



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FCE
FACULTAD DE
CIENCIAS ECONÓMICAS

Carrera: CPN

“La necesidad de aumentar la porción disponible en Sucesiones Testamentarias”

Trabajo de Investigación

Por:

DIAZ, Ramiro Jesús 23124

MARABINI, Federico Jesús 22582

Profesor tutor:

HELUANI, María Margarita

Mendoza - 2013

INTRODUCCIÓN

La *libertad de testar*, se entiende como la facultad de decidir sobre el destino del propio patrimonio, constituyendo la materialización de la autonomía de la voluntad.

La noción de autonomía de la voluntad surge a través de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX. Su reflejo fundamental lo constituye la “libertad contractual”. Frente a un régimen económico fundado sobre la reglamentación y los gremios, el reconocimiento de la libertad de contratar significaba la superación de los privilegios feudales, la abolición de los obstáculos representados por las corporaciones, los monopolios fiscales y las aduanas interiores.

El verdadero concepto de autonomía supone la libertad del particular de reglar sus asuntos e intereses, de ejecutar los derechos subjetivos que le pertenecen y de concertar o no los distintos negocios jurídicos que puede protagonizar. Es por ello y como mencionamos antes, la libertad de testar es una consecuencia de la autonomía de la voluntad, otorgando al sujeto la facultad de escoger libremente el destino de su patrimonio.

El patrimonio, refleja una masa de bienes en una doble óptica: activa y pasiva. Desde la activa el patrimonio representa poder, espacio de libertad sobre las relaciones que lo compone. Desde la pasiva, un ámbito de responsabilidad respecto de las mismas, una garantía para los acreedores.

Frente a esta libertad del sujeto, existe el régimen de *Legítima*, el cual impone a la persona una clara limitación en su derecho de testar, es decir limita la libre disposición del patrimonio, confrontando con la autonomía de la voluntad y con los derechos y valores protegidos por la Carta Magna.

No obstante existen ordenamientos que en la actualidad respetan totalmente la voluntad del causante o imponen restricciones no tan severas como las que existen en nuestro país.

Con este trabajo pretendemos mostrar la desigualdad existente en nuestro ordenamiento actual al momento de la distribución del patrimonio del causante, y las posibles variables de corrección que podemos aportar a partir de la investigación de las distintas propuestas doctrinales.

En los primeros tres capítulos comenzamos con la exposición de los principales conceptos del derecho sucesorio. A partir del capítulo cuarto, en base al marco teórico ya mencionado, llegamos hasta nuestro régimen actual de legítimas y como se trata este tema en el derecho comparado, comenzando a vislumbrar las diferencias y desigualdades que se plantean en nuestro ordenamiento, las distintas



herramientas que se utilizan para evadir la inflexibilidad del mismo y el particular caso de la nuera viuda sin hijos. Finalizamos enumerando los fallidos intentos de modificación legislativa y las posibles correcciones a las que hemos llegado, en base a nuestro juicio y a esta investigación.

CAPITULO I

EL DERECHO DE SUCESIONES

El derecho de sucesiones comprende el estudio de las sucesiones “mortis causa” a título universal y las adquisiciones a título particular (legados de cosa cierta).

Según Nasisi (2004:44), es aquella parte del Derecho Civil que regula las relaciones jurídicas que siguen a la muerte de la persona física. Sus principales caracteres son:

- El objeto principal del derecho sucesorio es regular las relaciones jurídicas que tenía el causante y determinar quién y cómo continuara con ellas.
- Estas relaciones jurídicas son de derechos privados y fundamentalmente patrimoniales.
- El causante es siempre una persona física.

Para Zannoni (1999:1), con el termino *sucesión* se designa a todo a todos aquellos supuestos en que se produce el cambio o sustitución de uno o más sujetos de una relación jurídica, o de un conjunto de relaciones jurídicas, en virtud de una transferencia o transmisión: cesión, enajenación , etc. La sucesión, de tal modo, provoca una modificación subjetiva de la relación jurídica aunque quede inalterado, en principio, su contenido y su objeto.

En nuestro Código Civil la sucesión ha sido definida en el art. 3279, como 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 sucederla.

Se llama *sucesores*, a las personas a las cuales se transmiten los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos, en su propio nombre (Cód. Civil. art 3262 1º parte). Estos reciben el contenido de la relación en las mismas condiciones jurídicas en que existía en cabeza de su anterior titular y se pone en la misma posición jurídica, en que respecto de ellos se encontraba el transmitente.

Se denomina *sucesor universal* a aquella persona a quien pasa todo o una parte alícuota del patrimonio de otra persona, y *sucesor singular* a aquella persona a la que se le transmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona (art 3263 Cód. Civil.)

1- CLASES DE SUCESIONES

Desde tiempo inmemorial se conocen dos clases de sucesiones, testamentaria y legítima o intestada. La primera de ellas se basa en la voluntad del difunto expresado en el testamento, la segunda es aquella que la ley defiende a los parientes más próximos, de acuerdo con un orden que ella misma establece. Cabe aclarar que en algunos casos la sucesión puede ser en parte testamentaria y en parte legítima.

En nuestra ley se permiten las tres clases de sucesiones y caso de duda la regla será las normas de la sucesión legítima y las excepciones las normas del testamento.

1.1- Sucesión testamentaria

El Código Civil en su art. 3607 da la siguiente definición: *"el testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte"*).

La doctrina moderna, entre ellos Zannoni (1999:538), prefieren definir al testamento como el acto unilateral y unipersonal mediante el cual una persona dispone de sus intereses patrimoniales y/o extra patrimoniales para después de su muerte.

Si bien existen innumerables definiciones, coincidimos con Borda (1988:301), en que los **caracteres** más importantes del testamento son los siguientes:

- Es un acto "jurídico unilateral"

El testamento queda perfeccionado con la sola declaración de voluntad del causante, sin necesidad de una voluntad receptiva o aceptante. Se encuentra prohibido que dos personas hagan un testamento en el mismo acto.

- Es un acto "Solemne y escrito"

El testamento es un acto solemne, de tal modo que la omisión de las formas legales lo priva de todo efecto.

En nuestro derecho el testamento es escrito, lo dice expresamente la definición del art. 3607, que comienza afirmando - *"El testamento es un acto escrito"* - , por ello se dice que la escritura es inherente a la esencia y a la existencia del testamento.

Terminamos agregando que el codificador en la nota al art. 3607 dice que: *"la escritura es inherente a la esencia y a la existencia del testamento"*. Por lo tanto cuando el testamento no está escrito no existe jurídicamente.

- Es un acto "personalísimo"

Solo puede ser otorgado personalmente por el causante. El Código Civil Argentino en su Art. 3619 dice que: *"las disposiciones testamentarias deben ser expresión directa de la voluntad del testador. Éste no puede delegarla ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero"*

- Es un acto de disposición de bienes

El art. 3607 considera el testamento como un acto de disposición de bienes. El testamento viene a ser un medio de atribución patrimonial, que opera mediante la institución de heredero o la atribución de legados.

- Es un acto de disposiciones extrapatrimoniales

Si bien en el art. 3607 del Código Civil define al testamento como un acto de disposición de bienes, Pérez Lasala y otros autores modernos, consideran que puede contener en forma "excepcional", determinadas disposiciones de carácter extrapatrimonial.

Entre las disposiciones extrapatrimoniales podemos encontrar: el nombramiento de un tutor y curador; el reconocimiento de un hijo extramatrimonial; declaraciones sobre sepelio y sepultura, disposiciones sobre los órganos y materia anatómica; revocación de otro testamento; desheredación de un legitimario.

- Produce efectos después de la muerte del testador

El testamento es un acto de última voluntad porque sus efectos no se producen sino después de la muerte del causante.

- Es un acto “revocable”

Una característica esencial del testamento es su revocabilidad. Toda renuncia o restricción a ese derecho es de ningún efecto (art. 3824 Código Civil).

Una sola excepción tiene esa regla: el reconocimiento de hijos extramatrimoniales hecho por testamento, es irrevocable (art. 249 Código Civil)

1.1.1- Clases de testamentos

Las formas de testar se clasifican en nuestro código en ordinarios o comunes y extraordinarios o especiales.

Son *ordinarias* las formas que la ley pone a disposición del testador en cualquier circunstancia, siempre que no esté afectado por alguna ineptitud física o intelectual para usarla.

Las formalidades ordinarias son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado. Al testamento por acto público de le denomina también abierto. Las formalidades especiales son: el testamento militar, el marítimo, el aeronáutico y el consular.

Son *extraordinarias* aquellas otras que la ley permite usar en circunstancias especiales en que no sería posible hacer uso de las formalidades ordinarias.

- **Testamento Ológrafo**

Se llama testamento ológrafo al que ha sido enteramente escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador (art. 3696 Código Civil).

Los requisitos del Testamento Ológrafo son:

- 1 - Escritura de puño y letra del testador.
- 2 - Fecha.
- 3 - Firma.

Siguiendo a Fassi (1972:155/190), rescatamos las siguientes *ventajas*:

a - Mantiene el secreto de la disposición no sólo en cuanto a su contenido sino en cuanto a su existencia. Este secreto permite garantizar la espontaneidad de la declaración y la libertad de la voluntad testamentaria, sin peligro de influencias extrañas.

b – Es la forma más fácil y cómoda para disponer mortis causa de los bienes, puesto que no hay que recurrir a las formas solemnes de los testamentos en que interviene el escribano, librándose del peligro de nulidad por faltar algunas de estas solemnidades.

c - Es la forma más económica de testar, pues no hay que pagar gastos ni honorarios al escribano.

Desventajas:

El principal inconveniente es la posibilidad de pérdida o destrucción por parte de los herederos legítimos o de aquellos a quienes beneficiara un testamento anterior revocado. Otro inconveniente sería la posibilidad de falsificación, alteración, etc.

- **Testamento por Acto Único o Abierto.**

El testamento abierto es el otorgado por el testador ante notario, por escritura pública y con la presencia de tres testigos, todos los cuales quedan enterados de su contenido.

Requisitos del Testamento Abierto:

El art. 3657 del Código Civil enuncia los requisitos que debe colocar el escribano bajo pena de nulidad, que son los siguientes:

a - El lugar y la fecha.

b - El nombre, residencia y edad de los testigos.

c - Debe expresarse si el testamento ha sido dictado por el otorgante o si ha dado por escrito sus instrucciones.

Además el Art. 3658 agrega que el testamento bajo pena de nulidad debe ser leído en presencia de los testigos, que deben verlo. Posteriormente el testador, los testigos y el escribano firman el testamento.

Para Zannoni (1999:566/567), el testamento notarial presenta ciertas ventajas respecto del testamento ológrafo, pero también inconvenientes importantes.

Ventajas:

1 – Al constar en una escritura pública, el testador se asegura la fehaciencia y conservación de las disposiciones de última voluntad.

2 – Además permite testar a quien no sabe leer ni escribir, que obviamente no podría redactar un testamento ológrafo.

Inconvenientes:

1 –Al contar las disposiciones en escritura pública, pueden ser fácilmente conocidas por terceros, perdiendo la discreción con que conviene tratar las últimas voluntades.

2 - Está rodeado de tantas formalidades, que la mínima desviación de las formalidades produce su nulidad.

- **Testamento cerrado.**

Podríamos decir que el testamento cerrado es un documento, escrito por el testador o por otra persona, que se entrega en sobre cerrado a un escribano, en presencia de testigos, manifestando el testador que lo contenido en él es su testamento.

Requisitos del Testamento Cerrado:

El Art. 3666 del Código Civil detalla las formalidades y procedimientos a cumplir las cuales se diferencian dos etapas.

En la primera parte, el Testador debe firmar el testamento, el cual puede ser escrito por el testador, un tercero o escrito a máquina. La escritura de puño y letra será indispensable cuando el otorgante es mudo (art. 3668 Código Civil).

La segunda etapa es la entrega del sobre cerrado, pliego, al escribano, en presencia de 5 testigos, para la suscripción del acta, expresando que lo contenido en el pliego es su testamento. El escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento, y la firmará el testador y todos los testigos que pueden hacerlo, nunca pueden ser menos de tres testigos firmantes.

El escribano debe expresar al extender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como también el lugar, día, mes y año en que el acto pasa.

Algunos autores como Pérez Lasala (1981:368) consideran entre sus ventajas y desventajas las siguientes:

Ventajas:

- 1 - Poder mantener el secreto de las disposiciones de última voluntad, siempre que se sepa firmar (aunque no se sepa o no se pueda escribir)
- 2 - Asegurar la conservación del testamento, impidiendo que lo destruyan quienes se vean perjudicados por sus disposiciones, dado que se caracteriza por ser presentado en sobre cerrado, bajo presencia de testigos y un notario que labra acta sobre el contenido de dicho sobre.

Desventajas:

El inconveniente del testamento cerrado está en sus formalidades, las cuales, resultan molestas y engorrosas, como ocurre con la presencia simultánea de cinco testigos.

1.2- Sucesión intestada o legítima

Nasisi (2004:44), apoyándose en el art 3280 de nuestro Código Civil, considera a la sucesión legítima como aquella que la ley difiere a los parientes más próximos, de acuerdo con un orden que ella misma establece. Además cabe añadir que suple la voluntad del causante, al no existir un testamento válido.

Los *caracteres* de la sucesión legítima surgen de la misma definición:

- Es una *sucesión hereditaria*: En la sucesión legítima el sucesor es siempre un heredero, que subentra en la posición jurídica del causante. No hay legatarios que reciban bienes particulares. El heredero aparece así como un sucesor universal, que recibe el conjunto indeterminado de los bienes del causante y responde de sus deudas. Cuando concurre con otros herederos, recibirá una parte alícuota del patrimonio del causante, si faltara la vocación de otro coheredero, su parte le acrecerá en virtud de la fuerza expansiva del título de sucesor legítimo.
- Es una sucesión que se defiere por ministerio de la ley. La ley es la que directa y exclusivamente hace el llamamiento a los herederos. Se trata de un sistema de ordenación excesivamente legal, soberano y puro. Soberano en sentido de que el causante, al no haber otorgado testamento no podrá variar el ordenamiento legal. Puro en el sentido de que la ley no establece condiciones, plazos, cargos ni ninguna accesoriedad que altere la pureza del ordenamiento.
- Es una sucesión supletoria de la testamentaria: Mientras el testador haya previsto el destino de su patrimonio válido, que resulte totalmente operante, no actúa el sistema de la sucesión legítima. El derecho respeta la voluntad del causante, dejando librado a su arbitrio la distribución de sus bienes, a no ser que viole las legítimas, en cuyo caso los interesados tienen las acciones pertinentes para su protección.
- Cuando en el testamento sólo se ha dispuesto de una parte de los bienes o éste resulta parcialmente ineficaz, se abre la sucesión legítima en los bienes de que no se ha dispuesto por testamento o en los que resulte parcialmente ineficaz el testamento, respectivamente. En estos casos la sucesión es parte legítima y parte testamentaria.

Aunque la causa más común que origina la sucesión intestada es la falta de testamento del causante, existe otra serie de causas. Siguiendo a Medina (1966:1/5) y a Zannoni (1999/697), la ordenación sistemática requiere la distinción de los siguientes grupos:

A – Sucesión intestada por falta de testamento, supone que el causante no haya hecho uso del derecho a testar, dejando regular su sucesión por las normas referentes a la sucesión intestada.

B – Sucesión intestada por causa de testamento ineficaz, que puede ocurrir por las siguientes causas:

Nulidad del testamento. El testamento nulo ab initio se considera como si nunca hubiere existido, y da lugar a la apertura de la sucesión intestada. Esta nulidad puede ocasionarse: 1) – por inobservancia de las formalidades exigidas por la ley; 2) – por adoptar una forma testamentaria no admitida o prohibida por la ley; 3) – por falta capacidad del testador; 4) – por ausencia de voluntad de testar; 5) – por vicios de la voluntad; 6) – por falta de autenticidad del testamento.

Algunas de estas manifestaciones pueden afectar a determinadas cláusulas testamentarias, en cuyo supuesto el resto de las disposiciones mantiene su validez. La nulidad de tales cláusulas a veces puede dar lugar a la apertura parcial de la sucesión intestada.

Caducidad. La caducidad tiene en nuestro Código dos significados diferentes: el primero se refiere a la ineficacia de ciertos testamentos especiales por el trascurso del tiempo. Tiene lugar si el testador no fallece dentro de los 90 días siguientes al cese de la situación anormal que justificó el otorgamiento del testamento militar, marítimo o aeronáutico.

Es segundo supone la ineficacia del testamento, válido de por sí, por la carencia de alguno de los presupuestos indispensables, después de abrirse la sucesión, para que el testamento o determinadas disposiciones testamentarias puedan producir sus efectos.

Implica la carencia de vocación, lo que sucede cuando el beneficiario no sobrevive al causante o al cumplimiento de la condición suspensiva o renuncia a la herencia; o la carencia de delación, lo que ocurre cuando el beneficiario es incapaz, indigno o desheredado.

La caducidad podrá ser total cuando los afectados por la falta de vocación o delación testamentaria son los “únicos” beneficiarios, abriéndose entonces la sucesión intestada. La

caducidad será parcial y puede dar lugar a la apertura de la sucesión intestada, si no existe derecho de acrecer a favor de los beneficiarios no afectados por la falta de vocación o delación de los otros. Entonces, respecto de la vocación o delación fallidas se abre la sucesión intestada.

Revocación. Se refiere al acto por el cual se deja sin efecto un testamento anterior válido o alguna disposición testamentaria contenida en el, en virtud de un cambio operado en la voluntad del testador.

CAPITULO II

SUCESIÓN LEGÍTIMA EN EL DERECHO ARGENTINO

1- PRINCIPIOS QUE RIGEN LA SUCESIÓN INTESADA

Enumeración:

* *Principios relativos al llamamiento*: el llamamiento de los herederos intestados se ordena en 3 criterios de preferencia Borda (1988:443)

- **Clases**: categorías o grupos de personas llamadas a la sucesión en virtud de un fundamento especial propio de cada clase. Ellos son: consanguíneos, adoptivos, por afinidad y cónyuge supérstite. Las clases no son excluyentes porque los parientes que las integran concurren entre sí.

- **Ordenes sucesorios**: las clases se subdividen en 3 grupos de personas -descendientes, ascendientes y colaterales-

- **Grados de parentesco**: dentro de cada orden se establece una preferencia que queda determinada por la prioridad del grado. El pariente más cercano excluye al más remoto, salvo por el derecho de representación.

* *Principios relativos a la distribución de la herencia*: el autor distingue entre las **sucesiones por cabeza**, en donde se distribuye la herencia entre tantas parte como personas han sido llamadas a la sucesión; las **sucesiones por estirpes** donde se distribuye la herencia por grupos o series de parientes, tomando cada grupo la cuota viril que le haya correspondido a su causante, que ha fallado en su vocación. Esta última tiene lugar cuando se hereda por derecho de representación. Por ultimo encontramos la **sucesión por líneas**, aquí la herencia es dividida en 2 partes, una para los parientes en línea paterna, la otra para los parientes en línea materna.

* *Principios de equidad personal y real.* La equidad personal implica la ausencia de privilegios basados en la masculinidad y en la primogenitura. La real implica la falta de relevancia jurídica en cuanto al origen y la naturaleza de los bienes hereditarios.

**Principios de reciprocidad.* Si una persona tiene vocación respecto de otra, esta última la tiene también respecto de la primera. Existen excepciones como el caso de la nuera viuda sin hijos.

2- HEREDEROS LEGÍTIMOS

A partir de la vigencia de la ley 23.264, el esquema de los órdenes hereditarios es el siguiente:

a) El primer orden está integrado por los *descendientes* del causante, trátase de sus hijos matrimoniales o extramatrimoniales, o de los descendientes de éstos que acudirán por derecho de representación (art. 3566). La representación es admitida sin límite en la línea descendiente (art. 3557).

b) El segundo orden es el de los *ascendientes*, fueren matrimoniales o extramatrimoniales (conf. Art. 3567). Heredan a falta de descendientes, y de acuerdo con la directiva del art. 3559, no opera en este orden el derecho de representación: el ascendiente de grado más próximo excluye al más remoto.

c) El *cónyuge supérstite* concurre con los descendientes, aunque en este caso es excluido en los bienes gananciales que, por liquidación de la sociedad conyugal, hayan correspondido al prefallecido (art. 3576). Concurre también con los ascendientes, heredará la mitad de los bienes propios del causante y también la mitad de los gananciales que correspondan al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes. En caso de falta de descendientes y ascendientes, el cónyuge supérstite tiene vocación preferente a los parientes colaterales y los excluye (art. 3572).

d) El orden de los parientes *colaterales* se integra por los que se encuentran dentro del cuarto grado, desapareciendo la distinción entre legítimos y extramatrimoniales. El derecho de representación opera sólo en favor de hijos y descendientes de hermanos, fueren éstos o aquéllos matrimoniales o extramatrimoniales, hasta el cuarto grado (art. 3585). Los medios hermanos en concurrencia con hermanos de doble vínculo recibirán la mitad de lo que corresponda a éstos (art. 3586).

Obsejevich (1963:42), cita a Machado, quien critica la solución del Código al excluir a los colaterales, pues plantea el caso de un hombre de gran fortuna que sólo tiene hermanos y que debe ser heredado por ellos. Ahora si ese hombre se casa y poco después fallece, toda su fortuna pasará a su mujer y de esta a sus parientes, que son absolutamente extraños a la familia del de cujus, lo cual es injusto.

Dentro de cada orden el pariente más cercano en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación (art. 3546). Y a su vez, cada orden es excluyente de los ulteriores.

3- EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupaba su padre o su madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido (art. 3549). Esto constituye una excepción al principio según el cual el pariente más cercano en grado excluye al más remoto.

Medina (2011:1/10) citando a Castan, considera que en virtud de este derecho los representantes heredan la porción legítima que su representado hubiera heredado si hubiese llegado a suceder

Constituye el remedio imaginado por el legislador para evitar los perjuicios del fallecimiento prematuro. La representación será posible en los siguientes casos: a) cuando el representado hubiere fallecido, b) cuando hubiere renunciado a la herencia, c) cuando hubiere sido declarado ausente con presunción de fallecimiento, d) cuando hubiere sido declarado indigno y e) cuando hubiere sido desheredado.

Por último, si bien la redacción del artículo ha sido criticada por gran parte de la doctrina, que claro que el representante sucede al causante en el mismo grado que tenía su representado.

4- DIFERENCIA ENTRE HEREDEROS LEGÍTIMOS Y LEGÍTIMOS LEGITIMARIOS

Los herederos **legitimarios** son los titulares de la porción legítima y por serlo, como dispone el 3714 del Código Civil, no pueden ser privados de ella sin justa causa de desheredación. Estos son los también llamados herederos forzosos.

Los herederos legitimarios o forzosos son herederos legítimos en la medida que son llamados por la ley y no por la voluntad del causante.

Son herederos **legítimos** los descendientes, ascendientes, cónyuge y los parientes colaterales hasta el cuarto grado, según lo dispone el art. 3545 del C.C. Pero no todos los herederos legítimos son legitimarios, ya que legitimarios son los descendientes, los ascendientes y el cónyuge; es decir los que por ley tienen asignada una porción en el orden y modo que la ley dispone para las sucesiones intestadas.

CAPITULO III

LA LEGÍTIMA

1- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El mundo tal como lo conocemos, y sobre todo nuestro país, ha evolucionado radicalmente con respecto a aquellos pueblos con legislaciones primitivas. El derecho, que es una disciplina variable, fue adaptándose a estos cambios.

En este contexto, no podemos dejar de señalar, que las relaciones humanas, y sobre todo parentales, han sufrido importantes cambios, respecto a las legisladas en la antigüedad.

1.1- Legislaciones primitivas

El **Derecho primitivo** (derecho hindú, derecho babilónico y derecho hebreo), como comenta Obsejevich (1963:3/12), se caracteriza por la mezcla de las reglas jurídicas con las religiosas, morales, filosóficas y sociales; y además por su oralidad, ya que existían escasos textos escritos como el Código de Manú, el Código de Hammurabi y el Antiguo Testamento. Aquí no se concebía a la legítima como un derecho sucesorio *stricto sensu*, sino como un derecho personal y directo sobre los bienes a favor del heredero. Lo que recibía el heredero no era la propiedad del patrimonio del causante, sino la administración y el ejercicio de la calidad de propietario, que ya la tenía con anterioridad como titular del mismo derecho. Todos los integrantes del grupo eran dueños de esa propiedad, si bien la administración de la misma la ejercía uno solo, que era el patriarca o jefe del grupo.

Esa propiedad colectiva, con el transcurso de los años se convirtió en una especie de propiedad privada del administrador, aunque no era un dominio absoluto, ya que el concepto de la propiedad privada del individuo sobre los bienes, llegaría recién con el Derecho Romano.

En consecuencia la *legítima* que existía en la antigüedad era la asunción de una propiedad que el heredero la tenía con anterioridad a la muerte del difunto, y no un derecho hereditario. Además se

estableció la primogenitura por la rama masculina, ya que la regla para el culto es que se transmita de varón en varón, y la regla para la herencia que siga el culto. La hija no es apta para continuar con la religión paterna, pues se casa, y al casarse renuncia al culto del padre para adoptar el del esposo; no posee, pues, ningún título a la herencia.

Se establecía prevalencia de la línea directa descendente, y en caso de faltar, se fijó el derecho de la línea colateral con exclusión de las hijas y de los ascendientes.

La propiedad privada comienza a vislumbrarse una vez que los pueblos nómades se transforman en sedentarios, asentados permanentemente sobre una tierra y cultivándola, con lo cual transformaron su carácter pastoril en agrícola, comenzando a repartir la tierra entre sus integrantes. En este estado de la evolución de la humanidad es cuando se produce la usurpación por parte del patriarca de los bienes de la familia, dejando de ser administrador para ser el dueño de los mismos. Ahí se encuentra el origen de la propiedad individual. Y ante el deseo que siente de disponer libremente de los bienes se llega a la distinción entre los bienes propios, que eran los que provenían de la familia, de los bienes adquiridos que surgían de su trabajo e industria. Si en un principio se le permitió disponer de estos últimos en un grado pequeño, cada vez se fue ampliando, hasta que llegó un momento en que abandonándose por completo la concepción de la propiedad familiar, se asimilaron por entero los bienes propios a los adquiridos, otorgándose al propietario un derecho de disposición completo sobre ambas clases de bienes.

1.2- El Derecho Romano

Hemos visto ya, que en los orígenes del Derecho predominó el concepto de la *propiedad colectiva*, y que sólo a través de una lenta evolución se fue admitiendo la *propiedad privada*.

El testamento romano, en sus orígenes, no consistía en una disposición de bienes, sino sólo en la elección que realizaba el *paterfamilias* (el jefe de la familia) entre sus hijos, lo cual tendía a conservar los bienes dentro de la familia.

Una evolución posterior, posibilitó que el causante ampliara cada vez más su libertad de disponer, permitiendo desheredar a los hijos, luego instituir a un extraño a falta de hijos, más tarde cuando éstos hubiesen salido de la familia y por último aunque existiesen herederos.

Y es durante la República Romana, que ante ese avance cada vez mayor de los poderes del *paterfamilias*, con la absoluta libertad de disposición, y la consecuente decadencia de las instituciones y costumbres, comienzan a vislumbrarse ciertas defensas o restricciones:

- Unas de carácter **formal**, como menciona Pérez Lasala (1981:756), por virtud de las cuales el testador no pedía dejar de mencionar en su testamento a ciertas personas, bien para instituir las herederas o bien para desheredarlas; lo que no estaba permitido era omitirlas en el testamento. La *desheredatio* debía hacerse necesariamente en el testamento y debía recaer sobre toda la herencia. Si recaía sobre hijos varones debía ser *nominatim*, es decir designándolos individualmente. Los restantes bastaba que se los desheredara en conjunto.

Si no se hacía la desheredación o se hacía sin las formalidades expuestas, se consideraba que había preterición y sus efectos eran los siguientes:

- 1) Si era el hijo varón, el testamento era nulo desde el principio, aun en el caso de que el hijo muriera antes que el padre, el lesionado y sus herederos podían pedir la nulidad del entero testamento
- 2) Si el preterido era cualquier otro heredero que no fuera varón de primer grado, el testamento no se anula totalmente, sino parcialmente para dar entrada al preterido en la parte correspondiente.

- La otra defensa implantada fue de índole **material**, por las cuales el testador tenía que atribuir obligatoriamente a ciertos parientes próximos una cuota de su caudal, denominada en el derecho moderno "legítima".

A pesar del perfeccionamiento que se había otorgado a la teoría de la desheredación, ella aún seguía imperfecta, pues el testador conservaba el derecho de desheredar o dejar una parte insignificante de la sucesión a su descendiente, sin causa alguna que lo justificara.

En los últimos años de la República, la jurisprudencia de los tribunales, influenciada por la opinión de los jurisconsultos, admitió que cuando un testador sin causa legítima hubiese omitido o desheredado o atribuido una parte insignificante de la sucesión a uno de sus hijos, éste podía impugnar el testamento como "inoficioso" con el objeto de hacerlo anular bajo la "ficción" de que el testador no estaba en su sano juicio en el momento de confeccionarlo. Esto no era ésta más que una simple ficción, a las cuales era muy afecto el Derecho romano, pues de haber sido verdadera, el testamento habría sido nulo *ab-initio*, y no como aquí que se trata de un testamento válido, pero sujeto a que se lo declare inválido por ser inoficioso.

Para los casos en que el testador no hubiese excluido completamente a sus herederos, sino que les dejase una parte insignificante en relación a lo que les hubiese correspondido en la sucesión abintestato, los "tribunales de los centunviro" debieron fijar la cuota que tendría que dejar el testador para que el *officium pietatis* fuese cumplido. Aquí es donde nace la legítima, con los caracteres actuales. Al principio lo hacían a su arbitrio, pues no había regla fija sobre esa cuota, y así la resolución de cada caso presentaba grandes inconvenientes. Pero con el tiempo decidieron que esa parte fuera fijada en el "cuarto" de los bienes que el heredero hubiese recogido en la sucesión *ab intestato*. A este cuarto, establecido en época de los primeros emperadores, se lo llamó la "cuarta legítima" y por abreviación "**legítima**", definida por Petit (1954:708) como "*la parte que ciertos parientes deben haber recibido del testador para que no puedan atacar el testamento como inoficioso*".

El tribunal de los centunviro, en algunos casos aislados, declaró inoficiosos los testamentos que no favorecieran en algo a los parientes más cercanos, pero el ulterior desarrollo de la institución lo encontramos en la jurisprudencia clásica y la legislación imperial, que crearon un verdadero derecho de legítimas que se podía pedir a través de la *querella inofficiosi testamenti*, que era la acción de los parientes para impugnar el testamento que los hubiera desheredado o preterido injustamente".

Luego Justiniano en diversas constituciones introdujo algunos cambios en la legítima; elevándola a un tercio de la herencia si los herederos son menos de cuatro y a la mitad si son más.

1.3- El Derecho Germano y sus instituciones particulares

La propiedad privada se desconoció primitivamente, pues se asentaba sobre la copropiedad familiar. Dentro de esa comunidad el padre era considerado como un *primus inter pares*, limitándose su función a la mera administración y conservación del patrimonio. No se admitía el poder de enajenar.

El testamento y cualquier enajenación por causa de muerte eran desconocidos. Se aplicaba en toda su extensión el principio "sólo Dios puede hacer un heredero, no el hombre". Por en ese principio de la copropiedad familiar, los hijos no sucedían al padre en el patrimonio, sino que recibían lo que ya era de ellos. Antes de la muerte del padre, son copropietarios con él. Por ello es que en esta primera época no se puede hablar de sucesión, pues se trata de la adquisición de derechos propios.

Hasta el momento no difería mucho del resto de los derechos primitivos.

Así llegamos al momento en que los bárbaros invaden el imperio romano y a pesar de su triunfo, permiten la coexistencia del derecho de los vencidos. Este contacto produjo grandes modificaciones en el Derecho germano.

Debido a esa influencia - dice Iglesias (1953:570) - admitió la posibilidad del nombramiento de heredero en forma contractual a aquellas personas que no tuvieran hijos e hijas y padres. Se hacía en un acto solemne, y al menos formalmente oneroso. Este acto era irrevocable, y por él se obligaba al donante a la buena administración del patrimonio, mas era nulo en caso de suprema cencia de un hijo al donante.

Así llegamos al momento en que sufre una escisión *el allodio*, o sea el patrimonio en su conjunto de muebles e inmuebles. Se comienzan a distinguir los bienes que el padre adquiriría con su trabajo, de los que componían el patrimonio preexistente. Sobre los primeros se admitía la libertad de disponer; en cambio, sobre los segundos, que conservaban el nombre de allodio, no se otorgaba esa facultad; y para el caso que se dispusiere sobre ellos, quedaban sujetos a la reclamación de los hijos o parientes afectados.

Luego, teniendo en cuenta el principio de la copropiedad familiar, se autorizó al padre que tiene hijos varones a disponer de la cuota que le correspondería en el supuesto de hacerse una división del patrimonio en partes iguales entre sus hijos y él. Si solo tenía una hija, se le facultaba a disponer de la mitad del patrimonio; si dejaba varias hijas, esa facultad se restringía a un tercio del patrimonio.

La Iglesia impulsó la posibilidad de testar, al imponer duras penas al que anulaba un testamento hecho pro ánima (a favor del alma) o en el que se dejaban bienes a la Iglesia. Como menciona Planitz (1957:323), la iglesia comienza así a combatir la costumbre pagana de enterrar con el muerto sus objetos personales, remplazando esto por el mencionado culto a las almas, que consistía en dejar una parte de esos bienes a la Iglesia.

Entramos en este estado a la época feudal, en la cual la libertad de disponer varió, por una parte, según la naturaleza y cualidad de los bienes, y por otra según la cualidad y sexo del disponente. Las diversas *clases de bienes* eran: a) muebles; b) propios o hereditarios y adquiridos; c) feudales o nobles y *censivos* o agrícolas.

Las *cualidades* que el disponente podía reunir eran: a) noble; b) burgués; c) agricultor; d) siervo.

Tomando la categoría del **noble**, tenemos que la libertad de disponer de los bienes censivos estaba limitada en primer lugar por la prohibición de desheredar, y en las instituciones de la reserva y legítima, en segundo lugar. La reserva la componía los dos tercios de los bienes "propios"; sobre el otro tercio regía la libertad de disponer con la facultad aun de instituir a un extraño.

La mujer noble no podía usar de este derecho si tenía hijos. La legítima gravaba los bienes muebles y los "adquiridos", y se debía en la cantidad necesaria para garantizar a los descendientes su

mantenimiento según la herencia y el rango. En tanto que la reserva se debía al hijo primogénito, la legítima lo era hacia los demás hijos.

Al **agricultor** se le imponía el deber de dejar a todos sus hijos partes iguales, y a tal efecto la reserva la formaban los cuatro quintos de los bienes "propios". Con ellos no se podía favorecer a unos hijos más que a otros. La porción disponible la formaban los bienes "adquiridos", los muebles, y el quinto de los "propios", con los cuales podía instituir a un extraño. Pero siendo obligación del padre dejar lo necesario para la subsistencia de sus hijos, y en caso de no alcanzar los cuatro quintos de los bienes propios, se disminuía la parte de libre disposición.

El **burgués** disponía de facultades amplias para distribuir sus bienes entre los hijos, sin necesidad de conservar la igualdad en las porciones. Componían la porción disponible los bienes "adquiridos", muebles y el quinto de los "propios", con los que también gozaba de la facultad de instituir a extraños.

Notamos así que el noble y el agricultor debían mantener una absoluta igualdad en las porciones de sus hijos. En cambio, el burgués goza de la facultad de disponer sus bienes en la forma que considere más conveniente, sin atenerse a la igualdad entre sus hijos.

Por último, el **siervo**, que estaba más ligado a la tierra que a la persona de su señor, no tenía el derecho de disponer de sus bienes. Sólo se le autorizó a efectuar liberalidades en favor de la Iglesia. Luego se amplió ese derecho de disposición a algunos bienes muebles y animales a favor de sus descendientes. Con tales limitaciones podemos decir que esta clase social no gozó del derecho de sucesión, y menos aún de la forzosa.

Así tenemos que en esta época coexistieron dos instituciones: la reserva y la legítima. La primera es la que predominaba, y como un vestigio de la antigua copropiedad familiar, perseguía el fin de mantener el rango y posición de la familia, siendo absorbida en su mayor parte por el primogénito. Limitaba la disponibilidad testamentaria, y en caso de que se la lesionare, se otorgaba la reducción. Esa obligación de conservar una porción de los bienes "propios", generalmente los cuatro quintos, se daba en favor de los hijos, y en su defecto a los parientes de la línea de la que los bienes procedían, lo cual no significaba siempre que estuviesen más unidos al causante. Así, primero les correspondía a los descendientes del padre; en su defecto, a los descendientes del abuelo; a falta de éstos, a los descendientes del bisabuelo, sin que se admitiera el derecho de representación. De ahí la regla paterna paternis, materna maternis.

El carácter normal de la reserva era restringir las liberalidades mortis causa; sólo por excepción, en algunas de las costumbres de la Edad Media se admitió la limitación a los actos gratuitos inter vivos. La parte disponible la formaba el quinto de los bienes "propios", y el total de los "adquiridos" y los

muebles. El patrimonio que se tomaba en cuenta era el que el causante dejaba en el momento de su muerte.

Para adquirir la reserva era indispensable la calidad de heredero; el renunciante no tenía derecho a este beneficio, es decir, que constituía una parte de la herencia (*pars hereditatis*), debiéndosela en propiedad y libre de cargas.

Pero a veces esta reserva resultaba insuficiente para proteger los derechos de los hijos. Por ejemplo, en el caso que el causante dispusiera *mortis causa* de sus bienes muebles y adquiridos, y ellos fueran los que prevalecieran o aun los únicos que existieran en su patrimonio.

1.4- El Derecho Español

En sus comienzos, el Derecho español reconoció la institución del mayorazgo, pero con la romanización de España, conseguida varias décadas antes de Cristo, se introducen los principios jurídicos que en esos momentos se aplicaban en la República romana, tales como el de la libertad de testar.

Luego los visigodos, que ejercieron su dominio en España entre los años 414 al 711, trataron de limitar los mismos, introduciendo **la legítima**, donde cuatro quintos de la sucesión pertenecían a los descendientes, otorgándoles también la posibilidad de una mejora de un décimo. Hacia fines de ese mismo siglo se aumentó la mejora a un tercio.

A partir del año 711 y hasta el 1492, ejercieron su dominio sobre España los árabes. En este período, los fueros acentuaron la sucesión forzosa, suprimiendo la mejora. El máximo de cuota disponible que se otorgaba era un quinto.

Ya en *Las Partidas* (año 1256-1263), debidas a Alfonso X el Sabio, es donde por primera vez en la legislación española se hace referencia al medio para defender la legítima. Lo demuestra la reducción de las porciones legitimarias al tercio o a la mitad del patrimonio, según que el número de hijos fuera menor o mayor a cuatro; la incorporación como legitimarios de los ascendientes y los hermanos; y la supresión de la mejora (Gozaban de la acción los descendientes y ascendientes, no los colaterales).

Siglos más tarde, en el año 1505, se dictaron las *Leyes de Toro*, conservando su vigencia hasta la sanción del Código español durante el siglo pasado. Con ellas se volvieron a la legítima de los cuatro quintos para los descendientes. Para los ascendientes se la estableció en los dos tercios. También se restableció la mejora, que se la fijó en un tercio.

1.5- El Derecho Patrio

Esta denominación, es la que se daba al Derecho que se aplicó en nuestro país hasta la sanción del Código Civil.

Durante el período colonial, en materia sucesoria, se aplicaron los mismos principios que en la Madre Patria, incluso después de 1810 se siguieron rigiendo las sucesiones por el Derecho español. Pero en el lapso transcurrido entre la Revolución de Mayo y la sanción del Código Civil se sancionaron diversas leyes que interesan a nuestro estudio, entre ellas las dictadas por la Asamblea General de 1813, aboliendo los mayorazgos y vinculaciones; la muerte civil, reconociendo a los religiosos profesos aptitud para otorgar testamento, y la esclavitud de nacimiento, declarando libres a los esclavos que pisaran territorio argentino.

En 1837, una ley uruguaya acordó el derecho sucesorio *ab intestato* al cónyuge con exclusión de los colaterales. Esto inspiró a la legislatura de la Provincia de Buenos Aires en el año 1857, época en que estaba separada de la Confederación, a sancionar una ley en virtud de la cual, a falta de herederos forzosos, la mujer legítima heredaba al marido, y éste a aquella con exclusión de todo colateral; también establecía que ese derecho se perdía en caso de separación judicial. Con ella se otorgaba por vez primera derecho hereditario al cónyuge, aunque no se le revestía con el carácter de legitimario, que sólo lo conseguirían con la sanción del Código civil.

Las provincias de Entre Ríos y Santa Fe, por sendas leyes de 1862, sancionaron la misma regla que la de Buenos Aires de 1857.

2- NUESTRO RÉGIMEN

Pérez Lasala (1981:809), considera a la legítima como "una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o deviene líquidos a favor de los denominados legitimarios, de cuya porción pueden ser privados por justa causa de desheredación invocada en el testamento".

Existen y existirán, argumentos a favor y en contra de ella. Obsejevich (1963:23/24) hace una enumeración interesante, estableciendo 3 tipos de argumentos "*a favor de la legítima*", a saber:

- Con el argumento **moral** se considera que el lazo de sangre existente entre personas de estrecho parentesco hace nacer obligaciones sancionadas por la ley, de tipo patrimonial, con el objeto de

proteger la familia, tales como la de prestarse ayuda recíproca. Si ellas existen en vida con la prestación de alimentos, ¿por qué dejarla de cumplir al fallecer, si el patrimonio del causante se conserva intacto?

Con mayor razón

Debe aceptarse la respuesta afirmativa al considerar que esta prestación que surge luego de la muerte no merma el patrimonio de un ser viviente.

A esta obligación se la llama legítima, y tiene una extensión menor que la del crédito por alimentos otorgada en vida del titular. Es un deber natural cumplir con ella, sea la piedad filial o el afecto paternal.

-El argumento **social** toma en cuenta que la familia es el elemento primordial de la sociedad, y que la agrupación de ellas forman la nación. Entonces es imprescindible mantenerla y garantizar su prosperidad, y para ello una de las instituciones más eficaces es la legítima, que asegura la buena organización de la familia y su estabilidad.

También se estima la participación de la familia en la formación del patrimonio, pues ocurre muy a menudo que los bienes de una familia se han conseguido gracias al esfuerzo de todos sus integrantes y no al de uno sólo; en consecuencia, sería injusto que éste despojara a aquéllos de todos sus derechos.

-Mientras que el argumento **político** parte de la base de que una justa distribución de la riqueza influye en forma extraordinaria en la organización política de una nación. Esa igualdad que crea la legítima está de acuerdo con los principios de la democracia y se conforma con las instituciones republicanas en mucho mayor grado que la libertad de testar. Pues ésta facilita las distribuciones arbitrarias y la conservación intacta de grandes patrimonios.

Estas razones fueron las que inclinaron a nuestro codificador a adoptar el sistema de la legítima, pero al hacerlo se propasó en su defensa, en forma tal que los propios sostenedores de la misma consideran que debe menguarse con el corolario de acrecer la porción disponible.

También se critica la falta de una porción de mejora que recaiga sobre la legítima (como sucede en otras legislaciones) con el fin de beneficiar a alguno de los herederos forzosos por encima de otros, teniendo en cuenta circunstancias que solo el causante pudiera conocer.

El mismo autor sin embargo, también enumera aspectos *“a favor de un sistema con libertad de testar”*, que gran parte de la doctrina sostiene, a saber Obsejevich (1963:24/25):

-El **jurídico** está asentado sobre el carácter absoluto del dominio en vida, al *ius disponendi*. Pero en el estado actual de la evolución de la humanidad ya no se puede hablar de un derecho de propiedad con caracteres absolutos; observamos constantemente la sanción de leyes o decretos que limitan y regulan ese derecho, quitando al propietario las facultades omnímodas que tenía. Y si estas restricciones se producen en el campo de los actos inter vivos, con mayor razón deben aplicarse a las transmisiones mortis causa.

-El **moral** abarca una mayor extensión de argumentos, aunque todos se sustentan sobre la autoridad paterna.

- a) Así han hecho jugar a la "patria potestad", que en otras épocas significó un poder ilimitado del *pater familias* sobre sus hijos; pero en la actualidad esa institución importa una obligación más que un derecho, y el no cumplimiento de ella puede llevar a su pérdida, con lo cual si la patria potestad fue uno de los pilares sobre los que asentó la libertad de testar, en los días presentes ha perdido su significado original, aún en mayor grado que el del dominio.
- b) También lo fundan en el "robustecimiento de la autoridad paterna" al hacer a los hijos más sumisos y obedientes, no por temer que sus padres no le dejen la herencia, sino por el cariño y respeto que se merecen; pero de este modo se llegaría a una autoridad paterna despótica que podría disponer de bienes que contribuyeron a formar toda la familia; además, la obediencia de los hijos podría estar basada sólo en el interés; y, por otra parte, el hijo, al no saber si el padre le ha de dejar alguna porción de su patrimonio, comienza a trabajar por su cuenta, en lugar de hacerlo con su padre, con lo cual podría aumentar la riqueza de la familia.
- c) Otro argumento moral es la "voluntad del causante", y que, ha servido de base para que la doctrina clásica sostuviera que la transmisión intestada interpretaba la voluntad del causante en el caso de que no existiera testamento, pues sí lo hubiere tendríamos que atenernos a sus disposiciones; mas esta interpretación ha perdido su importancia, considerándose que la sucesión intestada se basa en un deber personal y social, a la vez, del causante hacia sus parientes, que ya la encontramos en el Derecho romano cuando disponía que el testamento del causante no podía prescindir del orden hereditario.

-El **económico** comprende también varios argumentos:

- a) "Impide la subdivisión excesiva de la propiedad" que se produce al fallecer el causante y dividirse entre sus herederos el bien inmueble, tornando su explotación antieconómica; dejando de lado que en nuestro país ese argumento no pesa, sino todo lo contrario, pues facilitaría la parcelación de los latifundios, tenemos que el remedio no consistiría en eliminar la institución de la legítima; lo que se debería hacer es modificar y perfeccionar las normas sobre la partición, sin considerar el hecho de que los propios legitimarios procederán a enajenar ese bien si consideran que su explotación, en forma dividida, sería irracional.
- b) "Remedia la crisis de la natalidad", pues muchos padres, en el interés de que se conserve intacto el patrimonio de la familia, que puede provenir de varios siglos, deciden no tener más que un hijo, pues de tener más se causaría la división de los bienes; amén de que en el mundo se observa que ocurre lo contrario: con excesiva natalidad, los casos en que se produce el control de la natalidad no tienen nada en común con la legítima, ya que se deben a otras causas, tales como el deseo de vivir mejor durante la vida, y no en conservar los bienes para después de muerto, o a la crisis de alimentos que está experimentando el orbe.
- c) "Favorecer la estabilidad y cohesión de la familia", al poder el causante disponer de sus bienes en favor de la persona que él considere más apta para conservar el rango social de la familia; con este criterio volveríamos a instituciones superadas, tales como la primogenitura, contrariando todos los principios democráticos que nos rigen.
- d) "Distribución de la herencia en proporción a las aptitudes de cada hijo": siendo el padre quien mejor conoce a sus hijos, a él le corresponde el derecho de distribuir sus bienes en la forma que considere más conveniente; ello podría dar lugar a abusos, pues generalmente esa repartición se hace en los últimos momentos de la vida, que es cuando la captación de la voluntad actúa con mayor vigor; además, el artículo 3480 dispensa de la colación a los gastos que los padres hicieron para dar educación a sus hijos y prepararlos para ejercer una profesión o arte, lo cual puede implicar grandes desembolsos que permiten una justificada y equitativa distribución, sin que se afecte la institución de la legítima.
- e) "impulsa el trabajo", ya que al saber el hijo que no tiene ningún derecho a los bienes que su padre ha adquirido, trabajará para tratar de formarse una posición social como la adquirida por su padre, con lo cual favorecerá también a la sociedad; es refutable este argumento, porque más conveniente sería que el hijo trabajare con su padre para aumentar la riqueza de la familia y

estrechar el vínculo familiar, y no que trabaje por su cuenta, desintegrando el núcleo primario de la sociedad y su patrimonio.

3- CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE AMBOS SISTEMAS

No podemos defender uno u otro sistema, pues sus respectivas características dependen de circunstancias de tiempo y de lugar. La solución del problema de la libertad de testar o de las legítimas, debe plantearse de modo concreto y solucionarse considerando los usos y costumbres de cada país y a su ambiente político-social y moral. Sólo así podremos llegar a soluciones justas, que lo serán precisamente porque implicarán la adecuación del derecho a las realidades sociales.

a) El sistema de la libertad de testar tiene un límite que el legislador no debe silenciar: nos referimos al deber de fijar alimentos a los hijos. Al hablar de alimentos comprende no solo a los alimentos en sentido estricto sino a la educación y la colocación en estado adecuado a la situación de la familia. El derecho de alimentos se fija normalmente atendiendo a la necesidad del alimento, de modo que cuando éste no los necesite, cesa la obligación alimentaria. La cuantía se fija teniendo en cuenta la situación familiar.

Coincidimos con Pérez Lasala (1981:753) y gran parte de la doctrina, que ese deber de alimentos es de derecho natural. No se concibe que la obligación que el padre tiene de prestar alimentos a sus hijos cese por su muerte, quedando bienes suficientes como para cubrir esa necesidad. La disposición testamentaria que otorgara bienes a extraños, negando alimentos a los hijos necesitados, sería antinatural, y por eso debe ser tope mínimo obligado de las legislaciones que aceptan el sistema de la libertad de testar.

b) El sistema de legítimas impone una distribución igualitaria de una parte de la herencia entre determinados parientes. Éste es el sistema acogido por la mayoría de las legislaciones modernas, pues en ellas el legislador no ha querido dejar librado a la voluntad del testador el reparto del total de la herencia, cuando a su muerte quedan determinados parientes próximos. En otras palabras, ha querido destinar una parte del caudal hereditario a esos parientes (ascendientes, descendientes y cónyuge) para que sea distribuida entre ellos, según las pautas legislativas. Esa parte queda marginada de su voluntad

de disposición. De esta forma, pensamos que el legislador ha querido no sólo afianzar los deberes naturales entre los miembros de la familia, sino evitar todo posible abuso del testador. No obstante, no podemos dejar de mencionar que en el campo de las relaciones de familia, la realidad social ha cambiado. Ello nos lleva a introducir modificaciones en nuestra legislación, pero siempre respetando nuestra idiosincrasia.

También, en la mayoría de las legislaciones que adoptan este sistema, se critica el elevado porcentaje de las mismas. Si bien no son tan excesivas como en nuestro país, en España tildan a la legítima ya como una “reliquia”. Así lo menciona la catedrática en Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, María Ángeles Parra (2013), justificando su postura en la evolución de las familias desde la época de la codificación.

En nuestro país dichas críticas han hecho eco en el actual proyecto de unificación de código civil y comercial, proponiendo bajar dichas porciones.

4- LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO COMPARADO

Existen algunos estudios de Derecho comparado en materia de Derecho de sucesiones en los que se presta atención especial a la libertad de testar y a la legítima. El panorama legislativo es enormemente variado y disperso. Uno de estos estudios es el realizado por el autor español Castan Tobeñas (1944:478), el cual hace una distinción elemental entre los sistemas angloamericanos del “*common law*” en los que rige el principio de libertad de testar y los sistemas legitimarios clásicos de Derecho civil, en los que determinados familiares tienen derecho a recibir necesariamente una parte de los bienes de la herencia, no obstante reconoce que entre los sistemas del “*civil law*” realmente no existe una única tradición.

Podemos concluir entonces, siguiendo a María y Marta Fernández – Hierro (2010:1/80), que en la actualidad se distinguen dos grandes sistemas dentro del derecho comparado: el de legitimarios clásicos y los que reconocen la libertad de testar, con la irrupción de un tercer grupo diferente de los dos anteriores.

4.1- Sistemas legitimarios clásicos

Dentro de los sistemas legitimarios clásicos pueden distinguirse aquellos que consideran la legítima como *pars hereditatis* de aquellos que otorgan al legitimario un derecho de crédito frente al heredero.

- Ordenamientos jurídicos que reconocen a los parientes cercanos el derecho a una parte determinada de la herencia, tradicionalmente llamada **legítima o reserva**, son mayoritariamente los que parten del Derecho romano (Francia, Italia, España...). A su vez dentro de ellos podemos distinguir:

- Aquellos en los que la legítima o parte de la herencia reservada a los legitimarios varía **según el número de herederos** que concurren. Esto sucede por ejemplo, en el Código Civil francés, portugués e italiano.

- Aquellos en los que se establece una **porción fija e invariable**, sin atender a la cantidad de herederos que concurren. Este es el caso de España, Grecia, Finlandia, Dinamarca, Suecia, entre otros. A su vez dentro de esta última categoría, los sistemas de tradición hispánica contemplan una parte de legítima estricta, y un parte de **mejora**, que obligatoriamente debe ir a favor de un legitimario, pero dotando al testador de libertad para distribuirla libremente entre cualquiera de los legitimarios.

- En segundo lugar, estarían los países que reconocen a determinados parientes no el derecho a una parte de la herencia, sino **un derecho de crédito frente a los herederos**. Este es el caso de Alemania o Austria.

Dentro de estas dos categorías hay múltiples variantes en función de qué parientes se consideran legitimarios: ciertos países excluyen a los ascendientes –como Francia–, o no consideran legitimario al cónyuge viudo, como es el caso de España. También hay variedades según la parte de herencia reservada y la de libre disposición, siendo un caso curioso el de Noruega, donde la legítima de los hijos es de dos tercios de la herencia, pero ningún descendiente o su rama están legitimados para reclamar más de un millón de coronas ni pueden recibir menos de 200.000 coronas en dicho concepto.

4.2- Ordenamientos jurídicos que reconocen la libertad de testar

Tradicionalmente corresponden a los países de derecho anglosajón. No obstante hay que precisar que actualmente en dichos países tampoco la libertad de testar es absoluta (como lo era, por

ejemplo en Inglaterra y Gales hasta 1938). En estos casos, normalmente la limitación a la libertad de testar viene a través del reconocimiento a determinados parientes y al cónyuge del derecho a obtener alimentos cualquiera que sea la disposición del testador. Ejemplo de ello, es lo que ocurre en Inglaterra.

En Latinoamérica adopta este sistema el Código Civil de México, que admite la libertad de testar, pero aquí también se obliga al causante a dejar una pensión de alimentos al cónyuge, y a ciertos parientes consanguíneos en línea recta, e incluso a la concubina pareja de hecho. En el mismo orden de ideas siguen este sistema los códigos civiles de Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica y Panamá.

4.3- La aparición de un tercer grupo

En la actualidad podría hablarse de **un tercer grupo, intermedio** entre los dos anteriores: aquellos países donde los legitimarios tienen derecho a una parte de los bienes de la herencia o de su valor, pero sólo si se hallan en situación de necesidad.

Esto es lo que ocurre por ejemplo en Rusia, donde el actual Código Civil acepta el principio de libertad de testar con las limitaciones del artículo 1.149, que otorga a los hijos del causante que sean menores o discapacitados, su cónyuge y/o progenitores discapacitados la facultad de pedir al menos la mitad de la herencia.

4.4- Algunos puntos de interés

A continuación analizamos los siguientes ordenamientos que nos permitirán llegar a una conclusión de lo que debería buscarse, en nuestra humilde opinión, en Argentina.

ESPAÑA: en el artículo 808 del código civil español se dispone que se constituyen la legítima de los hijos y descendientes en *dos terceras partes* del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición.

MEXICO: aquí prevalece la libertad de testar, como lo advertimos en el artículo 1283 del código civil mexicano:

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

También vale mencionar la cuestión más sobresaliente que limita esta libertad, y es la que se menciona en el artículo 1368:

“El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte;*
- II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior;*
- III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente;*
- IV. A los ascendientes;*
- V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Este derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos;*
- VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades”.*

COSTA RICA: Si bien los países latinoamericanos contemplan sistemas propios del derecho continental o derecho civil, este país adopta el sistema de libertad testamentaria pero con ciertas limitaciones, razón por lo cual se restringe la libre disposición de los bienes del causante.

Aquí dicha libertad ha sido matizada, como podemos observar el artículo 595 de su código civil:
“El testador podrá disponer libremente de sus bienes, con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo hasta la mayoría de edad si es menor y por toda la vida si el hijo tiene una discapacidad que le impida valerse por sí mismo, además, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten”.

Como sostiene Alpizar Rojas (2013:111), esta facultad permite que “el testador puede disponer libremente de sus bienes, con la sola limitación de dejar asegurados los alimentos para sus hijos menores, para sus hijos incapaces, y para su cónyuge y sus padres mientras lo necesiten y que esa restricción queda condicionada a que todos esos acreedores no tuvieren bienes suficientes al morir aquél”.

4.5- Tendencias actuales

En la actualidad, se detectan, dos tendencias contradictorias que hace que se acorten las diferencias entre los sistemas de legítima y los que reconocen libertad total al causante: la tendencia, en los primeros, a flexibilizar el rígido sistema de la legítima y la tendencia, en los segundos, a restringir la libertad del causante.

5- PORCIONES LEGÍTIMAS

Nuestro Código Civil en su Libro IV, Sección 1º, Título 10, nos habla de la porción legítima de los herederos forzosos.

El artículo 3593 establece: "La porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que deben colacionarse a la masa de la herencia". Consideramos que estos porcentajes tan elevados, hacen que existiendo descendientes, la utilidad del testamento quede considerablemente disminuida.

Luego al referirse a los ascendientes, la porción de los mismos se establece en dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados (art. 3594).

En cuanto al cónyuge supérstite, si concurre con descendientes o ascendientes del causante, su porción es igual a la de estos según el caso (art 3570 y 3571). Pero cuando concorra solo, recibirá la

mitad de los bienes de la sucesión, aunque sean gananciales (art. 3595), excluyendo a los colaterales (art. 3572)

No habiendo descendientes ni ascendientes, ni viudo ni viuda, heredan al difunto sus parientes colaterales más próximos hasta el cuarto grado inclusive, salvo el derecho de representación para concurrir los sobrinos con sus tíos. Los iguales en grado heredarán por partes iguales (art 3585).

Coincidimos con la Notaria Córdoba Gandini (2011), en que la rigidez de este sistema se contraponen con el *derecho a la igualdad*, plasmado en el art. 75 inc. 23 CN, ya que si bien el patrón basado en el vínculo parental, garantiza en principio la igualdad, esta lo es sólo desde el punto de vista formal. En la práctica el problema se agrava, no ya cuando se trata de premiar actitudes de los hijos, sino sobre todo cuando se busca suplir las deficiencias naturales e involuntarias de algunos de ellos.

También es de considerar el caso típico del hijo mentalmente disminuido, sin posibilidad de defenderse por sí en la vida, cuya situación el padre trata infructuosamente de arreglar pretendiendo dejarle en el testamento sus bienes o la parte más importante de ellos, para que no le falte, a su muerte, la ayuda material o el sustento. El obstáculo del reparto igualitario sobre los 4/5 impedirán cumplir la justa preocupación del padre, y la suerte del hijo quedará librada en definitiva al arbitrio de los hermanos, como en varias oportunidades menciona la Dra. Margarita Heluani (1998:38).

Pero fuera de ese caso extremo, normalmente existen desigualdades entre los hijos, sobre todo cuando ya son hombres. Unos tienen aptitudes para triunfar económicamente en la vida, otros carecen de ella; unos hacen fortuna, otros son pobres; unos trabajan con el padre engrosando con el esfuerzo de su trabajo la fortuna familiar; otros salen de la casa y se independizan tempranamente. A todos ellos el padre los quiere por igual, como hijos que son; pero a la hora de pretender realizar en el testamento un reparto equitativo de sus bienes, teniendo presente el cúmulo de circunstancias que permiten individualizar las necesidades de cada uno de sus hijos, la ley argentina lo asfixia con la amplitud del monto de las legítimas, al sólo permitirle disponer de 1/5 para poder compensar esas desigualdades, muchas veces desproporcionadas en su magnitud con la pequeñez del instrumento legal que la ley le otorga.

CAPITULO IV

LA LEGÍTIMA DE LA NUERA VIUDA SIN HIJOS

El primer antecedente de la nuera viuda sin hijos aparece en el art. 2001 del Proyecto de la comisión de 1936 que decía: “La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubieran correspondido a su esposo en dicha sucesión. Este derecho no podrá ser invocado en los casos del art. 1999”.

El propósito de la inclusión en el proyecto - dice Goyena Copello (1974:537), - era el de reparar los males producidos por una muerte prematura y asegurar dentro de la familia, la persistencia del vínculo moral indiscutible.

La Reforma de 1968 adoptó casi textualmente la disposición del Proyecto de 1936 e introduce el nuevo art. 3576 bis que textualmente dice: “La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobreviviesen en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que hubiese correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los arts. 3573, 3574 y 3575 o si hubiese incurrido en actos de notoria inconducta moral.

El art. 3573 fue reformado por la ley 17.711, es necesario tenerlo en cuenta ya que el derecho sucesorio de la viuda no tendrá lugar cuando se halla enfermo uno de los cónyuges y muriese de esa enfermedad dentro de los 60 días siguientes, salvo que fuera para regularizar una situación de hecho.

El artículo siguiente excluye a aquel que hubiera dado lugar al divorcio y al inocente que hubiera cometido adulterio; el artículo 3575 del Código Civil aparta de la sucesión a aquellos separados de hecho sin voluntad de unirse.

En conclusión dicha reforma defiende al cónyuge inocente, el que conserva la vocación hereditaria.

1- FUNDAMENTOS

Parecería una cuestión netamente teórica pero tiene implicancias prácticas determinar el fundamento del nuevo derecho sucesorio, que según Salas lo encuadra en el vínculo familiar y otros, entre ellos Moreno Dubois o Goyena Copello, lo comparan con la nuera viuda e indotada o sea que le da carácter puramente asistencial Pérez Lasala (1981:466/467).

2- CARACTERES DEL DERECHO SUCESORIO DE LA NUERA

- Carece de vocación universal o vocación al todo, ya que su máximo derecho es el de recibir la cuarta parte del acervo, que se da en el caso, que de haber vivido su esposo hubiese sido heredero único, pero nos recuerda no confundir la falta de vocación universal con la falta de derecho de acrecer, que lo tiene pero limitado Pérez Lasala (1981:468).

Ejemplo: Si el causante tiene dos hijos, uno pre fallecido, a la esposa de éste le corresponde un octavo de la herencia, o sea un cuarto de la mitad, que es la que le habría al esposo de haber vivido; pero si el hijo sobreviviente renuncia a la herencia, la nuera viuda acrece a su cuarto de la misma porque le hubiere correspondido el total a su marido premuerto.

- No responde ultra vires. Los herederos responden ultra-vires por el pago de los legados, naturalmente esta regla no se aplica al caso de la aceptación con beneficio de inventario, que luego de la ley 17.711 es el supuesto normal. Opera la confusión de los bienes hereditarios y de los personales de los herederos, era lógico establecer la misma solución para cualquier obligación del heredero, fuera el pago de las deudas del causante o de los legados. En cambio, los legatarios de cuota solo responden en la medida de los bienes recibidos.
- Tiene derecho a los frutos y productos de los bienes de la herencia, desde la apertura de la sucesión o desde que solicitó la entrega de su porción, según se admita para el legatario de cuota.
- Tiene derecho a intervenir en el juicio sucesorio y en la administración de los bienes, ya que está interesada en el inventario, el avalúo, la participación y en la gestión de los bienes en tanto la división no se lleve a cabo.

- Es legítima, ya que su legítima es el cuarto de los que habría correspondido a su esposo; en este punto la doctrina concuerda, con la única excepción del Doctor Goyena Copello, quien le niega el carácter de legitimaria, fundado en la falta de norma expresa que fije su legítima.
- No debe colacionar las donaciones que le hizo el causante pues no es heredero: respecto de las donaciones que el causante hizo a su marido debe colacionarlas al efecto de determinar la parte que habría correspondido al hijo y luego calcular el cuarto que corresponde a la nuera.

3- REQUISITOS DE SU DERECHO SUCESORIO

Los requisitos que no deben faltar son los siguientes Zannoni (1999:148):

- Que se trate de la nuera, ya que no comprende nieta o bisnieta política viuda.
- Que sea viuda al abrirse la sucesión, es decir que su marido debe haber muerto antes que su suegro y que ella se mantenga sin contraer nuevas nupcias antes de la muerte del suegro. Se aplica la misma solución aunque no sea precisamente viuda sino presunta viuda, pero si llegara a reaparecer su marido, deberá reintegrar lo recibido.

Dice Goyena Copello (1974:667) que no basta con ser viuda en el momento del fallecimiento del suegro o suegra según se trate, sino que dicho estado debe haberse mantenido durante todo el tiempo transcurrido, desde el fallecimiento del hijo, hasta el suegro.

- No tener hijos al momento del fallecimiento del suegro.

Este requisito debemos relacionarlo con el carácter que le dimos o sea, si este derecho se fundamenta en el carácter asistencial o vincular o ambos. Pareciera que este requisito se vincula con el carácter asistencial ya que exige la no tenencia de hijos o más bien de descendencia, ya fueran hijos de un matrimonio anterior de la nuera, porque en este caso estaría amparada por los bienes de los hijos o por el usufructo de los mismos.

La ley no aclara el problema de establecer si se refiere a los hijos descendientes del causante o sea los engendrados por el marido premuerto o comprende también los hijos de la viuda que no lo sean de aquel.

Claro está que este problema se da con respecto a los hijos anteriores porque en caso contrario sería excluida por adulterio o conducta en la viudez.

Maffía (1987:77/78) afirma que se trata de cualquier hijo, ya que la ley no distingue, entonces no debemos nosotros distinguir, si fueran hijos del marido y no de ella van por derecho de representación y no excluyen a la viuda.

4- EXCLUSIÓN

La nuera viuda queda excluida de la sucesión de los suegros en los siguientes casos:

- Si su marido fue “in extremis”.

Aunque parezca paradójico, los orígenes de tal perceptiva, debe encontrarse en la vida concubinaria anterior al matrimonio, juzgada por la sociedad como “desarreglada e inmoral”.

- Si fue culpable del divorcio o si después del mismo y antes de enviudar incurrió en adulterio o en actos de grave conducta moral; este párrafo fue agregado por la reforma de la Ley 17.711.
- Si vivía separada de hecho de su marido sin voluntad de unirse, por consenso mutuo o culpa de ella, o sin ser culpable del divorcio hubiere incurrido en actos de notoria conducta moral. (Art. 3575)
- Cuando después de la viudez hubiese incurrido en actos de notoria conducta moral, lo reafirma el art. 3576 bis en la última parte.

Según López del Carril (1969:112/121) debe tratarse de conductas pública y a sabiendas de todos; el concubinato es una situación evidentemente notoria. Otros autores sostienen que basta con que los actos de grave conducta moral se sepan y puedan ser ventilados en un juicio, para poder

excluir a la nuera. En última instancia quien considerará si el acto es de notoria inconducta moral será el juez de la causa.

5- EL YERNO VIUDO SIN HIJOS

Tras arduas modificaciones, en el año 1993, la Cámara de Diputados sancionó el Proyecto de Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, el cual utilizó la palabra VIUDO, logrando así la equiparación correspondiente al yerno viudo, sin desvirtuar la protección para la mujer.

Desgraciadamente, el proyecto no tuvo lugar en la Cámara de Senadores, razón por la cual no llegó a ser ley. Es decir, que hay una evidente dilación entre la realidad y su regulación, que en el caso que nos compete tardó nada más ni nada menos que 17 años en lograrse un avance jurisprudencial, prolongándose a pesar de ello, la evasión a su legislación.

5.1- Diferencias del derecho entre la nuera y el yerno viudo sin hijos

La ley brinda el derecho a la nuera, y no al yerno, no reconociendo tampoco que los suegros pudieran heredarla, resaltando así el sentido de protección de dicho artículo.

Sin embargo, en los últimos años, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de esta norma, desestimando que únicamente la nuera, y no así el yerno, accedan al beneficio otorgado por el artículo en cuestión. Hoy luego de la reforma de la Constitución Nacional, consideramos que no existe razón que avale el trato desigual entre un sexo y el otro. Los fundamentos que han sostenido dicha institución han quedado lejanos al contexto actual, promoviendo de esta forma una clara discriminación de sexo.

Esto deja de lado la “igualdad ante la ley”, reflejada en el art. 16 de la CN, pues estando el yerno en iguales condiciones fácticas y jurídicas, se omite concederle los privilegios otorgados a la mujer.

6- LOS EFECTOS DE LA LEY 26.618

Tradicionalmente se negaba la analogía del derecho conferido a la nuera viuda a otros parientes, entre ellos al yerno viudo. Una adecuada interpretación dinámica considera que la ley, como manifestaciones de la vida humana, se encuentra en permanente y constante evolución por obra de la interpretación de sus contenidos de manera razonable. Es por ello, que se considera pertinente, no evaluar las necesidades al momento en que fue sancionada la norma, sino focalizarse en las condiciones existentes al momento en que son aplicadas.

En el trascurso de los años anteriores a la reforma, se sancionó la ley Antidiscriminación, la cual se aplicaba tanto al sector privado como al público. Sin embargo, esta ley necesitaba un respaldo que fue obtenido gracias a la reforma de 1994, en donde a través de la incorporación de diversos Tratados internacionales de Derechos Humanos en virtud del art. 75 inc. 22, se estableció la igualdad ante la ley.

En el nuevo art. 172 del C.Civil se dispone que el matrimonio tenga los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. Sin embargo, este artículo colisiona con el art. 3576 bis que otorga derechos sólo a la mujer que sobrevive, mas no así al varón.

La solución al fallo Nazar Anchorena S/ Sucesión Ab intestato¹, fue brindada por el art. 42 de la ley 26.618.

Al autorizar este artículo a brindar los mismos derechos y obligaciones al matrimonio del mismo sexo, desencadena una evidente discriminación respecto al cónyuge masculino supérstite en los matrimonios de distinto sexo. Para evitar ello, es necesario utilizar la analogía en relación con el yerno viudo sin hijos, complementándolo con una postura amplia, que permite a partir de la ley de matrimonio igualitario, establecer que el yerno en el matrimonio heterosexual, como así también el supérstite varón o mujer, del matrimonio homosexual, también sucedan. En síntesis, lo que se consiguió es extender el beneficio a todos sin distinciones.

¹ M o M, A s/ Sucesión, 30/04/09, Juzgado de primera Instancia Civil y Comercial de Córdoba N° 17, Lexis N° 70052816.

7- PROYECTO DE REFORMA LEGISLATIVA 2012

Dentro de las importantes modificaciones que realiza el proyecto, se puede visualizar la eliminación de la figura de la nuera viuda sin hijos, prevista en nuestro Código Civil.

Entre los fundamentos de su derogación, el proyecto señala que se suprima el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos debido a los constantes ataques de su constitucionalidad al distinguir según sea hombre o mujer, altera los principios del derecho sucesorio y ocasiona un sinnúmero de dificultades interpretativas, especialmente después de la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo.

8- JURISPRUDENCIA SOBRE EL DERECHO DEL YERNO VIUDO

Se presenta ante el Juzgado Civil y Comercial N° 27 de la ciudad de Córdoba una mujer, manifestando ser la única y universal heredera de su madre. El yerno de la causante fallecida se opone, alegando que tenía otra hija pre-fallecida, e invocando su derecho mediante un planteo de inconstitucionalidad del art. 3576 bis del Código Civil.

Se utiliza como fundamento del incidente planteado, que dicha disposición viola los derechos constitucionales de igualdad y propiedad, consagrados en los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales que gozan de su mismo rango.

En el proceso sucesorio se publicaron edictos, y se fijó una audiencia a la que nadie concurrió, ya que la actora en ningún momento se opuso al derecho de su cuñado.

Asimismo, el Ministerio Público Fiscal avala la incidencia, citando doctrina al respecto. Finalmente, se resolvió que el yerno gozaba de derechos sucesorios, ya que el artículo en cuestión violaba la igualdad, discriminando al hombre por el sólo hecho de ser tal, es decir, por razones de sexo. Sin embargo, se dejó constancia de que no pudo probarse que se violara la propiedad, ya que no existía un dominio actual, que es el que protege la Constitución Nacional, sino futuro, que le hubiera correspondido a la esposa si viviera.

La sentencia hizo lugar al planteo incidental y declaró la inconstitucionalidad de art. 3576 bis del Código Civil por discriminación arbitraria en razón del sexo, declarando en consecuencia que el hombre y la mujer tienen iguales derechos en la sucesión de sus suegros. De esta manera, el yerno viudo sin hijos recibió la cuarta parte de lo que podría haber recibido su mujer si estuviera viva, es decir, $1/5$ del total del acervo hereditario.

CAPITULO V

FRAUDE A LA LEGÍTIMA

Como sabemos, La FAMILIA, ha sido objeto de protección desde las distintas ramas del derecho. Dentro del derecho sucesorio, la legítima, fue pensada como una defensa de la familia creando, herederos forzosos destinados a recibir los bienes del causante, sin que la voluntad de este ultimo pueda sobreponerse al mandato de la ley. Es por ello que coincidimos con la Dra. Heluani (1998:33) quien considera lógica la actuación del legitimario contra el deseo del causante plasmado en un acto fraudulento.

Estos actos pueden ser de dos tipos: *actos simulados* y *actos reales* efectuados con un fin fraudulento. En ambos casos el legitimario aparece habilitado para actuar contra dichos actos Heluani (1998:33/36).

- ACTOS SIMULADOS

La simulación es el medio más utilizado para violar los derechos de la legítima. Aquí procede la acción de simulación y también la acción de reducción (o ambas en conjunto). La simulación puede ser de dos tipos:

Absoluta: cuando se celebra un acto que nada tiene de real, pues implica una pura apariencia vacía de sustancia. La declaración judicial de la simulación importa la inexistencia del acto.

Relativa: cuando el acto aparente esconde a otro real, distinto de aquel. El caso mas importante es aquel negocio que encubre una donación. Por ejemplo: un padre simula la venta de un inmueble a un hijo, cuando en realidad lo está donando con el fin de eludir la legítima de otro hijo.

- ACTOS REALES

Se trata de aquellos efectuados con la intención de privar de su derecho a los legitimarios, o disminuirlo. En estos casos procede la acción de revocatoria, para la cual - dice Pérez Lasala (1981:43) - resulta necesario que procedan las siguientes condiciones:

- Que el deudor se halle en estado de insolvencia
- Que el acto del deudor perjudique a los acreedores
- Que el crédito contra el que se plantea la acción sea de una fecha anterior al acto del deudor.

Creemos que la existencia de legítimas tan altas que avasallan la libertad del individuo, ha llevado a que las normas del derecho sucesorio se vean desplazadas por los llamados “Negocios Jurídicos Familiares”, como son: contratos de donación, constitución de sociedades, fideicomisos, entre otros. Estos en afán de lograr una aparente igualdad entre herederos, han terminado en muchos casos perjudicando a verdaderos legitimarios.

1- SOCIEDADES DE FAMILIA

Podemos encontrar distintas situaciones en las cuales a través de la constitución de sociedades, se intenta violar a la porción legítima:

1.1- Sociedades simuladas

- *Constituidas en fraude a uno o a todos los herederos:* el fraude a la ley consiste en hacer que una norma jurídica opere con el fin de eludir o evitar la aplicación de otra. En este caso concreto podríamos mencionar que hay fraude mediante la creación de una sociedad al solo efecto de cambiar el estatuto legal de transmisión de los bienes en caso de muerte, aplicando el estatuto societario en lugar del régimen sucesorio.
- *Constituidas con aportes reales pero con fines extrasocietarios:* es el caso de una sociedad constituida conforme a la ley, con aportes reales, autorizada para funcionar, etc. Pero sus fines

son distintos a los de una sociedad comercial, poseyendo como fin oculto, alterar las normas de derecho sucesorio.

La jurisprudencia registra un caso "Candiani Mayol de Cooke Rosa c/Cooke, Guillermo y otros". Aquí la señora Josefina E. Mayol Woodgate Vignat de Guerola y una hija, Rosa Candiani Mayol de Cooke, esta última casada y separada se encontraba distanciada de su madre. La sociedad fue creada con el propósito de burlar la legítima y de beneficiar al yerno y a la hermana de la causante, en perjuicio de su única heredera legítima, su hija. La sociedad como tal no existía y su único objeto social que era la explotación de un campo, no se cumplía porque este se encontraba alquilado. Por ello la Cámara Nacional Civil de la Capital, sala B, hizo lugar a la pretensión de la actora en orden a que se le encargara el campo y estableció además la responsabilidad personal de Guillermo Cooke y de Rosa Albertina Mayol de Woodgate Heluani (2002:22/32).

1.2- Sociedades reales

- *Constituidas con aportes simulados de los hijos que representan donaciones encubiertas:* es el caso de una sociedad constituida totalmente con aportes del padre, simulando ser aportados por los hijos. Se trataría de una donación encubierta por el padre a los hijos.

En el caso " Mangosio Victorio, Suc (Inc. de colación y reducción de donación por Mangosio, Doris H.), considera el Tribunal interviniente que se llevó a cabo un artilugio técnico societario para traspasar el patrimonio societario a una de las hijas del causante en desmedro de los derechos sucesorios de la otra. Se utilizó la personalidad societaria para ocultar una donación, y esa simulación constituye un acto ilícito. La Cámara considera que el fundamento legal para aplicar la teoría del disregard of the legal entity es el ap.2 del art. 54 de la L.S., tendencia adoptada internacionalmente.

Si bien en el fallo comentado la actuación social del ente resulta lícita - la sociedad es auténtica, sus aportes son reales y al momento de constituirse no se habían fraguado los aportes o sus valores- se discute "la licitud del fin del acto ejecutado dentro de los límites de la licitud genérica del objeto social". En el caso en análisis se trata de la violación de la legítima mediante la licuación y traspaso del capital social. Así sentencia la Cámara:

a) Hubo donación del padre a la hija mediante una simulación prohibida y por lo tanto el monto íntegro de la donación debe colacionarse.

b) Rechaza la acción contra el marido de la hija pero le impone en conjunto con los restantes demandados, las costas del proceso, porque la maniobra a favor de la hija no pudo realizarse sin intervención y conocimiento del mismo².

- *Sociedad que funciona como tal pero excluye a alguno de los herederos, podemos encontrar distintas alternativas:*

- Con **ánimo de defraudar**, el causante constituye la sociedad dejando de lado a alguno de sus legitimarios. Este, a la muerte de su progenitor, puede atacar a la sociedad por la acción de fraude a la ley, ya que esta le sería inoponible hasta el importe de su porción legítima.

Una sentencia de la Cámara Nacional Comercial, sala A en la cual se juzgó un caso de sociedad en comandita por acciones constituida por el padre, el cónyuge y los demás hijos, incorporando a ella la casi totalidad de los bienes, excluyendo de la sociedad a los nietos de un hijo premuerto, herederos legitimarios por derecho de representación. Aquí la sociedad es inoponible y puede solicitarse la restitución de los bienes en especie.

- **Sin intención** alguna de perjudicar a algún heredero, el padre constituye la sociedad. Puede suceder que el excluido, al momento de la constitución de la sociedad, no hubiera nacido aun o estuviere fuera del país. En este caso, el heredero perjudicado, podrá alegar la inoponibilidad de la sociedad.

- **Por autoexclusión**. La sociedad es constituida realmente por el causante y sus hijos, donde uno de ellos decide no participar. No obstante a la muerte del padre, este hijo puede pedir la inoponibilidad de la sociedad.

Un ejemplo que puede tomarse es un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Concepción del Uruguay, en el caso conocido como “Morrogh Bernard”, en donde hizo lugar a la acción inoponibilidad de la sociedad presentada por uno de los herederos excluido. Pero en este caso no se considera que el padre haya violado la porción legítima de su hijo, ya que este último

² MANGOSIO, Victorio. *“Suc. Inc.de colación y reducción de donación por Mangosio, Doris H”*., C.Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala I, 21/10/1993.

*fue invitado a participar de la sociedad. Es un caso de ineficiencia del pacto en el art. 3311 y ss. del Código Civil*³.

En todos los casos en que realmente existe sociedad, se debe velar por la continuidad del giro comercial. Si bien los legitimarios deben quedar satisfechos en sus derechos sucesorios, estos deben fundarse en un interés legítimo y no en forma abusiva.

2- DONACIONES

Según el Código Civil, habrá donación cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

La porción legítima de los herederos forzosos se encuentra garantizada contra las donaciones excesivas efectuadas por el causante. Cuando las donaciones exceden la porción disponible se dicen que son en principio "inoficiosas". No obstante ello por más inoficiosas que sean la donaciones, no serán reducidas mientras se pueda cubrir la legítima.

Según Pérez Lasala (19814:52) encontramos dos clases de *donaciones*:

- **Donaciones hechas a terceros:** Esta clase de donaciones es precisamente la que tiene mayor importancia, pues las que se efectúan a favor de los herederos son regidas por el procedimiento de **la colación**. La redacción del Código, con respecto a la inclusión de estas para el cómputo de la masa, es defectuosa, ya que el artículo 3593 sólo incluye a las que deben colacionarse y no a los bienes donados a extraños.
- **Donaciones hechas a legitimarios:** Distinguiremos dos situaciones, según que la inclusión la reclame otro legitimario o algún legatario o donatario.
 - a) Reclama su cómputo otro legitimario: No plantea dificultades, ya que siempre se las toma en cuenta. Rigen los principios de la colación.

³ MANGOSIO, Victorio, "Suc. Inc.de colación y reducción de donación por Mangosio, Doris H.", C.Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala I, 21/10/1993.

- b) Reclama su cómputo un legatario o donatario: En este supuesto la situación es más difícil de resolver. Se plantea, por ejemplo, cuando una persona cuya fortuna era de \$ 1.000.000 fallece dejando \$ 600.000, habiendo donado en vida a uno de sus hijos legítimos \$ 400.000; en su testamento legó a un extraño \$ 200.000. Cabe preguntarse entonces si la masa será de \$ 1.000.000 ó de \$ 600.000. El legatario tendrá interés que sea la primera y no la segunda, pues de acuerdo con la solución que se adopte recibirá los \$ 200.000 ó sólo \$ 120.000. r distinciones.

Es común, dentro de las relaciones familiares, encontrar situaciones donde a través de actos gratuitos se anticipa a los hijos bienes que por derecho le corresponderán a la muerte de sus progenitores, pero reservándose el usufructo de los mismos.

Es en estos casos en donde se pueden producir conflictos de intereses:

- cuando el usufructo excede las necesidades de los padres, por ejemplo una vivienda colmada de habitaciones o la considerable extensión de un campo fértil.
- cuando el nudo propietario, a la muerte del co-usufruario donante, pretenda obtener la plena propiedad de la cosa fructuaria, atacando por nulidad absoluta el usufructo del cónyuge supérstite.

3- FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

En la sucesión del fiduciante el fideicomiso puede ser atacado por lo herederos legitimarios cuando supere la porción de libre disposición del causante fiduciante. Es por ello que el fideicomiso testamentario, cuando existen herederos forzosos, solo sería factible en la parte de libre disposición, para no colisionar con la legítima, como así menciona la Dra. Heluani (1988:37).

Es decir que a un heredero forzoso no se le puede obligar a recibir una propiedad fiduciaria, porque ello implicaría someter su legítima a una condición o a una carga que se encuentra prohibida por la ley en el Art. 3598 del Código Civil que dice:

“El testador no podrá imponer gravámenes ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere se tendrán por no escrita.”

Mientras exista un sistema de legítimas tan alto en nuestro código civil, la utilidad del fideicomiso por testamento será de muy escaso valor. Aceptamos la postura de la Dra. Medina⁴, quien considera más conveniente la constitución de fideicomiso por contrato, porque a la muerte del constituyente, los herederos deberán esperar que finalice el plazo fijado en el contrato para recibir la propiedad de la cosa.

Distinto sería el caso, si entre los herederos forzosos existe un incapaz, a quien el testador intente proteger, o incluso que esa protección se le quiera asegurar a toda la familia. Esto mismo ha sido planteado en el proyecto de unificación del código civil, en donde se permite la constitución de fideicomiso testamentario sobre el patrimonio del causante en caso de herederos forzosos incapaces.

⁴ MEDINA, Graciela. (1995). “Fideicomiso testamentario. ¿Cómo evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?”. Recuperado en:

<http://www.legalmendoza.com/foro/?PostBackAction=Download...31>

CAPITULO VI

La Legítima en los proyectos de reforma

Del estudio comparativo de nuestra legislación con la que rige en otros países, surge que la Argentina, es la que concede en términos más extensos el derecho a la legítima. Debido a ello es que se han presentado en el Congreso Nacional diversos proyectos tendientes a modificar este sistema. Unos se han encaminado a suprimir lisa y llanamente la legítima, para implantar la libertad de testar. Otros se han dirigido a reducir el monto de las porciones.

1- PROYECTOS QUE PLANTEAN LA LIBERTAD DE TESTAR

a) El diputado Carlos Carlés del 31 de julio de 1912 proponiendo como nuevo texto del artículo 3606 el siguiente:

"Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla goza de absoluta libertad para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de heredero o bajo el título de legados o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad, sin que esté obligado a respetar porción legítima alguna a herederos forzosos"⁵.

b) El diputado Ezequiel S. Olazo del 20 de setiembre de 1922, que recomendaba la modificación del artículo 3606, por la siguiente:

⁵ Artículo 3606 del Código civil: "Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, con arreglo a las disposiciones de este Código, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquiera otra denominación, propia para expresar su voluntad".

"Toda persona capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, sea bajo el título de legados o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad. La libertad de testar es absoluta".

c) Los diputados Bergalli, Bard, Rodríguez, González Zimmermann, Mihura, Antille, Ingaramo, Vázquez, Zavala y Peyrotti, del 13 de setiembre de 1928, propiciando la modificación de los artículos 3591 y 3606 de la siguiente forma:

"Artículo 19: Modifícase el artículo 3591 del Código civil en la siguiente forma: La legítima de los herederos consanguíneos, como la de los colaterales, es tan solo un derecho relativo de sucesión a la herencia de que no haya dispuesto el testador, pues éste puede disponer libre y ampliamente de su patrimonio: y siendo que no lo hiciera sino de una parte, el remanente de sus bienes, a su fallecimiento, pasara a sus parientes, de acuerdo y conforme a las disposiciones del Código civil".

"Artículo 2º: Modifícase el artículo 3606 del mismo Código de la manera siguiente: La libertad de testar es absoluta. Toda persona capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento bajo cualquier denominación que determine expresamente su última voluntad".

Todos estos proyectos presentan una falla fundamental idéntica, al no considerar la necesidad de la prestación de alimentos a favor de los que pasarían a ser ex legitimarios, al momento de producirse el deceso del causante. Y se presentaría la paradoja de que en tanto los hijos naturales —ahora extramatrimoniales— gozarían de ese derecho por el artículo 331, párrafo 2, del Código civil; no se hallarían protegidos los descendientes y ascendientes legítimos ni el cónyuge⁶.

2- PROYECTOS A FAVOR DE REDUCIR LAS PORCIONES LEGÍTIMAS

a) El del diputado Avelino Rolón del 30 de setiembre de 1915 que propuso:

"Redúcese en una tercera parte la porción legítima de los herederos forzosos que fija el Código civil".

⁶ Conforme: Molinario, op. cit. Capítulo IV, en L.L., t. 90, pág. 922.

b) El del diputado Herminio J. Quirós del 19 de julio de 1922, en el que se equiparaban todos los hijos legítimos, naturales, adulterinos e incestuosos. En el artículo 39 del proyecto se establecía:

"La porción legítima de los hijos será la mitad de la masa de los bienes, concurriendo a la división por cabeza y observándose el derecho de representación. Con la otra mitad podrá (el testador) mejorar a cualquiera de ellos o hacer legados a terceros". En el artículo 9º disponía: "La porción legítima de los ascendientes es de un tercio de los bienes".

3. PRINCIPALES REFORMAS INTEGRALES DEL CÓDIGO CIVIL

En nuestro país, todos los intentos de sustitución total del código, han fracasado. A continuación presentamos las principales características de ellos:

- Anteproyecto de Bibiloni: El 2 de Julio de 1926, el Poder Ejecutivo Nacional creó mediante el decreto 12.542/1926, ampliado por el 13.156/1926 una Comisión con el cometido de proyectar una reforma general del Código Civil.

Al Dr. Juan A. Bibiloni, se le encargó la redacción del anteproyecto sobre el que más tarde trabajaría aquella. El anteproyecto le llevó seis años de dura labor, y al igual que con el proyecto de Dalmacio Vélez Sársfield, se fueron publicando diversos libros a medida que el trabajo avanzaba. Recoge en alguna medida aportaciones de la ciencia jurídica alemana. Conserva gran parte de las disposiciones del código de Vélez aún con las mismas formas gramaticales originarias. Siguiendo el ejemplo de Vélez, Bibiloni puso notas explicativas al pie de muchas de las disposiciones. Se le ha criticado al anteproyecto de Bibiloni el hecho de haberle restado atención a las elaboraciones de la jurisprudencia nacional.

- Proyecto de 1936: Bibiloni falleció poco después de entregar su trabajo. La Comisión reformadora juzgó que era necesaria una revisión general del Anteproyecto y elaboró un proyecto que tuvo grandes diferencias con aquel. Para lograr la unidad en la sintaxis, se encargó a los Dres. Hector Lafaille y Gastón Federico Tobal la redacción definitiva, que en ocasiones se apartaron de lo decidido por la comisión. Lograron terminar el proyecto en 1936. El 1º de Octubre de 1936, el Poder Ejecutivo elevó el Proyecto al Congreso Nacional, en donde nunca fue considerado.

A pesar de sus innegables méritos científicos y técnicos, el Proyecto de 1936 fue recibido con frialdad, suscitando escasos y no muy entusiastas comentarios doctrinales. El Proyecto está precedido de un informe acerca los diversos títulos y las innovaciones introducidas. Tiene como mérito el hecho de estar constituido por un número de artículos relativamente breve (2144 artículos).

El proyecto contaba con una Parte General, en el que trata de las personas, los hechos, las cosas, el ejercicio de los derechos y la prescripción; y cuatro libros en los que trata de la familia, las obligaciones y sus fuentes, los derechos reales y la sucesión, y por último cuenta con una ley de registros.

Tanto el anteproyecto de reformas del Código civil de Juan Antonio Bibiloni, como el proyecto de la Comisión de Reformas del Código civil de 1936, han mantenido el régimen de la legítima con su cuota única invariable, aunque redujeron su máximo de los cuatro quintos a los dos tercios, siguiendo la tendencia de la legislación comparada contemporánea.

Ambos definen a la legítima. Bibiloni, en el artículo 3161:

*"La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada parte de la herencia de que no puede disponer el causante. Puede hacerlo libremente la restante"*⁷

La Comisión, en el artículo 2009:

*"La legítima es un derecho de sucesión a determinada parte de los bienes..."*⁸

Respecto a la naturaleza de la legítima y las divergencias suscitadas por el artículo 3354 del Código civil, Bibiloni mantiene ese artículo bajo la numeración del 2929 de su anteproyecto, pero explica que si el heredero forzoso renuncia lisa y llanamente a la herencia, con ella envuelve el abandono de la legítima por medio de la vía de acción, pero ello no obsta a que por el ejercicio de la vía de excepción retenga el derecho a la legítima. En cambio la Comisión suprimió el artículo 3354. Sobre la inviolabilidad de la legítima.

Bibiloni produce grandes reformas al disponer en su artículo 3165 que al 3598 del Código civil se le agregara en párrafo separado:

⁷ Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, t.III, Edición Gmo. Kraft Ltda. , Buenos Aires, 1940.

⁸ Reforma del Código Civil, Antecedentes y presentación del Código Civil, Informe, Proyecto de Código Civil, t. II, Edición Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1936.

"Puede sin embargo disponer que el cónyuge sobreviviente tendrá la administración libre de los bienes que correspondan a los descendientes comunes de ambos esposos, con cargo de entregarles las rentas líquidas que produzcan, en caso de ser los beneficiarios mayores de edad o emancipados. La administración terminará con la vida del esposo supérstite o por la celebración de nuevas nupcias. Se le aplicarán las disposiciones que rigen la administración paterna de los bienes de menores si los interesados no acordasen cosa distinta o no la hubiese dispuesto el testador. Los herederos, en tal caso, no pueden enajenar ni afectar los bienes sometidos a esa administración. Sus acreedores no pueden embargarlos, salvo en cuanto a las rentas líquidas".

Además establece en el artículo 3166:

"Puede también disponer el testador que cualquiera de sus herederos forzosos no enajenará ni afectará los bienes hereditarios por un término que no excederá de diez años. Los acreedores, en tal caso, no podrán embargarlos, salvo en las rentas netas que produjeran. En éste y en el del artículo anterior se aplicará lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 6, artículo 1033, de este proyecto"⁹.

Sobre la porción disponible y la mejora, Bibiloni en el artículo 3176 y la Comisión en el art. 2015 establecen disposiciones similares al art. 3605 del Código civil.

- Anteproyecto de 1954: Fue preparado entre 1950 y 1954 por el Instituto de Derecho Civil dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación (oficina hoy extinguida). Su redacción fue realizada por el Dr. J. J. Llambias, que contó con la colaboración de Roberto Ponssa, Jorge Mazzinghi, Jorge Bargalló Cirio y Ricardo Alberdi. El Anteproyecto está constituido por 1.839 artículos, una cantidad exigua en relación al Código Civil vigente y a los proyectos anteriores. Esta síntesis pudo lograrse al omitir la reiteración de los principios generales y disponiendo en el tratamiento de las instituciones particulares sólo las variantes a esos principios. Utiliza un lenguaje sencillo y de conceptos precisos. Las fuentes principales del Anteproyecto son el Anteproyecto de Bibiloni, el

⁹ OVSEJEVICH, Luis. (1963). "Legítima". Pág. 36/37. Recuperado en:

<http://www.fundacionkonex.com.ar/ckfinder/userfiles/files/LEGITIMA%20-%20Dr%20Luis%20Ovsejevich.pdf>
[Abril 2013]

Proyecto de 1936, el Código italiano de 1942, el Código venezolano de 1942, el Código peruano de 1936, el Proyecto franco-italiano de las obligaciones de 1927 y el Código suizo de 1912.

Se ha reunido en el primer libro las materias relativas a la Parte General; el segundo trata de la familia; el tercero, de la herencia; el cuarto, de las obligaciones y contratos; y el quinto, de los derechos reales e intelectuales. El proyecto está acompañado de un volumen de concordancia y notas y de otro sobre fuentes.

Al producirse la Revolución Libertadora, este proyecto no pudo tener tratamiento legislativo. Además, permaneció inédito durante muchos años hasta ser editado por la Universidad Nacional de Tucumán en 1968.

Llambías con respecto a la legítima siguió el modelo francés que establece legítimas móviles de acuerdo a la cantidad de hijos del causante. La legítima era de la mitad si existía un solo descendiente, de dos tercios si se dejaba dos o tres descendientes y de un cuarto en el caso de un mayor número de ellos.

- Ley 17.711: A fines de 1966 la Secretaría de Estado de Justicia designó una Comisión con Borda (cumplía además la función de Ministro del Interior) a la cabeza para estudiar la reforma del Código Civil. La primera cuestión que se abordó fue si la reforma debía ser integral o parcial. Finalmente se consideró preferible mantener la vieja estructura del Código. La ley 17.711 fue sancionada el 22 de Abril de 1968 y entró en vigencia el 1º de Julio de ese mismo año. Reformó acerca de 200 artículos (un 5% del Código Civil). A pesar de ser una reforma parcial es sumamente importante y trascendental. Entre las principales reformas introducidas encontramos:
 - El abuso del derecho (art. 1071)
 - El vicio de lesión (art. 954)
 - El principio de buena fe como regla de interpretación de los contratos (art. 1198)
 - La reparación amplia del daño moral en la responsabilidad civil contractual (art. 522) y extracontractual (art. 1078)
 - La inscripción registral como forma de publicidad para la transmisión de derechos reales sobre inmuebles (art. 2505)
 - La protección del adquirente con boleto de compraventa (art. 1185 bis y 2355)
 - El divorcio (separación personal) por presentación conjunta (art. 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil)

- Modificación del orden sucesorio (arts. 3569 bis, 3571, 3573, 3576, 3576 bis, 3581, 3585, 3586)

En su momento la ley 17.711 recibió duras críticas pero con el tiempo “ha demostrado que significó un notable avance de nuestra legislación civil.

- Proyecto de Unificación Civil y Comercial: En el año 1986 la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados designó una comisión de “unificación de la legislación civil y comercial”, tal cual era la corriente mundial.

En este proyecto de Unificación Civil y Comercial se profundizaban los principios que desde la óptica de la autonomía privada y los negocios jurídicos tendían a proteger al consumidor, como parte débil, frente a la empresa.

En 1987 se elevó el proyecto con notas explicativas al comienzo del mismo, en las que se comentan brevemente las principales reformas propiciadas. El proyecto fue rápidamente tratado y obtuvo sanción de la Cámara de Diputados. Pasado a la Cámara de Senadores, ésta dispuso su revisión por una Comisión. Esa Comisión propició numerosas modificaciones al texto aprobado por la Cámara de Diputados. Durante varios años el Proyecto quedó archivado sin que se llegara a un dictamen definitivo. Durante estos años el gobierno cambió de radical a peronista y cuando en 1991 el Senado sancionó ese proyecto como ley, ella fue vetada por el Poder Ejecutivo Nacional por entender que contrariaba su nueva política económica, especialmente la ley de convertibilidad, dictada en Abril de ese mismo año.

El Proyecto desató un debate intenso entre los juristas más prestigiosos y recibió tanto críticas como elogios. Sin embargo, Rivera asegura que el proyecto es una obra de alto mérito, pues propicia la unificación generalmente querida, y a la vez actualiza notablemente la legislación vigente.

- Reforma de 1998: En 1998 el Ministerio de Justicia de la Nación recibió un nuevo proyecto de unificación del Código Civil y del Código Comercial. El proyecto adopta la técnica de incluir partes generales, de emplear definiciones, de respetar la concisión y la pulcritud lingüística. Está constituido por 2532 artículos que contienen a los dos códigos actuales.

La Cámara de Diputados decidió tramitarlo por intermedio de su Comisión de Legislación General, e invitar al Senado a participar en ella para realizar un análisis conjunto. El presidente de dicha Comisión consideró útil conocer la opinión de otros expertos que no participaron en la elaboración de este proyecto, y que en los temas en los que hay intensos debates sociales era necesario convocar a

audiencias públicas para conocer el pensamiento mayoritario de la sociedad. A continuación citamos algunos de los aspectos de la modernización integral que se propuso llevar a cabo el Proyecto:

- Trasegar a la ley civil los imperativos de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.
- Reconocer que hay vida humana desde la concepción, aunque no se produzca en el seno materno.
- Respetar cabalmente los derechos a la vida, al honor, a la dignidad personal, y a una muerte también digna.
- Eliminar perfiles discriminatorios contra la mujer, como en el caso del apellido de la mujer casada.
- Afirmar los derechos de los jóvenes.
- Ofrecer un régimen alternativo de administración separada para los bienes de los cónyuges.
- Eliminar discriminaciones tales como la incapacidad de los religiosos profesos y la del sordomudo que no puede darse a entender por escrito.

▪ Actualmente Proyecto de Reforma de 2012:

El 23 de febrero de 2011, mediante el Decreto Presidencial 191/2011, se constituyó la "Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", destinada a realizar la codificación que profundice la igualdad de derechos consagrados en los últimos años mediante normas como la del matrimonio igualitario (Ley N° 26.618) o la de Identidad de Género (Ley N° 26.743)

La comisión fue integrada por el Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Ricardo Lorenzetti, la Vicepresidente de ese cuerpo (Elena Highton de Nolasco) y la ex miembro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci.

En el libro quinto se trata sobre la transmisión de derechos por causa de muerte, el texto propuesto está redactado sobre la base del proyecto de 1998:

- Incluye entre las personas que pueden suceder a las nacidas vía reproducción humana asistida post mortem que, de modo excepcional, acepta el anteproyecto en materia de filiación.
- Se prevé que los herederos designados en el testamento aprobado o en la declaratoria tienen la libre disposición de los bienes de la herencia, pero que a los fines de la transferencia de los bienes

registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos, a los fines del cumplimiento del tracto abreviado previsto en la legislación registral.

- Se regula el derecho de habitación viudal en términos más amplios que los del artículo 3573 bis del Código Civil vigente.
- Se innova respecto de la adopción simple desde que el descendiente adoptivo es tratado como cualquier descendiente, cualquiera sea el origen de la filiación. La distinción entre adopción simple y plena se reserva para la sucesión de los ascendientes.
- Se mantiene la distinción de bienes propios y bienes gananciales cuando el cónyuge concurre con los descendientes, por considerar que la solución del código civil tiene fuerte arraigo social y debe ser mantenida.
- Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda porque, además de los ataques a su constitucionalidad al distinguir según sea hombre o mujer, altera los principios del derecho sucesorio y ocasiona un sin número de dificultades interpretativas, especialmente, después de la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo.
- Se modifica la figura del matrimonio in extremis, muy analizada por la doctrina, para ajustarlo a los criterio más difundidos.
- Las reglas sobre sucesión de los colaterales son ratificadas, con pequeñas variantes.
- El anteproyecto disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción; responde, de este modo, a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante.
- Se amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país.
- No se prevén inhabilidades especiales para cada forma testamentaria
- Se admite la validez del testamento otorgado por quien ha sido declarado judicialmente incapaz pero tiene discernimiento en el acto de testar, sea por 277 remisión transitoria de su enfermedad, sea por curación de ella sin haber sido aún rehabilitado.
- Se suprime la forma testamentaria denominada “testamento cerrado”.

CONCLUSIONES

Si bien entendemos que se torna excesivo y meramente subjetivo dejar a la voluntad absoluta del testador cómo disponer de su patrimonio, no podemos dejar de reconocer que en nuestra sociedad existe una idea aferrada a la sucesión de los bienes en la familia con un contenido afectivo e igualitario.

Insistimos en que la legítima protege al núcleo de la familia, sin embargo consideramos que la misma debe ser reducida o en su caso eliminada. Por ello es que proponemos:

Primera postura: Coincidimos con las ideas consideradas por la comisión redactora del proyecto 685/95, que en su artículo 2395, dispone: *“La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio...”*.

Como puede apreciarse, el legislador disminuyó notablemente las legítimas que Vélez Sarsfield considerara con respecto a los descendientes y ascendientes, sin modificar la que corresponde al cónyuge. La Comisión reformadora no discutió el tema de la legítima del cónyuge, ya que fue motivo de discusión cuando se trató el carácter de legitimario del cónyuge, introducido por la ley 17.711 de 1968.

Con respecto a la situación de los descendientes y ascendientes, la posibilidad de disminuirlas implica una mayor libertad y definitiva disposición del futuro causante.

Actualmente es la misma postura adoptada por el proyecto de reforma legislativa 2012.

Segunda postura: Dejar librado a la voluntad del testador, la disposición de su patrimonio, respetando – como en otras legislaciones – el derecho de alimentos en caso de existencia de menores y agregando la continuidad de la casa habitación, al menos hasta la mayoría de edad de estos.

No obstante en caso de que el causante no tenga un testamento redactado al momento de su muerte, automáticamente debería hacerse cargo la ley a través de las porciones legítimas. Todo esto porque aceptamos la idea del codificador, cuando considera que la ley suple la voluntad del testador, como si fuera el mismo el que dispusiera.

Tercera Postura: También proponemos la posibilidad de que los bienes propios del causante sean de libre disposición, de manera tal que si se mantiene el régimen de legítimas, solo el 50% de los bienes gananciales formen la masa sucesoria. Esto permitiría erradicar los tratos prenupciales en los cuales se intenta asegurar las riquezas adquiridas antes del matrimonio, en caso de posible divorcio.

El límite a esta solución sería aquellos bienes propios que son indispensables para la subsistencia de los menores, en caso de que estos existan.

Respecto al caso de la Nuera Viuda sin hijos, planteamos dos opciones:

1° opción: No estamos de acuerdo con la eliminación de dicha figura como plantea el actual proyecto de reforma legislativa 2012, con la excusa de las tachaduras que el artículo obtuvo como inconstitucional, pues si bien en la actualidad la mujer puede sustentarse y tiene la misma equiparación social que el hombre, no todas gozan de esa posibilidad. También existen mujeres que trabajan como amas de casa que se ven debilitadas al no contar con una manutención que le proporcione su marido. Es por ello que consideramos que en lugar de eliminar a la nuera viuda sin hijos, se incorpore en el proyecto de reforma a la figura del VIUDO, haciendo referencia a ambos sexos, como en el proyecto de ley de 1993.

2° opción: Contraria a la anterior postura, coincidimos con muchos distinguidos doctrinarios, a su turno, que recomendaban la derogación puntual del art. 3576 bis y reemplazarlo mediante la implementación de un régimen alimentario que aproveche o englobe, no tan solo a la nuera viuda, sino también a todos los parientes afines alcanzados por el art. 368 del Código Civil y herederos de los mismos para el supuesto en que estos se encontraran regularmente imposibilitados de obtener, tales ingestas con su trabajo

BIBLIOGRAFIA

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Argentina: Ed. Olimpia (1994).

CÓDIGO CIVIL, Argentina: Ed. Zavallía, (2003).

ALPIZAR ROJAS, María del Pilar (2010). “Análisis del Artículo 595 de Código Civil, a la luz de la jurisprudencia costarricense: ¿Una verdadera limitación a la libertad de testar?”. Recuperado de: <http://www.ijj.ucr.ac.cr/download/file/425> [Abril 2013]

AZPIRI, Jorge O. (1991). “Manual de derecho sucesorio”. Buenos Aires: Hammurabi

BORDA, Guillermo A. (1988). “Manual de Sucesiones”. Buenos Aires: Perrot

CASTÁN TOBEÑAS, José (1977). “Derecho Civil Español, común y foral”. Madrid: Ed. Reus

CATAPANO, Ricardo (1980). “Defensa de la Legítima”. En Serie Cuadernos, Sección Derecho N°26, F.C.E. UNCuyo

CORDOBA GANDINI J. (2011). “Tratamiento de Legítima”. Recuperado de: <http://jornadanotarialnovel.com/jornadas/temario-y-pautas/tema-uno> [Diciembre 2012]

FASSI, Santiago C. (1972). “Los testamentos ológrafos y las cartas masivas”. Buenos Aires: LL

FERNANDEZ –HIERRO, María y FERNANDEZ – HIERRO, Marta (2010). “Panorama Legislativo actual de la libertad de testar”. Bilbao: Boletín JADO.

GOYENA COPELLO, Héctor R. (1974). “Tratado del derecho de sucesión”. Buenos Aires: La Ley

HELUANI, María M. (1988). “Negocios jurídicos familiares e intangibilidad de la legítima”. Publicado en la Facultad de Ciencias Económicas de la U.N.C. para las Jornadas de Ciencias Económicas 1998 y en el Libro de Ponencias del X Congreso internacional de Derecho de Familia.

HELUANI, María Margarita (2002) “Sociedades de familia y la Legítima”, Seminario FCE-UNCuyo

IGLESIAS, Juan. (1953). “DERECHO ROMANO: Instituciones del derecho romano”. Barcelona: Ed. Ariel. Vol. 1

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. (1969). “Derecho de las Sucesiones”. Buenos Aires: Editorial Depalma

LLOVERAS, Nora; MONJO, Sebastián y EPPSTEIN, Constanza (2010). “El usufructo constituido en vida ¿vulnera la legítima? Una intersección a resolver”. Recuperado en: <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNew.asp?cod=6923&tipo=2> [Diciembre 2012]

LLOVERAS, Nora, ORLANDI, Olga y KOWALENKO, Andrea S. (2011). "La indivisión hereditaria y la legítima". Recuperado en:

<http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C7/C7-012.pdf>. [Diciembre 2012]

MAFFÍA Jorge O. (1987). "Manual de Derecho Sucesorio". Buenos Aires: Ed. Depalma. Tomo II, 3ra. Edición Actualizada

MANGOSIO, Victorio. "Suc. Inc.de colación y reducción de donación por Mangosio, Doris H.", C.Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala I, 21/10/1993.

MEDINA, Graciela. (1995). "Fideicomiso testamentario". ¿Cómo evitar el fraude a la legítima, a los acreedores y a las incapacidades para suceder?". Recuperado en:

<http://www.legalmendoza.com/forum/?PostBackAction=Download...31> [Abril 2013]

MEDINA, Graciela, (1996) "Nulidad del Testamento". Recuperado en:

<http://www.gracielamedina.com> [Abril 2013]

MEDINA, Graciela (2011). "Del derecho de Representación". Recuperado en:

<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/codigo/sucesiones-intestadas/0000023549.pdf>.

[Abril 2013]

MOURELLE, Cristina; PADULA Marcelo y otros (2008). "La Legítima y la porción hereditaria". Recuperado en:

<http://www.escribaniapadula.com.ar/pag/legiher.html> [Diciembre 2012]

NASISI, Jorge A.; "Nociones generales de procedimiento e introducción al derecho sucesorio", en Serie Cuadernos, Sección Derecho N°60, F.C.E. UNCuyo, 2004.

OVSEJEVICH, Luis. (1963). "Legítima", consultado el 23 de abril del 2013, en:

<http://www.fundacionkonex.org/ckfinder/userfiles/files/LEGITIMA%20-%20Dr%20Luis%20Ovsejevich.pdf>

PARRA, María Ángeles (2013). "Legítima, libertad de testar y transmisión de un patrimonio". Recuperado en: http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7529/1/AD_13_art_24.pdf. [Abril 2013]

PÉREZ LASALA, José Luis (1981). "Derecho de sucesiones". Buenos Aires: Depalma

PETIT, Eugene (1954). "Tratado elemental de Derecho Romano", Buenos Aires: Ed. Albatros

PLANITZ, Hans (1957). "Principios del derecho germánico privado". Barcelona: Ed. Ariel

Reforma del Código Civil. Anteproyecto de Juan Antonio Bibiloni, t.III, Edición Gmo. Kraft Ltda. , Buenos Aires (1940)

ZANNONI, Eduardo (1999). "Manual de derecho de las sucesiones". Buenos Aires: Astrea

INDICE

Introducción.....	1
CAPITULO I: El Derecho de Sucesiones.....	3
1- Clases de sucesiones.....	4
1.1- Sucesión testamentaria.....	4
1.1.1- Clases de testamentos.....	6
2- Sucesión intestada o legítima.....	10
CAPITULO II: Sucesión legítima en el derecho argentino.....	13
1- Principios que rigen la sucesión intestada.....	13
2- Herederos legítimos.....	14
3- El Derecho de representación.....	15
4- Diferencia entre herederos legítimos y legítimos legitimarios.....	16
CAPITULO III: La Legítima.....	17
1- Antecedentes históricos.....	17
1.1- Legislaciones primitivas.....	17
1.2- Derecho romano.....	18
1.3- El Derecho germano y sus instituciones particulares.....	20
1.4- El Derecho español.....	23
1.5- El Derecho patrio.....	24
2- Nuestro régimen.....	24
3- Consideraciones críticas de ambos sistemas	28
4- La Legítima en el derecho comparado.....	29
4.1- Sistema de legitimarios clásico.....	30
4.2- Ordenamientos Jurídicos que reconocen la libertad de Testar.....	30
4.3- La aparición de un tercer grupo.....	31

4.4- Algunos puntos de interés.....	31
4.5- Tendencias actuales.....	33
5- Porciones legítimas.....	33
IV- La legítima de la nuera viuda sin hijos.....	35
1- Fundamentos.....	36
2- Caracteres del derecho sucesorio de la nuera.....	36
3- Requisitos de su derecho sucesorio.....	37
4- Exclusión.....	38
5- El yerno viudo sin hijos.....	39
5.1- Diferencias del derecho entre la nuera y el yerno viudo sin hijos.....	39
6- Los efectos de la ley 26.618.....	40
7- Proyecto de reforma legislativa 2012.....	41
8- Jurisprudencia sobre el derecho del yerno viudo.....	41
V- Fraude a la legítima.....	43
1- Sociedades de Familia.....	44
1.1- Sociedades simuladas	44
1.2- Sociedades reales.....	45
2- Donaciones.....	47
3- Fideicomiso testamentario.....	48
VII- La legítima en los proyectos de reforma legislativa.....	50
1- Proyecto que plantean la libertad de testar.....	50
2- Proyectos a favor de reducir las porciones legítimas.....	51
3- Principales reformas integrales del Código Civil.....	52
Conclusiones.....	59
Bibliografía.....	61

DECLARACION JURADA – Res. 212/99-CD

"El autor de este trabajo declara que fue elaborado sin utilizar ningún otro material que no haya dado a conocer en las referencias, que nunca fue presentado para su evaluación en carreras universitarias y que no transgredi o afecta derecho de terceros".

Mendoza, 2 de Setiembre del 2013

MARABINI, Federico Jesús

22582

PIAZA, Ramiro Jesús
Apellido y Nombre

23124
Nº de Registro


Firma