

TRABAJO FINAL DE GRADUACION
**“LA LEGÍTIMA HEREDITARIA, SU
CONTRADICCIÓN CON LA AUTONOMÍA DE LA
VOLUNTAD”**



Autor: Julieta Conde

Carrera: Abogacía

Año: 2017

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto contribuir, de alguna u otra manera, a desentrañar la problemática que existe en nuestro ordenamiento jurídico entre el instituto de la legítima hereditaria y la autonomía de la voluntad.

El derecho sucesorio es aquel que regula la transmisión de bienes entre las personas. Puede ser por actos entre vivos o por causa de muerte. En este trabajo nos enfocaremos en 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, en la cual aparece el instituto de la legítima.

La problemática que planteamos a lo largo de esta investigación, es cómo se restringe totalmente la autonomía de la voluntad de las personas con la aplicación del instituto de la legítima y los límites que ésta le impone a la capacidad de testar del causante.

La legítima, es un instituto de la rama sucesoria que surge del derecho romano y se refiere a la exigencia impuesta por la ley al causante para que éste reserve una porción de sus bienes a los legitimarios ó herederos forzosos. Por esto es que el causante sólo puede disponer libremente, de una porción muy pequeña de sus bienes, afectando de esta manera su voluntad.

Intentaremos hacer un análisis lo más exhaustivo posible teniendo en cuenta el viejo Código de Vélez Sársfield, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, nuestra doctrina y jurisprudencia y aportes de legislación comparada; trataremos humildemente, de una manera clara y concreta, sin pretender imponer un criterio, llegar a una conclusión que aporte a esclarecer la disyuntiva que hoy existe entre ambos institutos y proponer reformas al respecto.

PALABRAS CLAVES: Derecho sucesorio, transmisión de bienes, sucesión testamentaria, porción legítima, autonomía de la voluntad.

ABSTRACT

This work aims to contribute, in some way or another to unravel the problematic that exists in our legal system between the

institute of hereditary legitimate and the autonomy of the will.

The inheritance law is that which regulates the transmission of goods between people. It can be by acts between living or because of death. In this work we will focus on the latter, which in turn may be testamentary or intestated. The first is the disposition of assets that the deceased makes through a will. While the second is the transfer of assets established by law, in which appears the institute of the legitimate.

The problem that we raise throughout this research is how it totally restricts the autonomy of the will of the people with the application of the institute of legitimacy and the limits that it imposes on the ability to test the cause.

The legitimate is an institute of the branch of succession that arises from Roman law and refers to the requirement imposed by law to the cause to reserve a portion of its assets to the legitimate. This is why the deceased can only freely dispose of a very small portion of his property, thus affecting his will.

We will try to make an analysis as exhaustive as possible taking into account the old Code of Vélez Sársfield, the new Civil and Commercial Code of the Nation; Our doctrine and jurisprudence and contributions of comparative legislation; We will treat humbly in a clear and concrete way and without pretending to impose a criterion, reach a conclusion that contributes to clarify the current dilemma between both institutes and propose reforms in this regard.

KEYWORDS: Probate, transfer of assets, probate, legitimate portion, autonomy of the will.

A mi abuelo Gino, que siempre me incentivó a ir siempre para adelante y nunca aflojarle.

ÍNDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: Derecho sucesorio	11
1.1 Nociones básicas.....	11
1.1.1 Concepto.....	11
1.1.2 Sucesión universal entre vivos y <i>mortis causa</i>	11
1.1.3 Sucesión a título particular y a título universal.....	13
1.1.4 Sucesión en la persona y en los bienes. Orígenes y consecuencias.....	14
1.1.5 Nuestro Derecho positivo.....	16
1.1.6 Sucesión intestada y Testamentaria.....	17
1.1.7 Sucesores.....	19
1.1.8 Personas que pueden suceder.....	21
1.1.9 Causas de Indignidad. Breve noción.....	21
1.2 Conclusión.....	22
CAPITULO II: La legítima hereditaria, concepto y antecedentes	24
2.1. Aspectos generales.....	24
2.1.2. Concepto.....	25
2.1.3. Antecedentes.....	25
2.1.4. Naturaleza jurídica.....	27
2.1.5 Jurisprudencia.....	30
2.2 Código Civil de Vélez Sársfield.....	30
2.3 Conclusión.....	34
CAPITULO III: Código Civil y Comercial de la nación	36
3.1 Aspectos generales del nuevo código. Introducción.....	36
3.2 Regulación de la legítima.....	37
3.3 Conclusión.....	46
CAPITULO IV: La autonomía de la voluntad	48
4.1 Distintos enfoque de la Autonomía de la Voluntad.....	49
4.1.1 Noción.....	49
4.1.2 Autonomía de la Voluntad en el derecho sucesorio.....	52
4.1.3 Derecho Constitucional a testar.....	53

4.2 Conclusión.....	56
CAPITULO V: Derecho comparado.....	58
5.1 Sistema sucesorio en algunos países.....	58
5.1.1 Brasil.....	58
5.1.2 México.....	58
5.1.3 Ecuador.....	58
5.1.4 Venezuela.....	59
5.1.5 Perú.....	59
5.1.6 Italia.....	59
5.1.7 Irlanda.....	61
5.1.8 Francia.....	61
5.1.9 Bélgica.....	62
5.1.10 Portugal.....	62
5.1.11 Derecho alemán.....	63
5.1.12 España.....	63
5.1.13 Estados unidos.....	64
5.1.14 Canadá.....	65
5.1.15 Inglaterra y Gales.....	66
5.2 Conclusión.....	66
CAPITULO VI: Fundamentos de aplicación de la legítima.....	68
6.1 Fundamentos a favor de la libertad de testar.....	68
6.2 Fundamentos a favor de la legítima.....	70
6.3 Refutación de argumentos a favor de la legítima.....	72
6.4 Conclusión.....	76
CONCLUSION FINAL.....	77
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	80

INTRODUCCION

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el orden público y la autonomía de la voluntad están en constante controversia, disputándose espacios recíprocamente. El instituto de la legítima hereditaria, en el derecho sucesorio argentino se ha constituido, desde la sanción del código civil y hasta el día de hoy, en trofeo del orden público, ya que ha mantenido a la libertad de disposición del causante, reducida a una mínima expresión.

Si bien en la actualidad, con la reforma del Código Civil, se ha disminuido la porción hereditaria de los herederos forzosos, ya que se aumentó la porción disponible, la voluntad del causante sigue siendo limitada por imposición de la ley, a diferencia de otros regimenes hereditarios de países como Estados Unidos, México, Inglaterra en donde rige la libertad de testar.

Este tema tiene gran importancia ya que se desarrolla en el contexto de la familia, que según la Declaración Universal de los Derechos Humanos es un elemento fundamental de la sociedad y que el Estado, debe respetar y proteger. Como así también la autonomía de la voluntad es un derecho primordial del hombre para poder desarrollarse en la vida diaria, resultando controvertido que la persona pueda disponer libremente de sus bienes durante toda su vida, pero no cuando fallece. Rolleri (2012) manifiesta que resulta injusto que al causante lo hereden en partes iguales 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. Muchas personas, como consecuencia de esta limitación, incurren en conductas fraudulentas para poder llevar a cabo su real voluntad respecto de la propiedad de sus bienes cuando mueren.

Entendemos que la autonomía de la voluntad debería primar sobre la imposición de la ley, habida cuenta que las personas para poder decidir sobre el destino de sus bienes deben basarse en sus convicciones, sus sentimientos y sus relaciones familiares. Nos preguntamos por que razón una persona que a lo largo de su vida tuvo la posibilidad de elegir libremente qué comprar con su dinero o a quién darle sus bienes y cómo invertir sus ganancias, al momento de decidir a quién dejarle

todos sus bienes cuando muera la ley lo limita restringiéndole de esa manera su libertad.

A nuestro entender, el legislador no puede pretender abarcar la gran cantidad de vínculos familiares que existen, y menos aún las relaciones personales que se van formando entre padres e hijos a lo largo de toda la vida. Tanto hijos como padres pueden atribuirle a sus ascendientes y descendientes recíprocamente gran cantidad de conductas reprobables y que, sin embargo, no configuran una causal de indignidad que de lugar a la exclusión del heredero.

Por lo expuesto pensamos que puede ser tan “injusto” que en un testamento, un padre ignore por completo a un “buen hijo”, como así también que un padre esté forzado por el ordenamiento jurídico a beneficiar a un “mal hijo” con cierta parte de su patrimonio.

Dicho esto nos cuestionamos, ¿hasta dónde llega la libertad del testador para poder disponer de sus bienes? Y nos formulamos la siguiente hipótesis:

En la actualidad, ¿Podemos considerar que este instituto dentro del ordenamiento jurídico argentino, es compatible con la autonomía de la voluntad y con los deseos reales de las personas a la hora de decidir a quién dejar bienes? ¿La aplicación de dicho instituto afecta las donaciones hechas en vida?

A lo largo de este trabajo final de graduación, haremos una investigación descriptiva; recogiendo información sobre la problemática seleccionada. Nos enfocaremos en la estrategia metodológica “cualitativa”; ya que recabaremos datos e información sobre la temática de estudio, desde diferentes puntos de vista, sin efectuar ninguna medición numérica o análisis estadístico en particular, con el solo objeto de comprender este instituto, sus ventajas y desventajas. Utilizaremos el Código Civil y Comercial de la Nación; doctrina y jurisprudencia sobre el tema, Observaremos datos y documentos, y analizaremos las fuentes primarias y secundarias mencionadas anteriormente para poder explicar el instituto de la legítima hereditaria lo mejor posible.

Abordaremos un análisis de la problemática que nos ocupa centrando la atención en el instituto de legítima hereditaria para entender cuál es su razón de ser, cuál es su fundamento, cuál ha sido el propósito del legislador a la hora de crear el instituto, cuáles son las ventajas y desventajas de la misma, cual es su aplicación en la

realidad práctica y como a través del mismo se ven vulnerados algunos derechos, tomando como punto de partida la sanción del Código de Vélez como antecedente.

Junto con el derecho sucesorio, analizaremos el instituto de la autonomía de la voluntad ya que es uno de los derechos fundamentales del ser humano, que implica la capacidad de decidir y ordenar la propia conducta, sin ser obligado a ello por algún impulso externo.

Dicho esto, nos preguntamos, porqué la autonomía de la voluntad está limitada por el instituto de la legítima y los límites a la capacidad de testar. Dentro de este contexto, es conveniente 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 el ya derogado Código civil, el jurista Vélez Sársfield ha establecido 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 ya derogado Código Civil Argentino). Nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación amplió 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. La ley les adjudica a determinadas personas una porción del patrimonio del causante, aun en contra de su voluntad, por lo que resultaría injusto también no poder excluirlos. (Ferrer y Natale, 2009).

En el primer capítulo de este trabajo haremos una introducción acerca del funcionamiento del derecho sucesorio en nuestro país, teniendo en cuenta las nociones básicas del mismo; luego en el capítulo número dos abordaremos el tema de la legítima en el Código de Vélez actualmente derogado, sus antecedentes y naturaleza jurídica, para entrar luego en el tercer capítulo con el análisis del instituto en el actual Código Civil y Comercial de la Nación. En el cuarto capítulo analizaremos el derecho de la autonomía de la voluntad y su relación con el tema en cuestión, y en el quinto y último capítulo de este trabajo mencionaremos los fundamentos a favor y en contra de la legítima así como también el derecho comparado de dicho instituto.

Es fundamental aclarar que antiguamente el sistema sucesorio se encontraba delimitado bajo un contexto de sociedad muy diferente a la de hoy en día, en donde se destaca progresivamente el liberalismo, y el instituto familiar ya no es el mismo de antes. Los cambios sociales han provocado en la actualidad un fuerte impacto en la estructura familiar, lo que lleva a replantear la necesidad de introducir cambios referidos al sistema sucesorio vigente en nuestro país.

El objetivo de la presente investigación, radica en brindar una información detallada, objetiva y lo más completa posible de las razones por las cuales consideramos que la legítima afecta a la autonomía de la voluntad y es necesario eliminarla de nuestra legislación.

El objetivo general que nos proponemos es analizar el instituto de la legítima en contraposición con la autonomía de la voluntad; y demostrar que en muchos casos las personas se ven vulneradas en sus aspiraciones reales por imposición de la ley.

En cuanto a los objetivos específicos, nos enfocaremos en definir el Instituto de la legítima hereditaria, explicar los principios fundamentales en los cuales se asienta el instituto, analizar el instituto de la legítima a la luz de los cambios sociales y de las nuevas relaciones familiares, identificar la legislación sobre el tema en nuestro ordenamiento jurídico y las diferencias con el régimen del viejo código, analizar como legislan otros países el tema de la legítima, las causales de indignidad incorporadas en el nuevo código, establecer quienes son los legitimarios y sus porciones legítimas en la actualidad, precisar los cambios introducidos por el código en cuanto a las donaciones en vida ya sea a legitimarios como a terceros, describir la problemática que se suscita en la práctica cuando una persona se ve limitada por la ley en cuanto a sus deseos personales y su libertad de testar, examinar situaciones en las que es cuestionable este instituto y las razones por las cuales pensamos que debería eliminarse del ordenamiento jurídico.

CAPITULO I: DERECHO SUCESORIO

En este capítulo expondremos las principales características de nuestro sistema hereditario. Estudiaremos los lineamientos básicos del Derecho Sucesorio que han sido adoptados por nuestro derecho positivo a los efectos de poder comenzar a analizar los aspectos generales de la transmisión de bienes por causa de muerte en el Derecho Argentino. Empezaremos analizando qué se entiende por sucesión; veremos sus clasificaciones en singular y universal o mortis causa y por actos entre vivos, analizaremos los fundamentos y la recepción de la sucesión universal en el Derecho Argentino; y haremos un repaso sobre los sucesores y el contenido de la sucesión. Por último, analizaremos los diferentes tipos de sucesiones, sus características más relevantes; intentando poder finalizar el presente capítulo teniendo una distinción clara entre una y otra. Todo esto nos permitirá comprender mejor a la hora de analizar como la autonomía de la voluntad se ve afectada por el instituto de la legítima.

1.1 Nociones básicas

1.1.1 Concepto

En cuanto al concepto de sucesión no hemos encontrado grandes diferencias entre los distintos autores que consultamos, cada uno elabora su propia definición.

Cicu, Antonio (1964) lo define como “... aquella parte del Derecho Civil que regula la situación jurídica que sigue a la muerte de una persona natural ...” (Pág 17). Arias Ramos (1947) expresa que “... el derecho de sucesiones es la sección del derecho privado constituida por un conjunto de normas, que regulan el destino que ha de darse a las relaciones jurídicas de una persona física cuando ésta muere, y rige también la creación de relaciones jurídicas de una persona física cuando ésta muere, y rige también la creación de relaciones jurídicas nuevas, cuyo surgir estaba subordinado a la muerte de dicha persona ...” (Arias Ramos, como se cita en Pérez Lasala, 2014, p. 18). Guillermo A. Borda (1994) sostiene que: “...en sentido gramatical, suceder es entrar una persona o cosa en lugar de otra. Jurídicamente, significa continuar en el derecho de que otro era titular. Una transmisión se ha operado; el derecho que pertenecía a uno ha pasado a otro...” (Pág. 9). Por su parte Jorge Maffía (2002) sostiene que “...en la adquisición a título derivado el derecho es objeto de un acto de traspaso o transmisión, operándose el reemplazo de un sujeto por otro en la titularidad de la relación jurídica, la que permanece inalterada en sus

elementos objetivos...” (Pág. 1/2). Eduardo A. Zannoni (1980) sostiene que: “... conceptualmente sucesión designa todos aquellos supuestos en que se produce el cambio o sustitución de uno o más sujetos de una relación jurídica, o de un conjunto de relaciones jurídicas, en virtud de una transferencia o transmisión...” “... jurídicamente hablando, la sucesión designa el nexo causal o relación de causalidad entre la transmisión de la titularidad de la relación jurídica y su adquisición...” (Pág. 1).

Sin desmerecer las diversas definiciones del derecho sucesorio, nos quedamos con la definición que nos brinda Antonio Circus (1964), “El derecho sucesorio es aquella parte del Derecho Civil que regula la situación jurídica que sigue a la muerte de una persona natural” (Pág.17).

1.1.2 Sucesión universal 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.

La sucesión por causa de muerte, es un modo de adquirir la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta o de una cuota de ellos o una o más especies o cuerpo cierto, o uno o más especies indeterminadas de un género determinado.

Jorge Maffía (2002) expresa que "... la sucesión se califica como *mortis causa* cuando tiene como presupuesto necesario y determinante la muerte del sujeto, a quien sí habrá de suceder, al cual se lo denomina elípticamente de *cujus...*".

Pérez Lasala (2014) expresa que “la sucesión en sentido técnico-jurídico no es más que la sucesión universal *mortis causa*, es decir, la del heredero y no la del legatario que es un simple adquirente” (p. 17). Por ello, desagrega la sucesión para referirse a la de tipo universal por oposición a las adquisiciones *mortis causa*, que son las particulares. Esta es una de las posiciones doctrinarias; sin embargo, la mayoría de los autores utilizan el término sucesión para referirse tanto a la universal como a la particular.

En definitiva, la sucesión entre vivos es aquella en la que la fuente de la transmisión es un acto jurídico realizado por el titular del derecho, mientras que en la

sucesión por causa de muerte, el hecho jurídico generador de la transferencia de los derechos es la muerte de su titular.

1.1.3 Sucesión a título particular y a título universal

La transmisión de los bienes mortis causa puede realizarse a título particular y a título universal. La extensión del objeto determina que la sucesión pueda ser particular o universal.

Cuando la transmisión comprende uno o varios bienes y/o derechos se denomina particular o a título particular. No debe tratarse necesariamente de la transmisión de un objeto corporal sino que la definición comprende también los bienes inmateriales. El rasgo distintivo de la sucesión a título particular está dado por el *uti singulis*.

En cambio, cuando la transmisión comprende la totalidad de los derechos contenidos en un patrimonio, o en una parte alícuota de éste, estamos en presencia de la sucesión universal o a título universal. (Mafia, 2002)

Para identificar si estamos ante una sucesión singular o una universal tendremos que enfocarnos en el objeto a transferir, identificando los rasgos distintivos del mismo que nos permitan delimitar si trata de relaciones jurídicas individualmente consideradas o un conjunto de relaciones jurídicas que sean parte integrante de un todo ideal.

Esta regla general contiene excepciones, pues hay posiciones jurídicas patrimoniales que no se transmiten al heredero; y hay otras que nacen en cabeza de éste con motivo de la muerte del autor de la sucesión. En tal sentido, el art. 2280 prescribe que “desde la muerte del causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión, y continúan en la posesión de lo que el causante era poseedor”.¹

Conforme a ello, la sucesión universal presenta dos características:

- a) el cambio de sujetos no implica la extinción de las relaciones jurídicas existentes en vida del causante ni la creación de otras nuevas;
- b) se mantienen inalterados los títulos constitutivos de las relaciones jurídicas.

¹ Art. 2280, relativo a la situación de los herederos. Ley 26.944 promulgada por Decreto 1975/2014, Libro Quinto, Título I. Código Civil y Comercial de la Nación.

Sintetizando, la sucesión entre vivos es un acto jurídico que realiza una persona que es titular de un bien o un derecho (ejemplo: la donación de un bien). En cambio la sucesión mortis causa, es el hecho jurídico que a la muerte de una persona, se genera respecto a la transmisión de sus bienes y derechos.

Dentro de la Sucesión por causa de muerte, se distingue la sucesión a título particular y a título universal.

Cuando la transmisión, es de uno o varios bienes y/o derechos, se denomina particular o a título particular; (ejemplo la transmisión de un bien hecha en un legado); no necesariamente debe tratarse solo de bienes corporales, sino también puede ser de bienes inmateriales (ejemplo un derecho intelectual).

Es a título universal cuando la sucesión comprende la totalidad de los derechos de un patrimonio ó una parte alícuota del mismo; (ejemplo una sucesión intestada).

O sea siempre para determinar si es particular ó universal debemos tener en cuenta si se trata de bienes o derechos perfectamente individualizados o si se trata del conjunto de todos los bienes y derechos del causante o una cuota parte de los mismos.-

1.1.4 Sucesión en la persona y en los bienes. Orígenes y consecuencias.

Existen dos formas básicas para estructurar la transmisión sucesoria:

- Sucesión en la persona o sistema romano
- Sucesión en los bienes o sistema germano

La primera indica que la sucesión implica que el heredero continúa a la persona del difunto, en tanto que la segunda se basa en la sucesión en los bienes (Borda, 1994).

Antiguamente, la sucesión en la persona tenía un fundamento religioso, ya que cuando moría un sujeto, era necesario que alguien ocupara inmediatamente su lugar para que el culto familiar no se interrumpiese. Además, era fundamental que alguien ejerciera la autoridad del difunto dentro de la familia. Los herederos afrontaban esta carga como un deber moral y religioso, pero cuando se produce el decaimiento del culto familiar, la repudiación de la herencia o la aceptación con beneficio de inventario se hicieron comunes. Es por ello, que se dictaron distintas leyes para remendar la injusta situación del heredero, quien sólo recibía cargas.

En los tiempos en los que el sentimiento religioso fue perdiendo su influencia, la idea de la continuación de la persona sobrevivió por una razón de tradición jurídica y también porque así se explicaba cómo las deudas del causante pasaban a gravitar sobre el heredero.

El sistema romano adquirió un renovado impulso con el aporte de Aubry y Rau. Estos autores sostuvieron que el patrimonio es un atributo de la personalidad, una universalidad de derecho independiente de los elementos concretos que lo integran (como se cita en Borda, 1994, 1119/10 y ss.). No se concibe hoy, por lo tanto, persona sin patrimonio, y este no es susceptible de alienación total o parcial. Por tal razón, no puede concebirse la transmisión del patrimonio a los herederos sino mediante la ficción de que éstos continúan la persona del causante. El sistema romano viene así a dar explicación de la transmisión de los derechos y deudas.

Las consecuencias de este sistema pueden sintetizarse en que:

a) Se opera la confusión de patrimonios del causante y del heredero: el heredero responde ultra vires, es decir, con sus propios bienes si los dejados por el causante no alcanzan a cubrir sus deudas, y los acreedores del causante, concurren en igualdad de derecho, con los del heredero a cobrar sus créditos de la masa de bienes formada después de la transmisión;

b) El heredero continúa la posesión del causante en el mismo carácter que aquel;

c) La sucesión debe ser única y estar sujeta a una sola ley, puesto que se trata de la transmisión de una universalidad indivisible.

Esta idea de la continuación de la persona es ante todo una ficción.

Con relación a la idea romana, el concepto germano de la transmisión hereditaria era muy distinto. Cuando el jefe de la familia fallecía, la asamblea de la tribu le entregaba los bienes; el heredero pagaba entonces todas las deudas y se quedaba con el remanente. Entre sus consecuencias, se destacaba que no había confusión de patrimonio y que las deudas del difunto no pesaban sobre los bienes del heredero.

De acuerdo a este sistema, el heredero sucedía al causante únicamente en sus bienes y debía pagar las deudas hasta tanto aquellos bienes alcanzaran a cubrirlas, pero para ello no era necesario recurrir a la ficción de la continuación de la persona.

Por lo tanto, en el sistema de la sucesión de los bienes, el heredero no ocupaba el lugar del difunto.

En la historia, podemos decir que hubo dos formas de determinar la transmisión por causa de muerte: a)- Sucesión en la persona o derecho romano. En la cual el heredero continúa a la persona del causante, con todas sus acreencias, bienes, derechos, créditos, etc., pero también de sus deudas; si aquellos no alcanzan para abonar las deudas, el sucesor responde con sus propios bienes. El criterio proviene del derecho romano por un sentido religioso, basado en el culto familiar, que no podía interrumpirse; era un deber moral y religioso. Con este criterio se realiza la confusión de patrimonios del causante y del heredero. Se trata de la transmisión de una universalidad indivisible (una verdadera ficción). Luego en el tiempo este sistema se fue moderando a partir de que el sentimiento religioso fue perdiendo trascendencia; es allí que aparecen la institución de la repudiación ó renuncia de la herencia y la aceptación con beneficio de inventario. b)- Sucesión en los bienes o derecho germano.- el concepto germano era distinto, fundamentalmente porque no se confundían el patrimonio del causante con el patrimonio del heredero. O sea si las deudas superaban a los bienes y derechos del causante los acreedores se cobraban con éstos hasta donde alcanzaban.

1.1.5 Nuestro Derecho positivo

El Código de Vélez Sársfield recibió la influencia de Aubry y Rau y siguió en este aspecto al derecho romano, acogidas en las fuentes que utilizó el codificador, especialmente el Código Civil Francés o sea que el heredero seguía a la persona con toda sus consecuencias, por lo cual se confundían el patrimonio del causante con el patrimonio del heredero. La institución del beneficio de inventario era una excepción a ese principio tal cual lo vemos en el artículo 3.363, antes de la reforma de la ley 17.711, que decía: La aceptación bajo beneficio de inventario no se presume: debe ser expresa.

A partir de la mencionada ley, siempre se presume que la aceptación de la herencia es con beneficio de inventario, cualquiera sea el tiempo en que se haga.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, si bien mantiene la tradición romanista ya que el artículo 2.280 en su primera parte dice: “Desde la muerte del

causante, los herederos tienen todos los derechos y acciones de aquél de manera indivisa, con excepción de los que no son transmisibles por sucesión”.

Pero la última parte de dicho artículo se asemeja más al criterio germano, ya que agrega, En principio responden por las deudas del causante con los bienes que reciben, o con su valor en caso de haber sido enajenados.

1.1.6 Sucesión intestada y Testamentaria

La sucesión mortis causa puede ser legítima (intestada, legal) o testamentaria, según la naturaleza de la fuente del llamamiento, es decir, según si la sucesión proviene de la ley o de la voluntad del sujeto expresada en un testamento. Nuestro sistema legal recepta ambas categorías. El Código establece que 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.

La sucesión intestada es la deferida por la ley al cónyuge y a los parientes más próximos del causante, conforme a un determinado orden establecido por la misma ley; la testamentaria, en cambio, responde a la voluntad del causante manifestada en el testamento.

El art. 2424 del Código, cuando define a los herederos legítimos, prescribe que “las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, 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”.²

El fundamento de este tipo de sucesión se basa en el respeto a la voluntad presunta del difunto.

En cuanto a las sucesiones testamentarias, y entrando en el tema específico que nos concierne, el art. 2462 establece que “las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas...”. Su fundamento reposa en el respeto a la “libre voluntad” del causante expresada en su testamento, pero que tal como lo hemos anticipamos, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra limitada en caso de existir legitimarios.

Sintetizando, podemos decir que los sucesores pueden ser llamados: 1) Por la ley, 2) Por la voluntad del causante y 3) en parte por la ley y en parte por voluntad del

² Ley 26.944 promulgada por Decreto 1975/2014, Libro Quinto, Título I. Código Civil y Comercial de la Nación.

causante; ya que nuestro código establece que en caso de que el testamento disponga sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiere por la ley.

La primera hipótesis procede cuando el causante tuviere herederos y no hubiere testado; en este caso, la sucesión será en su totalidad deferida por la ley. En el segundo supuesto, el testador no tiene legitimarios; por lo tanto, por medio del testamento, determina quienes van a sucederlo. Por último, la tercera hipótesis es aquella en la que el causante, si bien posee legitimarios, dispone libremente de la porción disponible de la herencia.

Nuestro sistema legal prevé la libertad del autor de la sucesión de disponer de su patrimonio, siempre y cuando respete las porciones legítimas, si existiesen legitimarios.

En definitiva, cuando no hay legitimarios, el causante tiene libertad para distribuir sus bienes como estime conveniente. Si, en cambio, el causante decide no testar o las disposiciones testamentarias fueren ineficaces y tiene herederos, la misma ley adjudica su patrimonio a sus parientes y cónyuge en determinado orden.

Dentro del llamamiento hecho por la ley es importante distinguir entre:

a)- El llamamiento imperativo que corresponde a aquellos miembros de la familia a los que la ley les atribuye una porción de la herencia – legítima – de la cual no pueden ser privados; estos son los legitimarios.

b)- El llamamiento supletorio que tendrá vigencia a falta de legitimarios (herederos forzosos) y a falta de herederos instituidos por el causante en su testamento. Los herederos llamados supletoriamente se denominan legítimos; de allí la posible confusión, ya que se designa legítimo al heredero llamado a la sucesión por la ley –que constituye el género- y asimismo, una especie dentro de ellos recibe el mismo nombre. Para poder entender como funcionan estos llamamientos en primer término hay que verificar si existen herederos designados por la ley que tengan un llamamiento imperativo, es decir, que existan legitimarios, pues de ser así, el causante sólo podrá testar sobre la porción disponible. A falta de legitimarios, el causante podrá designar como heredero a quien quiera, y entonces se encuadrará dentro de la sucesión testamentaria. Luego, a falta de legitimarios y testamentarios, volverá aplicarse el llamamiento deferido por la ley en forma supletoria y recibirán la herencia los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

En síntesis, la sucesión puede ser intestada o testamentaria, según que la fuente provenga de la ley ó de de la voluntad del causante expresada en un testamento. En la intestada la ley determina quienes son los herederos, que son: 1º) Los descendientes y el/la cónyuge; 2º)- Los ascendientes; y 3º) ante la ausencia de éstos los colaterales hasta el 4to grado.

La testamentaria es aquella por la cual cualquier persona a través de un testamento dispone libremente de sus bienes y derechos con la condición de respetar las porciones legítimas. El nuevo Código agrega que en él se pueden incluir disposiciones extrapatrimoniales.

Sus características son las siguientes: Es un acto unilateral ya que no intervienen los beneficiarios, además es personalísimo, es decir que no puede ser otorgado por un apoderado (art. 2465), es un acto individual ya que no es válido si lo otorgan conjuntamente dos o más personas (última parte del art. 2465), es un acto de última voluntad, pues lo determinado por el testador cobra existencia y efectos jurídicos luego del fallecimiento del testador, es un acto solemne porque deben respetarse las formalidades que determina la ley, ya sea por acto público o testamento ológrafo (Art. 2472 y siguientes) y es un acto revocable pues el testador puede cambiar su voluntad todas las veces que quiera (art. 2511 y siguientes).

1.1.7 Sucesores

Dentro de los sucesores mortis causa, nuestro Código distingue a los herederos y a los legatarios. A su vez, los primeros pueden ser universales o de cuota.

El heredero se subroga en la posición jurídica del causante y así recibe los bienes del causante y asume las deudas. Ello se debe a que la figura del heredero responde a una exigencia social que consiste en poner en el puesto del difunto a una persona para que continúe sus relaciones jurídicas. Sin embargo, el heredero ocupa una posición compleja que no coincide totalmente con la del causante, ya que hay relaciones jurídicas de éste que le son sustraídas a aquel, ya que muchos de los derechos y obligaciones del causante desaparecen con él (derechos y obligaciones intransmisibles, por ejemplo el usufructo vitalicio sobre bienes de terceras personas), así como dentro de los derechos transmisibles, algunos se destinan a los legatarios y se sustraen de la esfera patrimonial del heredero. Asimismo, hay derechos y obligaciones que nacen en cabeza del heredero de manera originaria, con motivo de la

muerte del autor de la sucesión (derecho de colacionar, cumplir con los legados, etc.). En las posiciones derivadas es donde realmente se da la sucesión, pues son aquellas posiciones jurídicas que pasan del causante al heredero permaneciendo objetivamente idénticas. La ocupación, por parte del heredero, de la posición jurídica del causante que le otorga la calidad de tal y la adquisición de la propiedad de los bienes de aquel se producen de manera simultánea. La asunción de las deudas del causante se limita a los bienes o a su valor.

El heredero se encuentra habilitado a ejercer las acciones posesorias que le hubieren pertenecido al causante.

Excepcionalmente, puede ejercer acciones o excepciones tendientes a reclamar o impugnar determinadas situaciones jurídicas y familiares del difunto.

Los herederos de cuota instituidos en una fracción de la herencia no tienen vocación a todos los bienes de ésta, excepto que deba entenderse que el testador ha querido conferirles ese llamado para el supuesto de que no puedan cumplirse, por cualquier causa, las demás disposiciones testamentarias.

La diferencia entre ambas categorías de herederos está dada porque los universales tienen derecho a acrecer, esto es, vocación a heredar todos los bienes de la herencia a los que no les hubiesen asignado un destino distinto; mientras que los de cuota carecen de tal derecho, salvo en los casos que la ley o el testamento lo determine

El legatario, por su parte, es aquel que recibe un bien particular o un conjunto de bienes que componen la herencia. El legado responde a la facultad otorgada al testador para atribuir a alguna persona ventajas patrimoniales determinadas, en virtud de afectos familiares, de amistad o de gratitud, entre otros. Puede consistir en una atribución patrimonial, es decir, en una transmisión de derechos (legado de cosa cierta, de suma de dinero, etc.).

También encontramos legados que no suponen una atribución patrimonial; estos son, en los que no se produce adquisición alguna de derechos, por ejemplo, el legado de reconocimiento de deuda. En este último caso, no es exacto hablar de sucesión, pues no se transmite derecho alguno. Un aspecto muy importante con respecto al legatario es que no sucede en la posición jurídica del causante, por el contrario, sólo se trata de una adquisición (cuando se transmiten derechos, pues hay

legados que no suponen atribución patrimonial y allí se agota la relación con el heredero o la sucesión del causante.

Una de las diferencias entre el heredero y el legatario está dada por el modo de adquirir los bienes, pues el primero recibe la universalidad de los bienes del causante o una parte alícuota, en tanto que el segundo recibe bienes concretos.

Desde otro punto de vista, el heredero responde por las deudas del causante y su responsabilidad es *intra vires*.

1.1.8 Personas que pueden suceder:

Según nuestro artículo 2279 las personas que pueden suceder al causante son: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

1.1.9 Causas de Indignidad. Breve noción:

El art. 2281 establece las causales de indignidad, que son las siguientes: 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; 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.

Cabe mencionar que el antiguo régimen legal contemplaba el instituto de la desheredación que tiene su origen en el derecho romano. Muchos ordenamientos jurídicos regulan a la indignidad y la desheredación como institutos iguales y unifican sus causales. Sin embargo, el Código de Vélez los legisló como institutos diferentes. Los art. 3744 y 3745 del viejo Código Civil, establecían que la desheredación es la potestad que se tiene para excluir de la herencia a los herederos forzosos aduciendo una causa justa. Asimismo, la desheredación debía realizarse por testamento. Las causales de la misma se encontraban en el art. 3746, aparecían enumeradas taxativamente y no se podía alegar otras, 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 y actual código se elimina y queda cubierta por la normativa de la revocación de la donación del art. 2420 que dice “la partición por donación 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.

1.2 Conclusión

La muerte constituye un hecho que produce grandes efectos jurídicos y esto trae aparejado la necesidad de establecer normas de derecho positivo que regulen sus circunstancias. A tal fin, varios son los institutos que regulan la materia, tales como la Capacidad para suceder, Indignidad, Desheredación (actualmente eliminado), Sucesión internacional, Aceptación y renuncia de la herencia, Cesión de derechos hereditarios, Responsabilidad de los herederos y legatarios, Petición de herencia; Administración extrajudicial; normas procesales que regulan el Proceso Sucesorio; División de la herencia; Derecho de habitación del cónyuge supérstite y del

conviviente; Colación de donaciones y de deudas; Legítima; Acciones de protección de la legítima ; Sucesiones testamentarias; Institución y sustitución de herederos y legatarios; Legados; Ineficacia de las disposiciones testamentarias; Nulidad del testamento y de las disposiciones testamentarias, entre otros.

En términos generales, observamos que en nuestro país, las normas sobre derecho de sucesiones conservan la esencia romanista de sus orígenes, por lo que pensamos que ésta es la rama del derecho que más se asemeja a sus comienzos.

Es ahora, luego de haber analizado los principios fundamentales del derecho sucesorio argentino, tanto en el Código de Vélez, como en el nuevo ordenamiento jurídico, el actual Código Civil y Comercial de la Nación, cuando estamos en condiciones de comenzar a delinear y analizar en profundidad el tema que nos compete, la legítima hereditaria y su contradicción con la autonomía de la voluntad.

CAPITULO II: LA LEGÍTIMA HEREDITARIA, CONCEPTO Y ANTECEDENTES

Como vimos en el capítulo anterior nuestro ordenamiento jurídico establece el orden sucesorio y llama a heredar a los herederos forzosos; es decir a aquellos parientes que tienen un vínculo cercano con el causante, o sea, los ascendientes, descendientes y el cónyuge. Es decir que si se trata de una sucesión ab -intestato, donde el causante no dejó testamento o legado quienes heredan son los herederos forzosos; pero si dejó un testamento o disposiciones de última voluntad, lo puede hacer, con limitación, es decir respetando “La Legítima”.

A lo largo de este capítulo analizaremos “la legítima”, entendiendo que es el derecho que se ejerce sobre determinada porción del patrimonio del causante; o sea la porción de la herencia de la cual no pueden ser privados, sin justa causa de desheredación los herederos forzosos. Estudiaremos el Código Civil de Vélez Sársfield ya derogado, su regulación, su naturaleza jurídica, y la interpretación de sus normas.

2.1. Aspectos generales

La legítima hereditaria es el derecho que se ejerce sobre determinada porción del patrimonio del causante. Es la porción de la cual no pueden, sin justa causa, ser privados determinados parientes próximos por actos a título gratuito. Cuando una persona muere dejando descendientes, ascendientes o cónyuge, la ley les reserva a estos herederos una porción de la herencia de la cual no pueden ser privados sin justa causa de desheredación. Esta parte constituye la legítima de los mencionados herederos. Sobre el resto, el testador puede disponer libremente, según su voluntad. Es la llamada porción disponible.

Si bien el Código se refiere a la legítima como parte de la herencia, hay que tener en cuenta que no sólo están comprendidos los bienes dejados por el causante al momento de su muerte, sino que también hay que tener en cuenta los bienes donados por durante su vida. De esta forma pueden atacar tanto el testamento que afectó su legítima así como también las donaciones.

Este derecho solo corresponde a aquellos parientes que tienen un vínculo cercano, con el causante, es decir, los legitimarios, que son: los ascendientes, descendientes y el cónyuge.

La legítima cambia según el orden del parentesco. La porción disponible, es la parte que el testador puede disponer libremente, puede asignársela toda a uno de sus herederos forzosos, repartirla por partes iguales entre todos los herederos o bien dársela a un extraño.

2.1.2. Concepto

El Código Civil de Vélez la definía en su artículo 3591 como un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la regula estableciendo quiénes son los legitimarios, cuales son las porciones de legítima, las acciones de petición, pero no brinda una definición. Pérez Lasala, José Luís (2014) sostiene que "...La legítima, es una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos a favor de los denominados legitimarios..." (Pág. 213)

2.1.3. Antecedentes

En un comienzo, y tal como surge de la ley de las XII Tablas, la voluntad del causante para el derecho romano era soberana, tan absoluta como el derecho de los padres sobre los hijos o del propietario sobre la cosa, y podía disponer sin límite alguno de sus bienes. La necesidad de preservar la continuidad de las relaciones jurídicas y de proteger a la familia, con el avance de la civilización, originó dentro del derecho pretoriano el surgimiento de una tendencia a limitar o restringir la autonomía de la voluntad del testador, que se manifestó en la legítima *pars bonorum*, a través de la cual se impedía que el *pater* dejara al hijo en la indigencia o lo privara de alimentos.

Más tarde, esta protección se incrementa mediante el principio pretoriano de la *querella inofficiosi testamenti*, que brindaba al heredero preterido la posibilidad de pedir la nulidad del testamento, suponiendo que el causante lo había creado durante un lapso de ofuscación mental. El resultado de la querella era la invalidez de todo el testamento, algo que generaba inconvenientes, y fue atenuada, dando a quien recibía de su causante una parte menor a la que fijaba la ley, un derecho a que le fueran integrada, así como contaba con la acción de completo de los bienes.

Ya en el derecho de Justiniano, se estableció una cuota intangible de la que el testador no podía disponer, ni siquiera a través de actos de transmisión gratuitos entre vivos.

Esta legítima tenía un carácter diverso de la sucesión mortis causa en el derecho romano, lo que le permitía que la persona favorecida conservara su derecho a la legítima, aun renunciando a la herencia, ya que esta le correspondía por un título distinto del sucesorio.

Por otro lado, en el derecho germánico, 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, citado en Zaroni, (2008) 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.

La principal diferencia con la legítima romana es que tratándose de una parte de la herencia, para recibir la reserva era indispensable tener la calidad de heredero. Esto llevaba a que el renunciante no podía acceder a este beneficio.

La reserva era más amplia que la legítima; se extendía hasta cuatro quintas partes para los hijos, mientras que la legítima no superó el tercio en el derecho de Justiniano.

En Francia se podían apreciar las dos tendencias, que fueron unificadas cuando se dicta el Código de 1804, conservando el nombre de reserva. (Pérez Lasala, 2014). En cambio el Código Civil alemán de 1900 recepta la institución romana, y desaparece casi por completo la reserva. (Benites et al., 2015).³

³ José Luís Pérez Lasala (2014). *Tratado de Sucesiones*. Santa Fé: Rubinzal- Culzoni Editorial.

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, citado en Zanoni, 2008). 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, citado en Zanoni, 2008)

2.1.4. Naturaleza jurídica

Según el contenido cualitativo del objeto de la legítima, esta puede ser:

a) “*Pars hereditatis*”. De acuerdo con Vallet (citado en Pérez Lasala, 2014) la legítima *pars hereditatis*, es una parte alícuota del caudal hereditario con su activo y su pasivo. La legítima *pars hereditatis* da derecho a una parte ideal de la herencia bruta. El legitimario, responde de las deudas del causante personalmente, aunque para fijar la cuota de la legítima se deduzcan esas deudas para arribar al valor líquido de los bienes.

b) “*Pars bonorum*”. En la legítima *pars bonorum* luego de que se deducen las deudas y cargas, que si bien disminuyen el monto de las legítimas, el legitimario no responde personalmente de ellas.

La diferencia que surge entre recibir esa porción como *pars hereditatis* o como *pars bonorum*, gira fundamentalmente en la existencia o inexistencia de la “responsabilidad personal” del legitimario ante las deudas del causante. Esto se ve en los casos en los que, ante la liquidación de las deudas ya conocidas, aparecen otras nuevas, una vez satisfecha la legítima. Entones, el que la recibió como *pars bonorum*

sólo sufría el reajuste de su cuota, pero sin tener responsabilidad frente a los acreedores. (Vallet, citado en Pérez Lasala, 2014).

c) “*Pars Valoris*”. La legítima *pars valoris* supone el derecho a percibir “en dinero” el valor de una cuota del activo líquido de la herencia. Esta es la posición que adopta el Código Civil Alemán (Pérez Lasala, 2014).⁴

Nos preguntamos si Vélez mantuvo la tradición de la legítima como *pars bonorum* o como *pars hereditatis*?

Teniendo en cuenta que la legítima es una deuda originada de una obligación legal entre parientes, en el primer caso el que renuncie a la herencia conserva el derecho a la legítima, ya que ella subsiste independientemente de la delación de la herencia. En el segundo supuesto, en cambio si se pierde el derecho a la herencia por renuncia o por otras circunstancias, el derecho a la porción legítima desaparece. Se debe tener en cuenta si el que renuncia a la herencia conserva o no el derecho a la legítima para ver cual criterio se sigue, si el de la *pars bonorum* o el de la *pars hereditatis*. (Ovsejevich, citado en Zanoni, 2008).

El código de Vélez creó un sistema propio de protección para determinados herederos, para lo que recabó reglas provenientes de ambas instituciones, tomadas las de la legítima romana del derecho español (la Ley de Partidas y el Proyecto de García Goyena) y las de la reserva germánica de diferentes autores franceses a través del Código Civil Francés, y en esa fusión de fuentes optó por denominar “legítima” a la institución.⁵

Esta combinación de normas logró que se complique la interpretación doctrinal de la institución en cuestión, y se produjeron largas disputas respecto de su naturaleza jurídica.

Vélez, Inspirado en Aubry y Rau, define a la legítima de los herederos forzosos en el artículo 3591 como “un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia”, sin embargo la legítima es más amplia que lo que indica esta definición, ya que de acuerdo con el sistema adoptado por el resto de los artículos del Código velezano, la legítima se calcula sobre el patrimonio dejado por el causante al momento de su fallecimiento (herencia) y sobre el valor de las donaciones que hubiera realizado.

⁴ José Luís Pérez Lasala (2014). *Tratado de Sucesiones*. Santa Fé: Rubinzal- Culzoni Editorial.

⁵ Código Civil y Comercial Comentado (código). (2015). 1ra ed. Astrea Fen.

En el artículo 3.714 define a los herederos forzosos como aquellos a los que “la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación”⁶(Código Civil, 1998)

En el primer artículo se refiere a la legítima como parte de la herencia (*pars hereditatis*) y en el segundo como una porción de los bienes (*pars bonorum*). Esto demuestra la fusión de los dos sistemas jurídicos mencionados, romano y germánico; pero la terminología que utilizó el codificador dio lugar a discusiones en torno a su naturaleza jurídica.

Por otro lado el artículo 3354 adoptando el criterio romanista, disponía que los que tengan una legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que les corresponda”. Y fue este el punto de partida de un sector de la doctrina (Segovia, Llerena, Machado, Rébora, Pérez Lasala, Belluscio, Guaglianone, citado en Benítez, 2015) que sostuvo que este artículo no podía dejar de aplicarse y que por esto la legítima regulada en el código, respondía a un criterio romanista y era parte de los bienes, no de la herencia. De esta forma quedaban independizadas las calidades de heredero y de legitimario, pudiendo repudiar la herencia sin perjuicio de recabar la entrega de la legítima.

Por el contrario, la jurisprudencia y gran parte de la doctrina posterior, consideró que la legítima era parte de la herencia, partiendo de la teoría según la cual el artículo 3354 quebraba la unidad y armonía del Código, lo que lo hacía inaplicable.

Más tarde, con la reforma de la ley 17.711 del año 1968 se derogó el artículo 3354 y empezó a predominar la tesis según la cual el legislador al derogar dicho artículo, se inclinó por considerar a la legítima como parte de la herencia (*pars hereditatis*), lo cual preservaba la unidad y armonía del sistema del Código Civil Velezano, en relación a la interpretación integradora de distintos artículos (3483, 3591,3592,3599 a 3601, 3604 y 3714) que revelan la voluntad de Vélez Sársfield de que la condición de legitimario coincida con la de heredero (Borda, Guastavino, Zannoni, Mafia, Vidal Taquín, Cafferata, entre otros)⁷

2.1.5 Jurisprudencia

Antes de la sanción de la ley 17.711, la cuestión, sobre la naturaleza de la legítima motivó, el fallo en pleno de la Cámara Nacional Civil en la causa “Francisco

⁶ Código Civil de la República Argentina (Código). (1998), 1ra ed. Ruy Diaz.

⁷ “Código Civil y Comercial”, [Código]. (2015) 1ra ed. Astrea. Fen.

de Asís Cambó”. En esa causa el tribunal resolvió por nueve votos contra tres, que “quien es titular de la porción legítima de una sucesión lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se lo declare tal si fuere omitido por este último en su testamento”⁸

Sintéticamente, los hechos que dieron lugar a dicho pronunciamiento fueron los siguientes: el causante, en su testamento, instituyó como única heredera a su hija e hizo un legado a su esposa. No obstante, ésta solicitó, que se la declarara heredera sin perjuicio de la institución testamentaria a favor de la hija, en cuanto no vulnerara su porción legítima. El caso planteaba, en primer término, la cuestión de saber si correspondía a la esposa la acción de preterición, sin embargo, como la institución testamentaria había sido a favor de quien era también un heredero forzoso (la hija), los argumentos expuestos se focalizaron más bien en el problema del título para recibir la legítima, y en si, la esposa tenía derecho a obtener como heredera la posesión de la herencia o sí debía conformarse con recibir el legado, salvando su derecho, a los gananciales que le correspondiesen por disolución de la sociedad conyugal como legitimaria no heredera.

Compartimos la idea que para tener derecho a la legítima, se debe ser heredero. De modo tal que la legítima es consecuencia de la calidad de heredero.

Tal como se anticipara, esta cuestión fue zanjada con la ley de reforma de la ley 17711.

2.2 Código Civil de Vélez Sársfield

En el Código Civil, ya derogado, en su artículo 3591 la legítima de los herederos forzosos estaba definida como un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia.

Maffía (2002) sostiene que la legítima “... es un derecho de sucesión sobre determinada porción del patrimonio del causante, protegido por la ley”. (Pág. 100). Azpiri (2006) sostiene que la legítima “...es la porción de la herencia de la cual no pueden ser privados los herederos forzosos, salvo justa causa de desheredación”. (Pág. 591). Zannoni (1980) sostiene que: “...La porción legítima representa la sustracción de una cuota del patrimonio a la disponibilidad del testador, y su delación

⁸ Conf. C.N.Civ., En Pleno, Agosto 10-1953, In Re “Cambo, Francisco De Asis S/ Suc.” Publicado En: La Ley, Tomo 71, Tomo 71, Página 634.

directamente por la ley a los legitimarios, como vocación, incluso, contra el testamento.”. (Pág.28) Borda (1994) la define como “la parte patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito” (Pág. 78).

La legítima y la porción disponible son conceptos que se complementan. Cuanto mayor es la legítima, menor va a ser la porción disponible por el causante. El Código de Vélez en su artículo 3605 disponía que de la porción disponible el testador podía hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos y que ninguna otra porción de la herencia podía ser detraída para mejorar a los herederos legítimos.

Una de las características principales de la legítima es su inviolabilidad. Ella se desprendía, en el código de Vélez, del artículo 3714 que establecía que para que los herederos forzosos sean desheredados el causante debía invocar justa causa, y del art. 3598 que expresaba la limitación al testador de disponer más allá de su porción, por su parte el artículo 3599 advertía la irrenunciabilidad de la legítima. Respecto de los descendientes, se consagra la igualdad de todos los descendientes, sin distinción de categorías, ya sean hijos matrimoniales, extramatrimoniales o hijos adoptivos. Tal como lo disponía el artículo 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”. Respecto de la cuota que se establecía 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 debían 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 debían ser colacionados.

Los legitimarios eran de acuerdo al artículo 3592, todos los llamados a la sucesión que tenían una porción legítima determinada por la ley. Para referirse a ellos el codificador empleó términos tales como herederos forzosos, herederos legítimos y herederos necesarios. Los legitimarios eran: a) los descendientes; b) los ascendientes; c) cónyuge; d) nuera viuda.

La porción legítima de los hijos en el código de Vélez era de cuatro quintos de todos los bienes existentes al momento de la muerte del testador y de los que éste hubiera donado. Respecto de los ascendientes la legítima era de dos tercios de los

bienes de la sucesión y los donados; y la legítima de los cónyuges, cuando no existían descendientes ni ascendientes del difunto, era la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión fueran gananciales.

El testador no podía imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas no se podía renunciar ni hacer ningún pacto sobre legítima futura entre los que la declaraban y los coherederos forzosos, ya que eran de ningún valor. Los herederos podían reclamar su respectiva legítima; pero debían traer a colación lo que hubiesen recibido por el contrato o renuncia.

En el caso de que haya concurrencia de legitimarios, según Borda (1994) se aplicaban los mismos principios que en la sucesión intestada (artículo 3592 del código derogado), lo que acarrea como consecuencia, que los herederos que excluyen a otros en la sucesión intestada, también lo privan de la legítima, y que cuando concurren legitimarios de igual orden o de distinto orden con el cónyuge, la legítima se distribuye entre ellos en la misma porción y con las mismas reglas.

En cuanto a la manera de calcular la legítima el artículo 3602 establecía que se tenía que tener en cuenta al valor de los bienes dejados por muerte del testador, y que al valor líquido de los bienes hereditarios se agrega el que tenían las donaciones. Partiendo del mencionado artículo se puede observar que el cálculo parte del valor total de los bienes hereditarios, a los cuales se les debe deducir o restar las deudas y cargas, y a ello sumarle el valor de las donaciones hechas en vida por el causante. Se excluían de los bienes que integran la masa hereditaria, a los efectos del cálculo de la legítima, los créditos incobrables, los créditos sujetos a condición suspensiva por carecer de valor actual, las cosas comunes de la herencia que sólo poseen un valor afectivo, el seguro de vida contratado por el causante en beneficio de un tercero y los frutos devengados por los bienes con posterioridad al fallecimiento del causante.

En relación a la deducción de las deudas, ésta se hace solamente respecto de los bienes que forman el acervo hereditario y no respecto a las donaciones. Borda sostiene que, en principio, deben deducirse todas las deudas de acuerdo a la regla general del antiguo artículo 3602 que habla de valor líquido. Además, expresa que las deudas deben ser probadas fehacientemente y que no es suficiente con el reconocimiento de los herederos para admitirlas.

Las cargas de la sucesión, teniendo en cuenta la nota al artículo 3.474 del código de Vélez, son las obligaciones que han nacido después de la muerte del autor

de la herencia, tales como los gastos funerarios (tanto Borda como Maffía sostienen que, a partir del artículo 3795, los gastos de sepelio deben sacarse de la porción disponible) y los relativos a la conservación, liquidación y división de los derechos respectivos, inventarios, tasación, etc; por esto llamaremos acreedores de la sucesión tanto a los que lo sean por deudas propiamente dichas, como los que resulten por cargas a la herencia.

Analizando la cuestión de las donaciones, al respecto Borda (1994) sostiene que “... a los efectos del cálculo de la legítima deben considerarse todas las liberalidades que en vida ha hecho el causante. Se incluyen las renunciaciones gratuitas, las donaciones hechas en las convenciones matrimoniales, la partición entre vivos”. (Pág. 94). Habrán de tomarse todas las donaciones. Si se tratara de donaciones remuneratorias se computarán sólo el excedente del justo valor del servicio que las motivara; e igual criterio se aplica para las donaciones con cargo, en la parte que excedan el valor de éste.

Existe un sistema de defensa de la legítima hereditaria que consagran ambos códigos estableciendo normas que declaran nulo todo acto del causante tendiente a excluir a un heredero forzoso o bien imponerle cargas o gravámenes a la legítima, y acciones judiciales concretas a las cuales los legitimarios pueden acudir cuando su legítima haya sido vulnerada. Dentro de las acciones de defensa de la legítima tenemos, la acción de reducción y la de complemento –cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de la legítima-, la acción de rescisión – tendiente a lograr la anulación de la partición-, y la acción de preterición.

El artículo 3601 del Código Civil regulaba la Acción de Reducción estableciendo que aquellas disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a solicitud de estos, a los términos debidos. Olga Orlandi (2010) define la acción como “el remedio legal otorgado a los legitimarios frente a disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos y frente a las donaciones inoficiosas efectuadas en vida del causante” (Pág. 197/198). Borda (1994) dice “cuando las liberalidades del causante (sean donaciones o legados) excedan en conjunto la porción legítima de los herederos forzosos, deben ser reducidas de tal modo que esa porción quede intacta”. (Pág. 110/111). Azpiri (2006) sostiene que “la acción de reducción es el derecho que tiene un heredero forzoso para atacar los legados hechos por el causante en su testamento o las

donaciones hechas en vida por el mismo, en la medida que excedan la porción disponible” (Pág. 610). Por su parte, el artículo 3600 del Código Civil regula la Acción de Complemento estableciendo que el heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento. Zannoni (1980), afirma que si bien son dos acciones distintas su interpretación armónica es dificultosa y que esa dificultad “... puede resultar insuperable si se atiende que la fuente de ambos artículos nos remite decididamente al quid de la conceptualización de la legítima en tanto pars bonorum o pars hereditatis” (Pág. 461).

Respecto a la acción de rescisión, ésta surgía del artículo 3536 que establecía que la partición por donación o testamento podía ser rescindida cuando no se salva la legítima de alguno de los herederos; y el artículo 3537 expresaba que los herederos podían pedir la reducción de la porción asignada a uno de los partícipes cuando resultara que este hubiese recibido un excedente de la cantidad de que la ley permite disponer al testador.

La acción de preterición estaba establecida en el artículo 3528 que establecía que si la partición no era hecha entre todos los hijos legítimos y naturales, que existan al tiempo de la muerte del ascendiente, y los descendientes que hubiesen fallecido y el cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo anterior, sería de ningún efecto.

El artículo 3715 agregaba que la preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalidaba la institución hereditaria; salvada que sería la legítima y pagadas las mandas, el resto debía entregarse al heredero instituido. Olga Orlandi (2010) señala que “la finalidad de la acción es obtener el reintegro de la legítima” (Pág.210).

2.3 Conclusión

En síntesis, concluimos que Vélez, asumiendo el principio de protección de la familia se referenció tanto en el derecho romano como en el germano; en el primero a través del derecho español (La ley de partidas) y el de las reservas germánica de autores franceses y del Código Civil Francés. En cuanto a la institución la denominó “Legítima” como en el derecho romano. Esta mezcla generó algunas dificultades de interpretación ya que el artículo 3591 define la legítima como un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. En cambio el 3.714 define a los herederos forzosos como aquellos a los que la ley reserva en lo bienes del difunto una

porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación. O sea en el primer artículo Vélez sigue al derecho germano (*pars hederitatis*) y en el segundo al derecho romano (*pars bonorum*). Y el artículo 3.354 llevó aun más a dificultades ya que decía que los que tengan una legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tomar la legítima que le corresponda. Este artículo fue derogado como hemos visto por la ley 17.711 zanjando las diferencias de interpretación entre los juristas.

El código velezano, no solo reguló e instituyó la legítima, sino también reguló otros institutos vinculados con la misma, con el fin de para garantizar y determinar el fiel cumplimiento, como así también para reparar y/o subsanar su incumplimiento.

Así es que legislo sobre los legitimarios, la porción disponible, mejora, modo de cálculo, formación de la masa hereditaria, activo líquido, valuación de las donaciones, imputación de las cargas, acciones de protección de la legítima, tales como acción de complemento y reducción, entre otros.

CAPITULO III: CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

Analizamos anteriormente como trató Vélez la Legítima en el Código Civil; Sabemos que en el año 2015 el Código fue reformado, y este instituto sufrió modificaciones. En este capítulo abordaremos “la legítima” teniendo en cuenta el actual Código Civil y Comercial de la Nación respecto del antiguo régimen.

Tendremos en cuenta como se redujeron las porciones legítimas de descendientes y ascendientes; como se redujo la nómina de legitimarios; si el instituto de la desheredación sigue vigente o fue derogado; y si entre otras cosas se limitó el alcance temporal de la acción de reducción de las donaciones.

3.1 Aspectos generales del nuevo código. Introducción

El actual ordenamiento, al igual que el código de Vélez Sársfield, mantuvo la institución de la legítima como sistema de protección imperativo y de orden público, basado en la solidaridad familiar. La legítima conserva sus caracteres de inviolabilidad e irrenunciabilidad.

Sin embargo, se han modificado algunos aspectos de la institución: se redujeron las porciones legítimas de descendientes y ascendientes; se redujo la nómina de legitimarios; se derogó el instituto de la desheredación; se limitó el alcance temporal de la acción de reducción de las donaciones.

En cuanto a la naturaleza jurídica, a diferencia del ordenamiento anterior, no define expresamente la legítima, sino que nos dice a quiénes les corresponde “una porción legítima” (descendientes, ascendientes y cónyuge) y los denomina legitimarios en el título del artículo. Si bien esos legitimarios son herederos, lo que daría a entender que el régimen de la legítima es parte de la herencia (pars hereditatis), la regulación de las acciones de entrega de la legítima (art. 2450), de complemento (art. 2451) y de reducción de disposiciones testamentarias (art 2452), y el silencio frente a los supuestos de legitimarios no herederos (planteados por parte de la doctrina antes de la reforma), deja abierto el debate respecto a la naturaleza jurídica de la legítima.

Por otra parte, el nuevo Código, simplificó y redujo la nómina, que ahora es expresa y no resulta de una remisión: ascendientes, descendientes y cónyuge.

También, eliminó la figura de la nuera viuda sin hijos, por considerar que el instituto no tenía en la actualidad razón de ser y era cuestionable desde el punto de

vista constitucional por referirse únicamente a la nuera, lo que se complicaba aún más a partir de la sanción del matrimonio igualitario. (Benítez et al., 2015).

3.2 Regulación de la legítima

En nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación, que fue publicado el 08 de octubre de 2014 y que entró en vigencia el 01 de agosto del año 2015, el instituto de la legítima está regulado en los artículos 2444 al 2461 dentro Título X del Libro Quinto.

En dicho código se regula la legítima determinando quiénes son los legitimarios, las porciones legítimas, las acciones de petición de la legítima y otros aspectos delimitados de la institución.

Como ya mencionamos anteriormente, Pérez Lasala (2014), definió la legítima como “...una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos a favor de los denominados legitimarios...”(Pág. 213) El autor la definió de esta manera teniendo en cuenta el actual Código Civil y Comercial y en especial los efectos otorgados por el legislador a la institución y sostiene que es una limitación, porque dice que la característica de nuestra legítima es la de actuar de freno a la libertad de testar, de conformidad con la esencia del sistema romano. Manifiesta que esta limitación es legal porque viene impuesta por la ley, y es relativa porque sólo afecta a los actos a título gratuito realizados por el causante, ya por disposiciones testamentarias, ya por donaciones. Como consecuencia de esta limitación se produce una reserva a favor de los legitimarios de una porción de la herencia (*pars hereditatis*) o de una porción líquida de bienes (*pars bonorum*), según que la legítima se reciba por ser heredero ab intestato o testamentario, o se otorga por otros títulos respectivamente.

El concepto de legítima trae aparejado la existencia de una porción disponible, también llamada “de libre disposición” que es la parte de la que el testador puede disponer cuando hay legitimarios.

El actual Código Civil y Comercial determina como legitimarios solo los descendientes, ascendientes y el cónyuge, quienes tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito.

La figura de los padres adoptivos se considera ascendientes y la nuera viuda sin hijos es eliminada. Esta reforma se fundamenta en la inconstitucionalidad de la norma que establecía como legitimario a la nuera viuda ya que ésta creaba una discriminación de sexos y era contradictoria con la incorporación del matrimonio de ambos sexos.⁹

La porción legítima se calcula 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, en el momento de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Para calcular la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio.

El código siguió el mismo criterio del proyecto de 1936 y del anteproyecto de 1945 y 1998 que disminuyen la legítima de los ascendientes y descendientes.

La porción del cónyuge cuando no existan ascendientes ni descendientes es, al igual que en el código Civil y en el proyecto 1998, de un medio (1/2).

Respecto del cálculo de las porciones, se aleja del proyecto de 1998, ya que mientras éste establecía que debían calcularse sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados, al tiempo en que fueron hechas las donaciones, apreciados en valores constantes (art. 2395, Proyecto de 1998), ahora el valor de los bienes donados será considerado a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Por último en cuanto a las donaciones colacionables o reducibles, el nuevo código se distingue del principio establecido en el art. 1832 del Código Civil.

Ha surgido la necesidad de ampliar la porción disponible del causante, para que éste, conociendo las situación de su familia y de cada uno de sus miembros en particular, pueda utilizarla del modo que considere más apropiado a los fines de ampararlos, además de permitirle beneficiar a terceros que lo acompañaron a lo largo de su vida y contribuyeron en la adquisición de dichos bienes.

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

En ese sentido el nuevo Código redujo las porciones legítimas de los legitimarios. Así, la de los descendientes pasó a ser de dos tercios ($2/3$) y la de los ascendientes pasó a ser de un medio ($1/2$), mientras que la del cónyuge se mantuvo en un medio ($1/2$).

Además, como ya lo adelantamos eliminó el derecho a una porción de la herencia que tenía la nuera viuda sin hijos.

En relación al cálculo de la legítima, el artículo 2445 determina el modo de formar la masa de bienes y el momento al que deben valuarse, simplificando la normativa anterior. La masa se integra por 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. Se tiene en cuenta el estado del bien al momento de la donación, sin tener en cuenta las modificaciones que hubiera sufrido más tarde, y el cambio de su valor económico a la época de la partición.

En el último párrafo del artículo, el Código dispone que para el cálculo de la porción legítima de cada legitimario, solo se tomarán en cuenta las donaciones colacionables o reducibles otorgadas a partir de los trescientos días anteriores al nacimiento del heredero forzoso, o en el nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el de la porción legítima del cónyuge, las hechas después del matrimonio. Se aparta de la igualdad entre legitimarios. (Benites et al., 2015).

Para poder saber cual es la cuota de libre disposición es necesario hacer un cálculo de la legítima global que se realiza determinando el activo neto del caudal hereditario (activo bruto restándole las deudas del causante) y sumándole las donaciones efectuadas por el causante. Sobre el monto obtenido se determina la legítima global.

En el nuevo Código, si se trata de hijos la legítima es de $2/3$, si son ascendientes la legítima es $1/2$, y si se refiere al cónyuge también es de $1/2$. Una vez establecida esa cuota en valores dinerarios, la libre disposición en el primer caso será $1/3$, en el segundo caso y en el tercero $1/2$. El mínimo de la porción disponible $1/3$ cuando los legitimarios son los hijos, y el máximo $1/2$ cuando los legitimarios son ascendientes o cónyuge. Pérez Lasala (2014) sostiene que cuando no hay legitimarios no vale la pena hablar de porción disponible, ya que en ese supuesto toda la herencia es disponible.

En el supuesto de que haya concurrencia de legitimarios, el actual código Civil y Comercial respeta el principio sentado en el código Velezano según el cual las cuotas legítimas no se acumulan, y queda siempre inalterable la porción legítima. Así, en el caso de concurrencia de esposo con hijos, en el que el causante haya otorgado su parte disponible para mejorar al esposo, esta parte se calcula sobre la legítima mayor, esto es $\frac{2}{3}$. Con lo cual la parte disponible sería de $\frac{1}{3}$ y no de $\frac{1}{2}$.

Al igual que en el anterior régimen esta prohibido para el testador imponer gravamen o condición a las porciones legítimas; si lo hiciera, se tienen por no escritas. El causante solo puede disponer de la composición de su herencia por aquello que exceda de la porción legítima más alta, es decir que su libertad podrá ser ejercida en el ámbito de la porción disponible. No puede avanzar sobre la cuota que tiene como destino obligado el patrimonio de los herederos forzosos. La legítima es materia de orden público sucesorio (Méndez, citada por Ferrer, 2006)

En cuanto a la mejora, de la que hablamos en el apartado de los antecedentes, en el régimen del actual Código, ésta, no ha avanzado demasiado como institución autónoma ya que no admite la mejora como parte de la legítima larga, de la cual los padres pueden disponer a favor de alguno de sus hijos, como lo dispone el Código Civil español (Pérez Lasala, 2014); sino que solo incorporó la mejora a favor del heredero con discapacidad, es decir que se admite la posibilidad de una mejora de la porción legítima cuando el heredero tuviese una discapacidad. Ello queda manifestado en el actual artículo 2448:

El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio ($\frac{1}{3}$) 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.¹⁰

El objetivo de esta norma es darle al testador mayor libertad para poder proteger en su testamento al heredero con discapacidad. El autor citado, entiende que ese tercio se aplica a la porción legítima que corresponda, es decir que si el

¹⁰ Ley 26.944 promulgada por Decreto 1975/2014, Libro Quinto, Título I. Código Civil y Comercial de la Nación.

discapacitado es un descendiente se le aplicará el tercio sobre su legítima de $\frac{2}{3}$. Si el discapacitado es ascendiente se aplica el tercio sobre la legítima que es de $\frac{1}{2}$.

Del artículo citado se desprende con precisión qué es lo que debe entenderse por persona con discapacidad. Es una excepción al principio de inviolabilidad de la legítima. Este instituto retoma la mejora del derecho español, pero solo con relación a ciertos herederos, los discapacitados, que se encuentran en una posición de vulnerabilidad, y limita un tercio de la porción legítima que corresponda según de qué tipo de legitimarios se trate, descendientes o ascendientes (es decir $\frac{1}{3}$ de $\frac{2}{3}$ tratándose de descendientes, y $\frac{1}{3}$ de $\frac{1}{2}$ tratándose de ascendientes, de acuerdo con las porciones establecidas en el art. 2445.

La porción legítima es irrenunciable, esto se condice con el principio que nadie puede renunciar a herencias futuras. La sucesión se abre al momento del fallecimiento del causante. Con lo cual recién a partir de dicho fallecimiento se podrá renunciar tanto a la herencia como a la porción legítima.

El legitimario tiene la posibilidad de ejercer una acción de entrega tanto en caso de preterición como en caso de que el causante no hubiese dejado bienes pero hubiera efectuado donaciones. Dicha acción es otorgada al legitimario a título de heredero de cuota que, de acuerdo con el artículo 2488, no tienen vocación a todos los bienes de la herencia.

La posibilidad de ejercer la acción de preterición se abre cuando el testador instituye herederos omitiendo a los forzosos, por lo que el omitido quedaría excluido, lo que lo legitima a ejercer la acción de preterición, que se configura cuando el testador lo omite en su testamento e instituye a otro heredero en su lugar.

Preterir significa omitir, pero que haya preterición de herederos no alcanza con la omisión ya que si, por ejemplo, el testador no instituyera en su testamento al heredero forzoso e hiciera legados, no se daría el caso de preterición, porque éstos se cumplirían independientemente del llamamiento imperativo, toda vez que se obtienen de la porción disponible, y el heredero es siempre forzoso, aunque no se lo instituya.

Si los legados fueran mayores que esta porción y afectaran la legítima de los herederos forzosos, se habilita el ejercicio, por parte de éstos, de la acción de complemento de la legítima y de reducción de esos legados.

El código no distingue entre la preterición voluntaria o involuntaria porque el testador desconocía la existencia de herederos forzosos en el momento de hacer su testamento, o porque nacieran después de que éste lo hubiese redactado.

Esta acción también la tiene el legitimario en el caso de que el difunto no deje bienes, pero haya efectuado donaciones. La acción específica que tiene el legitimario es la de reducción.

Con el objetivo de proteger la legítima, el ordenamiento establece una serie de normas que facultan al titular para accionar en caso de que aquella sea menoscabada.

La posibilidad de privar a un legitimario de su derecho solo tiene lugar en el caso de indignidad en los supuestos expresamente previstos por la ley (art. 2281).

Las acciones que protegen el instituto en análisis son:

La acción de complemento, cuando el legitimario recibe por cualquier título menos de su porción legítima, y la acción de reducción que se limita a los casos de las instituciones de herederos de cuota y de los legados que han afectado la legítima del heredero forzoso.

La doctrina ha sostenido que

...Se hacen distinciones teóricas como si se tratase de distintos tipos de acciones, la de complemento, la reducción de la institución de heredero de cuota o de legados, y la reducción de donaciones, cuando en rigor de verdad, es la misma acción de reducción que procede en todos estos casos, siendo la acción de complemento un aspecto de la acción de reducción: se reducen las donaciones o disposiciones testamentarias en la medida necesaria para cubrir la legítima afectada. Tal es la doctrina autoral y jurisprudencial predominante, sencilla y lógica...¹¹

El objetivo de la acción de reducción es proteger la legítima yendo contra las disposiciones testamentarias y, en caso de que sea necesario, las donaciones otorgadas por el causante en exceso de su porción disponible, para integrar la cuota del legitimario accionante y salvar la legítima. Se busca reducir las liberalidades que lesionan la porción legítima en beneficio del accionante. Cuando hablamos de reducción nos referimos a resolución, rescisión ineficacia. (Benites et al., 2015).

¹¹ Código Civil y Comercial de la Nación comentado (código). (2015) 1ra ed. Rubinzal-Culzoni

También, en caso de que esto no sea suficiente, nuestro ordenamiento le da la posibilidad al heredero legítimo de pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante.

El orden en que debe hacerse la reducción está establecido en el último párrafo del artículo 2453, que dispone que no se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuere necesario, las disposiciones testamentarias. El mismo artículo establece que si la reducción de las disposiciones testamentarias no alcanza para proteger la porción legítima, el heredero legítimo puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata. Si la reducción es total, la donación queda resuelta, si es parcial, por afectar sólo en parte la legítima, y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legítimo y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

En todo caso, el donatario puede impedir la resolución entregando al legítimo la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima. El donatario es deudor desde la notificación de la demanda, de los frutos o, en caso de formular la opción prevista en el párrafo anterior, de intereses.

En el supuesto de que el bien donado perezca por culpa del donatario, éste debe su valor. Si perece sin su culpa, el valor de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si perece parcialmente por su culpa, debe la diferencia de valor; y si perece parcialmente sin su culpa, se computa el valor subsistente.

El fundamento de proceder primero a la reducción de los legados, y luego si no fuera suficiente, a las donaciones, gira en torno a que en el supuesto de los legados, éstos no han salido del patrimonio del causante, en cambio las donaciones ya se encuentran integrando el patrimonio del donatario.

Por su parte, el donatario puede impedir la resolución entregando al legítimo la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima. Si alguno de los donatarios fuera insolvente y no pudiera ejercer la acción reipersecutoria, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior. Cabe mencionar un fallo relevante que se relaciona con este tema, el

de la Cámara Nacional Civil. , Norma M. M. v. Dicmar S.A. y otro. 10/08/2001.¹²
En este fallo 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

Acción reipersecutoria: es la que extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

La ley le da acción al heredero para proteger su porción forzosa, pudiendo perseguir el objeto de su derecho, aunqué este en el dominio de terceros. Esta acción solo podrá ejercerla si no han transcurrido diez años desde la entrega de la posesión de la cosa que afectó su porción hasta la muerte del causante, sino carece de defensa.

Prescripción adquisitiva: La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Advertimos que con el afán de proteger la legítima, se está dando una acción al legitimario que atenta contra la seguridad jurídica y el tráfico comercial.

Obsérvese que quien compró una propiedad cuyo título antecedente es una donación, está sujeto a un posible reclamo por parte de quien fuera perjudicado en su legítima.

La consecuencia directa de esto es que se desalentaran las adquisiciones de bienes cuyo antecedente sea una donación.

Salvo que se haya operado la prescripción adquisitiva, hay que tener en cuenta que para que opere el beneficio de dicho artículo, la donación debió ser efectuada pura y simple, con entrega de la posesión.

Con lo cual si el donante se hubiera reservado el usufructo (muy común en el tráfico actual), el beneficio del mencionado artículo no operaría, pues el donatario no detenta la posesión.

Por último, el legislador hace referencia al caso de que el causante transmitiera a alguno de los legitimarios por acto entre vivos a título oneroso la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la

¹² 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.

contraprestación de una renta vitalicia. En dicho supuesto se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario.

Queda claro, luego de este análisis, que el derecho de los herederos legitimarios está garantizado en nuestro ordenamiento jurídico por la intangibilidad de su porción que se traduce en una serie de normas, algunas de las cuales facultan al titular para accionar en caso de que aquella sea menoscabada.¹³ (Córdoba, 2014).

En lo relativo a la constitución de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia: nuestro artículo 2460 dispone “Si la disposición gratuita entre vivos o el legado son de usufructo, uso, habitación, o renta vitalicia, el legitimario o, en su caso, todos los legitimarios de común acuerdo, pueden optar entre cumplirlo o entregar al beneficiario la porción disponible”. Esta nueva norma incluyó los legados y las disposiciones gratuitas entre vivos (donaciones) y además del usufructo y la renta vitalicia incorporó el uso y la habitación. Al igual que la norma anterior, no se fija el plazo para hacer uso de la opción, con lo cual se aplica la misma solución: el legitimario conservará la opción hasta que el beneficiario de la disposición lo intime para que la ejerza o reclame judicialmente el cumplimiento del legado.

Finalmente el artículo 2461 establece que el causante, por acto entre vivos a título oneroso transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. De igual modo que lo hizo Vélez la norma establece que la presunción de gratuidad y la intención de mejorar al adquirente no admiten prueba en contrario.

El mismo artículo expresa que se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado y que el valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. De este modo la eventual existencia de la onerosidad queda también salvada.

Por último, el mencionado artículo, indica que dicha imputación y colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas, esta disposición mantiene el reconocimiento de la onerosidad.

¹³ Código Civil y Comercial Comentado (código). (2014) 1ra ed. Rubinzal- Culzoni

En lo fundamentado, concluimos que el actual Código Civil y Comercial de la Nación sigue los lineamientos del anterior Código y de la legislación comparada, manteniendo la protección de la familia a través de la Institución de la legítima. Además mantiene el principio de inviolabilidad ya que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; y de irrenunciabilidad ya que no se puede renunciar a la herencia futura. En cambio a diferencia del anterior, no la define a la institución sino que simplemente determina quienes son los herederos forzosos, a quienes los llama: legitimarios. Además eliminó a la nuera viuda sin hijos. Respecto de las porciones de la legítima es de dos tercios (2/3) para los descendientes a diferencia del anterior que era de tres cuartos (3/4). También agrega la mejora a favor del heredero con discapacidad.

3.3 Conclusión

La legítima hereditaria es un instituto legal que forma parte del derecho sucesorio, por el que se limita la libertad de disponer y a través del cual se establece que una porción de la herencia la ley se la ha reservado a determinados herederos, Tanto en el Código de Vélez, como en los antecedentes, (salvo en las XII tablas del derecho Romano) la voluntad del causante se vio restringida por imposición legal.

Luego de analizar las normas que regulan el instituto en estudio, vemos que tanto en el código Civil, como en el Código Civil y Comercial la legítima prevalece ante la autonomía de la voluntad; es decir el legislador restringió en ambos ordenamientos, la voluntad del testador de decidir libremente a quien desea dejar sus bienes y le impone porcentajes posibles; en ambos se habla de “porción disponible” y de “legitimarios”, si bien en el primero más restringido que en el actual.

En ambos casos, consideramos que esta protección ha atentado contra la seguridad jurídica y el tráfico comercial, al poner en duda algunos títulos antecedentes al momento de realizar una operación de venta.

Y esta situación, lejos de suavizarse con el nuevo Código, se ha agravado con la incorporación de la facultad para accionar contra el tercer adquirente oneroso de buena fe. Es decir que quien compró desconociendo la existencia de un heredero forzoso omitido, puede ver atacada su propiedad por aquel heredero omitido.

En el orden de preferencias, el legislador ha optado privilegiar al heredero omitido antes que al comprador oneroso de buena fe.

Creemos que la reforma del nuevo Código Civil y Comercial quedó a mitad de camino con el instituto de la legítima.

Toda la reforma del nuevo Código esta empapada de principios de la autonomía de la voluntad, a la cual se le ha dado una primacía importante, en detrimento de normas de orden publico que existían en el antiguo Código.

Muchas de esas normas de orden público habían sido declaradas inconstitucionales precisamente por ir en contra de la autonomía de la voluntad, con la sanción del nuevo Código se ha corregido en gran medida esta circunstancia.

Pero al haber mantenido la legítima y sus institutos protectorios, se ha dejado pasar una gran oportunidad de haber dejado sin efecto la misma y dar lugar a que en materia sucesoria también reine el principio máximo (al menos en los tiempos que corren) de que prevalezca a la voluntad de las partes.

CAPITULO IV: LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Nuestro ordenamiento jurídico regula los negocios jurídicos de atribución patrimonial entre personas vivas así como también los llevados a cabo mortis causa, es decir aquéllos negocios que tienen por objeto darle un destino a las relaciones patrimoniales de una persona después de su fallecimiento. Entre ellos, el negocio jurídico mortis causa por excelencia es el testamento, regulado por los artículos 2462 del Código Civil y Comercial de la Nación. Este artículo enuncia que:

“Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”. Es un negocio jurídico unilateral, personalísimo donde, al menos en teoría, la voluntad del causante, sería su elemento principal que, según Lacruz (2004) “es eficaz por sí sola para dar vida al testamento, sin la concurrencia de ninguna otra”. De hecho, el objetivo es garantizar la más absoluta e independiente libertad del testador a la hora de llevar a cabo sus disposiciones de última voluntad, la cual se ve reforzada por el hecho de que éste podrá revocarlas en cualquier momento. Como dice el artículo 2465 del Código antes mencionado:

“Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, y bastarse a sí mismas. La facultad de testar es indelegable. Las disposiciones testamentarias no pueden dejarse al arbitrio de un tercero”

En principio podríamos expresar que se trata de un acto jurídico en el que la autonomía de la voluntad de los particulares alcanza su nivel más alto.

Sin embargo, el testamento presenta distintas limitaciones o restricciones a la libre voluntad de los particulares. En primer lugar, la autonomía del testador se ve afectada por el necesario respeto de las estrictas formalidades (intervención de notario, presencia de testigos, etc.) impuestas por el Código Civil y Comercial, ya que la violación de alguna de éstas conlleva, en principio, una sola y extrema sanción: la nulidad absoluta. En segundo lugar, el Código Civil y Comercial impone al causante una segunda e importante restricción, que recae nada más y nada menos que sobre la capacidad de disponer con toda libertad sobre sus propios bienes, y con esto nos referimos al instituto estudiado en este trabajo de la legítima.

Si bien parecía que la regla en materia de sucesiones era que el causante podía distribuir con total libertad su patrimonio entre las personas que él quería y del modo

que quería, la realidad demuestra lo contrario: el testador tiene que reconocer los derechos que el Código Civil y Comercial atribuye a ciertos parientes, llamados legitimarios o herederos forzosos.¹⁴

Concluimos que nuestro ordenamiento jurídico, en materia patrimonial, respeta una amplia libertad para los propietarios, quienes pueden enajenar sus bienes sin límites, excepto en los casos en los que dicha libertad pueda perjudicar a terceros interesados. En cambio, en materia testamentaria, limita la libertad de disposición del testador.

¿Cuáles son los fundamentos de esta diferencia en el régimen legal? ¿Son dichos fundamentos consistentes con ciertos principios constitucionales como el de la autonomía personal?

En este capítulo, intentaremos responder a esos interrogantes. Para lo cual, haremos un análisis del principio de la autonomía de la voluntad y cómo se ve restringido con el instituto de la legítima hereditaria.

4.1 Distintos enfoque de la Autonomía de la Voluntad

4.1.1 Noción

En términos generales, la noción de autonomía personal se refiere a la posibilidad de que una persona elija sin interferencias externas, las normas, reglas, puntos de vista o estándares a través de los cuales establecerá sus gustos, opiniones, preferencias o ideas¹⁵. Ello le permitirá guiar su conducta, respecto a su propia persona y también en lo relativo a sus relaciones con los demás.

La autonomía de la voluntad privada es uno de los principios básicos más importante del derecho civil y principalmente del derecho contractual. La palabra autonomía proviene de la unión de dos términos griegos. Por un lado, se encuentra el término nomos, que quiere decir “ley”, y por el otro el vocablo autos, que para la Real Academia Española significa “propio o por uno mismo”. El resultado de ambos es “ley propia o dada por uno mismo”. La palabra voluntad es definida por la Real Academia como “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”. Pero voluntad también es “libre albedrío o libre determinación” y “elección de algo sin precepto o

¹⁴ Gobbi, Florencia, Triay Aixa. (2015). El Principio de la Autonomía de la Voluntad en las Contrataciones. (Trabajo de Investigación, Universidad Nacional de Cuyo). Recuperado de http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/7541/gobbi-f.triay-a..pdf

¹⁵ NINO, Carlos Santiago, "Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación", pp. 199/236, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005.

impulso externo que a ello obligue”. Por lo tanto, combinando estas definiciones se obtiene que la voluntad es la capacidad de decidir y ordenar la propia conducta sin ser obligado a ello por algún impulso externo. El tercer término es el adjetivo privado, éste se refiere a lo “particular y propio de cada persona” y específicamente a “lo privado por oposición a lo público”. Se trata de uno de los elementos en torno al cual gira el conjunto del Derecho Civil. Arribamos a la conclusión de que la autonomía de la voluntad privada es la facultad que tienen los particulares para regir y ordenar su propia conducta mediante sus normas sin depender de nadie ni ser obligado a ello por algún impulso externo. Según Rivera (1998) a partir del principio de autonomía de la voluntad los sujetos de las relaciones jurídicas pueden configurarlas en un ámbito de libertad; de modo que la persona decide libremente si establece o no relaciones jurídicas, con quien y con qué contenido.¹⁶

La autonomía de la voluntad es un concepto procedente de la filosofía kantiana y se refiere a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. El individuo, según este principio, podrá realizar todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido o que atente contra el orden público, las buenas costumbres y los derechos de terceros.¹⁷

Emmanuel Kant (1994), sostuvo que la autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir qué queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital.¹⁸

Para que esa autonomía sea efectiva, necesitamos opciones reales que muchas veces no tenemos sin la ayuda del Estado.

El concepto en estudio constituye, actualmente, un principio básico en el Derecho Privado, que parte de la necesidad de que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad. Son los propios individuos los que dictan sus propias normas, para regular sus relaciones privadas.

La autonomía se identifica con la libertad. La Corte interamericana de derechos Humanos ha dicho que: El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser

¹⁶ Gobbi, Florencia, Triay Aixa. (2015). El Principio de la Autonomía de la Voluntad en las Contrataciones. (Trabajo de Investigación, Universidad Nacional de Cuyo). Recuperado de http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/7541/gobbi-f.triay-a..pdf.

¹⁷ Wikipedia® (2011) Autonomía de la Voluntad. Recuperado de https://es.wikipedia.org/wiki/Autonomía_de_la_voluntad.

¹⁸ Kant, E. 1994. Filosofía de la historia. FCE. México.

humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.¹⁹

Se distinguen diversos criterios sobre este principio: Platón considera que las elecciones concretas de los hombres son responsabilidad de cada uno, es decir, dependen de la propia voluntad.²⁰

Aristóteles distingue entre actos involuntarios (realizados por ignorancia o bajo una fuerza externa que nos mueve sin que lo queramos) y voluntarios (escogidos con conocimiento de causa y sin constricción exterior).²¹ Otros autores, consideran que la voluntad es la realidad última subyacente al mundo de la percepción sensible y tienen una especial atención sobre la “voluntad de poder”.²²

Santo Tomás de Aquino, es el que defiende éste último criterio, pues el fin es el que determina al agente, el que lo mueve y el que lo inspira. Sin dicho fin, es decir si la actividad del agente no estuviera encaminada por el propósito de obtener algún efecto, no obraría. Es por ello que el hombre obra movido por la razón, y la razón se determina en todos los casos, por un fin; de este juego de lo conocido y lo determinado es la voluntad, en el orden de lo psicológico, la que impulsa hacia el fin del acto; la inclinación se concreta en la voluntad. (De Aquino, Santo Tomás, 1996).

Por su parte, (Aguilar, 1951) muestra las distintas etapas psicológicas a través de las cuales la voluntad nace y se manifiesta; cuando todas estas fases se cumplen se puede decir que se está ante un acto voluntario que procede de la libertad de quien lo realiza. Pero esta voluntad no es jurídica, sino solo psicológica. (Estas etapas son: la concepción, la representación, la deliberación, la decisión y la ejecución.

De acuerdo con Kant 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.

¹⁹ Corte iDH, “Artavia murillo vs. Costa rica”, 28/11/2012. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235

²⁰ Wikipedia (2015). Platón. Recuperado de <http://es.wikipedia.org/wiki/Platón>

²¹ Wikipedia (2017). Aristóteles. Recuperado de <http://es.wikipedia.org/wiki/Aristoteles>.

²² Schopenhauer, Arthur. La Voluntad/ Friedrich Nietzsche. Recuperado de: <http://es.wikipedia.org/wiki/ArthurSchopenhauer/FriedrichNietzsche>.

Rawls, manifiesta que una democracia se enlaza 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 enlaza 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 interfirieran en esa libre elección.

Analizando cada una de estas definiciones, dadas por grandes autores, consideramos en un sentido amplio que, la voluntad es la capacidad que tienen los individuos de hacer o no, cosas de forma intencionada. Es la facultad que permite al ser humano gobernar sus actos, decidir con libertad y elegir un tipo de conducta determinada, con ayuda de la conciencia. Implica la libre expresión del querer del sujeto.²³

4.1.2 Autonomía de la Voluntad en el derecho sucesorio

La Autonomía de la Voluntad en el Derecho Sucesorio es uno de los grandes temas sobre los cuales los doctrinarios han debatido innumerables veces y específicamente el que nos interesa en el presente capítulo. Tal es así que ha sido uno de los ejes de la Reforma al Código Civil. Uno de los fundamentos se basa en los grandes cambios que se han producido en la familia, denominada tradicional, que de acuerdo a nuestro derecho es la primera llamada a suceder. Esto genera, que nuestra legislación le dé pocas posibilidades al causante de disponer de su patrimonio posteriormente a su muerte.

La autonomía privada es un poder normativo, que no se puede contraponer a la ley; la primera limita necesariamente a la segunda. No se puede pensar en la existencia de una voluntad absoluta en el hombre para crear relaciones jurídicas; tampoco se puede prescindir de ella, ya que sería quitar al hombre del derecho. La voluntad, dice Ferri, (1969) consiste en un poder que el ordenamiento jurídico confiere al individuo para que decida o no las relaciones jurídicas en las que desee ser

²³ "La autonomía de la voluntad en sede sucesoria. Su respaldo constitucional", en Contribuciones a las Ciencias Sociales, Junio 2012, recuperado de www.eumed.net/rev/cccss/20/

parte. Pero, la voluntad, por sí sola, no crea derecho, debe estar subordinada a la ley. El autor manifiesta que la norma general habilita a los individuos para crear derecho objetivo, y por ello son éstos quienes crean derecho objetivo, en cuanto habilitados por la norma general, y el derecho así creado es expresión de su querer.²⁴

4.1.3 Derecho constitucional a testar

El principio en estudio, está regulado en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, 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 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.)

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”²⁵

El testamento es un acto mediante el cual se manifiesta la voluntad del testador y cuyo objetivo es la ejecución de efectos jurídicos para después de la muerte del causante.²⁶ Desde otro punto de vista podemos decir que configura una expresión de la potestad y la libertad del testador, que se produce en vida y que produce efectos después de la muerte. Sin dejar de lado la importancia religiosa y social que tuvo el

²⁴ Ferri, Luigi (1969) La Autonomía Privada. Revista de Derecho Privado. Madrid.

²⁵ CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios”, Fallos 306:1892

²⁶ Pérez Lasala, José Luis, Derecho de Sucesiones, T. II, Bs. As., Ed. Depalma, 1981, p. 216 y ss. Recuperado de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CF140081F1.PDF

testamento en sus orígenes, sostenemos que en la actualidad, es un acto jurídico que generalmente tiene disposiciones de contenido patrimonial, aunque puede contener otras que no lo sean.

La Constitución Nacional realiza un reconocimiento manifiesto al derecho a testar. Si bien éste se encuentra nominalmente expresado en el artículo de los “derechos de los extranjeros” (art. 20 CN), sus efectos se extienden a todos los habitantes de la nación. Este reconocimiento realizado por nuestra Carta Magna obliga al Estado a garantizar a todos los individuos la facultad de decidir el destino de sus circunstancias personales para después de su muerte, a través de disposiciones testamentarias, (con contenido económico o sin él) y buscan tener un impacto jurídico una vez producida la muerte del testador. En consecuencia, ejercer el derecho a testar, desde el plano constitucional, implica que el individuo al formular su testamento, está llevando a cabo significativos actos y buscando obtener efectos jurídicos que reflejen su proyecto de vida, manifestando su libertad y su autonomía personal constitucionalmente resguardada.

Otorgar un testamento implica realizar un acto que se conecta con el desarrollo del proyecto de vida que cada persona ha planificado desde la base de la autonomía personal. La protección constitucional, configura un marco de actuación personal, libre de interferencias e intervenciones (del Estado o de otros individuos) en el cual, día a día se materializa un proceso dinámico y cambiante que se apoya en modelos propios de desarrollo y cuyas decisiones son reflejo del ejercicio de la libertad personal.²⁷

La disposición testamentaria de contenido económico es una de las formas del ejercicio del derecho constitucional de propiedad, por lo que el testamento se traduce en la potestad que debe gozar todo habitante de escoger el destino de los bienes que cosechó a lo largo de su vida, sin que tal facultad pueda ser coartada por arbitrarias limitaciones reglamentarias. Destacamos que propiedad y libertad están vinculadas, ya que si se carece de un mínimo de propiedad, se restringe el ejercicio de la libertad personal. Las decisiones que adopta el “propietario” al usar y disponer de sus bienes,

²⁷ Bidart Campos, Germán J., "Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?", en RDF 1999-15-9, Lexis N° 0029/000285 ó 0029/000304 ó 0029/000295; Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, 3ª ed., Bs. As, LL, 2006, p. 184. Recuperado de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CF140081F1.PDF

reflejadas en sucesivos actos jurídicos, constituyen expresión y expansión de su “libertad” respecto a las opciones que le otorga la sociedad que integra.

La facultad de otorgar un testamento con cláusulas de contenido patrimonial vincula indudable e inseparablemente al derecho a testar con el derecho de propiedad, ya que cuando el testador instituye herederos, realiza legados o pretende mejorar la situación patrimonial de algunos de sus herederos forzosos, lo que está haciendo es una “disposición” de su patrimonio que deberá tener efectos para después de su muerte. Más claramente: la disposición testamentaria de contenido económico es una de las formas del ejercicio del derecho constitucional de propiedad.

La autonomía personal y el ejercicio del derecho de propiedad expresado en el testamento se limita cuando tiene lugar una intromisión legal que implica una sustancial restricción del mismo, basada en una planificación estatal que respondiendo a intereses familiares o sociales, impone una distribución forzosa del patrimonio con clara limitación de la libre disposición del mismo.

Creemos que el Código Civil y Comercial está obligado a construir su sistema sucesorio desde la base de la autonomía personal, la valoración del ejercicio de derecho de propiedad y el respeto a la esencia del derecho constitucional a testar. Por ello, no puede el Parlamento, con el pretexto de compatibilizar diferentes reivindicaciones constitucionales, llegar al extremo de optar por una alternativa sucesoria que implique la desnaturalización del derecho a testar, al restringir las facultades dispositivas del testador.

Si la Constitución Nacional, le da a los habitantes la facultad de disponer de su propiedad, y ese derecho (cuando la disposición se hace para después de la muerte de su titular) se materializa en el llamado derecho de testar, el Código Civil y Comercial, al reglamentarlo, no puede cambiarlo y convertirlo en un derecho de disposición reducido a una parte mínima del patrimonio del causante, ya que de esta forma está desconociendo la esencia, la sustancia y el contenido determinante y distintivo del derecho que reglamenta.²⁸

El principio de autonomía personal, tal como fue interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, protege un ámbito de decisiones relativo a la propia vida del individuo, en el cual sus preferencias deben ser respetadas. Solamente, en la

²⁸ Salomón, Marcelo J. 2013, Revista Derecho Privado Año II, N°6, ed Infojus. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140081-salomon_regulacion_legitima_en_codigo.htm

medida en que se pueda demostrar que una decisión, tomada en base a las preferencias del individuo, tiene suficiente virtualidad como para dañar a otras personas o a ciertos bienes públicos, podría el estado regular las conductas respectivas.

La regulación que realice el legislador variará dependiendo de la forma en que éste perciba las características de la situación concreta que vaya a legislar. En el supuesto de conductas que tiendan a externalizar costos, la regulación permitirá, en principio, la conducta en cuestión, pero impondrá un precio para que el agente asuma dichos costos. Si, en cambio, la conducta se considera incorrecta, el regulador la prohibirá e impondrá una sanción, de forma tal de desincentivar completamente la realización de la acción de que se trate²⁹.

En el caso de la legítima, la legislación vigente establece un derecho a favor de los herederos que limita la voluntad de testador, pues restringe su capacidad para determinar que sus parientes biológicos no sean sucesores y limita su capacidad para colocar a otros sujetos en esa situación jurídica. De ese modo, la actual regulación en materia sucesoria priva de todo efecto jurídico los actos de disposición de última voluntad que transgredan tales límites. Por lo tanto, no respetar la legítima es una conducta prohibida por la legislación y las normas que la regulan son de orden público.

4.2 Conclusión

Como pudimos apreciar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, protege las decisiones relativas a la propia vida del individuo y entiende que sus preferencias deben ser respetadas, salvo que se pueda demostrar que una decisión suya pueda dañar a otras personas o a ciertos bienes públicos.

El Legislador consideró, cuando legisló sobre la legítima que la mayor parte del patrimonio del causante se debe mantener dentro de su familia biológica. La finalidad que el legislador buscó al instituir la legítima fue, entonces, la de darle protección a los herederos forzosos, con lo cual está privilegiando un determinado modelo de familia. Esto impide que las personas que hayan decidido, en ejercicio de su autonomía personal, formar una familia estructurada en torno a un modelo alternativo no puedan disponer de su patrimonio como acto de última voluntad, de

²⁹ COOTER, Robert, "Prices and Sanctions", 84 Columbia Law Review 1523 (1984).

una forma que respete la vida que eligieron. Por lo tanto, vemos que la legítima condiciona la libertad patrimonial y pone en juego la autonomía personal. La preferencia del legislador por un determinado modelo de familia se constituye, entonces, como un obstáculo para el desarrollo de modelos de familia alternativos. Salvo algún supuesto excepcional, como puede ser el de la protección de los hijos menores, la legislación vigente en la materia parece ser incompatible con el principio de la autonomía personal consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Nos preguntamos entonces ¿Puede una ley violar derechos constitucionales?, ¿Es compatible la legítima con el principio de la autonomía de la voluntad?, ¿Por qué el legislador privilegia un tipo de familia que en la actualidad ha ido cambiando?

CAPITULO V: DERECHO COMPARADO

A lo largo de este capítulo haremos una breve descripción del funcionamiento del sistema sucesorio en otros países, nos enfocaremos específicamente en la aplicación del instituto de la legítima, especificando qué países lo aplican y cuáles no.

5.1 Sistema sucesorio en algunos países

5.1.1 Brasil

El derecho brasilero la mitad de los bienes de la herencia (legítima) pertenece a los herederos necesarios (art. 1.846 CC Br). Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge son herederos necesarios (art. 1.845 CC Br).

Habiendo herederos necesarios, el testador solamente puede disponer de la mitad de la herencia (art. 1.789 CC Br).

La legítima se calcula sobre el valor de los bienes existentes en el momento de la apertura de la sucesión, deducidas las deudas y los gastos de funeral, añadiéndose el valor de los bienes sujetos a colación (art. 1.847 CC Br)³⁰

5.1.2 México

El testador posee absoluta libertad para decidir la forma en que se van a transmitir sus bienes después de su muerte, sólo en los casos en los que no exista una manifestación expresa de la voluntad del testador tendrá lugar la sucesión intestada.

Sólo existe una excepción a este principio, que es la obligación de dejar alimentos a determinadas personas, tal como lo prescribe el art. 1368 del Código Civil Mexicano: “el testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes...”.

De acuerdo al art. 1602 del mencionado código, 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.³¹

5.1.3 Ecuador

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.

³⁰ Recuperado de: <http://grupohereda.com/herencias-en-brasil/>

³¹ Recuperado de: <http://macucalabella.blogspot.com.ar/p/principios-fundamentales-del-derecho.html>

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.³²

5.1.4 Venezuela

En Venezuela rige el instituto de la legítima hereditaria. El Artículo 883 del Código Civil venezolano dispone que la legítima es una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes, con arreglo a los artículos siguientes.

El testador no puede someter la legítima a ninguna carga ni condición (cualquier condición o límite que se establezca para la legítima es nula, esto se debe a que la legítima es un derecho de propiedad que se tiene asignado por la ley).³³

5.1.5 Perú

Los legitimarios o mal llamados “herederos forzosos” se encuentran regulados en el artículo 724 del Código Civil Peruano, que consagra herederos forzosos a los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y al cónyuge.

La norma se limita a indicar quiénes son los familiares que llama “herederos forzosos”, pero que con más propiedad deberían denominarse simplemente “legitimarios”; ello porque, no siempre reciben su legítima a título de herederos, es decir, no siempre acceden a las posiciones jurídicas de sucesores universales por designación testada o intestada por declaración judicial, pues pueden obtener su cuota legitimaria por título diferente al de heredero.³⁴

5.1.6 Italia

La legislación italiana sobre herencias se remonta a la tradición del Derecho romano. Se basa en el principio de que los miembros de la familia cercana del fallecido merecen una protección especial, limitando parcialmente el derecho del testador a disponer de sus propios bienes en su totalidad según lo desee

³² Recuperado de: <http://www.monografias.com/trabajos83/requisitos-sucesion-causa-muerte/requisitos-sucesion-causa-muerte.shtml>

³³ Recuperado de: <http://www.monografias.com/trabajos23/derecho-sucesoral/derecho-sucesoral.shtml>

³⁴ Recuperado de: <http://www.monografias.com/trabajos93/sucesiones-peru/sucesiones-peru.shtml>

El otorgamiento de un testamento italiano minimiza el riesgo de conflicto entre los herederos tras el fallecimiento del testador. También garantiza que las autoridades italianas comprendan de manera clara y directa el marco legal. Tras el fallecimiento de un testador con un testamento italiano, las autoridades italianas competentes registran y publican el testamento. Uno de los principios de la sucesión legal italiana es la protección de la familia. Por ello, no se puede excluir a determinados herederos de la sucesión, y estos herederos se conocen como herederos forzosos, incluso en el caso de la sucesión testamentaria. Una parte de los bienes del fallecido (parte reservada) debe asignarse necesariamente a los herederos forzosos. El Código civil italiano determina exactamente la parte de la herencia disponible para el testador, es decir, la parte de la cual puede disponer sin limitación alguna.

Los herederos forzosos, que son los siguientes:

- a) hijos legítimos, naturales y adoptados
- b) pareja casada
- c) ascendientes legítimos (únicamente en ausencia de hijos)

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, la mitad de la herencia le corresponde al cónyuge y un cuarto a los ascendientes, el otro cuarto es de libre disposición.³⁵

5.1.7 Irlanda

³⁵ Recuperado de:
http://www.italianinheritance.it/wpcontent/uploads/2015/06/Italian_Inheritance_Guide_ES.pdf

Según la ley irlandesa, aunque el testador no haya dispuesto nada en favor de su cónyuge e hijos, a éstos les corresponde determinados derechos.

El cónyuge tiene por ley los siguientes derechos: Si el testador deja cónyuge viudo y no tiene hijos, el cónyuge tiene derecho a la mitad de la herencia. Si el testador deja cónyuge e hijos, el cónyuge tiene derecho a un tercio de la herencia.

Cuando, a solicitud de los hijos de un testador o de otra persona en su nombre, el tribunal decida que el testador ha incumplido el deber moral de proveer para sus hijos en proporción a sus medios, ni en testamento ni de otra forma, el tribunal puede ordenar los pagos de la herencia, a los hijos, que considere oportunos.³⁶

5.1.8 Francia

El Derecho francés consagra el derecho a legítima únicamente de los descendientes (hijos, nietos, etc., por orden estricto) y del cónyuge del difunto a falta de descendientes. Ni los ascendientes ni los colaterales tienen derecho a legítima.

La legítima, que limita la libertad de testar, no puede exceder de las tres cuartas partes de la herencia. La legítima es irrenunciable (salvo que se renuncie a la herencia). En cambio, los legitimarios pueden renunciar de forma anticipada a interponer una acción de reducción por liberalidades excesivas.

Los legitimarios tienen derecho a hacer valer la legítima (artículo 721 del Código civil, artículo 912 del Código civil).

Legítima de los hijos: si solo hay un hijo, será igual a la mitad del caudal hereditario. Si hay dos hijos, será de dos terceras partes, y si hay tres hijos o más, de tres cuartas partes (artículo 913 del Código civil).

Legítima del cónyuge supérstite: será igual a una cuarta parte del caudal hereditario (artículo 914-1 del Código civil). Solo existe a falta de descendientes y ascendientes y para las sucesiones abiertas a partir del 1 de julio de 2002.³⁷

5.1.9 Bélgica

³⁶ Recuperado de: <https://consultasdeherencias.wordpress.com/herencias-internacionales/herencia-en-irlanda/>

³⁷ “Portal europeo de justicia”. Recuperado de: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-fr-maximizeMS_EJN-es.do?member=1#toc_3

En este derecho al igual que en los anteriores opera el instituto de la legítima que 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 supérstite, los ascendientes tienen derecho a una cuarta parte del acervo hereditario. El cónyuge recibe el usufructo de la mitad de los bienes que componen la herencia.³⁸

5.1.10 Portugal

En Portugal se admite la legítima, el art.2157 de su Código Civil expresa que los herederos forzosos son el cónyuge, los descendientes y los ascendientes. El mencionado ordenamiento jurídico manifiesta que 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.

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 otro lado, si concurren ascendientes con el cónyuge, le corresponde las dos terceras partes de la herencia y por último 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.³⁹

5.1.11 Derecho alemán

En el derecho alemán existe la posibilidad de desheredar a los familiares más cercanos por medio de un testamento. No obstante, desde siempre se ha considerado injusto que, en caso de sucesión, el cónyuge supérstite, los hijos y sus descendientes o los progenitores del fallecido no reciban nada si, de no haberse otorgado la disposición testamentaria, estos resultasen los herederos legítimos. Al existir una responsabilidad mutua oficialmente reconocida y legalmente establecida, lo mismo se aplica en el caso del miembro supérstite de una pareja de personas del mismo sexo

³⁸ “Portal europeo de justicia. Recuperado de: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-be-es.do

³⁹ “Portal europeo de justicia. Recuperado de: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-pt-es.do

registrada como pareja de hecho. Por este motivo, el legislador garantiza a este círculo limitado de personas allegadas la legítima. Los titulares de la legítima están facultados para exigir por parte de los herederos un pago que asciende a la mitad del valor de la parte de la herencia legal.

El testador o testadora tampoco puede frustrar el derecho de legítima designando de antemano en su testamento a los titulares de la legítima, pero sí que puede consignarles menos de la mitad de la parte de la herencia legal que les correspondería. En este caso el titular de la legítima está facultado para recibir una legítima adicional hasta alcanzar la mitad del valor de la parte de la herencia legal.

Los herederos pueden exigir una moratoria de la pretensión de legítima si consideran que el cobro inmediato les afecta negativamente.⁴⁰

5.1.12 España

En el derecho sucesorio español a los hijos y demás descendientes, les corresponde un tercio, que recibe el nombre de legítima corta, y que se distribuye a partes iguales entre ellos. Ese tercio se hereda en plenipropiedad, es decir, la nuda propiedad y el usufructo a la vez. Pero, también tienen derecho a otro tercio, el de mejora o legítima larga, que se destina a los hijos y nietos. No tiene por que ser a partes iguales, puede que exista algún descendiente “favorito”.

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

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

En España coexisten, junto al Derecho Común, los derechos forales que se aplican en territorios como son Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, parte de Vizcaya y Álava. En estos territorios, rigen otras particularidades, como sucede en Cataluña, por ejemplo, donde la legítima consiste en la cuarta parte del valor de la

⁴⁰“Portal europeo de justicia”. Recuperado de: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-fr-maximizeMS_EJN-es.do?member=1#toc_3

herencia y, a diferencia del Derecho Común, el cónyuge superviviente no tiene derechos legitimarios, ni tampoco los abuelos a falta de los padres. El cónyuge sólo tiene derecho a la cuarta viudal, es decir a la cuarta parte de la herencia del fallecido y las renta y salarios que perciba y al beneficio del “año de luto”, que le da el derecho al usufructo de toda la herencia durante ese período.

Es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos. (Artículo 806 del código civil español)⁴¹

5.1.13 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 Estados Unidos el principio rector es la plena libertad del testador al momento de redactar su testamento. No existen limitaciones, salvo el respeto a los derechos del cónyuge que varían según las leyes de cada Estado.

En EEUU no existe el sistema de legítimas, pero existen distintos instrumentos para poder salvaguardar la posición de hijos y cónyuges, aun cuando el testador no ha determinado disposición alguna respecto de aquellos.

Es también relevante el hecho de que cada Estado regula su derecho sucesorio de manera independiente por lo que habría que atender a la Ley estipulada por cada uno de ellos, dependiendo del caso del que se trate, si bien ha habido un intento de unificación codificadora en esta materia a través de El Código Testamentario Unificado, que ha sido firmado por diversos estados entre ellos: : Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Hawái, Idaho, Maine, Michigan, Minnesota, Montana, Nebraska, Nuevo México, Dakota del Norte, Carolina del Sur, Dakota y Utah.

Podemos mencionar aquellas comunes a todos. En el Testamento o 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

⁴¹ “Portal europeo de justicia. Recuperado de: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-pt-es.do

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 alimentos (sólo los menores) y hasta su mayoría de edad.⁴²

5.1.14 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.

Canadá es un estado federal compuesto por diez (10) provincias, que tienen jurisdicción exclusiva para legislar sobre asuntos de derecho privado dentro de su territorio. Todo Canadá está regulado por el sistema legal Common Law de origen Inglés, con la única excepción de la provincia de Québec, heredera del derecho civil francés e inspirada en el Código de Napoleón.

Una importante adquisición del derecho inglés es la libertad de testar, al principio esta libertad fue absoluta. En 1994, el Código Civil de Baja Canadá fue reemplazado por el Código Civil de Québec (C.C.Q). Esta reforma derivó en la aparición de unas pocas, aún así no poco importantes, derogaciones a la libertad absoluta de testar. Efectivamente, una persona aún puede disponer de sus posesiones como desee, aunque actualmente sujeta a determinadas limitaciones relacionadas con los parientes cercanos. En la actualidad la ley dispone una protección para el cónyuge superviviente así como para los hijos, a través de la institución del patrimonio familiar y a través de la subsistencia de la obligación alimentaria. A pesar de estas pocas restricciones creadas en los últimos años, la libertad de testar continúa siendo un principio esencial del derecho sucesorio de Québec. No obstante, en ausencia de un testamento, la partición de la sucesión está determinada por ley.

A pesar de que a primera vista la libertad de testar parece ser absoluta en Québec, se impusieron algunas restricciones a través de los años a los efectos de proteger el patrimonio de la familia y asegurar el apoyo financiero de la familia en caso de muerte. A continuación se indican los tres (3) tipos de restricciones incluidos

⁴² “Principales aspectos de la sucesión en Estados Unidos”. Recuperado de : <http://investatrust.com/principales-aspectos-de-la-sucesion-en-estados-unidos/>

en el derecho civil de Québec: 1) La subsistencia de la obligación de prestar alimentos; 2) La partición del patrimonio de la familia; y 3) La prestación compensatoria. 1) Subsistencia de la obligación de prestar alimentos. En virtud de que la obligación de prestar alimentos subsiste a la muerte del proveedor, la persona a la que se le debe puede reclamarlo en la sucesión. Las siguientes personas pueden reclamar alimentos: un cónyuge, ex-cónyuge, y los progenitores en primer grado en línea directa (madre, padre e hijos del causante).⁴³

5.1.15 Inglaterra y Gales

El Derecho inglés no conoce en estos términos el instituto de la legítima. La Ley no destina una cantidad proporcional del patrimonio del causante a sus parientes cercanos ni al cónyuge, sino que simplemente se contemplan las llamadas family provisions, por medio de las cuales la autoridad judicial, discrecionalmente, dispone a favor de los dependientes del causante la provisión de bienes suficientes para sobrevivir o, según los casos, para llevar una vida de nivel parecido a la que llevaban con anterioridad al fallecimiento del causante.⁴⁴

5.2 Conclusión

Si bien en el derecho comparado existe una variedad de situaciones que regulan el derecho a la herencia, no es menos cierto, que en principio, podemos determinar que hay dos grandes posturas a saber: Por un lado los países que adhieren al derecho anglosajón de libertad de testar (México, Inglaterra, Estados Unidos); y por otro aquellos que influenciados en el derecho romano, existe la legítima o herederos legitimarios (Brasil, Ecuador Francia, Bélgica, Portugal).

En los sistemas europeos continentales, donde el sistema de legítimas es también imperativo y de cuotas fijas, se han producido modificaciones recientes, y todas ellas van dirigidas a flexibilizar el sistema de legítimas, si bien no llegan a cambiar en profundidad el sistema.

⁴³ Alain. P. Lecours. "Derecho Sucesorio en la Provincia canadiense de Québec". Crónica Jurídica. Recuperado de: <http://www.lecourshebert.com/wp-content/uploads/2014/05/Derecho-sucesorio-en-la-Provincia-canadiense-de-Quebec1.pdf>

⁴⁴ Miriam Anderson. "Una aproximación al derecho de sucesiones inglés" Universidad de Barcelona (2006). Recuperado de: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C200630124301282_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Una_aproximaci%F3n_al_derecho_de_sucesiones_ingl%E9s

En cambio, en los sistemas en los que hay una mayor libertad de testar puede identificarse una tendencia a su restricción.

En definitiva, hay dos tendencias contradictorias entre los sistemas de legítima y los que reconocen libertad total al causante: en los primeros, la tendencia a flexibilizar el rígido sistema de la legítima, y en los segundos la tendencia a restringir la libertad del causante.⁴⁵

⁴⁵ María Ángeles Parra “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”. Universidad de Zaragoza. (2009). Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/45338247_Legitimas_libertad_de_testar_y_transmision_de_un_patrimoni[accessed May 11, 2017].

CAPITULO VI: FUNDAMENTOS DE APLICACIÓN DE LA LEGÍTIMA

La institución de la legítima es fuente de muchas discusiones doctrinales, entre los autores que entienden que es preferible un sistema de amplia libertad del causante para disponer de sus bienes y los que entienden que el sistema de herencia forzosa se ajusta a criterios de justicia y equidad. La teoría que sostiene la libertad del testador defiende también la autonomía de su voluntad, por el contrario, la teoría de la legítima, la niega o la limita considerablemente.

Siempre se ha considerado que la legítima responde a una solidaridad intergeneracional, pero en la actualidad, y desde un punto de vista sociológico, se advierte un desajuste de ésta y del carácter excesivo de las cuotas fijadas en el sistema codificado, teniendo en cuenta la evolución atravesada por la familia desde la época de la Codificación.

Queda claro que la legislación, a través de éste instituto, limita la capacidad jurídica del testador. Las normas que lo regulan presuponen la existencia de razones suficientes como para ignorar las preferencias que el testador pudiera tener en cuanto a la manera de disponer de su patrimonio al momento de su deceso. Sin embargo, una cosa es presuponer que existen tales razones y otra, bien distinta, es que tales razones realmente existan o que ellas tengan suficiente peso como para justificar la intromisión gubernamental en el ámbito de las decisiones individuales.⁴⁶

6.1 Fundamentos a favor de la libertad de testar.

Salinas Quijada Francisco, en su libro “La libertad de disposición mortis causa en el Derecho foral navarro” expone algunos argumentos a favor de la libertad de testar. Razón económica; la división necesaria de la herencia lleva a una excesiva división de la propiedad y a la disgregación de la familia. Por eso al heredero forzoso al sentirse seguro en la percepción de la herencia, lo cual haría que se vuelva pasivo y poco laborioso.⁴⁷

⁴⁶ Solavagione, Josefina M. - Caminos, Pedro A. “Los problemas constitucionales de la legítima”. Publicado en: DFyP 2014 (agosto), 01/08/2014, 99.

⁴⁷ Salina Quijada, Francisco (1983). “La libertad de disposición mortis causa en el Derecho foral navarro”. Versión electrónica.

Razón familiar: La libertad de testar robustece la autoridad paterna y hace que los hijos se preocupen de merecer el afecto de sus padres,⁴⁸ favorece la cooperación y el trabajo de los hijos⁴⁹, aglutina las familias impidiendo su disgregación⁵⁰, conserva las tradiciones familiares⁵¹ y acierta con mejores posibilidades en la designación del heredero.⁵² Razón jurídica: Dice Costa (citado en Salinas Quijada 1983):

“...La libertad de testar tiene su fundamento en el ius disponendi del propietario, del que es una consecuencia; (ius disponendi) que no se circunscribe a lo actual, sino que atiende a lo futuro, fundamento y materia, también en el derecho de propiedad, y que de ningún modo más consciente serán cumplidos que por manifestación expresa de la voluntad del difunto, por ser quien mejor conoce ese conjunto de deberes que deja a su muerte pendientes de cumplimiento...” (Pág. 427)

Razón individualista: En virtud de los derechos de personalidad y libertad, porque como escribió Sánchez Román, estos derechos: que se fundan en la naturaleza racional y moral del hombre y hacen necesario el que pueda disponer por acto de última voluntad de las relaciones destinadas a sobrevivirle, no pueden ser objeto de limitaciones legales y arbitrarias, y porque esa libertad le permite cumplir con el conjunto de deberes que las relaciones de su vida han creado, que le son imputables, y que los más elementales principios de justicia reclaman que sean cumplidos”

Por otro lado, Fernández Hierro (2010) y Rothel (2008), expresan que la libertad de testar favorece la autonomía de la voluntad. Consideran 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.

Anne Rothel dice que la libertad de testar es, como la autonomía privada, una expresión del reconocimiento del individuo por el ordenamiento jurídico como persona y que sirve a la autodeterminación del individuo en la vida del Derecho.⁵³

Alonso Martínez⁵⁴ argumenta a favor de la libertad de testar, lo siguiente:

⁴⁸ Cuadra Salcedo. “Ensayos para un estudio de la libertad de testar”. Citado en Salinas Quijada, Francisco, (1983)

⁴⁹ Ballester, Martín. “La casa en el derecho aragonés, Zaragoza, 1944. Citado en Salinas Quijada, Francisco. (1983)

⁵⁰ Costa. “la libertad de testar y las legítimas, Madrid. Citado en Salinas Quijada, Francisco. (1983)

⁵¹ Durán y Bas. “Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña”

⁵² Costa. “la libertad de testar y las legítimas, Madrid. Citado en Salinas Quijada, Francisco. (1983)

⁵³ Rothel, A. (2008). El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán. Barcelona, España: Bosch.

Tiene poco sentido que la libertad y el derecho de propiedad tengan un contenido máximo en vida y que se restrinjan para después de la muerte. En cuanto a la igualdad, se indica cómo la mera observación de la realidad nos muestra que los hijos no son iguales ni naturalmente ni en cuanto a sus circunstancias, y el testador es el que mejor puede hacer una distribución equitativa y adecuada a sus circunstancias. El sistema legitimario impide la distribución equitativa del patrimonio. Desde el punto de vista de la protección a la familia robustece la autoridad paterna, garantiza el acierto en la elección del heredero y el reparto equitativo, estimula el esfuerzo y cooperación de los hijos. Con respecto del deber de alimentos se indicaba que el sistema de legítimas es ajeno a la situación de necesidad del legitimario.

Fernández Hierro, M. (2010) plantea que la sociedad actual es muy diferente a la antigua. El instituto de la familia, en los años en que se sancionó el Código Civil, era muy tradicional y conservadora, y ahora se sustenta más en los vínculos afectivos.⁵⁵

Magariños, por su parte, sostiene que hoy en día la legítima carece hoy de fundamento, y se fundamenta en que la libertad de disposición mortis causa responde con mayor aproximación a las exigencias de la equidad. Sostiene que es necesaria una modificación del sistema, en la que se recoja la libertad de disponer mortis causa, suprimiendo el privilegio de adquirir bienes por razón de parentesco forzando la voluntad de su titular, sin perjuicio de los deberes de alimentos a descendientes, ascendientes, cónyuge o conviviente que lo necesiten por razón de edad o discapacidad.⁵⁶

6.2 Fundamentos a favor de la legítima

Los argumentos tradicionales a favor de las legítimas se han apoyado tradicionalmente en razones de ética familiar. La legítima no solo encuadraría con un

⁵⁴ María Fernández Hierro “Panorama legislativo actual de la libertad de testar”. Recuperado de: <http://www.avd-zea.com/descargas/articulos/278.pdf>

⁵⁵ Fernández Hierro, M. (2010). Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletín Jado. Bilbao, España

⁵⁶ Magariños V. (2016). Artículo de Periódico. “Galicia en el Mundo”. Versión electrónica. Recuperado de <http://www.cronicasde laemigracion.com/articulo/galicia/notario-gallego-victorio-magarinos-hablo-libertad-testar-casa-galicia-madrid/20161111133730076385.html>

determinado régimen familiar de copropiedad sino que, además, sería cumplimiento de las obligaciones impuestas por la propia naturaleza de las cosas de mantener y garantizar la subsistencia de los parientes más próximos. A este tipo de argumentos se agregan otros, como la necesaria igualdad entre los hijos, que los hijos son herederos naturales de sus padres, continuadores de su personalidad, así como que la posibilidad de que el padre discrimine a los hijos puede dar lugar a abusos e injusticias y aumentar la envidia, las desavenencias familiares y los pleitos.

El carácter de orden público de la legítima se ha justificado en los principios de solidaridad familiar y en el deber moral de obrar en interés de la familia. Asimismo, también se ha afirmado que el derecho alimentario que en vida pesaba sobre el causante, se ve sustituido después de su muerte por las porciones legítimas previstas para sus parientes más próximos. Otros argumentos a su favor tienen que ver con el sentido de destacar la protección que el Estado debe brindar a la familia. El sistema de protección e intangibilidad de las legítimas ha sido definido por Vaz Ferreira como "familismo"⁵⁷ (en contraposición a los sistemas sucesorios individualistas y socialistas), afirmando que en tal paradigma "...cada familia va recibiendo y acumulando el producto de su actividad, de la actividad del grupo familiar (debiéndose entender que aquí se trata de la familia concebida verticalmente: de padres a hijos, de ascendientes a descendientes)...". Así, el autor expresa que el argumento más importante a favor de los derechos de familia "...es el fundado en el alto valor moral y social de los sentimientos familiares"⁵⁸

Por su parte, Rébora (1931) menciona como fundamento de las legítimas a la afección de familia, que hace reconocer una voluntad tácita del causante, expresando que la ley otorga una vocación hereditaria destinada a subsistir aún contra la voluntad del mismo, mientras no medien causas de indignidad o desheredación. Expone que a falta de herederos que puedan invocar tal calidad, reconoce a los que la tengan por voluntad expresa del causante, manifestada en testamento válido; y por último a falta de unos y otros, la otorga a parientes dentro de cierto grado.⁵⁹

⁵⁷ Vaz Ferreira, Eduardo: "Tratado de las sucesiones. Tomo I", pág. 15/17, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1980.

⁵⁸ Vaz Ferreira, Eduardo: ob. cit., pág. 24.

⁵⁹ RÉBORA, Juan Carlos: "La herencia — ensayo filosófico jurídico", pág. 173, Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1931

Vallet de Goytisolo⁶⁰ sostiene que la legítima es una entidad jurídica de contenido negativo, ya que si bien implica un derecho del legitimario, también conlleva ínsitamente la limitación del ius disponendi del causante. En cuanto a sus fundamentos, expresa que tal instituto responde a la necesidad de protección y defensa de ascendientes, descendientes y aún hermanos, como así también a la satisfacción de deberes naturales derivados del orden familiar y la equidad, bajo pena de inoficiosidad.

Alonso Martínez⁶¹, por su parte, argumentaba que debe tratarse a los hermanos de forma igualitaria, lo contrario genera envidias y fomenta pleitos; que favorecer a un extraño antes que a la familia es injusto, y puede dar lugar a abusos por parte del padre.

Sostiene que se evita la concentración de propiedades en una sola mano, que los padres no pueden desentenderse de su deber de alimentos hacia los hijos.

6.3 Refutación de argumentos a favor de la legítima

Luego de haber analizado algunos argumentos para justificar la institución de la legítima, vemos que son tres argumentos esenciales los que dan los autores. En primer lugar, se afirma que el estado tiene la obligación de proteger a la familia, en atención a la importancia que dicha institución tiene para la sociedad en su conjunto. En segundo lugar, se sostiene que la legítima se justifica en el principio de solidaridad familiar y, finalmente, que la obligación de satisfacer el derecho alimentario que pesaba sobre el causante en vida se ve sustituida, después de su muerte, por las porciones legítimas previstas para sus parientes más próximos.

El primer argumento a favor de la legítima sostiene que el estado tiene la obligación de proteger a la familia. Ahora bien, la dificultad que presenta este argumento es obvia: el legislador presupone que la familia es aquella formada por los parientes biológicos de una persona. Este es un modelo tradicional de familia, sin

⁶⁰ (9) VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "Apuntes de Derecho Sucesorio", pág. 42/43 y 113/114, Ed. Del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1955. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C195140134801457_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Apuntes_de_derecho_sucesorio,_II

⁶¹ María Fernández Hierro "Panorama legislativo actual de la libertad de testar". Recuperado de: <http://www.avd-zea.com/descargas/articulos/278.pdf>

embargo, está claro que existen modelos alternativos de familia. El caso más claro es el de las familias ensambladas, en las cuales una pareja convive con sus hijos biológicos y además con los que pudiera tener su pareja de otra relación anterior. En estos tipos familia, los hijos que uno de los cónyuges o convivientes tuvo con una pareja anterior pueden ser considerados también como hijos propios por el otro cónyuge o conviviente. Por lo tanto es claro que, una persona, ejerciendo su autonomía personal, puede planificar un plan de vida en el cual decide conformar una familia que no responda al modelo tradicional de la familia biológica. Si para esa persona los hijos de su pareja son tan propios como sus hijos biológicos, ¿por qué no podría disponer de la totalidad de su patrimonio para incluir, en la distribución testamentaria, sus sentimientos?

En otras palabras, la legislación vigente protege un modelo particular de familia, y deja sin protección a otros modelos alternativos. Si existiera una obligación del estado de proteger a la familia, la única forma de compatibilizar esa obligación con la protección de la autonomía personal, que incluye precisamente la posibilidad de que los individuos formulen planes de vida consistentes en la conformación de una familia que siga un modelo alternativo, es la de reconocer que es el individuo el que está en mejores condiciones, por contar con mayor información, de tomar las decisiones tendientes a proteger a su familia, cualquiera sea el modelo que ella siga.

Por lo tanto, aun si por hipótesis existiera una obligación estatal de proteger a la familia, esa obligación sería más una razón para rechazar la legítima que para aceptarla.

El segundo argumento para justificar la legítima se funda en la existencia de una obligación de solidaridad familiar. Por un lado, este fundamento presenta la misma dificultad que el anterior, ya que estaría obligándola individuo a ser solidario con sus parientes biológicos, pero limita la posibilidad de ser solidario con los integrantes de una familia conformada de acuerdo con algún modelo alternativo. Por otro lado, la obligación de solidaridad puede ser entendida de dos formas diferentes. Una primera interpretación podría considerar que existe una obligación especial de asistencia en supuestos en los cuales el pariente, por alguna razón, atravesase una situación de necesidad.

En una segunda interpretación, en cambio, se podría pensar que la obligación de solidaridad se justifica como una exigencia ética. Ahora bien, la Corte, prohíbe la

posibilidad de que el gobierno pueda obligar a una persona a adoptar conductas que se consideran intrínsecamente virtuosas, así como tampoco puede prohibir las conductas intrínsecamente viciosas. Por lo tanto, si la justificación de la legítima descansara en razones de virtud personal, ella resultaría inconstitucional.

El último argumento manifestado para justificar la legítima se funda en la circunstancia de que la obligación alimentaria que en vida pesaba sobre el causante, se ve sustituida después de su muerte por las porciones legítimas previstas para sus parientes más próximos.

Nuestro Código Civil establece, en su artículo 545 que la persona que pide alimentos a un pariente suyo debe probar que le faltan los medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sea la causa que haya generado tal estado. A su vez, el artículo 541 aclara que la prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación. Como vemos, estas disposiciones se refieren a supuestos en los cuales una persona atraviesa una situación especial de necesidad, en la cual no puede proveerse así misma de lo necesario para su subsistencia, habitación o vestuario, o para sobrellevar una enfermedad. En tales supuestos, esa persona podrá reclamarle a un pariente suyo la prestación de alimentos.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial también dispone, en su artículo 658, que los padres tienen la obligación de alimentar a sus hijos menores. El artículo 659, a su vez, aclara que dicha obligación comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. En este caso, dado que los niños menores de edad requieren de especial atención, el legislador consagró una obligación genérica que no requiere que se acredite el padecimiento de un estado de necesidad, que es lo que ocurre con los adultos.

Por lo tanto, si la justificación de la legítima fuera que los parientes biológicos tienen un derecho a recibir alimentos de parte del causante, entonces preciso distinguir dos situaciones. En primer lugar, si se tratara de hijos menores de edad,

dado que ellos siempre tienen un derecho alimentario contra sus padres, entonces el legislador puede válidamente, en protección del interés superior del menor, limitar el poder de disposición del testador. Sin embargo, en segundo lugar, si se tratara de parientes adultos, entonces solamente si éstos estuvieran en una situación de necesidad podría considerarse justificada la restricción de la capacidad jurídica del causante. Por lo tanto, si los parientes biológicos del testador son adultos y no se encuentran en una especial situación de necesidad, ¿por qué razón se debería restringir su capacidad para disponer libremente de sus bienes a través de un acto de última voluntad?

Es interesante señalar, por último, que los artículos 541 y 545 del Código Civil y Comercial provienen de la versión original del proyecto de Vélez Sarsfield, por lo que son normas anteriores al constitucionalismo social y al estado de bienestar. Es importante aclarar esto ya que tiene cierto sentido que, cuando no todavía no existía una concepción amplia sobre el rol del estado ni tampoco el concepto de la seguridad social estatal, la legislación civil tratara de inculcar cierta solidaridad entre los integrantes de una familia. Si los parientes no se hacían cargo de alguna persona enferma o que atravesara una situación económica delicada, entonces se corría el riesgo de que nadie más lo hiciera. Sin embargo, nuestra Constitución Nacional incluye varias disposiciones que se refieren al otorgamiento de los beneficios de la seguridad social y a la adopción de medidas de acción positiva tendientes a la protección de grupos especialmente desaventajados. Es el estado quien tiene la obligación de asegurar que las personas no caigan en situaciones de pobreza extrema, y para ello cuenta con herramientas de recaudación fiscal. Y todas las personas, tengan parientes o no, pagan sus impuestos y contribuyen al sistema de seguridad social.

En resumen, si la justificación de la legítima tuviera alguna relación con los deberes alimentarios, entonces sólo podría restringirse válidamente el poder de disposición del testador en aquellos supuestos en los que tuviera hijos menores o en los que, al momento de otorgar el testamento, se hubiera hecho cargo de los alimentos de algún pariente que estuviera atravesando una situación especial de necesidad. De ahí que la legislación vigente en la actualidad, resulte excesiva.

6.4 Conclusión

Luego de haber hecho un breve análisis de los distintos fundamentos que justifican o que niegan la aplicación del instituto de la legítima notamos que la opinión generalizada parece fundamentar tanto la existencia como la intangibilidad de la institución de la legítima, en razones de índole moral y de solidaridad familiar; instaurándose así un sistema en el que se presume la voluntad del causante de que sean sus parientes más próximos quienes reciban sus bienes después de su muerte; permitiéndosele disponer libremente tan sólo de una porción de su patrimonio. No se puede desconocer que en nuestra sociedad existe una idea aferrada a la sucesión de los bienes en la familia, sin embargo las consultas que llegan a los estudios jurídicos o notariales, obligan a reflexionar a cerca de la conveniencia o no de un orden público, donde solo el testador que no tiene herederos forzosos es realmente libre.

El Estado a través de sus leyes debe estar atento a las exigencias sociales, debe tener en cuenta los cambios en la conformación familiar, y adecuar sus normas a tales necesidades. Deberá encontrarse el equilibrio legislativo que permita por un lado, proteger la familia pero permitir su desarrollo en libertad. El hombre tiene derecho a decidir sus acciones, salvo que afecten derechos de otros. Flexibilizar la legítima hereditaria es una forma de reconocer en el hombre esta libertad de acción.

CONCLUSION FINAL

A lo largo de este trabajo hemos hecho un recorrido por varios aspectos de la legítima hereditaria. Comenzamos analizando a grandes rasgos el sistema sucesorio en nuestro país, vimos qué se entiende por sucesión; sus clasificaciones en singular y universal o mortis causa y por actos entre vivos, analizamos los fundamentos y la recepción de la sucesión universal e hicimos un repaso sobre los sucesores y el contenido de la sucesión. En términos generales, observamos que en nuestro país las normas sobre derecho de sucesiones conservan la esencia romanista de sus orígenes, y concluimos en que ésta es la rama del derecho que mas se asemeja a sus comienzos.

Luego hicimos un repaso de los antecedentes históricos, en el derecho romano, en el Código Civil de Vélez Sársfield ya derogado, vimos su regulación, su naturaleza jurídica e interpretación de sus normas más relevantes en el tema que nos concierne, para luego pasar a la regulación actual, nuestro Código Civil y Comercial de la Nación. Al finalizar dicho análisis arribamos a la conclusión de que las normas que regulan el instituto en estudio, tanto en el código Civil, como en el Código Civil y Comercial la legitima prevalece ante la autonomía de la voluntad; en ambos ordenamientos, el legislador ha impuesto límites a la voluntad del testador, impidiéndole decidir con libertad a la hora de dejar sus bienes; en ambos códigos se hace referencia a “porción disponible” y a “legitimarios” y creemos que esta protección afecta la seguridad jurídica y el tráfico comercial, situación que no se ha suavizado con el nuevo Código, sino que se ha agravado con la incorporación de la facultad para accionar contra el tercer adquirente oneroso de buena fe. Es decir que quien compró desconociendo la existencia de un heredero forzoso omitido, puede ver atacada su propiedad por aquel heredero omitido.

Es importante en este análisis destacar la conexión que tiene el principio de la autonomía de la volunta con el instituto en estudio y como éste afecta al primero. El testamento presenta distintas limitaciones o restricciones a la libre voluntad de los particulares. Por un lado, la autonomía del testador se ve afectada por las estrictas formalidades que el ordenamiento le impone al testamento, ya que la violación de alguna de éstas acarrea la nulidad absoluta. Por otro lado, el Código impone al causante una segunda e importante restricción, que recae nada más y nada menos que sobre la capacidad de disponer con toda libertad sobre sus propios bienes, y con esto nos referimos al instituto estudiado en este trabajo de la legítima.

La legislación vigente en la materia parece ser incompatible con el principio de la autonomía personal consagrado por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Además hicimos un breve repaso por el sistema que adoptan otros países, llegando a la conclusión de que actualmente se ven dos tendencias que se contraponen entre los sistemas de legítima y los que reconocen libertad total al causante: en los primeros, observamos una tendencia a atenuar el sistema de la legítima, y en los segundos una orientación a restringir la libertad del causante.

Por último para culminar con esta investigación, hemos expuesto algunos fundamentos que justifican la aplicación de la legítima, así como también aquellos que la niegan.

Tras abordar los nombrados fundamentos, hemos concluido que las distintas teorías que avalan la libertad del testador defienden también la autonomía de su voluntad, por el contrario, las que sostienen la aplicación de la legítima, la niegan o la limitan.

Siempre se ha considerado que la legítima responde a una solidaridad intergeneracional, pero en la actualidad, desde un punto de vista sociológico, y teniendo en cuenta la evolución que ha atravesado la familia a lo largo del tiempo, advertimos una notable incompatibilidad en cuanto a su aplicación.

Notamos que la opinión generalizada parece fundamentar tanto la existencia como la intangibilidad de la institución de la legítima, en razones de índole moral y de solidaridad familiar; instaurándose así un sistema en el que se presume la voluntad del causante de que sean sus parientes más próximos quienes reciban sus bienes después de su muerte, permitiéndosele disponer libremente tan sólo de una porción de su patrimonio.

Creemos que la existencia de un sistema de legítimas responde a necesidades y a realidades sociales y sociológicas determinadas y a un tipo de familia, de sociedad, de relaciones familiares y de desarrollo; no olvidemos que las leyes y, por extensión, las instituciones jurídicas, deben interpretarse y acomodarse a la realidad social de cada momento; prueba de ello son los nuevos institutos consagrados como matrimonios entre personas del mismo sexo, simplificación en los trámites tendentes a la disolución del matrimonio por divorcio, o el reconocimiento de efectos a las parejas de hecho y esa adaptación del derecho de familia a la realidad social actual posiblemente deba complementarse con una reforma similar en el ámbito del derecho

de sucesiones, por eso, es que a lo largo de este trabajo nos cuestionamos si hoy en día son necesarias las legítimas, y porqué una persona no puede disponer de sus propios bienes obtenidos, normalmente, gracias a su esfuerzo y a su trabajo, como considere más adecuado sin limitaciones de tipo alguno, o con las mínimas posibles y siempre que esas limitaciones se basen en la protección de intereses a los más desprotegidos.

A nuestro entender es un instituto que vulnera la autonomía de la voluntad y que se contrapone con las nuevas estructuras familiares.

Creemos que suprimir la legítima no significa que, de un día para el otro, los individuos comiencen a dilapidar sus bienes; lo lógico y frecuente es que se siga testando a favor de los hijos, repartiendo entre ellos la totalidad de la herencia en la forma en que se quiera, pero por decisión propia y no por imposición de la ley. ¿Por qué un padre debe respetar la legítima de sus hijos mayores de edad, capaces y con un medio de vida segura, consolidada y sin necesidades de subsistencia? ¿En qué puede fundamentarse, hoy en día y en nuestra actual realidad social, el derecho de ese hijo a exigir la existencia de la legítima?

Consideramos que hay dos supuestos en los que sí debe justificarse la existencia de legítimas y es cuando existan hijos menores de edad o incapacitados porque la ley debe establecer mecanismos de protección en favor de los más débiles; y en este caso, la justificación de la legítima recaería, precisamente, por la especial protección que dichos hijos merecen.

Modificar y/o eliminar un instituto íntimamente relacionado con la institución familiar no resultaría fácil. Todas las cuestiones donde entran en juego principios muy arraigados en la sociedad como las cuestiones religiosas, familiares, tradiciones, etc, son muy resistentes al cambio.

El mismo devendrá luego de mucho tiempo y de la maduración del tema a punto tal que se imponga no solo como un cambio acorde a los tiempos que corran, sino también como una conveniencia.

En definitiva es una cuestión de oportunidad, la cual tendrá que ser evaluada oportunamente por el legislador de turno que pretenda avanzar sobre la misma.

Con la actual reforma del Código ha quedado evidenciado que no ha sido la oportunidad de una reforma integral del instituto en estudio y todo su sistema protector.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Doctrina:

- Aguiar, Henoch. D, (1951) Hechos y Actos Jurídicos. Buenos Aires, Argentina, ed Tea.
- Aristóteles (Aristóteles), Metafísica, edición trilingüe de V. García Yebra, Gredos, 2ª ed. rev., Madrid 1998.
- Belluscio, Augusto C. 2004 Manual de Derecho de Familia, Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Astrea
- De Aquino, Santo Tomás (1996) La voluntad. ed Summa Theologica.
- Fernández Hierro, M. (2010). Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletín Jado. Bilbao, España
- Gil Domínguez. 2006. "Derecho Constitucional de Familia, Tomos I y II. Buenos Aires, Argentina. Ediar.
- Lorenzetti Ricardo. L (2015). Código Civil y Comercial de la nación Comentado. Santa fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni.
- Maffía, Jorge O. 1977 Manual de Derecho Sucesorio, Tomos I y II. Buenos Aires, Argentina. Depalma.
- Mafia J. (2002). Manual de Derecho Sucesorio. Buenos Aires, Argentina. Depalma S.A
- Pérez Lasala José. L (2014). *Tratado de Sucesiones*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editorial
- Rivera J.C (1007. Instituciones del Derecho Civil: Parte general, Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot
- Salina Quijada, Francisco (1983). “La libertad de disposición mortis causa en el Derecho foral navarro”. Versión electrónica.
- Vaz Ferreira, Eduardo: "Tratado de las sucesiones. Tomo I", pág. 15/17, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1980.
- Zannoni, Eduardo A. (2008). Derecho Civil. Derecho de las Sucesiones. Buenos Aires, Argentina. ed Astrea.
- Zannoni, Eduardo A. 2000. Manual de Derecho de Sucesiones; Buenos Aires Argentina. ed Astrea.

Revistas Jurídicas:

- Cuaderno de Apuntes Notariales 2015. Derecho Civil- Derecho de las Sucesiones.
- FASSI, Santiago: "La Familia", en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral, N° 98 y 99, Santa Fe, 1959.
- Revista notarial, 1999, Directoira Notaria A. Dodda

Páginas Web:

- <http://es.wikipedia.org/wiki/Platón>.
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Aristoteles>.
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Aristoteles>.
- <http://grupohereda.com/las-herencias-estan-estados-unidos/>.
- <http://investatrust.com/principales-aspectos-de-la-sucesion-en-estados-unidos/>.
- http://www.ehowenespanol.com/ley-herencia-estados-unidos-sobre_445015/.
- <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140081-salomon>
- <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140081-salomon-regulacion-legitima-en-codigo.htm>.
- https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-fr-maximizeMS_EJN-es.do?member=1#toc_3.
- https://es.wikipedia.org/wiki/Autonomía_de_la_voluntad.
- https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUC200630124301282_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Una_aproximaci%F3n_al_derecho_de_sucesiones_ingl%E9s.
- https://www.researchgate.net/publication/45338247_Legitimas_libertad_de_testar_y_transmision_de_un_patrimoni[accessed May 11, 2017].
- www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=2
- www.eumed.net/rev/cccss/20/
- wwwhttp://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/7541/gobbi-f.triay-a..pdf.eumed.net/rev/cccss/20/.

Legislaciones:

- Código Civil Brasileiro
- Código Civil de Argentina (derogado)
- Código Civil Español
- Código Civil Mexicano
- Código Civil y Comercial de Argentina

- Constitución de la Nación Argentina

Jurisprudencia:

- “Cambo, Francisco De Asis S/ Suc.” Publicado En: La Ley, Tomo 71, Tomo 71, Página 634.
- °SUCESIONES - Acción de reducción - Simulación - Donación encubierta 2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, agosto 10 de 2001.

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista: Julieta Conde

DNI: 35.620.424

Título y subtítulo: “LA LEGÍTIMA HEREDITARIA, SU CONTRADICCIÓN CON LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD”

Correo electrónico: juli_fi@hotmail.com

Unidad Académica: Universidad Siglo 21

Datos de edición: Tandil, 25 de octubre de 2017

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis: SI

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: 25 de octubre de 2017

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

----- certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado
