

## LA LEGITIMA EN EL DERECHO SUCESORIO – INVIOLABILIDAD – EXCEPCIONES - FLEXIBILIDAD A LA LUZ DE UNA MIRADA SOCIO – CULTURAL Y ECONOMICA DE LA SOCIEDAD ACTUAL –

De *Legeferenda*, se propone una mayor flexibilización del instituto de la legítima ante el contexto socio –cultural y económico de la sociedad actual<sup>1</sup>, se propone a través de la presente ponencia, establecer nuevas excepciones a la luz de una mayor equidad dentro del ámbito de la familia, ampliando la libertad del causante para disponer por testamento:

I.- Art. 2448, debe incluirse a la cónyuge supérstite, y al heredero adulto mayor.

II.- Mejora a favor del heredero cuidador del causante.

III.- Posibilidad de ampliar la porción disponible ante la existencia de conviviente supérstite con antigüedad mayor a 3 años comprobable o de hijo afín que haya sido criado por el causante desde la primera infancia, y adquirido el estado de hijo dentro del seno familiar.

IV.- Hijos adoptados: Su carácter de heredero forzoso debería quedar relegado solo respecto de sus padres adoptivos, y no de sus padres biológicos.

### **ANALISIS PRELIMINAR:**

Como bien dice Perrino “el valor que se le otorgue a la institución familiar, a la propiedad, y al derecho sucesorio incide de manera decisiva en la libertad de testar, y consecuentemente, en la aceptación o rechazo de la legítima hereditaria”.<sup>2</sup> Por lo pronto para comenzar el análisis de la cuestión a tratar debería adentrarme a analizar dichos institutos, tanto en nuestro derecho, como su evolución histórica y legislación comparada, lo que excedería en gran medida el presente trabajo.

Sin embargo, no puedo dejar de mencionar, que claramente el concepto de familia tradicional, no es el concepto actual y es lo que nos trae aparejadas una variedad de interrogantes sobre el caso particular. Entonces así lo deslumbraba ya en su tesis el Dr. Aquiles Horacio

---

<sup>1</sup> AZPIRI, Jorge O. “Derecho Sucesorio”, 4° ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pág. 596.

<sup>2</sup> PERRINO, Jorge O. “Derecho de las Sucesiones” 1ª ed. Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011. Vol. 2, pág. 1780.

Guaglianone en el año 1940, al decir “Todo ensayo, en conclusión, sobre la legítima debe abordar, como peldaño de sus inducciones, el problema del cuerpo social, no ya en la amplitud de los derechos específicamente determinados que le constituyen, sino en la abstracción del núcleo último que lo caracteriza en las sucesivas etapas de su historia... tiempo queda para seguir a los fenómenos sociales en el devenir que les lleve, desde la genuina concepción que les dio vida, hasta el depurado criterio de justicia que fundamente su eternidad. En tanto, el acertado método científico brindará nuevas soluciones para los problemas que sin cesar se suscitan”<sup>3</sup>.

Esto no hace más que llevarme a reflexionar en los tiempos modernos que vivimos, donde no dejo de sostenerla importancia de la familia como base de toda sociedad, pero si donde esa familia, posee diferentes condimentos (familias ensambladas, longevidad de los padres, consecuentemente sus hijos pasan a ser el sostén familiar, familias donde cada integrante se encuentra a miles y miles de km de distancia, la modificación del sistema de adopción, las técnicas modernas de reproducción asistida, etc.), que deben ser evaluados y considerados separadamente y a partir de los mismos poder observar como resulta la aplicación de la normativa actual y cuáles son las consecuencias de su aplicación y a partir de allí tener la mera y humilde intención de pretender mejorarla.

Ahora bien, volviendo a los institutos, el concepto de propiedad también ha evolucionado y variado con el correr de los tiempos, tanto así que las distintas concepciones del derecho de propiedad (desde el constitucionalismo clásico o liberal hasta las ideas socialistas y marxistas) han acrisolado caracteres particulares, y que llevaron al sostenimiento del derecho de propiedad actual, donde sobresale la naturaleza individual de su titularidad, pero dentro de un sistema jurídico con ciertas limitaciones, que surgen de la necesidad de hacer compatible su ejercicio con el interés general de la comunidad, es decir limitaciones sociales justificadas en el desarrollo de la comunidad<sup>4</sup>.

Nuestro derecho basándose en este concepto limita la voluntad del causante, a disponer libremente de su propiedad al momento de su muerte, o a título gratuito durante su vida, en protección de la comunidad, ya que la familia es el sustento de dicha comunidad, mediante el instituto de la legítima.

---

<sup>3</sup> GUAGLIANONE, Aquiles Horacio “Historia y Legislación de la Legítima” Fuentes Antiguas – Tesis laureada con el Premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad (1939). Buenos Aires, 1940. Pág. 18/19.

<sup>4</sup> SALOMON J. Marcelo “La legítima hereditaria y la Constitución Nacional”. 1ª ed. Córdoba, Alveroni Ediciones, 2011, pág. 398.

Debo comenzar por evaluar la naturaleza jurídica de la legítima, tratando de hacerlo sucintamente ya que su extensión no se condice con la presente ponencia y por ello solo diré que existen dos teorías: *parsbonorum o parshereditatis* (parte de los bienes o parte de la herencia). Si la legítima es *parsbonorum*, su titular no necesita vocación sucesoria, proviene del derecho romano por el cual, pese a la renuncia a la herencia, se conserva el derecho a ella, y la legítima opera independiente de la calidad del heredero. Si la legítima es *parshereditatis*, la legítima es parte de la herencia y se necesita el carácter de heredero, viene del derecho germano, si se renuncia a la herencia se pierde la legítima, es decir herencia y legítima están identificadas<sup>5</sup>.

En la historia de nuestro derecho hay toda una discusión doctrinaria, ya que para algunos autores la legítima en el Cód. de Vélez Sarsfield era *parsbonorum* y para otros *parshereditatis*, discusión que continuó aún luego de la reforma de la ley 17711, y que continúa hoy vigente a pesar de las modificaciones del Cód. Civil y Comercial.

Yo comparto la opinión de varios autores entre ellos Azpiri, para quien la legítima es parte de la herencia y en ese sentido aclara “la legítima es parte de la herencia porque los derechos del herederos no se agotan con la recepción de una determinada cantidad de bienes... el heredero tiene fundamentalmente, una vocación eventual al todo de la herencia y si se considera que no tiene más derecho a la legítima se le está cercenando sin causa justificada esta posibilidad de acrecer”<sup>6</sup>.

En este orden de ideas nos resta por analizar su evolución en la historia, y si bien en el Derecho Romano fue a la inversa ya que en los inicios existía libertad de testar, la misma se fue restringiendo hasta la reforma de Justiniano, y a modo de resumen, solo diré que está ligado profundamente a la evolución de la familia y del individuo como tal, pasando en nuestro derecho desde la mayor estrictez, inexistencia de libertad para testar, hasta la libertad absoluta, llegando hoy a buscar un equilibrio entre ambas<sup>7</sup>, en función de la realidad social – cultural y económica de cada comunidad. En ese sentido es que continuaremos el desarrollo de la siguiente ponencia.

## **FUNDAMENTO:**

Partiendo del análisis anterior, el legislador toma en consideración la protección de la familia y por ello limita la voluntad del causante, y en consecuencia limita el ejercicio de su

---

<sup>5</sup> PERRINO, Jorge O. ob. citada, pág. 1827 y ss.

<sup>6</sup> AZPIRI, Jorge O., ob. citada, pág. 593.

<sup>7</sup> SALOMON, Marcelo J., ob. citada, pág. 48.

derecho de propiedad a favor de un interés general social mayor, que es la familia, estableciendo una norma de orden público en el artículo 2447 del Cód. Civil y Comercial (principio de inviolabilidad e intangibilidad de la legítima), por ello me propongo analizar si la familia hoy se encuentra realmente protegida ante el devenir de la realidad, que como siempre se adelanta, al devenir de las normas.

La legítima es una institución de orden público, pues ha sido acogida, no en miras del interés individual del heredero forzoso, sino en miras de un interés general, que radica en la consolidación y permanencia de la familia, como institución del derecho natural básica de nuestra sociedad, su interés está por encima del individuo<sup>8</sup>. En ese sentido es que, en la búsqueda de ese interés, siendo que la familia actual posee características propias de la época, es que propongo se flexibilice el instituto.

Si bien actualmente dicha norma posee conforme se expone en el Código Civil y Comercial comentado Tratado Exegético del Dr. Jorge H. Alterini, las siguientes excepciones: a) Art. 256, la constitución del bien de familia limita la libre disposición del inmueble; b) Art. 2330, la indivisión forzosa que puede disponer el causante por testamento por un plazo de 10 años; c) Art. 2332, la indivisión que puede imponer el cónyuge supérstite sobre un establecimiento que constituya unidad económica,...por un plazo máximo de 10 años, siempre que haya adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que haya participado activamente en su explotación, correspondiéndole la administración del establecimiento de las cuotas acciones sociales por todo el término que dure la indivisión, y dicha indivisión puede prorrogarla judicialmente hasta su muerte; d) Art. 2333, el mismo caso anterior, pero quien puede imponer la indivisión es cualquier heredero, que cumpla con iguales condiciones; e) art.2448, la mejora especial a un ascendiente o descendiente con discapacidad, de un tercio de la porción legítima; f) Art. 1668 y 2493, el fideicomiso testamentario en el cual el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida; g) Art. 2383 y 527, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite vitalicio, gratuito, que opera de pleno derecho sobre el inmueble propiedad del causante... que no se encuentra en condominio con terceros a la fecha de la muerte del causante<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> PERRINO, Jorge O., ob. citada, pág. 1876.

<sup>9</sup> ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético", 1° ed.- Ciudad de Buenos Aires: La Ley, 2015. Vol. XI, pág. 578 y 579.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se dice que el instituto de la legítima conforme se encuentra regulado actualmente, se basa en una tradición jurídica, en los usos y costumbres de nuestra sociedad, y en una necesidad de proteger económicamente a la familia.

Si volvemos a la historia de la legítima en el Derecho Romano, se puede observar que lo que estuvo en juego siempre fue el interés familiar, ya sea en los tiempos antiguos (familia monolítica), como posteriormente en la que se trató de conjugar el interés integral de la institución, con los intereses individuales de los familiares más próximos, en este sentido los romanos, siempre fueron consecuentes con la consideración socio – económicas de la familia en cada una de las épocas.<sup>10</sup>

Yo propongo que el instituto de la legítima en nuestro derecho se flexibilice, ante varias situaciones que se plantean, donde la estricta protección de la legítima va en desmedro del fin que tuvo el legislador en miras al momento del dictado de la norma:

I.- Art. 2448, con igual fundamento debe incluirse a la cónyuge supérstite, ya que dicha norma se sustenta en la vulnerabilidad de la persona incapaz, y comparto con la doctrina que considera injustificada esta omisión, resultando incoherente con las restantes normas del código que protegen al cónyuge supérstite.<sup>11</sup>, debiendo incorporarse también al heredero adulto mayor.

II.- Actualmente en muchas familias, los padres de edad avanzada han dejado de ser el sostén de la misma, a veces hasta con hijos radicados en el exterior, económicamente mucho mejor que sus propios padres, aquí podría pensarse que el fundamento del instituto de la legítima no tiene ningún asidero. Por ello el causante debe poder disponer de una mejora para el hijo que lo cuida, o que económicamente lo necesita más.

III.- En el caso de los hijos afines, si bien el código habla de progenitor afín, indefectiblemente surge la figura del hijo afín, ya que la relación es recíproca<sup>12</sup>, el art. 620 del CCyCN ha regulado la adopción por integración mediante la cual el progenitor afín puede adoptar al hijo del cónyuge o del conviviente, pero si por la causa que fuera así no lo hiciera ese hijo que ha sido criado desde la primera infancia y posee estado de hijo dentro del seno familiar,

---

<sup>10</sup> DI PIETRO, Alfredo, "La legítima en el Derecho Romano", Prudentia Iuris N° 44, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Sep. 1977, pág. 207.

<sup>11</sup> ALTERINI, Jorge H., ob. citada, pág. 584.

<sup>12</sup> AZPIRI, Jorge O., "Incidencias del Código Civil y Comercial - Derecho de Familia", 1ª ed., 8º reimpr., Buenos Aires, Hammurabi, 2016, pág. 272.

no tiene ningún derecho a la sucesión de quien en vida fuera como su padre, y ahí es donde propongo que el causante pueda disponer por testamento de manera tal que reciba lo mismo que sus descendientes, si así lo deseara.

Igual solución debería adoptarse para el conviviente supérstite, con una antigüedad mayor a 3 años comprobable quien se encuentra en total desprotección ante la muerte de su compañero, donde si bien la ley le otorga el derecho real de habitación, solo lo hace por dos años, y es así que el causante debería poder disponer si así lo deseara que reciba una porción igual a la de sus descendientes en el caso claro de los bienes de titularidad exclusiva del causante.

IV.- Hijos adoptados: esta es otra cuestión que el legislador ha resuelto en forma incoherente e injustificable sin motivo alguno, les ha concedido la posibilidad de heredar de hasta cuatro progenitores<sup>13</sup>, ya que en el art. 624 se establece la posibilidad que el adoptado pleno inicie acción de filiación contra sus progenitores biológicos a los fines alimentarios y del derecho sucesorio. En consecuencia, nuevamente no se ve la protección de la familia, como bien jurídico protegido del instituto de la legítima, sino más bien un mero capricho del legislador.

Sin perjuicio de ello es una cuestión mucho más compleja a analizar, pero prima facie creo que el hijo adoptivo, solo debería heredar de su padre adoptante, no encontrando fundamento en el análisis llevado anteriormente respecto de la protección de la familia y el sostén económico, que sea heredero forzoso de una familia a la que no pertenece, pudiendo ello solo traer conflictos en el seno de las mismas.

## **CONCLUSIÓN:**

---

<sup>13</sup> ALTERINI, Jorge H., ob. citada, pág. 508.

Se proponen se agreguen las siguientes excepciones a la legítima:

I.- Art. 2448, debe incluirse a la cónyuge supérstite, y al heredero adulto mayor.

II.- Mejora a favor del heredero cuidador del causante.

III.- Posibilidad de ampliar la porción disponible ante la existencia de conviviente supérstite con antigüedad mayor a 3 años comprobable o de hijo afín que haya sido criado por el causante desde la primera infancia, y adquirido el estado de hijo dentro del seno familiar.

IV.- Hijos adoptados: Su carácter de heredero forzoso debería quedar relegado solo respecto de sus padres adoptivos, y no de sus padres biológicos.

Claramente lo expuesto merece un mayor y más profundo análisis de cada excepción propuesta, pero que resulta imposible en la presente ponencia, siendo posiblemente tema para un trabajo más extenso como lo sería una tesis.

Sin perjuicio de ello no quería dejar de manifestar todas estas cuestiones que me generan interrogantes en la diaria de la práctica profesional, la experiencia me ha llevado a preguntarme una y otra vez que es más conveniente si la libertad de testar con ciertas restricciones, o el instituto de la legítima con excepciones, luego de haber analizado y a prima facie podría decir que lo primero resultaría peligroso en una sociedad con nuestra cultura e idiosincrasia, creería que sería de imposible aplicación, ya que generaría abusos entre otros desmanes, y por ello creo mucho más viable el instituto de la legítima aunque cuente con varias excepciones, que si bien hacen al instituto mucho más flexible, continúa siendo protector de la familia actual, si podemos adecuarlo a estos tiempos que corren.

Todo ello me lleva a colegir, que, si bien quizás el presente trabajo es el principio de una idea, la misma puede transformarse en una verdadera transformación en la búsqueda de la equidad dentro del seno familiar.

Carla Beatriz Modi, alumna del Doctorado de Ciencias Jurídicas UCA.