

# La legítima

## Análisis desde la óptica de la familia actual, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales\*

Alicia V. Castillo

*Sumario: 1. Introducción. 2. Origen y fundamento de la legítima. 3. Derecho comparado y régimen del Código Civil argentino. 4. Las nuevas formas familiares. 5. La seguridad jurídica. 6. Los derechos constitucionales. 7. Conclusión.*

### 1. Introducción

El presente trabajo no tiene como finalidad efectuar un enunciado de argumentos a favor o en contra de la herencia legítima, sino que, por el contrario, buscaremos estudiar este instituto desde la óptica del concepto de familia actual, analizando además cómo interactúa en nuestro sistema jurídico con derechos de rango constitucional y con el principio de seguridad jurídica.

El planteo del tema se origina en los siguientes interrogantes, que intentaremos responder a lo largo del presente trabajo:

- 1) ¿Resulta necesario modificar el instituto de la legítima adaptándolo al concepto de familia actual?
- 2) ¿Un sistema de legítima tan elevado como el nuestro atenta contra la seguridad jurídica y el tráfico inmobiliario?
- 3) ¿Las normas del Código Civil que instituyen la herencia legítima colisionan con derechos de rango constitucional?
- 4) ¿El actual sistema sucesorio propicia la instrumentación de actos fraudulentos con el objeto de violar las reglas de la legítima hereditaria?

Para responder a estas preguntas, comenzaremos por analizar brevemente los orígenes de la legítima y su fundamento,

\* El presente trabajo ha sido presentado en la XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Buenos Aires, 31 de agosto y 1 y 2 de septiembre de 2011).

para luego centrar el análisis en el régimen de nuestro Código Civil y el derecho comparado. Finalmente, vincularemos el instituto de la herencia legítima con el concepto de familia actual, la seguridad jurídica y los derechos constitucionales.

## 2. Origen y fundamento de la legítima

El instituto de la legítima encuentra su antecedente en el derecho romano.

En un primer momento, más precisamente durante el período de la monarquía, la Ley de las XII Tablas establecía que, en materia de derecho sucesorio, lo que el *pater familias* dispusiera sería observado como ley (“*uti legassit paterfamilias, ita jus esto*”). El principio general era entonces la libertad de testar.

Guaglianone expresa que

En Oriente y Grecia la voluntad del patriarca era solo la de un simple administrador [...] el testamento no se concibe en una edad primera y, cuando aparece, tan solo busca y es la adopción de un heredero por ausencia del que debía designar la naturaleza. Roma [...] presenta [...] el desorientador espectáculo de brindar al *paterfamilias* el derecho absoluto de elegir a su heredero y depositario del poder sobre la *gens*, posponiendo sin motivo alguno al que, en razón del vínculo gentilicio o de sangre, debiera continuar su persona y ejercer la potestad en el grupo.<sup>1</sup>

En los últimos tiempos de la República y comienzos del Imperio, esta situación se modifica y surge en Roma la denominada sucesión necesaria, como defensa de la propiedad colectiva. Se restringió considerablemente la amplia libertad de testar, otorgándole, entre otras, la acción de querrela de inoficiosidad (*querela inofficiosi testamenti*) a los herederos necesarios que hubieran sido omitidos sin causa en el testamento del *pater*. Se entendía por *herederos necesarios* todos aquellos que al momento de la confección del testamento estuvieran bajo la inmediata potestad del testador.

El Tribunal de los Centunviro consideró que era obligación del testador favorecer a sus descendientes con una cuota parte de la herencia; y faltar a este deber era motivo para que se presumiese que el testador sufría de locura. En consecuencia, durante el período del Imperio, apareció por primera vez la le-

1. GUAGLIANONE, Aquiles H., *Historia y legislación de la legítima*, tomo I, “Fuentes antiguas”, Buenos Aires, Luis Rubino, 1940, p. 102.

gítima hereditaria, estableciéndose que el causante debería dejar una parte de su patrimonio a ciertos parientes próximos. En un primer momento, la determinación de esta porción quedaba al arbitrio del testador, pero luego el pretor fijó esa porción en un cuarto de los bienes del causante. A este cuarto se lo llamó cuarta legítima (*cuarta legitima partis*) y, posteriormente, simplemente legítima.<sup>2</sup>

En los textos y en los comentarios generales de prudentes y glosadores, la legítima aparece como una sanción contra la falta de los deberes de piedad que guían al testador en la disposición de sus bienes. Así, Girard sostuvo que la legítima se apoya en el sentimiento de afecto hacia ciertos parientes. Por su parte, Bonfante sostiene que la legítima romana no ha nacido del derecho primordial de la familia sobre los bienes sino de consideraciones de piedad, de las que la sociedad civil y el Estado se hicieron intérpretes; no tiene por objeto mantener la unidad y la hidalguía de la familia sino asegurar a los parientes más próximos del difunto una equitativa participación en sus bienes y un modesto sustento.<sup>3</sup>

### 3. Derecho comparado y régimen del Código Civil argentino

Si analizamos el derecho comparado, vemos que en la actualidad coexisten dos sistemas en materia sucesoria: 1) el sistema de la libertad de testar y 2) el sistema de la legítima. Este último se encuentra vigente en las legislaciones de países de bases románicas, tales como Francia, Italia, Suiza, España y –en Latinoamérica– Uruguay.

El sistema de libertad de testar es propio de los países del *common law*; por lo tanto, se encuentra vigente en Inglaterra, Canadá, en la mayoría de las legislaciones de Estados Unidos y en algunos países de Latinoamérica, como por ejemplo México. Pero debemos destacar que todas estas legislaciones limitan de una u otra manera la libertad de testar en forma tal que este derecho no es absoluto. En algunos países se reconoce a determinados parientes el derecho a obtener alimentos, sin importar lo que el testador haya dispuesto al respecto.

En nuestro país, Vélez Sarsfield adoptó, en materia sucesoria, el sistema de legítima e “impuso sobre el régimen legal a

2. JIMÉNEZ KOCKAR, Jorge A. y SABAINI ZAPATA, J. E., “Legítima y flexibilización testamentaria”, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 1996, pp. 9-18 (trabajo presentado en la VII Jornada Notarial Iberoamericana [Salamanca, octubre 1996]).

3. GUAGLIANONE, Aquiles H., *óp. cit.* (cfr. nota 1), pp. 129-131.

aplicar el carácter de norma de orden público”.<sup>4</sup> De este modo, nuestra legislación *impone* al testador la obligación de dejar una cuota-parte de sus bienes a sus herederos forzosos, pudiendo disponer solo de una determinada porción de su patrimonio para después de su muerte. Cualquier disposición testamentaria que altere estos principios resulta ineficaz.

[Esta] limitación impuesta por el régimen sucesorio [...] está basada en el deber de solidaridad que debe tener el causante para con sus herederos familiares, ya que distribuye su patrimonio entre sus afectos presuntos, consolidando de esta forma los lazos familiares y la institución de la familia [...]. Está inspirada en la llamada función social de la propiedad.<sup>5</sup>

Como ya expresamos al analizar el derecho romano, la legítima surge como una institución destinada a garantizar la preservación de valores sociales fundamentales (afecto, piedad) y la protección del grupo familiar. La sucesión legítima resulta conducente para preservar la continuidad de las relaciones jurídicas que tuvieron por titular al causante, basándose en la protección de la familia, el afecto en las relaciones de parentesco, la copropiedad familiar, los deberes de paternidad y la defensa de la igualdad y los derechos de la familia.<sup>6</sup> También se han esgrimido argumentos de tipo económico para defender el sistema escogido por nuestro Codificador, que sostiene que evita los latifundios, aumenta los pequeños propietarios y moviliza la propiedad inmueble.<sup>7</sup>

Estos fundamentos nos permiten afirmar que, en una sociedad como la nuestra, el sistema de legítima debe mantenerse; pero resulta necesario implementar algunos cambios. Como bien sostiene Graciela Medina:

... el derecho de sucesiones, por ser un derecho interdependiente del derecho de familia y del derecho patrimonial, tiene que mantener un equilibrio entre las reglas imperativas y la regla de la autonomía; así, no puede existir una absoluta libertad de testar (expresión de la soberanía del derecho de propiedad) ni tampoco un sistema de legítimas total (en nombre de la solidaridad familiar y de la igualdad).<sup>8</sup>

Por otro lado, no debemos olvidar que

... las porciones legítimas asignadas en todas las legislaciones, tanto extranjeras como las sucesivas reformas que sufrió nuestra

4. SALOMÓN, Marcelo J., “La Constitución Nacional y la legítima hereditaria”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, LexisNexis, número especial “Sucesión intestada”, 24 octubre 2001, pp. 13-16 (tomo 2001-IV).

5. Loc. cit.

6. ZANNONI, Eduardo A., *Manual de derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 2000, 4ª ed. actualizada y ampliada, p. 482.

7. “Legítima”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XVIII, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968, pp. 42 y ss.

8. MEDINA, Graciela y MADERNA ETCHEGARAY, H., “El fideicomiso testamentario en el Proyecto de Código Civil de 1998. Su relación con la legítima y la protección de incapaces”, en Alterini, J. M., Picasso, S. y Wajntraub, J. H. (coords.), *Instituciones de derecho privado moderno. Problemas y propuestas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 1033-1040.

ley, son arbitrarias; esto significa que no existe ninguna justificación lógica para su cuantía sino que dependen del puro criterio del legislador.<sup>9</sup>

En consecuencia, consideramos que, atento a que la porción legítima se fija en forma arbitraria, el justo equilibrio buscado entre normas imperativas y autonomía de la voluntad se logra disminuyendo la cuota de la legítima. De esta manera, logramos además adecuar el derecho sucesorio a las nuevas formas familiares, garantizar el principio de seguridad jurídica y evitar que las disposiciones de nuestro derecho sucesorio colisionen con derechos consagrados en la Constitución Nacional.

#### 4. Las nuevas formas familiares

Desde hace ya varios años, el concepto de familia tradicional se ha modificado, dando lugar a la aparición del concepto de familias ensambladas, las uniones de hecho y las parejas de personas del mismo sexo. Nos preguntamos si existe algún fundamento de suficiente peso que nos permita afirmar que el sistema sucesorio de legítima debe mantenerse incólume, tal como está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, debe adaptarse a los cambios y a la realidad social actual.

Sucesivas reformas legislativas han modificado a lo largo de nuestra historia el articulado del Código Civil argentino con el objeto de adaptar el cuerpo normativo a la realidad socio-cultural de cada época. Así fue como, en su momento, la patria potestad pasó a ser compartida entre ambos progenitores y se incorporó el divorcio vincular a nuestra legislación –solo por citar algunos ejemplos–. De más está afirmar que el derecho es dinámico y se transforma, receptando los cambios de la sociedad. Prueba de esta constante evolución del derecho es la reciente Ley 26.618, sancionada el 15 de julio de 2010, en virtud de la cual se acepta el matrimonio entre personas del mismo sexo, reemplazando los términos *hombre y mujer* por el de *contrayentes*, e introduciéndose además en el instituto del matrimonio civil. Esta reforma es de gran trascendencia y modifica, una vez más, una institución de fuerte raigambre tradicional en nuestro sistema jurídico.

Si, como consecuencia de la transformación que ha sufrido en nuestra época el concepto de familia, pudo modificarse el instituto del matrimonio, ¿por qué no pensar en la posibilidad

9. AZPIRI, Jorge O., “La legítima hereditaria en el Proyecto de Reforma al Código Civil”, en Alterini, J. M., Picasso, S. y Wajtraub, J. H. (coords.), *óp. cit.* (cfr. nota 8), p. 1061.

modificar el instituto de la legítima, adaptándolo al concepto de familia actual? Pensemos en el caso puntual de familias ensambladas, en las que existen hijos en común y además hijos de un matrimonio anterior de cada uno de los cónyuges. Es habitual que en estos casos todos los hijos sean tratados como propios por cada cónyuge. ¿No parece razonable que en estos supuestos exista la posibilidad de testar también a favor de los hijos del cónyuge?

## 5. La seguridad jurídica

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra *seguridad* como “el conocimiento seguro y claro de algo”. Podríamos utilizar como sinónimos de este término las palabras *confianza*, *certeza*, *certidumbre* y *firmeza*. Asimismo, dicho diccionario define la *seguridad jurídica* como la

... cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación. En España es un principio constitucional.

Si recurrimos al diccionario jurídico para determinar el concepto de la expresión *seguridad jurídica*, observamos que *orden jurídico* es un sinónimo; “el orden jurídico estaría dado por el respeto de las normas jurídicas establecidas para la vida en común”.<sup>10</sup> La seguridad jurídica es un principio del derecho universalmente reconocido que consiste en el “*estado de certeza o ausencia de incertidumbre* en una determinada situación jurídica [...] es una aspiración de todo ser humano y de toda sociedad”.<sup>11</sup> El ordenamiento jurídico debe entonces tutelar y velar por la seguridad jurídica en las transacciones, garantizando su máxima protección.

Consideramos que el actual sistema sucesorio se encuentra muy lejos de cumplir con este objetivo y, por tal motivo, resulta necesaria una reforma que haga que todo el sistema jurídico devenga más justo. El sistema de legítima no solo limita la libre disponibilidad de los bienes por causa de muerte, sino que también impone limitaciones dispositivas *inter vivos*. Tal es el caso de las donaciones que pueden devenir en inoficiosas si afectan la legítima de herederos forzosos o los numerosos supuestos de actos calificados como fraudulentos porque se instrumentan con

10. BRASCHI, Agustín O. y otros, “La seguridad jurídica y el notariado”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 841, abril-junio 1995, p. 333.

11. GARCÍA COLLANTES, José M., “Valor económico de la seguridad jurídica”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 887, enero-marzo 2007, p. 25.

el único objeto de violar las reglas de la legítima hereditaria. Todo esto sin olvidar que el sistema sucesorio actual impide la aplicación efectiva de ciertos institutos, como por ejemplo el fideicomiso testamentario, debido a que en muchos casos resulta imposible recurrir a esta figura sin afectar la porción de algún heredero legítimo.

Entendemos que en los supuestos anteriormente mencionados se atenta contra la seguridad jurídica, ya que la mayoría de las veces la donación es un contrato cuestionado y sospechado. Esta situación genera serios inconvenientes en la circulación de estos títulos y dificulta el tráfico jurídico, dejando en muchas ocasiones bienes inmuebles fuera del comercio. También es habitual que el causante constituya o utilice sociedades comerciales ya formadas para sustraer bienes de su patrimonio beneficiando a algún heredero sobre otro.

Como bien sostiene Graciela Medina:<sup>12</sup>

... debemos evitar un sistema legitimario asfixiante que obligue al fraude como única manera de que el causante disponga de sus bienes a favor del heredero que más lo necesita.

El derecho debe dar certeza en las relaciones humanas.

La reclamada certeza del derecho [...] y la consecuente seguridad en el tráfico inmobiliario solo advendrán con una reforma que contemple con justicia los intereses comprometidos.<sup>13</sup>

## 6. Los derechos constitucionales

A continuación, analizaremos desde una óptica constitucional la normativa que regula la sucesión intestada, en lo referente a la legítima. Adelantando nuestra opinión, diremos que un sistema de legítima tan alta como el nuestro atenta contra ciertos derechos constitucionales.

Los derechos consagrados por nuestra Carta Magna no son absolutos sino que están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Esta reglamentación, a su vez, encuentra su límite en el artículo 28 del citado cuerpo legal, que establece:

Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

12. MEDINA, Graciela, "Los principios de la codificación contemporánea. Su reflejo en el derecho sucesorio", en Alterini, J. M., Picasso, S. y Wajtraub, J. H. (coords.), *óp. cit.* (cfr. nota 8), pp. 1041-1056.

13. CERÁVOLO, Ángel F., "Donaciones inoficiosas y títulos observables: una reforma necesaria y urgente", *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 885, julio-septiembre 2006, p. 152.

En consecuencia, podemos afirmar que al ejercer el Congreso la facultad reglamentaria no puede alterar la esencia del derecho que reglamenta. Si se altera la esencia del derecho, entramos en la órbita de la inconstitucionalidad.

¿Cuáles son entonces los derechos constitucionales que verían alterada su esencia al establecer la ley de fondo (Código Civil) una legítima tan alta para los herederos forzosos?

- *Derecho de propiedad.* La jurisprudencia ha sostenido que toda carga que exceda el treinta y tres por ciento del valor de la propiedad es confiscatoria. Fundándonos en este concepto, podríamos llegar a afirmar que una legítima mayor de un tercio sería inconstitucional por superar el límite que la Corte Suprema de Justicia asigna a la confiscatoriedad de los impuestos.

No parece razonable que una persona que tiene herederos forzosos solo pueda disponer de un quinto, un tercio o, en el mejor de los casos, un medio de sus bienes. Se restringe arbitrariamente el derecho a disponer de la propiedad, que se encuentra amparado por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

- *Derecho de testar.* Se encuentra estrechamente vinculado al derecho de propiedad, ya que testar no es otra cosa más que disponer de la propiedad para después de la muerte.

La costumbre de testar no se encuentra arraigada en nuestra sociedad. No existe una conciencia colectiva de la práctica testamentaria, y ello se debe en parte a la gran limitación que marca la legislación vigente. Una cuota legítima tan elevada como la prevista en nuestro Código Civil no hace otra cosa más que desvirtuar el derecho a testar, tornándolo casi impracticable.

- *Derecho de igualdad.* Entramos aquí en la órbita de un interesante análisis. Se ha argumentado que con el sistema de legítima se busca garantizar la igualdad de los herederos. Esta afirmación nos lleva a preguntarnos hasta qué punto, entregando partes iguales a los herederos, se garantiza la igualdad entre ellos. No basta con considerar que los herederos se encuentren en el mismo grado de parentesco.

El único elemento constitutivo de igualdad que el legislador ha tenido en cuenta para determinar las alícuotas de la herencia legítima es el biológico, es decir, los lazos de sangre.<sup>14</sup>

14. SALOMÓN, Marcelo J., óp. cit. (cfr. nota 4).

Resulta necesario atender otras cuestiones, como la edad de los herederos, su situación económica y social, sus cargas de familia y si padecen de algún tipo de discapacidad. Al descuidarse estos aspectos no se logra materializar una igualdad real.

## 7. Conclusión

La protección de la familia ha sido, tradicionalmente, el principal argumento utilizado por juristas y doctrinarios para defender el sistema de legítima hereditaria adoptado por el Código Civil argentino, pero, como hemos intentado explicar a lo largo del presente trabajo, el sistema de legítima actual muchas veces colisiona con la seguridad jurídica y con derechos consagrados en la Constitución Nacional.

La protección del núcleo familiar no es el único bien jurídico a tutelar. Debemos velar también por garantizar la seguridad jurídica y el respeto a los derechos consagrados en nuestra Carta Magna, lo que nos lleva a concluir que, frente a dos bienes jurídicos tutelables, es necesario adoptar una posición intermedia que permita la protección de ambos. Esa posición intermedia se logra reduciendo el cuántum de la legítima.

Por todo lo expuesto, consideramos que resulta inminente reformular el derecho vigente. De *lege ferenda*, se propone una reforma del sistema sucesorio argentino. La reforma propuesta debe buscar:

- 1) Proteger las diferentes formas familiares que se dan en la sociedad actual. Sostener que la familia solo está formada por integrantes de vinculación biológica importa un total desconocimiento por parte del derecho de las nuevas formas familiares que existen en estos tiempos.
- 2) Adaptar y reformular el derecho de acuerdo a la realidad social y a los valores de la sociedad actual.
- 3) Crear un régimen más igualitario en el que el causante pueda distribuir la herencia teniendo en cuenta, además del factor biológico, las necesidades, aptitudes, edad, situación social y desigualdades naturales que diferencian a un heredero de otro.
- 4) Garantizar la seguridad jurídica y ampliar el abanico de posibilidades para la aplicación efectiva de la donación de inmuebles y el fideicomiso testamentario.

- 5) Eliminar posibles inconstitucionalidades del sistema sucesorio argentino.
- 6) Evitar los mecanismos de fraude a la herencia legítima, que no hacen más que confirmar la ineficacia del sistema actual.

Otra bibliografía consultada:  
Conclusiones de la comisión nº 6, "Porción legítima indisponible: extensión, fraude, protección", de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983). Conclusiones de la comisión nº 7, "Sucesiones: indignidad, desheredación y legítima", de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 24-25 septiembre 2009). Conclusiones de la comisión nº 8, "Derecho romano: la legítima", de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997). Conclusiones del tema nº 5, "Posibles reformas al régimen sucesorio", de la XXXI Jornada Notarial Bonaerense (Tandil, 5-8 noviembre 1997). DI LEO RECALDE, Maisa L. y COLOMBO, S. V., "Algunas consideraciones sobre la legítima a la luz de la familia actual", s/e, 2005 (trabajo presentado en la XXXIV Jornada Notarial Bonaerense [San Nicolás, 16-19 noviembre 2005]).