

*Trabajo final de Graduación*



Trabajo Final De Graduación

**“La legítima hereditaria, los límites impuestos a la capacidad de testar y la  
autonomía de la voluntad”**

Biasi, Valeria Paola

Abogacía

Año 2015

*Trabajo final de Graduación*

*Agradezco a toda mi familia, a mis  
amigas, especialmente a Josefina, e Iván.  
Quienes me acompañaron en este proyecto de  
vida.*

## **RESUMEN**

El derecho sucesorio, básicamente, es aquel que regula la transmisión de bienes entre las personas. Puede ser por actos entre vivos o por causa de muerte. La que nos interesa, es esta última, que a su vez puede ser testamentaria o intestada. La primera, es la disposición de bienes que realiza el causante mediante un testamento. Mientras que la segunda es la transmisión de bienes establecida por la ley, la cual emplea el instituto de la legítima.

La problemática que plantea el presente Trabajo Final de Graduación es cómo el instituto de la legítima y los límites a la capacidad de testar, en el derecho argentino incluyendo la nueva normativa de Nuevo código civil que entra en vigencia en agosto 2015, restringen la autonomía de la voluntad de las personas.

La legítima es un instituto de la rama sucesoria que surge del derecho romano. Se refiere a la exigencia impuesta por la ley al causante para que disponga obligadamente una porción de sus bienes a los legitimarios o herederos forzosos. Que son los descendientes, ascendientes, cónyuge sobreviviente y parientes colaterales.

A raíz de ello, conjuntamente con los límites a la capacidad de testar establecidos por nuestro codificador, el causante sólo puede disponer libremente de una porción muy pequeña de sus bienes, afectando de este modo su propia voluntad. Tal como se puede ver en países como Italia, España, Ecuador, Irlanda, Escocia, a diferencia de lo que ocurre en otros lugares como Estados Unidos, México, Inglaterra en donde rige la libertad de testar.

**ABSTRACT**

The inheritance law, basically, is that one which regulates the transmission of goods between people. It may be by acts *inter vivos* or *mortis causa*. What interests us is the latter, which in turn can be testamentary or intestate. The first one is the disposition of property made by the deceased by will. While the second, is the transfer of property established by law, which employs the legitimate institute.

The issues raised in this Final Graduation Thesis, is how the legitimate institute and limits of the ability to test, under Argentine law including the New Reform that takes place in August 2015, restrict the free will of individuals.

The institute is a legitimate succession branch that arises from the Roman law. It refers to the requirement, imposed by law to the diseased, to transfer necessarily a portion of their assets to the heirs. Who are the descendants, ascendants, the surviving spouse and collateral relatives.

Because of that, together with the limits on the ability to test established by our coder, the diseased could only dispose of a very small portion of their assets. Affecting their own volition. As can be seen in countries like Italy, Spain , Ecuador , Ireland, Scotland , unlike what happens in other places like the United States, Mexico , England where people could make their own will.

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	2
<b>ABSTRACT</b> .....	3
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<b>1. CAPÍTULO I: Cuestiones previas</b> .....	9
1.1 Planteamiento del problema.....	9
1.2 Funcionamiento del sistema hereditario.....	11
1.2.1 Sucesiones: Entre vivos y <i>mortis causa</i> .....	11
1.2.2 Sucesión a título particular y a título universal.....	11
1.2.3 Fundamentos.....	12
1.2.4 Sucesión legítima y sucesión testamentaria.....	13
1.2.5 Régimen del Código Civil: Sucesión en la persona.....	13
1.2.6 Sucesores: el heredero y legatario.....	14
1.2.7 Objeto de la sucesión.....	15
1.2.8 Transmisión hereditaria: momento en que opera.....	15
1.2.9 Ley que rige la transmisión hereditaria.....	16
1.2.10 Personas que pueden suceder.....	16
1.2.11 Incapacidades.....	16
1.2.12 Indignidad.....	16
1.2.13 Desheredación.....	19
1.3 Sucesiones intestadas.....	20
1.3.1 Concepto.....	20
1.3.2 Casos en los que opera.....	21
1.3.3 Principios generales.....	21
1.3.4 Derecho de representación.....	22
1.3.5 Órdenes hereditarios.....	24
1.4 Sucesiones testamentarias.....	25
1.4.1 Concepciones generales.....	25
1.4.2 Caracteres.....	26
1.4.3 Fundamentos.....	27
1.4.4 Capacidad para disponer por testamento.....	27

*Trabajo final de Graduación*

1.4.5 Forma de disposición de bienes.....	29
<b>CAPÍTULO II: La legítima y la autonomía de la voluntad.....</b>	<b>32</b>
2.1 La legítima.....	32
2.2 Antecedentes históricos.....	33
2.2.1 Derecho Romano.....	33
2.2.2 Derecho Germano.....	35
2.2.3 Derecho Español.....	36
2.2.4 Derecho Francés.....	37
2.3 Características de la legítima en el Código Civil.....	37
2.4 Inviolabilidad e irrenunciabilidad.....	38
2.5 Naturaleza jurídica.....	38
2.6 Legitimarios.....	39
2.6.1 Descendientes.....	40
2.6.2 Ascendientes.....	43
2.6.3 Cónyuge.....	47
2.6.4 Nuera Viuda.....	48
2.7 Modos de determinar la legítima.....	48
2.7.1 La determinación de los bienes en poder del difunto al momento de su muerte.....	49
2.7.2 Dedución de las deudas.....	50
2.7.3 Determinación de las donaciones.....	50
2.8 Defensas a la legítima.....	51
2.9 Autonomía de la voluntad.....	53
2.9.1 Límites.....	55
2.9.2 Autonomía de la voluntad y el orden público.....	55
2.9.3 Elementos de la voluntad.....	56
<b>3. CAPÍTULO III: Derecho Comparado. Argumentos a favor de la libertad de testar. Argumentos a favor de la legítima.....</b>	<b>57</b>
3.1 Derecho Comparado.....	57
3.1.1 Ecuador.....	58
3.1.2 Costa Rica.....	58
3.1.3 Chile.....	59

*Trabajo final de Graduación*

3.1.4 España.....	60
3.1.5 Italia.....	61
3.1.6 Escocia.....	62
3.1.7 Irlanda.....	62
3.1.8 Francia.....	63
3.1.9 Bélgica.....	63
3.1.10 Portugal.....	64
3.1.11 Estados Unidos.....	65
3.1.12 Canadá.....	66
3.1.13 México.....	66
3.1.14 Inglaterra y Gales.....	67
3.2 Argumentos a favor de la libertad de testar.....	68
3.3 Argumentos a favor de la legítima.....	71
<b>CONCLUSIÓN.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>77</b>

## **INTRODUCCIÓN**

El presente Trabajo Final de Graduación aborda la temática del sistema hereditario actual, el porvenir con la reforma de Código Civil que entra en vigencia en Agosto del 2015 y la voluntad del causante.

Principalmente, la problemática que se expone es la restricción existente entre dichos sistemas hereditarios, que implementan el instituto de la legítima y límites a la capacidad de testar, a la autonomía de la voluntad del causante. El tema en cuestión resulta de gran relevancia porque se desenvuelve en el contexto de la familia que según la Declaración Universal de los Derechos Humanos es un elemento fundamental de la sociedad y el Estado, el cual debe respetar y proteger. Asimismo, la autonomía de la voluntad constituye uno de los principales derechos del hombre para poder desarrollarse en la vida cotidiana y resulta controvertido que si bien la persona puede disponer libremente de sus bienes durante toda su vida, por qué no poder hacerlo cuando fallece. De igual modo, tal como lo manifiesta Rolleri (2012), resulta injusto que el causante herede en partes iguales a personas que no han sido iguales para con él y el causante es quien debe decidir en qué proporciones y a quién transmitirles sus propios bienes según diferentes capacidades de cada uno de ellos, necesidades que tengan, actitudes o comportamientos que hayan tenido los herederos para con el causante. Y debido a esta gran limitación, es importante mencionar que muchas personas incurren en conductas fraudulentas para poder hacer lo que su voluntad quiere respecto de la propiedad de sus bienes cuando fallecen.

El objetivo primordial de este trabajo es demostrar lo expuesto anteriormente y que se tome conciencia de la importancia que conlleva que una persona a la hora de



### *Trabajo final de Graduación*

fallecer pueda ejercer su voluntad con sus propios bienes.

Para poder cumplir con mencionados objetivos, se deberá comprender el funcionamiento general del sistema hereditario actual y el que entra en vigencia en Agosto 2015 por la Nueva Reforma del Código Civil, delimitando los institutos utilizados y haciendo hincapié en la legítima. Se deberá delimitar bien el concepto de la autonomía de la voluntad, relacionada con los límites impuestos por el estado. Posteriormente se deberán analizar los fundamentos tenidos en cuenta por el legislador a la hora de establecer el instituto de la legítima y los límites a la libertad de testar. Luego investigar y analizar los argumentos a favor de la libertad de testar y aquellos a favor de la legítima y finalmente examinar cómo se tratan dichos temas en el derecho comparado.

## **CAPITULO I: CUESTIONES PREVIAS**

### **1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Ya es bien sabido que uno de los derechos fundamentales del ser humano es la autonomía de la voluntad, entendida ésta como la facultad de autodeterminación que tiene una persona, de decidir sobre distintos aspectos de la vida cotidiana. Materia que resulta muy importante analizar desde la perspectiva del derecho sucesorio, derecho que tiene una persona cuando fallece respecto de sus bienes. Es por ello, que nos cuestionamos cómo la autonomía de la voluntad se ve restringida por el instituto de la legítima y los límites a la capacidad de testar.

Dentro de este contexto resulta relevante definir la sucesión intestada, de la cual deriva el instituto de la legítima; la misma refiere a la transmisión de la herencia por voluntad de la ley. Siguiendo a Maffía (2002), en nuestro Código civil, el jurista Vélez Sarsfield ha estatuido a la sucesión intestada como regla y la testamentaria, por voluntad del causante, como excepción. Estableciendo así una legítima, es decir “un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia” (art. 3591 del Código Civil Argentino actual). Esto quiere decir que actualmente de una herencia hay un porcentaje o porción del 80% que se encuentra reservada a los descendientes, ascendientes, padres adoptivos, cónyuge, y gracias a la doctrina y jurisprudencia se agrega a éstos la nuera viuda. Tal como lo expone en su artículo publicado Gabriel Roller (2012), a los descendientes les adjudica las cuatro quintas partes de todos los bienes herenciales existentes al momento de la muerte del causante y de los que éste hubiere donado; a los ascendientes, dos tercios y para el cónyuge, un medio (arts.

### *Trabajo final de Graduación*

3593, 3594 y 3595). A los padres adoptivos le corresponde dos tercios y por último al supuesto de la nuera viuda sin hijos, le corresponde un quinto. La fracción que queda constituye los bienes disponibles por el causante, aquellos a los cuales puede por voluntad propia hacer legados o mejorar la de los herederos legítimos. Actualmente, esta porción se encuentra muy reducida y constituye el 20% de la herencia. Si bien en el Nuevo Código las porciones adjudicadas a los parientes forzosos se modifican, y se aumenta la porción disponible, de todas formas la voluntad del causante se ve restringida, permitiéndole solo disponer de una parte muy pequeña de sus bienes.

Cabe destacar que, entre los sujetos de una sucesión no se pueden crear contratos privados, en los cuales a una persona se le quite el derecho a la herencia, ya que en caso de hacerlo iría contra la ley misma y carecería de valor, afectando de esta manera la autonomía de la libertad individual. Como lo exponen los autores Ferrer y Natale (2009) al señalar que si bien la ley les adjudica a determinadas personas un porcentaje o porción, aun así en contra de la voluntad del causante, resultaría injusto también no poder excluirlos. Por tal motivo, si se acepta que la ley asigne a determinados familiares una porción de los bienes del causante, aun en contra de la voluntad de éste, correspondería admitir el derecho de excluirlos por faltas graves cometidas en su perjuicio.

Finalmente, es importante mencionar que antiguamente el sistema sucesorio se encuentra delimitado bajo un contexto de sociedad muy diferente de lo que es la sociedad de hoy en día, en donde se destaca progresivamente el liberalismo y el instituto familiar ya no es el mismo de antes.

## **1.2 FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA HEREDITARIO ARGENTINO**

Como primera medida, para abordar correctamente el presente trabajo final de graduación habrá que exponer las principales características de nuestro sistema hereditario. Ello nos permitirá comprender de qué se está hablando cuando se quiere analizar y exponer la forma en que la autonomía de la voluntad se ve afectada por el instituto de la legítima y los límites a la capacidad de testar.

### **1.2.1 Sucesiones: Entre vivos y *mortis causa***

La sucesión es la transmisión de bienes, derechos y obligaciones a otra persona. Puede realizarse por actos entre vivos o *mortis causa*. La que nos interesa para desarrollar el presente trabajo es esta última, que deriva de la muerte de una persona.

### **1.2.2 Sucesión a título particular y a título universal**

La transmisión de los bienes *mortis causa* puede realizarse a título particular y a título universal. Dichas maneras de suceder están dispuestas en nuestro Código actual en el art. 3263 que dice: “El sucesor universal, es aquel a quien pasa todo, o una parte alícuota del patrimonio de otra persona. Sucesor singular, es aquel al cual se transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona”. La sucesión singular refiere a uno o varios derechos, mientras que la universal abarca la totalidad o una parte alícuota de los derechos que comprenden el patrimonio del causante.

### **1.2.3 Fundamentos**

A continuación mencionaremos algunos de los fundamentos que se han tenido en cuenta a la hora de establecer el derecho sucesorio actual que expone el autor Maffia (2002).

- Teoría del Derecho Natural: esta teoría es apoyada por la Iglesia Católica en las encíclicas *Rerum Novarum* y *Cuadragésima Anno*. Ella manifestaba que los hijos debían ser los herederos de las riquezas de sus padres para que puedan defenderse en la vida.
- Teoría biológica: Para esta teoría la sucesión constituye el orden natural y biológico de las cosas. En donde los descendientes son la continuidad del causante. La herencia vendría a ser el vínculo de sangre entre padres e hijos, de tal modo, que si hereda algún tipo de enfermedad genética, debe heredar de la misma forma su patrimonio.
- Teoría del afecto presunto del causante: Para ella, cuando el causante no hubiere dispuesto en testamento su voluntad, la ley debía establecer un sistema que presumiera su voluntad.
- Teoría de la copropiedad familiar: esta postura se opone a la anterior, y rechaza la voluntad del causante. Aquí el heredero tiene derecho al patrimonio del fallecido debido a la copropiedad.
- Teoría utilitarista: finca su punto de partida sosteniendo que el sistema sucesorio debe estar organizado por el Estado basándose en principios políticos y económicos.

#### **1.2.4 Sucesión legítima y sucesión testamentaria**

Dispone el actual art 3289 “La sucesión se llama legítima, cuando sólo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley” Siguiendo a Maffia (2002), nuestro ordenamiento jurídico recepta ambas formas de suceder, apartándose del sistema romano que no admitía conjuntamente ambas sucesiones.

Sobre el régimen actual adoptado, se expide Rébora (1930) manifestando que entre la voluntad del causante y la ley debe existir una adecuación que puede ser consecutiva o simultánea – consecutiva. Dicho de otro modo, el sistema actual y el porvenir recepta predominantemente la función de la ley imponiendo la existencia de los herederos forzosos, y en caso de ausencia de ellos, vendría a operar lo que sería la sucesión testamentaria.

Por su parte, el art.2277 del Nuevo Código manifiesta. “La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiere por la ley”. Como se puede ver en el nuevo código también se mantienen ambas formas de suceder.

#### **1.2.5 Régimen del Código Civil: Sucesión en la persona**

Al redactar nuestro actual Código, Vélez tomó la postura romana que se

### *Trabajo final de Graduación*

abocaba a la sucesión en la persona. Esta concepción manifiesta que el heredero continúa la persona del causante. Por ello es que se establece la regla general de la responsabilidad del heredero por las deudas que tiene la herencia con sus propios bienes (art. 3343). Concepción que no se modifica en el nuevo código el cual manifiesta en su art. 2317 “El heredero queda obligado por las deudas y legados de la sucesión sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes hereditarios recibidos. En caso de pluralidad de herederos, éstos responden con la masa hereditaria indivisa”. Por otra parte, se encuentra la otra teoría adoptada por el derecho germano que es la sucesión en los bienes. Teoría en la que no entraremos en detalle en el presente trabajo.

#### **1.2.6 Sucesores: el heredero y legatario**

El presente art. 3262 establece “Las personas a las cuales se transmitan los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre, se llaman sucesores. Ellas tienen ese carácter, o por la ley, o por voluntad del individuo en cuyos derechos suceden”. De esta definición se desprenden dos tipos de sucesores. El heredero, titular de la herencia en su universalidad, y el legatario, que es quien recibe una liberalidad (Zannoni, 2009). Este último, no continúa la persona del causante como el heredero, ni mucho menos confunde su patrimonio con el de aquél. Esta distinción se realiza también en el Nuevo Código que entra en vigencia en Agosto, en su art. 2278, el cual manifiesta la diferencia entre heredero (sucesor universal) y legatario (sucesor singular).

### **1.2.7 Objeto de la sucesión**

De acuerdo al art. 3417 del Código Civil Argentino, constituyen objeto de una sucesión hereditaria todos aquellos activos y pasivos que pertenecen al causante, con excepción de aquellos derechos que no sean transmisibles (inherentes a la persona).

Con respecto a los derechos reales, todos son transmisibles al heredero salvo el usufructo, uso y habitación. Derechos que se extinguen con el usufructuario. Asimismo, corresponde señalar la particularidad que presentan los derechos de propiedad intelectual y artística, que se transmiten al heredero pero solo por cincuenta años.

El Nuevo Código introduce la transmisión de los derechos extra patrimoniales, que el actual Código no lo permite y se extinguen con la muerte de la persona.

Finalmente, hay que hacer destacar que hay ciertos derechos y obligaciones que son intransmisibles por una disposición legal o una cláusula contractual.

### **1.2.8 Transmisión hereditaria: momento en que opera**

El momento en que opera la traslación de los bienes en la sucesión hereditaria, es el mismo instante en que se produce la muerte del causante. En la práctica han surgido varios inconvenientes al establecer dicho momento. Tal es el caso del deceso simultáneo de dos o más personas en un desastre natural. La solución adoptada por nuestro Código vigente viene dada por el art 109, el cual establece que ambas mueren al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna entre ellas.



### **1.2.9 Ley que rige la transmisión hereditaria**

En ambos códigos, se puede observar que nuestro sistema ha adoptado el principio de unidad, según el cual una sola ley debe regir la transmisión hereditaria. Esa ley es la del último domicilio del causante.

### **1.2.10 Personas que pueden suceder**

Según nuestro actual Código Civil, todas las personas físicas o jurídicas pueden ser sucesores, así como también el hijo concebido cuando naciere con vida. A éstos, el Nuevo Código le agrega aquellas personas que nazcan mediante técnicas de reproducción asistida.

### **1.2.11 Incapacidades**

La primer incapacidad de la que habla nuestro codificador es el supuesto del hijo que no estuviere concebido y aquél que concebido naciere muerto.

### **1.2.12 Indignidad**

Otra de las incapacidades es la de los indignos declarados judicialmente. Dicha incapacidad surge de valores tales como la moral, solidaridad y afecto. Las causales para declarar a un indigno en el actual código son las siguientes: a) homicidio o tentativa de homicidio contra el causante, su cónyuge o descendientes; b)

### *Trabajo final de Graduación*

omisión de denuncia de la muerte violenta del causante; c) acusación violenta contra el causante; d) adulterio con la mujer del causante; e) abandono del difunto; f) incumplimiento de deberes asistenciales respecto de los hijos menores; g) falta de reconocimiento del hijo menor; h) atentados contra la libertad de testar.

Por su parte, el Nuevo Código introduce modificaciones a estas causales, según el art. 2281 “Son indignos de suceder:

a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena;

b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria;

c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal;

d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un (1) mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice;

e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo;

### *Trabajo final de Graduación*

f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad;

g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental;

h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento;

i) los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal”.

Respecto de los indignos, es necesario destacar que los autorizados por la ley a demandarlos, para que queden fuera de la herencia, son los parientes y todas aquellas personas que van a recibir la sucesión. Lo manifestado, resulta de gran relevancia ya que el causante durante su vida no puede declarar indigno a ninguno de sus herederos, constituyendo una restricción a su autonomía de voluntad.

Para continuar, cuando una persona es declarada indigna, es excluida de la herencia respecto del causante que fue objeto de la ofensa. Ello no impide que aquellas personas que suceden al indigno puedan beneficiarse de la herencia.

Finalmente, respecto a la acción para declarar la indignidad, conviene agregar que se extinguen por dos causas: por disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que producen la indignidad y por la posesión de la herencia por parte del indigno por el término de tres años.

### **1.2.13 Desheredación**

El instituto de la desheredación tiene su origen en el derecho romano. En aquella época se realizaba en un testamento que conllevaba la institución de herederos y donde se mencionaba la causal que originaba la exclusión total de los bienes del causante. Muchos ordenamientos jurídicos admiten a la indignidad y la desheredación como institutos idénticos, por lo que unifican sus causales. Sin embargo, nuestro Código los legisló como institutos diferentes.

Para poder comprender en qué consiste la desheredación, tendremos que remitirnos a los art. 3744 y 3745 del actual Código Civil, los cuales establecen que la misma es la potestad que se tiene para excluir de la herencia a los herederos forzosos aduciendo una causa justa.

Asimismo, la desheredación debe realizarse por testamento. Las causales de la misma se encuentran previstas en el art. 3746, el cual dice “los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes legítimos o naturales por las causas siguientes: 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”. Las mismas, aparecen enumeradas taxativamente y no se pueden alegar otras que las establecidas por la ley. Reforzando así el instituto de la legítima y vulnerando la autonomía de la voluntad que puede tener el causante respecto de sus bienes.

Esta figura, en el Nuevo Código se elimina y queda cubierta por la normativa de la revocación de la donación del art. 2420 que dice “la partición por donación

### *Trabajo final de Graduación*

puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad”. De esta manera se evita una doble regulación de dos figuras prácticamente idénticas.

## **1.3 SUCESIONES INTESTADAS**

Anteriormente, vimos a grandes rasgos el funcionamiento del sistema hereditario en ambos Códigos. Ahora bien, para poder abordar correctamente el tema en cuestión de este trabajo, y poder comprender nuestra problemática, se analizará detalladamente las sucesiones intestadas, que son aquellas de donde surge el instituto de la legítima.

### **1.3.1 Concepto**

La sucesión intestada o legítima es aquella en donde opera la ley a los llamamientos para la herencia sin intervención de la voluntad del causante. Este tipo de sucesiones se remonta en la terminología romanista. En donde lo que se pretendía era la solidaridad hacia la familia y mantener las relaciones jurídicas que tenía en vida el difunto después de fallecido. Concepción que impera en nuestro régimen de derecho, y le da fundamento al instituto de la legítima (Tema que se desarrollará detalladamente más adelante). Resultando así, un régimen imperativo tornando inoperante lo que el causante hubiese testado.

### **1.3.2 Casos en los que opera**

Tal como lo expone Maffia (2002) en su manual, la sucesión intestada tiene lugar en los siguientes casos: cuando no exista testamento; si existe, cuando no contenga institución de herederos, y cuando contradiga los derechos de herederos de llamamiento forzoso.

### **1.3.3 Principios generales**

Siguiendo a Zanonni (2009), nuestro derecho sucesorio se organiza bajo la base de un sistema de llamamiento legítimo de los legitimarios, que son los descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite, es decir aquellos herederos forzosos, a quienes se les atribuye una porción legítima de la herencia.

Dicho llamamiento se basa en un orden de prelación que se respeta en ambos códigos. Y dentro de cada orden, en el grado de parentesco con el causante. Asimismo, tal como lo reza el actual art. 3546 de nuestro Código, “el pariente más cercano en grado, excluye al más remoto, salvo el derecho de representación” que explicaremos más adelante. Con respecto al orden de prelación mencionado anteriormente, tanto en el Nuevo como en nuestro actual Código en el art. 3545 dice “Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores, los bienes corresponden al Estado nacional o provincial.” Cada orden es excluyente de los ulteriores tal como se recepta en el art. 3546, esto quiere

### *Trabajo final de Graduación*

decir que mientras existan parientes que tengan una vocación actual, al momento de la muerte del causante, exime a los parientes de grado subsiguiente para la vocación hereditaria. Dicho de otro modo, y siguiendo a Zannoni (2009), la actualización de la vocación o llamamiento de los parientes de un orden ulterior está subordinada a la inexistencia de parientes en el orden preferente. A modo de ejemplo podemos decir, que ante la muerte de un abuelo, que tiene dos hijos, y ante la muerte prematura de uno de ellos, tienen vocación hereditaria los hijos de éstos, es decir, los nietos. Normativas que se mantienen en el nuevo código en los art. 2424 y siguientes.

Otro de los principios que se mantiene en ambos códigos es que en las sucesiones no se atiende al origen de los bienes. (Art. 3547 del actual código civil).

Finalmente tal como lo manifiesta Zannoni (2009) el llamado a la herencia es a título universal. Existiendo excepciones a este principio, tales como los legados o el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

#### **1.3.4 Derecho de representación**

Ante el principio según el cual el pariente más próximo excluye al más remoto, que se menciona anteriormente, existe una excepción que se mantiene en el nuevo código. La misma refiere al derecho de representación, definida por nuestro actual codificador en su art. 3549 como “el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o su madre en la familia del difunto a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido.”

Este derecho tiene su fundamento en la evitación de perjuicios derivados del

### *Trabajo final de Graduación*

fallecimiento prematuro y opera sólo en la sucesión intestada cuando una persona no puede o no quiere aceptar su herencia ya sea por fallecimiento o por cualquier otra causa como cuando hubiere sido declarado indigno o hubiere sido desheredado. Por su parte, el nuevo código introduce una modificación a estos casos y elimina la desheredación

Conforme lo establecido por el art. 3558 del Código Civil Argentino vigente se pueden representar a varias personas en una misma sucesión, siempre que hubiesen muerto todas las personas intervinientes entre el difunto y el representante.

Para poder comprender con más detalles este derecho, hay que hacer mención de los requisitos que se necesitan para ser representado y representante. En relación al primero, es necesario que hubiere fallecido, tal como lo expone el art. 3554 de nuestro código actual “no se puede representar sino a las personas muertas, con excepción del renunciante de la herencia, a quien, aún vivo, pueden representarlo sus hijos”. Asimismo el art. 3556 agrega que se pueden representar las personas que han sido llamadas a la sucesión del difunto. Conforme lo establecido en nuestro presente Código, hay que remarcar también que la persona representada puede ser un indigno o un desheredado. En relación al segundo, es necesario que sea descendiente en línea recta o colateral, que sea capaz para suceder al difunto, y por último, que sea hábil para recibir la herencia.

Para finalizar la explicación de este derecho hay que hacer referencia a los tres efectos que según Maffia (2002) traen aparejado la representación: la división debe hacerse por estirpes, los representantes tienen la obligación de colacionar la herencia que el difunto les ha dado en vida, y el representante sucede directamente al causante.



### **1.3.5 Ordenes hereditarios**

Conforme uno de los principios generales de la sucesión intestada, para poder entender mejor el tema y comprender cómo la autonomía de la voluntad se ve restringida se hará mención de los órdenes hereditarios establecidos por nuestro codificador, el cual no podemos alterar por voluntad propia sin invocar, según la ley, una causa justa. El primer orden constituye a los descendientes matrimoniales o extramatrimoniales, el segundo a los ascendientes, el tercer orden hace alusión al cónyuge, y por último, el cuarto está integrado por los colaterales.

Con respecto al primer orden nuestro legislador manifiesta que los hijos concurren a la sucesión por derecho propio y en partes iguales sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. Los nietos y demás descendientes concurren a la sucesión por derecho de representación y la división se hace por estirpes. A falta de los descendientes, heredan los ascendientes, ya sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos. En este segundo orden, rige la regla anteriormente mencionada, el ascendiente de grado más próximo excluye al más remoto. En cuanto al tercer orden, hay que hacer mención de tres casos: a) si concurre con los descendientes, los bienes propios del causante se dividen junto con ellos por cabeza, salvo los gananciales; b) si concurre con los ascendientes, toda la herencia se divide por mitades; c) si no existieren los descendientes o ascendientes, los cónyuges heredan excluyendo a los parientes colaterales. Este último caso corresponde al cuarto orden, no habiendo descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite, viudo o viuda, concurren a la herencia los colaterales hasta el 4to grado. Aquí opera también la regla de que el pariente más próximo excluye al más remoto y puede operar el derecho de

## *Trabajo final de Graduación*

representación.

Atendiendo a lo que se está hablando, el Nuevo Código incorpora dentro de los descendientes, aquellos hijos nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, como anteriormente se menciona. Asimismo, respecto del cónyuge, se modifica la figura del matrimonio “in extremis” en su art. 2436 el cual dice “La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de los TREINTA (30) días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el supérstite, y de desenlace fatal previsible, excepto que el matrimonio sea precedido de una unión convivencial”.

Para ir finalizando con las sucesiones intestadas se va a hacer mención del supuesto en que hereda el fisco, regulado por nuestro actual y Nuevo Código de la misma forma. Ellos manifiestan que a falta de los que tengan derecho a heredar los bienes del causante, pertenecerán al Fisco Nacional o Provincial.

### **1.4 SUCESIONES TESTAMENTARIAS**

Ya bien se han expuesto las características principales del sistema hereditario y de las sucesiones intestadas, ahora se ahondará en la cuestión de las sucesiones realizadas mediante testamento.

#### **1.4.1 Concepciones generales**

Un testamento conforme el art. 3607 del Código Civil Argentino actual, es un acto escrito el cual requiere de ciertas formalidades, por el cual una persona dispone

### *Trabajo final de Graduación*

del todo o parte de sus bienes para después de su fallecimiento.

Dispone el art. 3606 del presente Código “Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquiera otra denominación propia para expresar su voluntad” . Queda establecido, que toda persona que sea capaz podrá disponer por actos de su voluntad sus propios bienes en testamentos, en los términos establecidos en nuestro actual Código. Es decir, que hay ciertas limitaciones impuestas al causante para disponer de sus bienes por testamento. En el nuevo código estas limitaciones se encuentran bien marcadas en el art. 2462 el cual dice “...las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título anterior, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales...”

#### **1.4.2 Caracteres**

Como se pudo observar, el testamento debe ser escrito, es decir que nuestro ordenamiento jurídico no admite el testamento oral o nuncupativo que se recogía en Las Partidas. Dicho es así, debido a la peligrosidad de los testigos y asimismo, resulta imprudente confiar las últimas disposiciones a los moribundos. (Maffia, 2002)

El testamento es un acto estrictamente personal y revocable. Se prohíbe la delegación o dar poder a otra persona para testar.

Otra característica que reflejan ambos códigos de los testamentos es su unilateralidad. Dicho de otro modo, no se pueden realizar testamentos conjuntos.

### *Trabajo final de Graduación*

Respecto del contenido del testamento, hay una gran discrepancia doctrinal. Una de ellas, de carácter amplio y que adopta el Nuevo Código es que un testamento puede contener disposiciones tanto patrimoniales como extra patrimoniales (reconocimiento de un hijo extramatrimonial, nombramiento de tutores o curadores, diplomas, cartas, títulos, etc.). Por otra parte, la postura restringida manifiesta que los testamentos solo contienen disposiciones patrimoniales, posición seguida por Maffia (2002).

#### **1.4.3 Fundamentos**

El testamento se fundamenta en concederle a una persona la posibilidad de establecer el destino de sus bienes para después de su muerte.

#### **1.4.4 Capacidad para disponer por testamento**

De acuerdo a la regla general que prescribe el art. 3606 de nuestro actual Código, la persona para disponer de sus bienes por testamento debe ser capaz de tener voluntad y de manifestarla. Dicha capacidad debe existir al momento del fallecimiento y la ley que la rige es la del actual domicilio del testador al tiempo de confeccionar el testamento.

Se advierten en nuestro ordenamiento los supuestos de incapacidad. Ellos son los menores de 18 años (art. 3614), los privados de razón y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Respecto de los segundos incapaces, hay que hacer alusión al art. 3615, el cual manifiesta que la persona “para poder testar es preciso que

### *Trabajo final de Graduación*

esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados”.

Asimismo, se considera que la persona ha realizado un acto sin su intención, cuando su voluntad fuere viciada, por ignorancia o error y también por fuerza o intimidación.

Por su parte, el Nuevo Código establece los casos en los que son nulos los testamentos o disposiciones testamentarias “Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria:

- a) por violar una prohibición legal;
- b) por defectos de forma;
- c) por haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto;
- d) por haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo, ésta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces;
- e) por ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto;
- f) por haber sido otorgado con error, dolo o violencia;
- g) por favorecer a persona incierta, a menos que por alguna circunstancia pueda llegar a ser cierta”. (Art. 2467)

#### **1.4.5 Forma de disposición de bienes**

En ambos Códigos, hay tres diferentes formas en que se pueden disponer los bienes en los testamentos: por institución de herederos, legado de cuota (reemplazado en el nuevo código por heredero de cuota) y legado particular.

La institución de herederos es el llamamiento que hace el causante a otra persona, por medio de una disposición testamentaria para heredarle la universalidad o parte de sus bienes.

Siguiendo a Maffia (2002), para la configuración de la institución de herederos son necesarios los requisitos siguientes: empleo de la forma testamentaria, designación por el testador y determinación inequívoca del instituido.

Respecto del primer requisito, el art 3710 del actual Código dispone que “la institución de herederos puede ser hecha por testamento”. En relación al segundo requisito, la designación por el testador hace referencia a que el causante debe nombrar por sí mismo al heredero en su testamento y se prohíbe que fuere realizado por otra persona. El tercer requisito se ve manifestado en el art. 3712 que dice “El heredero debe ser designado con palabras claras, que no dejen duda alguna sobre la persona instituida. Si la institución dejare duda entre dos o más individuos, ninguno de ellos será tenido por heredero. Esta disposición rige igualmente en los legados”. Aquí, no es necesario la designación de nombre y apellido del instituido, sino que debe brindar todos los elementos que permiten individualizar a la persona (Maffia, 2002). Toda esta normativa es respetada en el nuevo código, en el art. 2484 el cual manifiesta “la institución de herederos y legatarios sólo puede ser hecha en el testamento y no debe dejar dudas sobre la identidad de la persona instituida”.

### *Trabajo final de Graduación*

Para poder comprender mejor de lo que se está hablando, habrá que advertir la importancia de la sustitución de herederos. La misma se produce cuando dos o más personas son llamadas simultáneamente para ser herederos y tiene lugar en caso de que el llamado en primer término no llegue o no pueda suceder.

Vélez en la nota al art. 3724 del Código actual dispone las seis clases de sustituciones que se utilizaron en el derecho romano y español. La vulgar, es aquella que se realizaba en el caso anterior transcripto. La pupilar, aquella en que el padre realizaba el testamento de sus descendientes directos para el caso de que fallecieran antes de llegar a la pubertad. La ejemplar, es el caso anterior aplicado a los dementes cuando pudieren fallecer antes de recobrar la razón. La recíproca es la sustitución en que a falta de unos se instituía a otros ya sea vulgar, pupilar o ejemplar. La sustitución fideicomisaria opera cuando el testador instituía a una persona para que ésta conserve los bienes y se los de a otro cuando fallezca. Por último, se encontraba la sustitución compendiosa que comprende una vulgar y fideicomisaria al mismo tiempo.

Ya bien se ha desarrollado una de las formas de disponer los bienes por testamento, a continuación se definirá el legado de cuota (sustituido por el heredero de cuota en el Nuevo Código) y los legados particulares. El primero tiene lugar cuando el causante le deja a una persona una parte proporcional de la herencia. El segundo, es cuando el testador le deja a determinada persona una cosa o bien determinado. No se entrará en más detalles en los temas presentados debido a que no son de gran relevancia para este trabajo final.

Para finalizar con el presente capítulo, es importante destacar una característica de nuestro ordenamiento jurídico existente y el porvenir con el Nuevo Código, que se puede extraer de todo lo expuesto anteriormente. Que existe el

*Trabajo final de Graduación*

instituto de la legítima que permite solo disponer de una porción muy pequeña de los bienes y también existen límites a la facultad de testar, límites de forma y de fondo. A los límites de forma lo constituyen aquellas restricciones que imponen la ley respecto de las solemnidades para testar. Y los límites de fondo lo conforman aquellas prohibiciones legales (testamentos conjuntos). (López Herrera, 2008)



## **CAPITULO II: LA LEGÍTIMA Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD**

El presente capítulo tratará específicamente los temas del instituto de la legítima, sistema adoptado por ambos Códigos Civiles. Asimismo se definirá y se tratará de entender en qué consiste la autonomía de la voluntad, que es aquella liberalidad que se encuentra restringida.

### **2.1 LA LEGÍTIMA**

Para poder introducirnos en el tema de la legítima hay que tener en cuenta algo muy importante que expone el autor Maffia (2002) en su manual. Que en nuestro ordenamiento jurídico hay una gran combinación entre la libertad de testar y la protección de los parientes más próximos.

Para poder comprender esto, como primera medida se deberá definir a la legítima, como el derecho sucesorio que tienen ciertas personas instituidas por la ley sobre una determinada porción del patrimonio del causante. Siguiendo a Rébora (1930), pues este derecho no puede ser afectado por disposiciones testamentarias ni por enajenaciones a título gratuito realizadas con anterioridad a la apertura del juicio sucesorio. Dicho de otra manera, la legítima es aquella porción de bienes que se encuentra reservada para los herederos forzosos o legitimarios, conceptos que analizaremos más adelante, y que el causante no puede disponer libremente.

Ante la imposición de este instituto, surgen diferentes posiciones a favor o en contra del mismo, las cuales mencionaremos detalladamente más adelante. Sin

### *Trabajo final de Graduación*

embargo, diremos que los defensores de la primera postura argumentan que el derecho de la legítima, sirve para proteger los intereses familiares y de los derechos que surgen de la consanguinidad. Por ello, fundamentan su postura manifestando que los bienes del causante los heredan los familiares, como si fuera la voluntad presunta del causante. Por otra parte, hay autores que consideran que la legítima afecta la autonomía de la voluntad de las personas, posición a la que adherimos. Ya que una persona, como se dijo anteriormente en la introducción, debería poder decidir el destino de sus bienes propios.

## **2.2 Antecedentes históricos**

### **2.2.1 Derecho Romano**

En principio, en el derecho primitivo romano, el causante podía disponer libremente de todos sus bienes, sin tener restricción alguna. Aquí el causante tenía absoluta libertad sobre los bienes como la poseía durante su vida y tal como lo expone el Dr. Luis Ovsejevich (1963) imperaba en la época los principios de la propiedad individual. Esto se puede ver reflejado en el primer cuerpo homogéneo de leyes romanas, la Ley de las XII Tablas. *Uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* (Lo que el padre disponga respecto de sus bienes y de la tutela de su hijo, será observado como ley) El *pater familias* podía instituir como heredero a quien y a cuantos quisiese y en las partes que deseara.

Más tarde, esta libertad de testar se comenzó a restringir debido a los grandes sentimientos contrarios de los parientes de línea recta, que manifestaban su oposición

### *Trabajo final de Graduación*

al sistema, al ser desheredados o que el causante deje sus bienes a otras personas. Al comienzo, solo se exigía que el *ius civile* sea desheredado expresamente sin necesidad de invocar causa alguna. Luego, se prescribió la desheredación nominal de *sui* y *liberi*. Respecto de ello, es importante destacar que los que debían ser desheredados nominal y expresamente eran los varones, las mujeres podían ser desheredadas en su conjunto. (Ovsejevich, 1963)

Esta concepción se mantuvo hasta la República pero posteriormente cuando el sistema republicano empezó a caer, comenzó a surgir una nueva forma testamentaria. Ella establecía la necesidad de la legítima, es decir, que cierta porción sea reservada para ciertos herederos. Encontrando fundamento en la moral y piedad que debía tener el causante para con sus parientes más próximos. Naciendo así la acción *querella inofficiosi testamenti* restringiendo la voluntad del testador. Esta acción se interponía en caso de que el causante desheredare a sus hijos sin una causa justa o cuando la porción hereditaria fuere injusta. Es aquí, en este último caso, que los tribunales romanos, hacen nacer la necesidad de restablecer una cuota que sea justa para el heredero. Más tarde, la acción es reformada. Se incorpora la acción *querella inofficiosae donationis* para que los herederos puedan interponerla y así dejar sin efecto las donaciones que el difunto realizare en vida. Asimismo, se incorpora la acción para el caso de que la legítima sea incompleta y que no se puedan ejercer las acciones anteriores, en este caso tenía lugar la acción de complemento a la legítima (Ovsejevich, 1963).

Posteriormente, para atenuar el efecto de esta acción, se instituyó que la misma quedaba eliminada cuando se le daba al heredero natural un cuarto de los bienes, y ulteriormente, la porción reservada para los parientes fue aumentando por

### *Trabajo final de Graduación*

Justiniano a un tercio en caso de cuatro hijos y a la mitad cuando era superior.(Ovsejevich, 1963).

Concluyendo, siguiendo a Bonfante (2002) se puede decir que en sus principios la sucesión romana era intestada hasta que luego se fue modificando hasta ser testamentaria.

#### **2.2.2 Derecho germano**

En el derecho germano, en principio regía un principio de copropiedad entre los bienes de los padres y sus hijos, por lo que no se permitía la enajenación. Respecto de la enajenación de bienes por causa de muerte, imperaba un el principio *solus Deus heredem facere potest, non homo* (sólo Dios puede hacer un heredero, no el hombre). Es decir, que los hijos, a la muerte del padre no adquirían ningún bien, continuaban con su anterior adquisición.

Posteriormente, tal como lo expone Ovsejevich (1963) cuando los Bárbaros invadieron al Imperio Romano, se instituyó la reserva. Era un derecho como la legítima, una porción reservada al heredero, la cual el testador o causante no podía modificar. Su fundamento se basaba en la protección de la familia, para que los bienes continuasen en ella y de alguna manera se pueda mantener la posición social de la misma. Asimismo, de forma supletoria tenía lugar la legítima romana cuando la reserva era inoficiosa. En ella importaba no solo los bienes propios que constituían la reserva sino aquellos adquiridos y donados en vida por el causante.

Concluyendo, se puede decir que la reserva constituía una porción de cuatro quintos de los bienes propios del causante. Ante la injusticia de esa porción, se podía

### *Trabajo final de Graduación*

impugnarla y cuando aun así no se obtenía una solución justa, de forma supletoria, tenía lugar la figura de la legítima.

#### **2.2.3 Derecho Español**

En el derecho español, en principio regía el principio de libertad de testar. Tras los abusos constantes de los causantes la *Ley Dun Inlicita* impuesta en el reinado de Chindasvinto restringió esa libertad concediéndoles a los descendientes la porción de cuartos quintos y una mejora de un tercio de todos los bienes hereditarios (Ovsejevich, 1963). Solo un quinto de esa porción era materia disponible por el causante. Esta legítima fue mantenida por el *Fuero Real* y *Las Leyes de Estilo*.

Posteriormente, en *Las Partidas*, se estableció la legítima de los ascendientes, en caso de la inexistencia de descendientes, fijándola en la tercera parte del acervo hereditario.

Respecto del cónyuge viudo es importante destacar que no tuvo en la legislación española derecho a legítima. Sin embargo el *Fuero Juzgo* ordenó que la madre viuda tuviese en usufructo una parte igual a la de los hijos mientras no contrajere nuevo matrimonio. Es en *La Partida VI*, que se dispuso que la viuda pobre de marido rico, pudiese recibir aunque existiesen hijos, hasta la cuarta parte de la herencia del marido, siempre y cuando esta cuarta parte no excediese determinado monto.(Ovsejevich, 1963)

#### **2.2.4 Derecho francés**

En el territorio francés imperaba el instituto de la reserva y de la legítima romana. La primera de ellas se encontraba en las regiones del norte, mientras que la segunda regía en las regiones del sur.

En el primer proyecto del Código Civil Francés, en 1804, se estableció la igualdad total y absoluta de los descendientes y se mantuvo la igualdad del derecho sucesorio para todos los hijos. (Ovsejevich, 1963)

### **2.3 Características de la Legítima en nuestro Código Civil**

Como se advierte, la legítima y la porción disponible son dos entidades que se complementan. Mientras mayor es la legítima, menor va a ser la porción disponible por el causante. El artículo 3605 del actual código dispone: "De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos". Asimismo, el presente artículo 3591 en su segundo párrafo manifiesta que: "La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos".

Por su parte el Nuevo Código, habla de la legítima de la misma forma, pero introduciendo modificaciones en las porciones, como se verá más adelante.

## **2.4 Inviolabilidad e irrenunciabilidad**

Una de las características principales de la legítima es su inviolabilidad. Ella se desprende del art 3714 cuando establece que para que los herederos forzosos sean desheredados el causante debe invocar justa causa, y del art. 3598 que establece la limitación al testador de disponer más allá de su porción. Otra norma similar a la anterior es la del art. 3599 que dice que “toda renuncia o pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y los coherederos forzosos, es de ningún valor”. Ésta advierte la irrenunciabilidad de la legítima.

En el Nuevo Código se mantiene la inviolabilidad e irrenunciabilidad de la legítima, pero se introduce la posibilidad de realizar un fideicomiso, respetando siempre la porción de la legítima.

## **2.5 Naturaleza jurídica**

En cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima, nuestro codificador al redactar su obra no había hecho ninguna aclaración al respecto. Por lo que subsiste el inconveniente presentado hace varios años en cuanto a su naturaleza hasta que se sanciona la ley 17.711. Hay dos posturas bien marcadas, una de ellas considera que el instituto de la legítima forma parte de los bienes *pars bonorum*. La otra por su parte considera que pertenece a la herencia *pars hereditatis*.

Esta disparidad de posiciones se debe a dos artículos que presentan una contradicción en nuestro Código. Según el art. 3354, “los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima

### *Trabajo final de Graduación*

que les corresponda”. Por su parte, en el art. 3591 se estableció: “La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia.”

Se advierte que el art. 3354 del actual Código se asienta en la teoría del *pars bonorum*. Aquellos autores en contra de esta posición, manifestaban que el mismo debía ser derogado. Entre ellos se encuentran Blousson, Fornieles y Borda. En contraposición se encontraban autores como Rébora, Guaglionone y Molinario. (Ovsejevich, 1963).

Posteriormente, dicha diferencia de concepciones es zanjada por la ley 17.711, como se dijo anteriormente, que derogó el art. 3354 y eliminó la contradicción existente entre este artículo y la primera parte del 3591.

## **2.6 Legitimarios**

De acuerdo al art 3592 de nuestro Código, bajo esta denominación encontramos a todos los llamados a la sucesión que tienen una porción legítima determinada por la ley. Para referirse a ellos nuestro codificador ha empleado términos tales como herederos forzosos, herederos legítimos y herederos necesarios.

Los legitimarios para nuestro actual legislador son: a) los descendientes; b) los ascendientes; c) cónyuge; d) nuera viuda.

Por su parte, el Nuevo Código altera esto, determinando como legitimarios solo los descendientes, ascendientes y el cónyuge. Aquí la figura de los padres adoptivos se considera ascendientes y la nuera viuda es eliminada. El motivo por el cual se implementa de esta forma, en principio se debe a la inconstitucionalidad que



### *Trabajo final de Graduación*

acarreaba la norma que establecía la nuera viuda como legitimario, exponiendo una gran discriminación de sexos. Asimismo, dicha norma resultaba muy contradictoria con la tendencia del Nuevo Código que admite el matrimonio de ambos sexos y pretende eliminar todo tipo de discriminación de sexos. En esta materia, es muy importante destacar la importancia que tuvo la jurisprudencia.<sup>1</sup>

#### **2.6.1 Descendientes**

Respecto de los descendientes, hay que hacer mención de la cuestión solucionada por la ley 23.264. En dicha ley, se consagra la igualdad de todos los descendientes, sin distinción de categorías, ya sean hijos matrimoniales, extramatrimoniales o hijos adoptivos.

Tal como lo dispone el actual art 3593 “, la porción legítima de los hijos es de cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiere donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el art. 3570”. Cabe aclarar al respecto que la palabra hijos es usada para todos los descendientes, operando en su caso el derecho de representación, ya sea por presunción de fallecimiento del actual art 3555<sup>2</sup>; renuncia del representado del art. 3554<sup>3</sup>; y de los supuestos de haber sido desheredados (art. 3749)<sup>4</sup> o declarado indigno.

---

<sup>1</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 27ª Nominación de Córdoba – 30 de Abril del 2009 – (Declaratoria de herederos – Igualdad ante la ley – Nuera viuda – Yerno)

<sup>2</sup> Art. 3555: “Pueden también los hijos del ausente con presunción de fallecimiento, representarlo, no probándose que existía al tiempo de abrirse la sucesión”.

<sup>3</sup> Art. 3554: “No se puede representar sino a las personas muertas, con excepción del renunciante de la herencia, a quien, aún vivo, pueden representarlo sus hijos”.

<sup>4</sup> Art. 3749: “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

### *Trabajo final de Graduación*

Respecto de la cuota que se establece en el artículo, es de las cuartas quintas partes, la cual no varía de ningún modo, aun cuando sea mayor o menor el número de descendientes. Sobre esta porción deben computarse no solo los bienes del acervo hereditario, sino todos aquellos bienes que el causante hubiese donado a uno de ellos o terceros, ya que si lo hubiese hecho deben ser colacionados.

El Nuevo Código disminuye la porción de los descendientes a los dos tercios y asimila los derechos que tienen los hijos a la figura del adoptado, sin distinción de si la adopción es simple o plena. Asimismo se incorpora la posibilidad de la mejora de la porción legítima en un tercio, cuando el heredero tuviese una discapacidad. Ello queda manifestado en el art. 2448 el cual dice “el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

### *Concurrencia*

Sólo hijos e hijos con nietos: De acuerdo al actual art. 3549 “La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar

---

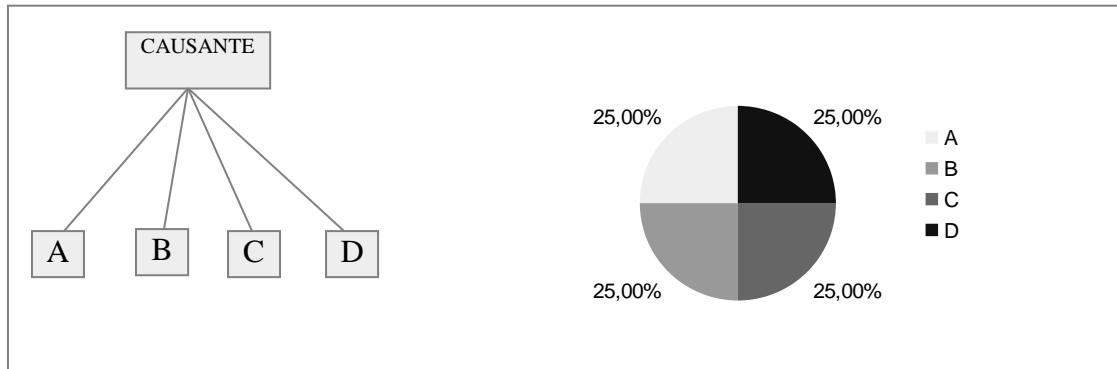
al usufructo y administración de los bienes que por esta causa reciban sus descendientes”.

*Trabajo final de Graduación*

a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido”.

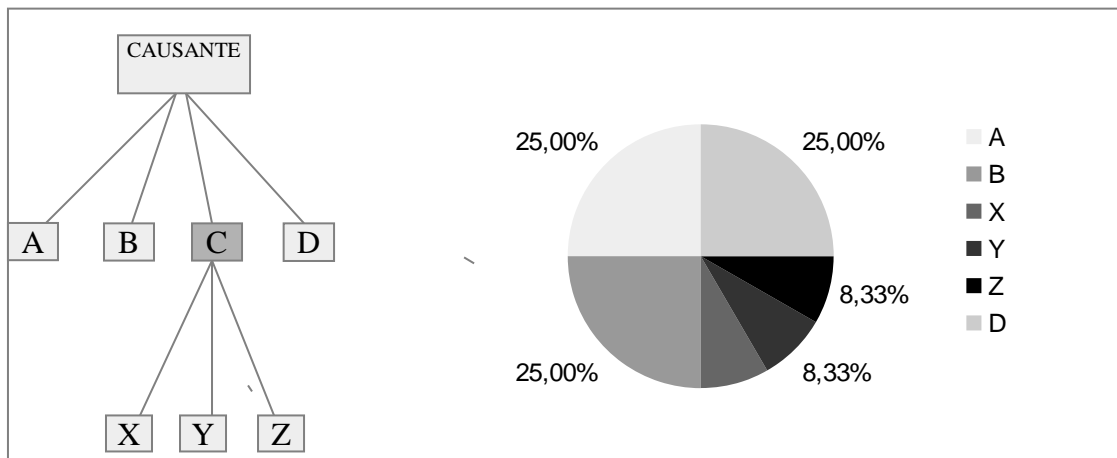
A continuación, transcribo los gráficos elaborados por Zannoni (2009), para entender con mayor claridad lo expuesto.

**CONCURRENCIA DE SÓLO HIJOS**



*Figura 1*

**CONCURRENCIA DE HIJOS Y NIETOS**



*Figura 2*

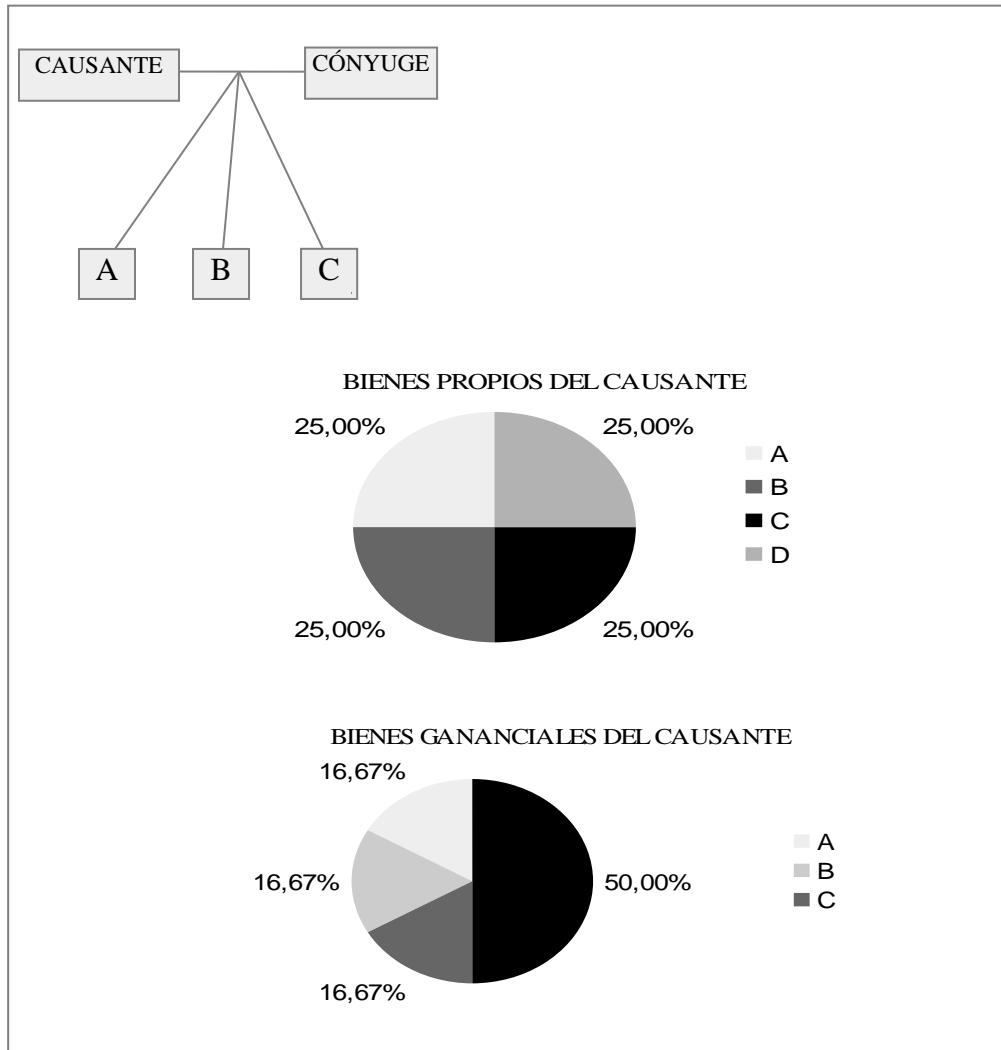
Descendientes con el cónyuge supérstite: El art. 3570 dispone “si han quedado viudo o viuda con hijos, el cónyuge sobreviviente tendrá, en la sucesión, la misma parte que cada uno de los hijos”.

En este caso se distinguen dos masas gananciales, la de los bienes propios y los gananciales. De los primeros, se divide por cabezas y en partes iguales con los

*Trabajo final de Graduación*

hijos legítimos. Y de los bienes gananciales al cónyuge supérstite le queda la mitad y la otra mitad se divide solo por los hijos.

**BIENES PROPIOS Y GANANCIALES**



*Figura 3*

**2.6.2 Ascendientes**

Respecto de los ascendientes, hay que hacer mención del régimen de adopción, que introdujo modificaciones a lo largo del tiempo. En la ley 13.252, se

### *Trabajo final de Graduación*

estableció expresamente que el adoptante no heredaba *ab intestato* al adoptado. Posteriormente, dicha ley, fue modificada por la ley 17.711. En ella se expresa que “el adoptante hereda al adoptado, salvo respecto de los bienes que éste hubiese recibido a título gratuito de la familia de sangre. Los descendientes legítimos del adoptado tienen derecho de representación en la sucesión del adoptante” (art. 3569 bis). Si bien aquí se zanjaron algunas cuestiones, como lo manifiesta Maffia (2002), se omitió considerar aquella situación en donde el adoptante concurriera a la sucesión del adoptado. Materia que fue solucionada con la ley 19.134. En dicha ley, el art. 3569 bis fue sustituido por el siguiente: “El adoptante hereda *ab intestato* al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres legítimos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de sangre, ni ésta hereda los bienes que el adoptado hubiere recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de sangre”. Dicho de otra manera, la condición de heredero legítimo del adoptante se equiparó a la del padre legítimo. Posteriormente, con la ley 23.264, se iguala la vocación hereditaria de todos los ascendientes, sin distinción de categorías.

El actual art. 3594 dispone que “la legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo presente 3571”. Como se expuso en el capítulo anterior, de acuerdo a los actuales art. 3568 y 3569, los ascendientes de grado superior excluyen a los más lejanos y los de igual grado heredan al causante por cabeza y en partes iguales.

Por su parte, en el Nuevo Código, la porción legítima de los ascendientes también disminuye a un medio. Y los padres adoptivos quedan incluidos dentro del

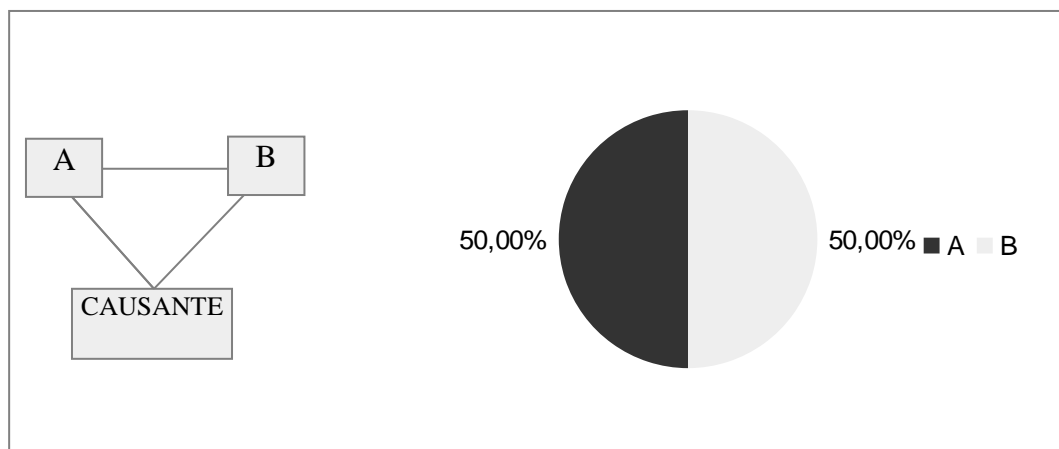
régimen de los ascendientes.

*Concurrencia*

De los ascendientes solos: Siguiendo a Zannoni (2009), hay que hacer una distinción de los diferentes casos que se pueden presentar:

- Cuando los ascendientes más próximos en grado heredan por igual y por cabeza:

CONCURRENCIA DE LOS PADRES POR PARTES IGUALES

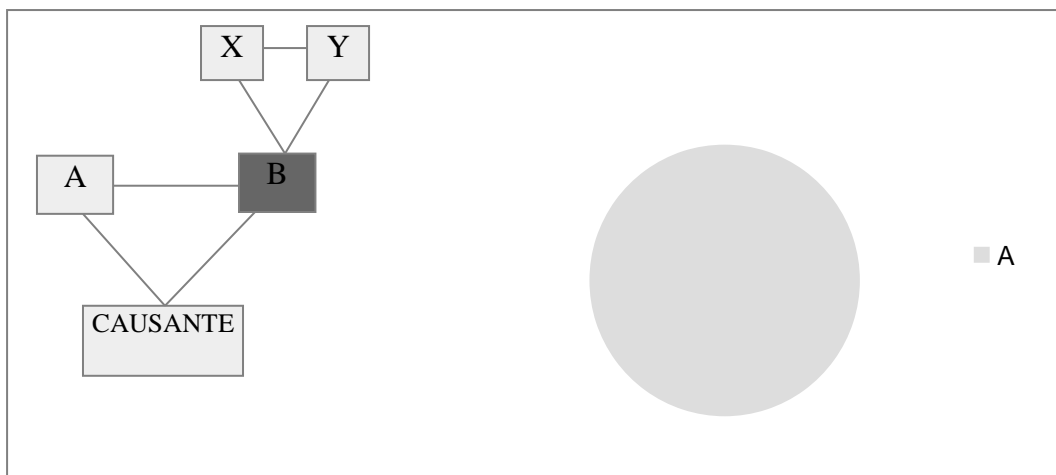


*Figura 4*

*Trabajo final de Graduación*

– Cuando el derecho de representación no tiene lugar, rige el actual art 3559<sup>5</sup>:

**CONCURRENCIA DE LOS ASCENDIENTES SIN REPRESENTACIÓN**



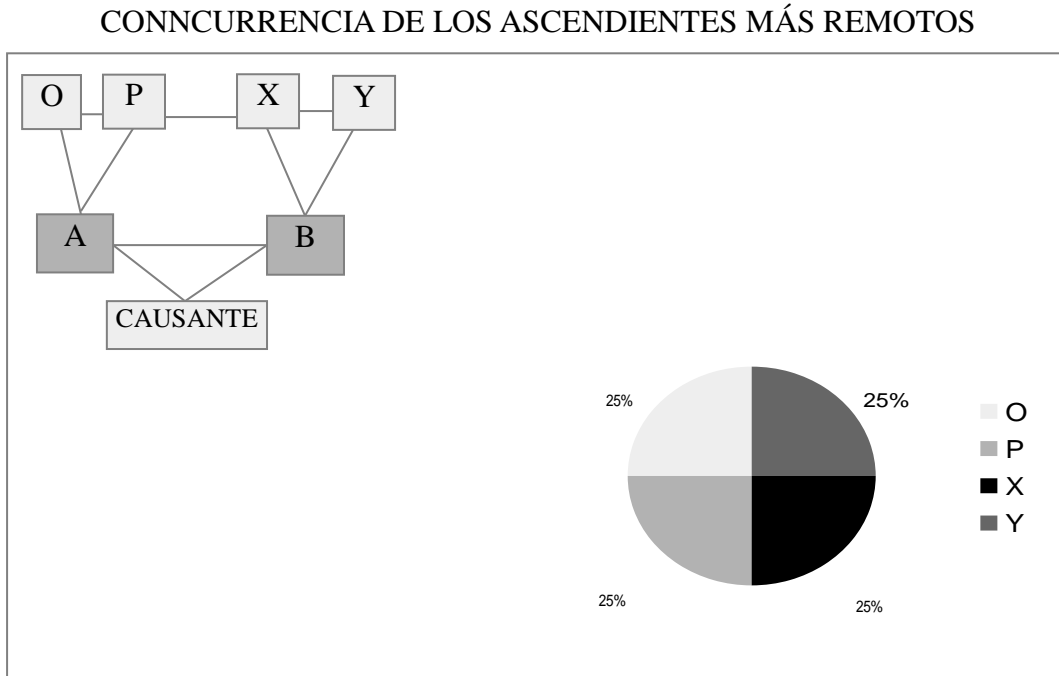
*Figura 5*

---

5 Art. 3559: “La representación no tiene lugar en favor de los ascendientes. El más próximo excluye siempre al más remoto”.

*Trabajo final de Graduación*

- Cuando concurren los ascendientes de grado más remoto:



*Figura 6*

### **2.6.3 Cónyuge**

Conforme lo dispone el actual art. 3595 “La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales”. Del referido artículo, se puede decir que determinada porción le corresponde al cónyuge supérstite, no sólo cuando no hubiere descendientes o ascendientes (que le corresponde la mitad de los bienes), sino que también le corresponde una porción cuando existiesen los mismos. En este caso, la porción se determina por la de sus coherederos. Régimen que se mantiene en el Nuevo Código. Cabe destacar lo materializado por la jurisprudencia en el caso “Reche José –Declaratoria De



### *Trabajo final de Graduación*

Herederos”<sup>6</sup> en donde se le quiere adjudicar a un sólo heredero el único bien inmueble ganancial.

#### **2.6.4 Nuera viuda**

Respecto de la nuera viuda, el régimen que adopta nuestro actual Código dispone la quinta parte de los bienes de la herencia como legítima. Disposición eliminada en el nuevo código, como se menciona anteriormente.

#### **2.7 Modos de determinar la legítima**

De acuerdo el actual art. 3602 en su primera parte “...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 presente artículo 3477” y al art. 2445 en su segunda parte “...dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. 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

---

<sup>6</sup> Cámara 4ª Civil Y Comercial. AI 90, 27.03.06, “Reche Jose – Declaratoria De Herederos”

### *Trabajo final de Graduación*

del cónyuge, las hechas después del matrimonio” la masa hereditaria legítima se constituye de la siguiente manera: a) la determinación de los bienes en poder del causante ante su muerte, b) la deducción de las deudas, c) la determinación de los bienes donados durante la vida del causante.

#### **2.7.1 La determinación de los bienes en poder del difunto al momento de su muerte**

La masa hereditaria del causante se conforma de todos aquellos bienes que constituían el patrimonio del difunto. Siguiendo el Dr. Ovsejevich en su tesis (1963), dicho patrimonio incluye a todos los bienes muebles, inmuebles, corporales o incorporeales, fungibles o no fungibles, cualquiera sea su modo de adquisición, que sean capaces de tener un valor pecuniario. Hay diferentes posturas que se presentan a la hora de establecer qué bienes pertenecen a la legítima. Los cuestionamientos surgen principalmente en los bienes intelectuales, los sepulcros, los créditos que el causante tiene contra los legitimarios, la usucapión empezada por el causante. Finalmente, tras varios debates, se ha llegado a la conclusión de que los mencionados bienes sí forman parte de la masa legítima.

Bien ya se expuso los bienes pertenecientes a la masa hereditaria de la legítima, ahora se hará mención de aquellos bienes excluidos de la misma. Los derechos inherentes a la persona (derecho a la vida, honor, libertad, etc.); los derechos de usufructo, uso y habitación, renta vitalicia; créditos incobrables (por la insolvencia del deudor); créditos litigiosos; créditos condicionales (por carecer de valor actual); cosas comunes a la herencia como retratos y recuerdos familiares (por presentar valor

### *Trabajo final de Graduación*

afectivo y no dinerario); los frutos devengados con posterioridad al fallecimiento del causante; y los seguros de vida.

#### **2.7.2 Deducción de las deudas**

Tal como lo establece el art. del que se habló anteriormente, para constituir la masa de la legítima, es necesario hacer deducción de las deudas que tenía el causante. Esto tiene origen en el adagio *nemo liberalis nisi liberatus*. Importa señalar que dicha deducción se realiza sobre los bienes del causante al momento de su fallecimiento sin tener en cuenta los donados en vida. Asimismo, las deudas deben ser capaces de ser probadas. El simple reconocimiento que de ellas pueda hacerse no puede ser admitido porque podría constituir en una maniobra fraudulenta para reducir la porción disponible.

#### **2.7.3 Determinación de las donaciones**

A aquellos bienes y deudas mencionadas anteriormente que conforman la legítima, hay que agregarle los bienes que el causante hubiere donado en vida. Se excluyen de estas donaciones las enajenaciones realizadas a título oneroso, las cuales no se pueden anular. Salvo que fueren utilizadas fraudulentamente o de forma dolosa para afectar la porción hereditaria.

## **2.8 Defensas a la legítima**

Nuestro ordenamiento jurídico para proteger el instituto familiar, no solo establece la legítima hereditaria sino que también prevé ciertas acciones y medidas para su defensa.

Una de las medidas que tiene vigencia es la que manifiesta la ineficacia de condiciones y gravámenes impuesta a la legítima por cláusulas testamentarias. Así lo dispone el actual art. 3598<sup>7</sup>. Medida que se rectifica en el nuevo código en el art. 2447. Otra disposición reglamentada es la del actual art. 3599<sup>8</sup>. La misma establece que todos los pactos o convenios que se realizaren sobre la legítima futura serán nulas y de ningún valor. Asimismo, nuestro codificador ha introducido a nuestro ordenamiento jurídico la inoponibilidad de las transferencias presuntas como liberalidades.

Respecto de las acciones que se utilizan para salvaguardar la legítima en ambos Códigos y que son de similar naturaleza, es importante destacar las acciones de complemento y de reducción. Por su parte también se encuentran actualmente reguladas las acciones de rescisión y preterición.

La acción de rescisión es aquella establecida contra la partición testamentaria. Conforme lo expuesto por el art 3536 al decir que “La partición por donación o testamento, puede ser rescindida cuando no salva la legítima de alguno de los herederos. La acción de rescisión sólo puede intentarse después de la muerte del

---

7 Art. 3598: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas”.

8 Art. 3599: “Toda renuncia o pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y los coherederos forzosos, es de ningún valor. Los herederos pueden reclamar su respectiva legítima; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por el contrato o renuncia”.

### *Trabajo final de Graduación*

ascendiente”.

Por su parte, la acción de preterición se utiliza en aquellos casos en que el causante en un testamento omite a uno o varios herederos forzosos, confiriéndole a estos últimos la acción para su defensa. Dicha omisión debe ser de una entidad tal que excluya la vocación hereditaria de los legitimarios. Asimismo, se prevé la acción para el caso de que el causante instituyere a herederos distintos de los otros forzosos.

Las acciones de complemento y reducción se encuentran reguladas en los art. 3600 y 3601 del actual código. El primero dice “el heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo 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”. Por su parte, en el Nuevo Código estas acciones se encuentran reguladas en los art. 2451 y siguientes. Un fallo muy importante en esta materia es el de la Cámara Nacional Civil. , Norma M. M. v. Dicmar S.A. y otro. 10/08/2001.<sup>9</sup> En el cual la actora demanda la simulación de una compraventa que oculta una donación y por tal motivo pide su reducción, por afectar el instituto de la legítima.

Siguiendo con el articulado de nuestro actual Código, el art 3602<sup>10</sup> establece el orden en que deben reducirse las liberalidades para poder integrar la legítima. Surgiendo así, como primera medida, reducir las disposiciones testamentarias en cuanto exceden la porción disponible por el causante.

---

<sup>9</sup> Cámara Civil Nacional Sala L. Paz, Norma M. M. v. Dicmar S.A. y otro. SUCESIONES - Acción de reducción - Simulación - Donación encubierta  
2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, agosto 10 de 2001.

<sup>10</sup> Art. 3602: “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”.

### *Trabajo final de Graduación*

Finalmente, para completar estas acciones y disposiciones legales tendientes a la defensa de la legítima, el legislador ha sumado a nuestro sistema jurídico la opción conferida al heredero en caso de que el causante por disposición testamentaria estableciera un usufructo o una renta vitalicia cuyo valor excediere la porción disponible. Aquí el heredero puede optar entre ejecutar la disposición testamentaria o entregar al que hubiere recibido el usufructo o la renta, la cantidad disponible. Disposición que se mantiene en el Nuevo Código.

## **2.9 AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

El presente subcapítulo tiene por objeto el estudio de un principio básico del derecho privado, cuyo origen se remonta a la filosofía Kantiana, conocido como Autonomía de la voluntad.

Muchos autores hacen referencia a la importancia de la voluntad. Autores como Platón consideraban que la responsabilidad de cada hombre derivaba de la libre elección que ellos realizaren. Otros autores, se referían a la voluntad como la realidad última subyacente al mundo de la percepción sensible, ponen una especial atención en la voluntad de poder. Por su parte, Santo Tomás de Aquino, manifiesta que la voluntad es el fin que determina al agente, el que lo mueve y lo inspira. Si no existiere tal fin, el individuo no obraría de ninguna forma. Este fin representado por la voluntad es la razón misma por la que la persona actúa. (Varona, 2012)

El principio del que se habla, es consagrado por nuestro más alto tribunal en el art. 19, el cual le otorga al individuo la facultad de elegir con total libertad las decisiones fundamentales de su vida, sin interferencia alguna por parte del Estado u

### *Trabajo final de Graduación*

otros particulares, siempre y cuando tales decisiones no vulneren derechos de terceros.

“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” (art. 19 C.N.).

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que el art. 19 “protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo”<sup>11</sup>.

De acuerdo con Kant <sup>12</sup> el sujeto debe ser capaz de elegir sus propios fines y planes de vida, es decir, ser autónomos. Ser capaces de darse a sí mismos sus propias leyes y ser capaces de cumplirlas. Lo que permite que el individuo sea una entidad independiente de las experiencias, de la comunidad existente. Asimismo, el propio

---

11 CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios”, Fallos 306:1892

12 “Veáse al hombre atado por su deber a leyes; mas nadie cayó en pensar que estaba sujeto a *su propia legislación*, si bien ésta es *universal*, y que estaba obligado solamente a obrar de conformidad con su propia voluntad legisladora, si bien ésta, según el fin natura, legisla universalmente. Pues cuando se pensaba al hombre sometido solamente a una ley (sea la que fuere), era preciso que esta ley llevase consigo algún interés, atracción o coacción, porque no surgía como ley de *su propia voluntad*, sino que esta voluntad era forzada, conforme a la ley, por *alguna otra cosa* a obrar de cierto modo. Pero esta consecuencia necesaria arruinaba irrevocablemente todo esfuerzo encaminado a descubrir un fundamento supremo del deber. Pues nunca se obtenía deber, sino necesidad de la acción por cierto interés, ya fuera este interés propio o ajeno. Pero entonces el imperativo había de ser siempre condicionado y no podía servir para el mandato moral. Llamaré a este principio el de la *autonomía* de la voluntad, en oposición a cualquier otro, que, por lo mismo, calificaré de *heteronimia*.”

El concepto de todo ser racional, que debe considerarse, por las máximas todas de su voluntad, como universalmente legislador, para juzgarse a sí mismo y a sus acciones desde ese punto de vista, conduce a un concepto relacionado con él y muy fructífero, el concepto de un *reino de los Fines*. (Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 1785)

### *Trabajo final de Graduación*

Rawls, manifiesta que una democracia se enrola en una concepción liberal, en donde todas las personas son libres e iguales. Por todo ello, según Dworkin, el derecho no puede alterar aquellos planes de vida elegidos por las personas. (Nino, 1989)

Tal como lo expone Nino (1989), el principio de la autonomía de la voluntad se enrola en dos aspectos fundamentales. El primero de ellos refiere a valorar la libre elección, por parte de los individuos, de sus planes de vida. El segundo, por su parte, consiste en impedir que el estado u otros individuos interfieran en esa libre elección.

#### **2.9.1 Límites**

La autonomía de la voluntad se encuentra limitada por diferentes aspectos: ellos son la moral, las buenas costumbres, leyes imperativas y el orden público. Se puede mencionar también, como uno de los límites, la exigencia de ciertas formalidades para la realización de ciertos actos.

#### **2.9.2 Autonomía de la voluntad y el orden público**

El orden público es el conjunto de normas y valores obligatorios existentes en una sociedad, que constituyen un aspecto central para el orden social. Dicho de otra forma, es el conjunto de leyes y valores que tiene una sociedad para salvaguardar ciertos derechos e instituciones fundamentales para el desarrollo de la vida en sociedad. En nuestro país, la ley fundamental que lo regula es la Constitución Nacional.

Tradicionalmente, el orden público ha establecido limitaciones a la voluntad



### *Trabajo final de Graduación*

de la personas fundamentando su postura en el instituto de la familia. Si bien este orden público que salvaguarda al instituto de la familia, en épocas remotas daba resultado, actualmente, la sociedad es cada vez más individualista y la familia no es aquella tradicional y misma de antes.

#### **2.9.3 Elementos de la voluntad**

Para ir finalizando con el presente capítulo, se hará mención de los elementos de la voluntad. Entre ellos, hay que hacer una distinción: la voluntad interna de la persona (discernimiento, intención y libertad) y la que se manifiesta. Para que la voluntad sea real, tiene que haber concordancia entre la interna y la manifestada.

Como bien se ha visto en el presente capítulo, entendiendo el funcionamiento del actual sistema hereditario, que ha instituido la legítima, y ha impuesto límites de forma y fondo a los testamentos, pudimos observar con detalle como se ve restringida la libertad del causante (uno de los derechos fundamentales del hombre) para disponer sus bienes después de su muerte. Y además se pudo comprender uno de los fundamentos tenidos en cuenta por el legislador, para establecer dicho sistema, el de defender el instituto familiar, fundamento que no compartimos como se podrá ver más adelante.

## **CAPÍTULO III: ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LIBERTAD DE TESTAR. ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LEGÍTIMA.**

### **DERECHO COMPARADO**

En el segundo capítulo se ha podido ver a grandes rasgos cómo es el funcionamiento del sistema hereditario argentino. Posteriormente, se ha analizado el instituto de la legítima y la autonomía de la voluntad y se pudo observar cómo la ley que establece la obligación de disponer una porción obligatoria a los legitimarios restringe la voluntad del causante. Ahora, en el presente capítulo vamos a observar cómo funciona el instituto de la legítima y la libre disposición del causante en el derecho comparado. Y finalmente expondremos los argumentos a favor de la libertad de testar y aquéllos a favor de la legítima.

#### **3.1 DERECHO COMPARADO**

Ya bien se han expuesto los argumentos a favor de la libertad de testar y aquellos a favor de la legítima, ahora haremos mención de las legislaciones comparadas en lo que respecta a la legítima y la libertad de testar.

Tal como lo expone la jueza Fernández Hierro (2010), se pueden distinguir aquellos sistemas legitimarios clásicos y los que admiten la libertad de testar. Entre los primeros, diferentes ordenamientos jurídicos, que reconocen su origen en el derecho romano, reconocen al instituto de la legítima o reserva. Esta legítima puede variar de acuerdo a los herederos, ser una porción fija o manifestarse como mejora.

### *Trabajo final de Graduación*

Por su parte, los sistemas legales que adaptan la libertad de testar derivan, en su mayoría del derecho anglosajón. Respecto de ellos, hay que mencionar que no existe absoluta libertad de testar, ya que generalmente se les reconocen derechos alimentarios a ciertos parientes próximos.

Finalmente, mencionada autora hace una última distinción intermedia, que reconoce la legítima solo en determinados casos de necesidad de los parientes. Este sistema de sucesión se admite en países como Rusia, Lituania, Eslovenia, Polonia.

#### **3.1.1 Ecuador**

Tal como se puede ver en el manual de Bossano (1978) la legislación ecuatoriana admite la protección de la familia, partiendo de la idea que la familia es el núcleo central de la sociedad. Es por ello que este derecho tiende a proteger a los herederos forzosos, tal como se legisla en nuestro ordenamiento jurídico.

La sucesión testamentaria en este país es la que opera cuando una persona dispone de todos o una parte de sus bienes mediante un testamento para después de su muerte. Lo importante en este sistema jurídico, es destacar que el causante sólo puede disponer libremente una parte de la totalidad de la herencia.

Asimismo, para heredar se requiere ser persona de existencia visible, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos anglosajones.

#### **3.1.2 Costa Rica**

En el derecho sucesorio de Costa Rica opera el instituto de la legítima. Ella

### *Trabajo final de Graduación*

existe en favor de los hijos, padres, consortes o convivientes en unión de hecho. Antes de la sanción de la ley que restringía la voluntad del causante, existía la libertad de testar con la excepción de la obligación impuesta al causante de dejar alimentos.

Si bien los herederos forzosos son las personas mencionadas anteriormente, cabe destacar algunas salvedades que establece el artículo 572 del Código Civil de Costa Rica: “Son herederos legítimos: 1. Los hijos, los padres y el consorte, o el conviviente en unión de hecho, con las siguientes advertencias: a) No tendrá derecho a heredar el cónyuge legalmente separado de cuerpos si él hubiere dado lugar a la separación. Tampoco podrá heredar el cónyuge separado de hecho, respecto de los bienes adquiridos por el causante durante la separación de hecho. b) Si el cónyuge tuviere gananciales, sólo recibirá lo que a éstos falta para completar una porción igual a la que recibiría no teniéndolos. c) En la sucesión de un hijo extramatrimonial, el padre sólo heredará cuando lo hubiere reconocido con su consentimiento, o con el de la madre y, a falta de ese consentimiento, si le hubiere suministrado alimentos durante dos años consecutivos, por lo menos. c) El conviviente en unión de hecho sólo tendrá derecho cuando dicha unión se haya constituido entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraer matrimonio, y se haya mantenido una relación pública, singular y estable, al menos durante tres años, respecto de los bienes adquiridos durante dicha unión”.

### **3.1.3 Chile**

Tal como lo expone Somarriva Undurraga (1946) en sus manuales, el derecho sucesorio chileno admite el instituto de la legítima. El Código Civil manifiesta en su

### *Trabajo final de Graduación*

articulado que la porción exigible a los herederos forzosos es de la mitad de la herencia y ellos son los descendientes, cónyuge sobreviviente y ascendientes, los hermanos y los colaterales. Por lo tanto, el causante solo puede disponer de la mitad de sus bienes.

#### **3.1.4 España**

El Código español se encuentra inspirado en el proyecto elaborado por García Goyena. El mismo da lugar al testamento para disponer los bienes del causante, únicamente cuando no se vulnera el instituto de la legítima. Por lo tanto, no cabe duda de la posibilidad de desheredación aduciendo las causas establecidas por la ley.

De acuerdo al art 807 del Código español “Son herederos forzosos: 1° los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos. 2° A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos. 3° El viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre o madre de éstos, en la forma y medida que establecen los artículos 834 a 842 y 846”

Por todo ello, respecto de la porción disponible el causante puede realizar legados, nombrar a otros herederos y mejorar a los ya instituidos.

### **3.1.5 Italia**

El derecho italiano al igual que nuestro ordenamiento jurídico consagra al instituto de la legítima, por lo tanto, hay restricciones a la libre disposición de la herencia en testamentos. La legítima existe en beneficio de los descendientes, ascendientes y el cónyuge. De acuerdo al articulado que muestra el Código italiano, se puede mencionar lo siguiente:

- Cuando el fallecido tiene solo un descendiente, sólo puede disponer libremente de la mitad de sus bienes dejando la otra mitad para el heredero.
- Si no hubiere descendientes, ni ascendientes, y hubiere dejado al cónyuge, sólo puede disponer de la mitad al igual que en el caso anterior. Reservando la otra mitad para el cónyuge supérstite.
- Si concurren a la herencia sólo los ascendientes, la ley reserva para ellos sólo la mitad del patrimonio del causante.
- Si existiere a la muerte de la persona más de un hijo, a todos ellos le corresponden dos tercios de los bienes, dejando un tercio a la libre disposición.
- Para el caso de que concurrieren a la herencia el cónyuge con un hijo, un tercio es para el hijo, otro tercio para el cónyuge y el otro para la libre disposición.
- En caso de concurrencia del cónyuge con los ascendientes, mitad de la herencia le corresponde al cónyuge y un cuarto a los ascendientes, el otro cuarto es de libre disposición.

### **3.1.6 Escocia**

El derecho sucesorio en Escocia es regido por la *Succession Act 1964*. Se puede considerar que en este tipo de sucesión opera una especie de legítima, *legal rights*. A estos derechos los tienen los hijos y los cónyuges viudos. Respecto de los primeros le corresponde un tercio de los bienes muebles del causante si concurre con el cónyuge o pareja de hecho o el cincuenta por ciento de la herencia si el cónyuge no concurre. Mientras que, al cónyuge le corresponde un tercio de los muebles si concurren a la herencia junto con los descendientes, y si no concurren éstos últimos tienen derecho a la mitad de la herencia.

### **3.1.7 Irlanda**

En este país la ley que rige el derecho sucesorio es la *Succession Act 1965*. La misma establece el instituto de la legítima solo para el cónyuge viudo. En caso de que concorra con los descendientes le corresponde un tercio, por el contrario si no tiene descendientes le corresponde la mitad de la herencia. Sin embargo, anteriormente, el cónyuge puede renunciar a esa legítima en un contrato prenupcial.

Respecto de los hijos o descendientes, no le corresponde ninguna porción legítima, solo tienen el derecho a reclamar los alimentos, tal como lo establece el art. 116 de mencionada ley: “Cuando a solicitud del hijo del testador o en su nombre el Tribunal, considere que el testador no ha cumplido su obligación moral de atender debidamente las necesidades de su hijo, de acuerdo con sus medios, ya sea por

### *Trabajo final de Graduación*

testamento o en otra forma, el Tribunal podrá ordenar que se atiendan esas necesidades del hijo, como el Tribunal considere justo”

#### **3.1.8 Francia**

Desde el Código Napoleónico, se consagra el instituto de la legítima. El mismo lo establece con otro nombre que es la reserva. Esto significa que el causante solo puede disponer de aquellos bienes que no estén reservados para determinados parientes, tales como los descendientes, cónyuge y ascendientes. (Fernández Hierro, 2010)

Respecto de los primero, la ley manifiesta que en caso de concurrir a la herencia un solo hijo la reserva es de la mitad del patrimonio del causante, cuando concurren dos hijos es de dos tercios y cuando concurren tres o más hijos a la herencia, la reserva es de tres cuartos. Por su parte, al cónyuge se le confiere la reserva de un cuarto de la totalidad de los bienes del acervo hereditario. Y finalmente a los ascendientes le corresponde la reserva de un cuarto de los bienes por cada línea de parentesco. Ley que en 2006 se modifica eliminando como legitimarios a los ascendientes. (Galán Moreno, 2013)

#### **3.1.9 Bélgica**

En este derecho al igual que en los anteriores opera el instituto de la legítima.



### *Trabajo final de Graduación*

Ella se ejerce en favor de los herederos forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuge) cuya cuota varía de acuerdo a la cantidad de legitimarios que concurran a la herencia. Si el causante deja como descendiente a un hijo, la cuota legitimaria es de la mitad de la herencia; en caso de que concurran dos hijos, la cuota es de dos tercios y de tres cuartos si existen tres hijos o más. Si no hay descendientes o cónyuge superviviente, los ascendientes tienen derecho a una cuarta parte del acervo hereditario.

Asimismo cabe destacar que el cónyuge recibe el usufructo de la mitad de los bienes que componen la herencia.

#### **3.1.10 Portugal**

Este ordenamiento jurídico admite a la legítima y manifiesta en el art.2157 de su Código Civil que los herederos forzosos son el cónyuge, los descendientes y los ascendientes.

Asimismo los artículos siguientes hacen alusión a la porción afectada a la legítima. Si el cónyuge concurre sólo a la herencia, le corresponde la mitad de los bienes. Y Si concurre con los hijos, le corresponde dos tercios del acervo hereditario. Por el contrario, si sólo concurren a la herencia los hijos, en caso de ser uno solo le corresponde la legítima de la mitad y si son dos hijos o más, dos tercios de la totalidad de los bienes. Por otra parte, si concurren ascendientes con cónyuge, le corresponde las dos terceras partes de la herencia y finalmente si sólo concurren ascendientes para el caso de los padres le corresponde como legítima la mitad de los bienes y para los demás ascendientes un tercio.

### **3.1.11 Estados Unidos**

El *Common Law* es el derecho que le sirve de fundamento al derecho inglés y al norteamericano. En el derecho anglosajón se le da una gran importancia a la autonomía de la voluntad. En este sistema legal no existen las legítimas y prácticamente no operan los límites a la autonomía de la voluntad.

En los Estado Unidos tal como se presenta en una revista electrónica de derecho civil de Fernando García<sup>13</sup>, el causante puede disponer de la gran mayoría de sus bienes, y la voluntad prima ante cualquier interés familiar. El testamento o *Will* significa voluntad y es el acto escrito por el cual el causante dispone de sus bienes para después de su muerte. Asimismo no es necesario que el heredero sea una persona de existencia visible, por el contrario, este ordenamiento admite la posibilidad de que una mascota o una persona jurídica hereden al causante.

Cada estado del país tiene diferentes leyes en cuanto a la sucesión, sin embargo, se pueden mencionar aquellas comunes a todos. En el *Will* la persona debe manifestar las palabras *last Will*, así como también deberá hacer mención que revoca toda disposición testamentaria anterior a ese acto, tal como lo expone nuestro derecho. El testador debe demostrar que tiene capacidad para disponer libremente de sus bienes y debe firmarlo al final.

No se les reconocen legítimas a los hijos, pero al cónyuge se le reconoce el derecho a la *elective share*, que es una porción de los bienes del causante, que generalmente suele ser de un tercio. Por su parte, los hijos sólo pueden reclamar los

---

<sup>13</sup>García F. (s/d) Revista de derecho civil. [versión electrónica]

### *Trabajo final de Graduación*

alimentos (sólo los menores) y hasta su mayoría de edad. (Fernández Hierro, 2010)

#### **3.1.12 Canadá**

Al igual que en el ordenamiento de los Estados Unidos, en Canadá cada provincia regula su propio derecho. Sin embargo se puede mencionar que opera la autonomía de la voluntad por sobre todas las cosas ya que existe la libertad de testar y no hay legítimas. Sólo algunas provincias admiten los alimentos a favor de los descendientes, ascendientes, cónyuge o personas que se encontraban a cargo antes de que falleciera el causante de la herencia.

#### **3.1.13 México**

En el derecho mexicano el instituto de la legítima tiene lugar únicamente cuando el testamento no se realizó, o es nulo o perdió su validez; también cuando el testador no dispuso de la totalidad de sus bienes o cuando no se cumplan las condiciones para la herencia. Por lo tanto, en este ordenamiento opera la libertad de testar, es decir que el causante puede disponer de la totalidad de sus bienes en un testamento siguiendo las formalidades exigidas por la ley.

Lo que se exige es dejar ciertos alimentos tal como lo prescribe el art. 1368 al decir “el testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los

### *Trabajo final de Graduación*

cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte; II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior; III. Al cónyuge supérstite cuando este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente; IV. A los ascendientes; V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente este impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho solo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades”.

Volviendo al instituto de la legítima, de acuerdo al art. 1602 del Código Civil Mexicano, los herederos legitimarios son los descendientes, los ascendientes, los parientes colaterales hasta el cuarto grado, el cónyuge o concubino, y a falta de todos éstos, hereda el fisco.

#### **3.1.14 Inglaterra y Gales**

Inglaterra reconoce la libertad de testar, sin embargo a ciertos parientes les

### *Trabajo final de Graduación*

brinda el derecho de *provision*. Opera en caso de que el causante en el testamento o *Will* no realice una atribución económica en su favor (Galán Moreno, 2013). El art. 1 del *Act 1975* enumera los parientes que pueden solicitar ese derecho. Ellos son: “Cónyuge del causante o pareja de hecho; ex cónyuge que no haya contraído nuevas nupcias; hijo del causante; otras personas a las que, en relación con algún matrimonio contraído durante su vida, el causante haya tratado como hijos; cualquier persona que inmediatamente antes de la muerte del causante, hubiera estado mantenida total o parcialmente por él”.

### **3. 2 ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LIBERTAD DE TESTAR**

Ovsejevich en su ponencia (1963) divide a los argumentos a favor de la libertad de testar en tres grupos de acuerdo al fundamento, uno moral, otro jurídico y otro económico.

Con respecto al primero, mencionado autor habla del *ius disponendi* que tiene la persona. Es decir, del carácter absoluto que tiene el dominio de los bienes, y del hecho de poder hacer lo que quisiere con ellos durante su vida y luego para después de su muerte, posición a la que adherimos. Sin embargo, hay autores que plantean que las leyes limitan y restringen ese dominio, por lo tanto, dichas limitaciones también deberían aplicarse a las transmisiones mortis causa. Postura a la cual discrepamos, ya que si bien los límites impuestos por el derecho al dominio son para salvaguardar el orden público y no dañar a terceros, no encontramos ningún motivo amenazador que pueda ocasionar un perjuicio a otras personas o menoscabar el orden público al dejar al causante disponer libremente de sus bienes.

### *Trabajo final de Graduación*

Siguiendo a Ovsejevich (1963), el argumento moral, como primera medida refiere a la autoridad paterna que siempre tuvo poder. Si bien hoy en día ha perdido valor, hay que tener presente que la libertad de testar refuerza ese poderío al brindarle a los padres la potestad de hacer lo que considere correcto con sus bienes y heredarlos a sus hijos o a otra persona. Este robustecimiento de poder permite estimular a los hijos para la cooperación del patrimonio familiar (Lacruz Berdejo, 2004).

Como argumentos económicos, Ovsejevich (1963) expone que el causante al dividir los bienes entre todos los herederos forzosos hace que su explotación se torne antieconómica. Aquí cobra relevancia lo que manifiesta el autor Parra Lucan (2012) quien manifiesta que “los estudios sobre la empresa familiar denuncian que la distribución igualitaria de la titularidad y en la gestión a la que conduciría la aplicación de la ley sucesoria puede provocar una desintegración de la empresa tras la partición, y propugnan la necesidad de elegir un sucesor, el más idóneo en función de sus capacidades y conocimientos, compensando económicamente en su caso a los no elegidos”.

Asimismo otro argumento que va en contra de la división forzosa de los bienes del causante, manifiesta que la libertad de testar remedia la crisis de natalidad que hay mundialmente ya que las personas eligen no tener hijos para no dividir sus bienes y conservar el patrimonio familiar intacto (Ovsejevich, 1963).

Sumado a estos, Magariños Blanco (2009) manifiesta diferentes argumentos a favor de la libertad de testar. El primero y que consideramos más importante plantea que no tiene sentido restringir, después de la muerte, la libertad que tiene la persona para administrar y disponer de todos los bienes durante su vida. Dicho de otro modo, una persona durante su vida puede hacer lo que quisiera con los bienes de su

### *Trabajo final de Graduación*

propiedad siempre y cuando no perjudique a terceros. Sería ilógico pensar que esa libertad fuera restringida y la persona no pudiera disponer los bienes que dejare cuando falleciera. Relacionado a esto, el autor plantea que los hijos no son todos iguales, por lo tanto, el causante es quien mejor puede disponer de sus bienes de acuerdo a esas desigualdades circunstanciales, de aptitudes naturales. Asimismo mencionado autor manifiesta que resulta incoherente que se sigan teniendo las leyes forales y que aquellos argumentos utilizados en contra de la libertad de testar (como el perjuicio familiar) resultan ser improcedentes, ya que en la realidad social del derecho comparado en donde opera la libertad de testar, la familia en la mayoría de los casos no es perjudicada.

Siguiendo con la temática familiar, otros autores consideran que la legítima interrumpe el funcionamiento de la patria potestad y fomenta el egoísmo (Galán Moreno, 2013). Distinto sería una sociedad en donde imperaría el sistema de libertad de testar.

Por su parte, Barrio Gallardo(2012), manifiesta también que no resulta lógico que exista una limitación a la libre disposición de los bienes cuando la persona fallece. Para él el instituto de la legítima es “una reliquia, una figura anacrónica”. Siguiendo esta línea de pensamiento que considera que el instituto es viejo y que no concuerda con la sociedad en la que hoy vivimos, podemos mencionar a Valladares Rascón (2004). Quien dice que la legítima ya no forma parte de ser el sustento económico de los hijos como se pretendía cuando por primera vez se legisló. Esto es así, ya que actualmente la esperanza de vida de una persona resulta ser casi del doble de lo que era antes y la persona que recibe una herencia, generalmente, ya está en buenas condiciones económicas para poder vivir.

### *Trabajo final de Graduación*

Por su parte, autores como Fernández Hierro (2010) y Rothel (2008), con los cuales concordamos, y que se encuentran a favor de la libertad de testar, manifiestan que la libertad de testar favorece la autonomía de la voluntad. Consideramos que no hay mejor persona que el propietario de los bienes para hacer la disposición de ellos de acuerdo a su voluntad, a pesar de que algunas veces esa voluntad podría ser injusta por la tiranía de algunos fallecidos. Tal como lo expresa Anne Rothel en un trabajo sobre la libertad de testar, “la libertad de testar es, como la autonomía privada, expresión del reconocimiento del individuo por el ordenamiento jurídico como persona. Sirve a la autodeterminación del individuo en la vida del Derecho”<sup>14</sup>

También, en su ponencia, María Fernández Hierro (2010) plantea que la sociedad de hoy en día es muy diferente a la de épocas remotas. El instituto de la familia, en los años en que se sancionó el Código Civil, era muy tradicional, conservadora y ahora, se basa más en los vínculos afectivos.

### **3.3 ARGUMENTOS A FAVOR DE LA LEGÍTIMA**

En contra de aquellos argumentos esgrimidos, se encuentran los que favorecen al instituto de la legítima. En relación a ellos, Ovsejevich (1963) también los agrupa pero de distinta manera, en argumentos morales, sociales y políticos.

En los argumentos morales, plantea que la legítima tiende a proteger la familia. Aquí, hay que hacer mención de la influencia del derecho natural, el cual manifestaba que la legítima formaba parte de los deberes que tenían los padres para

---

<sup>14</sup>Fragmento extraído de Jesús Delgado Echeverría. *El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte*. Diario La Ley, N° 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Editorial La Ley.



### *Trabajo final de Graduación*

con sus hijos. Sin embargo, los legitimarios se encausan dentro de un sistema tradicional de familia. No como el actual, en donde la familia, como anteriormente se dijo, tiene en cuenta vínculos afectivos. (Galan Moreno, 2013)

En los sociales, Ovsejevich (1963) plantea también la protección familiar debido a que la familia es el instituto núcleo de la sociedad. Otros autores hablan de esta protección asimilando la legítima al régimen de copropiedad familiar. En este ámbito consideramos relevante lo que manifiesta el jurista y político español Alonso Martínez quien dice que no sería justo beneficiar a una persona que no forma parte de la familia (García Sánchez, 2005). Sin embargo, consideramos que la persona y su bienestar es lo primordial para el funcionamiento de una sociedad.

El argumento político, manifiesta que la legítima permite la distribución de las riquezas. Posición que discrepamos, ya que no distribuye las riquezas, sino que las conserva en una sola familia. Caso contrario, sería si el testador elige como heredero a personas que no forman parte de su familia.

Por su parte Vallet de Gotisolo (1966) manifiesta que la legítima permite la igualdad entre los hijos y que no hay razón para eliminar esa igualdad. Posición que discrepamos, ya que tratar iguales a los hijos que no tienen condiciones iguales ni tratos iguales, sería una desigualdad. (Galán Moreno, 2013)

## **CONCLUSIÓN**

Luego de haber recaudado toda la información, haber analizado a grandes rasgos el funcionamiento del sistema hereditario argentino en ambos códigos, después de comprender las sucesiones intestadas, la sucesión testamentaria, los límites impuestos por la ley a la capacidad de testar, el instituto de la legítima y la autonomía de la voluntad, ver cómo es esta temática en diferentes países del mundo y posteriormente analizar los fundamentos a favor de la libertad de testar y aquellos a favor de la legítima, abordamos a la siguiente conclusión.

Como primera instancia, hay que destacar la importancia de la sucesión intestada en nuestro ordenamiento que es la regla. Es decir, que la persona que fallece debe disponer sus bienes conforme lo establecido por la ley y como excepción puede hacerlo por testamento. Siempre respetando los límites impuestos por la ley. Uno de los límites impuestos por la legislación son los herederos forzosos. Éstos son los descendientes, a falta de éstos los ascendientes, el cónyuge sobreviviente, a falta de los ascendientes los parientes colaterales, y a falta de los anteriores hereda el Estado Nacional. Asimismo, en ambos Códigos se establece el régimen de la legítima, instituto que es inviolable e irrenunciable. Y es aquella porción de la herencia que se reserva a los legitimarios. Dicho de otro modo, el causante no puede evadir la legítima, afectando de este modo la autonomía de la voluntad de las personas. Que es aquella facultad de la cual disponen los individuos para poder elegir las condiciones de su vida cotidiana, aspecto muy importante en su personalidad.

De esta manera, el causante solo puede disponer libremente de una porción

### *Trabajo final de Graduación*

muy pequeña de sus bienes. A modo de ejemplo, en caso de que la persona que fallece dejare descendientes, por medio de un testamento, puede disponer a su libre voluntad sólo un quinto de la herencia. El resto, los cuatro quintos, pertenecen a los descendientes. Si bien en el Nuevo Código las porciones legítimas se reducen y permiten al causante disponer libremente de un porcentaje mayor de sus bienes, consideramos aún así, que la porción disponible, es muy chica.

Otra cuestión que nos interesaba era el instituto de la desheredación y la indignidad relacionada a la idea de la autonomía de la voluntad. El primero está establecido en el Código actual solamente. Si bien en el Nuevo Código se incorporan casos de indignidad, resultan de difícil prueba. Y en la vida cotidiana, ocurre que los herederos legitimarios en algunas ocasiones afectan de manera muy negativa los sentimientos del causante, sin llegar a ser esos los casos graves que mencionan los Códigos. No pudiendo estos últimos declararlos indignos y que no puedan recibir la herencia.

Habiendo comprendido estas restricciones a la autonomía de la voluntad, analizamos los fundamentos tenidos en cuenta por nuestro legislador y por algunos doctrinarios que se encuentran a favor de la legítima, y encontramos que el argumento más importante se basa en una concepción antigua del instituto familiar. Ellos, manifiestan que el instituto de la legítima protege la familia. Su postura radica en el deber que tiene el causante durante su vida de brindarle a su familia patrimonio y alimentos, deber que debería proyectarse para después de su muerte. Posición que consideramos antigua, tal como lo dice María Fernández Hierro (2010). El Código Civil fue sancionado hace muchos años y en la actualidad la familia no es tradicional como lo era antes, la sociedad ha cambiado mucho y, ahora se basa en los vínculos

### *Trabajo final de Graduación*

afectivos.

Otro fundamento que utilizan los doctrinarios para defender la legítima es el de la distribución de riquezas. Éstos, consideran que el causante al dar en herencia sus bienes a los legitimarios, permite la distribución de riquezas en la sociedad. Sin embargo, consideramos que no hay mejor distribución que aquella posible por el causante a otra persona distinta, que no pertenezca a su familia, conforme su libre voluntad. De esta manera, los bienes no serían de propiedad de la familia de origen sino de otra y podría haber una mejor distribución de fortunas.

Muchas veces en una familia ingresa una o varias personas que no tienen lazos ni por consanguinidad ni por afinidad y sin embargo, se considera que forman parte de la misma. Por tal motivo, en determinadas ocasiones si el causante quisiera dejar a esas personas parte de sus bienes, actualmente puede hacerlo pero debe respetar la legítima y las porciones establecidas por la ley. Y consideramos que no hay mejor persona que el causante en vida para elegir a quien darle su patrimonio. No sólo para ejercer su libre voluntad sino porque consideramos que aquellos bienes son de su propiedad. Por lo tanto, si se puede disponer libremente de los bienes en vida respetando la ley y no dañando a terceros por qué no poder hacerlo cuando uno fallece.

Dicho de otro modo, resulta controvertida la idea de que el causante deba respetar las porciones hereditarias hacia los legitimarios y no poder elegir a otra persona que ellos consideren que merecen formar parte de la herencia en la porción que ellos quisieren o en una gran porción. Como podría ser el caso de un simple amigo u otro familiar o pariente que lo acompañó al causante hasta su propio lecho, o

### *Trabajo final de Graduación*

alguien de sus afectos que tiene algún tipo de discapacidad y posee dificultades para insertarse laboralmente.

Hoy en día muchas veces se utilizan otros mecanismos y astucias para poder evitar la aplicación del instituto de la legítima y cumplir con la voluntad del causante, uno de ellos es el fideicomiso. Que se regula en el nuevo código pero debe respetar la legítima.

Finalmente y habiendo analizado bien los argumentos, tenemos que tener en cuenta y tomar conciencia de la importancia que tiene la autonomía de la voluntad de una persona y que la ley vaya evolucionando conforme a la evolución de la sociedad. Si bien como se puede observar en el derecho comparado no existe ningún país que recoja la absoluta libertad de testar, si resultaría importante realizar un cambio en el actual sistema y el que está por venir adecuándolo a un sistema que le permita al causante disponer con más libertad sus propios bienes. Ya sea reduciendo más las porciones legítimas o eliminándolas y estableciendo un régimen de alimentos para ciertos parientes, como se puede ver en otros países, tales como Canadá y México.

Teniendo en cuenta la nueva reforma del código, ampliaríamos aun más la reducción de las porciones legítimas. En  $\frac{1}{4}$  para los descendientes,  $\frac{1}{3}$  para los ascendientes y  $\frac{1}{3}$  para el cónyuge. De ésta forma, no se implementaría el régimen de absoluta libertad de testar que, como se pudo ver anteriormente, no tiene respaldo doctrinario en el derecho comparado. Solo estaríamos reduciendo las porciones legítimas para que el causante pueda ejercer con más autonomía su voluntad, respecto de los bienes que ha adquirido durante su vida. De esta manera se estaría realizando un cambio menos radical con respecto nuestro actual sistema y se adaptaría más a las

*Trabajo final de Graduación*

circunstancias de la sociedad de hoy en día.

## REFERENCIAS

- Barrio Gallardo, A. (2012). *El largo camino hacia la libertad de testar: de la legítima al derecho sucesorio de alimentos*. Madrid, España.
- Blousson, H.(1902). *La acción de reducción*. Buenos Aires, Argentina; Agustín Etchepareborda.
- Bonfante, P. (2002). *Instituciones del derecho romano*. Madrid, España: Reus.
- Borda, G. (1994). *Tratado de derecho civil: sucesiones*. Buenos Aires, Argentina: Perrot.
- Bossano,G.(1978). *Manual de Derecho Sucesorio*. Quito, Ecuador.
- Delgado Echeverría, J. (2012). *El fundamento constitucional de la facultad de disponer para después de la muerte*. Diario La Ley, Sección Tribuna. [Versión electrónica]. Zaragoza, España: La Ley.
- Fernández Hierro, M. (2010). *Panorama legislativo actual de la libertad de testar*. Boletín Jado. Bilbao, España.
- Ferrer, F y Natale, R. (2009). *Indignidad, desheredación y legítima*. Libro de ponencias XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Córdoba, Argentina.
- Fornieles, S. (1950). *Tratado de las sucesiones*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Galán Moreno, A. (2013). *Libertad de testar*. La Rioja, Argentina: Universidad La Rioja Servicio de Publicaciones.
- García F. (s/d). *Revista de derecho civil*. [Versión electrónica]
- García Sanchez, J. (2005). *Libertad de testar. Hacia una solución justa y equilibrada*. Revista El Notario del SigloXXI. Madrid, España.
- Guaglianone, A. (1971). *La condición del legitimario no heredero*. Buenos Aires, Argentina.
- Kant, I. (1785). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, España: Espasa calpe S.A.

*Trabajo final de Graduación*

- Lacruz Berdejo, J. L. (2004). *Elementos de Derecho civil V, Sucesiones*, Madrid, España.
- López del Carril, F. (1991). *Derecho de sucesiones*. Buenos Aires, Argentina: Depalma S.A.
- López Herrera, F. (2008). *Derecho de sucesiones*. Buenos Aires, Argentina.
- Maffia, J. (2002). *Manual de derecho sucesorio*. Buenos Aires, Argentina: Depalma S.A.
- Magariños Blanco, V. (2012). *La libertad de testar*. XI Congreso Notarial España, Autonomía de la voluntad y derecho de familia. Madrid, España.
- Molinario, A. (1949). *Inconstitucionalidad de las cuotas legitimarias*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Nietzche, F. (1994). *La voluntad del poder*. Madrid, España: Edaf.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Ovsejevich, L. (1963). *La legítima*. Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Argentina.
- Parra Lucan, M. (2012). *Derecho de sucesiones por causa de muerte*. Zaragoza, España.
- Rébora, J. (1930). *La naturaleza de la legítima y el art. 3354 del Código Civil en cinco estudios de derecho sucesorio*. Buenos Aires, Argentina.
- Ripert, G. y Boulanger, J. (1965) *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires, Argentina: Llambras.
- Rollieri, G. (2012). *Doctrina del día: desheredación, autonomía personal del causante y privación de la legítima hereditaria*. Revista de derecho de familia. [Versión electrónica]. Buenos Aires, Argentina.
- Rothel, A. (2008). *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán*. Barcelona, España: Bosch.
- Somarriva Undurraga, M. (1946). *Manual de derecho de familia*. Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- Valladares Rascón, E. (2004). *Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil*.



### *Trabajo final de Graduación*

Madrid, España: Universidad de Murcia. Secretariado de publicaciones e intercambio científico.

Vallet de Gotisolo, J. (1966). Significado *jurídico-social de las legítimas y la libertad de testar*. Anuario de Derecho Civil, Enero-Marzo, tomo XIX, Facículo I. [*Versión electrónica*]. Madrid, España.

Varona, Santiago V. (2012). La autonomía de la voluntad en sede sucesoria. Su respaldo constitucional. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales. Universidad de Cienfuegos. [*Versión electrónica*]. Cienfuegos, Cuba,

Zannoni, E. (2009). *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

### **Páginas de Internet**

<http://www.acaderc.org.ar>

[www.forodelderecho.blogcindario.com](http://www.forodelderecho.blogcindario.com)

<http://www.nuevocodigocivil.com>

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/Una-sintesis-del-nuevo-regimen-sucesorio-Por-Marcos-M-Cordoba.pdf>

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

[http://www.iprofesional.com/notas/145712-Herederos-el-nuevo-Codigo-Civil-llegan-con-fuertes-cambios-para-que-usted-pueda-dejarle-ms-dinero-a-quien-prefiere?page\\_y=0](http://www.iprofesional.com/notas/145712-Herederos-el-nuevo-Codigo-Civil-llegan-con-fuertes-cambios-para-que-usted-pueda-dejarle-ms-dinero-a-quien-prefiere?page_y=0)

[http://www.ehowenespanol.com/ley-herencia-estados-unidos-sobre\\_445015/](http://www.ehowenespanol.com/ley-herencia-estados-unidos-sobre_445015/)

### **Legislaciones**

Código Civil de Argentina

Nuevo Código Civil y Comercial de Argentina

## *Trabajo final de Graduación*

Código Civil de Bélgica

Código Civil de Chile

Código Civil de Costa Rica

Código Civil de Ecuador

Código Civil de España

Código Civil de Italia

Código Civil de México

Código Civil de Portugal

Código testamentario uniforme de Estados Unidos

Ley N° 13.252. Adopción

Succession Act 1964. Escocia

Succession Act 1975. Inglaterra y Gales

Succession Act 1965. Irlanda

### **Fallos**

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios*”,306:1892

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 27ª Nominación de Córdoba – 30 de Abril del 2009 – (*Declaratoria de herederos – Igualdad ante la ley – Nuera viuda – Yerno*)

Cámara Civil Nacional Sala L. Paz, *Norma M. M. v. Dicmar S.A. y otro. SUCESIONES - Acción de reducción - Simulación - Donación encubierta*

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, agosto 10 de 2001.

Cámara 4ª Civil Y Comercial. AI 90, 27.03.06, “*Reche Jose – Declaratoria De Herederos*”