



**Universidad Abierta Interamericana.**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.**

**“Legítima hereditaria y autonomía de la voluntad: coexistencia y  
compatibilidad.”**

**Tutor: Guglielmino, Adriana del Carmen.**

**Alumno: Ojeda Amaya, Lorenzo Sebastian.**

**Título al que aspira: Abogado.**

**Carrera: Abogacía.**

**Fecha de presentación: Octubre de 2021.**

**Teléfono: 15-6811-5969.**

**Correo electrónico: [lorenzooa@gmail.com](mailto:lorenzooa@gmail.com).**

**Localización: Berazategui.**

## **Agradecimientos.**

Quiero agradecer, y también dedicar este trabajo final, a aquellas personas que me acompañaron a lo largo de estos cinco años de estudio, con el fin de apoyarme, ayudarme y motivarme para que pueda lograr mi tan anhelado objetivo.

Quiero agradecer a mis papás, Marcela y Carlos. Sin ellos este logro no sería posible, ya que siempre creyeron en mí, me apoyaron y brindaron todo lo que necesité durante este período. Gracias a sus enseñanzas, su crianza y su amor es que hoy estoy donde estoy y soy quien soy.

A mi novia Camila, quien me acompañó durante todos estos años, siempre con palabras de aliento, confianza, orgullo y cariño, creyendo en mí y siendo mi sostén cuando lo necesitaba.

A mis amigos y compañeros de estudio, con quienes no solo tuve el privilegio de haber transitado este hermoso camino, haciendo parecer todo más sencillo, sino que obtuve lo más valioso que la facultad me pudo dejar, su amistad.

A mi tutora, la Dra. Adriana Del Carmen Guglielmino. Gracias por aceptar guiarme y orientarme con su saber durante esta última etapa.

Y por último a la facultad, por acogerme durante este ciclo y permitirme cumplir mi objetivo brindándome los materiales y herramientas necesarias para hacerlo.

**Aceptación de la reserva de tema y del tutor seleccionado emitida por la  
Dirección de la Carrera.**

de: Lorenzo Sebastian <lorenzooa@gmail.com>

para: Marilina.Miceli@uai.edu.ar

fecha: 30 sep. 2020 19:32

asunto: Re: Trabajo final / Tesis

enviado por: gmail.com

Hola Marilina buenas tardes. Soy Lorenzo Sebastian Ojeda Amaya, ex alumno UAI Berazategui de la carrera de Abogacía, legajo 5143. Me recibí en diciembre de 2019. Me comunico para informar sobre cambio de tema de tesis y cambio de tutor, con quien ya me comunique anteriormente, fin de obtener la confirmación del nuevo tema elegido. El tema anterior era "La naturaleza jurídica del embrión no implantado" y la tutora la Dra. Celia Illobre; y el nuevo tema es "Legítima hereditaria y autonomía de la voluntad: coexistencia y compatibilidad.", bajo la tutoría de la profesora Adriana Guglielmino, cuya confirmación correspondiente poseo.

La metodología del trabajo será explicativa.

Espero su respuesta, saludos cordiales.

de: Miceli, Marilina <Marilina.Miceli@uai.edu.ar>  
para: Lorenzo Sebastian <lorenzooa@gmail.com>  
CC: "Cespedes, Viviana Elisabet" <Viviana.Cespedes@uai.edu.ar>  
fecha: 30 sep. 2020 19:57  
asunto: RE: Trabajo final / Tesis  
enviado por: uai.edu.ar  
firmado por: uaieduar.onmicrosoft.com

Tema registrado, Atte.

## **SOLICITUD DE TUTORÍA**

de: Lorenzo Sebastian <lorenzooa@gmail.com>

para: adguglielmino@hotmail.com

fecha: 25 sep. 2020 15:54

asunto:

enviado por: gmail.com

Buenas tardes profesora, disculpe que la moleste. Soy Lorenzo Ojeda, fui alumno suyo en sucesiones el año pasado en la sede Berazategui, y fui uno de los que se recibió con usted. Me comunico para consultarle si aceptaría ser mi tutora de tesis, el tema que quiero presentar es "Legítima hereditaria y autonomía de la voluntad: coexistencia y compatibilidad".

El fin del trabajo sería a modo explicativo, plasmar entre otras cosas, la contradicción existente entre ambos institutos, como se afecta en cierto punto la autonomía de la voluntad. Además de hacer un repaso histórico, brindar conceptos, realizar comparaciones, mostrar diversas posturas sobre el tema en cuestión, etc; y por último dar una conclusión final al tema.

Sé que seguramente tiene otros trabajos para supervisar, pero me encantaría poder trabajar con usted, ya que la cursada fue muy didáctica y productiva.

Espero su respuesta así en el caso de ser afirmativa me comunico con Marilina para reservar el tema.

Desde ya muchas gracias y disculpe la molestia, saludos y que tenga un buen día profe.

## **ACEPTACIÓN DE TUTORÍA**

de: Adriana del Carmen Guglielmino  
<adguglielmino@hotmail.com>  
para: Lorenzo Sebastian <lorenzooa@gmail.com>  
fecha: 28 sep. 2020 12:57  
asunto: RE: Re:  
Enviado por: hotmail.com  
firmado por: hotmail.com

Si. Contá con eso. Saludos!

## **PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.**

**Sumario:** 1. Resumen. 2. Preguntas problema. 3. Metodología. 4. Hipótesis. 5. Marco teórico. 6. Introducción.

**Título académico:** “Legítima hereditaria y autonomía de la voluntad: coexistencia y compatibilidad”.

**Título comercial:** “¿Es posible una armonía jurídica entre la legítima hereditaria y la autonomía de la voluntad?”.

**Área temática:** Derecho Civil. Derecho Sucesorio. Derecho de las Familias. Derecho Constitucional.

## **1. Resumen:**

Uno de los temas que mayores controversias y debates doctrinarios genera hace varios años es el conflicto existente entre la porción legítima y la autonomía de la voluntad. El conflicto tiene su núcleo en la restricción que le impone la legítima hereditaria a la autonomía de la voluntad de la que gozan los individuos, limitando su libertad de testar y la parte del patrimonio sobre la que el futuro causante podrá disponer libremente. Como consecuencia, se generan limitaciones al momento de decidir qué destinar y a quién como último reflejo en vida de su voluntad.

## **2. Preguntas problema:**

- ¿Qué es la legítima?
- ¿Cuál es su fundamento?
- ¿Cómo la regula el derecho argentino?
- ¿Qué es la autonomía de la voluntad?
- ¿Cómo entran en conflicto estos institutos jurídicos?
- ¿Es jurídicamente posible un equilibrio entre ambas?

3. **Metodología:** Se utilizará método explicativo, cualitativo. Se trabajará con bibliografía y se buscará explicar el contexto actual de ambas instituciones.

4. **Hipótesis:**

La legítima hereditaria restringe la autonomía de la voluntad de las personas, por lo que es necesaria la existencia de un equilibrio que genere armonía jurídica procurando respetar derechos sin menoscabar otros.

5. **Marco teórico:**

En torno al tema bajo análisis, muchos doctinarios se han manifestado a lo largo de los años, desde cuando se encontraba vigente el Código Civil de Vélez Sarsfield hasta los tiempos actuales, en donde el viejo código velezano fue derogado en el 2015 y nos encontramos desde ese entonces regidos por el Código Civil y Comercial, producto de la unión entre el Cód. Civil y el Cód. De Comercio.

Esta problemática genera opiniones diversas debido a que el derecho sucesorio se encuentra ligado directamente al derecho de familia y las modificaciones que este sufre como consecuencia de los cambios sociales, políticos y culturales que se producen en la sociedad con el paso del tiempo, a los cuáles la comunidad jurídica termina adhiriendo.

Por ende, en algún momento el derecho requiere de modificaciones o actualizaciones que satisfagan y respondan las demandas de los ciudadanos.

6. **Introducción:**

El objetivo principal de este trabajo es explicar cómo coexisten la legítima hereditaria y la autonomía de la voluntad, y cuál es el conflicto existente entre ellas.

Dicho conflicto radica en la restricción por parte del instituto sucesorio, hacia la autonomía de la que gozan los ciudadanos –principio consagrado por el CCyCN-, que se ve reflejada al momento de testar cuando el causante no puede disponer libremente de sus bienes como sí lo hizo en vida.

Las razones principales por las que colisionan estas normativas son razones de orden público, las cuales generan constantes tensiones y diversas opiniones en la sociedad en general y en la doctrina, ya que el orden público atiende a cuestiones como la moral, la buena fe y las buenas costumbres, entre otras, sin dejar de lado uno de los principios más importantes que es el principio de la solidaridad familiar. Dicho principio constituye uno de los pilares sobre los que se apoya la legítima hereditaria, conocida también como porción legítima, la cual beneficia a los denominados herederos legítimos.

Los herederos legítimos son aquellos que ante la apertura de una sucesión mortis causa son llamados a suceder en primera instancia por la ley, en virtud del vínculo que poseían con el causante. Por motivo de lo recién mencionado, son a la vez denominados “herederos forzosos”. Se los considera así justamente porque son alcanzados por el llamamiento forzoso de la ley para suceder, y porque cuentan con una porción legítima que constituye una parte de la herencia de la cual no pueden ser privados por ninguna disposición; imponiendo así un límite a los deseos del causante. Se trata de los ascendientes, descendientes y el cónyuge.

La controversia que se origina, no solamente pone en jaque la autonomía de la voluntad, sino también la libertad de disposición que consagra la Constitución Nacional.

Por lo tanto, resultaría injusto que alguien no pueda decidir con mayor libertad qué persona heredará determinado bien, y se vea obligado a heredárselo a alguien con quien no tenía relación afectiva alguna en lugar de alguien con quien sí tenía un vínculo más estrecho; pero no era un familiar de primer, segundo o tercer grado.

Con base en lo expuesto, se desarrollará a lo largo del trabajo con mayor profundidad el tema para poder dar una mejor explicación de la situación que atraviesa al *de cuius* al momento de testar en una sucesión testamentaria.

## **CAPÍTULO 1**

### **DERECHO SUCESORIO**

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Sucesión. Concepto. 3. Clases de sucesiones. 4. Fundamentos de las sucesiones mortis causa. 5. Sucesión intestada y sucesión testamentaria. 6. Sucesores. 7. Indignidad.

## 1. Introducción

El derecho sucesorio es la rama del derecho que regula la transmisión de los bienes y derechos de una persona cuando se produce su muerte. Por consiguiente, es la última etapa del derecho civil.

Tiene una gran dependencia del derecho de familia, principalmente del concepto que se tenga de ella en un momento y tiempo determinado, por lo que al estar tan conectado o ligado a él, cuando éste sufre cambios, éstos se ven en consecuencia reflejados en el derecho de las sucesiones.

Un claro ejemplo de estos cambios en el derecho de familia que repercutieron en el derecho sucesorio es la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales consagrada por el nuevo Código Civil y Comercial, que generó que al momento de suceder, ambos lo hagan en un plano de igualdad de condiciones. Anteriormente los hijos matrimoniales heredaban el doble de lo que lo hacían los concebidos por fuera del matrimonio, sufriendo así estos últimos una suerte de discriminación. De no ser así, si no hubiese tenido lugar esta modificación sería contradictoria ésta disposición con la igualdad que pregonaba el código sobre proteger a la familia.

Por otro lado, como bien explica Solari, su relación con el derecho de familia fue desde siempre inevitable, ya que el llamamiento efectuado por la ley en una sucesión ab intestato tiene su esencia en la presunción general realizada por el legislador sobre el afecto del causante hacia su familia o círculo íntimo.

*“Ello así, porque si bien la familia se constituye y desarrolla en vida de una persona, se extiende y prolonga hasta después de la muerte, con sus efectos y consecuencias. Precisamente, el derecho de las sucesiones constituye el conjunto de normas y disposiciones legales que la ley contempla para transmitir el contenido de la herencia a ciertas personas vinculadas al grupo familiar del causante”.* (Solari, 2020)

Por ende, podemos afirmar que el derecho de sucesiones recepta la evolución del derecho de familia y es dependiente de éste.

## 2. Sucesión. Concepto

La sucesión consiste en la continuación de alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Tiene lugar en la gran mayoría de los casos cuando se produce un fallecimiento, motivo por el cual se transmite el patrimonio más los activos y pasivos de una persona, conformando así su herencia, a otros denominados sucesores o herederos.

El término sucesión proviene del latín *successio*; que significa provenir, entrar o proceder en lugar de alguien. A la vez, *successio* proviene del verbo *succedere*, que es la acción y efecto de seguir o continuar en una situación.

Solari, en cambio, sostiene en cuanto al aspecto etimológico del término, que suceder viene del latín *sub* (debajo) y *cederé* (retirarse). Dando a entender de este modo que el fallecido se “retira” dando lugar a la transmisión de sus bienes a sus sucesores, que se encuentran por “debajo” de él e ingresan en su posición reemplazándolo.

En términos más jurídicos se conoce como sucesión a la sustitución de una persona en la posición que otro ocupaba en una determinada situación o relación jurídica. Se podría decir, de otro modo, que una persona se subroga en la posición de otra, sub entra en ella, ocupando así su lugar.

Cuando tiene lugar una sucesión, la cual puede ser entre vivos o *mortis causa* (es decir, por causa de muerte), se produce una transmisión de la herencia del sujeto fallecido hacia sus sucesores. Esta herencia transmitida conlleva no solo bienes, sino derechos y obligaciones, es decir que así como pasan de la cabeza de una persona a otra cambiando la titularidad jurídica los activos, también lo hacen los pasivos. En esta situación lo único que cambia es el sujeto, pero las relaciones o negocios jurídicos (objeto) se mantienen, haciéndolo también las obligaciones que derivan de esta relación.

El concepto de sucesión ha sido dado por diversos autores doctrinarios a lo largo de los años.

Esto último lo explican de otro modo reconocidos juristas como Alterini, Ameal y López Cabaña: “La transmisión se produce con la sustitución de alguno de los sujetos

*de la relación jurídica. En la esfera obligacional ella supone una sucesión en la calidad de acreedor o de deudor, permaneciendo intacta la relación en sí misma. La transmisión o sucesión puede ser a título universal o a título particular; legal o voluntaria y por acto entre vivos o mortis causa". (Córdoba, Sucesiones, 2016)*

El prestigioso jurista Guillermo A. Borda dio otra definición sobre el concepto de sucesión, sosteniendo él: *"En sentido gramatical, suceder es entrar una persona o cosa en lugar de otra. Jurídicamente, significa continuar el derecho de que otro era titular"*.

Siguiendo la idea de que cuando hay transmisión lo que cambia es la titularidad del derecho de un sujeto a otro, se puede decir que el derecho que se traspa se incorpora al patrimonio de otra persona, dando lugar a una "adquisición". La adquisición, explica Maffía, puede provenir de dos formas. Por un lado el derecho puede nacer en la cabeza de la persona que hereda, denominándose por mediar una adquisición "adquirente". Por el otro, la adquisición puede no nacer en cabeza del adquirente, sino provenir, o mejor dicho derivar, del titular anterior al cuál se denominaría "transmitente" donde el derecho preexistía; por lo que se transmite un derecho ya existente con anterioridad a la muerte.

Se entiende entonces que hay dos tipos de transmisión, originaria y derivada. En la primera, cuando se produce la sucesión ella da lugar al nacimiento de un derecho en cabeza del sujeto que hereda; en la segunda en cambio, el derecho que recae sobre el sucesor ya existía con anterioridad, se encontraba en la persona fallecida y cambia solo su titular.

El actual Código no brinda definición alguna sobre la sucesión, sino que en su art. 2277 refiere directamente a la apertura de la sucesión por causa de muerte, ignorando completamente la transmisión entre vivos y dando por hecho que las sucesiones solamente tienen lugar cuando media un fallecimiento. Sigue así la línea doctrinaria mayoritaria consistente en referir a los conceptos de sucesión y sucesión mortis causa como uno único, englobándolos.

Por su parte, el derogado Código Civil nos daba una definición, aunque este también la llevaba a cabo unificando conceptos.

En el art. 3279 Vélez Sarsfield establecía: *“La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código.”*

### **3. Clases de sucesiones.**

Las sucesiones pueden clasificarse según su contenido en sucesión a título universal o a título particular, y según el hecho que la genera en sucesión entre vivos o mortis causa.

#### **3.1 Sucesión universal y sucesión particular.**

Como señalamos *ut supra*, lo que determina si estamos ante una sucesión universal o particular, es el contenido, por lo tanto referimos al objeto y a su extensión.

La sucesión es universal cuando el sucesor hereda todo un patrimonio o los derechos que lo conforman, o una cuota del mismo, entrando en la situación jurídica del causante ocupando su lugar. Es universal justamente porque adquiere la universalidad del patrimonio, es decir todo o el todo de una parte asignada; sin distinción de objetos en concreto.

Explica Zannoni, que quien adquiere a título universal lo hace entrando en la posición jurídica del causante colocándose como titular del patrimonio.

El CCyC define en la primera parte de su art. 400 quien es sucesor universal, estableciendo que “*Sucesor universal es el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro*”.

En cambio, la sucesión es particular o singular, cuando la transmisión es de bienes, derechos u obligaciones individualmente determinados. No es necesario que sea un único objeto o derecho u obligación lo que se transmite, pueden ser varios, pero es requisito excluyente que esté específicamente individualizado y diferenciado. Este tipo de sucesión tiene lugar más que nada en las sucesiones entre vivos (por ej.: una venta o donación), y cuando se produce en una sucesión mortis causa lo hace a través de un legado otorgado mediante testamento.

El CCyC en la segunda parte de su artículo 400 define quien es sucesor particular, estableciendo que “*...sucesor singular es el que recibe un derecho en particular.*”

### **3.2 Sucesión inter vivos.**

La sucesión es entre vivos cuando se produce por voluntad expresa de las partes. A esto se lo llama tráfico jurídico, cuando una persona enajena un derecho y otra lo adquiere. Ejemplos de este caso son la compra, venta o donación de derechos patrimoniales; pasando la titularidad de un derecho de una persona viva a otra, generando una adquisición.

Zannoni (2003) expresa que estos son casos entre vivos, porque reconocen su causa fuente en actos jurídicos cuya eficacia es contemporánea al otorgamiento, aunque sus efectos puedan estar subordinados a modos o condiciones.

### 3.3 **Sucesión mortis causa.**

La sucesión por causa de muerte es la que más interesa en este trabajo, ya que es determinante para la otorgación de un testamento, acto en el que entran en conflicto la autonomía de la voluntad y la legítima hereditaria.

La sucesión mortis causa tiene lugar cuando se produce la transmisión del patrimonio y herencia de una persona a sus sucesores por la muerte de la primera. Esto implica que la fuente de origen de la sucesión es el fallecimiento de la persona, la cual es denominada también *de cujus*.

Cuando se produce el deceso, sus herederos ocupan automáticamente su lugar, lo sustituyen. Adquieren de este modo sus bienes –ya sea en su totalidad o en una parte-, pasan a ser responsables de los activos y de los pasivos (deudas) que derivan de las relaciones jurídicas que se encontraban en cabeza del causante (fallecido) en proporción a los bienes recibidos, y adquieren por último la posesión de la herencia, aunque materialmente no se encuentre en sus manos; es decir por más que no tengan el *corpus*.

El art. 2277 del CCyC dispone que la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión, y en consecuencia la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle ya sea por testamento o por llamamiento de la ley.

Queda totalmente establecido entonces que es menester que se produzca la muerte de una persona, para que la herencia pase a sus sucesores con el fin de continuarlo ocupando su lugar.

El art. 93 del CCyC establece “La existencia de la persona humana termina por su muerte”. Y como bien indica Marcos Córdoba, la muerte real se constituye por el cese total, irreversible e instantáneo de todas las funciones vitales.

Como dijimos anteriormente, una parte mayoritaria de la doctrina acuerda en definir del mismo modo “sucesión” y “sucesión mortis causa”, estableciendo tácitamente

que la sucesión regula directamente la transmisión por causa de muerte, dejando de lado o como excepción la transmisión entre vivos.

Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida dicen:

*“Se sostiene que el derecho de sucesiones es aquella parte del derecho privado que regula la sucesión mortis causa, y fundamentalmente el destino de las titularidades y relaciones patrimoniales activas y pasivas de una persona después de su muerte. Es el derecho que trata de llenar la laguna que con su fallecimiento ha dejado una persona, llamada causante. Causante es todo fallecido, aunque no haya dejado propiedad alguna o incluso se halle cargado de deudas.”* (Córdoba, Sucesiones, 2016)

Para finalizar, existe una subcategoría dentro de la sucesión mortis causa que luego explicaremos detalladamente, que diferencia a la sucesión intestada y a la sucesión testamentaria.

#### **4. Fundamentos de las sucesiones mortis causa.**

Existen varias teorías que intentan explicar el por qué se distribuyen los bienes de una persona luego de su muerte, dando su razón de ser al derecho hereditario. Veremos, desde nuestra óptica, las más trascendentales.

Como introducción, se puede afirmar que el derecho sucesorio tiene relación directa con la propiedad privada, y si ésta se perdiera luego de la muerte de su titular, nos veríamos atascados en la problemática de no saber qué sucedería con estos bienes.

Con base en lo comentado, las diversas legislaciones sucesorias han establecido sistemas de transmisión que contienen las fluctuaciones o tensiones constantes que existen entre el orden público y la autonomía de la voluntad.

- **Fundamento familiar**

Esta corriente responde a lo expuesto por Ripert y Boulanger, que señalan que la familia es la agrupación natural, y el Estado tiene interés en asegurar la estabilidad de las familias, por lo tanto no hay medio más idóneo para defenderla y fortificarla que la transmisión de los bienes.

Esto se debe además, como explica Borda, a que el patrimonio de una persona no es solamente el resultado de su esfuerzo y trabajo, sino que también es el fruto de la colaboración del cónyuge y los hijos (por ejemplo estimulándolo con afecto); y todo sería en vano si en un futuro con la muerte del titular, los bienes no quedaran en manos de ellos y pasen a ser propiedad del Estado. Por lo tanto la mejor recompensa para su familia sería poder recibir la herencia.

- **Fundamento del respeto a la voluntad del causante.**

Para esta teoría la sucesión testamentaria tiene su esencia en el respeto por la voluntad expresa del causante, aunque ésta se vea limitada por la legítima hereditaria.

También establece que si no existiera un testamento, la ley debe encargarse de organizar un mecanismo legal competente para determinar e interpretar cual habría sido la voluntad presunta del causante y en base dicha presunción distribuir la herencia.

Esta teoría se funda en un estricto respeto por la voluntad individual, aunque este luego se vea limitado por la porción legítima.

- **Solidaridad familiar**

Este es el fundamento más importante sobre el que se apoya el derecho sucesorio y también el instituto de la legítima hereditaria.

Tal principio tiene como objetivo o esencia la igualdad dentro del grupo familiar al momento de distribuir los bienes, buscando el bien común para que puedan desarrollarse en similitud de condiciones y no haya desigualdades muy marcadas entre lo que recibe cada heredero. Esto lo que hace es prohibir la absoluta libertad de testar.

Un ejemplo es lo desfavorecido que se vería un hermano discapacitado si su hermano recibe la mayoría de los bienes y él casi nada. Bajo estas condiciones sería muy dificultoso para él desarrollarse y aspirar a progresar, ya que no contaría con los recursos materiales necesarios.

Es útil traer a colación como cierre del tema y sumando a lo ya expuesto, lo expresado por Marcos Córdoba en una de sus obras sobre la importancia de la sucesión como principio de asistencia hacia el núcleo familiar:

*“La institución sucesoria por causa de muerte, en cualquiera de sus conceptos, responde a principios de asistencia, es decir, prestación de socorro, favor o ayuda. En algunas estructuras jurídicas la sucesión se condiciona a lo que se considere que resulta socialmente útil. Colocados en cualquiera de estas posturas, o en las intermedias y similares existentes, siempre la fundación y fundamentación que justifican la transmisión de relaciones de quien muere a otro sujeto, sea éste público o privado; integre o no un grupo de pertenencia restringido; se efectúa con respeto de disposiciones legales forzosas o como consecuencia de decisiones que responden a la voluntad del sujeto titular de los derechos, se realiza a partir de acatamientos a principios de asistencia.”* (Córdoba, "Utilidad social de la sucesión-asistencia- mejora específica", 2010)

Sobre este principio, sostiene que se construye la legitimidad de la sucesión mortis causa, ya que el derecho sucesorio siempre va a ser instrumental a los fines de la familia.

## 5. **Sucesión intestada y sucesión testamentaria.**

Existen dos tipos de sucesión: la sucesión intestada, también conocida como sucesión legítima o ab intestato; y la sucesión testamentaria.

Es sucesión legítima cuando surge de la voluntad de la ley, y testamentaria cuando surge de la voluntad expresa del causante mediante un testamento.

En el derecho argentino rige el principio general de preferencia por la sucesión testamentaria, ya que del testamento surge la verdadera voluntad del *de cuius*. Sin embargo, pueden coexistir ambos tipos de sucesiones. Esto puede darse cuando se redactó un testamento pero éste solo refiere a una parte de los bienes y no a la totalidad. Estos casos los regula el CCyC en el art. 2277, donde establece: “*Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiere por ley.*”

### 5.1 **Sucesión intestada**

La sucesión intestada, o también conocida como ab intestato o legítima, es aquella que tiene lugar por ministerio de ley, es decir por mandamiento de ésta.

Procede ante la inexistencia, ineficacia o insuficiencia de una disposición testamentaria. Ante estas causales, la ley aplica supletoriamente la sucesión intestada, realizando así un llamamiento forzoso a los parientes comprendidos en los órdenes sucesorios taxativamente establecidos. Este llamamiento de la ley tiene carácter imperativo, por lo que no puede ser dejado de lado por las partes.

En este tipo de sucesión, el llamamiento de la ley es hacia los parientes más próximos en grado al causante. Este orden de grado para suceder es determinado por la ley.

Según la jerarquía de ordenes establecida, primero va a suceder el descendiente, segundos los ascendientes, y en último lugar los colaterales. El cónyuge supérstite lo hará en concurrencia con los primeros dos.

Los órdenes sucesorios son excluyentes, es decir que las personas de determinado orden hereditario excluyen a las del orden siguiente. Por lo tanto los descendientes excluyen a los ascendientes y éstos excluyen a los colaterales. Cabe recordar que el cónyuge va a concurrir con los descendientes y ascendientes, creando un orden paralelo y excluyendo también a los colaterales.

## 5.2 **Sucesión testamentaria.**

Este tipo de sucesión es la que más nos interesa en este trabajo, ya que es en el testamento en donde se ve reflejada la voluntad del causante y donde se ve la situación que lo atraviesa al momento de testar y disponer de sus bienes.

La sucesión testamentaria es aquella que tiene origen en la voluntad del testador (causante) expresada en un testamento.

Etimológicamente, la palabra testamento proviene del latín *testatio mentis*, que significa testimonio de nuestra voluntad.

Castan Tobeñas sostuvo acerca de la definición de testamento, que éste es “...*un acto espontáneo, personal, solemne y revocable, por virtud del cual una persona, según su arbitrio y los preceptos de la ley, dispone, para después de la muerte, tanto de su fortuna como de todo aquello que, en la esfera social en que vive, puede y debe ordenar en pro de sus creencias y de las personas que a él estén unidas por cualquier lazo de interés.*” (Castan Tobeñas, 1989)

Podemos afirmar entonces que el testamento es el instrumento susceptible de revocación mediante el cual expresamos legalmente nuestra última voluntad sobre como disponer de nuestros bienes para después de la muerte. Es un acto de última voluntad que

recién va a tener efectos después de la muerte, pero esto no implica que sea lo último que el testador expresa antes de producirse su deceso, sino que significa que es la última expresión que tendrá efectos legales después del fallecimiento.

A su vez, y como modo de cierre, compartimos lo expresado por Joaquín Escriche: *“La voluntad del testador es el alma de su testamento, así como la voluntad del legislador es el alma de la ley, y debe respetarse hasta en las expresiones ambiguas que la ocultan, sin que causen obstáculo alguno a su cumplimiento las nubes en que esté envuelta, siempre que de algún modo pueda descubrirse y conocerse...”* (Escriche, 1864)

## **6. Sucesores**

Se puede definir al sucesor como aquél que continúa a la persona del causante ocupando su posición jurídica a través de una transmisión hereditaria que tiene como fuente originaria una sucesión mortis causa, recibiendo sus bienes y sus derechos y obligaciones transmisibles (activo y pasivo/deudas), respondiendo ante los acreedores solo con el patrimonio recibido, es decir *intra vires*.

Siguiendo lo articulado por el CCyC *“Se denomina heredero a la persona a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia; legatario, al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos”*.

De lo dispuesto por el CCyC se deduce que existen dos tipos de sucesores: los herederos y los legatarios. Explicaremos brevemente como se caracterizan cada uno.

### **6.1 Herederos**

Los herederos son aquellos que reciben una universalidad o parte indivisa de la herencia. Son aquellos que ocupan la posición jurídica que deja vacante el causante, se subrogan en ella y adquieren la posesión de la herencia y la titularidad de los derechos y obligaciones que se encontraban en cabeza del fallecido. Esto significa que el heredero

siempre hereda mortis causa. Por el hecho de heredar una universalidad, es que se dice que tienen vocación al todo, ya sea de una parte indivisa de la herencia o en su totalidad.

Zannoni explica que el heredero absorbe en sí mismo la continuación jurídica de la esfera patrimonial del causante, por lo que cumple con una función social que es reconocida por el derecho.

## **6.2 Legatarios.**

El legatario es definido por el art. 2278 *in fine* como aquel que recibe un bien particular o un conjunto de ellos.

Tienen lugar cuando el causante a través de un testamento, deja un legado. Al concurrir por un legado, solamente tiene vocación a la cosa legada y no a la universalidad de la herencia.

Como no se le transmite toda la herencia y solo un bien o conjunto de ellos, se trata de un sucesor a título particular, que no continúa la persona del causante, no confunde su patrimonio y solamente responde limitadamente por el valor de la cosa legada.

## **6.3 El Estado**

Por último, debemos mencionar al Estado. El Estado también es sucesor, pero únicamente sucede en los bienes de una persona cuando no existe ningún otro sucesor, ya sea heredero o legatario, legítimo o testamentario. Aparece cuando nos encontramos ante

una “herencia vacante”, donde los bienes no se pueden atribuir a nadie, por lo tanto el Estado toma posesión de ellos.

## **7. Indignidad.**

La indignidad es una sanción legal mediante la cual todo sucesor mortis causa, sea legítimo o testamentario, o cualquiera de sus sub clasificaciones, que haya incurrido en las causales tipificadas taxativamente por la ley consistentes en actos agraviantes u ofensivos hacia el causante, sufre la consecuencia de ser excluido de la sucesión.

El fundamento de este instituto es que las sucesiones se apoyan también en un vínculo de afecto entre el causante y sus sucesores, por lo que las acciones contempladas por la indignidad provocan que ese vínculo o lazo se rompa.

## **CAPÍTULO 2**

### **LA LEGÍTIMA**

**SUMARIO:** 1. Aspectos generales. Concepto. 2. Antecedentes históricos. 3. Naturaleza jurídica. 4. Legítima y libertad de testar. Argumentos a favor y en contra.

## 1. Aspectos generales. Concepto

Borda definió a la legítima como la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, a título gratuito.

Refiere a los herederos forzosos: ascendientes, descendientes y cónyuge. También menciona las causas de desheredación, pero con la entrada en vigencia del nuevo Código y derogación del anterior, el instituto de la desheredación fue suprimido.

La legítima hereditaria es la porción de la herencia de la cual los herederos forzosos no pueden ser privados bajo ninguna disposición, a excepción que sea por alguna de las causas de indignidad taxativamente establecidas por el código.

Esto se debe a su carácter de herederos legitimarios o forzosos, lo que determina que por ser parientes cercanos del causante, conformantes de su núcleo familiar, requieren de protección y no pueden ser privados de cierta parte de la herencia. Además, son los únicos que poseen este derecho a la porción legítima.

Dicha porción forzosa opera cuando tiene lugar una transmisión mortis causa a través de un testamento, sobre el cuál el causante expresa su última voluntad en vida que acarreará efectos legales una vez producido su deceso.

De lo expuesto se comprende entonces que ante una sucesión intestada o si no existiesen herederos legitimarios, no tendrá lugar la legítima.

Esto significa, citando a Azpiri, “...*que la protección se da a los herederos del causante con un llamamiento imperativo y no a los herederos que son llamados en forma supletoria.*” (Azpiri, 2017)

En esta situación, el causante podrá determinar bajo testamento qué heredará cada sucesor, pero su autonomía de la voluntad al momento de testar, y en consecuencia su libertad de disposición se verán limitadas justamente por la legítima, de la cual no podrá excederse para no lesionar derechos ajenos.

La porción legítima es una parte de la herencia que se destina forzosamente a determinados herederos, por lo tanto, al hablarse de una parte de la herencia y no de la totalidad, se entiende que existe otra parte con la cual conforman las dos caras de una misma moneda. Nos referimos a la denominada porción disponible o de libre disposición, que es la parte de la herencia sobre la cual el testador tiene libertad para decidir cuál será su destino. Al igual que legítima, la porción disponible solo reconoce como destinatarios a los herederos forzosos. Por lo tanto se puede concluir que una actúa como complemento de la otra, por ser partes de un “mismo todo”.

Más allá de la definición e introducción dadas, se considera que la legítima hereditaria posee un concepto amplio o multifacético. Así lo determinó la jurisprudencia a lo largo de los años, partiendo desde la base de un punto de vista subjetivo y uno objetivo.

Desde un lado subjetivo, para el causante la legítima importa una restricción a sus facultades de libre de disposición, y desde el lado del heredero legitimario es un derecho a una parte del patrimonio de la cual no puede ser excluido salvo justa causa.

Finalmente, desde un lado objetivo, la legítima es una parte del patrimonio del occiso sobre la cual recaen la restricción que lo afecta y el derecho del legitimario. (CNCiv., sala A, 9/9/2003, ED 205-346)

Por su parte, Maffía le da categoría de derecho, definiéndola desde el punto de vista contrario al de la legítima como una obligación o imposición. Sostiene que es un derecho de sucesión sobre determinada porción del patrimonio del causante, protegido por la ley.

Continúa su definición agregando que el derecho a la legítima es la afirmación del llamamiento fruto de la vocación sucesoria que posee el heredero forzoso, en términos de que este derecho que adquiere por su condición de legitimario no puede ser afectado por enajenaciones anteriores de bienes ni por enajenaciones futuras producto de lo dispuesto en el testamento. Por eso declara que es un derecho sobre una porción del patrimonio que cuenta con protección legal.

Desde su punto de vista, Pérez Lasala la denominó: *“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 en favor de los denominados legitimarios, de cuya porción pueden ser privados por justa causa de desheredación en el testamento.”* (Pérez Lasala, 2011)

Siguiendo la misma línea de pensamiento, Orlandi considera que se trata de una institución compleja, ya que abarca contenido patrimonial, implica un límite al poder de disposición del causante y genera un conjunto de facultades y derechos en los legitimarios que les otorgan en consecuencia una posición particular en el proceso sucesorio o frente a él.

Actualmente el CCyC no da una definición sobre la legítima, en su lugar regula a quienes tienen derecho a ella (art. 2444) y establece el porcentaje de cada porción dependiendo del heredero legítimo que se trate, y su modo de calcularla (art. 2445).

## **1.1 Porción disponible**

Como se explicó en el apartado precedente, *“La legítima reviste el carácter de orden público, pues comporta una limitación al poder de disposición del causante, ya que no puede afectar porciones reservadas por la ley a los herederos forzosos.”* (CNCiv., sala G, 1999)

Al ser una parte de la herencia, y no toda, se impone la lógica admitiendo que existe también una parte restante de la misma, la cual se denomina porción disponible o de libre disposición, que junto a la legítima conforman un todo, siendo ambas las dos caras de la misma moneda.

Son complementarias, y así actúan, como advierte Maffía: *“Legítima y porción disponible son entidades complementarias, ligadas por una relación inversamente*

*proporcional: en la medida en que la primera crece, disminuye la segunda*". (Maffía, 1993).

Por lo tanto, cuando se establece el monto de una, se establece también el de la otra, ya que se encuentran ligadas por conformar un mismo todo.

Con la porción disponible, el causante tiene total libertad para decidir cómo dispondrá de ella. Sin embargo, es menester aclarar que dicha parte de la herencia solamente puede destinarla, al igual que la porción legítima, hacia los herederos forzosos.

La libre disposición actúa en este caso al momento de decidir si la porción disponible la repartirá entre todos los herederos o si solo es dirigida a uno o algunos, haciendo uso así de la opción de mejorar la herencia que recibirá el sucesor (solo procede ante descendientes con discapacidad), o de realizar legados.

Actualmente las porciones legítimas se encuentran fijadas en  $\frac{2}{3}$  para los descendientes,  $\frac{1}{2}$  para los ascendientes y de igual forma en  $\frac{1}{2}$  para el cónyuge. Entonces, al estar así establecidas, la porción de libre disposición que tendrá el causante será del  $\frac{1}{3}$  restante en cuanto a los descendientes, y del  $\frac{1}{2}$  restante tanto para ascendientes como para el cónyuge.

## **1.2 Características de la legítima**

Las principales características de la legítima hereditaria son su inviolabilidad, su carácter de irrenunciable y su imperatividad que le da carácter de orden público.

Tiene carácter imperativo, esto significa que no puede ser dejada de lado por voluntad de las partes, dando lugar así a los cuestionamientos que giran en torno a ella sobre su limitación a la autonomía de la voluntad y la libertad de disposición. Al ser imperativa, es de orden público, y el ser de orden público es el principal motivo por el que no se la puede alterar ni afectar, ya que responde a principios generales como la

moral, la buena fe y las costumbres, entre otros, pero principalmente a la solidaridad familiar y el deber de asistencia que esta conlleva hacia sus parientes más próximos, es decir su núcleo familiar.

El artículo 2447 establece su carácter de inviolable, indicando que el testador no puede imponer sobre la porción legítima gravamen ni condición alguna, y si lo hace, éstas se tienen por no escritas.

Por último pero no menos importante, se estableció su carácter de irrenunciable, el cual se encuentra legislado por el art. 2449 CCyC, que señala que es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta. Esta disposición se debe interpretar en concordancia con lo dispuesto por el art. 2286, que indica que son improcedentes las aceptaciones o renunciaciones de herencias futuras; así como también se la debe interpretar en armonía con la prohibición del art. 1010 que recepta que no puede ser la herencia objeto de contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios sobre objetos particulares.

## **2. Antecedentes históricos**

En este punto del capítulo referiremos a los antecedentes históricos que fueron dando lugar a lo largo de la historia en el derecho de diversas comunidades, a la legítima hereditaria, como surgió su “germen” y como fue evolucionando la misma.

Esta evolución del derecho y del instituto bajo estudio, siempre estuvieron vinculadas o se desarrollaron con sustento en tres instituciones ligadas entre sí: la familia, la propiedad y la sucesión.

Principalmente sobre el concepto que se tenía de familia, y la forma de administrar la propiedad en vida y luego de la muerte.

Primero abordaremos el denominado derecho primitivo, conformado por el derecho hindú, el babilónico, el hebreo y el griego. Este derecho se caracteriza por la

influencia de las reglas religiosas, morales, filosóficas y sociales en las reglas jurídicas. Además, es donde se comenzó a gestar el inicio de lo hoy conocido como legítima.

En segundo lugar, pasaremos por la etapa del derecho romano, donde la legítima adquiere como instituto su verdadero significado, llegando así a épocas actuales.

La tercera etapa la comprende el derecho germánico, con instituciones particulares como la *reserva*.

Por último, referiremos brevemente al derecho francés.

En el derecho primitivo no se consideraba a la legítima como un derecho sucesorio, sino como un derecho personal y directo sobre los bienes a favor del heredero. El heredero no recibía la propiedad del patrimonio del causante, sino su simple administración y el ejercicio de la calidad de propietario. El derecho de propiedad pertenecía en sus comienzos a un grupo de unidad consanguínea y religiosa a la vez, de la cual todos los integrantes del grupo eran dueños; esa propiedad colectiva con el paso del tiempo fue sufriendo transformaciones hasta llegar a la propiedad privada del administrador, dando lugar al planteamiento del problema de la libre disposición.

Al desaparecer la propiedad colectiva -uno de los principios sobre los que se basaba la legítima-, ésta última comenzó a fundamentarse en la moral.

Por ese entonces, la familia estaba conformada por parientes de sangre y por extraños que ingresaban a ella, subordinándose todos al poder y administración del patriarca. En esta etapa todo pertenece al grupo y nada al individuo, por lo que este último se encontraba indeterminado. Existía una unidad de patrimonio, y al fallecer el jefe de familia sus derechos y obligaciones pasaban a su sucesor pero como derechos y obligaciones de familia.

El patriarca no actuaba ya como administrador de los bienes de la familia, sino que actuaba ya como dueño, dando origen al derecho de propiedad individual. Como consecuencia, deseaba disponer libremente de los bienes, por lo que se estableció la distinción entre bienes propios (que provenían de la familia) y los bienes adquiridos como

fruto de su trabajo, dándole un margen de disposición bastante amplio sobre ambos tipos de bienes. En esta etapa del derecho comienza a surgir el testamento.

En el derecho hindú, también tenía lugar el grupo familiar que implicaba unidad de patrimonio, por lo tanto había del mismo modo que en el derecho familiar, unidad de culto y subordinación al jefe de familia. En este derecho no se permitía la libertad de testar, por lo que no se tenía conocimiento alguno sobre el testamento.

Llega el turno del derecho babilónico, que tiene como referente a Hammurabi y su famoso Código, donde se encontraban comprendidas las normas jurídicas que regulan este derecho.

Encontramos en esta legislación también a la propiedad familiar o colectiva, pero de forma más limitada, dando un pequeño paso hacia la propiedad privada, ya que el jefe de familia gozaba del derecho de disponer libremente en vida y de forma gratuita y definitiva de una parte de su patrimonio, a favor de un tercero extraño.

En cuanto al derecho hebreo, de diversas disposiciones que giraban en torno al Antiguo Testamento, surge la imposibilidad que tenía el causante de disponer de sus bienes por acto de última voluntad. Tampoco podía desheredar a los hijos ni entregarles por testamento a alguno de ellos los derechos que pertenecían a otro. Si bien no se podía transmitir mediante herencia, sí se permitía la donación.

Luego, ya no teniendo motivos para seguir limitando de esta manera a la propiedad, al no permitir transmitirla, se autorizó la transmisión mediante testamento para luego de la muerte, consagrando así la libertad de testar.

Pasaremos a analizar, brevemente como los anteriores, el derecho griego. Aquí también primaba la propiedad colectiva o familiar por sobre la individual, aunque el jefe de familia fue ganando cada vez más poder al punto de concentrar la posesión del patrimonio en él, conformando la propiedad privada.

Se dio lugar a la disposición sobre los bienes propios, y luego surgió la legislación soloniana, que no admitía bajo ningún concepto la libertad de testar.

Solamente se le permitía al propietario disponer en favor de extraños una parte de sus bienes, y el resto obligatoriamente se dirigirían hacia los herederos. Esta limitación a la libertad de testar comienza a dar lugar a lo que conocemos como porción legítima.

Solón, permitió luego la disposición mediante testamento; admitiendo también la propiedad de los bienes sobre la persona que los poseía. Con esto se afianzó la propiedad en poder de una sola persona, fortaleciendo al individuo y su libre albedrío, ya que no sólo aceptó la libre disposición, sino que eliminó las limitaciones que se habían establecido, consolidando de forma absoluta la libertad de testar.

Llegamos ahora al derecho romano, uno de los más trascendentales. Al comenzar a admitirse la propiedad privada y el *paterfamilias* concentrar en su persona cada vez más poder, con la admisión de la absoluta libertad de disposición y la caída de ciertas instituciones y costumbres, se comenzaron a crear ciertos mecanismos de defensa ante el poder que él acumulaba.

Fueron dos defensas, la primera de índole formal y la segunda de índole material. La defensa formal hizo foco principalmente en reconocer como beneficiarios de la herencia ab intestato, abierta por la nulidad del testamento por no cumplir con el requisito formal de expresar en el texto testamentario si al sucesor se lo instituía o desheredaba, no solo al sucesor sino a otros herederos. A este nuevo remedio procesal se lo conoció como *bonorum possessio contra tabulas*.

La segunda defensa, la material, no era ni más ni menos que la obligación impuesta al testador de dejar una porción de su patrimonio a los parientes más próximos. De este modo, iba tomando mayor forma lo que luego conoceríamos como legítima.

La jurisprudencia romana, admitió que si un heredero era desheredado sin justa causa o se le entregaba una porción insignificante, éste podía solicitar la impugnación del testamento por considerarlo inoficioso, con el fin de lograr su anulación bajo la ficción de que el testador no estaba bajo su sano juicio al momento de testar. Este mecanismo establecía que el testador faltaba a los deberes morales y de piedad para con sus parientes más próximos, pero para lograr la anulación se necesitaba un fundamento jurídico, por lo que acudieron a la falta de capacidad del testador considerando que al momento de testar

no se encontraba en su sano juicio. La acción para lograr que se declare inoficioso el testamento es la conocida *querella inofficiosi testamenti*.

Y en los casos en que el testador hubiese dejado una porción ínfima de la herencia a sus sucesores, lejos del porcentaje que les correspondía, los tribunales fijaron una cuota que debería dejar el testador, dando nacimiento a lo que ahora conocemos como legítima.

En un principio la cuota se fijó en  $\frac{1}{4}$  de los bienes, y se la llamaba “cuarta legítima”, y en su abreviación “legítima”.

La querella luego comenzó a funcionar como defensa de la legítima, y tiempo después las reformas impuestas por Justiniano a la misma querella dieron lugar a lo que hoy se conoce modernamente como institución de la legítima, la cual actuaba en defensa del interés familiar y social, combatiendo los excesos producidos por la libertad de testar.

Ahora abordaremos el derecho germano. En este derecho tenía lugar la copropiedad familiar, en donde el heredero no sucedía al padre en el patrimonio, sino que recibía algo que en realidad ya era de él, ya que eran copropietarios.

El derecho germánico se basaba en las costumbres, y sólo permitía con límites la libertad de testar en favor de extraños, mientras que el resto de la herencia debía destinarse a los hijos.

La comunidad germana solo consideraba como heredero a los “ab intestato”, es decir a los parientes más cercanos, por lo que el causante no podía instituir herederos a su voluntad.

En este derecho consuetudinario tuvo lugar una institución denominada “reserva”, que no era otra que la herencia que correspondía por el vínculo filial a los herederos que suceden en la sucesión ab intestato. Esto quiere decir que se trataba de la porción de la herencia sobre la cual el causante no podía efectuar modificaciones y que no se encontraba dentro de su libertad de disposición.

Por último llegamos al derecho francés. En él coexistían en el territorio tanto la reserva, proveniente del derecho germano, como la legítima, proveniente del derecho romano.

### 3. **Naturaleza jurídica**

Sobre la naturaleza de la legítima surgieron dos teorías, la que la considera “*pars bonorum*” y la que la considera “*pars hereditatis*”.

La concepción *pars bonorum*, refiere a la legítima como parte de los bienes o una porción líquida de los bienes; y la concepción *pars hereditatis* como una parte de la herencia.

La principal diferencia radica en que si se trata a la legítima como parte de los bienes, el heredero no deberá responder por las deudas del causante frente a los acreedores; en cambio si se la trata como parte de la herencia, el heredero sí tendrá responsabilidad personal por las deudas del causante ante los acreedores. Cabe destacar que nos referimos a las deudas que puedan surgir luego de la liquidación de las primeras deudas.

Otra diferencia es que, si se la considera parte de los bienes, en caso de renuncia a la herencia el derecho a la legítima se conserva, ya que son derechos independientes. En cambio si se la considera parte de la herencia, al renunciar a la misma o ser privado de ella por alguna justa causa, se pierde también como lógica consecuencia, el derecho a la legítima.

Surge también otra teoría sobre la naturaleza del instituto, aunque de menor trascendencia. Se trata de la “*pars valoris*”, que establece el derecho a percibir en dinero el valor de una cuota del activo líquido de la herencia.

El CCyC no expresa posición sobre que naturaleza reconoce, sino que siguiendo su articulado se puede determinar que absorbe características de ambas concepciones, generando así diversos debates doctrinarios.

### **3.1. Sistemas sobre la concepción de la legítima**

Existen dos sistemas sobre la concepción de la legítima:

- Sistema que considera la legítima como una porción forzosa de la sucesión intestada: según este sistema, la legítima es una masa de bienes deferida ab intestato. Se trata de los bienes sobre los cuales el causante no tuvo derecho a desprenderse mediante liberalidades, por ser indisponibles.
- Sistema que considera la legítima como un límite a la libertad de disponer por testamento o donación: según este sistema, la legítima surge como consecuencia del límite impuesto por la ley al testador al momento de disponer de sus bienes. Por este motivo se dice que es un sistema de reglamentación negativa o de freno, ya que impone límites a la facultad de testar. Este sistema fue el adoptado por el derecho argentino, tanto el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield como el vigente Código Civil y Comercial.

## **4. Legítima y libertad de testar. Argumentos a favor y en contra.**

El sistema de legítimas es aquél conducente a proteger el núcleo familiar, basándose en principios de orden público como la solidaridad familiar y el deber de asistencia. A través de este sistema se determina una porción de la herencia que será destinada a los denominados herederos forzosos. Su aplicación es imperativa, por lo que

no puede ser dejada de lado por la mera voluntad del causante, se aplica de forma obligatoria y eso no se puede modificar.

En cambio, el sistema de libertad de testar le otorga al causante la facultad de disponer libremente de los bienes que dejará una vez fallecido, decidiendo con total libertad que destino tendrán a través del reflejo de su última voluntad en un testamento.

Se pueden diferenciar diversos argumentos a favor de cada uno. A saber:

- **Argumentos en favor de la libertad de testar:** siguiendo lo expuesto por Ovsejevich, podemos dividir los argumentos en tres grupos: jurídico, moral o económico.

El argumento jurídico se basa en el denominado *ius disponendi*, que refiere al dominio absoluto que posee el individuo sobre sus bienes. Se deduce entonces que con base en el mencionado principio, el causante debería poder decidir qué sucederá con sus bienes una vez fallecido, al igual que lo decidió en vida mientras los disfrutaba. Sin embargo, hoy en día es común el dictado constante de leyes que limitan al derecho de propiedad, por lo que ya no podemos hablar de un derecho absoluto.

El argumento moral contiene otros argumentos, los cuales se basan en la autoridad paterna. Se hace referencia a la patria potestad, que en épocas más antiguas implicaba un poder ilimitable del *paterfamilias* sobre sus hijos, pero hoy en día pasó a ser más una obligación que un derecho, por lo que ante su incumplimiento el hoy denominado “cuidado personal” se puede perder. El próximo argumento refiere al “robustecimiento de la autoridad paterna”, lo que haría a los hijos más sumisos y obedientes, aunque esto bien podría ser por cariño hacia el padre o por interés en la herencia. Y por último el argumento más importante vinculado a la moral es de la “voluntad del causante”, que parte del deseo del difunto sobre el destino de sus bienes, deseo expresado mediante testamento.

El argumento económico comprende también otros argumentos: “impide la subdivisión excesiva de la propiedad”, según esta postura, al fallecer el causante se divide el bien inmueble entre todos sus herederos, y tantas divisiones lo tornan antieconómico.

Otro argumento es que “remedia la crisis de la natalidad”, se funda en que muchos padres con el interés de que se conserve intacto el patrimonio de la familia que puede provenir de hace varios siglos sin sufrir modificaciones, deciden no tener más que un único hijo, para evitar de este modo demasiadas subdivisiones sobre los bienes. Otro argumento es el de “favorecer la estabilidad y cohesión de la familia”, pudiendo el causante disponer de los bienes en favor del hijo que considere más apto para mantener el rango social de la familia; este argumento ya no tiene peso en nuestra sociedad. El anteúltimo consiste en la “distribución de la herencia en proporción a las aptitudes de cada hijo”, al ser el padre quien mejor conoce a sus hijos, él tiene el derecho de distribuir los bienes del modo más conveniente para la familia. Por último nos encontramos con que “impulsa el trabajo”, ya que como el hijo no tendrá ningún derecho sobre los bienes adquiridos por el padre, trabajará y se esforzará de modo de conseguir un rango social como el del padre, favoreciendo supuestamente también a la sociedad.

- **Argumentos en favor de la legítima:** se pueden clasificar en morales, sociales y políticos.

El argumento moral considera que los lazos de sangre que existen entre personas de parentesco estrecho dan origen a obligaciones de tipo patrimonial, respaldadas por la ley, con el objeto de proteger a la familia. Por ejemplo la prestación de alimentos, la cual no habría motivo para no mantenerse post mortem, ya sea por piedad o por afecto.

El argumento social considera que la familia es el elemento primordial sobre el que se sustenta la sociedad, ya que la agrupación de ellas conforma la nación. Ante esto es de suma prevalencia mantenerla y garantizar su prosperidad. Para lograr este fin una de las instituciones que mejor se adecúa es la de la legítima, la cual aseguraría la participación de la familia en la formación del patrimonio. Lo recién expuesto se debe principalmente a que los bienes de una familia generalmente se consiguen gracias al esfuerzo de todos los integrantes, desde sus diferentes perspectivas y roles, por lo que sería injusto que luego sean privados de ellos.

Por último, el argumento político parte de la base de que una justa distribución de la riqueza ayuda a la organización política de una nación, ya que la igualdad que crea

la legítima concuerda con los principios de la democracia y con las instituciones de carácter republicano en mayor grado que la libertad de testar.

### **CAPÍTULO 3**

#### **LEGÍTIMA. ANÁLISIS SOCIO-HISTÓRICO Y NORMATIVO.**

**SUMARIO:** 1. Debates doctrinarios y cambios sociales. 2. Análisis constitucional.

## **1. Debates doctrinarios y cambios sociales.**

La controversia o contradicción entre la legítima y la autonomía de la voluntad generó años de debates entre doctrinarios, principalmente por los porcentajes de legítimas que establecía el viejo código civil.

En ellos, tuvieron lugar dos posturas opuestas. Por un lado se argumentaba que las porciones legítimas del código derogado eran excesivas y que éstas debían ser disminuidas; y por el otro tuvo lugar una postura más extrema que solicitaba directamente la eliminación del instituto legítima como tal, dando lugar a una total libertad de testar.

Quienes se encontraban en contra de las legítimas establecidas, argumentaban que eran excesivamente elevadas (correspondían  $\frac{4}{5}$  a los descendientes,  $\frac{2}{3}$  a los ascendientes,  $\frac{1}{2}$  al cónyuge y  $\frac{1}{4}$  del esposo a la nuera viuda sin hijos; siendo las más altas de la región) y que cada sociedad tiene sus propias costumbres y valores, y estos cambian con el paso del tiempo, por lo que era necesario que el derecho se adecúe a ellos, ya que la legislación argentina en sus inicios fue estructurada en base a las costumbres y valores de las familias del siglo XIX.

Además, actualmente se priorizan más la autonomía y la libertad, y los tipos de familias y las relaciones interpersonales sufrieron modificaciones, no siendo las mismas que las de dos siglos atrás.

Referimos a que los tipos familiares y las relaciones interpersonales no son las mismas que las del siglo XIX y XX, porque al realizar un análisis histórico sobre el antiguo Código Civil de Vélez Sarsfield, se puede notar que tanto en el derecho de familia como en el sucesorio, hay una fuerte influencia cristiana-católica sobre la concepción de familia, viéndose ésta como un órgano social fundamental para la sociedad que se basa en el amor y la solidaridad, y que no debe disolverse. Por lo tanto se estructuró un régimen sucesorio con un alto porcentaje de legítima para asegurar de este modo que una gran parte del acervo hereditario permanezca dentro de ella. Podemos notar como en consecuencia se limita en gran medida la voluntad del causante al momento de disponer sobre sus propios bienes.

Nuestro derecho nacional protegió a la familia de distintas formas, desde la órbita del derecho sucesorio, en dónde lo hizo fundándose en diversos factores como el vínculo de parentesco y conyugalidad, la necesidad de algunos de los integrantes de la familia, y la colaboración proporcionada por algunos de los miembros de la misma.

En cuanto a la protección con base en el vínculo, la ley establece que si no existe testamento, la sucesión será ab intestato y se llamará a suceder por ministerio de ley a aquellos a quienes el legislador presupone son sus vínculos más íntimos, su núcleo familiar. Y en el caso de que exista testamento, la ley dispone que el causante podrá determinar mediante su voluntad quiénes recibirán los bienes y a través de que método, pero con una fuerte limitación en su voluntad, sin un amplio margen de libre elección; interviniendo de este modo en la esfera privada del individuo con un fin protectorio.

En la teoría, el sistema argentino, de legítima rigurosa, parece lógico y justo, buscando con un noble propósito, proteger la familia y a sus integrantes. Sin embargo, en la práctica, en la actual realidad social, este espíritu de justicia y protección no siempre se ve reflejado.

Como ya se ha dicho, no todas las familias son iguales, no todas las relaciones interpersonales son las mismas, y el perfil de las familias actuales no es idéntico al de décadas anteriores, su conformación cambió. La familia tradicional ya no es necesariamente la conformada por un matrimonio, o por un matrimonio heterosexual, y con hijos, por citar los ejemplos más corrientes; sino que hoy en día se ven con mayor frecuencia –o tienen más lugar- los concubinatos, los matrimonios homosexuales, parejas que conviven por muchos años sin descendencia y sin ánimos de tenerla, o simplemente familias conformadas por personas unidas por un vínculo de amistad.

De forma similar lo explica el Dr. Marcos Córdoba, sosteniendo que: *“Existen en nuestra sociedad familias matrimoniales, concubinarias, basadas en uniones libres y otras a las que no se tienen presentes en nuestra protección legal, y que son aquellas que integran, por ejemplo, dos hermanos del mismo o diverso sexo que conviven asistiéndose recíprocamente, aportándose a veces uno la vivienda, la jubilación, tal vez el otro la asistencia espiritual o en las enfermedades, situación similar a la de aquellas personas que en situación precaria en lo económico y sin ningún tipo de parentesco entre sí, ni*

*motivación sexual, recurren a la convivencia como modo de subsistencia.”* (Córdoba, 2010)

En relación con lo expuesto en el párrafo precedente, Kemelmajer de Carlucci habla sobre la apertura al “afecto” como concepto jurídico, explicando que en el mundo del derecho ya se comenzó a pensar que las relaciones familiares deberían comenzar a moverse con mayor frecuencia en el ámbito de la afectividad más que en el de los lazos biológicos o genéticos, dando lugar a un concepto que parecía únicamente pertenecer al derecho brasileño: se trata de “la afetividade”, que sería el parentesco social afectivo, el cual refleja la relación que surge entre personas que sin ser parientes, se comportan entre ellos como si así fuera, produciéndose de este modo el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo; o como ella lo denominó la “desencarnación”.

Un ejemplo de ello se encuentra ya en el Código Civil y Comercial en su artículo 59, el cual refiere al consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, mencionando a los “allegados”; dando así eficacia a cierto tipo de relaciones.

Quizá, es un buen momento y una buena oportunidad para que esto comience a reflejarse más en el derecho sucesorio.

La Real Academia Española (RAE) define a la familia como “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”, o “Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines a un linaje”, o “Hijos o descendencia”. Bien vemos que la definición brindada por la RAE tampoco concuerda exactamente con los tipos familiares actuales.

Al respecto, la Dra. Kemelmajer de Carlucci afirmó que el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, son una creación “cultural”, no “natural” o “esencial”, por lo tanto, si el concepto de familia no es natural sino cultural, ya que se encuentra estrechamente vinculado con las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.; se entiende fácilmente que no existe un modelo universal e inmutable sino muy diversos tipos de familia, tratándose principalmente el primero, de un concepto cambiante.

Por estos motivos es que cada vez más referimos a “familias”, pluralizando el concepto.

Al respecto, autores españoles como Francisco Rivero Hernández describen: *“La caída de la nupcialidad y el ascenso de la tasa de divorcios ha causado una eclosión de nuevas formas de familia, tales como: familias unipersonales (de solteros, divorciados o viudos); monoparentales o matri-focales (madres sin pareja con hijos a su cargo, sean solteras o separadas); reconstituidas (parejas de segundas o ulteriores nupcias, a cargo de hijos procedentes de uniones anteriores); familias de cohabitantes, uniones informales de parejas sin legalizar, tengan o no hijos a su cargo, etc.”* (Rivero Hernández, 2011)

Esto es fruto de los cambios sociales que tuvieron lugar a fines del siglo XX y que perduran durante el siglo XXI, por eso es necesario que el derecho, al tratarse de una ciencia social, sea sensible y flexible ante los cambios que se producen en la sociedad.

De este modo lo entendió también el prestigioso jurista civilista italiano Pietro Perlingieri, quien explicaba que *“La complejidad del vivir hace que el significado de la existencia sea, normalmente, el de coexistencia; el individuo no está aislado, sino en relación con otros, con quienes, en ocasiones de las más variadas, tiene conflictos de intereses, desencuentros, tensiones latentes, en fin, infinidad de posibilidades antitéticas”*. (Perlingieri, Profili istituzionali del diritto civile, 1979)

*“La storia della famiglia non è la storia della sua disgregazione, ma della sua trasformazione.”* (Perlingieri, 1991)

En concordancia con esto, podemos recurrir a Fernando Martínez Paz, quien sostiene que el derecho no se puede permitir no tener en cuenta las características plurales que particularizan a la sociedad, ya que el derecho como ciencia jurídica no puede aislarse de ella, porque se encuentra inserto en la realidad y *“no existe en estado de pureza jurídica.”*

Por lo tanto, de acuerdo con el abogado español Vela Sánchez: *“El jurista debe afrontar los problemas concretos y actuales de la persona y ofrecer soluciones con imaginación y valentía.”* (Vela Sánchez, 2005)

Como reflejo de lo dicho, se pueden vislumbrar sucesivas reformas legislativas que tuvieron lugar en nuestro derecho con el objeto de adecuar el cuerpo normativo a la realidad social de la época. Verbigracia, la patria potestad (ahora denominada cuidado

personal) pasó a ser compartida entre ambos progenitores, se incorporó la figura del divorcio vincular, se sancionó la Ley 26.618 conocida mayormente como Ley de Matrimonio Igualitario, y se incorporó la figura de la compensación económica, por citar algunos ejemplos del derecho de familia que terminan influyendo en el derecho sucesorio.

La realidad social hoy en día es más compleja, y esto no escapa a la normativa nacional. El orden público “regula” la “moral” de los argentinos en el ordenamiento jurídico, pero, ¿representa nuestro cuerpo normativo realmente la moral de la sociedad? ¿Se refleja en la práctica al momento de testar?

En consonancia con esto, en el ámbito supranacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Riffo y niñas c/ Chile” sostuvo que para la Convención Americana de Derechos Humanos “*No se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo tradicional de la misma*” sino que “*debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio*” (“Atala Riffo y niñas c/ Chile”, 2012)

Al producirse la contractualización o constitucionalización del derecho privado e influir en nuestro derecho los Tratados Internacionales, en Argentina los derechos humanos obtuvieron aún más reconocimiento. Esta injerencia se visibiliza en la conceptualización jurídica de la familia tradicional y el reconocimiento a las nuevas formas de organización familiar, dando lugar a otra cosmovisión que toma como eje de protección a la persona y no a la familia como institución.

Como veremos más adelante, el CCyCN es un reflejo de lo mencionado, ya que su normativa se adecuó en ciertos aspectos a la realidad social, principalmente en materia familiar, donde se encuentran como principios rectores y pilares fundamentales la igualdad, la no discriminación, la libertad y la autonomía personal.

Otro aspecto a señalar y analizar es que en Argentina no hay cultura del testamento, predomina la sucesión ab intestato, debido principalmente al alto porcentaje de legítimas que nuestro sistema sucesorio adopta, en el cual el testador se encuentra altamente limitado al momento de disponer. Al esto perdurar durante tantos años, nunca el testar se transformó en un accionar común que se mantenga en el tiempo transformándose en una tradición y formando parte de nuestra cultura.

En cambio, en los países con mayor libertad de disposición sí hay una cultura del testamento totalmente instaurada, con el cual comienzan a planificar la sucesión. En Argentina generalmente suelen testar aquellos que no tienen herederos forzosos o quienes no desean que sus bienes queden en manos del Estado.

Desde una posición opuesta al sistema de legítimas pero no extremista, Solari sostiene que el sistema de distribución de la herencia debe cambiar, y el principio general debe ser el de la libertad de testar.

Al mismo tiempo, considera que igualmente deben contemplarse protecciones a determinadas personas vinculadas al causante, que a la vez pueden o no encontrarse en situaciones de vulnerabilidad, como los menores, los adultos mayores o aquellos que sufren de alguna discapacidad que no les permite valerse por sí mismos.

Lo afirmado por Solari, coincide con la suposición que realiza el legislador sobre los afectos del causante, presuponiendo conocerlos, tomando como base y punto de partida la familia tradicional. De este modo el ordenamiento establece a quiénes se debe proteger y quiénes deben recibir la herencia de manera forzosa, desconociendo cada caso particular.

Con base en ello, el derecho sucesorio se debería legislar acorde a las necesidades sociales contemporáneas, intentando lograr un equilibrio jurídico que afecte lo menos posible cada derecho consagrado por la ley.

En otras palabras, se debe determinar cuánta libertad puede soportar nuestro régimen jurídico sin lesionar derechos de terceros.

Al respecto afirma: *“Con la legítima el Estado determina un modelo familiar forzoso de transmisión, que puede no coincidir con el modelo familiar del caso particular”*. (Solari, 2020)

En coincidencia con él, Rafael Leña explica que la limitación que importa la legítima ya no cuenta con el soporte tradicional de una familia que se mantenía durante toda la vida cerca de los padres como núcleo de protección recíproca y convivencia. (Leña, 2005)

Hoy en día, la casa no se configura más como el lugar físico tradicional en el que las relaciones personales y afectivas se concentran.

En palabras de la jurista española María Olga Sánchez Martínez: “Reconocer la multiplicidad de formas familiares no significa negar que la familia “constituye el primer nivel de integración social del individuo, su primera escuela, un lugar de desarrollo personal, transmisor de cultura y riqueza que ejerce importantes funciones” (Sánchez Martínez, 2010)

Por su parte, la autonomía de la voluntad implica la capacidad que tiene la persona de decidir libremente por sí mismo, y al encontrarse restringida de tal manera, muchas personas caen en conductas fraudulentas para poder expresarla realmente, dando lugar a la comisión de ilícitos.

Algunos ejemplos de actos ilícitos son el fraude a la ley, actos simulados, procedimientos, negocios jurídicos, interposición de persona, constitución y manejo o desenvolvimiento de sociedades, negocios jurídicos indirectos, o la constitución de fideicomiso con otros fines evasores de la legítima.

Por este motivo es que Graciela Medina en “Los principios de la codificación contemporánea. Su reflejo en el derecho sucesorio.” expresó: “...*debemos evitar un sistema legitimario asfixiante que obligue al fraude como única manera de que el causante disponga de sus bienes a favor del heredero que más lo necesita.*”

Esta situación generó debates no sólo en Argentina, sino en muchas legislaciones a lo largo de la historia, un ejemplo es España. En torno a su régimen jurídico, de gran influencia en el nuestro, juristas como García Goyena y Joaquín Costa, se explayaron al respecto sobre el modo de actuar del legislador.

El primero indicó que “*El legislador no puede amar como un padre, ni conocer los vicios y virtudes, las desigualdades y necesidades de los hijos.*” (García Goyena, 1852)

Desde su perspectiva, Costa agregó: “*Sólo los padres conocen el carácter de cada hijo, sus inclinaciones y sus aptitudes, su grado de capacidad intelectual, su conducta, sus recursos, los reveses de la fortuna, las desigualdades naturales que separan a unos de otros hijos. Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos*

*meramente posible, y en todo caso no sucederá sino por excepción y accidente; el legislador, al contrario, no puede acertar nunca, el error es congénito y connatural a su regla; yerra porque no puede menos de errar.” (Costa, 1883)*

Por otro lado, la Dra. Teodora Felipa Torres García, catedrática de Derecho Civil en la Universidad de Valladolid, abordó en la obra “Derecho de sucesiones. Presente y futuro” de la que participa la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC), en donde también realizan ponencias otros profesores, el tema bajo análisis que tanta discordia genera: la legítima.

Para ella, realizar un estudio del derecho sucesorio, y en particular del instituto de la legítima, supone congregarse a la variedad de posiciones doctrinales existentes en torno a cualquier aspecto de esta figura jurídica, ya que presenta diversas variantes y todavía no se ha “despojado” de su configuración histórica. Al igual que en nuestro derecho, las posiciones doctrinales que tuvieron lugar fueron la de la supresión de la legítima y la de su sustitución. Sin embargo, por ahora se la mantiene pero “adaptándola” a la nueva realidad social.

Se expone la Dra., contando que la problemática tiene lugar desde el período codificador, y aunque por un momento parecía que había casi desaparecido, con el transcurso de los años volvió a surgir y ha vuelto a plantearse y tener lugar en la agenda jurídica. Los debates doctrinarios se centraron nuevamente en dos opciones antitéticas, ya que responden a fundamentos opuestos. Ellas eran las de adoptar un sistema de amplia libertad del causante para disponer de sus bienes o, por el contrario, que todos los bienes que deje al morir el causante estén destinados por ley a los parientes más próximos. Aunque la tesis favorable a la libertad de testar contó en su momento con un gran respaldo, la tesis que predominó y se adoptó fue la del sistema de legítimas, que no era ni más ni menos que la adoptada por el derecho de Castilla, el cuál permaneció en el Código Civil español, aunque sufriendo la legítima una reducción.

La teoría que apoyaba el sistema de legítimas, también conocida como teoría clásica o tradicional, fue mantenida por doctrinarios de gran peso como Florencio García Goyena y Benito Gutiérrez, quienes justificaban la inclusión de la legítima en la sucesión testamentaria argumentando que era la voluntad del testador la que originaba la puesta en marcha de esta institución de carácter imperativo; pero sin desconocer que finalmente la

legítima configuraba una restricción a la libertad de disposición mortis causa, por ser al fin y al cabo la voluntad privada del causante la que al ser manifestada en el testamento, la que marca el rumbo sucesorio de los bienes. Del mismo modo se pronunciaba otro jurista español reconocido como Juan Vallet de Goytisolo, quien en su obra “Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas” trataba justamente a la legítima como un límite claro a la libre disposición.

Para Torres García, el debate entre libertad de disposición y sistema de legítimas debe nutrirse del propio texto de la constitución española. Indica ella que tanto la propiedad como la familia han estado en la tradición histórica de su sistema sucesorio íntimamente relacionadas, aunque la primera surge en los institutos centrales del sistema sucesorio como el testamento (art. 667 CC), la legítima (art. 806 CC) o incluso como modo de adquirir la propiedad (art. 609 inc. 2 CC); la segunda es el presupuesto básico y bien jurídico tutelado por la sucesión legitimaria y por la sucesión legal, donde el vínculo de parentesco es determinante para que se realice su apertura.

Complementa lo desarrollado en el párrafo precedente citando el art. 33 de la Constitución española, que dispone en su inciso 1º: “*Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*”, y en su inciso 2º: “*La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.*”

Se puede concluir de ello, que son esenciales tanto la libertad de disponer como el derecho a la herencia de los parientes sucesores, y por este motivo (entre otros) el legislador limita la libre disposición del causante para que parte de su patrimonio se dirija no a cualquier pariente, sino a su esfera más íntima, su núcleo familiar, a quien busca proteger jurídica, social y económicamente.

Empero, esta limitación al derecho de propiedad debe contar con una función social que la fundamente, ya que sino la legítima solamente actuaría como un grave obstáculo al libre desarrollo de la persona.

Por otro lado, en una ponencia presentada en las XII Jornadas de la APDC, en Santander, que tuvieron lugar entre el 9 y el 11 de febrero de 2006, en las Jornadas dedicadas a las reformas del derecho de sucesiones en España, el abogado y profesor Jesús Delgado Echeverría se explayó sobre las alternativas al sistema de legítimas: su eliminación, o una limitación en su quantum o en las personas destinatarias de ella. De

tener lugar su eliminación, sostiene que al ser esta una modificación al núcleo del sistema sucesorio, si ella se basa en que el fundamento de la legítima y su finalidad ya no es la originaria, y se trata ahora en mayor proporción de un deber moral o social, la sanción sobre ella debe proceder desde la moral o la sociedad, pero no del mundo jurídico. Y además agrega que las legítimas suprimidas podrían ser reemplazadas por atribuciones patrimoniales con fin asistencial en favor de aquellas personas necesitadas y dependientes del causante, quienes con su deceso quedarían desasistidas y/o desamparadas.

En cambio, si opta por una limitación en su criterio objetivo (quantum) o subjetivo (destinatarios), el objeto de esta modificación sería la reducción de la porción legítima para que deje de ser excesiva y la reducción de en el número de grados de parentesco de los llamados legitimarios, en cierto modo flexibilizándolas.

Para otro autor español, como Alberto Carrió Sampedro, profesor de filosofía del derecho en la Universitat Pompeu Fabra en Barcelona, la legítima como derecho de los legitimarios: *“Proporciona seguridad jurídica a los parientes más próximos del causante dado que asegura sus expectativas frente a los actos de disposición de aquel.”* (Carrió Sampedro, 2016)

Sin embargo, en la misma publicación, pero desde otro punto de vista, en este caso el de la legítima como restricción de la voluntad del causante, indica que el eje principal de la controversia es la utilidad del instituto jurídico, que en la actualidad difícilmente cumple con las funciones que estuvo destinado en un principio a desempeñar, y hay numerosas razones que hacen hincapié en su pérdida de utilidad y en su ineficiencia, por tratarse de un instituto arcaico que además genera problemas jurídicos como la determinación de la ley aplicable a los actos de última voluntad.

Continuando con los similares debates doctrinarios que tuvieron lugar en legislaciones extranjeras, el notario cubano Leonardo Pérez Gallardo, quien se desempeña como profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, llega a la conclusión en su artículo publicado bajo el nombre de “Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial” de que en los sistemas de derecho sucesorio sudamericanos la legítima se impone como freno a la libertad de testar

y aún códigos como los de Bolivia, Perú, Paraguay, Brasil y Argentina no han tenido lugar reformas profundas (sin ir al- en su consideración- extremo sistema de total libertad de testar). Por ende, considera que es apremiante una reforma jurídica que reduzca el monto de las legítimas establecidas, que al ser elevadas perturban toda posibilidad de testar al encontrarse tan reducida y limitada la porción disponible.

Agrega en consonancia, que gran parte de la doctrina se pronuncia ya en favor de un equilibrio en el derecho sucesorio entre las normas imperativas y la autonomía, de modo que no puede existir una absoluta libertad de testar ni un sistema de legítimas total. Dicho equilibrio sostiene que solo se lograría con una disminución de la cuantía de las legítimas y con un fortalecimiento de institutos que permitan una mayor solidaridad familiar con el integrante más débil, tales como las figuras del fideicomiso testamentario, la mejora, entre otras.

Desde la doctrina chilena, autores como Mauricio Tapia Rodríguez, consideran que: *“Se trataría más bien de buscar un equilibrio que permita una mayor libertad del testador, pero en ciertos márgenes, definidos de la forma más objetiva y pacífica posible.”* (Tapia Rodríguez, 2005)

A modo de cierre de este apartado, creemos que es correcto citar la pregunta formulada por la Dra. Sosa: *“¿Hasta dónde el Derecho debe ingresar a esa vida familiar que tantas y tan variadas formas presenta en la realidad?”*. (Sosa, 2013)

A través de la legítima y de la suposición del legislador, el Estado interfiere en cuestiones y decisiones personales que corresponden al campo de la intimidad de cada persona. *“La intimidad es la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito: privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos.”* (“A., S. R. c/ Mendoza 21 SA”, 2009)

## 2. Análisis constitucional

En el plano nacional, dirigiendo la discusión hacia la esfera constitucional, muchos de los doctrinarios que se opusieron al sistema de legítimas sostenían que la misma no aprobaba el control de constitucionalidad, debido a que afectaba a la propiedad privada (consagrada por el art. 17 de la CN), a la libertad de disposición (art. 14 CN), al derecho a testar (art. 20 CN) y a la autonomía personal (art. 19 CN).

El artículo 17 de la Constitución Nacional en su enunciado consagra a la propiedad privada. Dispone en su primera parte: *“La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.”*

El art. 14 establece: *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; ... de usar y disponer de su propiedad...”*.

El art. 20 (que debe ser interpretado en concordancia con el art. 14) dicta: *“Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; ... poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; testar y casarse conforme a las leyes.”*

Como bien dice Perrino, *“el valor que se le otorgue a la institución familiar, a la propiedad y al derecho sucesorio incide de manera decisiva en la libertad de testar, y consecuentemente, en la aceptación o rechazo de la legítima hereditaria.”* (Perrino, 2011)

Los arts. 14 y 17 en este caso pueden analizarse conjuntamente. La propiedad privada es un derecho reconocido constitucionalmente, y la misma es inviolable. La CSJ (que actúa como intérprete final de la Constitución Nacional), sostiene que la propiedad comprende todo aquello que el hombre puede tener fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad; por lo que comprende: derechos hereditarios, actos jurídicos de disposición y uso de la propiedad, derechos y obligaciones nacidos de un contrato, sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, derechos de propiedad intelectual, efectos liberatorios del pago, derechos adquiridos por jubilaciones y pensiones, entre otros.

Esto significa que los conceptos “libertad” y “propiedad” como términos constitucionales deben ser tomados en su sentido más “amplio”, ya que no se limitan únicamente a la propiedad como espacio físico.

Sin embargo, la propiedad no comprende un derecho absoluto, sino que el Congreso reglamenta este derecho en aras del bien común y el orden social (por ej., la expropiación, la servidumbre). En los campos del derecho de familia y del derecho sucesorio es limitada en favor de lograr que sea compatible su ejercicio con el interés general. En lo relativo a nuestro caso, en el derecho sucesorio, su propósito serán la familia y su preservación tras la muerte del causante.

Si bien se trata de la protección de un interés general, siendo la familia una de las bases de la organización de la sociedad y un bien jurídicamente tutelado también por los tratados internacionales de derechos humanos a los que la Argentina adhirió, ésta restricción sobre la propiedad privada y sobre el derecho a testar consagrado por nuestra Carta Magna, implica una intromisión en el ámbito privado del individuo. Esto se explica encontrando su causa en la íntima relación existente entre ambos derechos, ya que al ser dueño de su propiedad y pertenecer ella a la esfera privada de la persona, cuenta con el derecho a testar y disponer sobre la misma con libertad. El mismo artículo 17 consagra la inviolabilidad de la propiedad, que significa que nadie puede restringir o privar a una persona de su propiedad en forma arbitraria.

Por ende, al afectar la autonomía de la voluntad, se afecta en consecuencia la propiedad privada, y por estar estrechamente ligados, como corolario de ello se afectan también el derecho de usar y disponer de ella en vida, y el derecho a testar para después de la muerte, conformando la propiedad parte del acervo hereditario que se transmitirá.

La propiedad actúa como una de las bases y soportes básicos y elementales para que la sociedad se desarrolle e impulse. El fallo Ercolano nos brinda al respecto un pronunciamiento de la SCJN que concuerda con lo dicho: *“El derecho de usar y de disponer de la propiedad implica el de transmitirla o ceder su uso, el de celebrar todos los actos jurídicos con ella relacionados y el de convenir libremente las estipulaciones y cláusulas concernientes a tales actos.”* (“Ercolano c. Lanteri de Renshaw”, 1922)

En la misma línea podemos citar a Alberdi, autor intelectual de la Constitución Nacional y de una de las obras precursoras de la organización política y económica

argentina como las “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, quien declaró: *“La libertad de usar y disponer de su propiedad es un complemento de la libertad del trabajo y del derecho de propiedad.”* (Alberdi, 1856)

Por su parte, el art. 19 dicta: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo 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.”*

Este artículo consagra el derecho a la intimidad, que es aquél que permite a una persona disponer de una esfera o espacio privado en el que tanto el Estado o los particulares no deben entrometerse. De este modo se brinda protección a un espacio en el que se desarrolla la autonomía individual, integrado por sentimientos, creencias religiosas, la familia, costumbres, hábitos, tradiciones, etc. Además, también consagra el derecho a la privacidad, que comprende la posibilidad de realizar acciones privadas.

Ambos derechos, pasan por el tamiz del llamado principio de legalidad, que establece que las prohibiciones, órdenes o limitaciones deben surgir de una ley dictada por el Poder Legislativo, actuando así la ley como límite y garantía de la libertad. Su fundamento se encuentra en que el hombre se desenvuelve en compañía de otros sujetos, formando una sociedad, por lo que se ve envuelto en una situación que lo lleva al deber de ceder parte de su libertad para lograr la convivencia en forma organizada; y esto lo lograría al encontrarse con limitaciones legales como el orden y la moral pública, y los derechos de terceros.

Empero, las prohibiciones o límites que impone la ley, deben ser justos y razonables, atendiendo a la lógica y operando armónicamente en concordancia con la realidad social del momento.

Al respecto, Bidart Campos explica que la autonomía personal o de la libertad actúa como barrera al Estado, los terceros y la ley, preservando o protegiendo zonas concernientes a decisiones personales, resguardando de este modo la libertad individual.

En la misma línea, el mismo autor expresa que: *“El resguardo constitucional al proyecto de vida autorreferencial configura un marco de actuación personal exento de interferencias e intervenciones (del Estado o de otros individuos) en el cual –día a día– se materializa un proceso vital, dinámico y cambiante asentado en modelos propios de desarrollo y cuyas decisiones son reflejo del ejercicio de la sublime libertad personal.”* (Bidart Campos, 1999)

En relación con lo desarrollado recientemente, comprendemos que el testar comprende una acción privada, y que el testar haciendo uso de su libertad no implica en cada caso una ofensa al orden y a la moral pública, ya que desconocemos la realidad social de cada familia y como son los vínculos entre los individuos que la componen. Por lo tanto otra vez nos encontraríamos con la intervención del Estado en la esfera privada del causante.

Nuevamente podemos acudir a Salomón, quien sostiene que: *“...ejercer el derecho a testar implica poner en movimiento un doble juego de derechos: la libertad en la determinación del proyecto de vida personal y la disposición de la propiedad individual a través de la determinación del destino de los bienes propios habrán de seguir para después de la muerte del individuo.”*, agrega además: *“En su testamento, el causante está manifestando su libertad y su autonomía personal constitucionalmente resguardada”*.

El mismo autor expresa: *“La autonomía personal y el ejercicio del derecho de propiedad expresado en el testamento se vería violentado si tiene lugar una intromisión legal que implique una sustancial restricción del mismo, basada en una planificación estatal que –respondiendo a intereses familiares o sociales– imponga una distribución forzosa del patrimonio con clara limitación de la libre disposición del mismo.”* (Salomón, 2013)

Es importante resaltar que la tensión constante que se produce entre la autonomía de la voluntad y el orden público tiene lugar también en el derecho de familia, rama de gran influencia en el derecho sucesorio. Pero en el derecho de familia la autonomía de la voluntad no se encuentra restringida del mismo modo, sino que contrariamente es más amplia y tiene mayor margen de acción.

Como mencionamos, ningún derecho es absoluto, y todos admiten una determinada reglamentación para no lesionar en su ejercicio derechos ajenos, procurando así el bienestar general y actuando con fines de conveniencia social y seguridad común.

Por ejemplo, sería injusto y reprobable ética y moralmente, que dentro del marco de una absoluta libertad de testar, bajo un total acto de egoísmo, un padre no disponga siquiera de un mínimo porcentaje de la herencia en favor de sus hijos, exponiéndolos a un estado de desamparo y vulnerabilidad. También lo sería el caso en que se vea igualmente afectado el cónyuge, ya que al igual que los hijos, ha protegido, acompañado y auxiliado al causante con su asistencia moral, afectiva e incluso material.

Además, para poder privar a alguien de la herencia, es condición sine qua non presentar y probar ante juez competente la existencia de una causal de indignidad.

En congruencia con lo ejemplificado, podemos citar nuevamente el fallo Ercolano: *“Dentro de las restricciones naturales que impone la convivencia social, sería atentatorio a los principios básicos de los organismos políticamente constituidos, si por el hecho de que un individuo esté autorizado a “usar y disponer de su propiedad” en los términos del recordado artículo 14, pudiera ejercitar esos derechos en una amplitud tal, que fuera a vulnerar los derechos, tan respetables como el suyo, de los demás individuos.” (...) “De ahí que entre los enunciados del preámbulo de la Constitución se encuentre comprendido el de procurar el bienestar general, en todas las formas y por todos los medios que la misma autoriza.”*

En similar sintonía se pronunció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el mismo fallo, esgrimiendo: *“Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución Nacional, reviste el carácter de absoluto. Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de ésta última.”* (“Ercolano c. Lanteri de Renshaw”, 1922)

Si bien dijimos que ningún derecho es absoluto sino que son relativos, su reglamentación debe respetar el principio de razonabilidad, es decir que la reglamentación no debe impedir ejercer el derecho a su titular, ya que si así fuera rozarían la

inconstitucionalidad. Así lo dispone el art. 28 de la Constitución Nacional, que trata sobre la inalterabilidad de las normas constitucionales y dispone: *“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”*.

Lorenzetti, sostiene que: *“La tensión y la compatibilización entre “lo público” y “lo privado” fue, es y seguirá siendo uno de los más ingentes debates que se presentan la sociedad y que el ordenamiento jurídico pretende encausar”*. (Lorenzetti, 2015)

Así mismo, sería también injusto que dentro de los parámetros de una excesiva y elevada porción legítima, el causante se encuentre imperativamente obligado a transmitir sus bienes a familiares con los que posee un vínculo sanguíneo en virtud del cual la ley los considera próximos, pero no existe vínculo afectivo alguno o el mismo no es de los más estrechos, privándolo de este modo de ejercer su autonomía y derecho de testar en favor de otros familiares o amistades con quienes sí tenía un vínculo afectivo más cercano e íntimo. Verbigracia hay dos casos que actúan como modelos explicativos y pueden ilustrar la situación, el primero es el caso del padre que tiene dos hijos (“A” y “B”), de los cuáles uno es un exitoso empresario que satisface sus necesidades y no se encuentra en un estado de necesidad o vulnerabilidad, mientras que el otro hijo no tuvo el mismo éxito en la vida y se encuentra desempleado y/o endeudado, sin una estabilidad económica que le permita auto sustentarse con facilidad. Por lo tanto, el padre ante esta situación familiar, desea actuar en protección de “B” (sin desconocer los derechos hereditarios de “A”) para que él sea quien reciba una mayor parte de la herencia por su estado de necesidad, pero no cuenta con la libertad necesaria para poder llevarlo a cabo.

El segundo caso, puede ser el de un padre con dos hijos, de los cuáles uno vive hace mucho tiempo en el extranjero y no tiene interés en tener contacto con la familia que le dio la vida y lo crió, mientras que el otro hijo dedicó su vida a cuidarlo mientras se encontraba bajo alguna enfermedad o simplemente requería de su auxilio. Ante el fallecimiento del padre, el ordenamiento daría lugar a una situación de injusticia permitiendo que ambos hijos hereden por igual y que el padre no pueda “recompensar” al hijo que se ocupó de él dándole una mayor porción de la herencia.

Se puede afirmar que la autonomía de la voluntad y los derechos constitucionales mencionados son limitados, menoscabados, lesionados y/o afectados por la legítima.

Sin embargo, podemos apreciar que esto responde a la protección de una de las bases más importantes que conforma la estructura sobre la que se organiza y desarrolla la sociedad, que es la familia. El orden público impone límites para asegurar el bien común, amparándose en principios sólidos como el de solidaridad familiar. Por lo tanto no se debe pasar por encima de la institución familiar, pero sí se debería brindar al causante una mayor disponibilidad sobre sus bienes para después de su muerte, para que, atendiendo al fundamento del respeto a la voluntad del causante, sus más íntimos y últimos deseos en vida (vinculados a sus bienes) se materialicen.

Lo recientemente plasmado expone a nuestro derecho sucesorio a un análisis al que se lo debe someter si pretendemos que el mismo se adecúe a los tiempos actuales. Primero podemos afirmar que –siguiendo la lógica de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen- que nuestro ordenamiento en materia sucesoria tiene normas y valores propios, que se reconocen como normas inferiores a otra superior de mayor jerarquía como lo es la Constitución Nacional, subordinándose así a ella; pero a la vez al derecho sucesorio se subordinan otras normativas por tener regulaciones de orden público; y a su vez todas las reglas sucesorias se conectan armónicamente como si fuera una red, con todo el derecho privado.

Sin embargo, aunque en la teoría el ordenamiento en general presente cierta coherencia sistémica, ésta no se ajusta totalmente en materia sucesoria a la realidad social a la que regula, no siendo completamente coherente, ya que como explican Lloveras y Orlandi, se tutela el interés familiar en abstracto, teniendo en cuenta estándares objetivos que se sustentan en patrones fijos y estáticos que probablemente el causante hubiere tenido más en cuenta, tratándose nuevamente de una suposición, de una ficción.

Debemos preguntarnos si el ordenamiento que nos rige es un ordenamiento “fiel” o “infiel”, según refleje acertadamente o no en su contenido la voluntad real de la comunidad; y si se trata de un ordenamiento “exacto” o “inexacto”, dependiendo de si el cumplimiento de las normativas por parte de los individuos tiene lugar o no.

Actualmente, podemos notar que se trata de una regulación infiel e inexacta para con la realidad social, ya que al haber tanta intervención estatal en la esfera privada de

los individuos al limitar su libertad de disposición, los mismos buscan hacer prevalecer su voluntad mediante mecanismos que no son los dispuestos por la ley, cometiendo así fraudes a la legítima. Por lo tanto, no se cumple el verdadero propósito de la norma, ya que no suple en todos los casos la real voluntad del causante.

Finalmente el Código Civil y Comercial con su entrada en vigencia disminuyó las porciones legítimas que establecía el código velezano, oyendo de este modo a la corriente doctrinaria mayoritaria y a los reclamos de la comunidad, acercándose al equilibrio necesario para que coexistan la autonomía de la voluntad y la legítima hereditaria.

Lo realizó fijando el porcentaje de las porciones en  $\frac{2}{3}$  para los descendientes ( $\frac{4}{5}$  en el Código Civil), en  $\frac{1}{2}$  para los ascendientes ( $\frac{2}{3}$  en el CC) y manteniéndolas en  $\frac{1}{2}$  para el cónyuge (de igual modo al CC). Además, suprimió la figura de la nuera viuda sin hijos, e incorporó la mejora al heredero con discapacidad.

De este modo, se amplió la libre disposición del causante, contando este con una porción disponible de  $\frac{1}{3}$  de la herencia en el primer caso, y la mitad de ella en los restantes; pudiendo elegir entre mejorar a alguno de sus herederos o realizar legados.

Al respecto, la Dra. Adriana Guglielmino señaló: *“La disminución de la legítima con su correlativo aumento de la porción disponible permitirá que el testador que quiere beneficiar a herederos no forzosos, pero cercanos a sus afectos o extraños a la familia, como ahijados, hijos de crianza, amigos, pueda disponer de una mayor porción de sus bienes en beneficio de sus elegidos”* y luego agregó que *“La posibilidad de disponer de mayor parte de la herencia incentivará a las personas a manifestar su voluntad a través de testamentos, beneficiando relaciones dentro y fuera del ámbito familiar, pudiendo mejorar a sus herederos legitimarios o transmitir derechos o bienes por disposiciones testamentarias a nietos o bisnietos desplazados por sus padres o abuelos. Así, la voluntad del causante se fortalecerá como fuente del derecho sucesorio”*. (Guglielmino, s.f.)

## **CAPÍTULO 4**

### **ORDEN PÚBLICO Y SOLIDARIDAD FAMILIAR**

**SUMARIO:** 1. Orden público. 2. Solidaridad familiar.

## **Introducción**

La legítima, al operar, da origen a una contradicción y controversia. La autonomía, caracterizada también como privada, presupone libertad, y es la encargada de llevar a la realidad los deseos e intenciones del ser humano. Al encontrarse restringida, en mayor o menor grado, se genera un conflicto.

Si el causante durante toda su vida dispuso con total libertad de sus bienes, ¿por qué no podría hacerlo para después de su muerte haciendo valer su más íntima voluntad?

Esto se debe a que los fundamentos sobre los que descansa la legítima son el principio de solidaridad familiar y el deber de asistencia, que encuentran sustento en el orden público, por lo que se trata de una institución de carácter imperativo: su aplicación es forzosa y no puede ser dejada de lado por voluntad de las partes. Al ser un instituto de orden público, responde a cuestiones vinculadas a la moral, las buenas costumbres y el bienestar general.

### **1. Orden público.**

Se destacó que la legítima tiene carácter imperativo por responder al orden público, por lo que es correspondiente realizar un breve análisis sobre qué concierne al orden público.

Tomando los dos vocablos que lo conforman, entendemos que “orden” refiere al sistema jurídico que modela la organización social, por lo tanto referimos al conjunto de normas que rigen en una comunidad. El término “público” tiene como función calificar a dicho orden, ya que engloba y actúa en base al interés general y el bien común.

Según Llambías, el orden público es “*un conjunto de principios eminentes-religiosos, morales, políticos y económicos- a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida.*” (Llambías, 1991)

Kaller de Orchansky aporta que se trata de un conjunto de principios inspiradores de la organización del Estado y la familia, que de acuerdo con el orden moral y las buenas costumbres, aseguran la realización de los valores humanos fundamentales. Agrega que la naturaleza de estos principios es variable, puesto que un cambio de las circunstancias políticas y económicas o de las concepciones morales modifica el concepto de orden público.

Continuando la idea, Juan Carlos Smith denomina orden público al “*conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad, las cuales por afectar a la organización de esta no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos.*”

*Es un estatus fundamental querido por dicha comunidad y normativamente determinado por sus órganos representativos o de un modo consuetudinario.*” (Smith, 1963)

En relación a su contenido, se caracteriza por ser variable o dinámico. Podemos entenderlo así porque sus cimientos son principios como la moral, las buenas costumbres, y cuestiones relacionadas a aspectos sociales, culturales, políticos, económicos y éticos de una determinada comunidad, que varían y se modifican con el transcurso del tiempo y dependiendo de los paradigmas y cosmovisiones de cada sociedad o de cómo cada una de ellas los interprete según sus circunstancias históricas.

A través de las disposiciones de orden público, el Estado hace prevalecer la protección de los intereses que considera requieren de un nivel de protección superior, por encima del resto, entendiéndose por encima de la voluntad y los intereses de los particulares.

Como explica Kaller de Orchansky, se vincula con la organización del Estado y la familia.

Y es en aras de protección de la última, que actúa de forma imperativa imponiéndose como límite a la autonomía de la voluntad de los particulares, explicando del mismo modo la naturaleza de la legítima.

El CCyC refiere en su cuerpo normativo a lo expuesto sobre el orden público, a través de determinados artículos que reflejan la influencia directa del mismo en las relaciones jurídicas entre los particulares. Ejemplos de lo dicho son los artículos 12, 279 y 386:

El art. 12 regula en lo referido al ejercicio de los derechos, el fraude a la ley como consecuencia de una acción llevada a cabo como producto de una convención entre particulares contraria a los derechos protegidos por el orden público, disponiendo en su primer párrafo que *“Las convenciones particulares no pueden dejar sin efectos las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.”*

El art. 279 concierne al objeto del acto jurídico, disponiendo que *“El objeto del acto jurídico no puede ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de derechos ajenos o de la dignidad humana.”*

Por último, el art. 386 se encuentra dentro de la sección que trata la nulidad absoluta y relativa de los actos jurídicos, disponiendo que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres.

## 2. Solidaridad familiar.

Como mencionamos la esencia de la legítima responde al principio de solidaridad familiar y al deber de asistencia que debe tener una persona con sus parientes más cercanos, tanto en vida como luego de la muerte. Por ende, al buscar la protección de la familia o de los sujetos que la componen que se encuentran en situaciones de

vulnerabilidad, se establece también como característica que tiene un rol social, ya que la familia conforma el núcleo esencial de la sociedad y por lo tanto se la debe preservar.

Su carácter social proviene de la *pietas*, del derecho romano. Se trata de la piedad hacia los parientes más próximos, en sentido de asistencia, ayuda, cuidado o respeto por el otro para proveerlo de sus necesidades o carencias físicas, mentales o materiales. Y a la *pietas*, responde la solidaridad familiar.

Con base en lo dispuesto, es que se limita la autonomía de la voluntad del causante, tratándose en consecuencia de un sistema de reglamentación negativa, ya que justamente actúa como límite o freno a la libre disposición, pero encontrando justificación en la faceta social del instituto.

El principio de solidaridad familiar no cuenta con una definición concreta por parte del CCyC, por lo que necesitamos extraerla de diversas instituciones que fomentan una actitud de cooperación recíproca entre individuos de un mismo grupo.

Se trata de un principio jurídico de orden público, que no puede dejarse de lado por la mera voluntad de las partes; y que responde al deber de asistencia para con los parientes más próximos con el fin de no desampararlos o dejarlos en un estado de vulnerabilidad. Responde a una prestación de socorro, favor o ayuda.

Se desenvuelve en el ámbito del derecho de familia y es donde mayor impacto y efectos produce, pero como consecuencia por encontrarse íntimamente ligados, también los genera en el derecho sucesorio.

Recurriendo a Cicerón, podemos definir a la *pietas* o piedad como “la virtud que nos exhorta a cumplir con nuestro deber en nuestro país o con nuestros padres u otros parientes de sangre, *pietas erga parentes*”.

Otros autores como Clemente refieren a ella como la veneración al padre y los parientes, como amor filial, afecto filial, clemencia a aquellos con quienes nos vinculamos.

Según Massimo Bianca, la familia como institución es el grupo de personas que pertenecen a una descendencia común que tienen como característica principal un intenso

vínculo de solidaridad recíproca entre los que la componen, traducándose esto en derecho y obligaciones de asistencia, colaboración y mantenimiento. (Bianca, 1989)

Según su ámbito se la asimilaba a la moral social o a la religiosa, es decir como conducta leal o como conducta de devoción. Y desde la perspectiva filial se la asemejaba como la solidaridad hacia el inferior y luego hacia el resto de los integrantes del grupo familiar.

Se la puede considerar también como una virtud que busca el bien común de un grupo, cuya finalidad intenta solucionar las carencias espirituales o materiales de los demás, y se produce como consecuencia de la adhesión a valores sociales comunes.

Extraemos de estas definiciones que se trata de un deber moral, afectivo, solidario y de respeto hacia nuestros vínculos afectivos y consanguíneos más estrechos, en virtud del cual se toman decisiones inspiradas en la asistencia recíproca.

La solidaridad, como principio asistencial, es contraria al individualismo. Como efecto reflejo de ella se fortalecen los lazos familiares, se protege a quienes integran la familia, y como explica la Dra. Vanella: *“La solidaridad es una virtud contraria al individualismo y busca el bien común. Su finalidad es intentar solucionar las carencias espirituales o materiales de los demás y se produce como consecuencia de la adhesión a valores comunes que lleva a compartir creencias relacionadas con los aspectos fundamentales de los planteamientos políticos, económicos y jurídicos de los grupos sociales. El dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencias entre los humanos, postula la universalidad de sus derechos esenciales y se orienta primariamente hacia quienes sufren.”* (Vanella, 2011)

Un claro ejemplo del principio de solidaridad podemos encontrarlo en el derecho de familia, reflejado en las normas que regulan la prestación alimentaria con fuente en la patria potestad en los casos de los hijos mayores de edad (18 años) en donde la obligación alimentaria se extiende hasta los 25 años en los casos en que los hijos se encuentren estudiando, en donde se entiende que se debe continuar con la responsabilidad para con quien se ha compartido un proyecto de vida, ya que probablemente el hijo se encuentre estudiando con el impulso de sus padres.

En el derecho sucesorio, como dijimos, la solidaridad también responde a un principio de asistencia entre los integrantes de una familia. Esto se puede ver reflejado en la determinación de porciones legítimas de carácter forzoso en favor de los herederos legitimarios, para que no sean susceptibles de discriminaciones o arbitrariedades, actuando de este modo como fundamento a la limitación de la autonomía de la voluntad y libertad de disposición del causante.

También la podemos encontrar en la innovadora figura que incorporó el CCyC en su art. 2448 conocida como “Mejora a favor del heredero con discapacidad”.

Mediante esta nueva institución, el causante puede disponer en favor de ascendientes o descendientes con discapacidad una mejora a su porción legítima, ya sea en concepto de fideicomiso, legado o como lo crea conveniente.

Este instituto encuentra su fundamento en el principio de solidaridad familiar, ya que busca ayudar a quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad y desventaja en comparación al resto para desarrollarse en sus proyectos de vida; cumpliendo así con un deber de asistencia y reafirmando el deber social que tiene la sucesión.

Esto concuerda con lo expresado por Medina, que informa sobre qué bases se ha organizado el CCyC, indicando entre otras: la recepción de los tratos de derechos humanos, la protección de los débiles y personas con discapacidad, la solidaridad como principio general del derecho, el respeto de la autonomía de la voluntad, etc.

Marcos Córdoba enfatiza sobre la importancia de estos lineamientos que cimientan al derecho y su vinculación a través de las ramas que lo conforman, sosteniendo que: *“El derecho se fortalece mediante abono que cada una de sus normas produce sobre las demás, creándose así un sistema interactivo de derecho, que provee cohesión y coherencia normativa.”* (Córdoba M. , Sucesiones, 2016)

## **CAPÍTULO 5**

### **PROYECTOS DE REFORMA Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

**SUMARIO:** 1. Reformas y proyectos en el Código Civil. 2. Regulación en el Código Civil y Comercial.

## **1. Reformas y proyectos en el Código Civil**

En torno a la legítima y sus elevadas porciones, se fueron presentando a lo largo de la historia argentina diversos proyectos de reforma. A título enunciativo y acompañados de una breve explicación, abordaremos los más relevantes.

Como dato de suma importancia, las legítimas establecidas por el codificador eran de las más altas a nivel regional.

En 1912, se presentó un proyecto que tenía como fin la supresión de la legítima y la consagración de la absoluta libertad de testar. Tres años después, en 1915, al igual que en 1922, se presentaron proyectos que buscaban una reducción considerable de las porciones legítimas.

También en 1922 se presentó otro proyecto, que buscaba suprimirla y consagrar como absoluta a la libertad de testar. Años más tarde, en 1929, se insistió nuevamente con derogar la legítima.

Se tornaba notoria la disconformidad de la sociedad y parte de la doctrina con las altas porciones fijadas. El Anteproyecto de Bibiloni buscó nuevamente reducir esta limitación, al igual que el proyecto de 1936, y el Anteproyecto de 1954.

Como vimos, se presentaron varios proyectos contra la legítima, pero ninguno prosperó. Hasta que en 1993 la Cámara de Diputados de la Nación dio media sanción al proyecto de ley elaborado por una comisión especial designada para este caso en particular. Dicho proyecto tenía como fin la reducción de las porciones legítimas.

Se puede entrever, que los proyectos presentados, con diferencias de matices se inclinaban por un otorgamiento de una mayor libertad de testar.

Actualmente, el Código Civil y Comercial se apoya en las reducciones impulsadas por el proyecto de reforma de 1998 y que se reflejaron luego en el

Anteproyecto del 2012, que establecen  $\frac{2}{3}$  para los descendientes,  $\frac{1}{2}$  para los ascendientes y  $\frac{1}{2}$  para el cónyuge supérstite.

## **2. Regulación en el Código Civil y Comercial.**

En materia de legítima y porción disponible, el nuevo Código recepta los reclamos hechos durante largo tiempo por parte de la doctrina, que se fueron presentando en todos los proyectos integrales (integrales porque buscaban reducir las porciones legítimas y no derogarla) como el Anteproyecto de 1954 y los proyectos de 1993 y 1998; y que se presentaron también en todas las Jornadas Nacionales de Derecho Civil en que se trató el tema.

Mantuvo de este modo el sistema de legítimas como protección a la familia, manteniendo su imperatividad y limitación a la libertad de testar y de disposición; pero le introdujo modificaciones que ampliaron de cierto modo la autonomía de la voluntad del causante.

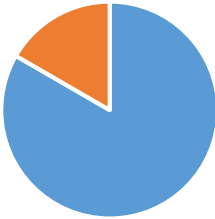
Actualmente, como ya mencionamos, se estableció una porción legítima de  $\frac{2}{3}$  para los descendientes, y  $\frac{1}{2}$  para los ascendientes y cónyuge; fijando de este modo como porción disponible  $\frac{1}{3}$  para los descendientes y  $\frac{1}{2}$  para ascendientes y cónyuge supérstite.

A continuación representaremos y compararemos mediante gráficos -tomando como ejemplos a los ascendientes, descendientes y el cónyuge-, como eran durante la vigencia del Código Civil la porción legítima y la porción disponible, y en qué porcentaje se fijaron con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

## Ascendientes

| CÓDIGO CIVIL                                                                                                                     | CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL                                                                                                           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Porción legítima: $\frac{2}{3}$                                                                                                  | Porción legítima: $\frac{1}{2}$                                                                                                    |
| Porción disponible: $\frac{1}{3}$                                                                                                | Porción disponible: $\frac{1}{2}$                                                                                                  |
|  <p>■ Porción Legítima ■ Porción Disponible</p> |  <p>■ Porción Legítima ■ Porción Disponible</p> |

## Descendientes

| CÓDIGO CIVIL                                                                                                                       | CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL                                                                                                             |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Porción legítima: $\frac{4}{5}$                                                                                                    | Porción legítima: $\frac{2}{3}$                                                                                                      |
| Porción disponible: $\frac{1}{5}$                                                                                                  | Porción disponible: $\frac{1}{3}$                                                                                                    |
|  <p>■ Porción Legítima ■ Porción Disponible</p> |  <p>■ Porción Legítima ■ Porción Disponible</p> |

## Cónyuge

| CÓDIGO CIVIL                                                                                                                 | CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL                                                                                                       |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Porción legítima: 1/2                                                                                                        | Porción legítima: 1/2                                                                                                          |
| Porción disponible: 1/2                                                                                                      | Porción disponible: 1/2                                                                                                        |
| <br>■ Porción Legítima ■ Porción Disponible | <br>■ Porción Legítima ■ Porción Disponible |

En cuanto a la naturaleza jurídica, no adopta posición alguna ni hace mención a la misma.

En lo concerniente al concepto del instituto bajo análisis, el nuevo Código no brinda una definición de la legítima, sino que dispone en el primer articulado referido al tema, quienes son los herederos legitimarios, estableciendo en el art. 2444 que *“Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.”*

Al determinar quiénes son los herederos legitimarios, suprimió la figura de la nuera viuda sin hijos, que contaba con  $\frac{1}{4}$  de lo que le hubiera correspondido a su marido en la sucesión de su suegro/a, por considerar que el instituto ya no tenía lugar en la actualidad.

Una situación que puede tener lugar al producirse la apertura, es la concurrencia de legitimarios de distinto orden en la sucesión. Ante este supuesto el Código establece

en su art. 2446 que las cuotas legítimas no se acumulan, sino que se toma en consideración la porción legítima más alta, y en base a ella se produce la distribución. Se entiende que la legítima mayor absorbe a la menor. De este modo, si concurre el cónyuge (porción de  $\frac{1}{2}$ ) con los descendientes (porción de  $\frac{2}{3}$ ), la porción de los descendientes absorberá la del cónyuge y se fijará la distribución en base a ella, viéndose beneficiado el cónyuge. Si concurrieran cónyuge y ascendientes, al tener ambos la misma porción fijada, no habrá cambios.

El párrafo 2º del art. 2445 determina como se calculan las porciones legítimas, disponiendo que *“Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación”*.

Para realizar esta operación se deben entonces: computar todos los bienes que formaban el patrimonio del causante y los derechos que siguen a su muerte y no se extinguieron con él; se deben deducir las deudas sucesorias; y por último se deben determinar las donaciones, teniendo en cuenta en el caso de los descendientes solamente las donaciones colacionables o reducibles efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o en su defecto al nacimiento del ascendiente a quien representa, y en el caso del cónyuge las hechas después del matrimonio.

## **2.1 Mejora al heredero con discapacidad**

Una de las incorporaciones más relevantes y novedosas es la mejora al heredero con discapacidad, regulada por el art. 2448.

El art. 2448 indica: *“El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendiente 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.”*

La incorporación de esta mejora responde al principio de asistencia y solidaridad familiar, armonizando nuestra ley con los tratados internacionales que tutelan a las personas discapacitadas, como por ej. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en el año 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Importa una protección legal en favor de los herederos (ascendientes o descendientes únicamente) con discapacidad, y la misma será impuesta según el causante lo considere, pudiéndolo hacer mediante un fideicomiso, una indivisión forzosa, un legado, otorgando alimentos, derechos de usufructo, de uso o de habitación, dispensa de colación o mejora testamentaria o en el acto de la escritura.

Esta disposición encuentra sus antecedentes en el derecho español, y responde a las sugerencias que hizo la doctrina en los últimos proyectos y Jornadas de Derecho Civil.

Sus antecedentes provienen del Derecho Histórico español. En él la mejora representó el medio con el que el padre como causante podía beneficiar a unos de sus hijos en el testamento. Esa mejora no importaba la parte de libre disposición aplicada a uno de los hijos, sino que se trataba de una porción autónoma, distinta de la libre disposición, que podía destinarse para mejorar a alguno de los herederos legitimarios.

Tuvo su origen en una ley de Chindasvinto, la Lex Dum Inlicita del año 643, época de dominación visigoda. Esta ley acepta la reserva de 4/5 de la herencia y en consecuencia su libre disposición en 1/5, e introduce la mejora a favor de los descendientes en 1/10, que saca de la porción de los 4/5 de legítima. Luego, una ley de Ervigio del año 681 elevó esa mejora a 1/3 de los 4/5.

Actualmente, el art. 823 del Código Civil español, establece que el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, de una de los 2/3 destinados a la legítima. Según este derecho, de los 4/5 (denominada legítima larga de los hijos), el causante podrá disponer de 1/3 para mejorar a alguno de sus hijos.

En cuanto a las 2/3 restantes (denominada legítima corta) se reparten en partes iguales entre todos los hijos. La mejora puede atribuirse a título de herencia, legado o donación; y no puede disponerse en favor de extraños.

En nuestro ordenamiento, Vélez no aceptó la mejora del derecho español y la suprimió, por lo que la mejora no era una parte autónoma de la herencia, sino que era la libre disposición aplicada a algún heredero legitimario.

En las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (1993) se planteó la incorporación de la mejora de forma similar al derecho español. Al respecto, el CCyC, avanzó sobre ella como institución autónoma pero de forma limitada, no admitiéndola como parte de la legítima larga que los padres pueden disponer en favor de alguno de sus hijos como en el régimen de España. Sino que sólo admite la mejora en favor del heredero con discapacidad.

Marcos Córdoba expresa que *“La mejora a favor del discapacitado implica una discriminación positiva, una discriminación con fundamento en un elemento solidario (...) Ello con la convicción de que el derecho sucesorio cumple su objetivo de modo más fiel y de acuerdo a su naturaleza asistencial cuando la sucesión legítima que reposa sobre el principio de solidaridad familiar atiende de modo específico las consecuencias derivadas de la discapacidad.”* (Córdoba M. M., Sucesiones, 2016)

## **2.2. Protecciones a la legítima**

Por otra parte, el Código estableció protecciones a la legítima, ya que puede ser vulnerada de diferentes maneras. Para protegerla, implementa dos tipos de normas: preventivas y persecutorias.

Las normas preventivas comprenden: al art. 2447 que establece que el testador no puede imponer gravámenes ni condiciones a la herencia, y de existir se tendrán por no escritas; a la irrenunciabilidad de la legítima (art. 2449); a los pactos hereditarios sobre que no pueden afectar a la legítima (art. 1010); la mejora en beneficio del heredero

discapacitado (art. 2448), la constitución de usufructo, uso y habitación o renta vitalicia (art. 2460); la transmisión de bienes a legitimarios (art. 2461) y las normas relativas a la indivisión forzosa (arts. 2330- 2333).

Dentro de las normas persecutorias encontramos a las normas de protección que actúan como remedio legal para subsanar a una legítima lesionada.

Encontramos en el Código cuatro tipos de acciones que los legitimarios pueden impulsar cuando la legítima sufre un menoscabo: acción de entrega de la legítima, acción de complemento, acción de reducción de disposiciones testamentarias, y acción de reducción de donaciones.

La acción de entrega de la legítima regula la situación del heredero preterido, que es quien fue omitido del testamento y en su lugar se instituyó a otro u otros como herederos o se dispusieron legados; sin que el preterido haya sido instituido o excluido por causa justa de indignidad. Frente a esta situación, el heredero afectado puede solicitar que se le entregue su porción legítima, pero a título de heredero de cuota, sufriendo un a nuestro juicio injusto menoscabo en su condición de heredero, ya que pasa de ser heredero universal a heredero de cuota, pareciendo una sanción en lugar de una subsanación.

La acción de complemento consiste en la herramienta legal que tiene el heredero legitimario para los casos en que recibe un legado equivalente a una porción menor de su porción legítima, pudiendo a través de esta acción solicitar que le entreguen el porcentaje restante, de este modo complementando lo anteriormente recibido.

La acción de reducción protege la legítima frente a las disposiciones testamentarias o donaciones que efectuó el causante en exceso de su porción disponible, buscando reducir ese excedente hasta lograr la cuota correspondiente.

Medina explica a través de un claro ejemplo, el efecto de la “sábana corta”. Si nos tapamos la cabeza (legítima), la sábana no llega a cubrir los pies (porción disponible) y viceversa, porque en definitiva lo que hay no alcanza para todos.

Quienes cuentan con legitimación activa para impulsar la acción son en el caso de reducción de disposiciones testamentarias, los legitimarios existentes al momento de

la apertura de la sucesión, que es cuando el testamento adquiere eficacia. Y en el caso de la reducción de donaciones, son legitimados activos los legitimarios que existían a la fecha de la donación.

Los legitimados pasivos serán aquellos beneficiarios de las disposiciones testamentarias o de las donaciones realizadas por el causante.

En relación al orden de reducción, en el caso de disposiciones testamentarias, primero se reducen las instituciones de herederos de cuota y luego los legados; y en el caso de donaciones primero se debe reducir la última donación efectuada por el causante y luego las demás en orden inverso a las fechas en que fueron realizadas, y si varias donaciones fueron realizadas en la misma fecha, se reducen a prorrata.

Por otro lado, nos encontramos con la acción reipersecutoria. Se trata de la acción que extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o sus acreedores; así como también puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. De este modo el heredero busca proteger su porción legítima, persiguiendo el objeto de su derecho aunque esté en dominio de terceros, siempre que no hayan transcurrido diez años desde la entrega de la posesión de la cosa que afectó su porción hasta la muerte del causante.

El Código regula del mismo modo que las demás acciones, a la prescripción adquisitiva del donatario o subadquirente. Su fin es limitar el alcance temporal de la acción de reducción de donaciones, estableciendo como límite una prescripción adquisitiva de diez años a favor del donatario o subadquirente. Es decir, una vez pasados diez años de posesión del donatario sobre de la cosa donada, la acción de reducción ya no procede.

El art. 2461 por su parte regula la transmisión de bienes a legitimarios, estableciendo que si por acto entre vivos a título oneroso, el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o renta vitalicia, se presume que el acto fue a título gratuito y con el objetivo de mejorar al beneficiario.

### 2.3. **Fraude**

Por último, haremos referencia al fraude a la legítima. El fraude a la legítima comprende uno de los supuestos más habituales y que en mayor proporción afecta al orden público.

El fraude tiene como fin eludir normas imperativas que prohíben conseguir un resultado determinado, que en este caso sería vulnerar aquella porción de la herencia destinada a los herederos forzosos.

Zannoni define al fraude como *“Todo acto jurídico que encubre bajo una apariencia de licitud, una causa final, un móvil ilícito: la sustracción del patrimonio de bienes que, de encontrarse en él a la época del fallecimiento, integraría el acervo hereditario, es decir una maniobra que bajo la cobertura de un negocio jurídico que ostenta legitimidad formal, se concluye con miras a eludir las normas imperativas relativas a la legítima, en perjuicio de sus destinatarios: los herederos legitimarios.”*

El modo más significativo de vulnerar la legítima es mediante la constitución de sociedades comerciales. Sin embargo también existen otras vías: acciones simuladas; procedimientos; negocios jurídicos; interposición de persona; actos en fraude a la ley; constitución, manejo o desenvolvimiento de sociedades; negocios jurídicos indirectos; y constitución de fideicomisos.

## **CAPÍTULO 6**

### **AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

**SUMARIO:** 1. Concepto y aspectos generales. 2. Bases y limitaciones. 3. La autonomía de la voluntad en el derecho argentino.

## **1 Concepto y aspectos generales.**

El término “autonomía de la voluntad” proviene del idioma griego, y significa “darse a sí mismo o regirse por normas propias”.

La autonomía de la voluntad implica la capacidad que tiene la persona de decidir libremente por sí mismo, sobre su propia vida.

Es la capacidad que tienen los seres humanos de hacer o no, de hacer o dejar de hacer, con determinada intención, deseo o finalidad. Es la facultad que le permite al ser humano gobernar sus propios actos, decidir a través de su libertad una conducta determinada. Se trata del poder de libre elección con el que cuenta, con ayuda de la conciencia y la razón. Por lo tanto, la autonomía presupone libertad, independencia.

Para Kant, la autonomía de la voluntad o autonomía privada refiere a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. Para él, éstas configuran su esencia, la cual se expresa en su accionar como resultado de su deliberación y su decisión, por lo que se vincula la autonomía no solo con la libertad sino también con la razón.

Considera así al hombre como un ser que se da a sí mismo sus propias leyes y que de acuerdo a ellas se autogobierna, siendo autor de su propia vida a través del ejercicio de su libertad, considerando lo mejor para sus intereses personales.

Al respecto, Platón considera que las acciones concretas de los hombres provienen de su propia voluntad, por lo tanto estas generan responsabilidad sobre cada una de ellas.

Por otro lado, Aristóteles realiza una distinción entre actos voluntarios e involuntarios. Los primeros son aquellos llevados a cabo por voluntad propia a través del conocimiento de la causa que lo motiva, y sin injerencia de una fuerza externa. En cambio, los involuntarios son aquellos efectuados bajo ignorancia o la influencia de una fuerza exterior.

Para Santo Tomás de Aquino, el fin es el que determina al agente, es lo que lo mueve e inspira. Él le da relevancia nuevamente a la razón junto a la voluntad, sosteniendo que el hombre es movido por la razón, y ella es determinada en todos los casos por un fin, el cual es determinado por la voluntad propia del individuo, quien es impulsado por ella hacia el fin del acto, concretándose así su propia voluntad.

### **1.1 Autonomía de la voluntad en el derecho.**

Acercándonos más a la órbita del derecho, la voluntad necesaria para formar el acto no es la mera voluntad “psicológica”, sino la voluntad jurídica. Ésta última es aquella que pasó por el “tamiz” del derecho, que fue filtrada y depurada por él y el ordenamiento, logrando recién luego de esto, ser una voluntad apta para crear derecho.

De este modo podemos determinar a la autonomía de la voluntad o autonomía privada, como una especie de poder normativo, que no puede ser contrario a la ley. No puede ser contraria a la ley ya que no es posible pensar en una voluntad absoluta para crear relaciones jurídicas sin que el ordenamiento la regule, ni tampoco se puede hacer prescindir al individuo de ella. Se trata del poder que el ordenamiento le otorga al individuo de decidir por su propia voluntad de que relaciones jurídicas desea ser parte y de cuáles no.

Por ende, la simple voluntad del hombre no puede crear por sí misma relaciones jurídicas, sino que para ello debe subordinarse a la ley y actuar dentro de su ámbito, para que la ley misma le otorgue fuerza obligatoria.

En el derecho, la autonomía de la voluntad es un principio general, aunque en el Código Civil y Comercial, no se encuentra conceptualizada. Se trata de la libertad que el ordenamiento jurídico le reconoce al individuo para que manifieste y regule sus intereses.

Si bien encuentra lugar en el derecho en general, en donde más predomina es en el derecho privado, principalmente en el de familia, el derecho sucesorio y en el derecho comercial en la parte referida a los contratos.

En el campo del derecho, la autonomía de la voluntad refiere a la esfera de libertad que posee la persona para ejercer sus derechos y obligaciones, conformando las relaciones que desee y con los efectos que le correspondan, actuando así como sujeto de derecho.

Al respecto, Flume considera: *“Se llama autonomía privada al principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme su voluntad. La autonomía privada es una parte del principio general de la autodeterminación de las personas. Este principio es, según la Constitución, un principio previo al ordenamiento jurídico y el valor que con él debe realizarse está reconocido por los derechos fundamentales.”* (Flume, 1998)

Según Larenz *“La posibilidad, ofrecida y asegurada a los particulares por el ordenamiento jurídico, de regular sus relaciones mutuas dentro de determinados límites por medio de negocios jurídicos, en especial mediante contratos, recibe la denominación de autonomía privada.”* (Larenz, 1978)

Se hizo referencia al desenvolvimiento de la autonomía por medio de negocios jurídicos, esto significa que el medio o herramienta que el ordenamiento le confiere al individuo para que canalice su voluntad y tenga los efectos deseados, es a través del acto jurídico.

El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. Así lo dispone el art. 259 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es pertinente desmenuzar este concepto. Por un lado nos encontramos con un acto lícito, a estos actos el código los regula en el art. 258, estableciendo que se trata de *“...la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de situaciones o relaciones jurídicas.”*

Por otro lado, el enunciado del art. 259 hace mención al acto voluntario, para el CCyC (art. 260) el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior. Vemos entonces en este artículo, como la libertad es la otra cara de la moneda donde se encuentra la voluntad autónoma, conformando así junto al discernimiento y la intención los elementos de la voluntad.

Al referirse a su manifestación mediante un hecho exterior, establece que la voluntad en el acto jurídico, puede exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material. (Art. 262)

Es importante destacar, que el CCyC también regula al acto involuntario. El art. 261 dispone que es involuntario el acto llevado a cabo con falta de discernimiento, y establece tres supuestos: A) el acto de quien, al momento de realizarlo se encontraba privado de la razón (nuevamente vemos como se vincula la razón con la autonomía de la voluntad); B) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; C) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

## **2      Bases y limitaciones.**

En cuanto a las bases, la autonomía de la voluntad las encuentra en dos pilares clásicos y básicos del derecho argentino: la libertad para contratar, y la igualdad ante la ley consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional.

La base referente a la libertad la encuentra en el art. 958 del CCyC, que se encuentra dentro de las disposiciones generales pertinentes a los contratos. El mencionado artículo dispone: “*Art. 958. Libertad de contratación. Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.*”

De este modo, el código regula la libertad de los sujetos para realizar actos jurídicos con otros, mediando como requisito esencial la libertad y voluntad de las partes, creando así efectos jurídicos vinculantes entre ellos. En otras palabras, relaciones jurídicas, con un fin determinado y guiado por un interés.

En cuanto a la igualdad, la consagra el art. 16 de la CN. El mismo indica: *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”*

Bajo esta disposición, nuestra ley suprema establece la igualdad de todos los habitantes ante la ley. Sobre este tema opinó Alterini, reconocido jurista nacional, sosteniendo que *“La noción de autonomía de la voluntad descansa sobre la libertad; supone la igualdad jurídica de todos, y la libertad jurídica de todos; termina por entender que todo lo libremente querido es obligatorio.”* (Alterini, 1995)

En relación al tema, haciendo foco sobre la libertad, opinó al respecto Sessarego Fernández: *“En lo atinente a la ‘autonomía de la voluntad’ se ha precisado que lo único que en el ser humano posee autonomía es la libertad, entendida como la capacidad de decisión inherente a toda persona. (...) La voluntad está destinada a convertir en realidades las decisiones de la persona, es decir, se encuentra al servicio de la libertad... (...) La voluntad es uno de los instrumentos más valiosos de los que se vale el ser humano, en cuanto libre, para transformar una íntima decisión en acto, conducta, comportamiento.”* (Sessarego Fernández, 2007)

Como explicamos, el derecho le otorga al individuo un medio para que manifieste su voluntad y autorregule sus intereses, dentro de los límites de lo lícito. Ningún derecho es absoluto. La autonomía de la voluntad no es la excepción. Por desenvolverse dentro del ordenamiento jurídico y dentro de los parámetros de la licitud, se encuentra también con limitaciones para no afectar intereses ni derechos de terceros.

Por lo tanto, la ley reglamenta y descarta ciertos negocios jurídicos. Estas limitaciones o restricciones son la moral, las buenas costumbres, las normas imperativas y el orden público, entre otras.

Los límites impuestos han originado diversos debates doctrinarios al respecto, entre quienes sostienen que las regulaciones del ordenamiento limitan demasiado la libertad y autonomía al entrometerse en las relaciones privadas; y entre quienes consideran que justamente la intromisión del ordenamiento es la que elimina las

desigualdades entre los individuos, debiendo la voluntad ser limitada por cuestiones de interés general.

Al respecto podemos contar con dos citas interesantes:

*“El Estado no debe imponer planes de vida a los individuos sino ofrecerles la posibilidad para que ellos elijan” (art. 19 CN.) (“Bazterrica”, 1986)*

*“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, tal como lo sostenía Emmanuel Kant. Sin embargo, para que esa autonomía pueda ser efectiva, para que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado” (Nino, 1989)*

Sin embargo, ambas posiciones convergen en que el derecho no puede autorizar o apoyar cualquier iniciativa por parte de la autonomía privada para dar nacimiento a cualquier fin que las partes se propongan. Por lo tanto hay tres hipótesis que tienen lugar: 1º) que el ordenamiento no considere digna de regulación o tutela la relación jurídica que se propone, por lo que la ignora y no la regula; 2º) que la considere socialmente trascendente y la tutele, reconociéndola y brindándole protecciones legales; 3º) que no la ignore, pero la considere peligrosa para derechos ajenos por lo que establece sanciones contra ella, considerándola ilícita.

El caso que importa es el de la segunda hipótesis, en donde la autonomía privada pasó por el tamiz del derecho que anteriormente mencionamos, siendo filtrada por el ordenamiento y luego regulada. Una vez que se encuentra regulada, las personas pueden por su propia voluntad dar nacimiento a través de actos jurídicos, a relaciones jurídicas. Las relaciones originadas, para ser válidas y producir efectos (no referimos a validez como sinónimo de legal o ilegal) no deben presentar fallas vinculadas a la voluntad. Nos referimos a los vicios, que son los factores determinados por el ordenamiento como susceptibles de lesionar la voluntad de alguna de las partes, más estrictamente a sus elementos internos, que como ya mencionamos son la libertad, el discernimiento y la intención.

Los vicios de la voluntad se encuentran regulados en el CCyC, se trata del error, el dolo y la violencia.

Nuestro código dispone en su art. 2467 que una de las causales de nulidad del testamento es que haya sido otorgado con error, dolo o violencia. Además, el art. 2463 establece que al tratarse el testamento de un acto jurídico, son aplicables a él las disposiciones de los actos jurídicos. En consecuencia, le son aplicables sus vicios que son la lesión, la simulación y el fraude.

En materia testamentaria, el error puede recaer sobre un pago indebido (por ej., el testador dispone que se pague a una persona una determinada cantidad de dinero con el fin de saldar una deuda pendiente, mandando a pagar una suma superior de lo que en realidad debía); puede tratarse de un error esencial o de hecho, que recae sobre la calidad de la cosa (por ej., los casos en que se legan determinados bienes y el testador desconoce el verdadero valor de los mismos); puede recaer el error sobre el objeto; sobre la individualidad de la cosa (se da en el caso en que se cree testar sobre un determinado objeto cuando en realidad se lo está haciendo sobre otro diferente); sobre la especie (cuando se cree estar testando sobre una diversa especie aunque sea por la misma cantidad); sobre la cantidad o suma del objeto, expresando de forma errónea la medida o quantum del bien; sobre la sustancia (se vincula la intención del testador al manifestar su voluntad con la cualidad de la cosa); puede recaer sobre la persona, tratándose del supuesto en que se la determina erróneamente; o sobre las cualidades de la persona, fundándose en que la voluntad del testador fue guiada por determinadas cualidades de la persona, las cuales en realidad no tiene.

Por otro lado, el dolo consiste en inducir a la otra parte al error, a través de una maniobra, astucia o argucia consistente en afirmar lo que es falso, disimular lo verdadero, o ambas a la vez. Comprende toda clase de falsedad o engaño con el fin de intencionalmente inducir a la otra persona al error o engaño.

En lo concerniente al testamento se trata de la acción u omisión que tiene por finalidad conseguir que el causante disponga de los bienes de una forma que no hubiera tenido lugar si no hubiera mediado el dolo, a través de maquinaciones o palabras que lo inducen al testador a otorgar el testamento de un modo opuesto al que lo hubiera hecho si no se hubiera interferido su voluntad.

Por último se encuentra la violencia como vicio de la voluntad, se trata de la coerción ejercida sobre una persona en virtud de que ésta otorgue un acto, en este caso el testamento. La violencia puede ser física (empleo de fuerza física irresistible en la persona que otorga el acto), puede tratarse de coerción o intimidación (se trata de la denominada violencia moral que afecta la libertad del sujeto), y debe ser inminente o grave.

### **3 La autonomía de la voluntad en el derecho argentino.**

Siguiendo con la idea que se planteó a lo largo del capítulo, la autonomía de la voluntad se identifica con la libertad. Al respecto, en uno de sus fallos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) esgrimió: *“El concepto de libertad y posibilidad de todo ser 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.”* (“Artavia Murillo vs Costa Rica”, 2012)

De modo similar opinó Carlos Nino, sosteniendo que el bien más genérico que está protegido por el principio de la autonomía de la voluntad es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, consagrada por el art. 19 de la CN que la recoge de los arts. 4 y 5 de la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, del año 1789, que esgrimen:

*“Art. 4: La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley.”*

*“Art. 5: La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene.”*

En Argentina, en el derecho tuvo lugar un fenómeno conocido como “contractualización”, que refiere a la tendencia a dar más lugar a la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos. Contractualización refiere al negocio como contrato, pero no “contrato” en su sentido estricto, sino como sinónimo de convención, pacto o acuerdo de voluntades susceptibles de producir efectos jurídicos.

Este fenómeno dividió opiniones. Quienes lo apoyan sostienen que dar efectos a la voluntad configura el complemento necesario para el mejor desarrollo de los derechos individuales de las personas. Por el contrario, quienes se oponen, indican que ello pone en riesgo la seguridad jurídica y los intereses superiores de la comunidad.

Este proceso, es el también denominado constitucionalización del derecho privado.

En Argentina, la constitucionalización del derecho privado implicó además “internacionalización”, ya que los tratados internacionales de derechos humanos a los que adhirió el país, forman parte del bloque de constitucionalidad. Esto significa que no solo se reconoció a los tratados su superioridad jerárquica, sino se les reconoció rango constitucional, se los equiparó con la Constitución. Esto lo consagra la CN en el art. 75 inciso 22. Los más relevantes al tema son: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conocida como Pacto de San José de Costa Rica).

Un ejemplo de su vinculación con la autonomía de la voluntad, la libertad y sus limitaciones, se encuentra en el art. 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual dispone en sus primeros dos incisos: “1. *Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.*

2. *En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.* “

Por otro lado, el art. 17 de la CADH, referente a la protección de la familia, dispone en su inc. 1º: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”*

De este modo vemos como se regulan la autonomía y libertad individual, junto con sus limitaciones en los derechos ajenos, la moral, el orden público y el bienestar general; y como se aplican al objeto bajo estudio: la limitación de la autonomía de la voluntad por parte de la legítima hereditaria, con el fin de proteger a la familia.

Una de las ramas del derecho donde más efectos se generaron, es en el derecho de familia, lo que produce efectos y consecuencias jurídicas de forma inevitable en el derecho sucesorio.

La “contractualización de la familia” supone otorgar mayor relevancia a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares. Por eso, lo que se encuentra bajo análisis, es si la autonomía como expresión de la voluntad –como explica Kemelmajer De Carlucci- impacta y en qué medida en las relaciones que configuran la vida familiar.

Se podría decir, que la constitucionalización del derecho de familia, conlleva como consecuencia una respuesta equilibrada entre el respeto por la autonomía personal y la necesaria protección de los miembros más débiles de cada grupo familiar.

Esto se puede trasladar al derecho de las sucesiones, al tema objeto de estudio del trabajo, en dónde se puede analizar qué efectos tiene la autonomía de la voluntad al momento de testar y cómo impacta en los derechos o vidas ajenas, y como se encuentra a pesar de la tendencia a su ampliación, limitada por la porción legítima.

Al respecto, el proyecto de reforma del CCyC consideró que para respetar la autonomía y libertad del individuo, pero también la solidaridad y responsabilidad familiar, se debía regular el deber de asistencia.

Es aquí donde aparece nuevamente la solidaridad, como principio, actuando como límite a la autonomía, sin desconocer que la autonomía implica igualdad, flexibilidad o adaptabilidad a los tiempos contemporáneos que atraviesan a las

concepciones sobre la familia y los vínculos originados por ella. Hoy en día, la familia ya no se configura como en las épocas antiguas, es decir no es más jerarquizada, no hay un *paterfamilias*, sino que los vínculos son en forma de red; por este motivo es que la autonomía permite a los individuos adaptarse a los distintos tipos de familia y canalizar de modo más óptimo y efectivo sus deseos, intenciones, su voluntad.

La sucesión tiene una función social, por lo que la solidaridad familiar actúa junto al deber de asistencia como límite a la autonomía de la voluntad y la libertad de testar del causante, con el fin de evitar arbitrariedades que generen desigualdades, injusticias o situaciones de vulnerabilidad en determinados sujetos que componen al núcleo familiar.

Podemos ver, como a pesar de la ampliación que se le dio a la autonomía de las personas, la voluntad encuentra más amplitud y espacio para desenvolverse en el derecho de familia, pero no tanto en el derecho sucesorio.

Esto se refleja al verse limitado el causante en su libertad de disposición, a pesar de que el nuevo código haya disminuido las porciones legítimas fijadas por el código anterior.

Sin embargo, el CCyC incorporó una nueva figura destinada a mejorar la legítima que recibirá el heredero con discapacidad, que da total autonomía de la voluntad al causante, o libertad, para decidir de qué modo –si así lo desea– aplicará la mejora: mediante legado, fideicomiso testamentario, etc.

## **CAPÍTULO 7**

### **DERECHO COMPARADO**

**SUMARIO:** 1. Sistemas que admiten la libertad de testar. 2. Sistemas que establecen una legítima en favor de ciertos herederos forzosos. 3. Sistema de mejora.

En este último capítulo se realizará una clasificación y comparación sobre como las diversas legislaciones regulan el sistema sucesorio en relación a la adopción o no de porciones legítimas.

Dentro del derecho comparado podemos encontrar diversos regímenes legislativos en cuanto a la regulación de la legítima hereditaria y la libertad de testar. Podemos diferenciarlos en tres sistemas: aquellos que admiten la libertad de testar, los que fijan y reconocen una porción legítima a determinados herederos forzosos, y los que admiten una mejora en favor de los legitimarios.

## **1. Sistemas que admiten la libertad de testar**

Dentro de estos sistemas nos encontramos con países que se rigen por el derecho anglosajón (Common Law) como Gran Bretaña, Canadá y Estados Unidos en la mayoría de sus legislaciones regionales; y entre las legislaciones latinoamericanas nos encontramos con países como México, Guatemala, Honduras, El Salvador, Costa Rica.

Sin embargo, a pesar de adoptar la libertad de testar como sistema, admiten a determinados parientes y al cónyuge el derecho a obtener alimentos, por lo que no predomina una libertad absoluta.

- **Inglaterra**

En Inglaterra rige la “Provision for Family and Dependants” Act, 1975. Dicho documento establece que el cónyuge, los hijos y otras personas que en vida del causante hayan dependido de alimentos, tienen derecho a una “razonable provisión financiera” para los casos en que el causante no haya “dejado lo suficiente”.

Las personas dependientes son: A) el esposo o esposa, B) el anterior esposo o esposa que no se haya casado nuevamente, C) el hijo, D) el considerado por el fallecido

como un hijo de familia, y E) la persona mantenida por el fallecido inmediatamente antes de su muerte que no esté incluida entre las anteriores mencionadas.

- **Estados Unidos**

En Estados Unidos rige en la gran mayoría de sus estados la libertad de testar, aunque cada uno de ellos tiene la facultad de regular de forma independiente su derecho sucesorio. Por lo tanto referiremos a la normativa que tienen en común, que es el testamento o “Will”.

A través del testamento, el causante manifestará su última voluntad (“Last will”), contando con una amplia libertad de disposición sobre sus bienes y para decidir a quienes serán transmitidos. Además de expresar su voluntad, el testador deberá confirmar y demostrar que tiene capacidad para testar y deberá revocar cualquier anterior expresión de última voluntad.

Si bien puede disponer de sus bienes libremente y no se encuentra limitado por una porción legítima forzosa, el cónyuge tiene el derecho a “elective share”, que actúa como respeto a la figura de este último, pudiendo solicitarla y recibiendo generalmente 1/3 de los bienes.

Por otro lado, los hijos solo tienen el derecho a reclamar alimentos si son menores y hasta alcanzar la mayoría de edad.

- **Canadá**

En Canadá también rige la libertad de testar, y al igual que en el resto de los países que adoptan este sistema, existen igualmente algunas restricciones o imposiciones, por lo que la adopción de la libertad de testar no implica que esta sea absoluta en el sentido estricto de la palabra.

Por ejemplo en el territorio de Quebec, las restricciones son reguladas por el Código Civil de Quebec, que establece: 1) La subsistencia de la obligación de proveer alimentos; 2) la partición del patrimonio de la familia; y 3) la prestación compensatoria.

- **México**

En el derecho mexicano la legítima únicamente procede en los supuestos de que el causante no haya redactado testamento, éste sea nulo o haya perdido su validez, entre otras causas. Por fuera de estos casos, rige como regla general la libertad de testar.

La única exigencia con que se encuentra el testador al momento de expresar su última voluntad, es la establecida por el art. 1368 del código mexicano, que dispone que el testador deberá proveer de alimentos a ciertas personas según determinadas circunstancias tengan lugar o no.

El mismo artículo dispone que estas personas serán: A) los descendientes varones menores de 21 años; B) los descendientes varones imposibilitados y las hijas que no hayan contraído matrimonio y que vivan honestamente; C) el cónyuge varón imposibilitado para trabajar o el cónyuge mujer que permanezca viuda y viva honestamente; D) los ascendientes; E) la concubina que vivió con el testador los cinco años anteriores a la muerte; F) los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

- **Costa Rica**

El Código Civil establece en su art. 595 que “el testador puede disponer libremente de sus bienes, con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad y por toda la vida si es inválido, los de sus padres y los de su consorte mientras lo necesiten. Si los hijos, padres o el consorte tuvieran, al morir el testador, bienes bastantes, no es obligado éste a dejarles alimentos”.

- **El Salvador**

El Código Civil salvadoreño dispone también en forma similar en su art. 1141 que “el testador deberá designar en su testamento la cuantía de los alimentos que está obligado a suministrar conforme al Título 17, Libro 1 de este Código.”

- **Guatemala**

Su Código Civil expresa en su art. 936 que “La libertad de testar sólo tiene por límite el derecho que algunas personas tienen a ser alimentadas.”

- **Honduras**

Por su parte, el código hondureño dispone en su art. 1147 que considera como asignaciones forzosas “los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas y la porción conyugal”. Por otra parte establece en el art. 1150 que la porción conyugal comprende un cuarto de los bienes, y sólo se da al cónyuge que carece de lo necesario para su congrua subsistencia.

## **2. Sistemas con una legítima en favor de ciertos herederos forzosos**

Estos sistemas prevén una porción determinada de la herencia en favor de ciertos herederos de la cual no podrán ser privados sin justa causa, limitando de este modo la autonomía de la voluntad del causante y su libertad de disposición al momento de testar. El *de cujus* sólo contará con lo denominado porción disponible o de libre disposición, y de ella se extraerá una cuota la cual según el sistema adoptado podrá variar según el número de herederos que concurran, pudiéndose denominar sistema de cuota variable. De este modo se diferencia de aquellos sistemas que establecen una porción fija e invariable.

Dentro del primer grupo nos encontramos con países como Francia, Italia, Portugal, Bélgica, Holanda y Uruguay.

Dentro del segundo, aparecen Alemania, Suiza, Austria, Noruega, Brasil, Paraguay, Venezuela y Perú. También se encontraba aquí el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield, que contaba hasta el momento de su derogación, con las porciones legítimas más elevadas de la región.

- **Francia**

En el derecho francés solamente tienen derecho a la legítima los descendientes y el cónyuge supérstite. Anteriormente los ascendientes también accedían a ella pero luego fueron suprimidos del derecho a la legítima.

En cuanto a los descendientes, si sólo hay un hijo, la legítima será igual a la mitad del caudal hereditario; si hay dos hijos, será de  $\frac{2}{3}$ ; y si hay tres hijos o más, será de  $\frac{3}{4}$ .

En cambio, tratándose del cónyuge, la legítima será de  $\frac{1}{4}$  del acervo hereditario.

Similar sistema reconocen los Códigos de Bélgica y Holanda; y en Latinoamérica el Código Civil de Uruguay en su art. 887.

- **Italia**

El código italiano consagra la legítima en beneficio de los ascendientes, descendientes y el cónyuge. De este modo garantiza la protección de la familia, y limita de este modo la libertad de disposición del causante, estableciendo herederos forzosos.

El código dispone: un medio si hay un solo hijo legítimo,  $\frac{2}{3}$  si son más (art. 537),  $\frac{1}{3}$  si hay un hijo natural (art. 339), y la mitad para los ascendientes (art. 538).

Por su parte, el código portugués adopta en su art. 2158 el mismo sistema.

- **Brasil**

En el derecho brasileiro, el Código Civil indica que la mitad de los bienes de la herencia pertenece a los denominados herederos necesarios o forzosos (art. 1846). Los herederos necesarios son establecidos por el art. 1845, se trata de los descendientes, ascendientes y el cónyuge.

Si existen herederos necesarios, se le impone al testador la limitación de solo poder disponer de la mitad de la herencia (art. 1789).

Similar disposición adopta el código de Venezuela en su art. 884, que fija la mitad de los respectivos derechos en la sucesión intestada.

- **Perú**

El Código Civil peruano dispone en su art. 724 que son herederos forzosos los hijos y demás descendientes, los padres y demás ascendientes, y el cónyuge.

Establece que primero heredan los descendientes hijos, que junto con el cónyuge heredarán 2/3 de los bienes. En este caso quedaría 1/3 para libre disposición.

En el supuesto que no haya hijos para heredar, heredarán los ascendientes, y van a heredar sólo la mitad (1/2) de los bienes.

El cónyuge recibirá primero la mitad de los bienes, en concepto de liquidación de la sociedad de bienes gananciales.

Por último, en el caso de los hermanos, ellos no son herederos forzosos, y solo heredan a falta de hijos, padres y cónyuge.

- Suiza, en su código concede desde el art. 470,  $\frac{3}{4}$  de la herencia a los descendientes; Alemania, en su art. 2303 fija como legítima uniforme la mitad de la parte ab intestato; y en forma similar disponen los códigos de Austria y Noruega.

### **3. Sistema de mejora**

En este grupo se encuentran el derecho español, colombiano, chileno, ecuatoriano y recientemente se agregó el derecho argentino con la sanción del CCyC y la incorporación de su art. 2448 que establece la mejora a favor del heredero con discapacidad.

Este sistema consiste en que el causante puede mejorar a alguno o algunos de sus legitimarios, en una fracción de dicha porción legítima.

- **Chile**

El código chileno establece que la porción destinada a los herederos forzosos que son los descendientes, ascendientes, cónyuge, hermanos y demás colaterales, es de la mitad de la herencia. Por lo tanto el causante solamente podrá disponer de la otra mitad, y de este 50% restante de la herencia, puede destinar hasta la mitad (es decir el 25% de la herencia) a mejorar a alguno de los herederos; quedando el otro 25% restante para libre disposición.

- **Colombia**

El Código Civil colombiano fija en su art. 1242 como porción legítima para los descendientes la mitad de los bienes, y de la parte restante corresponde la mitad a la mejora.

- **España**

El Código español tiene su inspiración en el proyecto de García Goyena, de gran influencia en el Código Civil que nos rige.

Según el art. 807 del código civil español, son herederos forzosos: los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos; a falta de los anteriores lo serán los padres y ascendientes legítimos respecto de sus hijos y descendientes legítimos; el viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre o madre de éstos, en la forma y medida que establecen los arts. 834 a 842 y 846.

Además, a los hijos y demás descendientes, les corresponde 1/3 de la porción, lo que se denomina legítima corta, y que se distribuye en partes iguales. También tienen

derecho a otro tercio, el de mejora o legítima larga, que se distribuye entre hijos y nietos, aunque no tiene por qué ser necesariamente en partes iguales.

Los padres y demás ascendientes que ante la ausencia de descendientes sobrevivan, tienen derecho a  $\frac{1}{3}$  de la herencia si existe cónyuge viudo; en cambio si el causante no tenía cónyuge, recibirán la mitad.

Con respecto al cónyuge supérstite, su legítima la recibirá siempre en usufructo, y ésta será mayor o menor dependiendo de con quién concurra. Si concurre con los hijos u otros descendientes, recibirá el usufructo de  $\frac{1}{3}$  (el de mejora); si sólo concurren ascendientes recibirá la mitad de la herencia; y si no concurre con nadie por no existir ascendientes ni descendientes, el usufructo lo recibirá con  $\frac{2}{3}$  de la herencia.

## **CONCLUSIÓN FINAL**

Se ha desarrollado este trabajo analizando el instituto bajo estudio con el objetivo de esclarecer las interrogantes planteadas.

En primer lugar se observó lo pertinente al derecho sucesorio en general, destacando sus rasgos más importantes y necesarios para brindar un adecuado contexto para la tratativa y entendimiento del tema.

Luego abordamos en el segundo capítulo a la legítima como institución, definiéndola como la porción de la herencia a la que los herederos legitimarios tienen derecho y de la cual no pueden ser privados sin justa causa. Describimos sus antecedentes históricos y como fue surgiendo paulatinamente a lo largo de la historia en los ordenamientos jurídicos de las diversas comunidades hasta llegar a Roma y verla surgir y establecerse como el instituto que hoy en día conocemos.

Además, visualizamos como es su regulación actual bajo el amparo del Código Civil y Comercial. Partimos desde su naturaleza, hasta llegar a sus medidas protectorias y la novedosa incorporación de la mejora al heredero con discapacidad; y también analizamos los diversos proyectos de reforma que intentaron tener lugar durante la vigencia del Código Civil.

Al caracterizarla se visibilizó la función que cumple, su carácter imperativo y la importancia que acarrea su aplicación para la protección de la familia como base de la sociedad, limitando la libre disposición del causante a fines de que su núcleo familiar no sea encuentre frente a situaciones de desamparo y vulnerabilidad por consecuencia de actos arbitrarios y nublados de egoísmo por parte del de cujus.

Sin embargo, se expuso de igual modo la situación que atraviesa al causante al momento de testar, viéndose limitada su autonomía de la voluntad por la legítima hereditaria. Aunque no solo se afecta su autonomía privada, sino que se observó como también se afecta su derecho a la propiedad privada, el derecho al libre uso y disposición de la misma, su derecho a testar y su autonomía personal; restringiéndose de este modo derechos constitucionalmente reconocidos.

Basándonos en lo expuesto, resulta conveniente resaltar el sólido principio sobre el que encuentra respaldo la aplicación de la legítima, nos referimos al principio de solidaridad familiar, el cuál le otorga a la legítima un carácter asistencial, de utilidad social, de deber, socorro y respeto para con los familiares más próximos para después de la muerte.

Como contraparte, vimos cómo se limitan y lesionan los derechos de la persona próxima a fallecer, privándolo de decidir con libertad sobre los bienes que dispuso libremente durante toda su vida, dando lugar a la interrogante de: “Si lo hizo en vida, ¿por qué no puede hacerlo para después de su muerte?”.

En base a lo desarrollado a lo largo del trabajo, desde mi humilde opinión, considero que es importante la existencia y la preservación de la legítima hereditaria en el cuerpo jurídico que nos rige para procurar la protección del núcleo familiar que en vida acompañó y apoyó al causante desde diversas posiciones y funciones. Sin embargo, es necesaria la existencia de un equilibrio entre ella y la autonomía de la voluntad para que no se restrinja de un modo severo la libertad de elección del individuo.

Este propósito únicamente se puede lograr estableciendo porciones legítimas que no sean excesivamente altas como lo eran las del derogado código. Solo de este modo se logrará un mayor equilibrio y una armónica coexistencia. Ningún derecho es absoluto, pero ello no configura justificación para restringirlos y reducirlos al mínimo en un momento tan determinante como los últimos momentos de vida.

De este modo lo entendió acertadamente el Código Civil y Comercial, motivo por el cual mantuvo las porciones legítimas pero las disminuyó notablemente, reconociendo de este modo su importancia en el ordenamiento, pero comprendiendo que la sociedad actual no es la misma que la de hace dos siglos atrás, “aggiornandose” a los cambios sociales.

Podemos afirmar que el Código adoptó lo que se denomina una solución transaccional, una solución moderada, semi-satisfactoria, capaz de –como expresa Kemelmajer de Carlucci- hacer la vida común tolerable, y representar un paso importante en la evolución del derecho hacia soluciones más justas.

Otro aspecto a tener en cuenta es que el ordenamiento jurídico debe garantizar seguridad jurídica -principio fundamental del derecho-, y el sistema de legítimas muchas veces colisiona con ella y con derechos consagrados constitucionalmente. Por esto mismo es que al entrar en conflicto dos bienes jurídicos tutelados, se debe buscar una solución que proporcione equilibrio, ya que en consecuencia lo que se genera es desconfianza hacia el ordenamiento que nos regula y en teoría, nos protege y garantiza derechos, cuando éste debería ser sinónimo de confianza, certidumbre, certeza o firmeza.

Las sociedades cambian, sus valores, sus paradigmas y cosmovisiones también, y cada familia es un caso único con sus propias particularidades. Las relaciones y vínculos intrafamiliares no son los mismos que antes, por lo que era necesaria la adaptación de la legislación a los tiempos que corren actualmente, donde la autonomía se impone cada vez más y tiene un lugar de mayor preponderancia, como en el derecho de familia, rama de gran influencia en el derecho sucesorio.

Cabe destacar que el testamento es el instrumento que la ley brinda al ser humano para que éste exprese su última voluntad en vida para que tenga efectos luego de su muerte. Con la imposición de porciones legítimas excesivas, que en consecuencia den lugar a porciones de libre disposición ínfimas, el causante se encuentra prácticamente sin oportunidad de decidir por sí mismo, y hacer uso de su razón y libertad, para determinar de qué modo destinará sus bienes y a quién los transmitirá. De este modo su autonomía de la voluntad se encuentra limitada en gran medida.

Por lo tanto, la legítima hereditaria es necesaria, ya que tiene una función tan importante como procurar el bienestar general y no dar lugar a injusticias o decisiones arbitrarias y egoístas que tienen lugar sin justos fundamentos. Se puede lograr un armonía entre ambas instituciones, pero es menester procurar no limitar en exceso derechos fundamentales como los mencionados anteriormente, no dejando margen de libre disposición al causante, lo que sería contradictorio y carecería de lógica y coherencia, ya que la libertad es un derecho del cual el hombre no puede ser privado bajo ningún concepto.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### **Bibliografía general.**

- Medina, Graciela; Rolleri, Gabriel. Derecho de las sucesiones. 1º ed., 1º reimpr., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2018.
- Córdoba, Marcos M. Sucesiones. 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Eudeba, 2017.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Constitución Nacional.
- Borda, Guillermo Antonio; con colaboración de Delfina Borda. 16ª. ed. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- Azpiri, Jorge Osvaldo; Manual de derecho sucesorio. 3º ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.
- Azpiri, Jorge O.; Derecho sucesorio. 5ªta ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- Zannoni, Eduardo; Manual de derecho de las sucesiones. 4º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2003.
- Borda, Guillermo; Tratado de derecho civil. Sucesiones. Tomos I y II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.
- Belluscio, Augusto César; Maffía, Jorge Omar. Derecho Sucesorio. 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2020.
- Maffía, Jorge O.; Manual de derecho sucesorio. Tomos I y II. 4ªa ed. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- Herrera, Marisa; Pellegrini, María Victoria. Manual de derecho sucesorio. 1ªa ed. Bahía Blanca: Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Ediuns, 2015.
- Solari, Néstor Eliseo. Manual de sucesiones. 1ªa ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2020.

- Pérez Lasala, José Luis. Tratado de sucesiones. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Scotti, Luciana B.; Manual de derecho internacional privado. 2ª ed. Actualizada y ampliada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019.
- Herrera, Marisa; de la Torre, Natalia; Fernández, Silvia. Manual de Derecho de las Familias. 2ª ed. Actualizada y ampliada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2019.
- Nino, Carlos Santiago. Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación. 2ª ed., ampliada y revisada. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- Wagner de Tizon, Claudia. Limitaciones a la autonomía de la voluntad [Tesis]. Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales Universidad Nacional del Litoral. 2011.
- Berenguer, Marcela Claudia. La flexibilización de la legítima hereditaria [Tesis]. Universidad Católica Argentina. 2012.  
<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/195>

### **Bibliografía especial.**

- Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera, Marisa. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.
- Lorenzetti, Ricardo. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.
- Medina, Graciela; Rivera, Julio César. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2014.
- Orihuela, Andrea M.; Constitución Nacional comentada. 4ª ed. Buenos Aires: Estudio, 2008.
- Ovsejevich, Luis. Legítima. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XVIII. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1964.

- Asociación de Profesores de Derecho Civil. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Derecho de sucesiones. Presente y futuro. Santander: Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia. 2006
- Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Succession Act 1975.
- Código Testamentario Uniforme de Estados Unidos.
- Código Civil Federal de México.
- Código Civil de Quebec.
- Código Civil de Costa Rica.
- Código Civil de El Salvador.
- Código Civil de Guatemala.
- Código Civil de Honduras.
- Código Civil de Nicaragua.
- Código Civil de Francia.
- Código Civil de Italia.
- Código Civil de Brasil.
- Código Civil de Perú.
- Código Civil de Chile.
- Código Civil de Colombia.
- Código Civil de España.

### **Doctrina.**

- Giletta, Javier H.; Sucesiones. Legítima versus porción disponible. Acerca del desconocimiento de un legado histórico. Reactualización del debate a la luz de los recientes proyectos de reforma. N75. Revista Notarial. Colegio de escribanos de la Provincia de Córdoba. 1998.

- Pitrau, Osvaldo; Córdoba, Lucila Inés; Diario de Familia y Sucesiones Nro. 39. Algo sobre la legítima en el Código Civil y Comercial de la Nación. Diario DPI. Pensamiento Civil. 2015.
- Roller, Gabriel. Principales modificaciones al derecho sucesorio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Revista Jurídica Electrónica. Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Año I. N°1. 2016  
<http://repositorio.unlz.edu.ar:8080/handle/123456789/272?locale-attribute=en>
- Pestalardo, Alberto; Berasategui, Inés. La legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Revista Derecho Privado. Año II, N°6. Ediciones Infojus. 2013  
<http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140080-pestalardo-legitima-hereditaria-en-proyecto.htm>
- Pitrau, Osvaldo; Córdoba, Lucila. La porción legítima en el nuevo código. DPI Diario. Pensamiento Civil. Recuperado de:  
[https://dpicuantico.com/area\\_diario/doctrina-en-2-páginas-diario-comercial-económico-y-empresarial-nro-45-23-09-2015/](https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-2-páginas-diario-comercial-económico-y-empresarial-nro-45-23-09-2015/)
- Ferrer, Francisco A. M. El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y Comercial. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNL. Nueva época. N° 10. 2016  
<https://doi.org/10.14409/ne.v0i10.6226>
- Lo Prete, Octavio. La legítima hereditaria. En análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial. Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. 2012.  
<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2934>
- Millán, Fernando; El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad. Publicado en DFyP. 2012.
- Salerno, Marcelo U. El orden público en el sistema jurídico. Revista Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. 1998.
- Kemelmajer De Carlucci, Aída. La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea. 1ª. edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Infojus. 2014.

- Melón, Pablo Esteban; Appugliese, Bruno Martín; Yauhar, Luciana Yamile. La libertad de testar en el derecho argentino. Publicado en Revista de Derecho Universidad Nacional del Sur. Año II. N° II. 2013.
- Castillo, Alicia Verónica. La legítima: análisis desde la óptica de la familia actual, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales. Revista del Notariado. 2012. Año 115. N° 908. p. 51-60.
- Salomón, Marcelo J.; La regulación de la legítima en el Código proyectado: Constitución Nacional, orden público y autonomía personal. Revista Derecho Privado. Año II. N° 6. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Infojus. 2013  
<http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140081-salomon-regulacion-legitima-en-codigo.htm>

### **Doctrina extranjera.**

- Varona Santiago, Vivian. “La autonomía de la voluntad en sede sucesoria. Su respaldo constitucional.” En Contribuciones a las Ciencias Sociales. Universidad de Cienfuegos. Cuba. 2012. [www.eumed.net/rev/cccss/20/](http://www.eumed.net/rev/cccss/20/)
- Garmendia Arigón, Mario. La noción del orden público social. La Ley. Uruguay. 2016.  
<https://www.aadyss.org.ar/files/documentos/329/Garmendia,%20Mario%20-%20La%20noci%C3%B3n%20de%20orden%20p%C3%BAblico%20social.pdf>
- Magariños Blanco, Victorio. Defensa de la libertad de testar. Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. España. 2016  
<https://www.acaderc.org.ar/2020/02/24/defensa-de-la-libertad-de-testar/>
- Carrió Sampederro, Alberto. Hasta que la muerte los separa. Legítima, derecho de propiedad y prohibición de disposición del titular de los bienes: un ejemplo práctico de inconsistencia normativa. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Alicante: Doxa, cuadernos de filosofía del derecho. 2018.  
<http://www.cervantesvirtual.com/obra/hasta-que-la-muerte-los-separa-legitima-derecho-de-propiedad-y-prohibicion-de-disposicion-del-titular-de-los-bienes-un-ejemplo-practico-de-inconsistencia-normativa-877690/>

- Pérez Gallardo, Leonardo B.; Legítima y discapacidad: Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial (Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad). Revista Ius. Vol. 4. N° 26. 2010.

<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/230>

### **Páginas web**

- Miceli, Marilina Andrea. Pietas y solidaridad familiar en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina: la mejora a favor del heredero con discapacidad.  
<http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/4029-pietas-y-solidaridad-familiar-nuevo-codigo-civil-y-comercial-republica>
- <https://www.iprofesional.com/notas/145712-Herederos-el-nuevo-Codigo-Civil-llega-con-fuertes-cambios-para-que-usted-pueda-dejarle-ms-dinero-a-quien-prefiera>
- Reyes Oribe, Beatriz. Persona, naturaleza y voluntad en el comentario a las sentencias de Pedro Lombardo de Tomas de Aquino. 2009  
[https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/3786/06-reyes-scripta-v2-n1.pdf](https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/3786/06-reyes-scripta-v2-n1.pdf)
- Fallo Ercolano, Agustín c/ Lanteri de Renshaw Julieta s/ consignación  
<http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ercolano-agustin-lanteri-renshaw-julieta-consignacion-fa22000001-1922-04-28/123456789-100-0002-2ots-eupmocsollaf?>
- Campodónico, Juan Martín María. Una mirada trialista sobre algunos aspectos del derecho sucesorio argentino. Observaciones y críticas a una legislación actual desactualizada.  
<https://studylib.es/doc/1034049/una-mirada-trialista-sobre-algunos-aspectos-del-derecho-s...>

- Kemelmajer de Carlucci, Aída. Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. Publicado en Revista Jurídica La Ley. 2014  
<https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina403.pdf>
- Guglielmino, Adriana del Carmen. El principio de Solidaridad Familiar como acceso a la mejora o compensación a favor del heredero cuidador del causante. Revista de Derecho de Familia y Sucesiones. N° 15. IJ Editores. 2021  
<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=a35edb71e6bd11daa15d3cfda935599f>
- [https://www.ehowenespanol.com/ley-herencia-estados-unidos-sobre\\_445015/](https://www.ehowenespanol.com/ley-herencia-estados-unidos-sobre_445015/)
- <https://grupohereda.com/es/blog/como-se-reparte-la-herencia-en-brasil/>
- [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2062/Algunas\\_consideraciones\\_eventual\\_reforma\\_legitima.pdf?sequence=1#:~:text=A%20los%2030%20a%C3%B1os%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20peruano,-Rosario%20de%20la&text=723%20a%20733.,dem%C3%A1s%20ascendientes%20C%20y%20el%20c%C3%B3nyuge](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2062/Algunas_consideraciones_eventual_reforma_legitima.pdf?sequence=1#:~:text=A%20los%2030%20a%C3%B1os%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20peruano,-Rosario%20de%20la&text=723%20a%20733.,dem%C3%A1s%20ascendientes%20C%20y%20el%20c%C3%B3nyuge). Algunas consideraciones sobre una eventual reforma de las legítimas. A los 30 años del Código Civil peruano Rosario de la Fuente-Hontañón Lima, octubre del 2014.

## **ÍNDICE**

|                                                        |           |
|--------------------------------------------------------|-----------|
| <b>PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.</b>                      | <b>6</b>  |
| 1. <b>Resumen</b>                                      | 7         |
| 2. <b>Preguntas problema</b>                           | 7         |
| 3. <b>Metodología</b>                                  | 8         |
| 4. <b>Hipótesis</b>                                    | 8         |
| 5. <b>Marco teórico</b>                                | 8         |
| 6. <b>Introducción</b>                                 | 8         |
| <b>CAPÍTULO 1</b>                                      | <b>10</b> |
| 1. <b>Introducción</b>                                 | 11        |
| 2. <b>Sucesión. Concepto</b>                           | 12        |
| 3. <b>Clases de sucesiones.</b>                        | 14        |
| 3.1 <b>Sucesión universal y sucesión particular.</b>   | 14        |
| 3.2 <b>Sucesión inter vivos.</b>                       | 15        |
| 3.3 <b>Sucesión mortis causa.</b>                      | 16        |
| 4. <b>Fundamentos de las sucesiones mortis causa.</b>  | 17        |
| 5. <b>Sucesión intestada y sucesión testamentaria.</b> | 20        |
| 5.1 <b>Sucesión intestada</b>                          | 20        |
| 5.2 <b>Sucesión testamentaria.</b>                     | 21        |

|                                                                              |           |
|------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>6. Sucesores .....</b>                                                    | <b>22</b> |
| <b>6.1 Herederos .....</b>                                                   | <b>22</b> |
| <b>6.2 Legatarios. ....</b>                                                  | <b>23</b> |
| <b>6.3 El Estado .....</b>                                                   | <b>23</b> |
| <b>7. Indignidad.....</b>                                                    | <b>24</b> |
| <b>CAPÍTULO 2 .....</b>                                                      | <b>25</b> |
| <b>1. Aspectos generales. Concepto .....</b>                                 | <b>26</b> |
| <b>1.1 Porción disponible.....</b>                                           | <b>28</b> |
| <b>1.2 Características de la legítima .....</b>                              | <b>29</b> |
| <b>2. Antecedentes históricos.....</b>                                       | <b>30</b> |
| <b>3. Naturaleza jurídica .....</b>                                          | <b>35</b> |
| <b>3.1. Sistemas sobre la concepción de la legítima.....</b>                 | <b>36</b> |
| <b>4. Legítima y libertad de testar. Argumentos a favor y en contra.....</b> | <b>36</b> |
| <b>CAPÍTULO 3 .....</b>                                                      | <b>40</b> |
| <b>1. Debates doctrinarios y cambios sociales. ....</b>                      | <b>41</b> |
| <b>2. Análisis constitucional .....</b>                                      | <b>52</b> |
| <b>CAPÍTULO 4 .....</b>                                                      | <b>60</b> |
| <b>1. Orden público.....</b>                                                 | <b>61</b> |
| <b>2. Solidaridad familiar.....</b>                                          | <b>63</b> |
| <b>CAPÍTULO 5 .....</b>                                                      | <b>67</b> |
| <b>1. Reformas y proyectos en el Código Civil .....</b>                      | <b>68</b> |
| <b>2. Regulación en el Código Civil y Comercial. ....</b>                    | <b>69</b> |

|                               |                                                                        |            |
|-------------------------------|------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.1                           | Mejora al heredero con discapacidad .....                              | 72         |
| 2.2.                          | Protecciones a la legítima .....                                       | 74         |
| 2.3.                          | Fraude .....                                                           | 77         |
| <b>CAPÍTULO 6 .....</b>       |                                                                        | <b>78</b>  |
| 1                             | Concepto y aspectos generales. ....                                    | 79         |
| 1.1                           | Autonomía de la voluntad en el derecho. ....                           | 80         |
| 2                             | Bases y limitaciones. ....                                             | 82         |
| 3                             | La autonomía de la voluntad en el derecho argentino. ....              | 86         |
| <b>CAPÍTULO 7 .....</b>       |                                                                        | <b>90</b>  |
| 1.                            | Sistemas que admiten la libertad de testar .....                       | 91         |
| 2.                            | Sistemas con una legítima en favor de ciertos herederos forzosos ..... | 95         |
| 3.                            | Sistema de mejora .....                                                | 97         |
| <b>CONCLUSIÓN FINAL .....</b> |                                                                        | <b>100</b> |
| <b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>      |                                                                        | <b>103</b> |