

DERECHO
RINCIPIOS GENERALES
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 2

Mirta Beatriz Álvarez
Juan Carlos Ghirardi
Elvira Méndez Chang
Luis Rodríguez Ennes
Gabriela Marta Alonsoperez
Carlos María Antuña Suárez
Juan Bautista Bardi
Cecilia Benetti
Gonzalo Bernal
Rosa Luz Casen

Marilina Miceli
Leticia Núñez
Carlos Andrés Domínguez
Scheid
Susana Isabel Estrada
María Cristina Filippi
Gastón L. Medina
Germán Giarocco
Joao Alfredo Jiménez Salas
Norma Alicia Juárez

Gabriela Victoria Morel
Arturo Magno Quispe Quiroz
Emma M. Rodríguez Díaz
Julieta Salomé Rodríguez
Mariana Verónica Sconda
Luis Diego Vargas
Bibiana Llaryora
Paola Acosta
Andrea Costa
Soledad Sandra Peralta

UFLO
UNIVERSIDAD

El principio de autonomía de la voluntad y la institución de la legítima

Por Susana Isabel Estrada⁴⁸⁰

Resumen

Este trabajo consiste en el análisis de algunos aspectos del derecho de legítima en el derecho romano y en el derecho civil argentino, con el objetivo de comparar ambos ordenamientos y verificar si hubo proyección de las fuentes romanas en el derecho argentino. Haremos un recorrido histórico, que no pretende ser exhaustivo, partiendo de la regulación en la Ley de las XII Tablas, continuando con el tratamiento desde fines de la República hasta llegar a la reglamentación en el *Corpus Iuris Civilis*, en especial las Novelas.

El *corpus* de estudio para la evolución en el derecho argentino comien-

⁴⁸⁰ Prof. Titular en la Universidad Católica de Santiago del Estero. Prof. Adjunta a/c cátedra en la Universidad Nacional de Tucumán. Prof. de posgrado Carrera especialización aprobada por CONEAU en la Facultad Medicina Universidad Nacional de Tucumán. Directora de proyecto de investigación PIUNT26-H/609. Vicepresidenta de ADRA. Miembro activo de AIDROM. Miembro invitado de ASSLA.

za con el Código Civil de Vélez Sarsfield, luego la reforma de la Ley 177711, el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1998, para culminar con el tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015 y sus fundamentos en el tema en cuestión, particularmente el aspecto de la modificación del *quantum* de la legítima.

Finalmente arribamos a la conclusión de que pese al desdén por el derecho romano, declamado en los fundamentos del Código vigente y a los esfuerzos denodados de los redactores por tomar distancia de aquel mutilando sus notas, el sistema sucesorio en su totalidad y en especial en la institución de la legítima alberga ascendencia romanista, la que sigue constituyendo el innegable fundamento de nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: sucesión; autonomía, legítima

I. Introducción

La manera de concebir la estructura familiar en su evolución histórica y los institutos jurídicos conexos ha estado influenciada por las concepciones filosóficas, los avatares económicos, la composición social y las imposiciones religiosas. Por lo tanto, el fundamento de la libertad testamentaria o del sistema de herencia forzosa y su correspondiente regulación legislativa ha variado desde la Antigüedad romana hasta el presente.

En el derecho romano, los cánones fundamentales en la interpretación del significado de la manifestación de la voluntad se basaban en la oposición *verba* (las palabras) *voluntas* (la voluntad interna, lo queri-

⁵⁰⁹ FOUCAULT, M. (1984). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa.

do), y esto también ha estado presente en materia de derecho sucesorio.

En la sucesión testamentaria, el legislador ha procurado regular, sin pecar de minucioso, aquellos supuestos en resguardo de la manifestación de la voluntad de las personas para después de su fallecimiento, a quien ya no se podrá consultar sobre la interpretación de sus manifestaciones. Asimismo, limitó la voluntad del testador con el controversial resguardo de la porción legítima de los herederos forzosos, entre los autores que entendieron que era preferible un sistema de amplia libertad y defendieron la autonomía de la voluntad y los que sostenían que el sistema de herencia forzosa se ajustaba a criterios de justicia y equidad.

En cuanto a la sucesión legítima, el legislador asumía la delicada tarea de realizar una interpretación presunta de la voluntad de quien no la había manifestado en vida.

En el presente trabajo haremos un recorrido histórico, que no pretende ser exhaustivo, de la regulación de los actos de última voluntad en su génesis en las fuentes romanas, para tratar luego la proyección al derecho civil argentino, comenzando por el código de Vélez Sarsfield, luego la reforma de la Ley 177711, el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1998 y el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde 2015.

II. La evolución en las fuentes romanas. La sucesión necesaria sustancial: la legítima

La llamada legítima (*legítima portio*) data de una época bastante avanzada, pues hasta entrado el Imperio los romanos tuvieron la libertad más absoluta para disponer de sus bienes como les pareciese sin estar obligados a dejar nada a ninguna persona por allegada que fuera, y si querían dejarles parte alguna de sus bienes debían instituirlos en un testamento válido. Llegó una época en que la sociedad romana vio con desagrado el proceder del *pater familias* que a las personas ligadas a él por lazos íntimos no les dejaba parte alguna del patrimonio. Es así que

nació la limitación a la libertad de testar, llamada sucesión necesaria sustancial, que fue el antecedente romano de las legítimas.

Equívocamente con frecuencia se presenta la sucesión contra testamento como derogatoria del principio consagrado en las XII Tablas, cuando en realidad en ninguna época se ha atentado contra la voluntad ilimitada de testar. Así lo encontramos en las *Reglas* de Ulpiano y en las *Institutas* de Gayo.

16. Si un hijo que es de la clase de los herederos suyos no es ni instituido heredero ni desheredado nominativamente, el testamento es inválido (Ulpiano XXII, 16).⁴⁸¹

En el mismo sentido se pronunciaron las *Institutas* de Gayo en el pasaje que dice:

*123. Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defurictus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores siquidem filius mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et il lum ab intestato heredem fieri confitentur: si uero ante modum patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, pullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant, non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito (Gayo II, 123).*⁴⁸²

123. Aquel que tiene un hijo bajo su potestad, debe instituirlo heredero o desheredarlo nominalmente; porque si lo pasase en silencio, sería el testamento tan inútil, que, según la opinión de nuestros maestros, nadie podría por él llegar a

⁴⁸¹ PONS DE LA VEGA DE MIGUENS, N. (1970). *Reglas de Ulpiano, traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar*. Buenos Aires: Lerner, p. 118.

⁴⁸² GAYO (1845). *Instituta*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica y Literaria, p. 116.

ser heredero, aunque el hijo muriese en vida del padre, pues la institución sería nula desde su origen. Sin embargo, los autores de la escuela contraria, si bien reconocen que si el hijo sobrevive al padre lo hereda *ab intestato* e impide que adquieran la sucesión los herederos inscriptos, sostienen que si la muerte del hijo acontece antes que la del padre, pueden adir la herencia los herederos testamentarios sin ningún impedimento, en razón a que, según ellos, la preterición del hijo no invalida el testamento desde su origen.

No obstante que el testador estaba amparado por las normas, desde fines de la República se comenzó a considerar contrario a los deberes morales que desamparara en el testamento a los ligados a él por lazos íntimos. Tal limitación no fue establecida por ley sino a través del órgano judicial.

El procedimiento para reclamar la nulidad de semejante testamento se llevaba a cabo ante el tribunal de los *centumviri*, encargados de decidir en su fase *in iudicio* las cuestiones sobre herencia y propiedad entabladas *in iure* ante el pretor por el procedimiento de las *legis actiones*. Tal pronunciamiento se fundaba en una doctrina —que se dice surgida por ejemplo del derecho griego— que consideraba que el testador que no había dejado una parte de patrimonio hereditario a los parientes próximos, no estaba en su sano juicio y el jurado de los *centumviri* accedía a la petición de herencia de los herederos *ab intestato*, declarando el testamento nulo *color insaniae*, es decir, como si el testador padeciera de una supuesta enfermedad mental.

Marciano aclara en el siguiente pasaje del Digesto el verdadero sentido en que era tomado este fundamento.

*Marcianus libro IV, Institutionum. Hoc colore inofficioso testameto agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demenste status sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; man si verefuriosus esset vel demens, nullum est testamentum (Dig. 5, 2, 2).*⁴⁸³

⁴⁸³ GARCÍA DEL CORRAL, I. (1892). *Cuerpo del Derecho Civil Romano, hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger*. Tomo I. Barcelona, Jaime Molina, p. 430.

Marciano, Instituta, Libro IV. Se deduce la querrela de testamento inoficioso bajo este supuesto, como que no estuvieron en su sano juicio al disponer el testamento. Y se dice esto, no como si verdaderamente un furioso o un demente hayan testado, sino porque en realidad hizo uno legalmente testamento, pero no conforme a los deberes de piedad; porque si verdaderamente estuviese furioso o demente, es nulo el testamento.

El primero de ellos fue el referido al hijo póstumo y luego por analogía se resolvió el caso del hijo único cautivo, vuelto a Roma después de la guerra.

Los jueces romanos, ante la impugnación de los testamentos por preterición, injustificada desheredación o insuficiente institución de los *heredes sui*, fueron diseñando a través de sus sentencias la *portio legitima* para poner a los hijos al abrigo de la injuria en que incurrían los padres con tales exclusiones. Para lograr ese propósito, tal reclamo se formuló mediante la *querela inofficiosi testamenti*.⁴⁸⁴

Quia plerunque parentes sine causa liberos suos vel exheredant vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exheredatos, aut inique preteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint,

⁴⁸⁴ “Encontramos la palabra *testamentum inofficiosum* ya en Cicerón *in Verrem* II,1,42 [...] pero es cierto que en este pasaje no tiene ningún significado jurídico técnico y por tal razón este pasaje más bien nos autoriza a suponer que en aquella época el testamento inoficioso no daba todavía lugar a ninguna queja. En las anécdotas referidas por Valerio Máximo VII, 7, 3, 4, 5 se trata no de una *querela inofficiosi*, sino de actos de autoridad ejecutados en virtud del *imperium* por Augusto y por el pretor Calpurnius Piso. El testamento de la mujer de Agripa, confidente de Augusto, [...] podría pertenecer a nuestro orden de ideas sin que podamos asegurarlo. Según la relación del mismo Valerio se pudiera creer que hubo una *querela inofficiosi* en los tiempos de Pompeyo; pero la relación no es bastante explícita para admitir la cosa como exacta, tanto más cuanto que el testamento de Tuditanus referido por El Mismo, nos muestra que en la misma época, los centurviros no estaban todavía muy dispuestos para anular un testamento hecho por un individuo de una insanidad notoria. En tiempos de Plinio el Joven y de Quintiliano, la inoficiosidad había entrado plenamente en el dominio del derecho civil”. Conf. MAINZ, C. (1892). *Derecho Romano*. Traducción por A. J. Pou y Ordinas. Tomo II. Barcelona: Jaime Molina, p. 405.

*quum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis; nam si vere furiosus sit, nullum es testamentum (Inst. 2, 18, pr).*⁴⁸⁵

Como las más de las veces los ascendientes o desheredan u omiten sin causa a sus hijos, se ha introducido que puedan ejercitar la acción de inoficioso testamento los hijos que se querellan de que injustamente han sido o desheredados o preteridos, so color de que, cuando hicieron el testamento, como que no se habían hallado en su sano juicio. Mas dicese con esto, no que verdaderamente estuviese loco, sino que a la verdad, había hecho testamento legalmente, pero no conforme a los deberes de piedad; porque si realmente estuviera loco, el testamento es nulo.

Podían entablar la *querella* los próximos parientes como herederos civiles y solo los domiciliados en Roma, quedando excluidos los amparados por el derecho pretorio, porque previamente debían pedir la posesión de los bienes, y los domiciliados en las provincias, por carecer el colegio centunviral, de jurisdicción.

Ulpianus libro XIV. ad Edictum. Sciendum est, frequentes esse inofficiosi querelas; omnibus enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. [...] (Dig. 5, 2, 1).⁴⁸⁶

Ulpiano; Comentarios al Edicto, Libro XIV. Ha de saberse, que son frecuentes las querellas de testamento inoficioso; porque a todos, así a los padres, como a los hijos es lícito pleitear sobre un testamento inoficioso [...].

Más tarde acabó por extenderse a unos y otros —por una *Lex Glitiam* comentada por Gayo— cuando eran excluidos sin motivo de la sucesión o cuando eran llamados a ella por una porción menor de la que les hubiera correspondido si el testador hubiera muerto sin testamento.

⁴⁸⁵ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 430.

Gaius libro singulari ad legem Glitiam. Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt; quod plerumque faciunt maligne circa sanguine suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibus ve corrupti (Dig. 5, 2, 4).⁴⁸⁷

Gayo; comentarios a la Ley Glicia, libro único. Porque no se ha de tener tolerancia con los padres, que en su testamento expresan alguna injuria contra sus hijos; lo que la más de las veces lo hacen formulando malévolamente su juicio contra su sangre, seducidos por los halagos o instigaciones de las madrastras.

Como en los orígenes no existió una regla general que determinara el monto de la cuota legítima que correspondía al legitimario y de la que el testador estaba impedido de disponer, el tribunal centunviral, inspirado en lo que dispuso la *Lex Falcidia*⁴⁸⁸ para los legados, adoptó el criterio de que la cuantía de la *portio legitima* era la cuarta parte del haber hereditario que le correspondería al heredero, tanto si sucediese testamentariamente como si lo hiciera *ab intestato*. Ésta a la vez que reconocía al ciudadano romano la libertad de testar y de legar, le imponía la obligación de guardar una cuarta parte de la herencia para el o los legitimarios llamada en las fuentes, *quarta Falcidia*.

Idem A. Ingenuo. Quum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartem bonorum partes portis tempore testator reliquit, inspicitur (Cod. 3, 28, 6).⁴⁸⁹

El mismo Augusto a Ingenuo. Cuando se investiga si los hijos pueden acusar de inoficioso el testamento de su padre, se examina si el testador les ha dejado al tiempo de su muerte la cuarta parte de sus bienes.

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

⁴⁸⁸ La *Lex Falcidia* si bien reconocía al ciudadano romano la libertad de testar y de legar, le imponía una restricción consistente en que, cualesquiera fuesen los legados, debía reservar al heredero una cuarta parte libre de la herencia o de su porción hereditaria (*quarta Falcidia*).

⁴⁸⁹ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, p. 350.

Esta ley establecía una serie de excepciones: a) para el que tenía derecho a testar militarmente; b) para cuando el testador lo prohibía expresamente al heredero; c) cuando el heredero dejaba de hacer inventario, si había intentado hacer ineficaces los legados y perdía el derecho sobre las cosas que había sustraído; d) cuando el heredero pagaba un solo legado sin uso de su derecho se presumía que renunciaba a él para todos los legados; e) cuando los legados eran hechos a favor de institutos de beneficencia o a un legitimario para completar la legítima o a los que tenían por objeto cosas compradas por el marido para uso de su mujer; y f) cuando se trataba de los fideicomisos de familia.

El efecto de la *querella* no siempre era producir la nulidad total del testamento. Cuando eran varios los instituidos herederos, podía suceder que solo alguno o algunos de los legitimarios no hubiera recibido su *portio legitima* y entonces se declaraba una nulidad parcial del testamento y tal legitimario percibía lo que le correspondía como sucesor *ab intestato*. Tal efecto de la *querella* se vio como injusto cuando la reducción de la *portio* no fue una actitud deliberada del testador, sino simplemente un error de cálculo al evaluar su patrimonio. Para tales casos, Justiniano creó una acción especial de complemento de legítima, la *actio ad supplementandam legitimam* para que el legitimario lograra integrar lo que le faltaba de su cuota. Más tarde dispuso que la *querella* fuera procedente únicamente cuando no se hubiera dejado parte alguna al legitimario.

Idem A. Mennae P.P. Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sanximus, ut ratione Falcidiae, minime illis personis derelictae, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod dees legitimae portionis, id est quarte parti ab instatato successionis, [...] (Cod.3, 28, 31).⁴⁹⁰

Idem A. Mennae P.P. Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quis minus legitima portione bisderelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso

⁴⁹⁰ *Ibidem*, op. cit. T. IV, p. 357.

testamento actionem movere poterant hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum recindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio veldilatio vel alia dispositio, moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

Dat. Prid. Kal. (119 April. Constantinop. (12) Decio V.C. Cons. [529]. (Cod. 3, 28, 32).

El mismo Augusto a Menna, Prefecto del Pretorio. Mandamos, que sean igualmente aplicables a los testamentos no escritos que se hagan, las disposiciones que recientemente hemos dado para la conservación y difícil anulación de los testamentos, a fin de que por razón de la Falcidia, que no se haya dejado a aquellas personas que por las antiguas leyes eran llamadas a la querrela de testamento inoficioso, no peligren los testamentos, sino que únicamente se complete lo que falta para la porción legítima, esto es, para la cuarta parte de la sucesión *ab intestato*, [...].

El mismo Augusto a Menna, Prefecto del Pretorio. Habiendo dispuesto en leyes anteriores, que, si se hubiera dejado menos de la porción legítima a quienes por las antiguas leyes podían promover la acción de inoficioso testamento, se les completase, a fin de que no se rescinda el testamento con ocasión de la menor cantidad dejada, al presente hemos creído deber añadir, que, si por algunas condiciones o plazos u otra disposición, que produjese demora, modo, u otro gravamen, se considerasen que estaban menoscabados los derechos de los llamados a la referida acción, se supriman dicha condición, plazo, o disposición, que causa la demora o cualquier gravamen, y el asunto marche como si nada de esto se hubiese añadido en el testamento.

Dada en Constantinopla a 1 de las Calendas de Abril, bajo el consulado de Decio, varón esclarecido. [529.].

Como la cuota del heredero legitimario se calculaba sobre la base del activo del patrimonio al tiempo de la muerte del causante, éste podía

burlar la ley haciendo donaciones o constituyendo dotes en vida. Para evitar este perjuicio al heredero se creó en tiempos de Alejandro Severo, mediante las constituciones imperiales, la *querela inofficiosae donationis* y la *querela inofficiosae dotis* con la finalidad de reducir las enajenaciones a título gratuito que hubieran afectado la *portio legitima*.

[...] *Authent, de inmensis donation, §1 (Nov. 92, c. 1) Unde et si parens in quondam liberorum vel in quosdam donationem inmensam fecerit, quisque tantum feret ex hereditate nomine Falcidiae, quantum poterat ante donationem deberi. Licet autemei, qui largitatem meruit, abstinere ab hereditate, dummodo suppleat ex donatione, si opus sit, ceterorum portionem (Cod. 3, 28, 6).*⁴⁹¹

[...] Auténtica de inmensis donation, §1 (Nov. 92, c.1). Por donde también si un ascendiente hubiere hecho a uno o varios de sus hijos una donación excesiva, cada cual percibirá de la herencia a título de Falcidia una porción igual a la que podía debersele antes de la donación. Es lícito, sin embargo, al que mereció la donación abstenerse de la herencia, siempre que, si fuese necesario, supla con bienes de la donación la parte de los demás.

Con la misma finalidad de proteger la *portio legitima*, las leyes habilitaron los medios procesales para solicitar la declaración de inoficiosidad de las dotes.

*Imp. Constantius A. ad Maximun, Praesidem Ciliciae. Uumomnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, concordare legibus promptum est, ua ad exemplum, inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emoluenta debita deferantur. (Cod. 3, 31, 1).*⁴⁹²

El Emperador Constancio, Augusto, a Máximo, Presidente de Cilicia. Puesto que se dice, que todos los bienes han sido empleados por tu madre en una dote, fácil es hallar en las leyes medio para que se conceda la facultad de ejercitar una acción contra la dote excesiva a semejanza de la de testamento inoficioso, y se den a los hijos que se querellen los debidos emolumentos.

⁴⁹¹ *Ibidem, op. cit.*, T. IV, p. 350.

⁴⁹² *Ibidem, op. cit.*, T. IV, p. 365.

Justiniano mediante una constitución del año 537 modificó la porción fijada según la *lex Falcidia*, disponiendo que la *portio legitima* fuese de un tercio si los herederos forzosos no pasaban de cuatro y de la mitad si el número de los mismos fuera mayor.

[...] si quidem unius est filii pater aut mater, aut duorum, vel trium, vel quatuor, non truncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem, hoc est uncias quatuor [...]. Si vero ultra quatuor habuerit filios mediam eis totius substantiae partem [...] (Nov. 18, c. 1).⁴⁹³

[...] si verdaderamente el padre o la madre lo es de un solo hijo, o de dos, o de tres, o de cuatro, no se les dejan a estos solamente tres onzas, sino también la tercera parte de los propios bienes, esto es cuatro onzas [...]. Pero si uno tuviere más de cuatro hijos, déjeles la mitad de todos los bienes, [...].

Data también del año 537 la mejora en la posición del cónyuge, que anteriormente se hallaba relegado al último lugar. Es la *quarta uxoria* que originariamente no se configuró como un derecho hereditario sino que constituyó una cuota de asistencia que era concedida al cónyuge pobre (el marido o la mujer) en caso que el difunto hubiese sido adinerado y no se hubiera constituido dote o donación prenupcial.

§ 2. [...] si coniunctorum alter dotem aut ante nuptialem donationem non faciens, inops aut vir aut mulier inveriatur, et moriens quidem aut vir aut mulier locuples sit, ille vero vel illa superstes pauper exsistat [...] (Nov. LIII, Const. LIII, c.6, § 2).⁴⁹⁴

§ 2.- [...] si no constituyendo uno de los cónyuges dote o donación antenupcial se hallara que es pobre el marido o la mujer, y que ciertamente el marido o la mujer que fallece es rico y que es pobre él o la que sobrevive [...].

Posteriormente el beneficio otorgado a ambos cónyuges por la Novela 53 fue restringido exclusivamente a la mujer, prohibiendo al marido la

⁴⁹³ *Ibidem*, op. cit., T. VI, p. 95.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, T. VI, p. 226.

Novela 117 recibir la cuarta parte de los bienes dejados por la esposa.

Se concedía a la viuda pobre e indotada una porción de los bienes de su marido fallecido que variaba según que no hubiera hijos en común o que si los había, su número variara, correspondiéndole la propiedad en el primer caso y solo el usufructo en el segundo.

*CONST. CXIII (3)*⁴⁹⁵

[...] si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir sive ex ea, sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere iubemus mulierem, quantum uni competit filiorum, ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, [...]. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, iubemus, etiam dominium iure habere eas res, quas ex viri facultate ad eam venire per praesentem iussimus legem [...] (*Nov. CXVII, Const. CXIII, c. 5*).⁴⁹⁶

[...] si verdaderamente su marido tuviera hasta tres hijos o de ella, o de otro matrimonio, recibiera la cuarta parte de los bienes del marido. Pero si fueran más los hijos [...] reciba la mujer tanto cuanto le compete a uno solo de los hijos, de suerte ciertamente que en tales bienes tenga la mujer solo el usufructo, [...]. Pero si tal mujer no hubiera tenido hijos de él, mandamos que ella tenga también con derecho de dominio las cosas, que de los bienes del marido hemos dispuesto por medio de la presente ley que vayan a poder de ella [...].

Finalmente, en el año 542 Justiniano consagró una reforma radical en el sistema de la inoficiosidad en la Novela 115, que consistió en el derecho a una porción legítima de la herencia a los descendientes, ascendientes y hermanos germanos o consanguíneos del testador tornando nulo el testamento que no las respetara, pero quedaban firmes los legados y otras disposiciones.

También incluyó el derecho del testador de excluir a los herederos forzosos por hechos de ingratitud de una gravedad suficiente que debe ser

⁴⁹⁵ El texto griego (Novela CXVII) se halla en Hal. y Scrimg [...]. La versión latina es glosada

⁴⁹⁶ *Ibidem*, T. VI, p. 396.

probada y que la misma Novela estableció en número de catorce las causales para los hijos y en nueve para los ascendientes y la abolición implícita de la sucesión contra testamento.

Cap. III

§1. *Si quis parentibus suis manus intulerit.*

§2. *Si gravem et inhonestam iniuriam eis ingesserit.*

§3. *Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempubliam.*

§4. *Si cum maleficis ut maleficus versatur.*

§5. *Vel vitae parentum suorum per venenum au talio modo insidiari tentaverit.*

§6. *Si novercae suae auto concubinae patris filluis sese miscuerit.*

§7. *Si delator contra parentes filius exstiterit, et per suam delationem graavia eos dispendia fecerit sustinere.*

§8. *Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contigerit, [...]. Noluerit fideiussione suscipere vel pro persona [...].*

§9. *Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, qui prohibuit parentes suos condere testamentum [...].*

§10. *Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos [...].*

§11. *Si alicui ex praedictis parentibus, volenti suae filiae vel nepti maritum dare, et dotem [...] illa non consenserit, sed luxuriasam degere vitam elegerit. [...].*

§12. *Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, [...] obsequium ei et curam competentem non praebierint, [...].*

§13. *Si unum de praedictis parentibus in captivitate detineri contigerit, et eius liberi, et eius liberi, sive omnes sive unus, non festinaverint eum redimere [...].*

§14. *Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei [...] (Nov. Const. CXII c.3).⁴⁹⁷*

§1. *Si alguno hubiere puesto las manos en sus ascendientes.*

§2. *Si les hubiere inferido injuria grave y deshonrosa.*

§3. *Si los hubiere acusado en causas criminales, que no son contra el príncipe o contra la república.*

⁴⁹⁷ *Ibidem*, op. cit., T. VI, p. 385 ss.

- §4. *Si como malhechor viviere con malhechores.*
- §5. *O si hubiere intentado atentar a la vida de sus ascendientes con veneno o de otro modo.*
- §6. *Si el hijo hubiere tenido comercio ilícito con su madrastra o con la concubina de su padre.*
- §7. *Si el hijo hubiere sido delator contra sus ascendientes y con su delación hubiere hecho que ellos soportaran graves quebrantos.*
- §8. *Si aconteciere que alguno de los susodichos ascendientes estaba preso, [...] no hubiere querido ampararlo con su fianza o respecto a su persona [...].*
- §9. *Si alguno de los descendientes hubiera sido convicto de haberles prohibido a sus ascendientes hacer testamento [...].*
- §10. *Si contra la voluntad de sus ascendientes el hijo se hubiere asociado con atletas o mímicos [...].*
- §11. *Si a alguno de los susodichos ascendientes que quisiere darle dote a su hija o a su nieta y dar para ella dote [...] ella no le hubiere dado su consentimiento, sino que hubiere preferido llevar una vida lujuriosa [...].*
- §12. *Si a alguno de los susodichos ascendientes fuere furioso, no le hubieren prestado el auxilio y el cuidado que corresponde [...].*
- §13. *Si aconteciere que uno de los susodichos ascendientes está retenido en cautiverio, y sus descendientes o todos o uno, no se hubiere apresurado a rescatarlos [...].*
- §14. *Si alguno de los susodichos ascendientes siendo ortodoxo viere que su hijo o sus descendientes no son de la fe católica [...].*

En la Novela CXII, cap. IV, se contemplan las nueve causales para la exclusión de la herencia de los ascendientes.

Cap. IV

*Iustum autem perspeximus et e contrario de liberorum testametis haec aedem cum aliqua distinctione disponere. Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas enumeravimus, in suis testamentis specialiter nominaverint. Has autem esse decernimus: [...].*⁴⁹⁸

⁴⁹⁸ *Ibidem*, op. cit., T. VI, p. 389.

Más nos ha parecido justo disponer también por el contrario respecto a los testamentos de los hijos esto mismo con alguna distinción. Así, pues, mandamos que no les sea lícito a los descendientes preterir a sus ascendientes, o de algún modo hacerlos completamente extraños a los bienes, sobre los que tienen facultad de testar, a no ser que hubieren designado especialmente en sus testamentos las causas que enumeraremos. Y decretamos que estas sean: [...].

§1. *Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, [...].*

§2. *Si venenis, aut maleficiis, aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur.*

§3. *Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese miscuerit.*

§4. *Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam; [...].*

§5. *Si contigerit aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum, aut uxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidiari, [...].*

§6. *Si liberis vel uno ex his in furore constituto, parentes eos curare neglexerint, [...].*

§7. [...] *cladem captivitatis adiungimus, in qua si liberos detineri, et per parentum contemptum vel negligentiam non redemptos ab hac luce transire contigerit, [...].*

§8. *Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei, haec et in eorum persona tenere, quae supra de parentibus iussimus.*

§9. *Si tales igitur causas, vel certa, vel unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti ab eis heredes aut omnes, aut certas, aut unam ex his probaverint, testamentum in sua firmitate manere praecipimus. [...] (Nov. Const. CXII, c. 4).*

§1. Si los ascendientes hubieran entregado a sus descendientes para que pierdan la vida [...].

§2. Si se probare que los padres atentaron a la vida de sus hijos con venenos, o maleficio, o de otro modo.

§3. Si el padre hubiere tenido ilícito comercio con su nuera o con la concubina de su hijo.

§4. Si los padres les hubieren prohibido a sus hijos hacer testamento de bienes sobre los que tienen facultad de testar; [...].

§5. Si hubiere acontecido o que el marido le dio a su mujer un veneno para su muerte o para la enajenación de su juicio, o la mujer al marido o de otro modo el uno atenta a la vida del otro, [...].

§6. Si hallándose presa de furor los hijos o uno de ellos, los padres dejaren de cuidarlos [...].

§7. [...] la degradación de cautiverio y si aconteciere que en él están retenidos los hijos y que no redimidos por menosprecio o negligencia de los padres fallecen [...].

§8. Si algunos de los susodichos descendientes, que sea ortodoxo hubiere observado que su ascendiente o sus ascendientes no son de la fe católica, rija también en cuanto a la persona de ellos lo que más arriba hemos dispuesto respecto a los padres.

§9. Si, pues, los hijos hubieren consignado en sus testamentos tales causas, o algunas, o una sola de ellas, y los herederos instituidos por ellos las hubieren probado todas, o algunas, o una sola de ellas, mandamos que tal testamento subsista en su vigor [...].

Por lo demás, encontramos en las Basílicas la prueba cierta de la abolición de la sucesión contra testamento. Al decir de Mainz, su autoridad es cuestionable cuando nos dan la interpretación de un texto legal, pero no se la puede poner en duda cuando se trata simplemente de la relación de un hecho contemporáneo. Es cierto que los dos títulos que tratan, *De liberis et postumis instituendis et exheredandis* y *De bonorum possessione contra tabulas*, se han mantenido en ellas. Pero el primero de estos títulos acabó por un análisis de la Novela 115, que se encuentra no en el título de la *querela testamenti*, sino en un título que trata de la sucesión contra el testamento. Respecto al segundo título, un escolio dice que el título ya no está en vigor, habiendo sido abolido por la Novela 115.⁴⁹⁹

Recién el derecho justiniano puso fin a la libertad para disponer por testamento, al obligar al causante a reservar una parte de sus bienes para algunos parientes establecidos legalmente. La legislación justiniana, en base a las Novelas 18 y 115, reglamentó un sistema unificado de legítimas y prohibió la desheredación sin justa causa.

⁴⁹⁹ MAINZ, *op. cit.*, T. III, p. 412 ss.

En suma, la evolución de la legítima se fue configurando solo atendiendo a los intereses patrimoniales de los miembros de la familia del testador, evidenciándose solo en resguardo de los testadores, la de suplemento de legítima, para poner freno a las pretensiones desmedidas de los legitimarios y los efectos desnaturalizados de la *querela inofficiosi testamenti*.

III. La legítima en el derecho argentino

El Código de Vélez Sarsfield, en el libro IV, sección 1°, título I “De las sucesiones”, legisló sobre el derecho hereditario a partir del artículo 3279 que dice textualmente: “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 testamento llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código”.⁵⁰⁰

Destacamos que el primer artículo del Digesto velezano que legisla sobre el tema tiene como fuente directa el fragmento del jurisconsulto Juliano en Digesto 50, 17, 62, que expresa:

*Julianus; libro VI, Digestorum. Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit (Dig. 50, 17, 62).*⁵⁰¹

Juliano; Digesto, libro V. La herencia no es otra cosa, sino la sucesión en todo el derecho que haya tenido el difunto.

A continuación, siguiendo al derecho romano divide la sucesión en legítima y testamentaria en el artículo 3280, pero presenta una asimetría con respecto a aquel en la segunda parte: “[...] La sucesión se llama legítima”.

⁵⁰⁰ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, séptima edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972, p. 639.

⁵⁰¹ GARCÍA DEL CORRAL, *op. cit.*, T. III, p. 944.

tima, cuando solo es deferida por la ley, y testamentaria cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte y en otra por disposición de la ley.⁵⁰²

En este artículo, el Código se aparta de la legislación romana y lo señala en la nota cuando dice: “[...] La segunda parte del artículo es contraria a la máxima romana que no se puede morir en parte testado y parte intestado adoptada por la L. 14, tit. 3, Part. 6^o” (*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*).⁵⁰³

En el patrimonio del causante con herederos legitimarios se distinguían en el Digesto velezano dos partes: la legítima de los herederos forzosos de acuerdo a la denominación que encabezaba el libro IV, sección 1^o, título X “De la porción legítima de los herederos forzosos” y la porción disponible (arts. 3591 a 3605). Son entidades complementarias, puesto que en lo que crece la primera, disminuye la segunda y viceversa, pero no se hallan revestidas de las mismas garantías de intangibilidad.

La porción disponible, si bien merece respeto y consideración porque se vincula al derecho de propiedad y robustece la autoridad paterna al permitir que se proteja a aquellos familiares que necesiten una atención especial por su estado o sus condiciones de salud, no estaba revestida de los medios de protección que gozaba la porción legítima. Ésta no podía estar sometida a gravamen o condición alguna (art. 3598), ni sufrir mengua por donaciones inoficiosas (art. 1831) o por disposiciones testamentarias (art. 3601).

La porción legítima de los herederos forzosos estaba determinada aisladamente en el Código para cada clase de heredero y oscilaba entre los cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que se debían colacionar a la masa de la herencia, reservados para los hijos legítimos (art. 3593), los dos tercios de los bienes de la sucesión para los ascendientes (art. 3594) y la mitad de la herencia para el cónyuge cuando no existían descendientes ni ascendientes del difunto

⁵⁰² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, *op. cit.*, p. 639

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 639.

(art. 3595) o en el caso de hijos extramatrimoniales cuando no habían quedado descendientes ni ascendientes legítimos ni viudo o viuda (art. 3596).

La integridad de la porción disponible impedía que las legítimas pudieran acumularse porque la suma excedería la herencia y el causante quedaría sin su porción disponible. De tal suerte que las cuotas hereditarias debían computarse sobre la legítima mayor, dejando a salvo la porción disponible que correspondía al causante con relación al heredero más favorecido. El mismo principio estableció el anteproyecto de 1954 admitiendo que cuando concurren a la sucesión herederos cuya legítima fuera de diferente cuantía, la menor quedaría incluida en la mayor (art. 642).

En el Código de Vélez, a raíz de textos surgidos de las fuentes romanas, se había planteado la cuestión de si la legítima era parte de la herencia o parte de los bienes. Vélez, siguiendo al código francés y a esa doctrina, estableció en el artículo 3591: “La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia [...]”.⁵⁰⁴

Pero en otro artículo, el 3354, tomado de García Goyena, estableció que el legitimario podía repudiar la herencia y tomar la legítima que le correspondía. Tal solución no se concebía si la legítima era considerada una parte de la herencia ya que ésta no podía aceptarse o renunciarse parcialmente. Tal disposición se nutría de un concepto de legítima distinto del aceptado por el Código: bien se la consideraba como parte de la herencia (*pars hereditatis*) en cuyo caso el legitimario era heredero, o bien como parte de los bienes (*pars bonorum*) en cuya hipótesis era un extraño a la herencia, un acreedor de parte de los bienes. La contradicción era irreductible porque la legítima era parte de la herencia y no se concebía cómo el heredero que renunciaba podía conservarla. La cuestión fue zanjada por la Ley 17711 al derogar el artículo 3354.

Si bien el precepto habla de la herencia, cabe aclarar que para el cálculo

⁵⁰⁴ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA, *op. cit.*, p. 708.

no solo se tomaba en cuenta el patrimonio dejado al fallecimiento del causante, sino también los bienes donados en vida por él.

El Código de Vélez, bajo el capítulo “Sucesión de los bienes reservados”, fijaba la porción legítima de los herederos forzosos. El artículo 3593 determinaba la de los hijos legítimos en cuatro quintos del patrimonio del causante, porción que se consideraba demasiado alta y era más conveniente dejar una mayor libertad al testador para poder beneficiar a los hijos que necesitaran ayuda con una distribución más justa y humana de los bienes. El límite aceptado generalmente en la legislación comparada era de dos tercios y así se propuso en el anteproyecto de 1926, redactado por Juan Bibiloni, entre otros (art. 3163), y en el proyecto de 1936 (art. 2010). En el anteproyecto de 1954, redactado bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías, se propició la mitad si había un solo descendiente, las dos terceras partes si eran dos o tres y las tres cuartas partes si eran más de tres (art. 692, inc. 1).

En el artículo 3594 se les reconoce a los ascendientes legítimos el derecho a las dos terceras partes de los bienes de la sucesión, porción que igualmente parece elevada. También en este caso fue propuesta su reducción en los proyectos de reforma (anteproyecto Bibiloni, art. 3163; proyecto de 1936, art. 2010; anteproyecto de 1954, art. 692, inc. 2).

El artículo 3595 fijaba la legítima del cónyuge en la mitad de los bienes cuando no había descendientes ni ascendientes, aunque los bienes fueran gananciales. Pero si concurría con descendientes o ascendientes, el cónyuge tenía legítima solamente sobre los bienes propios del causante, no tenía parte alguna en los gananciales. Tal situación había variado sensiblemente con la Ley 17711 al modificar el artículo 3576 en el sentido tal que el cónyuge superviviente cuando concurría con hijos extramatrimoniales, recibía además de la mitad de lo que le correspondía como socio, la mitad de los gananciales del cónyuge premuerto y la otra mitad la recibían los hijos extramatrimoniales.

Vélez Sarsfield entendió a la legítima como un derecho global perteneciente a los distintos grupos de legitimarios y no como un derecho individual de cada uno de ellos. Por tal motivo su porcentaje no varia-

ba independientemente de la cantidad de legitimarios y la ausencia de alguno de ellos redundaba en beneficio de los restantes, no volvía a la porción disponible del causante. El modo y el orden en que se recibía la porción legítima eran iguales al que se recibía la herencia (art. 3592).

La base patrimonial para determinar la cuantía de la legítima estaba formada por el valor de los bienes dejados a la muerte del testador más el valor que tenían las donaciones al tiempo en que las hizo, pero no se llegaba a éstas mientras se pudiera cubrir la legítima reduciendo las disposiciones testamentarias (art. 3602).

Pero la Ley 17711 introdujo una modificación en el modo de computar las donaciones a fin de paliar los efectos de un injusto sistema de cálculo para épocas de inflación. Estableció que se aplicara para ello el artículo 3477, en el párrafo introducido también por la Ley 17711, que determinó que el cómputo debía hacerse al tiempo de la apertura de la sucesión ya fuera que las donaciones existan o no en poder del heredero.

El artículo 3604 trataba de los contratos celebrados entre el causante y los herederos forzosos que en apariencia eran onerosos. En virtud de esta norma, el testador entregaba en propiedad algunos bienes (“aunque” sean con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo) cuyo valor se imputaba a la porción disponible y el excedente era traído a la masa de la sucesión. El artículo tal como estaba redactado en el Código de Vélez daba lugar a diferentes interpretaciones que fueron subsanadas por la reforma de la 17711 que, entre otras innovaciones, modificó la primitiva redacción para adecuar a la norma solo los contratos aparentemente onerosos (“cuando” sean con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo). Vemos entonces así que se apartó de la regla general según la cual toda donación hecha en vida se presumía un anticipo de herencia. Tal solución era una clara manifestación de respeto a la voluntad del causante que pretendía lograr la dispensa de la obligación de colacionar.⁵⁰⁵

Los pronunciamientos en pos de la reducción de la legítima comenza-

⁵⁰⁵ BORDA, G. (1975). Tratado de Derecho Civil, Sucesiones. Tomo II. 4^o edición. Buenos Aires: Perrot, p. 124.

ron a sucederse. Las III Jornadas de Derecho Civil, realizadas en Tucumán en 1967, a través del dictamen de la comisión N° 5, propusieron que siguiendo los lineamientos de la legislación comparada, debía concederse un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima. Para los descendientes legítimos y adoptivos, $\frac{2}{3}$, y para los ascendientes legítimos y el cónyuge, $\frac{1}{2}$.

Por su parte, en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar en Mar del Plata en 1983, la comisión N° 6 recomendó además que el causante sea facultado para aplicar un porcentaje de la porción legítima fijada a favor de los descendientes para mejorar a alguno o algunos de ellos.⁵⁰⁶

En general, los congresos y jornadas desarrollados en Argentina, con diferencias de matices, se inclinaron por el otorgamiento de una mayor libertad de testar.

El Proyecto de Unificación de la Legislativa Civil y Comercial, aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en julio de 1987, mantuvo sin modificación alguna el articulado de Vélez, salvo en lo regulado por el artículo 3345, que al referirse a la renuncia a la herencia dice que ella no se presume y que para que sea eficaz respecto a los acreedores y legatarios debe ser expresa y hecha en escritura pública en el domicilio del renunciante o del difunto (cuando la renuncia importa \$ 1000), cláusula eliminada en 1987.

Por lo que respecta al Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, elevado al Ministerio de Justicia en diciembre de 1998 por la comisión honoraria que integraron los doctores Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman, el Libro Sexto, que legisla sobre “La transmisión de derechos por causa de muerte”, solo contiene modificaciones de detalle, al decir de sus redactores, como la supresión del llamamiento hereditario de la nuera viuda o la disminución de las legítimas, en-

⁵⁰⁶ NOVENAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, Mar del Plata 1983, comisión N° 6, puntos II, en “El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años; LÓPEZ CABANA, R. (1991). “La porción disponible del causante con hijos.” En *Sucesiones. Homenaje a la Dra. Méndez Costa*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 186.

contrándose otras que tienen por objeto actualizar y agilizar el proceso sucesorio simplificando su trámite en beneficio de los herederos, legatarios u otros interesados. Debemos agregar que en materia hereditaria la comisión reformadora se ha valido de los proyectos clásicos de reforma integral del actual Código Civil, esto es, el anteproyecto de 1926 redactado por Juan Antonio Bibiloni, el proyecto de 1936 y el anteproyecto de 1954, todos los cuales mantuvieron el perfil romanista del digesto velezano.

El Proyecto de Código Civil de 1998 –considerado base para la elaboración del nuevo Código Civil– regula el tema en el Libro VI “De la transmisión de los derechos por causa de muerte” y en el título IX “De la porción legítima” (arts. 2394 a 2408). Con respecto a la porción legítima proyectaba reducir la misma en el artículo 2395: la de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción para responder así a una observación reiterada por inveterada doctrina que considera excesivas las porciones establecidas por el Código de Vélez. Es por ello que en los proyectos de reforma integral al Código Civil se propició siempre aumentar la porción de libre disposición. La comisión que elaboró este proyecto estudió la posibilidad de dar al causante el derecho de poder favorecer al o a los descendientes más necesitados, siguiendo al derecho comparado, pero tal facultad no fue incluida por decisión de la mayoría por considerarla de difícil justificación, tal reza en los fundamentos del proyecto.⁵⁰⁷

El Código Civil y Comercial de 2015 legisla la transmisión de los derechos por causa de muerte en el Libro V y en el título X regula lo relativo a la porción legítima (arts. 2444 a 2461). Expresa en sus fundamentos que el texto se elaboró sobre la base del proyecto de Código de 1998, razón por la que se incluyó el análisis del *quantum* en tal precedente. El Código plantea una suerte de flexibilización en algunas cuestiones relacionadas con el derecho sucesorio pero el régimen anterior se mantiene casi en su totalidad. Introdujo una modificación importante al incre-

⁵⁰⁷ PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1998, Tucumán: Centro Editorial, 1999, p. 89.

mentar en un tercio la porción disponible de los bienes del causante y consecuentemente reducir la legítima, pero mantiene los dos institutos jurídicos, ambos de creación romanista.

Respecto a la naturaleza jurídica de la legítima, se han generado contradicciones a la luz de la redacción de algunos artículos. Se establece en el artículo 2444, titulado “Legitimarios”, “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”.⁵⁰⁸

Se advierte que a diferencia del artículo 2394 del proyecto que le sirvió de base, eliminó en la definición la expresión “de los bienes del causante”. Interpretando esta expresión, la doctrina sostenía que conforme a la redacción del 2394 del proyecto, la legítima era *pars bonorum*. Seguidamente, el artículo 2445 establece: “La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio. Dichas porciones se calculan sobre la suma del ‘valor líquido de la herencia’ al tiempo de la muerte del causante [...]”.⁵⁰⁹

Pero el artículo 2450 reza: “El legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima, ‘a título de heredero de cuota’ [...]”.⁵¹⁰

Esta afirmación podría interpretarse a favor de la teoría de la *pars bonorum*. O sea que por un lado se ha eliminado la referencia explícita a la naturaleza jurídica de la legítima en el artículo 2444, y por otro, ha surgido una discordancia al respecto entre el artículo 2445, según el cual sería parte de la herencia, y el 2450, del cual se desprende que sería parte de los bienes. La imprecisión y la contradicción en la redacción podrá dar lugar a interpretaciones disímiles.

En virtud del 2445, ya transcripto, se ha operado la disminución de las porciones legítimas de los descendientes y de los ascendientes, pero se mantuvo la del cónyuge, disminuyendo así la cuantía fijada en el

⁵⁰⁸ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 1ª edición. Ed. Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2014, p. 426.

⁵⁰⁹ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 426.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 426.

Código de Vélez, conservada por la Ley 17711 para los descendientes y ascendientes y siguiendo el criterio del proyecto de 1998. Tal espíritu responde según lo expresado en los fundamentos por los redactores “[...] a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo es ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante. [...]”⁵¹¹

La disminución de la legítima con su correlativo aumento de la porción disponible permitirá que el causante que quiera beneficiar a herederos no forzosos o a extraños no herederos, pueda disponer de una mayor porción de bienes en beneficio de aquellos, fundado en fuertes vínculos afectivos, razones de gratitud, entre otros. Así, la voluntad del causante se ha visto fortalecida como fuente de derecho sucesorio dando la posibilidad a toda persona para que disponga del 33,33% (treinta y tres 100/00) de su patrimonio cuando tenga descendientes y del 50% (cincuenta 100/00) cuando tenga ascendientes o cónyuge.

Siguiendo con el análisis del mismo artículo 2445, el Código introdujo modificaciones respecto del cálculo de la legítima estableciendo que “[...] Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia ‘al tiempo de la muerte del causante’ más el de los bienes donados computables para cada legitimario, ‘a la época de la partición’ según el estado del bien ‘a la época de la donación’ [...]”⁵¹²

No se encuentra razón alguna en la fijación de distintos momentos para calcular el valor de los bienes según sean bienes de la herencia o bienes donados, lo que puede conducir a distorsiones a la hora de practicar los cálculos, habiendo sido más equitativo fijar un mismo momento para valuar todos los bienes.

Conforme al artículo 2448, las porciones legítimas de los legitimarios pueden verse reducidas aún más cuando existan herederos con discapacidad en razón de que faculta al causante a que por vía de testamento o fideicomiso disponga, además de la porción establecida, de un tercio de las porciones legítimas de los otros legitimarios para mejora a descen-

⁵¹¹ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 598.

⁵¹² *Ibidem*, p. 426.

dientes o ascendientes discapacitados. A tales efectos, el propio artículo 2448 define la discapacidad en los siguientes términos: “[...] 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”.⁵¹³

Tal mejora ha sido ya objeto de crítica por la doctrina en varios aspectos. En primer lugar, dada la amplitud del concepto legal de discapacidad, ambiguo, impreciso, dejando –como en tantas otras materias– abierto el camino a la discrecionalidad de los jueces para determinarla y, peor aún, si no es exigible que esté acreditada judicialmente, porque el artículo del Código no lo exige y la ley tampoco. Además, al definirla como una alteración funcional prolongada, incluye también el supuesto de una discapacidad transitoria sin regular qué destino se les dará a esos bienes en caso de que la discapacidad desaparezca. Otro reproche apunta a la exclusión del cónyuge entre los beneficiarios, y finalmente se le recrimina que se haya integrado la misma afectando las porciones legítimas de los restantes legitimarios.

Compartimos la opinión de Amarante,⁵¹⁴ que sostiene que tal disposición va ser objeto de controversia en numerosos casos, considerándose situaciones de desavenencia familiar y desigualdades económicas entre los herederos que carecen de fortuna personal.

A mayor abundamiento, se advierte un tratamiento pendular del discapacitado: por un lado se le da el tratamiento de un incapaz en el artículo 2448 y por otro se lo equipara a un plenamente capaz permitiéndole testar en los intervalos lúcidos según el artículo 2467, inc. d), no precisando cómo se determinarán aquellos.

Otra modificación está relacionada con los actos entre vivos a título oneroso entre el causante y los herederos, tratado en el artículo 2461, que cambia el término “herederos forzosos” del artículo 3604, reforma-

⁵¹³ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 426.

⁵¹⁴ AMARANTE, A. (2012). “La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial!” En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año IV, N° 10, Noviembre 2012, p. 168.

do por la Ley 17711, por “legitimarios”, que seguramente desencadenará nuevas interpretaciones respecto de la naturaleza jurídica de la legítima en contraposición a los artículos 2445 y 2450. En el aspecto analizado, el incremento de la porción disponible y consecuente reducción de las legítimas en el nuevo Código ha significado un avance respecto a la consideración de las personas mayores cuya problemática ha permanecido invisibilizada y recién va asomando tíbiamente. El impacto negativo en el ejercicio de los derechos no se circunscribe a la salud, sino que también impacta en la violencia patrimonial a través de la explotación o expropiación de sus bienes por parte de familiares o extraños, sin consentimiento o con consentimiento viciado. En tal sentido el aumento de la porción disponible y simultánea reducción de las legítimas en el nuevo Código quizás pueda significar una herramienta útil para las personas mayores que son víctimas de violencia patrimonial por parte de familiares directos, a veces en connivencia con los responsables de establecimientos, cuando se trata de personas mayores institucionalizadas.

El equilibrio se logra mediante una disminución de las legítimas y un consecuente incremento en la porción disponible (art. 2445), conforme se refleja el cuadro siguiente.

LEGÍTIMA

Código de Vélez	Proyecto de 1998	Código de 2015
Descendientes 4/5 (art. 3593)	Descendientes 2/3 (art. 2395)	Descendientes 2/3 (art. 2445)
Ascendientes 2/3 (art. 3594)	Ascendientes ½ (art. 2395)	Ascendientes ½ (art. 2445)
Cónyuge ½ (art. 3595)	Cónyuge ½ (art. 2395)	Cónyuge ½ (art. 2445)

PORCIÓN DISPONIBLE

Código de Vélez	Proyecto de 1998	Código de 2015
Descendientes 1/5	Descendientes 1/3	Descendientes 1/3
Ascendientes 1/3	Ascendientes 1/2	Ascendientes 1/2
Cónyuge 1/2	Cónyuge 1/2	Cónyuge 1/2

IV. Conclusión

Tanto la figura de la legítima como su complementaria, la porción disponible, conforman una función de fortalecimiento y solidaridad familiar la primera, y una manifestación de robustecimiento de la autoridad paterna la segunda, de los que se ha dado razones en los fundamentos del Libro Quinto del Código y en el artículo que reduce y eleva respectivamente los porcentajes de ambas con respecto a los vigentes anteriormente. Se refuerza la autoridad paterna ampliando el poder de disponer del patrimonio que el propio causante ha forjado mediante el incremento del porcentaje de la porción disponible por ser “más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante”,⁵¹⁵ sostienen los redactores. Pero contrariamente asistimos a la eliminación del instituto de la desheredación cercenando la autonomía de la voluntad del causante, lo que va redundar en desmedro de la cultura testamentaria que se pretendió sustentar con el aumento de la porción disponible.

⁵¹⁵ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 599.

En otro orden de ideas, en la fundamentación del Libro Segundo, referido a la patria potestad, mostrándola como desdeñable, que ahora se le llama responsabilidad parental, se dice que “[...] la palabra “*potestad*”, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “potestas” del derecho romano centrado en la idea de dependencia [...]”.⁵¹⁶

Percibimos así que hay un tratamiento oscilante, pendular, porque el Código no sigue un hilo conductor, no se ha enrolado en un posicionamiento determinado respecto a la figura paterna en la familia.

Las críticas por omisiones, defectos o contradicciones en los aspectos tratados de la institución de la legítima en el derecho sucesorio, no merecen la reforma introducida en cuanto al incremento de la porción disponible del testador como impacto en el ejercicio de sus derechos en estos tiempos de desatención a las personas mayores.

Estas reflexiones permiten arribar a la conclusión de que pese al desdén por el derecho romano, declamado en los fundamentos del Código y a los esfuerzos denodados de los redactores por tomar distancia de él mutilando sus notas, no han podido vencer la ascendencia vital que siempre ha ostentado. Su valor como antecedente histórico-jurídico de nuestro sistema sucesorio, y en especial de la institución de la legítima, es incontestable. Así, la evolución que experimentó el instituto de la legítima en cada etapa histórica romana, que fue globalizada por el *Corpus Iuris Civilis*, aparece plasmada en el sistema sucesorio argentino en sus distintas etapas de evolución.

⁵¹⁶ FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, *op. cit.*, p. 500.