad de la legítima hereditaria. Ése es el resultado ulterior, querido y buscado*”<sup>53</sup>.-

La **simulación** relativa (art. 955 C.C.), es decir la que se configura cuando debajo del acto celebrado existe otro que es el realmente querido, suele ser frecuentemente utilizada en fraude a la legítima. Así, por ejemplo, cuando

---

<sup>52</sup> Orlandi, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, p. 319

<sup>53</sup> Zannoni, Eduardo A., “Derecho de las Sucesiones”, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 207

un padre favorece a un hijo donándole un inmueble pero simulando una compraventa.

La declaración de simulación elimina el acto aparente y deja al descubierto el verdadero acto (art. 501).

De acuerdo al art. 958, comprobada la simulación, descubierto el acto verdadero, éste conserva su validez en tanto no sea contrario a la ley o cause perjuicio a un tercero.

En consecuencia, y por aplicación de los arts. 1805 y 3476, si la simulación se realizó en beneficio de un heredero, el acto será considerado un anticipo de herencia sujeto a colación. Si el donatario es un tercero el bien donado mediante la simulación de una compraventa vuelve a la masa hereditaria, pudiéndose promover, en ambos supuestos, la acción de reducción.

Concierne al tema que examinamos un caso en el que uno de los coherederos promovió acción de colación con simulación en subsidio. Se trata de la jurisprudencia publicada en ED 210-397, con comentario de Osvaldo Onofre Álvarez, dictada por la C.Apel.CC, Mercedes sala II, mayo 6 – 2004 en los autos “C.J. c/ C.L. s/ colación con simulación subsidiaria”. La acción es promovida ante la fingida venta con reserva de usufructo, del único inmueble del acervo sucesorio, que había hecho la causante a uno de los coherederos. El accionante utiliza la simulación para restablecer la igualdad sucesoria obligando al otro coheredero a colacionar, y toda vez que se trataba del único

inmueble, la colación se convierte en una deuda pecuniaria que el coheredero obligado a colacionar, demostrada la simulación, debe pagar en efectivo<sup>54</sup>.

No debemos dejar de citar el plenario Arce<sup>55</sup>, en cuanto plantea si corresponde aplicar la doctrina plenaria sentada en los autos “Glusberg, Santiago (s/concurso) c/ Jorio, Carlos s/sucesión s/ ordinario (simulación)” cuando la simulación se ejerce en forma conjunta a las acciones de colación. En dicho plenario se establecía la aplicación de la prescripción bienal a la acción de simulación cuando es ejercida por un tercero<sup>56</sup>.

La Cámara en pleno observó que los lineamientos fácticos de ambos casos eran distintos. En el caso Glusberg se trató de la prescripción de la acción de simulación entablada por el síndico en el ámbito de las acciones concursales, y se debatió si la acción ejercida por terceros respecto del acto del fallido tenía el mismo plazo de vigencia de las acciones entre partes (art. 4030, párrafo segundo del Código Civil). En cambio en el caso Arce se planteó un supuesto distinto, pues la acción de simulación fue ejercida por los herederos forzosos en forma conjunta con las acciones sucesorias de colación y reducción. En definitiva la Cámara concluyó que: *“No resulta aplicable la doctrina plenaria sentada en los autos “Glusberg, Santiago (s/concurso) c/ Jorio, Carlos s/sucesión s/ ordinario (simulación)” del 10/9/82, cuando la simulación se ejerce en forma conjunta a las acciones de colación o de reducción”.-*

---

<sup>54</sup> Álvarez, Osvaldo Onofre, “La acción de colación ante la venta simulada por parte del causante” ED, 210-408

<sup>55</sup> CNCiv. En pleno febrero 1-2011 “Arce, Hugo Santiago c. Arce, Haydee Cristina Carmen s/ colación” ED diario del 17 de marzo de 2001.

<sup>56</sup> LL, 1982-D-525

Es interesante agregar el comentario doctrinario referido al caso Arce, del Dr. Mariano Gagliardo, y publicado en el mismo diario, en el que analiza la lógica jurídica de la sentencia. En materia de prescripción, si la ley nada dice, corresponde aplicar la solución que rige para las acciones personales art. 4023, primer párrafo del C.Civil; además la acción de colación también prescribe a los 10 años. Si, pues, el heredero ha de interponer la acción de simulación debe regir el tiempo de la prescripción de la primera, pues de aplicar la prescripción bienal del art. 4030 se estaría beneficiando al titular del acto simulado.

Otra forma de fraude a la legítima se observa con la constitución de **sociedades comerciales**, especialmente en las sociedades de familia. Ejemplo de ello es la constitución de sociedades anónimas o en comandita formadas por el padre y algunos de sus hijos, con el aporte de los bienes del padre como capital social, quedando así a la muerte del padre otro de sus hijos excluido de dicha sociedad. El hijo excluido recibirá cierta cantidad de acciones, pero será un accionista minoritario frente a sus hermanos que formarán un grupo mayoritario, con las implicancias en materia societaria, especialmente en cuanto a las decisiones assemblearias.-

Una cuestión conexa se produce por la falta de coincidencia entre el valor nominal de las acciones o cuotas sociales y el patrimonio societario real. En caso de que el heredero excluido de la sociedad quiera hacer efectivas las acciones heredadas, no recibirá el valor real de las mismas. Para evitarlo podrá invocarse la teoría del Disregard, es decir penetrar en la personalidad de la sociedad, correr el velo, a fin de computar los bienes para de tal modo determinar la legítima que le corresponda.

Así está previsto en la ley de sociedades 19.550 reformada por la ley 22.903 cuyo art. 54, 2° parte establece:

“Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

La incorporación de la reforma tiene dos objetivos:

- a) permitir la imputación directa de los actos abusivos o fraudulentos a quienes los hayan cometido utilizando la sociedad como pantalla o instrumento.
- b) además de las consecuencias que conlleve en cada caso el desbaratamiento del negocio abusivo o fraudulento, sancionar la responsabilidad solidaria e ilimitada de socios y/o controlantes<sup>57</sup>.-

Podemos citar aquí algunos ejemplos típicos de fraude a la legítima, como el caso “Astesiano, Mónica I y otra c/ Gianina Soc. en Com. por Acc.”<sup>58</sup>.-

Las accionantes Mónica I. Astesiano y Lourdes A. Astesiano de Nosca promueven juicio de nulidad de la sociedad Gianina S.C.A. solicitando su liquidación y la transferencia a la sucesión de José F.A. Astesiano de los bienes fraudulentamente aportados por él a dicha sociedad , hasta completar la

---

<sup>57</sup> “Régimen de sociedades comerciales”, revisado, ordenado y comentado por Jorge Osvaldo Zunino, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2008, p.117

<sup>58</sup> C.Nac.Civ., sala A, 27/2/1978, “Astesiano, Mónica I. y otra c. Giannina Soc. en Com. por Acc.” LL 1978 -B-195 y La Ley Online (AR/JUR/5394/1978)

legítima. El causante, conocido agricultor y comerciante de Chivilcoy tres años antes de morir constituyó junto a su esposa y tres de sus hijos la sociedad demandada, con una duración de 99 años, a la que aportó casi la totalidad de sus bienes excluyendo voluntariamente de la misma a los nietos e hijos de su cuarto hijo prefallecido.

Sentencia la Cámara: – “que la sociedad mercantil con todo lo que su régimen importa, y una institución de proyección familiar, la vocación legitimaria, quedan así enfrentadas por las partes en este litigio.”

– “La solución del caso será la de hacer cumplir total e irrestrictamente con el régimen hereditario y en consecuencia se habrá de admitir el pedido de entrega material de los bienes que correspondan de acuerdo a las reglas de la legítima.” Agrega que desde el punto de vista mercantil deberá reducirse el capital de la sociedad si los socios no optan por disolverla.

– “El fundamento civil de esta solución se halla en el art. 3598 del Código de la materia, que prohíbe condicionar la legítima, la cual en este caso es de aplicación toda vez que al formar la sociedad con tres de sus hijos y casi el total de sus bienes, por 99 años y renovable (lo que de hecho la haría prolongable “sine die”, atento la mayoría que ostentan los tres hijos restantes) es de hecho impedir que los bienes lleguen materialmente a manos de sus legítimos herederos por representación de su padre pre-muerto”.

Otro caso interesante es “Morrogh Bernard, Juan F. c/ Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros”<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> C.Civ. y Com. Concepción del Uruguay, 9/2/1979 “Morrogh Bernard, Juan F. c/ Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros” LL 1979-D-237 y La Ley Online (AR/JUR/4574/1979)

El padre del actor, fallecido en 1967, constituyó una sociedad anónima con todos sus herederos forzosos menos el accionante, aportando su patrimonio íntegro. Este aporte representaba el 95% y lo integraba el establecimiento La Estrella, cuyo valor era muy superior al de las acciones por él suscriptas. La sociedad así constituida es de las llamadas típicamente de familia. A la muerte del padre el actor sólo recibiría acciones que no representan los verdaderos valores transmitidos. La sociedad es entonces un artificio técnico que impide al actor obtener la real integración de la legítima que le corresponde por ley, y entonces considera la Cámara que se debe penetrar en la personalidad de la S.A. co-demandada a fin de computar sus bienes en orden a la determinación de la legítima del actor.

La Cámara resuelve que procede la inoponibilidad del acto constitutivo de la sociedad, solicitada por el actor, reconociéndole a éste el derecho de recibir en especie la parte que le corresponda como heredero forzoso de su padre, para cuya determinación se toman en cuenta también los bienes aportados por el causante a la sociedad co-demandada, debiendo la sociedad reducir su capital, si los socios no optan por su disolución definitiva.

La Dra. María J. Méndez Costa<sup>60</sup> al comentar el fallo citado concluye con las siguientes reflexiones: *“Es indiscutible que estas resoluciones judiciales en defensa de la legítima satisfacen reclamos de equidad en una materia que las modalidades de la economía contemporánea han permitido substraer al control de reglas generales fijadas para realidades muy distintas.*

---

<sup>60</sup> Méndez Costa, María J. “Legítima y sociedades de familia” LL 1979-D-237,

Le es aplicable la conclusión aristotélica: *“Y así en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley no es menos buena por eso; la falta está en la naturaleza misma de las cosas, porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se engaña por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle o suplir su silencio”*<sup>61</sup>.-

Como corolario, una breve referencia a la incorporación a nuestro derecho positivo de la ley 24.441, denominada “Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción”, por la cual se reglamentó el **fideicomiso** cuya constitución puede efectuarse por contrato o por testamento.

El fideicomiso tiene como objetivo transmitir la propiedad de una cosa por parte del fiduciante para que otra persona denominada fiduciario la administre como un “patrimonio de afectación” a favor de un beneficiario y transcurrido un determinado tiempo, como máximo 30 años o si hubiera incapaces hasta que éste recupere su capacidad, la transmita a un tercero que puede ser el fiduciante, el beneficiario o el fideicomisario.

---

<sup>61</sup> Aristóteles, “Ética a Nicómaco”, lib. V, cap. X según cita de LLambías, Jorge Joaquín “Tratado de Derecho Civil. Parte General” t.I, Buenos Aires, 1970, p.91 según cita de Méndez Costa, María J. “Legítima y sociedades de familia” LL 1979-D-237.

Tal como lo expresan la Dra. Graciela Medina y el Dr. Horacio Maderna Etchegaray<sup>62</sup>, el fideicomiso testamentario ha sido pensado como un instituto que posibilite al causante prever la administración de sus bienes en protección de los incapaces, pero ante las limitaciones existentes en nuestra legislación para disponer de los bienes después de la muerte debe ser coordinado con las normas sobre la legítima que son de orden público, toda vez que puede ser utilizado en fraude a los acreedores o a los herederos forzosos.

Por lo tanto si existen herederos forzosos el fideicomiso sólo podrá constituirse respecto de la porción disponible.

Podría ocurrir también que el testador, sabiendo que su heredero tiene muchos acreedores, constituya un fideicomiso a su favor, con el propósito de que, después de su muerte, aquél evada las acciones de sus acreedores.

Concluyen los autores citados que sería conveniente la admisión del fideicomiso constituido sobre bienes determinados aun limitando la legítima, si fuera a favor de herederos forzosos e incapaces (así lo propone el proyecto de reforma del Código Civil de 1999).-

#### **F.- PROYECTOS DE REFORMAS DEL RÉGIMEN DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA.**

---

<sup>62</sup> Medina, Graciela y Maderna Etchegaray, Horacio, "Fideicomiso testamentario. Legítima y protección de incapaces" ED 184-1334, 1999

La magnitud de la porción legítima ha sido frecuentemente cuestionada por los doctrinarios y ello se ve reflejado en los proyectos de reforma del Código Civil.

El Proyecto de Reformas de 1936, en coincidencia con el de Bibiloni, proponía una disminución de la legítima, y sin llegar a igualar a hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en su artículo 2010 establecía: "La legítima que la ley reconoce a los diversos herederos queda fijada como sigue:

- 1º En las dos terceras partes de los bienes, para los descendientes legítimos;
- 2º En la mitad, respecto de los ascendientes legítimos;
- 3º En la mitad, en cuanto a los cónyuges, siempre que no concurren ascendientes ni descendientes legítimos, aunque se trate de gananciales que correspondían al causante;
- 4º En la mitad de su cuota, dentro de la sucesión intestada, para los hijos ilegítimos, cuando no existan descendientes o ascendientes legítimos, ni cónyuge;
- 5º En la mitad de la porción asignada por el artículo 2005 a los padres ilegítimos".

Y el artículo 2005 establecía que si no hay posteridad legítima, el padre y madre natural que le hubieren reconocido serán sus herederos por partes iguales. Si concurren con el cónyuge, les corresponderá la mitad de la herencia; y para formar la masa se tomarán en cuenta los gananciales del causante. Esa mitad se la repartirán por cabeza. Si hay sólo padre o madre, le corresponderá un tercio; y los otros dos tercios al cónyuge.

Entre los más recientes podemos mencionar el proyecto de 1998 propuesto por los Dres. Héctor Alegría – Atilio Aníbal Alterini – Jorge Horacio Alterini – María Josefa Méndez Costa – Julio César Rivera – Horacio Roitman.

Las modificaciones relevantes para el tema de esta tesis son las siguientes:

#### **TÍTULO IX. De la porción legítima.**

**ARTÍCULO 2394.- Legitimarios.** Tienen una porción legítima de los bienes del causante, de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

**ARTÍCULO 2395.- Porciones legítimas.** La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio.

Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, al tiempo en que fueron hechas las donaciones, apreciado en valores constantes.

Para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos (300) días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio.

**ARTÍCULO 2396.- Concurrencia de legitimarios.** Si concurren sólo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas.

Si concurre el cónyuge con descendientes o con ascendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor.-

Transcribo a continuación los fundamentos que expusieron respecto a la disminución de la legítima: “Se proyecta descender la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción para responder así una observación reiterada por la doctrina que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante”.-

Citamos también otro interesante proyecto (incluimos sus fundamentos por la importancia que estos tienen para fundamentar nuestra tesis) presentado por el Senador Urquía ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación bajo el expediente n° 3523/06:

*“ARTÍCULO 1°: Sustitúyense los artículos 3593 y 3594 del Código Civil, los que quedarán redactados de la siguiente manera:*

*“Artículo 3593: La porción legítima de los hijos es de las dos terceras partes de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiese donado, observándose en su distribución lo establecido en el Art. 3570.*

*Artículo 3594: La porción legítima de los ascendientes es de un tercio de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto en el Art. 3571.”*

*ARTÍCULO 2°: Comuníquese al Poder Ejecutivo.*

#### *FUNDAMENTOS*

*“Sr. Presidente:*

*Mediante el proyecto que se acompaña se introducen modificaciones en el régimen sucesorio cuando a la sucesión concurren los descendientes o ascendientes del causante, lo que correlativamente importa variar la redacción de los artículos 3593 y 3594 del C. Civil.*

*En el texto legal propuesto se modifica la porción legítima de los herederos forzosos del causante, manteniéndose inalterada la decisión del legislador de reservar a los herederos del difunto una porción de la que no pueden ser privados si no media justa causa de desheredación, pero en proporciones menores a las vigentes.*

*De tal modo, en el proyecto se reduce la porción legítima respecto de los herederos legitimarios, y correlativamente se incrementa la “porción disponible” del testador.*

*Por lo tanto, la letra y el espíritu del art. 3174 del C. Civil no se altera, en tanto se mantiene en todos sus términos la previsión relativa de que “la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos (a los herederos forzosos), sin justa causa de desheredación”.*

*La modificación de la cuantía de la legítima no conmociona los fundamentos mismos de la institución. Cabe recordar que la misma se remonta a la necesidad de proteger a la familia como núcleo básico de la sociedad, principalmente para poner a los sucesores legitimarios al amparo de eventuales*

*actos de disposición llevados a cabo por el causante, los que podrían eventualmente dejar desamparada a la familia.*

*La institución de este derecho apareció desde su origen como una forma de limitar la facultad de disponer de sus bienes sin restricciones, a fin de evitar que el causante, por simple arbitrio caprichoso y sin fundamento y razón alguna, dejara a sus hijos desamparados.*

*Surge de ello que el propósito del legislador fue el de terminar con las exclusiones injustas de los herederos respecto de los bienes del causante, pero debe reconocerse que en la sociedad actual las normas vigentes constituyen en muchos casos restricciones irrazonables al principio de la libre disponibilidad, y afectan gravemente el ejercicio del derecho de propiedad, produciendo además efectos moralmente disvaliosos.*

*La discusión acerca de si debe considerarse preferible el sistema de absoluta libertad de disposición de los bienes o si, por el contrario, se debe establecer una legítima a favor de los herederos forzosos, tiene siglos de discusión en el derecho.*

*Sin embargo, el fundamento de este proyecto no se basa en analizar la subsistencia o eliminación de una porción legítima a favor de los herederos legitimarios del causante, sino en que, basados en las actuales circunstancias socio económicas, se disminuya la proporción en que debe protegerse el aludido derecho.*

*Las normas no pueden permanecer fuera de lo que son las corrientes y cambios profundos de la vida social. Por lo tanto, el legislador no puede dejar de preocuparse por actualizar las normas en armonía con las necesidades que*

*reclama la sociedad, pues como lo afirmaba Ihering “no son los hechos los que deben seguir al derecho, sino el derecho a los hechos”.*

*Existe hoy una fuerte corriente de reclamos en torno a una reforma del sistema de legítimas que otorgue mayor libertad a la hora de distribuir la herencia. Esta mayor libertad permitiría también a los padres atender a circunstancias especiales, tales como poder garantizar la atención futura de un hijo discapacitado, o a la institución a la cual han confiado su custodia.*

*Los nuevos modelos de relación familiar que han surgido en nuestra sociedad apuntan en diversas direcciones: parejas sin hijos, parejas con uno o dos hijos a lo sumo, familias monoparentales, todo lo cual constituye un profundo cambio social que plantea problemas muy graves, ya que en materia hereditaria no se ha evolucionado de la misma forma.*

*Sin plantear la disyuntiva entre la subsistencia o no de la porción legítima, ni romper la tradición legislativa a la cual se ordenara el codificador, y sin proponer tampoco otorgar al testador la libre disposición del cien por ciento de su patrimonio, consideramos conveniente reformar la cuantía de la porción legítima, a fin de permitir que sobre la porción de libre disponibilidad el causante pueda proceder con mayor amplitud.*

*Esta modificación satisface los actuales requerimientos de la sociedad y de la vida moderna.*

*En los tiempos actuales ha tomado otra dimensión el planteo económico familiar que motivó la institución de la legítima en su actual cuantificación.*

*En la legislación comparada, inclusive en países del mismo origen histórico que el nuestro, como España, la sucesión testamentaria sobre la base*

*de una mayor porción disponible del testador constituye un hecho garantizado por las leyes y una verdadera opción.*

*Teniendo en cuenta el derecho comparado, tanto en los Estados Unidos de América como en España, la sucesión testamentaria es una opción real al momento de disponer de los bienes.*

*En EEUU, Inglaterra y Canadá la persona puede decidir libremente testar sobre el destino de la totalidad de su patrimonio.*

*La legislación española vigente, en su art. 808 establece que:*

*“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.”*

*En nuestro país, ya en el año 1998, al plantearse la reforma del Código Civil, uno de los puntos centrales de la misma contemplaba precisamente el aumento de la porción disponible del testador, sosteniendo al efecto Alterini que es obligatorio asumir, en vista a los cambios sociales del país, que “todo derecho ha sido constituido por causa de los hombres”.*

*Precisamente, las actuales condiciones de la vida social imponen la modificación que se proyecta, aspecto desde el cual se suman razones económicas, que hacen al desarrollo del país.*

*Por lo tanto, el presente proyecto recepta este reconocimiento de la legislación internacional en relación con las ventajas que reporta una mayor libertad del testador para disponer de los bienes.*

*Por las razones expuestas, solicito a mis pares la aprobación del presente proyecto de ley. Roberto D. Urquía.”*

También y específicamente relacionado con la legítima fue presentado por los diputados Diana Conti, Osvaldo Menirovsci y Stella Maris Córdoba en el año 2010 un proyecto de reforma que proponía modificar los arts. 3593/4 disminuyendo la legítima de los hijos en dos tercios y la de los ascendientes en la mitad de los dos tercios de los bienes del causante, e incorporar la posibilidad de mejorar a cualquiera de los hijos disponiendo de una parte de las dos que forman la legítima de los hijos, como lo prevé la legislación española.

Las objeciones al modelo español y su diferencia con nuestra propuesta han sido ya señalados (supra: “Cálculo de la Legítima”) y lo serán nuevamente en el “Apéndice”.

Más recientemente, a principios de 2011, mediante el Decreto Presidencial 191/2011, se constituyó la "Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", integrada por el Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Ricardo Lorenzetti, la Vicepresidente de ese cuerpo, Elena

Highton de Nolasco y la ex miembro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci.-

Se ha presentado otro proyecto de ley que intenta dar seguridad a las donaciones, aunque éstas afecten la legítima hereditaria, con la intervención exclusiva de los escribanos. Ello demuestra que es urgente la flexibilización de la legítima reduciendo su cuantía a fin de evitar proyectos de leyes imprudentes que no tratan el fondo del asunto sino que eliminan toda acción de protección de la legítima, ignorando por completo los sólidos fundamentos que la sustentan.

Cabe mencionar también el proyecto presentado por los Diputados Cigogna, Luis Francisco Jorge y Balestrini, Alberto Edgardo referente a la modificación de los artículos 1.831 y 3.955 del Código Civil, proponiendo el siguiente cambio:

“ARTÍCULO 1º.- Incorpórase como apartado final del artículo 1.831 del Código Civil el siguiente párrafo: La reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles, constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse, y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido.

ARTÍCULO 2º.- Sustitúyese el artículo 3.955 del Código Civil, por el siguiente: La acción contemplada por los artículos 1.831 y 1.832 de este Código no es prescriptible sino desde la muerte del donante.”

Aducen razones y necesidades sociales y fundamentos jurídicos tales como que “la donación es un contrato válido. La protección de la legítima no puede avanzar sobre estos derechos, como ocurre tras la incertidumbre jurídica que resulta de desconocer fehacientemente esta situación” (conforme dicen en sus fundamentos). Sin embargo si se analizara en profundidad la verdadera necesidad de la sociedad estableciéndose un régimen más amplio de legítima hereditaria, sería innecesario el dictado de una ley como ésta, que implica un desconocimiento de la legislación en su conjunto y provocará, indudablemente litigios que podrían evitarse mediante una reforma integral del sistema de legítima sucesoria.-

## **V. DERECHO COMPARADO.**

Existen dos sistemas contrapuestos en cuanto a la disposición de los bienes del causante en la legislación comparada: uno que permite la libre disposición de los bienes y otros que limitan la libertad de testar.

Nuestra legislación, de orientación romanista, impide al causante disponer libremente de sus bienes inter vivos ó mortis causa, estableciendo “la legítima” en beneficio de los herederos forzosos, y permitiéndole así ejercer el derecho de libre disponibilidad de sus bienes sólo respecto de la porción disponible establecida por ley.

Ello a diferencia de la concepción anglosajona, en la cual el causante puede disponer libremente de todos sus bienes. Los descendientes no tienen ningún derecho sobre los bienes del causante y su posición económica debe ser por ellos adquirida. Podemos citar el caso “Wyatt v. Fulrath” Corte del Estado de Nueva York, 16 NY 2d.169, 264 NY 2d. 233, 211 NE 2d. 1965, referido a la aplicación de las normas vigentes en el Estado de Nueva York, las cuales no contemplan la legítima del derecho español<sup>63</sup>.-

### **1) DERECHO ESPAÑOL:**

El derecho sucesorio se ha regulado sucesivamente, primero de una manera general, comprendiendo a todo el territorio español, y posteriormente

---

<sup>63</sup> Weinberg, Inés M. “Derecho Internacional Privado” Segunda edición actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis-Depalma, 2002, p.331

con el derecho de las autonomías se cedió prácticamente a todas ellas la recaudación e incluso la potestad de legislar sobre esa materia.

El sistema del código civil español sigue la tradición del derecho castellano o derecho de mejoras. Para su origen histórico me remito al Apéndice. En la actualidad el art 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”.

Para la legislación española la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos. (art. 806 CC).

“Son herederos forzosos:

- 1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.
- 2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.
- 3º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código" (artículo 807 Código Civil).

Además el art. 808 establece que 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. La tercera parte restante, será de libre disposición.

Entonces, a los hijos y demás descendientes, les corresponde un tercio, que recibe el nombre de legítima corta, y que se distribuye en partes iguales

entre ellos. Ese tercio se hereda en plenipropiedad, es decir, la nuda propiedad y el usufructo a la vez. Pero, también tienen derecho a otro tercio, el de mejora o legítima larga, que se destina a los hijos y nietos. No tiene por qué ser a partes iguales.

Los padres y demás ascendientes, a falta de descendientes, que sobrevivan tienen derecho a un tercio de la herencia, si existe cónyuge viudo, o a la mitad de la herencia, si el fallecido no tenía cónyuge.

El cónyuge viudo, su legítima es siempre en usufructo, y será menor o mayor, según con quién concurra a la herencia, si hay hijos u otros descendientes, le corresponde el usufructo de un tercio (el de mejora) de la herencia, si sólo hay ascendientes, la legítima es el usufructo de la mitad de la herencia, y si no hay ascendientes ni descendientes del fallecido, heredará el usufructo de dos tercios de la herencia.

En España coexisten, junto al Derecho Común, los derechos forales, que se aplican en los territorios referidos como son Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, parte de Vizcaya y Álava. En estos territorios, rigen otras particularidades, como sucede en Cataluña, por ejemplo, donde la legítima consiste en la cuarta parte del valor de la herencia y, a diferencia del Derecho Común, el cónyuge superviviente no tiene derechos legitimarios, ni tampoco los abuelos a falta de los padres. El cónyuge sólo tiene derecho a la cuarta viudal, es decir a la cuarta parte de la herencia del fallecido y las rentas y salarios que perciba y al beneficio del "año de luto", que le da el derecho al usufructo de toda la herencia durante ese período.

En Cataluña la legítima ha evolucionado a través de la historia, en los primeros siglos de existencia del condado de Barcelona se aplicó la legítima visigótica, aunque en algún momento se concedió la libertad de testar, incluso teniendo hijos. En la época feudal a los nobles les sucedía un solo hijo, mientras que los demás sólo tenían legítima sobre los bienes muebles.

Con la Constitución de Felipe II en las Cortes de Monzón de 1585 se extendió a toda Cataluña la legítima de la cuarta parte, concediéndole al heredero la facultad de pagarla en dinero o en propiedad inmueble a su elección.

En la actualidad la Ley 10/2008, en el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones establece:

En el art. 451-1: la legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que éste puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma.

Son legitimarios todos los hijos del causante por partes iguales.

Si el causante no tiene descendientes que le hayan sobrevivido, son legitimarios los progenitores por mitad. Éstos no tienen derecho a legítima si el causante tiene descendientes pero han sido desheredados justamente o declarados indignos.

En el art. 355: el importe de la legítima es la cuarta parte del valor de los bienes de la herencia que tenían al tiempo de fallecer el causante, con deducción de sus deudas y de los gastos de su última enfermedad, entierro y funeral, añadiéndoles los bienes donados por el causante.

Todos los legitimarios detraerán la legítima de una única cuarta.

El art. 379 se refiere a la mencionada cuarta viudal de la siguiente manera:

La cuarta viudal atribuye al consorte sobreviviente o al conviviente en pareja estable, acción de carácter personal para exigir a los herederos del premuerto:

1. La adjudicación en propiedad de bienes hereditarios o su equivalencia en dinero, a elección de los herederos del premuerto.
2. La parte proporcional de los frutos y rentas de la herencia percibidos desde el día del fallecimiento del consorte o su valor en dinero, salvo los correspondientes al año de luto.

La cuarta viudal no confiere al sobreviviente la calidad de heredero del premuerto ni el derecho de acrecer en la sucesión de éste.

Además el art. 380 establece que tendrá derecho a reclamar la cuarta viudal el consorte sobreviviente que con sus bienes propios, unidos a los que puedan corresponderle en la herencia del premuerto, aunque no los exija o los renuncie, no tenga, al fallecer el otro cónyuge, suficientes medios económicos para su sustentación, considerado el nivel de vida que habían mantenido los consortes y el patrimonio relicto.

Constituye para el cónyuge supérstite un crédito eventual dirigido a mantener el mismo nivel de vida.

## **2) LATINOAMÉRICA:**

Algunas legislaciones siguen el sistema de mejoras del derecho español, como el **Código chileno**, plasmado en los siguientes artículos:

Art. 1181: “Legítima es aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios. Los legitimarios son por consiguiente herederos”.

Artículo 1182: “Son legitimarios:

1. – Los hijos, personalmente o representados por su descendencia;
2. – Los ascendientes, y
3. – El cónyuge sobreviviente.

No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal”.

Art. 1184: “La mitad de los bienes, previas las deducciones indicadas en el artículo 959, y las agregaciones 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 rigurosa”.

El causante puede decidir libremente cómo dejar sus bienes, respetando la legítima. En caso de que en vida haya realizado donaciones que superen la cuarta de libre disposición, sus herederos pueden revocar las donaciones vía *acción de inoficiosa donación*.

Artículo 1195: “De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus descendientes, su cónyuge y sus ascendientes; podrá pues asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta con exclusión de los otros.

Los gravámenes impuestos a los partícipes de la cuarta de mejoras serán siempre en favor del cónyuge, o de uno o más de los descendientes o ascendientes del testador”.

En síntesis la legítima consiste en la mitad del haber, un cuarto puede el testador distribuirlo sólo entre ascendientes, descendientes y cónyuge y un cuarto es de libre disposición.

El **Código Civil peruano** en los arts. 723 y ss. establece que son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge. El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes y si tuviera sólo ascendientes puede disponer hasta la mitad de sus bienes.

El **Código colombiano** (art. 1242) establece que la mitad de los bienes, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división en su legítima rigurosa. Pudiendo el testador disponer de la otra mitad libremente.

Es interesante detenernos en el **Código Civil de Uruguay**, que en su art. 870 establece asignaciones forzosas que el testador está obligado a hacer y que de no hacerlas se suplirán aun en perjuicio de sus disposiciones testamentarias, tales como: alimentos, la porción conyugal y las legítimas.

Define esta última en su art. 884 como la parte de los bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que éste no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación.

Estos herederos legitimarios son los ascendientes y los descendientes. Establece una cuota variable según el número de descendientes: habiendo un hijo la cuota será de  $\frac{1}{2}$ , dos hijos de  $\frac{2}{3}$ , tres hijos o más de  $\frac{3}{4}$  y para los ascendientes  $\frac{1}{2}$  en los arts. 885 a 887.

Prevé para el cónyuge supérstite, cuando carece de bienes, una porción conyugal de  $\frac{1}{4}$  o como un hijo más y la asignación de alimentos post mortem en los arts. 871 a 878.-

El **Código Civil Brasileño** también establece como legítima, respecto de ascendientes, descendientes y cónyuge, la mitad de la herencia, limitando el poder de disposición del causante por testamento (arts. 1846 y 1857). Del mismo modo que la legislación uruguaya establece alimentos post mortem, transmitiendo las obligaciones alimentarias del causante a los herederos (art. 1700).

Otras **legislaciones como la mexicana** admiten la libertad de testar del causante a favor de sus herederos o de terceros, imponiendo como limitación la obligación de conceder una pensión alimentaria al cónyuge, a ciertos parientes consanguíneos en línea recta e incluso a la concubina. Si bien cada distrito de México tiene su propia legislación, podemos detenernos en el Código Civil vigente del Distrito Federal.

Este Código establece la libertad de testar y la obligación alimentaria del testador respecto de ciertos herederos. En art. 1283 dice: “El testador puede

disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedara regida por los preceptos de la sucesión legítima”.

Más adelante, el Capítulo V regula respecto de los bienes que se pueden disponer por testamento y de los testamentos inoficiosos. El art. 1368 establece la obligación para el testador de dejar alimentos a los descendientes menores de 18 años; a los descendientes que estén imposibilitados a trabajar, cualquiera sea su edad; al cónyuge supérstite que no pueda trabajar y no tenga bienes; a los ascendientes; a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que esté impedido de trabajar y no tenga bienes, perdiendo este derecho si contrae nuevas nupcias; a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado si están incapacitados o sean menores de 18 años, si no tienen bienes para subvenir sus necesidades. El derecho a recibir alimentos es irrenunciable.

La pensión alimentaria comprenderá la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentado, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales, según la legislación mencionada.

Para garantizar esta obligación el Código mexicano regula en el art. 1374 que es inoficioso el testamento en que no se deje la pensión alimentaria correspondiente.-

Coinciden con las normas mexicanas los códigos civiles de Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.-

En síntesis todas estas legislaciones tienen una legítima menor que la fijada en nuestra legislación.

### **3) DERECHO FRANCÉS:**

La ley 72-3, de 1972 establece a favor de determinados herederos una porción legítima de distribución obligatoria. La cuota varía según la cantidad de herederos que concurran. Originariamente el art. 913 del Código Civil Francés establecía que el causante no podía hacer liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, que excedieran la mitad de sus bienes si a su muerte tenía un hijo; la tercera parte, si dejaba dos hijos y la cuarta parte si dejaba tres o más hijos. El art. 914 se refería a la existencia de ascendientes, estableciendo que la porción disponible era de la mitad de sus bienes, si no había descendientes y los ascendientes eran de ambas líneas, paterna y materna; en cambio era de las tres cuartas partes si dejaba ascendientes de una sola línea<sup>64</sup>.

La ley francesa 2001-1135 del 3 de diciembre de 2001 introdujo una reforma importante en el ámbito sucesorio (Journal Officiel du 4 décembre 2001; en vigor desde el 1 de julio de 2002), propiciada por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 1 de febrero de 2000. Esta reforma se refiere a aspectos esenciales del derecho sucesorio tales como: una reorganización del sistema sucesorio ab – intestato mejorando la situación

---

<sup>64</sup>. Zannoni, Eduardo A "Derecho de las Sucesiones", Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 135

hereditaria del cónyuge supérstite, la supresión de la discriminación a los hijos adulterinos, equiparando los hijos naturales con los legítimos e incorporando nuevas reglas sobre los requisitos para suceder y sobre las pruebas de la calidad de heredero<sup>65</sup>.

En los últimos años dos reformas de importancia modifican el régimen sucesorio otorgando a los franceses una mayor libertad.

La primera es la ley dictada el 23 de junio de 2006 que ha suprimido la reserva de los ascendientes (artículos 914 y 916) admitiendo la aplicación del derecho de representación en la sucesión en caso de repudiación del llamado (nuevo artículo 805 del *Code*).

También admite la celebración de pactos sucesorios, como la renuncia anticipada a la acción para reclamar reducción de donaciones y liberalidades en general por perjuicio a la legítima; también se admiten las sustituciones fideicomisarias. Ambas estaban prohibidas desde la Revolución Francesa y en el Código de Napoleón.

Otra modificación fue introducida con la ley de fiducia de fecha 19 de febrero de 2007, que ha modificado el Código civil francés para introducir la figura definiéndola y fijando sus caracteres esenciales.

Afirma María Martínez Martínez que la prohibición de celebrar pactos sobre la sucesión futura sigue vigente y continúa siendo un principio de derecho sucesorio, de derecho de obligaciones y también del ámbito del régimen conyugal. Sin embargo, y a pesar de regir estos principios, el propio Código civil admite la posibilidad de celebrar ciertos actos jurídicos que, puesto

---

<sup>65</sup> Belluscio, Augusto C. "La reforma del derecho sucesorio en Francia", LA LEY 2002-A, 1359

que están expresamente previstos y autorizados por la ley, son válidos. Es una especie de “habilitación legal” expresa para la realización de ciertos actos que, de otro modo serían, seguramente, nulos por contravención de una prohibición y del orden público del derecho sucesorio francés<sup>66</sup>.

Después de la reforma de 2006, sólo son legitimarios en derecho francés los descendientes y el cónyuge (artículo 913); la reforma de 2006 ha suprimido la legítima (*la réserve*) de los ascendientes. La porción de legítima de los descendientes depende de cuántos concurren a la sucesión: es de la mitad del caudal si el causante deja un solo hijo, de dos tercios, si deja dos o de tres cuartos, si deja tres o más (artículo 913). La legítima del cónyuge, si no hay descendientes, es de una cuarta parte del caudal (artículo 914).

Conforme al artículo 929, la renuncia a ejercitar una acción futura de reducción de liberalidades debe hacerse en favor de una o varias personas determinadas. La renuncia no obliga al renunciante más que desde el día en que haya sido aceptada por el “futuro causante”. Puede afectar a toda la legítima o a parte de ella, o únicamente a un bien o a varios concretos. No puede estar sometida a condición.

El artículo 930 establece ciertos requisitos para la validez de la renuncia: debe hacerse en escritura notarial, ante dos notarios, so pena de nulidad (uno elegido por el cliente y otro impuesto por la *chambre* correspondiente). Debe firmarse por cada renunciante separadamente (sólo en presencia de los

---

<sup>66</sup> Martínez Martínez, María Recientes reformas del Derecho de Sucesiones en Derecho Francés. 2007, <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/document.php?id=405>

notarios). Asimismo, el artículo 930 dice que es nula la renuncia viciada por error, dolo o violencia.

La capacidad requerida para renunciar es la misma que se exige para las donaciones entre vivos. El menor emancipado no puede renunciar anticipadamente a la acción de reducción: artículo 930-1.

#### **4) DERECHO ANGLOSAJÓN:**

Comprende regímenes legales que admiten la libertad de testar.

En Inglaterra, si bien existe libertad de testar, se protege a ciertos parientes y al cónyuge con un derecho de alimentos.

La Family Provision de 1938, modificada por la Provision for family and dependants de 1975, otorga al cónyuge, a los hijos y a otras personas que en vida del causante dependieran de éste una cuota alimentaria “reasonable financial provision” o renta razonable. En el caso del cónyuge serán los bienes que le hubieran correspondido en un divorcio, en el caso de los hijos la cuota tendrá carácter asistencial.

Esta ley, cuya traducción sería Provisión para la familia y las personas a cargo, establece que cuando una persona muere teniendo su domicilio en Inglaterra y Gales, y es sobrevivido por el cónyuge, los hijos o cualquier persona que no siendo su hijo haya recibido del difunto el trato de tal, pueden solicitar la family provision ante los tribunales.

El tribunal goza de una amplia discreción tanto para decidir si concede la *family provision* como su cuantía, debiendo tener en cuenta, los siguientes aspectos: los recursos financieros y las necesidades financieras que el

solicitante tenga o pueda tener en el futuro previsible; las obligaciones y responsabilidades que el fallecido tenía hacia cualquier solicitante; el patrimonio de la persona fallecida; cualquier discapacidad física o mental de cualquier solicitante o beneficiario de la herencia o cualquier otro asunto, incluyendo la conducta del solicitante o de cualquier otra persona que en las circunstancias del caso, el tribunal considere pertinente. Si el solicitante fuera el cónyuge el Tribunal deberá considerar su edad y la duración del matrimonio; la contribución realizada por el solicitante para el bienestar de la familia de los fallecidos, incluyendo cualquier contribución realizada para el cuidado de la casa o de la familia<sup>67</sup>.

En materia de **derecho Internacional privado** la profunda diferencia que exhiben los regímenes existentes, los desplazamientos de la población a distintos estados y la globalización económica, determinan la importancia de la elección del derecho aplicable.

Para la Dra. Inés Weinberg<sup>68</sup> existen dos teorías aplicables: la teoría de la unidad, que considera a la sucesión como la manifestación de la voluntad del causante. Si éste no testó, se aplicarán las normas de la sucesión legal, presumiendo que ésta era su voluntad. En consecuencia sólo se abrirá una sucesión.-

Esta teoría adoptada por nuestro Código Civil se ve reflejada en la nota del art. 3283 que dice... “Respecto de las sucesiones ab intestato hay una consideración especial. Reposan sobre la voluntad presunta del difunto, no

---

<sup>67</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>

<sup>68</sup> Weinberg, Inés M. “Derecho Internacional Privado” Segunda edición actualizada, Buenos Aires, Lexis Nexis-Depalma, 2002, p.332

porque esa voluntad pueda considerarse como un hecho cierto respecto a una persona determinada, sino porque cada ley positiva, cada Código, adopta la presunción general que le parece más apropiada a la naturaleza de las relaciones de familia. Se concibe fácilmente que esa presunción varíe según las diversas legislaciones, pero no que en un caso dado, se presuma que el difunto ha podido tener voluntad diferente para las diversas partes de sus bienes, y que haya querido otro heredero para su casa, que para sus dominios rurales, o para su dinero, cuando no ha hecho una declaración expresa por testamento”.

La otra teoría es la del fraccionamiento, de origen germánico, que considera a la sucesión como un reparto del patrimonio del causante. Por lo tanto pueden repartirse en forma distinta en distintas jurisdicciones.

Nuestra legislación, como ya dijimos, adopta la teoría de la unidad y aplica a la sucesión la ley del último domicilio del causante conforme al art. 3283 del C. Civil.

En la actualidad, observa la Dra. Olga Orlandi<sup>69</sup>, dentro del Derecho Internacional Privado comienza a destacarse la expansión de la autonomía de la voluntad incluso en el derecho de familia, como una derivación del principio de libertad individual. Surgen nuevas tendencias en materia sucesoria como los pactos sucesorios y el derecho a elegir la ley aplicable.

Los pactos sucesorios previstos en algunas legislaciones de raigambre anglosajona y desconocidos en legislaciones latinas, fueron regulados en la

---

<sup>69</sup> Orlandi, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, p. 64

Convención de La Haya<sup>70</sup> sobre Ley Aplicable a las sucesiones por causa de muerte, en el Capítulo III, en los siguientes términos:

“SUCESIONES CONTRACTUALES Artículo 8: A los efectos del presente capítulo, se entenderá por pacto sucesorio todo acuerdo realizado por escrito o resultante de testamentos mutuos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión futura de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo.

Artículo 9: 1. Cuando el pacto se refiera a la sucesión de una sola persona, su validez en cuanto al fondo, sus efectos y las circunstancias que den lugar a la extinción de tales efectos se regirán por la ley que, en virtud del artículo 3 ó del apartado 1 del artículo 5, habría sido aplicable a la sucesión de dicha persona en caso de fallecer ésta en la fecha de conclusión del acuerdo.

2. Aun en el caso de que, según dicha ley, el pacto no sea válido, se admitirá su validez cuando dicho pacto lo sea según la ley aplicable a la sucesión en el momento del fallecimiento, en virtud del artículo 3 ó del apartado 1 del artículo 5. Esta misma ley regirá en tal caso los efectos del pacto y las circunstancias que den lugar a la extinción de tales efectos.

Artículo 10: 1. Cuando el pacto se refiera a la sucesión de más de una persona, el acuerdo tendrá validez en cuanto al fondo únicamente en el caso de que tal validez sea admitida por cada una de las leyes que, en virtud del artículo 3 ó del apartado 1 del artículo 5, habrían sido aplicables a la sucesión

---

<sup>70</sup> Convenio sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte (*hecho en La Haya, el 1 de agosto de 1989*) CAPITULO III - SUCESIONES CONTRACTUALES  
[http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.text&cid=62](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=62)

de cada una de dichas personas en caso de que éstas hubieran fallecido en la fecha de conclusión del acuerdo.

2. Los efectos del pacto y las circunstancias que den lugar a la extinción de los mismos serán los reconocidos por el conjunto de dichas leyes.

Artículo 11: Las partes podrán convenir, por designación expresa, someter el pacto, en lo que se refiere a su validez en cuanto al fondo, sus efectos y las circunstancias que den lugar a la extinción de estos últimos, a la ley de un Estado en el cual en el momento de concluirse el pacto tuviera su residencia habitual o del que fuera nacional la persona o cualquiera de las personas de cuya sucesión se trate.

Artículo 12: 1. La validez en cuanto al fondo de un pacto sucesorio válido según la ley aplicable en virtud de los artículos 9, 10 u 11 no podrá impugnarse fundándose en que el acuerdo sería inválido según la ley aplicable en virtud del artículo 3 ó del apartado 1 del artículo 5.

3. Sin embargo, la aplicación de la ley prevista en los artículos 9, 10 u 11 no perjudicará los derechos de cualquier tercero que no sea parte en el pacto y que, según la ley aplicable a la sucesión en virtud del artículo 3 ó del apartado 1 del artículo 5, tenga derecho a una porción de bienes u otro derecho del cual no pueda ser privado por la persona de cuya sucesión se trate”.-

## **VI. DESARROLLO DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA.**

A partir de este punto intentaré, encontrar una respuesta a la tesis planteada, es decir:

- ¿Es justo nuestro sistema legal vigente en materia de determinación de la porción legítima que corresponde a los herederos forzosos?
- ¿Hay razones que avalen la modificación de dicho sistema, posibilitando soluciones equitativas ante concretas circunstancias familiares?

Para fundamentar mis conclusiones me basaré en tres pilares esenciales:

- la crisis familiar,
- la libertad de testar y
- la educación del ciudadano respecto de sus derechos.

Previo a desarrollar mis argumentaciones citaré a Aristóteles, para que sus reflexiones sean mi guía, cuando en su libro “Ética Eudemia” dice: ... *“debemos intentar convencer por medio de argumentos, empleando los hechos observados como de prueba y ejemplo. Lo mejor, en efecto, sería que todos los hombres estuvieran claramente de acuerdo en lo que vamos a decir, pero si esto no es posible, al menos que todos estén de acuerdo de alguna manera, lo cual deberá provocar un cambio progresivo. Todo hombre, pues, tiene algo propio en relación con la verdad, y partiendo de esto, debemos aportar alguna especie de prueba sobre estas materias. Partiendo, pues, de juicios verdaderos, pero oscuros, y avanzando, llegaremos a otros claros, si reemplazamos las afirmaciones confusas habituales por otras más conocidas. Y en cada*

*investigación hay diferencias entre los argumentos expresados filosóficamente y los que no lo son; por esto, incluso en el dominio político, no debemos pensar que es superfluo un estudio tal que manifieste no solamente la naturaleza de una cosa, sino también su causa, pues éste es el procedimiento filosófico de cada campo de investigación”<sup>71</sup>.*-

La evolución de la sociedad debe ser acompañada por la evolución del Derecho. Estas modificaciones sociales se dan en forma natural y no pueden limitarse ni impedirse aunque una ley así lo ordene.

Las normas que forman parte del derecho sucesorio son en su mayoría de carácter coactivo e inderogable por la voluntad de las partes, es decir de orden público, y específicamente la institución de la legítima hereditaria limita el derecho del causante a testar libremente, frente a las expectativas de sus herederos de recibir su patrimonio casi en su totalidad.

El principio de la autonomía de la voluntad debe tener mayor espacio de realización, tanto en el derecho de familia, considerando como se ha ido modificando la estructura familiar a lo largo de estos últimos años surgiendo el concepto de familias ensambladas, como también en el derecho sucesorio, estableciéndose cierta limitación de orden público con el único objetivo de fortalecer la unidad básica de la sociedad, es decir la familia, y basándose en los principios de solidaridad y responsabilidad familiar.

El orden público que limita la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio se fundamenta en el “interés familiar” pero el concepto de familia es dinámico y ha evolucionado desde el siglo pasado.

---

<sup>71</sup> Aristóteles, “Ética Nicomaquea – Ética Eudemia”, Madrid, Ed. Gredos, 1998, p. 421

Entonces el desafío legislativo será permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad, respetando aún más la normativa constitucional incluida en el art. 19, sin desproteger los valores de la solidaridad y la equidad.

En el específico caso de la sociedad argentina el legislador deberá considerar la profunda tradición de nuestro pueblo que ama a la familia, la respeta y quiere protegerla, cuando sancione alguna modificación al régimen sucesorio vigente.

Esto significa que nuestra idiosincrasia no es igual a la sociedad anglosajona, donde la libertad de testar es absoluta, aquí la tradición familiar se basa en una familia con raigambre latino, producto de la gran inmigración que se produjo a principios del siglo pasado y con anterioridad también.

En general es muy fuerte el lazo afectivo que une a los miembros de las familias. Por esta tradición que menciono es habitual que los bienes se transmitan de generación a generación; no sólo aquellos de gran valor económico sino también los que sólo tienen un significado afectivo.

Consideramos que si bien esta tradición continúa, también comienzan a surgir algunos casos especiales donde se confunden los roles o existen dos personas que cumplen el mismo rol, como cuando los hijos comparten la familia de origen con su padre biológico y el nuevo hogar (formado por la madre biológica y otra persona) con la presencia de otro padre de familia- biológico para sus medios hermanos si los hubiere y afín para ellos. ¿Qué rol desempeñan los miembros de esta familia ensamblada? Existe un padre biológico de sus medios hermanos (porque tienen la misma madre), pero respecto del hijo del matrimonio anterior sólo los une lazos emocionales, tal vez

más fuertes que los biológicos, por ejemplo si suponemos un padre biológico ausente y despreocupado.

Ya es hora que el Derecho se ocupe de situaciones no tradicionales, novedosas e incompatibles con la legislación vigente. Si el hombre es capaz de crear relaciones emocionales tan complicadas, porque no será capaz de, utilizando en plenitud su libertad, decidir la disposición de sus bienes para después de su muerte. En muchas ocasiones una legislación más amplia, una flexibilización de ciertas normas muy estrictas permitirían la resolución de los conflictos en el seno familiar, sin la intervención de un juez.

Ahora bien, respetando ese valor familiar tradicional que existe en nuestra sociedad y con el objetivo de conservarlo como fundamento de generaciones venideras, es que el legislador debe modificar las normas pero manteniendo una mínima limitación que asegure el sostenimiento y la unión de la familia. del concepto de familia como dinámico debemos destacar su importancia en la realización del hombre.

En el seno familiar sus integrantes tienen la posibilidad de desarrollarse y realizarse frente a la sociedad, les confiere seguridad y contención.

Esperamos, que si bien la conformación de la familia ha variado, ésta nunca pierda su inmensurable valor como base fundamental de nuestra sociedad y es por esto que debe ser protegida en toda su complejidad.

Analizaremos a continuación los argumentos que fundamentan nuestra posición a fin de otorgar una solución en la cual la legítima sea equitativa para todos los integrantes de la familia, sin dejar de lado la voluntad del causante y

las necesidades especiales de los herederos en situación de riesgo. De esta forma trataremos de exponer una solución eficaz al problema de la legítima.

## 1.- EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.

Como punto de inicio para este análisis debemos interiorizarnos en el concepto, relevancia jurídica y evolución de la **FAMILIA**.

Previamente es oportuno citar las palabras de su Santidad Juan Pablo II en su encíclica *Familiaris Consortio* cuando nos habla a los católicos, respecto de la misión de la familia diciendo: *“En el designio de Dios Creador y Redentor la familia descubre no sólo su «identidad», lo que «es», sino también su «misión», lo que puede y debe «hacer». El cometido, que ella por vocación de Dios está llamada a desempeñar en la historia, brota de su mismo ser y representa su desarrollo dinámico y existencial. Toda familia descubre y encuentra en sí misma la llamada imborrable, que define a la vez su dignidad y su responsabilidad: familia, ¡«sé» lo que «eres»!*<sup>72</sup>.-

Pasando al plano jurídico y conforme lo analiza Lafaille<sup>73</sup> para el estudio de la familia, ésta debe ser considerada en un sentido estricto y otro amplio vinculada a los efectos jurídicos que origina.

---

<sup>72</sup> Exhortación apostólica FAMILIARIS CONSORTIO de su Santidad Juan Pablo II al episcopado, al clero y a los fieles de toda la Iglesia sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual. Tercera parte, Misión de la familia cristiana. Pto. 17 - 22 de noviembre de 1981  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_exhortations/documents/hf\\_jp-ii\\_exh\\_19811122\\_familiaris-consortio\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio_sp.html)

<sup>73</sup> LAFAILLE, Héctor “Curso de Derecho Civil DERECHO DE FAMILIA”, Buenos Aires, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1930, p. 10

En el sentido estricto cuando hablamos de familia la relacionamos con los padres e hijos, es decir *“la sociedad natural que nace del matrimonio y de la filiación”* como bien dice el autor nombrado, da lugar al régimen de la legítima pues en el derecho sucesorio los herederos forzosos son exclusivamente esos miembros quienes desplazan a los colaterales.

En una expresión más genérica el concepto de familia abarcaría todos los parientes aunque no hagan vida en común e incluso no tengan un patrimonio en conjunto.

En la obra citada, escrita en 1930, el autor se refiere a los inicios de la familia como un organismo natural, con arraigo biológico, pudiéndose comparar con la especie animal, pero surgiendo entre los hombres sentimientos de amor, maternidad, ayuda recíproca y convirtiendo las uniones transitorias en permanentes. Sin embargo vislumbra hace ya 80 años la crisis de esta institución, al reflexionar lo siguiente: *“La causa principal de su declinación en nuestros tiempos, es el debilitamiento progresivo de las fuerzas que crearon y consolidaron el núcleo; cuando cada uno procuró “vivir su vida”, se relajó el vínculo conyugal y surgieron las emancipaciones precoces, el abandono frecuente, con el empeño humano y egoísta de eludir las responsabilidades de las cargas”*. Y continúa diciendo *“el estatuto legal de la familia no siempre se ajusta ni se ha ajustado a través de la historia, de una manera rigurosa al cuadro natural de la misma, de suerte que este concepto primario ha sufrido a veces deformaciones por motivos de interés público más o menos legítimos”*<sup>74</sup>.-

---

<sup>74</sup> Ibíd. p. 11, 14

Finalmente se plantea el autor *¿Cuál es el papel de los poderes públicos ante la familia en decadencia?* Y responde citando a Planiol y Ripert: *“Este movimiento intervencionista, no pueden sino probarse cuando está inspirado por un pensamiento de protección para los miembros más débiles de la sociedad. Es de desear tan sólo que el Estado disponga de órganos capaces para ejercer este derecho de contralor y luego, que no ceda a la tentación de aumentar sus facultades en detrimento de la autoridad paterna, olvidando que la familia es una sociedad natural cuyo jefe es el padre”*<sup>75</sup>.-

Indudablemente este autor vislumbra la crisis familiar esgrimiendo algunas causas que en la actualidad han sido sanamente derogadas como la incapacidad de la mujer casada o la diferencia entre hijos legítimos o naturales.-

Esta opinión reafirma que la familia está en constante evolución, modificando su estructura: se circunscribe a padres e hijos, luego se amplía a padres biológicos y afines, etc.

Es tan compleja su dinámica que necesita mayor libertad de acción en cuanto a sus derechos y el ejercicio de los mismos para evitar contradicciones con la ley que traigan como consecuencias conflictos entre sus miembros.

Por otra parte estos conflictos sólo pueden ser solucionados por quienes conocen desde su nacimiento a esa familia, pues un juez podrá poner punto final a un litigio pero los sentimientos contrapuestos que ese litigio originó en los miembros de esa familia, posiblemente no se superen por años.

---

<sup>75</sup> Ibíd. p.26 cita Planiol M. Ripert G. con la colaboración de Rouast A. “La famille” París, 1926 p. 4

La familia produce efectos jurídicos incuestionables para sus fundadores como para el resto de los integrantes regulados en el Derecho de Familia y consecuentemente en el Derecho Sucesorio, pues a pesar de su crisis, es obviamente una institución de gran trascendencia pero al mismo tiempo vulnerable, por esta razón es tan importante detenerse a incursionar en la evolución y crisis familiar para lograr esgrimir una posible solución.-

Como bien expresa Mazzinghi: *“El hombre es inconcebible sin relaciones familiares. La criatura humana es en sí misma incompleta, en cuanto no puede realizar normalmente una de las funciones propias de los seres vivos – multiplicarse–, sin la colaboración de una persona del sexo opuesto. De este ayuntamiento, nacido de la atracción mutua, física y psíquica, entre dos seres, surge, con el advenimiento de la prole, un núcleo humano, una comunidad de personas, que, aun en las culturas poco evolucionadas, tiende a estabilizarse, a formar una sociedad permanente, sujeta a ciertas reglas”*<sup>76</sup>.-

Agrega el autor citado que la familia tiene leyes propias anteriores a las normas vigentes que deben ser reconocidas y aceptadas por el derecho positivo.<sup>77</sup>

### **La evolución de la familia argentina – su régimen jurídico.**

Para referirnos a los comienzos de la familia argentina debemos remitirnos a la época de la colonia y en consecuencia a la familia española.

---

<sup>76</sup> Mazzinghi, Jorge Adolfo “Tratado de Derecho de Familia” Tomo I, 4º Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006 p. 1

<sup>77</sup> Ibíd. p. 4

Remontándonos hasta el siglo XVI, época de la conquista española encontramos en España una familia con un profundo carácter religioso, con exclusión de los que no eran católicos. En España estaba prohibido el matrimonio con un “hereje”, regla que era más severa que el derecho canónico, para el cual era un impedimento dispensable, reservando la nulidad para cuando se trataba de infieles.

Además la familia española era de abolengo feudal, reflejado en la institución del mayorazgo y el retracto gentilicio, es decir el derecho conferido a los parientes de grado próximo para recuperar, dentro de un plazo prefijado, los bienes vendidos, a fin de sustraerlos de la comunidad.

Por otra parte el padre tenía amplias facultades respecto de sus hijos y el marido sobre la mujer.

El derecho de oponerse al matrimonio era casi ilimitado, los menores eran incapaces hasta los veinticinco años y el adulterio de la mujer se castigaba con la pena de muerte.

El estado tenía una intervención restringida dentro de la familia que era dirigida con amplias facultades por el padre, de todos modos protegía a los más débiles; es así como el marido como representante de los incapaces tenía sus bienes gravados con una hipoteca legal en garantía del cumplimiento de sus deberes.

La organización política que comienza en nuestra patria a partir de 1810 con características democráticas y liberales inspiradas en la Revolución francesa estaba en contra de ciertos preceptos españoles monárquicos y feudales.

Los primeros pasos, para adecuar el derecho a nuestra idiosincrasia, son dados por la Asamblea del año XIII cuando decreta la abolición de la esclavitud para el futuro con la libertad de vientres y la servidumbre indígena (mita y yanaconazgo), otorgándoles a los naturales los mismos derechos políticos. También suprime el mayorazgo, modificando sustancialmente el derecho sucesorio; aunque las leyes españolas subsistieron hasta la sanción del Código Civil.

Durante este período sin gobiernos estables se dictaron algunas leyes de importancia. En 1814 se crearon las Defensorías de incapaces. A partir de 1824 en épocas de Rivadavia, comienza una tendencia de secularización del matrimonio, se sustrajo de la jurisdicción eclesiástica las causas matrimoniales. Posteriormente se creó el Registro de disidentes o personas sin religión para permitirles celebrar válidamente sus casamientos.

En 1857 se dictó una ley que establecía que el cónyuge desplazaba a los parientes colaterales en la sucesión del otro. También se reglamentó la manera de llevar los registros parroquiales exigiendo además de la firma del párroco la de los contrayentes y testigos bajo pena de nulidad.

Después de Caseros, en 1867 la Provincia de Santa Fe sancionó una ley de matrimonio civil obligatorio que suscitó un conflicto con el obispado de Paraná provocando su derogación.

En 1871 entra en vigencia el Código Civil argentino.

Vélez Sarsfield le dedicó a la regulación jurídica de la familia la Sección Segunda: “De los derechos personales en las relaciones de familia” del Libro Primero que se refiere a las personas; incluyendo en el Libro Segundo, Título II,

Sección Tercera: “De las obligaciones que nacen de los contratos” en su Título 2 la regulación de la sociedad conyugal.

El Código Civil tal como lo redactó Vélez Sarsfield mantuvo la aplicación de las normas de la Iglesia Católica para la celebración de los matrimonios entre católicos y para los no católicos las formas de práctica según los cultos disidentes exigiendo una dispensa eclesiástica si uno de los cónyuges era católico. Poco tiempo después y ante el vacío legal respecto del matrimonio de personas que carecieran de religión o cuyo culto no fuera el católico, se dictó la ley 2.393 sancionada en 1888 que establecía el matrimonio civil.

Otras fueron las reformas y disposiciones legales que incorporaron modificaciones en el derecho de familia, entre las más importantes podemos destacar las siguientes:

La organización de los registros del estado civil de las personas en 1884; la ley 10.903 que crea el patronato de menores; la ley 11.357 de 1926 sobre los derechos civiles de la mujer casada, que intenta reconocer la capacidad de la mujer casada pero no deroga el art. 55 inc. 2 que la consideraba incapaz de hecho relativa, luego con la reforma de la ley 17.711 quedó saneado y la mujer casada recuperó casi toda su capacidad e igualdad jurídica con el hombre.

En 1948 se incorpora al Código por ley 13.252 la institución de la adopción de menores, sustituida luego por la ley 19.134 y finalmente, en la actualidad, por la ley 24.779; la ley 13.944 de 1950 luego modificada por la ley 24.029 tipifica el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; la ley 14.394 de año 1954 que contiene varias reformas en relación a la familia como la edad mínima para contraer matrimonio, normas sobre divorcio vincular

(luego derogadas y posteriormente sustituidas por la ley 23.515), la constitución de bien de familia.; el decreto ley 8.203/63 que crea un régimen único de registro del estado civil y capacidad de las personas; la ley 18.248 de 1969 sobre el nombre de las personas, hasta ese entonces se aplicaba al respecto la costumbre; la ley 21.040 de 1975 que agrega al Código Civil el art. 376 bis sobre el derecho de visitas.

En 1968 fue sancionada la ley 17.711 que introdujo una gran modificación del Código Civil entre ellas, la incorporación del art 67 bis sobre el divorcio por presentación conjunta de los cónyuges; derogó el art. 55 inc. 2 confiriendo plena capacidad de obrar a la mujer mayor de edad, cualquiera fuese su estado civil, modificando también la gestión de los bienes dentro del matrimonio.

Dos reformas posteriores son de relevancia en materia de derecho de familia, la ley 23.264 sobre filiación y patria potestad, otorgando ésta última a ambos progenitores y la ley 23.515 que incorpora a nuestra legislación el divorcio vincular. Finalmente en 2010 se dictó la ley 26.618 sobre el matrimonio igualitario pudiendo contraer matrimonio personas de igual sexo.-

Por otra parte, la reforma Constitucional de 1994 incorpora en el art. 75 inc. 22 una serie de Tratados Internacionales otorgándoles jerarquía constitucional. Algunos de estos Tratados, por la jerarquía obtenida en la reforma, implican la adecuación de las normas vigentes a sus disposiciones.

Según explicación del Dr. Salerno estos Tratados forman una serie de reglas de estricto cumplimiento, otorgando pautas obligatorias para la labor interpretativa. Textualmente nos dice:

*“Constituyen una suerte de programa a realizar, orientando la evolución del derecho y, por ende, también de la jurisprudencia. No es posible rebelarse contra sus axiomas, ni relativizarlos, pues ello implica incurrir en inconstitucionalidad”<sup>78</sup>.*

Conforme nos explica Zannoni<sup>79</sup> podemos citar los siguientes Tratados Internacionales que contienen preceptos referidos al derecho de familia:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica
- Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
- Convención sobre los Derechos del Niño que ha motivado la sanción de la ley 26.061 sobre la Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.-

Luego de exponer brevemente la evolución del derecho de familia debo tomar el camino que me dirige a uno de los pilares en los que fundamento mi

---

<sup>78</sup> Salerno, Marcelo Urbano “DERECHO CIVIL PROFUNDIZADO”, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998, p. 283/284

<sup>79</sup> Zannoni, Eduardo A., “Derecho de Familia”, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 27

propuesta final acerca de la flexibilización de la legítima: el cambio producido en la estructura familiar que deriva en las llamadas familias ensambladas

No hay duda que la institución familiar ha evolucionado junto con la evolución social, económica y cultural, y en la actualidad su formación tradicional se ve afectada por los consecutivos vínculos conyugales en los cuales muchos de los miembros de la sociedad incursionan, dando lugar a las nuevas formas familiares o familias ensambladas.

Si bien antiguamente la familia cumplía funciones económicas siendo ella misma la unidad de producción de bienes; también las tenía en cuestiones religiosas pues en su seno se practicaba el culto, y en las políticas pues era un centro de poder, estas circunstancias fueron variando. Luego de la revolución industrial, el trabajo y la producción quedan fuera del ámbito familiar que centraliza sus funciones en la reproducción generacional y se constituye nada menos que en el sostén emocional de sus integrantes.

El Dr. Zannoni<sup>80</sup> plantea las consecuencias de la mutación de los modelos tradicionales de familia, como tanto el hombre como la mujer comenzaron a buscar fuera de la familia centros de seguridad económica, aumentando las empresas con forma de sociedad jurídica que preservaban el anonimato, produciendo los siguientes efectos en materia especialmente sucesoria además de otros de índole educacional y social:

---

<sup>80</sup> Ibíd, p. 39

- el capital dejó cada vez más de transmitirse por las reglas de la herencia para realizarse a través de los mecanismos previstos en el derecho societario.
- Existe una tensión entre el derecho hereditario y el derecho comercial. Por un lado el derecho civil que protege los derechos hereditarios mediante la legítima o los órdenes sucesorios y por el otro el derecho comercial que privilegió la libre circulación de capitales mediante la utilización de las sociedades anónimas y la posibilidad de provocar la realización de fraude para evitar las limitaciones legales.

La familia según Zannoni, autor recientemente citado, se ha convertido en un ámbito de encuentros. Al debilitarse los vínculos de dependencia y de autoridad que sujetaban a sus miembros y les hacía imposible o muy difícil abandonarla. Actualmente la autorrealización personal se encuentra fuera de la familia.

Afirma además que el derecho de familia de los próximos lustros deberá asumir el desafío de la libertad del hombre en su mundo transitorio y cambiante. Agregamos que también el derecho sucesorio deberá adecuarse a los cambios en el hombre y en la sociedad ampliando las libertades testamentarias.

Esta modificación legislativa ya está en marcha; observamos como las reformas legislativas imponen la igualdad entre los cónyuges tanto en relación a los bienes como en relación a sus hijos. El estado poco a poco y conforme las exigencias sociales deja de interferir en el seno familiar salvo que las acciones de los padres afecten a los hijos menores o incapaces.

*“El problema consiste (según Mazzinghi) en determinar hasta qué punto es legítima la acción del Estado dentro del ámbito familiar, y este problema se plantea agudamente en la sociedad moderna, caracterizada por la convivencia entre un desorbitado individualismo y un fortalecimiento del poder estatal, que a veces se extralimita en desmedro de la familia. No resulta fácil, pues, trazar con precisión la línea que separa la zona de acción reservada a la familia, asegurándole una esfera de solidaria privacidad, de aquella otra donde es legítimo que se ejerza la acción del Estado”<sup>81</sup>.* -

En su libro “Uniones de Hecho” el Dr. Capparelli<sup>82</sup> explica como el siglo XX implicó un cambio en la vida de la familia. Cita como causales las dos guerras mundiales, que trajeron cambios en la vida social derivados del progreso tecnológico, científico y especialmente hace referencia al nuevo lugar que ocupa la mujer en el trabajo. De esta forma cambiaron los roles familiares, la obligación alimentaria del hombre hacia la mujer se transformó, *“en virtud del principio de la igualdad y por imperio de las nuevas circunstancias sociales”*, dice el autor, en una obligación recíproca.-

La familia actual tiene su fundamento en el amor conyugal, en la necesidad de unirse, y fundándose en las creencias de ambos cónyuges tienen paracomio fin llevar adelante el proyecto de vida en común con la necesidad de transmitirlo a sus hijos.

---

<sup>81</sup> Mazzinghi, Jorge Adolfo “Tratado de Derecho de Familia” Tomo I, 4º Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006 p.7

<sup>82</sup> Capparelli, Julio Cesar “Uniones de Hecho” , Buenos Aires, El Derecho, 2010, p.49

Cuando este proyecto en común fracasa, cuando los cónyuges ya no tienen las mismas convicciones o porque han cambiado o porque ya no comparten las mismas expectativas de vida se produce una discrepancia tal que ambos no pueden tolerar, concluyendo en el divorcio.

Cuando el principio de indisolubilidad del matrimonio ya no era respetado por todos, la ley debió ser reformada acompañando una sociedad que ya había cambiado.

Sin embargo se respetó la tradición católica, indudable de nuestro pueblo, manteniendo las normas que permiten la separación de bienes sin romper el vínculo marital. Los legisladores incorporaron el divorcio vincular agregando las normas necesarias para el cuidado y la protección de los hijos menores, procurando que estos mantengan el mismo estilo de vida que tenían antes de la ruptura marital.

A continuación de la ruptura del primer matrimonio ambos ex cónyuges están en libertad de volver a formar otra familia, aquí entonces, comienzan los problemas que aún la ley no contempla integralmente acerca de las familias ensambladas.

Especialistas en el tema como Grosman y Martínez Alcorta definen a la familia ensamblada como: *“la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa”*<sup>83</sup>.-

Este concepto puede referirse analógicamente a las segundas familias que existieron desde hace muchos años originadas en la viudez.

---

<sup>83</sup> Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene “FAMILIAS ENSAMBLADAS”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000, p.35

En la actualidad habiendo disminuido la mortalidad y aumentado el número de divorcios las familias ensambladas son mayoritariamente originadas por éste último.

Debemos destacar que la familia funciona protegiendo a sus integrantes en lo social y permitiéndole su desarrollo individual.

En las familias ensambladas resulta difícil lograr el sentido de solidaridad que requiere la familia en beneficio de sus componentes, es necesario formar un lugar de pertenencia respetando la individualidad y la historia de los hijos de cada cónyuge, y creando un nuevo contexto que incluya a aquellos y a los nuevos hijos comunes.

Desde el principio de la humanidad el hombre ha necesitado que existan normas que organicen su vida en sociedad. Indudablemente también la familia requiere basarse en normas que respeten su privacidad, pero aseguren un actuar responsable de sus integrantes adultos respecto de sus integrantes menores.

Siendo que la protección del niño es un tema de orden público el estado no puede olvidarse de estas situaciones y debe legislarlas en consideración a los cambios sociales que imperan en la actualidad.

En consecuencia, considerando estas nuevas circunstancias sociales, el legislador deberá flexibilizar la legislación ampliando el concepto de familia sin dejar desprotegido al niño o adolescente que aunque no tenga un vínculo biológico con el adulto, si tiene un lazo afectivo surgido dentro del seno familiar.

En nuestra legislación el vínculo entre los hijos de un cónyuge con el otro es un parentesco por afinidad conforme art. 363 CC en cambio no hay parentesco entre los parientes consanguíneos de un cónyuge con los del otro art. 364 CC.-

Debemos hacer un paréntesis para explicar que dentro de algunas ramas del derecho, tales como el derecho de la seguridad social y el derecho laboral, surgió la necesidad de proteger las uniones de hecho, derivadas de un vínculo afectivo y no jurídico.

En este sentido nos explica el Dr. Capparelli en su libro (ya citado) que la ley otorga el derecho a pensión, en caso del fallecimiento del afiliado a la conviviente aunque ésta no tenga derechos sucesorios. En el derecho de la seguridad social, dice el autor, la convivencia probada, pasa a ser un elemento para definir el vínculo familiar que no surge del matrimonio ni de la generación<sup>84</sup>.-

Textualmente la ley 24.241 así lo establece en el art. 53: “En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:

- a) La viuda.
- b) El viudo.
- c) La conviviente.
- d) El conviviente.

---

<sup>84</sup> Capparelli, Julio Cesar “Uniones de Hecho” , Buenos Aires, El Derecho, 2010, p.56

e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los dieciocho (18) años de edad.

La limitación a la edad establecida en el inciso e) no rige si los derechohabientes se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho (18) años de edad.

Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando concurre en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular. La autoridad de aplicación podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derechohabiente estuvo a cargo del causante.

En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante

---

otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.” (el subrayado es mío)

También la ley de Contrato Laboral (ley 20.744) contempla el caso de convivencia sin vínculo marital ante la indemnización por muerte del trabajador cuando en el art. 248 textualmente establece:

“En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento.

Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento.

Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causahabientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador”.-

Sorprende que la ley sólo se refiera al caso de la viuda, al respecto el Dr. Capparelli realiza la siguiente reflexión *“El criterio legal surge de una realidad social que no es la actual. Esto no significa una posición peyorativa respecto de la mujer, sino la constatación de que las tareas del hogar y la crianza de los hijos estaban a cargo de la mujer. La realidad actual es diferente – no por eso es mejor –, de donde es lógico que el criterio legal se modifique”*. Con relación a lo expuesto cita un interesante fallo de la Cámara Nacional de Apelación del Trabajo, sala III, de 1990, en el cual alegando la igualdad de trato contemplada en el art. 81 de la ley de contrato de trabajo, se resolvió que la indemnización laboral beneficia indistintamente a la mujer o al varón en su carácter de cónyuge supérstite<sup>85</sup>.-

En cambio, el derecho hereditario ignora la realidad de las familias ensambladas, cuando en realidad, dadas ciertas circunstancias, cabría presumir la voluntad de beneficiar al hijo afín o viceversa.

En nuestra legislación una persona sólo puede beneficiar al hijo del otro cónyuge por vía testamentaria, limitado a su porción disponible si tuviere herederos legitimarios. Tampoco podrá hacerlo por donación conforme art. 1807 CC.

Por otra parte, en nuestra sociedad no es una práctica habitual la de testar (tal vez producto de una educación deficiente respecto al ejercicio de nuestros derechos civiles), en consecuencia quien no tiene herederos forzosos y muere sin testar con la voluntad de transmitir sus bienes al hijo afín, deseo nacido de un vínculo efectivo más fuerte que el nexo biológico, se frustra y un

---

<sup>85</sup> Ibíd. p. 8

heredero colateral de 4° grado puede heredarlo desplazando al hijo afín o en caso de herencia vacante se transmitirán sus bienes al Fisco.

En el Derecho Comparado, por ejemplo en algunos estados de EEUU como Maryland, Connecticut y South Carolina se incluye a los hijos afines entre los herederos sólo si no hay otros parientes para que los bienes no pasen al Estado evitando una herencia que se reputa vacante.

El Estatuto de California (sección 6408) considera a los hijos afines entre los herederos, sin tales restricciones, pero con ciertas condiciones:

- 1) que las relaciones hubieran comenzado durante la minoría de edad del hijo afín;
- 2) deben darse claras evidencias de que el padre afín hubiera adoptado al menor de no haber existido barreras legales;
- 3) la relación entre ellos se hubiera mantenido en la adultez del hijo afín incluso después de haberse disuelto el lazo conyugal por divorcio o fallecimiento<sup>86</sup>.-

El Estatuto de California permite que el hijo afín y sus descendientes hereden al padre/madre afín pero no a la inversa.

En algunos ordenamientos de los EEUU se otorga significación jurídica al hecho de que un adulto asumiera voluntariamente responsabilidades parentales.

---

<sup>86</sup> Mahoney, Margaret M. "Stepfamilies in the law of Intestate Succession and Wills, Rev. University of California, Ed. Davis, vol.22 ps.916 y ss. citado en Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene "FAMILIAS ENSAMBLADAS", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000, p.335

Los hechos que permiten determinar este status son: vivir en el mismo hogar; realizar tareas domésticas relacionadas al cuidado del niño; gastos de manutención; o labores propias del ejercicio de la función parental.

En Inglaterra la institución de la legítima no está regulada, en consecuencia cada persona puede testar libremente, salvando el derecho a una especie de cuota alimentaria o como es denominada en el derecho anglosajón: *family provision*, que pueden solicitar el cónyuge, los hijos y otras personas que en vida del causante dependieran de éste.-

En el libro sobre familias ensamblas ya citado, sus autoras Grosman y Martínez Alcorta, refieren una investigación realizada por Fulchiron quien destaca que en la actualidad los interesados se dirigen a los notarios para asesorarse sobre como distribuir equitativamente sus bienes entre los niños de la nueva constelación familiar<sup>87</sup>.-

Las autoras citadas opinan que el derecho sucesorio debería considerar el vínculo padre/madre afín e hijo afín estableciendo tres condiciones:

- 1) la existencia de una convivencia de cierta duración;
- 2) haber asumido el padre afín el cuidado del hijo afín;
- 3) mantenerse las relaciones entre padres e hijos afines aun luego de haberse disuelto el vínculo conyugal que originó la afinidad<sup>88</sup>.-

---

<sup>87</sup> Fulchiron, H.: La transmisión des biens dans les familles recomposées: entre trop de droit et pas de droits, en Meuldeurs-Klein y Théry (dir): Les recompositions familiales aujourd'hui, Ed. Nathan Paris, 1993, p.281 en Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene "FAMILIAS ENSAMBLADAS", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000, p.338

<sup>88</sup> Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene "FAMILIAS ENSAMBLADAS", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000, p.338

Y proponen que una solución prudente sería crear un sistema similar al que rige para la adopción simple. Entonces los bienes propios de un cónyuge que provienen de la unión anterior serán heredados por los hijos de dicha unión, y sobre los bienes gananciales de la segunda unión heredarían los hijos propios y afines, estos últimos siempre que se respeten ciertas condiciones como la existencia de un lazo afectivo y la voluntad del causante de favorecer a todos los hijos por igual<sup>89</sup>.

Podemos ahora revisar un ejemplo válido de estas familias nuevas, un caso concreto que llegó a mi estudio para su consulta jurídica y que encaja perfectamente dentro de la problemática planteada.

Se trata de una familia compuesta por los padres casados en segundas nupcias y cuatro hijos. Al contraer nupcias tanto el padre como la madre tenían un hijo, fruto de sus respectivos matrimonios anteriores, habiendo luego nacido dos hijos fruto de la nueva unión. Conforme a la ley vigente, si falleciera el padre, sin testar, sus tres hijos (uno de su anterior matrimonio y dos del segundo), reciben por partes iguales la mitad de los bienes gananciales correspondientes a su progenitor, además de concurrir, respecto de los propios, con la cónyuge supérstite. En tal supuesto el padre sólo podría haber dispuesto del 20 % de su patrimonio (porción disponible en este caso) en beneficio del hijo de su cónyuge. Y al fallecer la cónyuge supérstite la heredarán a su vez sus tres hijos respecto de todo el acervo, quedando excluido el hijo de su esposo prefallecido. También aquí ella sólo podría disponer del 20 % a favor de él.

---

<sup>89</sup> Ibíd., p.340

En el caso de que fuera la esposa quien falleciera antes que su marido, se plantearía la misma situación y consecuencias, aunque a la inversa.

La desigualdad antes presentada puede ciertamente afectar a la familia, pues es normal, y con mayor razón si la convivencia se ha extendido en el tiempo, que ambos cónyuges no hagan diferencia alguna entre los cuatro hijos, pues han desarrollado una historia familiar común que los lleva a considerar a todos los hijos por igual, respetando sus propias identidades. Asimismo, en el caso, la porción disponible del 20 % sólo remediaría parcialmente aquella desigualdad de tratamiento que resulta de la ley.

Si la razón principal de la legítima es la trascendencia y protección de la familia así como la solidaridad entre sus miembros, cabe entonces preguntarse por qué la aplicación estricta de la ley en esta situación concreta se torna injusta.

Nuevamente las sabias reflexiones de Aristóteles<sup>90</sup> dan sustento a nuestras propias manifestaciones: *“Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error. Y no es por eso menos correcta, porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas. Por tanto, cuando la ley presenta un caso*

---

<sup>90</sup> Aristóteles, “Ética Nicomaquea – Ética Eudemia”, Madrid, Ed. Gredos, 1998, p. 265

*universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido.”*

Entonces si la propuesta es ampliar la porción disponible del causante, éste podría con mayor libertad y equidad, disponer de sus bienes considerando a todos sus seres queridos, tanto los herederos biológicos como los que no lo son, pero que de todos modos, forman parte de su familia. Y con la implementación de una legítima hereditaria, con las mismas características de orden público como lo es actualmente, pero reducida en su cuantía significativamente la ley seguiría protegiendo a la familia.

Podría además, completarse con un sistema por el cual las obligaciones alimentarias que tenía en vida el causante se transmitieran a sus herederos forzosos quienes deberían hacer frente a ellas con la porción legítima, si es que el causante no testó en tal sentido.-

Para fundamentar aún más nuestro alegato podemos mencionar el Pacto de San José de Costa Rica cuando en su artículo 17 inc. 1 y 5 dice:

#### Protección a la Familia

1. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

5. “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”.

Asimismo en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, también incluida en nuestra Constitución con jerarquía constitucional, en su art. V expresa: “Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

Finalmente y como corolario de lo expresado citaremos la Encíclica de Juan Pablo II cuando dice:

*“Ciertamente la familia y la sociedad tienen una función complementaria en la defensa y en la promoción del bien de todos los hombres y de cada hombre. Pero la sociedad, y más específicamente el Estado, deben reconocer que la familia es una «sociedad que goza de un derecho propio y primordial» y por tanto, en sus relaciones con la familia, están gravemente obligados a atenerse al principio de subsidiaridad”<sup>91</sup>.*-

## **2.- LIBERTAD DE TESTAR**

Analizaremos ahora el segundo pilar propuesto como fundamento de mi argumentación, dirigida a la resolución de mi hipótesis:

### *LA LIBERTAD PARA TESTAR*

---

<sup>91</sup> Exhortación apostólica FAMILIARIS CONSORTIO de su Santidad Juan Pablo II al episcopado, al clero y a los fieles de toda la Iglesia sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual. Tercera parte. Misión de la Familia Cristiana. La sociedad al servicio de la familia. Pto. 45

Veremos como una limitación tan amplia a nuestra libertad, como lo es en la actualidad la institución de la legítima hereditaria, afecta garantías constitucionales.

Para discernir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la institución de la legítima debemos partir del DERECHO A LA LIBERTAD, consagrado en nuestra Constitución.

Bidart Campos, se refiere a la libertad en los siguientes términos: *“el deber ser ideal del valor justicia en el estado democrático exige adjudicar al hombre un suficiente espacio de libertad jurídicamente relevante y dotarlo de una esfera de libertad tan amplia como sea necesaria para desarrollar su personalidad”*<sup>92</sup> (el subrayado es mío).

La libertad es un valor y un derecho que el Estado debe garantizar, como derecho constitucional y antes que ello como derecho personalísimo, innato a nuestra personalidad y derivado del derecho natural, por ser conducentes al logro del fin del hombre. El Estado no los otorga ni crea, sino que los reconoce y los pone en marcha.

Pues como definió Santo Tomás, como derecho natural forma parte del conjunto de normas de validez universal, fundadas en la naturaleza humana y conocibles por la razón También considerado por Aristóteles como el derecho no escrito y común a todas las gentes.

Por lo tanto esta libertad, incluso anterior a otros derechos constitucionales, implica considerar al hombre como sujeto de derecho; con poder de disposición, respetando su voluntad y su intimidad.-

---

<sup>92</sup> Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1996, p.529

La importancia trascendental que tiene el concepto de libertad queda plasmada ya en el Preámbulo Constitucional cuando dice:

*“Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y **asegurar los beneficios de la libertad** para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino; invocando a la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Nación Argentina.”*

En este caso los Constituyentes se refirieron a los beneficios de la libertad civil y política, luego específicamente contemplados en los arts. 14, 14bis, 15, 19 y 20 para los extranjeros.

Expresa Bidart Campos en su libro (ya citado), que la libertad debe ser considerada como valor y como principio general dentro de nuestra Ley Fundamental.-

Por otro lado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) incorporada en el art. 75 inc. 22 de la C.N. con jerarquía constitucional consagra en su art 7.1 el Derecho a la Libertad Personal.

Es decir, que bajo esta regla se contemplan todas las actividades del ser humano, desde sus prácticas religiosas, la esfera de su intimidad, la formación

del núcleo familiar y la propagación de la especie, hasta el régimen de sus bienes y negocios...<sup>93</sup>.

No hay duda que la Constitución Nacional es la ley Suprema de la Nación conforme se establece en el art. 31 de la misma.

Los derechos y garantías establecidos por la ley fundamental no pueden ser ejercidos de manera absoluta sino que se encuentran limitados por las leyes que los reglamentan. Las leyes que reglamentan su ejercicio no pueden alterar los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (art. 28 C.N.).

La ley, al determinar legítimas tan altas, impone al testador una limitación casi completa a su libertad de testar, vulnerando su derecho a disponer libremente de la propiedad, e entonces, ¿esto, no sería inconstitucional?

Relacionado al tema explica el Dr. Salerno *“Es necesario establecer un límite a las prohibiciones, porque si éstas superasen a las conductas permitidas se estaría alterando el “status libertatis”. Más serio aún sería el caso si la regla se invirtiese y se pusiese en vigencia el principio contrario al que nos rige (art. 19 CN) o sea, cuando todo fuese prohibido, salvo si mediase una autorización expresa para realizar determinado acto”*<sup>94</sup>.

Analizaremos las implicancias de esta severa limitación dentro de nuestro derecho constitucional.

---

<sup>93</sup> Salerno, Marcelo Urbano “DERECHO CIVIL PROFUNDIZADO”, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998, p.259

<sup>94</sup> Ibíd., p.261

Como ya expresamos el art. 28 establece que las leyes que reglamenten el ejercicio de derechos constitucionales no los pueden alterar, respetando el principio de legalidad y razonabilidad.

Así en el art. 19 de la C.N. queda plasmado el principio de la legalidad cuando dice “nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella prohíbe”.

La finalidad de este principio es afianzar la seguridad individual del ciudadano.

También se refleja en el art. 53 del Código civil al referirse a las personas de existencia visible, cuando establece: “Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.”

Dicho principio se basa en dos postulados: por una parte el único que puede imponer obligaciones a los habitantes es el Congreso Nacional, por medio de la ley en sentido formal, y por otra parte la situación normal del individuo es la libertad que sólo puede ser restringida por una ley.

Entonces, este principio de legalidad que es esencialmente formalista, en cuanto exige la existencia de una ley que ordena o prohíbe algo, necesita estar acompañado por el principio de la razonabilidad de la norma para que sea constitucional. Esto significa que la ley debe responder a pautas de valor suficientes, un contenido material de justicia. Cuando la ley reglamentaria del

derecho, en lugar de restringirlo lo desvirtúa o desnaturaliza, deja de ser válida<sup>95</sup>.

Este principio de razonabilidad se ve cuestionado cuando las leyes aplican restricciones muy amplias a derechos consagrados constitucionalmente, o avasallan la autonomía de la voluntad, o contrarían el derecho a la igualdad y sobretodo cuando no tienen eficacia conforme los dictámenes de la sociedad en la actualidad.

Cuando el Código Civil impone con carácter de orden público, es decir, con imperatividad la legítima en el régimen del derecho sucesorio, varios son los derechos constitucionales que con arbitrariedad o con razonabilidad se limitan, a saber: el derecho a la libertad, el derecho de propiedad y de disponer de ella libremente, el derecho de testar.-

Nuestro Código, ley de la Nación, debe respetar los derechos constitucionales aplicando el “principio de razonabilidad” esgrimido por los juristas, es decir que toda restricción en el ejercicio de nuestros derechos no debe ser arbitraria ni alterar su contenido.

La protección de la familia y su trascendencia, la propiedad familiar y su continuidad en la familia, la solidaridad entre los parientes biológicos más cercanos ¿son suficientes argumentos para establecer una limitación tan grande

---

<sup>95</sup> Sarmiento García, Jorge Director; Alvarez, J; Armagnague, J.F.; Arrabal de Canals, O.P.; Correa, J.L.; Cardozo, S.; García Wenk, A.; Gonzalez de Aguirre, M.; Mosso Giannini, C.; Pritz, O.A.F.; Sánchez, A.; Sarmiento García, J.(h); de Ruiz Vega, E.B.; Urrutigoity, J.; “Derecho Público” 2º edición Teoría del Estado y de la Constitución – Derecho Constitucional – Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 346

que casi impide la posibilidad de testar? ¿Se respeta el principio de razonabilidad?

También es preciso analizar que las normas que consagran la legítima en el derecho sucesorio son de orden público y como consecuencia de aplicación imperativa. En este punto es conveniente estudiar el significado y la implicancia del “orden público”.

Para ello, nada mejor que citar a una gran jurista argentino como Llambías que nos da la siguiente noción de orden público: *“se denomina orden público al conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”*<sup>96</sup>.

Cuando una norma es de orden público se aplica con carácter imperativo y es inderogable por la voluntad personal, es decir, implica una limitación al principio de la autonomía de la voluntad, restringiendo la libertad jurídica de las personas.

Estudiemos este principio:

El principio de la autonomía de la voluntad es de aplicación amplia en materia de derecho contractual, así queda incorporado en el Código cuando en el Título: De los contratos en general, art. 1197 dice:

“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

---

<sup>96</sup> Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil- Parte General”, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 140

Este principio se ve limitado por las normas de orden público, por la moral y las buenas costumbres, limitaciones que surgen del art. 21 del Código Civil:

“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

En materia de derecho de familia y sucesorio la limitación a la autonomía de la voluntad, basada en un interés familiar .es mayor.

Entonces la legítima es considerada de orden público pues limita la autonomía de la voluntad tutelando un interés general. Conforme Orlandi<sup>97</sup> éste sería la tutela del interés familiar que impone el deber de asistencia solidaria entre sus miembros.

Este carácter imperativo de la norma la coloca por encima de otras leyes y de la voluntad individual, constituyendo una excepción al principio de libertad consagrado en el art 19 de la C.N., interfiriendo también en el derecho a la intimidad familiar.- Art. 19:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

De la integración del art. 14 y el art. 20 de la C.N. surge el derecho de los ciudadanos a disponer de la propiedad y el derecho a testar.

---

<sup>97</sup> Orlandi, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, p. 88

Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 20: Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Además, deteniéndonos en el derecho de propiedad consagrado en el art. 14 de la C.N. que dice: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: ... de usar y disponer de su propiedad”; y el art. 17 de la CN que establece: “La propiedad es inviolable”, debemos mencionar que la transmisión de bienes por causa de muerte es un contenido del derecho de propiedad, sea dicha transmisión testada o intestada.

Ante la existencia del caso concreto es cuando se observa si la aplicación de la legítima tal cual la estableció el legislador es arbitraria y en consecuencia inconstitucional.

Puedo en este punto adelantar que considero que es tan amplia la porción legítima y tan pequeña la porción disponible que con esta norma, se vulnera el derecho de disponer libremente de los bienes, superponiendo en demasía el interés familiar que debe protegerse, sobre los derechos y garantías constitucionales que cada ciudadano debe gozar.

Cuando Vélez redacta el Código Civil establece esta limitación frente a la existencia de una familia con caracteres muy distintos a los actuales, las reformas posteriores nunca llegaron a modernizar acorde a la sociedad esta institución.

El Código impide casi completamente el ejercicio en libertad de estos derechos, sin detenerse a analizar la injusticia que puede provocar en algunos casos no previstos por la ley, o bien por razones propias del testador de querer beneficiar a un heredero en particular o bien por razones asistenciales, cuando un heredero requiere más atención que los otros.

No olvidemos que se han intentado innumerables reformas integrales de nuestro código sin obtener un resultado positivo, por lo tanto no se ha renovado conforme la evolución de la sociedad. Esta puede ser buena o mala pero es. La ley no puede imponer un modelo de familia ideal, Lpues de ser así no sería obedecida. La función de la ley es proteger a la sociedad y organizarla en sus relaciones.

Una ley equitativa, que respete las nuevas formas familiares que impone la sociedad, podría evitar la disconformidad de algunos ciudadanos y respetar las libertades establecidas en nuestra Constitución Nacional.

De hecho los ciudadanos no tienen la costumbre de testar, bien puede ser por ignorancia de la ley o lo más probable porque la limitación es tan grande, imponiendo una legítima tan alta, que desanima el ejercicio del derecho a testar.

Por otra parte, esta legislación tan estricta no sólo desanima a testar, sino lo que es peor incita a realizar acciones en fraude a la legítima a fin de disponer libremente de los bienes y transmitirlos a quien el causante quiera.

Evidentemente esta situación perjudica a la familia, quedando desprotegidos los herederos que por razones de incapacidad tengan más necesidades a la hora de recibir los bienes del causante o se opone a la voluntad del causante, que sin dicha limitación decidiría en libertad y conciencia como disponer de sus bienes.-

La implementación de la legítima tal como lo prescribe la ley también vulneraría el derecho a la igualdad. Se respeta la igualdad formal pero no es suficiente para respetar la igualdad material.

La ley confronta con la concepción moderna del derecho a la igualdad al otorgar a los herederos legitimarios alícuotas cerradas sin ofrecer la permeabilidad suficiente a la situación de hecho concreto para que –quizás a

través del magistrado judicial– se pueda observar en el caso específico el cumplimiento del mandato constitucional de la igualdad<sup>98</sup>.

Con relación a la igualdad es justo citar a Aristóteles<sup>99</sup> cuando se refiere a la justicia distributiva: *“...la igualdad será la misma en las personas y en las cosas, pues la relación de unas y otras es la misma; en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales. De ahí que susciten disputas y acusaciones, cuando aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales. Y esto está claro por lo que ocurre con respecto al mérito; pues todos están de acuerdo que lo justo en las distribuciones debe estar de acuerdo con ciertos méritos”*.

Por otra parte coincidimos con la Dra. Orlandi<sup>100</sup> cuando dice que mientras el derecho sucesorio implementa normas de orden público restrictivas de la libertad de disponer los bienes para después de la muerte, el derecho comercial privilegia la libre circulación de los bienes favoreciendo el fraude a los herederos, a través de la constitución y manejo de sociedades comerciales, como se explicó el en punto IV.-

Es interesante en este punto, ya que hacemos una mención a las sociedades comerciales, mencionar como las leyes comerciales son modificadas mucho más vertiginosamente que las leyes civiles provocando cierta tensión entre ellas.

---

<sup>98</sup> Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1996, p.528

<sup>99</sup> Aristóteles, “Ética Nicomaquea – Ética Eudemia”, Madrid, Ed. Gredos, 1998, p. 246

<sup>100</sup> Orlandi, Olga E. “¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima” JA 2006-III-1034

Nos referimos a la reforma introducida por la ley 22.903 que consiste en la libre transmisibilidad de las cuotas sociales en una S.R.L. Los socios de una S.R.L. podrán pactar en el contrato social que ante la muerte de cualquiera de ellos los sobrevivientes tengan la opción de incorporar a los herederos o adquirir las cuotas del socio fallecido.

Conforme lo analiza Matías Garat<sup>101</sup> se aplica el art 1197 del Código Civil. Entonces la aplicación del art. 3410 sobre la automaticidad sucesoria cede ante la autonomía de la voluntad siempre que no se violen las reglas del derecho sucesorio, debiendo abonarse a los herederos no incorporados a la sociedad un precio conforme el valor real de las cuotas sociales.-

También cabe mencionar un estudio realizado por el Dr. Juan Bautista Fos Medina sobre la legítima sucesoria y la atomización de la propiedad rural en nuestro país. Se refiere en él que la propiedad rural en la Argentina ha sufrido un proceso de pulverización ocasionado fundamentalmente por la venta de tierras y la división forzosa hereditaria. Cita un informe de la Sociedad Rural Argentina realizado en 1973 que indicaba que en la Provincia de Buenos Aires el promedio de ventas anual era del 33% de su superficie, lo que indicaba que prácticamente en cada generación se vendía toda la tierra rural de la provincia, siendo un alto porcentaje correspondiente a parcelas de tierra obtenidas por herencia.

Por esta razón concluye con las siguientes palabras: *“consideramos que debe propiciarse una flexibilización en materia sucesoria como ha tenido lugar en las*

---

<sup>101</sup> Garat, Matías “Régimen de transmisión de cuotas mortis causa (con especial referencia a la opción de adquisición de cuotas a favor de los socios supérstites) ED 229-976

*últimas décadas en varios países del mundo, que redunde no sólo en una mayor libertad de testar (reduciendo la legítima por lo menos a dos tercios) sino también en la contemplación de ciertos supuestos excepcionales que, aun cuando limiten la legítima, autoricen al pago de las hijuelas con el producido de la explotación agraria o de la propiedad industrial a quienes no resulten sus adjudicatarios y, desde otra perspectiva, atiendan cuestiones vinculadas a la protección de incapaces. En línea con lo expuesto, la familia precisa de una sana autodeterminación en orden a sus necesidades materiales y a la elección de su futuro, a fin de fortalecerse y de conservar la unión”<sup>102</sup>*

Cuando la ley impuso estas restricciones la situación social y familiar eran distintas, e incluso la doctrina jurídica tenía una visión diferente y eran pocos los doctrinarios que argumentaban por la libertad de testar, entre ellos Machado conforme es citado en la Enciclopedia Omeba<sup>103</sup>.

Quienes estaban a favor de la libertad de testar, esgrimían como argumento moral “la voluntad del causante” a fin de aplicar la “patria potestad” y recuperar la autoridad paterna, argumento también fundado en una jerarquía familiar, una forma patriarcal distinta a la actual.

---

<sup>102</sup> Fos Medina, Juan Bautista, “La legítima sucesoria y la atomización de la propiedad rural en la Argentina” publicado en Prudentia Iuris n° 70 Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Mayo-Junio 2011, EDUCA Editorial de la Universidad Católica Argentina, p.85

<sup>103</sup> Machado, José Olegario, Exposición y Comentario del Código Civil Argentino, Buenos Aires, 1901, t. IX, p. 369 según cita en Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XVIII, Buenos Aires, Bibliografía Omeba Editores Libreros, 1964, p. 62

Incluso es opinión doctrinaria de juristas extranjeros tales como la que formula Antoni Vaquer Aloy en su texto “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”<sup>104</sup>, cuando dice : “... *es ya una afirmación generalizada entre la civilística que las condiciones sociales actuales poco tienen que ver con las existentes al tiempo de la codificación civil: desmembramiento de la unidad familiar, cada vez más concentrada en la familia nuclear, que a su vez puede tratarse de una familia recompuesta; los cambios en la composición del patrimonio, con progresiva pérdida de significado de la casa; el mayor peso que se le otorga a la libertad individual, etc.*”.-

Con lo expuesto ya podemos dar el primer paso para discernir si la legítima tal como está regulada por nuestro derecho positivo afecta nuestra libertad.

Si bien el Estado, dentro de su fin público de lograr el bienestar de la sociedad debe estar atento e intervenir en los casos en que sea necesaria la protección a integrantes de la sociedad que se ven perjudicados o están en situación de riesgo, en situaciones normales no debería interferir. El ciudadano capaz de ejercer sus derechos es quien debe decidir respecto de sus bienes durante su vida y para después de su muerte.

Claro que debemos aclarar, que es indudable que si bien se ha modificado (en algunos casos) la estructura familiar continúa la necesidad de proteger “el interés familiar” por la ley.

---

<sup>104</sup> publicado en la revista [www.indret.com](http://www.indret.com) de la Facultad de Derecho de Lleida en Barcelona en julio de 2007

En consecuencia, son los legisladores quienes deben determinar las pautas necesarias para que la aplicación imperativa de normas de orden público dé un resultado positivo en la defensa de la familia como interés público de la sociedad, sin llegar a impedir el libre albedrío de sus integrantes.

Coincidimos con la opinión del Dr. Jorge Azpiri cuando concluye *“... en mi opinión el derecho de propiedad, de rango constitucional, se encuentra vulnerado por la institución de la legítima tal como está regulada en nuestro derecho, ya que importa una limitación irrazonable e injustificada de la autonomía de la voluntad, impidiendo la libre disposición de bienes para después de la muerte”*<sup>105</sup>.

Sin embargo este autor considera (conforme surge en el texto citado) que si la voluntad del causante coincide con lo presumido por la ley en cuanto a sus herederos no testará, pero si el causante decidiera disponer de sus bienes en una forma diferente a la presunción legal, la única limitación impuesta por la ley sería mantener las mismas obligaciones alimentaria que tenía en vida el causante.

En este último punto entiendo que si el causante no testara debería abrirse la sucesión conforme lo establece la ley, llamando a los herederos que corresponda según el grado de parentesco; pero si quisiera testar, su voluntad se vería limitada en menor medida que en la actualidad. Pues el valor familia, trascendente para toda sociedad organizada sobre la base del afecto y la

---

<sup>105</sup> Azpiri, Jorge O. “Límites a la autonomía de la libertad en el sistema sucesorio” JA 2001-IV-909

solidaridad, debe ser amparado estableciendo una legítima hereditaria significativamente menor a la actual.

Este amparo que otorga el estado respecto de temas de trascendencia para la persona, para la familia y para la sociedad debe ser restringido en consideración a que el hombre, como ser pensante, tiene la capacidad para decidir sus propias acciones durante su vida y las disposiciones para después de su muerte.

Es oportuno citar las palabras de Joaquín Costa que recuerda a Vallet de Goytisolo ("Estudios de derecho sucesorio", 1-39), *"solo el padre puede valorar la gran complejidad de circunstancias personales y patrimoniales que debe tener en cuenta para expresar numéricamente su deber "mortis causa" con hijos. Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible y, en todo caso, no sucederá sino por excepción y accidentalmente; el legislador al contrario, no puede acertar nunca; el error es congénito y connatural a su regla"*<sup>106</sup>.-

El Estado con esta mínima protección realiza su función de garantizar los principios básicos para el desarrollo de la sociedad, pero debe confiar en que el ciudadano, conocedor de sus derechos y de su familia, tomará las decisiones adecuadas. No puede interferir en su voluntad porque cree que sus presunciones generales son las que corresponden para su sociedad, pues olvida que la aplicación de estas presunciones o normas generales en el caso concreto –una familia determinada con características especiales– pueden provocar el

---

<sup>106</sup> Citado en Alterini, Atilio Aníbal, López Cabana, Roberto M. "La porción legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión" LL 1983-D, 1064

efecto contrario, y en definitiva no obtener el fin público del estado es decir, el bienestar social.

El hombre capaz tiene el derecho de disponer de sus bienes incluso sin manifestar sus razones.-

En tal sentido podemos citar el fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, sala G, dictado en abril de 1986 en los autos “Ghibaudi, Domingo C. y otros c/ Gaetani de Díaz, María E.”<sup>107</sup>, cuando en sus partes pertinentes dice: *“El examen de la razonabilidad se pone en movimiento cuando un testamento lesiona el derecho de alguien que es impuesto imperativamente al testador por una norma de orden público; tal el supuesto de legitimarios preteridos”*.

*“Toda voluntad dictada por una resolución inteligente y emanada de un hombre que ha sido libre de actuar y que ha sabido lo que hacía, es una voluntad que cuenta, aunque se sepa que no es la mejor. La ley no se va a ocupar de pesar en todos sus grados la bondad de los actos. Ella traza una gran línea, el orden público y las buenas costumbres; todo lo que permanece más acá no es objeto de sus investigaciones. Si el testador, libre de actuar, ha tenido conciencia de lo que hacía, su libre arbitrio es tenido por bueno, aun cuando fuese más arbitrario que razonable”*.-

*“El autor de una disposición no está jamás obligado a indicar los motivos de ella y menos aún a justificarlos; del momento que él goza de su capacidad, que no ha donado más que bienes disponibles y que lo ha hecho en las formas queridas por la ley, nadie tiene derecho a ir a escrutar su pensamiento, ni de pedirle cuenta del uso que ha hecho de su libertad”*.

---

<sup>107</sup> ED 120 -511.

*“El derecho irrestricto de testar cuando no se tienen legitimarios –o ejercitarlo salvadas que sean las legítimas, cuando los hay– es discrecional, ese carácter es el que impide la investigación del móvil o causa final concreta del disponente; basta la causa final abstracta consistente en la intención liberal”.*

Sin perjuicio del fallo citado, opino que sería conveniente, para mantener la armonía familiar que el testador explicara sus razones, no para que los herederos la cuestionen sino para darle mayor valor a los bienes dispuestos.

Recuerdo un caso que llegó a mi estudio: el padre decide testar con el único objetivo de mejorar con el 20 % disponible a uno de sus hijos; lo hizo por Acto público con todas las formalidades requeridas por la ley, manifestando su voluntad. Sin embargo, mantuvo oculto para su familia su voluntad, sin dar ninguna explicación de sus razones, a pesar que las tenía y eran válidas y con fundamento. Al morir el padre y conocerse la existencia del testamento el hijo no beneficiado reconoció las razones que pudiera haber tenido el padre, pero me expresó con dolor ya imposible de sanear, que hubiera preferido escuchar a su padre explicando su decisión y confirmando el amor que sentía por igual, respecto de sus hijos.

Por las razones explicadas y las que expondré con posterioridad, anticipo mi propuesta de disminuir la legítima en un tercio del patrimonio del causante, declarando como legitimarios a los descendientes, ascendientes y al cónyuge con vocación hereditaria, acompañando el sistema con el mantenimiento de las obligaciones alimentarias que tenía en vida el causante.-

El causante podrá decidir libremente como disponer de los dos tercios restantes ante las necesidades especiales que pudieran tener los otros

miembros de su familia o terceros que por alguna razón especial y propia de la voluntad del testador, sean los destinatarios de sus bienes o parte de ellos.

### **3.- LA EDUCACIÓN**

Incursionemos ahora en el tercer pilar de mi argumentación: **la educación del ciudadano respecto de sus derechos.-**

Nuevamente las palabras de Aristóteles<sup>108</sup> nos sirven como introducción: *“creen (los hombres) que uno no necesita sabiduría para conocer lo que es justo y lo que es injusto, porque no es difícil comprender lo que las leyes establecen (aunque esto no es lo justo, sino por accidente); pero saber cómo hay que obrar y como hay que distribuir con justicia cuesta más que saber que cosas son buenas para la salud (...) la justicia es una cosa humana”.-*

La educación es una herramienta fundamental que todo ciudadano debe tener para poder ejercer sus derechos en toda su plenitud, tanto sean políticos como civiles.

La Constitución Nacional garantiza este derecho convirtiéndolo en constitucional al incluirlo en el art. 14 in fine, cuando dice:

“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: (...) de enseñar y aprender”.

Personajes de gran prestigio e importancia en nuestro país, entre los que podemos mencionar a Esteban Echeverría, Domingo Faustino Sarmiento, Juan

---

<sup>108</sup> Aristóteles, “Ética Nicomaquea – Ética Eudemia”, Madrid, Ed. Gredos, 1998, p. 263

Bautista Alberdi, José Martí nos legaron sus ideales de educación y cultura para nuestro pueblo, con el objetivo de lograr una educación democrática, formando hombres libres y capaces de reconocer sus derechos.

En 1882 se organizó el primer Congreso Pedagógico que dio origen a la Ley 1420 de Educación Pública en la Argentina, éste fue el primer paso normativo para convertir a la escuela en un ámbito de educación de valores y saberes y de socialización de los ciudadanos de distintas procedencias.-

Luego de la reforma constitucional de 1994 y con el fin de adecuar las normas sobre educación a los Tratados incluidos en la reforma con jerarquía constitucional se sancionó la Ley Federal de Educación con el N° 26.206, en el año 2006.

En su primera parte fundamenta su normativa en el art. 14 de la C.N. y los Tratados en ella incorporados. Además, determina que la educación es un bien público y un derecho personal y social que debe ser garantizado por el Estado.

Según la letra de esta ley la educación deberá brindar las oportunidades necesarias para desarrollar y fortalecer la formación integral de las personas a lo largo de toda la vida y promover en cada educando la capacidad de definir su proyecto de vida, basado en los valores de libertad, paz, solidaridad, igualdad, respeto a la diversidad, justicia, responsabilidad y bien común.

Toda esta normativa, cuyo espíritu es la educación integral del ciudadano, no debe quedar en la letra de la ley, sino que debe ser implementada con eficacia. Es necesario que el hombre, conozca los derechos y garantías constitucionales y sus derechos civiles que lo acompañaran en todos

los actos de su vida, para decidir con conciencia su accionar frente a los otros miembros de la comunidad.

La educación completa y eficaz es un proceso cuyo resultado se materializa en la serie de habilidades, conocimientos, actitudes y valores adquiridos, produciendo cambios de carácter social, intelectual, emocional, etc. en la persona que luego se ampliarán a toda la sociedad. Este proceso debe ser continuo e incluir a todos los grupos sociales, sin excluir a ningún ciudadano, entonces, los resultados se obtendrán a largo plazo pero indefectiblemente.-

Sin una educación completa, no sólo partiendo de la escolaridad, sino también con los aportes de otras instituciones sociales incluso de la familia el hombre no puede formarse integralmente.

Desde siempre la familia tiene la misión de educar, en ese sentido el Documento de Puebla nos legó el siguiente mensaje: *“Para que funcione bien, la sociedad requiere las mismas exigencias del hogar; formar personas conscientes, unidas en comunidad de fraternidad para fomentar el desarrollo común. La oración, el trabajo y la actividad educadora de la familia, como célula social, deben, pues, orientarse a trocar las estructuras injustas, por la comunión y participación entre los hombres y por la celebración de la fe en la vida cotidiana. En la interpretación recíproca que en el curso de los tiempos se establece entre el Evangelio y la vida concreta personal y social, la familia sabe leer y vivir el mensaje explícito sobre los derechos y deberes de la vida familiar. Por eso, denuncia y anuncia, se compromete en el cambio del mundo en*

*sentido cristiano y contribuye al progreso, a la vida comunitaria, al ejercicio de la justicia distributiva, a la paz*<sup>109</sup>.

En el mismo sentido nos dice su Santidad Juan Pablo II en la encíclica *Familiaris Consortio*: *“La familia posee vínculos vitales y orgánicos con la sociedad, porque constituye su fundamento y alimento continuo mediante su función de servicio a la vida. En efecto, de la familia nacen los ciudadanos, y éstos encuentran en ella la primera escuela de esas virtudes sociales, que son el alma de la vida y del desarrollo de la sociedad misma*<sup>110</sup>.

Como queda dicho la familia no es la única educadora, otras entidades deben sumársele. *“La familia es la primera, pero no la única y exclusiva, comunidad educadora; la misma dimensión comunitaria, civil y eclesial del hombre exige y conduce a una acción más amplia y articulada, fruto de la colaboración ordenada de las diversas fuerzas educativas. Estas son necesarias, aunque cada una puede y debe intervenir con su competencia y con su contribución propias*<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> III<sup>o</sup> Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, 1979 “La evangelización en el presente y en el futuro de América Latina” DOCUMENTO DE PUEBLA, Tercera Parte. Reflexión teológica sobre la familia. Pto. 587.-

<sup>110</sup> Exhortación apostólica FAMILIARIS CONSORTIO de su Santidad Juan Pablo II al episcopado, al clero y a los fieles de toda la Iglesia sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual. Segunda parte. El designio de Dios sobre el matrimonio y la familia. III. Participación en el desarrollo de la sociedad. Pto. 42 - 22 de noviembre de 1981  
[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_exhortations/documents/hf\\_jp-ii\\_exh\\_19811122\\_familiaris-consortio\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio_sp.html)

<sup>111</sup> Cfr. Conc. Ecum. Vat. II, Decl. sobre la educación cristiana de la juventud *Gravissimum educationis*, 3. citado en Exhortación apostólica FAMILIARIS CONSORTIO de su Santidad Juan Pablo II al episcopado, al clero y a los fieles de toda la Iglesia sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual. Segunda parte. El designio de Dios sobre el matrimonio y la familia.

También la Iglesia debe plantearse este compromiso, como surge de la encíclica mencionada: *“Nuestra época tiene necesidad de sabiduría. Se plantea así a toda la Iglesia el deber de una reflexión y de un compromiso profundos, para que la nueva cultura que está emergiendo sea íntimamente evangelizada, se reconozcan los verdaderos valores, se defiendan los derechos del hombre y de la mujer y se promueva la justicia en las estructuras mismas de la sociedad. De este modo el «nuevo humanismo» no apartará a los hombres de su relación con Dios, sino que los conducirá a ella de manera más plena. (...) Volver a comprender el sentido último de la vida y de sus valores fundamentales es el gran e importante cometido que se impone hoy día para la renovación de la sociedad. Sólo la conciencia de la primacía de éstos permite un uso de las inmensas posibilidades, puestas en manos del hombre por la ciencia; un uso verdaderamente orientado como fin a la promoción de la persona humana en toda su verdad, en su libertad y dignidad. La ciencia está llamada a ser aliada de la sabiduría”*<sup>112</sup>.

Entonces también la educación debe abarcar valores morales para que el hombre tenga las herramientas completas para elegir y decidir con libertad sin mezquindades banales o prejuicios sociales y exitistas. En el mismo sentido se

---

II. Servicio a la vida. Relaciones con otras fuerzas educativas.  
Pto. 40.-

[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_exhortations/documents/hf\\_jp-ii\\_exh\\_19811122\\_familiaris-consortio\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio_sp.html)

<sup>112</sup> Exhortación apostólica FAMILIARIS CONSORTIO de su Santidad Juan Pablo II al episcopado, al clero y a los fieles de toda la Iglesia sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual. Primera Parte. Luces y sombras de la familia en la actualidad. Pto.8.-

[http://www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/apost\\_exhortations/documents/hf\\_jp-ii\\_exh\\_19811122\\_familiaris-consortio\\_sp.html](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio_sp.html)

reflejan las palabras de Juan Pablo II: *“La educación de la conciencia moral que hace a todo hombre capaz de juzgar y de discernir los modos adecuados para realizarse según su verdad original, se convierte así en una exigencia prioritaria e irrenunciable”*<sup>113</sup>.

El conocimiento de los derechos y garantías constitucionales y los derechos civiles es fundamental para que los ciudadanos decidan con conciencia su accionar frente a los otros miembros de la comunidad.

Como es posible que algunas personas al contraer matrimonio no conozcan, aunque sea superficialmente, que a partir de ese momento el régimen de sus bienes será especial y compartido con el otro cónyuge o que una persona crea que nuestra legislación no permite testar.

La razón es una educación deficiente, reiterativa de cuestiones abstractas y generales sin transmitir en forma concreta la normativa vigente.-

Necesitamos para lograr este fin a un Estado docente, concientizando al pueblo, enseñándole sus derechos y deberes objetivamente sin confundirlo con orientaciones políticas mezquinas.

La ley se presume conocida conforme art. 20 del Código Civil, pero para que esta presunción sea cierta el Estado debería utilizar medios más eficaces para dar a conocer sus leyes, pues actualmente su conocimiento queda para los especialistas o depende de la inquietud del ciudadano en profundizarlos.-

El Estado subestima al ciudadano, y considerando que con su accionar podría poner en peligro el patrimonio familiar impone una limitación en cuanto

---

<sup>113</sup> Ibíd.

a la disposición de sus bienes para después de su muerte con la institución de la legítima hereditaria.

Si este Estado promoviera el conocimiento de los derechos de familia y los derechos sucesorios, informando también el espíritu y las razones de la imposición de éstos, formaría a ciudadanos capaces de decidir conforme su conciencia y en libertad.

El respecto a la autonomía de la libertad del hombre en sus decisiones en cuanto la disposición de sus bienes para después de su muerte concedería a esta decisión más valor y autenticidad, tanto para el causante como para sus herederos.

Podemos incluso especificar aún más y dirigir nuestro punto de vista hacia la enseñanza del derecho, que también merecería una modernización en cuanto a la formación de los hombres de derecho, quienes no solo deben ser conocedores de la normativa vigente, sino también de la problemática social real. Aportando un gran impulso para la modificación y actualización de las leyes.

En este sentido los Dres. Iribarne, Luján y Salomone Freire se expresan en la nota publicada en El Derecho promoviendo una enseñanza eficiente del derecho que esté relacionada íntima y permanentemente con la realidad social y con los problemas que en ella se suscitan.

Cabe citarlos textualmente cuando dicen: *“El criterio de superación, desde el punto de vista de la formación del abogado, reposa necesariamente en un cambio sustancial del ángulo de mira, que debe enfocar –ante todo– el conjunto de problemas de la comunidad, a la luz de los derechos*

*fundamentales de la población. Resulta imperioso que estos derechos fundamentales sean objeto de concreción en la vida del derecho, y no sólo de declamación enunciativa. Es necesario rescatar desde la misma enseñanza que el derecho no es sólo un conjunto de normas, sino que es fundamentalmente un mecanismo de perpetua búsqueda de soluciones cada vez más justas, de rectificación y corrección de los carriles a través de los que se arbitran los conflictos de la convivencia, de confrontación de opiniones sobre el mejor modo de resolver las controversias y la revisión de las opciones axiológicas que implica ordenar en justicia la vida en comunidad.” Agregando: “Sin desdeñar la dogmática, sino a partir de ella, se trata entonces de rescatar, para la enseñanza del derecho, la naturaleza problemática de los saberes jurídicos y ello se logrará con la mira centrada en los conflictos particulares a través del método del caso”<sup>114</sup>.-*

La formación de nuestros alumnos debe abarcar la normativa vigente y la aplicación de la misma al caso concreto. Al incursionar en el estudio de la legislación vigente referida a la legítima hereditaria, durante mis clases, y adentrarnos en la aplicación a casos concretos, han surgido por parte de los alumnos interrogantes similares a los planteados en esta tesis. Esto significa que, con los elementos jurídicos y sociales necesarios los futuros abogados ya pueden analizar y adelantar soluciones a defectos legales, fruto de la antigüedad de las leyes, que merecen una actualización.

---

<sup>114</sup> Iribarne, Héctor Pedro; Luján José Abram; Salomone Freire, Marcelo Javier “La enseñanza del derecho. La necesaria consideración de los problemas concretos de la comunidad a la luz de los derechos fundamentales. Objeto de la formación de los hombres de derecho” ED 202-627

También el Dr. Salerno<sup>115</sup> aporta con sus palabras claridad a nuestro comentario cuando cita al jurista norteamericano Roscoe Pound que en 1933 al pronunciar un discurso ante la “American Bar Association” consideró prioritario una educación con sólida base cultural, en particular en materia de ciencias sociales e historia a fin de lograr jueces iluminados y legisladores sabios. Muchas décadas después este ideal mantiene absoluta vigencia.

Pues, citando palabras de Diez – Picazo:

*“El derecho no es otra cosa que un modo de tratar de resolver tales conflictos (conflictos de intereses) aunque no por supuesto el único modo. Para ello,... las normas no ofrecen otra cosa que criterios, que no son nunca absolutamente rígidos, sino flexibles. Por decirlo de algún modo, las normas son las pistas que deben ser seguidas para resolver los conflictos de intereses... El derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre conflictos de intereses”*<sup>116</sup>.

Concluyendo, estos tres pilares analizados son la base que fundamenta mi propuesta final, mi humilde aporte jurídico intenta coordinar los cambios sociales y los intereses jurídicos a proteger con una adecuada legislación

---

<sup>115</sup> Salerno, Marcelo Urbano “DERECHO CIVIL PROFUNDIZADO”, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998, p.245

<sup>116</sup> Diez – Picazo, Luis, “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”, Ariel, Barcelona, 1999, p.7/8 citado en Iribarne, Héctor Pedro; Luján José Abram; Salomone Freire, Marcelo Javier “La enseñanza del derecho. La necesaria consideración de los problemas concretos de la comunidad a la luz de los derechos fundamentales. Objeto de la formación de los hombres de derecho” ED 202-627

respetuosa de los derechos del hombre y destinada a obtener su máximo fin, la justicia.-

## VII. CONCLUSIÓN.

El objetivo que tuve en mira al decidir la realización de mi tesis doctoral fue proponer una solución jurídica adecuada a las nuevas situaciones planteadas por la sociedad, pero sin perder de vista la función reguladora y ordenadora que tiene el derecho para lograr su fin principal: **la justicia.**

Previo a explicar los lineamientos finales de mi propuesta, veamos como los argumentos que los juristas planteaban (conforme opiniones obtenidas en la Enciclopedia Omeba)<sup>117</sup> a favor o en contra del sostenimiento y aplicación de

---

<sup>117</sup> Ovsejevich, Luis, "La Legítima" en: Enciclopedia Jurídica Omeba, 33 V, Tomo XVIII, Buenos Aires, Bibliografía Omeba Editores Libreros, 1964.p. 62

una legítima hereditaria tan amplia pueden ser refutados según los argumentos para la flexibilización de la misma desarrollados en esta tesis.-

El primero que podemos mencionar a favor de la legítima es el argumento moral: el vínculo de sangre hace nacer obligaciones para proteger a la familia, traducidas en el afecto paternal. Luego el social, que considera a la familia como sustento de la sociedad, y con el objetivo de garantizar su prosperidad, estabilidad y organización se implementa la legítima. También sugieren el económico, que supone la participación de toda la familia en la obtención del patrimonio familiar. Y por último, el político al referirse a la justa distribución de la riqueza, en un pie de igualdad entre los miembros de la familia.

Respecto de los argumentos a favor de la libertad de testar encontramos los jurídicos que implican el carácter absoluto del ius disponendi; el moral basado en el ejercicio de la patria potestad, es decir la aplicación de la autoridad paterna en la disposiciones mortis causa y en la voluntad del causante; y finalmente los argumentos económicos dentro de los cuales podemos mencionar: la posibilidad de impedir la subdivisión de la propiedad; el remedio a la crisis de la natalidad (evita que los padres decidan tener sólo un hijo para preservar la herencia); favorecer la estabilidad y cohesión de la familia, al poder el causante dejar todos sus bienes a una sola persona; permitir la distribución de los bienes conforme las aptitudes de cada hijo; impulsar el trabajo (los hijos al no tener la seguridad de recibir los bienes del padre formarán su propio porvenir).-

Ninguno de estos argumentos, nni a favor nni en contra, es suficiente para argumentar en relación a esta institución.

Los argumentos que apoyan la implementación de la legítima se refutan y caen al considerar los cambios ocurridos en la estructura familiar. Si bien la solidaridad entre los miembros de una familia debe existir, sabemos también que las familias ensambladas se forman con la presencia de hijos propios de ambos cónyuges e hijos afines, a veces con vínculos afectivos más profundos que los que provienen de los lazos de sangre, que deben ser protegidos, estos hijos afines deben ser respetados en sus individualidades pero incorporados también a esta familia. La solidaridad a que se referían antes los autores ha variado debiéndose incorporar un concepto de familia más amplio y menos estricto.

El derecho objetivo establece las reglas generales - ordenamientos de la razón - mediante cuya aplicación los jueces deben resolver los conflictos que le son planteados. Ahora bien, es evidente que la sociedad en general, y la nuestra en particular, presenta en la actualidad situaciones impensadas no hace mucho tiempo, pues además del matrimonio entendido como unión de un hombre y una mujer (y sin abrir juicio), como consecuencia del divorcio vincular coexisten hoy día con frecuencia cada vez mayor hijos de distintos padres o madres, para no mencionar las uniones de hecho, los llamados matrimonios de personas del mismo sexo, la procreación asistida, los progenitores anónimos, el alquiler de vientres, etc. Ante la realidad de estos casos concretos es necesario “adaptar el derecho a las necesidades de nuestro tiempo” en palabras de Arthur

T. Vanderbilt <sup>118</sup>. Ello, claro está, sin renunciar a su ejemplaridad y a su propósito final de lograr el bien común, como lo exige la conocida definición de Santo Tomás. El derecho no puede con una regla general obtener la justicia que persigue con tantos casos disímiles que existen en la actualidad, si observamos las distintas uniones maritales que existen (uniones conyugales de hecho, matrimonios entre cónyuges del mismo sexo, procreación asistida y progenitores anónimos, presencia de hijos de matrimonios anteriores, etc.).

La función de la norma ahora deberá restringirse a dar los principios generales para que ante el conflicto familiar pueda la justicia mediante sus jueces resolverlos.

El argumento económico que supone la participación de todos los miembros en la formación de la propiedad familiar también es fácilmente rebatible, pues actualmente si los hijos participan seguramente reclamen ser titulares de ese porcentaje respecto de los bienes familiares que les corresponde. Debemos advertir que de formarse una empresa familiar tendrá una forma jurídica societaria donde todos los aportantes de capital o trabajo recibirán su parte societaria. Al otorgarle al causante mayor libertad para testar éste podrá decidir, en caso que alguno de sus hijos haya trabajado en procura del patrimonio familiar y por vía testamentaria mejorarlo en el momento de la transmisión de sus bienes; pero si no lo hiciera los bienes serán distribuidos conforme los lineamientos hereditarios que impone la ley en general.

Obsérvese que actualmente (tema ya explicado en el punto IV “Fraude a la ley”), es común que se trate de evadir los límites de la legítima infringiendo la

---

<sup>118</sup> Vanderbilt, Arthur T. “La justicia emplazada a reformarse” Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1959

ley, utilizando para ello técnicas societarias, muy difíciles para el heredero afectado, de sancionar.-

El último argumento que se refiere a la distribución equitativa de la riqueza y la igualdad entre los miembros de la familia, no es actualmente cierto pues un padre debe tener el mismo amor respecto de todos sus hijos, pero conociendo las debilidades o falencias de cada uno sabrá quien requiere su protección durante su vida y con más razón para después de su muerte. Por otra parte esta igualdad que propugna la ley se transforma en inequitativa ante la existencia de herederos menores o incapaces, que en el sistema actual se les garantiza la misma porción legítima que a otros herederos mayores de edad y plenamente capaces.

Entre los argumentos a favor de la posibilidad de testar sin limitaciones, el único que nos convence —es un pilar de mi argumentación (ver punto VI)—: la libertad de testar.

Este es el derecho, garantizado por la Constitución Nacional, que tiene todo ciudadano de disponer de sus bienes libremente, salvo que una ley de orden público lo restrinja. Pero esta ley debe fundarse en un interés general amparado por el Estado para lograr el bienestar social y vemos que en la actualidad, esta legislación imperativa e inderogable por la voluntad del testador no lo logra. Al imponer una limitación tan extrema, la ley deja entrever que considera al hombre incapaz de resolver sus propios problemas familiares.

El Estado no debe intervenir en los conflictos familiares, me permito formular esta afirmación pues habitualmente en el ejercicio de la profesión observo como dos progenitores o dos cónyuges pueden con tolerancia y

dejando de lado sus propias individualidades y egoísmos resolver sus conflictos, muchas veces la intervención de la justicia desde sus expedientes fríos y distantes impiden el acercamiento de las partes favoreciendo la continuidad por largo tiempo de la disputa.

El resto de los argumentos planteados son anacrónicos, pues la patria potestad es ahora compartida por ambos progenitores e implica más obligaciones que derechos; el índice de natalidad nada tiene que ver con la posibilidad de testar sino con razones económicas y sociales de esta época; la propuesta de esta tesis de ninguna manera se inclina a que el padre deje todo su patrimonio a uno solo de sus hijos, por más capaz que sea, pues estaríamos retrasándonos siglos y volviendo a una institución similar al mayorazgo.

Y finalmente, respecto del último argumento mencionado, impulsar al trabajo de los hijos es tarea de todo padre con libertad de testar o sin ella y forma parte de la educación que estamos obligados a transmitir para que nuestros hijos lleguen a ser hombres de bien.-

Esta tesis, en los renglones que siguen propondrá una solución más equilibrada que la actual, con el establecimiento de una legítima, también de orden público y protegida por las acciones que imperan en la actualidad, pero significativamente menor para darle la posibilidad, si así lo desea, al testador de disponer del resto de sus bienes conforme su voluntad.

Pero para ello el Estado debe dotarlo de las herramientas necesarias, es decir, de los conocimientos básicos de sus derechos.

Incorporando una solución a conflictos que ya se empezaron a vislumbrar hace años y sin que ello implique propósito alguno de retrotraernos

al instituto de los bienes reservables previsto en los derogados arts. 115 y 116 de la L.M.C. –según el texto de los antiguos arts. 237 y 238 del CC– y cuyo deficiente marco legal mereció las unánimes críticas que justificaron su supresión, sería de considerar la posibilidad de introducir en el marco de la legítima una muy precisa modificación que ofreciera mayor disponibilidad al progenitor casado en ulteriores nupcias y heredero de un hijo de su anterior matrimonio, en el supuesto de que él deseara transmitir a otro u otros hijos de dicha primera unión una porción de ese patrimonio, que por otra parte y al margen de su entidad económica, suele contener una lógica carga afectiva. Al ampliar la porción disponible el padre podría disponer con mayor libertad respecto de sus bienes para después de su muerte e incluso realizar donaciones de los bienes que quiera siendo estas válidas salvo que afectaran la legítima que con esta propuesta es considerablemente menor.-

Si bien criticamos el régimen vigente no podemos dejar de destacar que indudablemente Vélez Sarsfield redactó el Código e impuso tan amplia restricción para testar, conforme las necesidades sociales, económicas y familiares imperantes en esa época. Aseverando lo dicho, la Dra. Orlandi cita palabras de Gastiozoro (historiador): esta regulación es “para evitar la desmembración de los campos, especialmente la “captación” del “viejo hombre de campo” (el abuelo enternecido en su final) hacia hijos extramatrimoniales o mujeres mancebas”<sup>119</sup>.-

---

<sup>119</sup> Gastiozoro, Eugenio, “Historia argentina, Introducción al análisis económico social” t.II, Ágora, Buenos Aires, 1986, citado en Orlandi, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, p. 329

Cuanto ha cambiado la sociedad desde aquella época y cuanto aún seguirá cambiando; ni la letra de una ley ni el Estado intervencionista podrá impedir el cambio que socialmente e indefectiblemente se produce.

Adhiero en este punto a las palabras de Zannoni<sup>120</sup> cuando dice *“No debemos, pues, tentarnos con responder echando mano de ilusiones sobre el retorno al pasado, a los viejos modelos. La historia no tiene retorno y tampoco es verdad el nostálgico “todo tiempo pasado fue mejor”. Creemos que lo que nos sucede a nosotros, hombres y mujeres de la segunda mitad del siglo XX – no del siglo XXI–, es que no podemos cabalmente comprender los nuevos modelos”*.

Sin embargo debemos adaptarnos a estos cambios sociales, la problemática que se le presenta al jurista es distinta y la legislación actual no alcanza a resolverla, por el contrario se lo impide.-

Tal vez se lograría un cambio, mediante la educación traducida en cultura, para formar un ciudadano más comprometido y conciente de su accionar. Un Estado irrespetuoso de los derechos del ciudadano se refleja en la actitud de éste frente a sus conciudadanos, provocando el aumento de los conflictos jurídicos.

La educación que propongo no sólo queda reducida a la instrucción impartida en las escuelas sino también al ejemplo que debería dar el accionar de un Estado moralmente comprometido con la sociedad y su bienestar.

---

<sup>120</sup> Zannoni, Eduardo A., “Derecho de Familia”, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 36

Por esta razón es que propongo que este cambio vaya acompañado por la educación (punto VI). Para el hombre de estos tiempos, resulta imprescindible el conocimiento de todos sus derechos y garantías constitucionales para poder decidir a conciencia y en libertad su accionar frente a los otros miembros de la comunidad, y por supuesto frente a los miembros de su familia, cumpliendo sus obligaciones y exigiendo el cumplimiento de las de los otros.-

El hombre o la mujer conocedores de sus derechos y concientes de las razones por las que se les otorgan, podrán tomar las decisiones que crean justas y convenientes para su familia y disponer de sus bienes para después de su muerte.

Pero si por alguna razón, no lo hicieran equitativamente y pusieran en peligro a su familia la ley protegerá una parte de su patrimonio que será transmitido a sus herederos más próximos (descendientes y cónyuge con vocación hereditaria) e impondrá una cuota alimentaria a cargo de estos herederos en caso que alguno de ellos fuera menor o incapaz.-

El Dr. Alfredo A. Kölliker Frers<sup>121</sup> nos propone un interesante análisis referido a la actual concepción del derecho y su comparación con la concepción romana del mismo. Este texto seguramente brindará a esta tesis un fundamento más para su propuesta.-

Se pregunta si el derecho, en la actualidad, está satisfaciendo su finalidad de regular la pacífica convivencia de los pueblos. Remite a la concepción romana del derecho, para quienes el razonamiento jurídico era

---

<sup>121</sup> Kölliker Frers, Alfredo Arturo, "La ciencia jurídica en los umbrales del siglo 21" ED 179-1078.

eminentemente práctico y utilizaba como instrumento fundamental el método dialéctico. Nos dice: “La dialéctica es el método para tratar sobre la mayor o menor probabilidad de las opiniones en materia práctica, principalmente políticas y jurídicas, en vista de hallar una solución relativamente de mayor prudencia. En este sentido, dialéctica no coincide con demostración científica no con razonamiento apocalíptico, sino que significa esfuerzo dirigido a encontrar la solución más adecuada o más ajustada a un problema práctico determinado, con relación al cual se manifiestan opiniones divergentes”. (...) “la esencia del derecho, al no pretender imponerse a la vida sino adaptarse completamente a ella, no tendía a fosilizar el derecho en un esquema rigurosamente lógico, sino que quería aproximar el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas”.

En la actualidad, nos dice, que el método utilizado, luego de un largo camino marcado por el positivismo, es el deductivo, tanto en la elaboración de las normas como en su aplicación, partiendo de las normas para llegar a la solución del conflicto jurídico.

Se pregunta “¿De qué nos sirven los esquemas más sabiamente contruidos y prolijamente ordenados en función de la razón, si ellos no contemplan la justicia del caso concreto?”.

Vinculemos su análisis a nuestro planteo.

Si bien no proponemos un método dialéctico, pues la situación de la época romana a variado, muchas son las teorías jurídicas que se han propuesto y tenemos un sistema escrito con prevalencia de la ley; considero entonces, que la aplicación de ese método es impracticable por la idiosincrasia de

nuestros juristas y por lo profundamente arraigada que se encuentra el método deductivo.

Sin embargo, coincido en su planteo de analizar el caso concreto e imponer la norma que lo solucione. Por eso, si la norma es general no puede ser tan estricta que afecte los derechos del hombre restringiendo su voluntad hasta casi anularla, indudablemente esta generalidad al aplicarse a cada familia deviene en conflictos. En consecuencia, y ante la variedad de casos surgidos en familias de distinta conformación, la norma vigente no logra una solución satisfactoria.

Sí adscribo completamente, cuando dice: “La ciencia del derecho constituía en Roma un aspecto popular del conocimiento humano, con un mínimo de tecnicismo” (...) “A ningún civil romano era lícito ignorar el derecho, cuyo conocimiento formaba parte de lo que nosotros llamamos cultura general...”. Podríamos retrotraernos miles de años en el tiempo y asimilar esta situación a la sociedad actual, lo cual sería muy beneficioso para todos los ciudadanos de nuestra Nación.-

### **PROPUESTA FINAL.**

Mi propuesta a fin de actualizar nuestra normativa y generar su adaptación a la problemática familiar y social actual se circunscribe básicamente a los siguientes lineamientos: disminuir la porción legítima a un tercio del patrimonio del causante en beneficio de sus descendientes, ascendientes y su cónyuge (con vocación hereditaria), incluyendo la continuación de la obligación

alimentaria que tenía el causante, respecto de sus herederos ascendientes, descendientes o cónyuge incapaces o menores, a los otros herederos si fueran plenamente capaces.-

Desglosemos esta propuesta:

**1.-** Disminuir la porción legítima a un tercio de los bienes del causante.

La razón para mantener una mínima porción legítima se refiere a que el Estado, en este caso a través de sus normas, debe garantizar la protección integral de la familia conforme surge de nuestra Constitución Nacional en art. 14 bis. Este principio forma parte del interés público de lograr el bienestar social, y el fin indudable del Estado es proteger este interés familiar.

Es adecuado, en este contexto citar el siguiente aforismo latino: *“Legitima quoad substantiam naturale debitum est, sed quantum ad quantitatem est juris civilis.* (La legítima, en cuanto a su esencia, es de Derecho natura; pero, en su cuantía, es de Derecho Civil)<sup>122</sup>.-

Por otra parte, se aconseja la disminución de la porción legítima pues hemos llegado a un momento social de madurez en que el Estado debe confiar que el ciudadano tomará, respecto de la porción disponible, decisiones concientes y correctas conforme su voluntad y las necesidades especiales que tenga su grupo familiar.-

Permitirá además la adecuación de las normas sucesorias con las normas comerciales, otorgándole mayor seguridad jurídica al tráfico comercial,

---

<sup>122</sup> Cabanellas, Guillermo “Repertorio jurídico de Locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos.” Buenos Aires, Ed. Heliasta S.R.L., 1976 nro. 3095 p. 89

transformando en innecesarios los fraudes a la ley que obviamente le quitan toda credibilidad.-

Es dable citar la disidencia del Dr. Molinario, en las III Jornadas de Derecho Civil (Tucumán 1967), que aconsejó establecer la cuota legitimaria “en un treinta y tres por ciento del acervo hereditario”, con fundamentos en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional<sup>123</sup>.-

**2.-** En segundo lugar y como contrapartida del primer punto analicemos también el aumento de la porción disponible, siendo ésta, siempre que existan descendientes, ascendientes o cónyuge con vocación hereditaria, de dos tercios.

Basándome en el derecho natural de “la libertad” es que propongo este lineamiento. El hombre es un ser pensante que puede discernir respecto de la disposición de sus bienes para después de su muerte.

El límite que existe en la actualidad es excesivo tanto para disponer mortis causa como para disponer gratuitamente durante la vida. Es así que las donaciones que una persona pudiera hacer tanto a sus herederos como a terceros podrían ser revisadas y declaradas inoficiosas si afectan la legítima hereditaria.

Esta nueva propuesta permitiría con mayor seguridad jurídica la celebración de donaciones, pues el donante podría disponer sin limitaciones de las dos terceras partes de su patrimonio antes la existencia de descendientes o cónyuge y de las tres cuartas partes ante la presencia de ascendientes.-.

---

<sup>123</sup> Alterini, Atilio Aníbal, López Cabana, Roberto M. “La porción legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión” LL 1983-D, 1064

Según lo explicado en el apartado VI esta libertad de testar se fundamenta también en el respeto a la autonomía de la voluntad del hombre. La ingerencia del Estado que limita esta voluntad mediante la imposición de una norma de orden público debe tener un fundamento de razonabilidad y justicia.

Una ley cuyo espíritu, su razón de ser, se amparó en una familia con características distintas a la actual, indefectiblemente incurre al aplicarse en arbitrariedades, pues no logra solucionar los conflictos que los nuevos vínculos familiares traen aparejados.

Incluso considerando una familia cuya estructura es la tradicional, podemos plantear un ejemplo de la realidad, incuestionable y habitual en la consulta jurídica: Familia compuesta por los padres y dos (o más) hijos. Por muy diversas razones, ya fueran limitaciones físicas o intelectuales, necesidades permanentes, entera dedicación a los padres que requieren cuidados especiales, etc., estos quieren beneficiar o ayudar a un hijo en particular cubriendo sus futuras urgencias, con mayor razón si el otro u otros hijos gozan de una holgada situación económica. Pero también en este supuesto la mejora a favor de un hijo no podrá superar la porción disponible de la herencia que determina el régimen legal vigente.

Cabe destacar, sin embargo, que este mismo régimen prevé en el instituto de la colación diversas circunstancias concreta para su dispensa entre coherederos, excepciones que funcionan ipso iure, sea en la remisión que el art. 3479 del Código Civil hace al art. 1791 del mismo código, respecto de las liberalidades en éste enunciadas, como en los regalos y gastos que en detalle

contempla el art. 3480, entre ellos precisamente los de alimentos, curación por extraordinarios que sean, y educación.

El lógico cuestionamiento, que surge aquí espontáneamente, es por qué motivo la ley exime de la colación a determinados beneficios o gastos otorgados en vida por los padres por razones harto justificadas, pero por el contrario, y en iguales circunstancias, les está vedado efectuar las debidas previsiones para después de su muerte, más allá del límite estricto de la porción disponible.

Parece, pues, razonable concluir que también en el ejemplo propuesto, la ampliación de la porción disponible, con la posibilidad que de esto deriva, de disponer libremente de las dos terceras partes del patrimonio, importaría una más congruente articulación del actual sistema legal.

**3.- ¿Quiénes, según mi propuesta, deberían ser considerados herederos forzosos y porqué?**

Actualmente son herederos forzosos o legitimarios los descendientes, ascendientes y el cónyuge (con vocación hereditaria) debiendo agregar, como situación especial de legitimaria no heredera, a la nuera viuda y sin hijos establecida en el art. 3576 bis.

Las nuevas circunstancias sociales, entre ellas las modificaciones en la estructura familiar, el aumento en la expectativa de vida, la consideración del patrimonio más individual que familiar, siendo que existe una tendencia a que el patrimonio familiar sea controlado por organizaciones mercantiles, nos lleva a concluir que para defender el sentimiento familiar la norma debe instar a

transmitir los bienes de padres a hijos o descendientes, de hijos a sus padres e incluimos al cónyuge supérstite que mantuviera su vocación hereditaria.

En relación a la legítima de los ascendientes, consideramos que si bien éstos han tenido la oportunidad de formar su propio patrimonio, muchas veces no es así y se tornaría injusto que la ley no previera una legítima que aunque menor, mantuviera su fin de proteger a la familia. Por lo que proponemos una porción legítima para los ascendientes de un cuarto del patrimonio del causante.-

Por último la situación especial que tiene la nuera viuda y sin hijos debería suprimirse y solamente mantener la obligación alimentaria si se dieran las circunstancias que establece la ley en el art. 368. -

Mantenemos la legítima del cónyuge y la equiparamos a la de los descendientes porque consideramos que ambos integrantes del matrimonio son pilares fundamentales de la familia, cuando ésta está constituida desde la unión conyugal y ambos tuvieron un mismo objetivo en la formación de la familia.-

Una última recomendación, respecto del cónyuge (si bien no es el tema de esta tesis está íntimamente vinculado), es que el cónyuge supérstite debería concurrir con los descendientes del causante respecto de la transmisión de los bienes gananciales de éste. Espero que alguno de los proyectos de reforma que coinciden con esta postura lleguen a formalizarse.-

**4.-** Esta flexibilización que se propone de las normas que regulan la institución de la legítima permitirá tutelar respecto de los nuevos grupos de

familia y la fijación de una legítima reducida garantizará la protección de la familia y su principio de solidaridad.

Sin embargo creemos que para mantener el principio de igualdad previsto también constitucionalmente es dable establecer un sistema por el cual las obligaciones alimentarias que tenía en vida el causante se transmitan a sus herederos forzosos quienes deberán hacer frente a ellas con la porción legítima si es que el causante no testó en tal sentido.-

Me refiero específicamente al régimen de alimentos previsto en los arts. 367 inc. 1 y 368 del Código Civil. La obligación de alimentos en caso de descendientes o ascendientes menores de edad o incapaces que tenía el causante en vida debe trasladarse a sus herederos quienes deberán cubrirla con la porción legítima.

Con referencia a los parientes por afinidad conforme lo establece al art. 368 sólo se deben alimentos quienes se hallan vinculados en primer grado. Entonces, se deben alimentos el yerno y la nuera con los suegros, recíprocamente, y también se deben alimentos un cónyuge y el hijo del otro cónyuge, sea de un matrimonio anterior o extramatrimonial, también el hijo de un cónyuge tiene obligación alimentaría ante el cónyuge de su progenitor pues la obligación es recíproca.

Estas obligaciones no pueden extinguirse con la muerte del obligado, sino que deben transmitirse a los herederos de éste.

Al disminuir la legítima, es importante la función de protección que significa este sistema de continuidad de obligaciones alimentarias, ante la

necesidad de asistencia y la incapacidad de obtener por sus propios medios los alimentos básicos para la subsistencia.

Esta continuidad de la prestación alimentaria que tenía en vida el causante asegura la protección de los miembros de la familia más débiles y de aquellos a los que la ley no les garantiza una parte del patrimonio del causante, cumpliendo así el Estado con su función protectora, sin ingerir en la intimidad de la familia.-

Existe un antecedente normativo de lo señalado. La ley 23.515 introduce en este sentido una solución ante el cónyuge enfermo en el art. 208 2do. párrafo al establecer en el caso de decretarse la separación en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a las drogas (art. 203) lo siguiente: “Fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiere disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular con anterioridad, la prestación será carga de su sucesión debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola”.-

Conforme el Dr. Caparrelli en las citadas XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba 2009, fue aprobado por unanimidad una reducción de las cuotas a 2/3 para los descendientes, 1/2 para los ascendientes, y mantener en 1/2 al cónyuge. **Además existía unanimidad en considerar que debían regularse como asignación forzosa las prestaciones alimentarias post mortem.**

Concluye entonces el autor citado, *“Esto nos hace pensar que está naciendo una tendencia a una flexibilización de la legítima que va más allá de la reforma del régimen existente. Si bien resulta difícil modificar estas cosas que*

*han sido aprendidas, adoptadas y repetidas casi dogmáticamente, pienso que ha llegado el tiempo de pensar en un sistema de protección del interés familiar y de tutela de los más desprotegidos que se aleje del primitivo molde, ya que resulta inadecuado y contrario a la seguridad jurídica ... Si nos animáramos a dar algún paso en otra dirección, el interés familiar podría protegerse no ya manteniendo un derecho a una porción forzosa, sino amparando a quien es débil, mediante la instauración de alimentos post-mortem o instituyendo un derecho de crédito" .- <sup>124</sup> (el subrayado es mío)*

Ahora, si estas obligaciones alimentarias fueron previstas por el causante por la vía testamentaria para su cumplimiento después de su muerte, entonces no deberá imponerse este sistema, que estaría reemplazado por la voluntad del obligado.-

La intervención de los jueces ante los conflictos que este sistema pudiera ocasionar es fundamental. La ley le ha dado los principios fundamentales en los que se tienen que basar para dictar sus sentencias con prudencia y partiendo del caso concreto que se le presenta, tomando conocimiento de las características especiales que tuviera la familia en cuestión.

Si exigimos que el Estado respete nuestros derechos y no los limite, reconociendo la capacidad del hombre para dirigir sus acciones, también debemos reconocer en el Estado, a través de la persona de los jueces la capacidad para dirimir y solucionar conflictos.

---

<sup>124</sup> Capparelli, Julio César, "La legítima. El lugar que debe ocupar en nuestro derecho" Publicado en: Sup. La Ley - Col. Escribanos C.A.B.A. 12/09/2011, 12/09/2011, 3

## 5.- EDUCACIÓN.

Sin la puesta en práctica de esta última recomendación seguramente los esfuerzos en adaptar las normas a las exigencias sociales serían en vano.

El conocimiento que tenga el ciudadano de sus derechos hereditarios lo habilitarán a tomar decisiones correctas, pues también cuenta con algo fundamental y que solamente él como miembro de su familia sabe, es decir la profunda y completa apreciación de las características y necesidades de su grupo familiar.

No podemos dudar que el hombre capaz de discernir pueda tomar decisiones concientes y voluntarias respecto de lo que es más conveniente para su familia.

En las familias de estructura tradicional posiblemente la voluntad del causante no difiera de lo establecido por la ley, sin embargo éste podría según su voluntad y sin temer revisiones a sus disposiciones, destinar los bienes a cada uno de sus hijos conforme sus habilidades o características, sin que con esto se presuma una desigualdad, por el contrario que lo haga en tal sentido con la intención de lograr “equidad”.

En otro tipo de familias, las llamadas familias ensambladas, donde se conjuguen parentescos por consanguinidad y por afinidad, el padre o la madre con absoluta libertad, apenas limitada por el porcentaje restringido de la legítima, podrá disponer de sus bienes en beneficio de aquellos con los cuales no tenga un lazo de sangre pero si un fuerte lazo afectivo e integren la familia

en igualdad de condiciones con los demás, que si detentan este parentesco consanguíneo.-

El reconocimiento de una mayor libertad de testar implica una mayor responsabilidad para el ciudadano, la ley le otorga la posibilidad de evitar las disputas que muchas veces se dirimen ante la sucesión de un ser querido.-

Varias son las recomendaciones que podrían hacerse al momento de testar, como abogados podemos revisar el texto para evitar confusiones en las expresiones o adecuarlo a las normas vigentes pero existe una que no tiene un fundamento jurídico pero no es menos importante. Si bien no es una exigencia legal, y queda a criterio de cada uno, es conveniente para realzar el valor de los bienes transmitidos explicar los motivos que tuvo el testador al tomar decisiones respecto de sus bienes que involucran a toda su familia. Al conocer sus razones los herederos podrán comprender la actitud del testador y aceptarlas.-

La expectativa que debemos proponernos es lograr una sociedad educada en valores y derecho, acompañada por una legislación respetuosa del ciudadano, que valore su capacidad al momento de tomar decisiones referentes a su intimidad familiar.-

Llegó el momento de poner el punto final a esta tesis, recorrí un interesante camino entre leyes y doctrinas, tuve el inmenso apoyo de mi familia y amigos; me acompañaron durante su desarrollo, evaluando mi posición, mi prestigioso director de tesis y mis colegas abogados con quienes comparto las horas de trabajo de todos los días, el Dr. Pedro Antonio Albitos y el Dr. Claudio Gabriel Pinchetti. A todos ellos, a mis clientes que con sus consultas prendieron

la inquietud que me llevó a trabajar este tema, a la Universidad Católica que me da esta oportunidad y a mis queridos alumnos que me impulsan a mejorar y transmitirles el ideal de justicia, muchas gracias.-

## **APÉNDICE**

Me permitiré en este apéndice incluir antiguos documentos que llegan a mí desde Barcelona, España, tierra natal de mi abuelo paterno relacionados con el tema de tesis.

Acompaño a continuación la escritura de pago de la legítima que correspondía a mi abuelo Emilio Berenguer Nadal, otorgada en Barcelona, y los Capítulos matrimoniales celebrados por mis bisabuelos. Lamentablemente los documentos que anteceden a los acompañados se han deteriorado con el paso del tiempo.-

Dichos instrumentos me dan pie para encarar un especial análisis del instituto de la mejora, por su vinculación con el ámbito de la libertad del testador respecto de la disposición de sus bienes, y por tanto de interés para el propósito de esta tesis.

Conviene en primer lugar precisar la terminología a fin de evitar equívocos. En su sentido genérico, en efecto, mejora es cualquier beneficio que el testador dispensa a uno o varios de sus herederos legitimarios otorgándoles, más allá

del porcentaje que la ley les asigna como legítima, la totalidad o una parte de la porción disponible de su patrimonio.

En este sentido es lícito hablar de la mejora en nuestro sistema legal, en cuanto el testador puede, con su porción disponible, beneficiar a un heredero forzoso en detrimento de otro, y ésta es la única mejora admitida por el Código en el art. 3605.-

Pero si partimos de la noción histórica y nos remontamos a sus orígenes, éstos se hallan en la legislación española y a ella debemos referirnos.

El jurista español José Puig Brutau<sup>125</sup> nos explica que en este sistema la ley concede libertad de testar con relación al tercio libre de disposición, y de manera restringida en cuanto al tercio de mejora, pues de éste el testador puede disponer libremente a favor de los legitimarios y de sus descendientes. El tercio restante es la legítima estricta e intangible, y la que, conforme al documento acompañado, recibió mi abuelo. Éste es el tercio de atribución forzosa entre hijos o descendientes, en la rigurosa proporción que determina la ley.

Y este antecedente familiar me llama a su vez a la reflexión, pues sorprende en verdad la cultura y tradición del pueblo español, el cual ante una legislación por cierto complicada se acerca al notario a fin de asesorarse para tomar sus disposiciones de última voluntad.

El origen histórico de la mejora, con profunda tradición en la legislación española según quedó dicho, se remonta a la ley Dum Inlicita de Chindasvinto,

---

<sup>125</sup> Puig Brutau, José "Fundamentos de Decho Civil", Tomo V Barcelona, Bosch, Casa Editorial S.A., 1975, p.49

a mediados del siglo VII, en España, que luego fue la ley 1ª del título V, libro IV, del Libro de los Jueces o Fuero Juzgo. Fue dictada a fin de armonizar el derecho vigente para la población romanizada, que gozaba de amplia libertad de disponer por testamento, con el que regía para la población germánica, inspirado en la sucesión forzosa. En la ley de Chindasvinto la porción destinada a mejora era una décima parte de los bienes. Después, Ervigio la elevó a un tercio. En la segunda mitad del siglo XIII, se calculó sobre cuatro quintas partes de la herencia, que era la legítima de los descendientes legítimos, pudiendo el testador disponer libremente del quinto restante. Y dentro de la legítima de 4/5 el padre tenía el derecho de disponer de un tercio a favor del hijo o descendiente que él quisiera. Ese tercio era considerado como mejora a favor del heredero elegido, y el resto se distribuía por partes iguales entre los demás herederos, incluso el mejorado. Era la legítima estricta o corta. Luego la materia fue regulada en Las Leyes de Toro, pasando a la Nueva y a la Novísima Recopilación desde donde llegan a las Colonias en América.-

Podían ser mejorados los hijos o descendientes de ulterior grado; ya sea en cuanto a su objeto en una cuota de la herencia, una cantidad o una cosa cierta de la misma. Con respecto a su forma era factible instrumentarla por testamento, por donación inter vivos o mediante promesas en las capitulaciones matrimoniales; podía pactarse además que si uno de los cónyuges moría intestado, el otro que no hubiera contraído nuevas nupcias estaba habilitado para mejorar en los bienes del difunto a los hijos comunes.-

Queda por agregar que si el testador no hacía uso de la facultad de mejorar, ambas porciones, de la legítima y de la mejora, quedaban para los legitimarios.

El acto de mejorar era personalísimo con la excepción ya señalada, esto es, cuando se pactaba en capitulaciones matrimoniales la posibilidad de que el viudo o viuda distribuyeran a su prudente arbitrio los bienes del difunto.

El instituto de la mejora quedará definitivamente incorporado a su Código Civil. En el capítulo destinado al Derecho Comparado he reseñado la legislación allí vigente según dicho Código, así como algunos derechos forales que coexisten en la actualidad, y a esas consideraciones me remito en homenaje a la brevedad.

Ahora bien, en nuestro derecho la mejora, tal como fue introducida en la etapa colonial, no ha subsistido, pues como antes quedó dicho, simplemente se confiere al testador la posibilidad de utilizar la porción disponible en beneficio de un heredero forzoso o de un tercero, según su arbitrio.

Así lo establece al art. 3605 cuando dice: “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.”

Expresa Martínez Paz<sup>126</sup> el espíritu liberal de la Asamblea de 1813 excluyó “la fundación del mayorazgo, no sólo sobre la generalidad de los bienes, sino sobre las mejoras de tercio y quinto, como, asimismo, cualquier otra especie de vinculación que, no teniendo un objeto religioso o de piedad, transmita la propiedad a los sucesores, sin facultad de enajenarlas”.

---

<sup>126</sup> Martínez Paz, Introducción al derecho de la sucesión hereditaria, p.352 citado en Zannoni, Eduardo A. “Derecho de las Sucesiones”, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 160

Se han propuesto algunas reformas con relación a la mejora, y en tal sentido podemos citar la presentada ante el Senado de la Nación por el Senador Ramón Javier Mestre, quien propone la modificación de los arts. 3565, 3594 y 3605 del Código Civil, mediante la fijación de la legítima de los descendientes en  $\frac{2}{3}$  de los cuales  $\frac{1}{3}$  puede utilizarse en la mejora de estos, cuya legítima estricta e inmodificable queda así reducida a  $\frac{1}{3}$ .<sup>127</sup>

Según Zannoni<sup>128</sup> en las XIV Jornadas de Derecho Civil realizadas en Tucumán en 1993 hubo “consenso en el sentido que resulta necesario disminuir la legítima de  $\frac{4}{5}$  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”.

También el Dr. Pérez Lasala <sup>129</sup> , quien propone que para introducir la mejora en nuestro ordenamiento civil debería derogarse al art. 3605 y sustituirse por otro que estaría redactado de la siguiente manera: “El padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o, en caso, de sus descendientes, de un tercio de la parte de legítima, siempre que se declare de una manera expresa la voluntad de mejorar. La mejora puede recaer sobre

---

<sup>127</sup> Citado en Orlandi, Olga, “La legítima y sus modos de protección”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010, p.98

<sup>128</sup> Zannoni, Eduardo A., “Derecho de las Sucesiones”, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, p. 161

<sup>129</sup> Pérez Lasala, José Luis “La mejora del tercio, como medio para posibilitar una distribución más equitativa de la herencia entre los hijos” LL 1991-B, 821

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.”

Establece además, algunas ideas rectoras al respecto:

- la mejora es de  $\frac{1}{3}$  de los  $\frac{4}{5}$  de la legítima, es decir del 26,66 % del caudal hereditario neto.
- La mejora es una porción legítima, en consecuencia rigen las normas a ella aplicables.
- Las personas que pueden mejorar son el padre o la madre o los demás ascendientes a alguno o algunos de los hijos o descendientes, pero no se podrá mejorar a un nieto viviendo sus padres.
- La mejora puede recaer sobre bienes concretos.

Las propuestas sobre reformas referidas a la mejora nos parecen válidas pero no adecuadas a la idiosincrasia de nuestro pueblo. Como comunidad debemos crear nuestra propia legislación, estudiando y analizando legislación comparada, pero con el objetivo de reformular las normas sucesorias para que no ofendan ni vulneren derechos consagrados en nuestra legislación, y al mismo tiempo protejan el ideal de familia que sin duda es patrimonio de la mayoría de nuestra población.-

El sistema de mejoras tiene siglos de implementación en España, la población lo conoce y acepta. Como jurista ilustre que era, nuestro codificador Vélez Sarsfield también lo conocía, pero no lo incorporó al Código, lo que nos lleva a inferir que tenía razones válidas para ello. Nacía una nueva Nación libre y soberana, que debía sentar una legislación propia y adecuada a sus características.

Atañe a las cuestiones examinadas la nota publicada por el Dr. Belluscio en El Derecho<sup>130</sup>, en ella critica severamente el despacho aprobado por mayoría en tal sentido en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ya mencionadas, que se celebraron en Tucumán en el año 1993, y también la propuesta de Pérez Lasala a la que hemos hecho referencia.

Si bien la oposición del Dr. Belluscio está dirigida no a la tesis que aquí auspicio, sino al intento de modificar el régimen de la legítima de nuestro Código mediante la adopción de la mejora tal como la legisla el Código civil español –en lo cual concordamos- algunas de sus críticas expresan en rigor una posición totalmente contraria a cualquier posible modificación del actual régimen legal en nuestro país en torno a la legítima y sus porcentajes. Por ello he de comentar acto seguido estas objeciones, omitiendo aquellas concernientes a la mejora del derecho español.

En primer lugar Belluscio hace suyas las críticas – en sus términos – “magistralmente resumidas por Federico Puig Peña, a saber:

a) La mejora provoca un estado de irritación entre los hijos no beneficiados por aquella, y también introduce el desamor y odio entre los familiares.

Admito para comodidad del razonamiento este entorno familiar, también podría suscitar los mismos resentimientos la mejora permitida por nuestro sistema legal, y por consiguiente se impondría como la mejor solución la supresión lisa y llana de cualquier beneficio adicional, sea por dicha vía e

---

<sup>130</sup> Belluscio, Augusto Cesar “La posible introducción de la mejora en el derecho argentino” ED 156 - 858

incluso mediante legado (el denominado “prelegado”). La realidad enseña que discordias puede haber siempre, pues ni siquiera en las sucesiones intestadas – por tanto con partes iguales en la herencia – dejan de surgir con frecuencia, y por desgracia, conflictos originados en lo que los romanos benévolamente dieron en llamar “auri sacra fames”.-

b) La mejora complica la mecánica de la partición.

Llegaríamos a la misma conclusión anterior, esto es, eliminar cualquier beneficio adicional, y ello debería comprender también a los legados de cuota, pues en tales casos la partición conlleva lógicas dificultades.

c) Pone en manos de los padres un instrumento de desigualación filial.

La crítica es reiterativa, y oponible a cualquier régimen que prevea un margen de libertad para el testador.

De su propia autoría el Dr. Belluscio agrega:

a) el codificador tendió a una equitativa repartición de la riqueza mediante legítimas elevadas e igualdad de los hijos.

Aquí resulta evidente la posición del citado jurista, contraria a todo lo que él entiende como desigualdad. Digamos en primer lugar que, para ser coherentes y en tren de establecer una absoluta igualdad económica entre los miembros de la familia ( la ley ya ha incursionado en otras igualdades que no son tales) el legislador debería suprimir los arts. 3478, 3480, 3481, y por remisión, también el art. 1791 del Código Civil, pues si no se quiere reconocer al testador una mayor libertad de disponer de su patrimonio para después de su muerte por temor a rencillas o desigualdades, ¿por qué concederle esa atribución en vida?

La ley debería sencillamente asignar porciones hereditarias intangibles, privando al testador de toda posibilidad de errores o injusticias en que podría incurrir por causa de su libre albedrío. Justamente propicio aquí el deseable término medio entre el excesivo intervencionismo del Estado en un tema harto sensible como el de las relaciones familiares, y la absoluta libertad de testar, contraria a nuestra cultura, tradición y concepto de la familia. Hallar ese justo término medio en los tiempos que corren no es ya sólo conveniente o aconsejable, sino una imperiosa necesidad.

El mismo autor incurre a continuación en lo que parece una contradicción, pues minimiza las posibles consecuencias de una reforma, al sostener que la inmensa mayoría nada tiene o sólo posee lo indispensable para la vida, de modo que ni siquiera piensa en mejoras. Al margen de lo relativo del concepto, porque lo que resultaría irrelevante para una familia de elevados recursos puede ser altamente significativo para quien poco tiene, digamos que, al atribuir el autor el intento de reforma del sistema a una mera preocupación elitista, acude a un discurso que hoy suena anacrónico. Idéntica observación merece su siguiente alusión a los ideales de la Revolución francesa y el propósito de ésta de disminuir el número de grandes fortunas, al cual tiende, a su criterio, el sistema de nuestro Código. Cabe aquí mencionar, para no pecar de injustos, que el artículo en análisis se remonta al año 1994, y desde entonces muchos cambios – no todos por cierto para mejor – ha sufrido la sociedad en general, y por ende también la familia. Recordemos por fin que el mismo codificador, y luego normas posteriores, han advertido la inconveniencia en determinados casos de repartos o particiones que, con el argumento de una

equitativa distribución, atentan en definitiva contra un mejor aprovechamiento de los bienes o afectan valores dignos de protección. Ejemplos concretos de ello nos brindan los arts. 3475 bis y 2326 del Código, la ley 14.394 en cuanto establece la indivisión hereditaria y el bien de familia, que no puede ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias (art. 37), el art. 3573 bis (usufructo por vida a favor del cónyuge supérstite), y en cierta medida el art. 208 (2ª parte) en cuanto pone a cargo de los herederos prever antes de la partición el cumplimiento de la obligación de alimentos y de procurar los medios necesarios para el tratamiento y recuperación del enfermo. Crean asimismo restricciones los caso ya más específicos de los arts. 211 y 217 ( sociedad conyugal y liquidación del inmueble asiento del hogar conyugal) y el de la ausencia con presunción de fallecimiento (dominio de los bienes del presente fallecido: arts. 28 y 30 de la ley 14394)

Un comentario adicional merece la referencia del Dr. Belluscio a la “justicia privada de los padres” que, en su opinión, conllevaría una mayor disponibilidad de sus bienes por parte de éstos.

Sin recurrir ahora a la libertad de testar y sus fundamentos constitucionales (tema ya abordado: supra punto VI) afirmo que los padres son, por lógica elemental, las personas más idóneas para tomar decisiones, también en lo económico, referidas a la familia que han formado. Tiene el derecho y la obligación –tanto en el orden natural como en el positivo- de velar por ella en vida, con el riesgo cierto de errores y aun de injusticias. De la misma manera, y por simple razonamiento, debe atribuírseles el suficiente

margen de flexibilidad para que, a la hora de testar, puedan adoptar según su recto criterio las medidas y previsiones más beneficiosas para su familia.

En síntesis, las objeciones del citado autor surten en rigor el efecto contrario al pretendido, pues su falta de necesario sustento nos reafirma en el convencimiento de que es necesario encarar la modificación del régimen de la legítima vigente en la actualidad.

Se habrán así armonizado las tres vertientes que según el maestro Werner Goldsmith conforman el mundo jurídico: la normológica, en cuanto será *ius conditum*, la sociológica, toda vez que contemplará la estructura familiar de nuestros días, y la dielógica o valorativa, mediante la instauración para ella de un orden legal más justo.-

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **TEXTOS**

- ✓ Ahrens, Enrique “Historia del Derecho”, Buenos Aires, Editorial Impulso, 1945.
- ✓ Aristóteles, “Ética Nicomaquea – Ética Eudemia”, Madrid, Ed. Gredos, 1998,
- ✓ Basset, Ursula Cristina, “Fideicomiso Testamentario- Una herramienta para la planificación hereditaria”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008
- ✓ Bonfante, Pietro “Instituciones de derecho romano” tr. L.Bacci y A. Larrosa, 4º ed., Madrid, Reus, 1965
- ✓ Borda, Guillermo A. “Manual de Sucesiones” Buenos Aires, Ed. Perrot, 1986
- ✓ Borda, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil – Sucesiones”, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1975
- ✓ Bossert, Gustavo A. “Régimen jurídico de los alimentos” 2º Edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006

- ✓ Cabanellas, Guillermo “Repertorio jurídico de Locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos.” Buenos Aires, Ed. Heliasta S.R.L., 1976
- ✓ Capparelli, Julio Cesar “Uniones de Hecho” , Buenos Aires, El Derecho, 2010
- ✓ Costa, José Carlos “Manual de Derecho Romano Público y Privado”, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2007
- ✓ Di Pietro, Alfredo “Derecho Privado Romano”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996
- ✓ Fornieles, Salvador “Tratado de las sucesiones”, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina S.A., Cuarta Edición, 1958.
- ✓ Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene “FAMILIAS ENSAMBLADAS”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000
- ✓ 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.
- ✓ LAFAILLE, Héctor “Curso de Derecho Civil DERECHO DE FAMILIA”, Buenos Aires, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1930.
- ✓ Maffia, Jorge O. “Manual de Derecho Sucesorio”, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993
- ✓ Mazzinghi, Jorge Adolfo “Tratado de Derecho de Familia” Tomo I, 4º Edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2006
- ✓ Medina, Graciela “Proceso Sucesorio” , Buenos Aires, Ed. Rubizal Culzoni, 1996

- ✓ Moreno Dubois, Eduardo y Tejerina Wenceslao “Naturaleza jurídica de la legítima (derogación del artículo 3354, efectos sobre aquella” “Examen y crítica de la reforma del Código Civil , Vol II, Sucesiones, La Plata, Ed. Platense, 1973
- ✓ Orlandi, Olga, “”La legítima y sus modos de protección”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2010
- ✓ Pérez Gallardo, Leonardo “La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica” Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2009
- ✓ Pérez Lasala, José Luis “Curso de Derecho Sucesorio”, Buenos Aires, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2007
- ✓ Petit, Eugéne “Tratado elemental de Derecho Romano”, Buenos Aires, Editorial Universidad 1994
- ✓ Rabinovich Berkman, Ricardo D. “Derecho Romano”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001
- ✓ Ripert, Georges y Boulanger, Jean “Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol”, Tomo X , Buenos Aires, Editorial La Ley, 1965
- ✓ Salerno, Marcelo Urbano “Derecho Civil profundizado”, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1998.
- ✓ Vanderbilt, Arthur T. “La justicia emplazada a reformarse” Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1959
- ✓ Weinberg, Inés “Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Depalma, 2002
- ✓ Yungano, Arturo R. “Manual Teórico Práctico de Derecho Sucesorio”, Buenos Aires, Ediciones jurídicas, 1995

- ✓ Zannoni, Eduardo A. “Derecho de las Sucesiones”, Tomo I y II Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997
- ✓ Zunino, Jorge Osvaldo, “Régimen de sociedades comerciales”, revisado, ordenado y comentado, Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2008

### **ENCICLOPEDIAS**

- ✓ Ovsejevich, Luis, “La Legítima” en: Enciclopedia Jurídica Omeba, 33 V, Tomo XVIII, Buenos Aires, Bibliografía Omeba Editores Libreros, 1964.

### **ENCÍCLICAS Y DOCUMENTOS DE LA IGLESIA**

- ✓ Exhortación apostólica FAMILIARIS CONSORTIO de su Santidad Juan Pablo II al episcopado, al clero y a los fieles de toda la Iglesia sobre la misión de la familia cristiana en el mundo actual, 22 de noviembre de 1981
- ✓ IIIº Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, 1979 “La evangelización en el presente y en el futuro de América Latina” DOCUMENTO DE PUEBLA.

### **PUBLICACIONES DOCTRINARIAS**

- ✓ Alterini, Atilio Aníbal, López Cabana, Roberto M. “La porción legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión” LL 1983-D, 1064
- ✓ Álvarez, Osvaldo Onofre, “La acción de colación ante la venta simulada por parte del causante” ED, 210-408

- ✓ Azpiri, Jorge O. "Límites a la autonomía de la libertad en el sistema sucesorio" JA 2001-IV-909
- ✓ Belluscio, Augusto C. "La reforma del derecho sucesorio en Francia", LA LEY 2002-A, 1359
- ✓ Belluscio, Augusto Cesar "La posible introducción de la mejora en el derecho argentino" ED 156 - 858
- ✓ Capparelli, Julio César, "La legítima. El lugar que debe ocupar en nuestro derecho" Publicado en: Sup. La Ley - Col. Escribanos C.A.B.A. 12/09/2011, 12/09/2011, 3
- ✓ Fos Medina, Juan Bautista, "La legítima sucesoria y la atomización de la propiedad rural en la Argentina" publicado en Prudentia Iuris n° 70 Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Buenos Aires, Mayo-Junio 2011, EDUCA Editorial de la Universidad Católica Argentina.
- ✓ Garat, Matías "Régimen de transmisión de cuotas mortis causa (con especial referencia a la opción de adquisición de cuotas a favor de los socios supérstites) ED 229-976
- ✓ Goyena Copello, Héctor Roberto, "La derogación del artículo 3354 del Código Civil y la sanción del nuevo artículo 3715" , ED 25 – 869, 1969
- ✓ Gutiérrez, Patricia A., "La porción legítima y las sociedades de familia" JA 1998-II-919
- ✓ Iribarne, Héctor Pedro; Luján José Abram; Salomone Freire, Marcelo Javier "La enseñanza del derecho. La necesaria consideración de los problemas concretos de la comunidad a la luz de los derechos

- ✓ Kölliker Frers, Alfredo Arturo, "La ciencia jurídica en los umbrales del siglo 21" ED 179-1078.
- ✓ Medina, Graciela y Maderna Echegaray, Horacio, "Fideicomiso testamentario. Legítima y protección de incapaces" ED 184-1334, 1999
- ✓ Méndez Costa, María J. "Legítima y sociedades de familia" LL 1979-D-237
- ✓ Orlandi, Olga E. "¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima" JA 2006-III-1034
- ✓ Pérez Lasala, José Luis "La mejora del tercio, como medio para posibilitar una distribución más equitativa de la herencia entre los hijos" LL 1991-B, 821.
- ✓ Requeijo, Oscar Héctor "El legitimario no heredero y las VI jornadas de Derecho Civil", ED 77, 851, 1978
- ✓ Salomón, Marcelo, "La Constitución Nacional y la legítima hereditaria", JA 2001-IV-913
- ✓ Teresa Estévez Brasa, "Las nuevas formas de familia" publicado en la revista de El Derecho del 25 de marzo de 2004

## **INDICE**

|                                                   |                 |
|---------------------------------------------------|-----------------|
| <b>INTRODUCCIÓN</b>                               | <b>-----1</b>   |
| <b>I.- CONCEPTO</b>                               | <b>----- 6</b>  |
| <b>II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO</b>       |                 |
| <b>SUCESORIO Y SU VINCULACIÓN CON LA LEGÍTIMA</b> | <b>----- 11</b> |
| <b>III.- NATURALEZA JURIDICA</b>                  | <b>----- 24</b> |
| <b>IV.- LEGISLACIÓN VIGENTE EN ARGENTINA</b>      | <b>----- 32</b> |
| A.- HEREDEROS FORZOSOS Y LEGITIMARIOS             | ----- 33        |
| B.- LA DESHEREDACIÓN                              | ----- 38        |
| C.- CALCULO DE LA LEGÍTIMA                        | ----- 42        |
| D.- PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA                     | ----- 49        |
| E.- FRAUDE A LA LEGÍTIMA                          | ----- 53        |

|                                                          |            |
|----------------------------------------------------------|------------|
| F.- PROYECTOS DE REFORMAS DEL REGIMEN                    |            |
| DE LA LEGÍTIMA HEREDIATRÍA-----                          | 61         |
| <b>V.- DERECHO COMPARADO_-----</b>                       | <b>72</b>  |
| 1) DERECHO ESPAÑOL -----                                 | 72         |
| 2) LATINOAMÉRICA -----                                   | 76         |
| 3) DERECHO FRANCÉS -----                                 | 81         |
| 4) DERECHO ANGLOSAJÓN -----                              | 84         |
| <b>VI.- DESARROLLO DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA ----</b> | <b>89</b>  |
| 1.- EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA -----                        | 93         |
| 2.- LIBERTAD DE TESTAR -----                             | 117        |
| 3.- LA EDUCACIÓN -----                                   | 135        |
| <b>VII. CONCLUSIÓN -----</b>                             | <b>145</b> |
| Propuesta Final -----                                    | 155        |
| <b>APÉNDICE -----</b>                                    | <b>166</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA -----</b>                                | <b>177</b> |