

ni a qué régimen está sometido, y el tercero podrá conocer perfectamente si el acto está válidamente otorgado o no, o si requiere del asentimiento del cónyuge.

DOCTOR ALTERINI.- Habrán advertido ustedes que los señores profesores han sabido darle atractivo al tema, aunque leyéndolo no hubiera presentado las aristas que hemos visto. Por ello pido en fuerte aplauso para los expositores y los invito a concurrir a la próxima mesa redonda que se realizará el 18 octubre, sobre el tema "Actualización y flexibilización del derecho sucesorio" (aplausos).

Tema: ACTUALIZACION Y FLEXIBILIZACION DE LA SUCESION TESTAMENTARIA

Relatores: PROFESORES DOCTORA NELLY MINYERSKY, DOCTORA LEA LEVY, DOCTORA BEATRIZ BISCARO, DOCTOR MARCOS CÓRDOBA Y DOCTOR JORGE AZPIRI

Coordinador: PROFESOR DOCTOR JORGE H. ALTERINI, DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

Fecha: 18 DE OCTUBRE DE 1994

DOCTOR ALTERINI.- la mesa redonda de hoy está integrada por la doctora Minyersky, la doctora Levy, la doctora Biscaro, el doctor Córdoba, y el doctor Azpiri, quienes expondrán en ese orden sobre la flexibilización y actualización del derecho sucesorio.

Tiene la palabra la doctora Minyersky.

DOCTORA MINYERSKY.

La temática que abordamos hoy está en conexión con la vida de los ciudadanos y presupone tiempos y momentos de la sociedad que deben ser respetados por el derecho. Frente a ello, los operadores debemos preguntarnos qué hacer.

La flexibilización del testamento ha sido incluida en alguno de los proyectos de modificación del Código Civil y en importantes corrientes doctrinarias; no podemos dejar de inquirir si la inquietud que se manifiesta para ser estudiada en las próximas jornadas nacionales tiene conexión con la realidad social.

I. Debemos preguntarnos si las necesidades de cambio, cuando necesitamos o queremos hacer nuevas formulaciones jurídicas, deben ser realizadas exclusivamente por los operadores del derecho o debemos trabajar con el auxilio de otras ciencias.

Si bien la ciencia del derecho se ocupó en un primer momento del análisis dogmático de la norma, se ha verificado que dicho análisis no logra la debida articulación entre derecho y sociedad con los consiguientes beneficios que ello implica.

En el derecho de familia y, por ende, en el derecho sucesorio, es necesario analizar, en cada institución, factores como los demográficos, religiosos, económicos y

culturales. Dicho estudio debe impregnar las normas existentes, así como las futuras y, en especial, la necesidad o no de su modificación.

La creación legislativa necesita una investigación jurídica previa. Analizar la situación existente permitirá saber también qué pasará en el futuro. Siguiendo a Kelsen, podemos recordar que un precepto para ser positivo debe tener, aunque sea en cierta medida, conexión con la efectiva conducta humana.

Recordemos que la valdez se relaciona con la legalidad; la efectividad con su acatamiento dentro de determinados parámetros y la eficacia cuando se cumplen los objetivos tenidos en mira por el legislador.

Nos ha parecido importante reflexionar en el sentido indicado, ya que la temática propuesta es de lege ferenda. No es de nuestro conocimiento que se hayan realizado investigaciones sociojurídicas que sostengan la necesidad de una reforma. Si se hubiera efectuado ese estudio podría haberse arribado a diferentes conclusiones:

- a) No realizar reforma alguna, manteniendo el cuerpo normativo existente.
- b) Mantener la institución de la legítima tal como está concebida, pero atenuando los requisitos formales.
- c) Mantener la institución de la legítima pero aumentar la porción disponible, ampliando en tal sentido el ámbito de la autonomía de la voluntad, atenuando los requisitos formales.
- d) Eliminar totalmente la institución de la legítima.

En los ítems b), c) y d), también podría considerarse la posibilidad de introducir la institución de la mejora.

Trataremos, en especial, la necesidad de conservar la legítima dentro del régimen sucesorio, dando un breve pantallazo sobre su historia y fundamento.

Se debe investigar si la norma vigente en funcionamiento reúne los requisitos de efectividad, eficacia y legalidad que debemos requerirle.

II. Frente a la temática del derecho sucesorio, no podemos dejar de preguntarnos qué pasa en este ámbito del derecho, que ha sufrido menos cambios desde la sanción del Código Civil. El hecho de no haber mutaciones no presupone necesariamente que ellas sean necesarias.

Trabajar el derecho sucesorio presupone conceptualizar sus instituciones dentro del sistema sociojurídico vigente. Como dice Víctor Tau Anzoátegui "el régimen sucesorio depende, en mayor o menor medida, de acuerdo al tiempo y lugar, de la organización y función asignada a la familia y a la patria potestad, el ordenamiento económico del matrimonio, la condición de la mujer, la naturaleza de la propiedad, como también de la misma organización política y del sentimiento religioso vigente y del marco jurídico general".

Pensar en el derecho sucesorio, es pensar simultáneamente en la relación que éste tiene con las instituciones de derecho de familia.

El derecho sucesorio existe en tanto y en cuanto existe el derecho de familia. Pero no debemos dejar de señalar que ambos derechos existen y viven dentro de una sociedad dada y dentro de un momento histórico determinado. A través de la historia aparece una alternativa entre dos sistemas sucesorios. ¿Testamento o sucesión ab intestato? ¿Qué institución fijará la línea directriz dentro de todo el sistema? ¿Uno desplazará totalmente al otro, o debe encontrarse un punto de articulación que responda fielmente a la realidad y necesidades de una sociedad?

¿Cuál es la fuente de tales preeminencias?

Como siempre, nos encontraremos frente a orígenes pluricausales. A los fines de realizar un análisis, podemos recordar lo que han dicho algunos de los juristas más destacados. Cicu sostiene que en la búsqueda del fundamento de la sucesión legítima y de la testamentaria, debe buscarse la razón política de una u otra elección. La sucesión legítima supone o significa una tendencia social, da prevalencia a los fines sociales y familiares. aun cuando a través de ellos se satisfaga el interés del individuo. Por el contrario, la opción testamentaria presupone una actitud individualista que acepta la primacía de la voluntad del causante expresada a través del testamento y que sólo acoge la sucesión ab intestato en forma subsidiaria.

Fornieles sostiene que "la legítima es una institución protectora de la familia. Si bien su existencia supone una restricción a la libertad absoluta de donar y de testar, los valores que ella tutela deben prevalecer sobre los aspectos negativos que puede significar tal restricción". Señala entre los factores positivos el sentimiento de justicia que obliga a mantener la igualdad entre los hijos, así como el "deber que tienen aquellos que dan la vida de procurar un mayor bienestar a su descendencia"; en especial destaca la integración que existiría entre las consecuencias económicas de la legítima, división progresiva de la propiedad y los ideales de estos tiempos.

A los fines de evidenciar la relación existente entre sucesión testamentaria y ab intestato, es interesante destacar cómo se desarrollaron estas instituciones en determinados momentos históricos.

En los pueblos germánicos se consideraba que sólo Dios podía crear herederos. La calidad de tal, surgía exclusivamente del parentesco de sangre. El causante tenía prohibida la institución hereditaria por su propia voluntad; la sucesión era un derecho de familia unido a la comunidad doméstica en lo patrimonial. Esa comunidad no podía aceptar interferencias.

En los siglos XII y XIII se empieza a abrir paso el testamento. Una sociedad más individualista rompe los rígidos cuadros de solidaridad familiar y del feudalismo. El nacimiento de nuevas ciudades, la influencia de las Cruzadas, el predominio del derecho Canónico y la aparición de un nuevo tipo de riquezas, le insufla nuevas fuerzas a la institución. Testar aparece como un acto deseado y apetecido. Morir sin testamento era excepcional y desdorado.

Un ejemplo legislativo, en consecuencia, es el de las Partidas.

En ellas podemos destacar la Sexta Partida que se titula de los Testamentos y las Herencias. Se refería casi exclusivamente y prioritariamente al testamento y las reglas para testar. "Todo conducía a destacar el testamento". De los diecinueve títulos de esa partida, doce estaban dedicados a la sucesión testamentaria. Se moría testado o intestado. El testamento aparecía así, resaltado como el acto esencial del hombre para formular sus disposiciones mortis causa.

Es indudable el sentido religioso que tenía el testamento. Expresar mandas, limosnas, deseos y propósitos para después de la muerte es dejar constancia de su convicción religiosa. la Iglesia estimuló el acto de testar, particularmente porque era una forma de incorporar grandes masas de bienes a su patrimonio terrenal con propósitos de incrementar su misión espiritual.

En la Revolución Francesa se proclaman nuevas ideas de libertad que permiten disponer plenamente de los bienes, pero observamos que se afianza el derecho de disposición entre vivos, no así el derecho de disposición mortis causa, que se encontraba limitado e los primeros períodos. El derecho revolucionario sostenía que sólo la ley podía

determinar los herederos, no considerando como fundamento el afecto profundo sino la razón de Estado.

En 1794, el derecho de disponer mortis causa aparece completamente limitado. Robespierre se pregunta cuál es el motivo de la facultad de testar. "¿Puede el hombre disponer de aquella tierra que ha cultivado cuando él mismo ha sido convertido en polvo?. La propiedad del hombre después de su muerte debe retornar al dominio público de la sociedad. Es por el interés público que ella transmite esos bienes a la posteridad".

Mirabeau, nutrido de las ideas políticas y sociales de Rousseau, sostenía: "la sociedad tiene, pues, el derecho de rehusar a sus miembros y la facultad de disponer de sus fortunas".

En realidad lo que se buscaba era no lesionar el principio de igualdad.

A partir de 1800 se atenúa en Francia esta posición intentando incrementar la porción disponible y la incorporación de la mejora.

El Código Civil de 1804 se presenta como un avance si si tomamos como parámetro la época anterior a 1789, pero aparece como un retroceso al derecho revolucionario.

El proceso legislativo francés y los principios que contenían tuvieron gran influencia en el ámbito del derecho sucesorio en el mundo hispánico.

Como expresamos, el derecho sucesorio existe en tanto y en cuanto existe el derecho de familia, así como el régimen patrimonial del matrimonio que se elige tiene fundamental importancia en relación al tipo de familia que se quiere.

Muchas veces pensé que cuando Vélez Sársfield legisló, siguiendo las fuentes que todos conocemos -en especial el derecho castellano anterior al Código de Napoleón- posiblemente más allá de sus deseos plasmó jurídicamente la proyección sociológica y jurídica que hicieron otros próceres de nuestra historia. Así, la elección de un único régimen patrimonial del matrimonio, favoreció la familia argentina; también creo que la elección de un régimen entre herederos y causante se debió a las características de un país de inmigración. La persona que venía a poblar nuestro país y a fundar su familia, en su mayoría no tenía patrimonio. En su nueva patria, iba a contribuir a su propio enriquecimiento y al del país, pero esa construcción de un patrimonio la efectuaba para y con su entorno familiar.

Seguramente Vélez tuvo en cuenta las "Bases" de Alberdi, donde se habla de la necesidad de poblar nuestro gran territorio. Por ello creo sabía la elección: del régimen patrimonial del matrimonio, como también el lugar que le dio a la mujer en términos de vocación hereditaria, situación no común en otros sistemas y en especial la adopción de la sucesión ab intestato y la institución de la legítima.

Similares tendencias que la adoptada por nuestro Código siguieron el Código Civil español de 1851, el Código uruguayo y el Código chileno de Bello. Todos ellos reconocían, como dice Tau Anzoátegui, la primacía del orden sucesorio legal y, como consecuencia de la supremacía de la ley positiva, el entendimiento de que la ley era el medio apto para obtener las pregonadas reformas sociales, económicas y políticas.

¿Cómo analizar hoy el tema? El punto de inflexión más difícil para trabajar es cómo articular el derecho de todo individuo que durante su vida fundó y desarrolló un patrimonio y -tal como lo reconoció la Revolución Francesa- tuvo capacidad plena para disponer de él, frente a la limitada capacidad de disposición mortis causa y el derecho de hijos y familiares a recibir los bienes que supone la legítima.

Tanto como el derecho de los hijos me preocupa la función de la familia.

Cómo compatibilizar la individualidad consecuente que la vertiente del derecho romano supone, con la protección del derecho familiar del derecho germánico. Hemos visto cómo las instituciones, según el momento histórico y la necesidad de supervivencia de una sociedad, son valoradas en forma completamente diferente.

Consideramos, frente al derecho de toda persona a disponer de sus bienes, la prevalencia del interés familiar y de las necesidades de una sociedad de pervivencia.

Es de temer que, en contra de esos dos principios, puedan influir actualmente el renacimiento del liberalismo y del individualismo que mellan bases éticas de solidaridad y otorgan libertad total por el testador y, por ende, una flexibilización extensa en demasía.

Simultáneamente aparece la inquietud en algunos doctrinarios de incluir la separación de patrimonios como una opción para los futuros cónyuges.

Llama la atención que en otros países -incluidos algunas de Latinoamérica- la evolución del derecho se produce en sentido contrario al señalado.

La separación de patrimonios en muchas de ellos era el régimen legal. Ahora se trata de abandonarlo y sustituirlo por regímenes que se aproximan más a los de ganancialidad y participación en las ganancias.

En algunos países nórdicos y en Estados Unidos se evidencia una gran preocupación ante los efectos del divorcio y/o las crisis familiares. Se trata de encontrar y retornar, en su caso, a sistemas de protección de la familia, dejando de lado los regímenes de separación de bienes o la aptitud de testar libremente. Se trata de disminuir los efectos negativos de las situaciones mencionadas, ya sea sobre los miembros de la pareja o sobre sus hijos.

En el Código español la libertad de testar se encuentra limitada por el respeto a la legítima; inclusive conserva actualmente la institución de la mejora.

Suiza conserva también la institución, si bien ha aumentado la porción disponible.

En la reforma de 1975, en Italia se habla de la finalidad ética de la comunidad de bienes. Se decía que el régimen de comunidad permite garantizar a los esposos no tanto la igualdad formal pero sí la igualdad sustancial. Y en el derecho de sucesiones la reforma conservó la categoría de herederos reservatarios, estableciendo la porción disponible en la mitad si el padre tiene un solo hijo y de dos tercios si fueran dos sus descendientes.

En Noruega se ha buscado privilegiar a la cónyuge otorgándole derechos que en última instancia limitan la facultad de disposición post mortem.

En Francia se ha considerado la importancia de asegurar principios de solidaridad hacia aquellos prójimos ligados al de cujus por la fidelidad concreta de la vida, "un mismo hogar, un mismo fuego". Asimismo se considera importante la institución puesto que favorece la supervivencia de determinados bienes de producción.

En nuestro país, la ley 17711, hito importante en la historia de nuestro derecho civil, introdujo reformas a la legítima, pero las mismas, lejos de debilitarla, tendieron a una mejor aplicación del derecho y, por ende, a su fortalecimiento. Dichas modificaciones se refieren al momento en el cual debe determinarse el valor de las donaciones, acercándolo al tiempo de la apertura de la sucesión; a las transferencias ocultas o simuladas, estableciendo presunciones para determinados actos y a la legitimación activa para ejercer las acciones de reducción de las donaciones inoficiosas.

Las argumentaciones precedentemente expuestas. el estudio del derecho comparado y, en especial, las características socioeconómicas y culturales de nuestro

país, nos llevan a ratificar nuestra posición en el sentido de mantener la institución de la legítima dentro de nuestro sistema normativo.

Consideramos, pues, que el régimen sucesorio, que reconoce la sucesión legitimaria dejando a salvo los derechos de los herederos forzosos y admite un derecho de legar limitado, es el sistema más conveniente y así debe ser receptado por el derecho positivo. Se armonizan en debida forma los derechos del individuo propietario y los derechos de los integrantes de la familia. También el derecho de propiedad, en este supuesto, se encuentra imbuido de un concepto fundamental: la propiedad acuerda derechos pero también crea obligaciones.

III. Cabe ahora reflexionar sobre la posibilidad de modificar el quantum de la porción disponible. Se ha dicho que dentro del contexto del derecho comparado la porción disponible de nuestro Código es la menor, y es cierto. Ya Bibiloni propició en el año 1936 que la porción disponible fuera de un tercio.

En el derecho alemán, brasileño y venezolano la porción disponible alcanza un cincuenta por ciento. En algunas legislaciones se establece una porción disponible variable de acuerdo con el número de hijos. Creemos positivo aumentar la porción disponible, siguiendo la posición de Bibiloni, a un tercio cuando existan hijos.

Un tema a considerar -que dejo como motivo de reflexión- podría ser la introducción de la mejora. Recordemos que es todo beneficio que el causante otorga a favor de uno de sus herederos legitimarios en perjuicio de los otros.

Institución típica del derecho español, en el cual aparecen la porción legítima dividida en legítima corta, estricta o rigurosa y legítima larga.

Podría ser que con una elaboración muy cuidadosa, llegare a ser un instrumento que contemple y articule en debida forma esos dos intereses que nunca deben estar en pugna:

el respeto a la libertad de un individuo -aún en lo que respecta a la disposición de sus bienes mortis causa- y la protección de la familia.

IV. Pasaremos brevemente a considerar otro de los temas que entrarían dentro del ámbito de flexibilización. Siguiendo a Fornieles podemos recordar que las solemnidades testamentarias son, sin duda, indispensables y prescindir de ellas acarrearía los mayores trastornos.

Como ha enseñado Ihering, las formas jurídicas se imponen ya que el derecho no podría vivir sin ellas, pero por lo mismo que en este campo tienen tanta prevalencia y su omisión puede ocasionar daños irreparables, deben admitirse tan sólo aquellas que sirvan racionalmente para asegurar la verdad y autenticidad del acto, sin introducir otras trampas que se conviertan en engaños.

La ley argentina está imbuida de un rigor extremo, imponiendo formalidades inútiles. En especial cuando sienta el principio que su observancia debe resultar del testamento mismo, sin que sea permitido ninguna prueba externa. Lo que decide es lo ritual; se aleja así al derecho de la vida creando interpretaciones ficticias. Lo que debe buscarse es que la seguridad de la voluntad del testador sea la misma que la que expresa el acto supuestamente impugnado. Debemos tender a una flexibilización de las formas en materia testamentaria buscando un sistema que proteja del fraude, de la violencia, de la inducción, de las eventuales presiones que pueda sufrir la persona que teste, puesto que ella no está para controlar el cumplimiento de su voluntad. Todo ello supone crear un sistema normativo que no se convierta en un semillero de nulidades que en última instancia pueden transformarse en verdaderos despojos de la voluntad.

Nuestra jurisprudencia ha sufrido largos períodos en los cuales los jueces se han arrogado la facultad de desconocer la clara voluntad del causante en mérito de un rigorismo ritual en respeto de la solemnidad del acto.

Consideramos, como así lo ha señalado la mayoría jurisprudencial en forma reiterada, que debe predominar el favor testamenti; Si caben dos interpretaciones de las cuales una favorece la validez de la cláusula en discusión y la otra lleva a su ineficacia, el intérprete debe inclinarse por la primera.

La voluntad es el alma del testamento, es ella sola la que crea y modifica las disposiciones.

Planteamos como inquietud la posibilidad de flexibilizar los requisitos solemnes de nuestra ley. En ella se establece que la observancia de los principios debe resultar del mismo testamento, sin que sea permitida ninguna prueba externa. Cabe preguntarse si aquellas circunstancias que pueden ser acreditadas por algún elemento externo no deben ser admitidas por la ley. Un ejemplo de lo dicho y que produjo numerosos fallos injustos fue el hecho de no haberse señalado en el instrumento la edad de los testigos sino haber manifestado solamente que eran mayores de edad. Consideramos que debe aceptarse en casos como el señalado u otras similares lo que denominamos pruebas externas.

No deseo extenderme más sobre las dos últimas temáticas comentadas, ya que las mismas serán abordadas por los otros panelistas.

V. La posibilidad de testar libremente no está dentro de nuestras costumbres; si buena parte del hábito de otras sociedades distintas, con relaciones familiares diferentes; y no estoy vertiendo un juicio de valor al respecto.

Si contáramos con una investigación sociojurídica, se podrá arribar a una modificación de la ley que interprete el sentir de la población y contribuya al mejor desarrollo de los individuos y de sus relaciones familiares, con el sentido económico que tiene una institución que genera efectos de tipo patrimonial.

DOCTOR ALTERINI.- Tiene la palabra la doctora Levy.

DOCIORA LEVY.

Si bien no me voy a referir en profundidad a la libertad de testar, si quisiera hacer algunas reflexiones sobre algunos núcleos temáticos puntuales. Instituciones que existen en nuestro derecho que, considero, habría que reinterpretarlas, o bien proponer su modificación.

Se trata de dos grandes temas. Ampliación del ámbito de la acción del testador - autonomía de su voluntad- y aumento en la certeza de su real voluntad. Qué es lo que puede hacer el testador y cómo se puede interpretar mejor lo que el testador quiso hacer.

En cuanto al aumento de la esfera de acción, quisiera dejar planteados algunos puntos acerca de la institución de la sustitución de herederos. Sabemos que, en nuestro derecho, sólo se permite la sustitución vulgar, lo que no ocurre si observamos la legislación comparada. Creo que vale la pena reflexionar sobre la sustitución pupilar. Así, otorgar al padre posibilidad de darle un heredero al heredero, tal el caso de un hijo con discapacidad mental,

muerto antes de recuperar su capacidad o que no hubiera testado en un intervalo lúcido según el supuesto de que se tratare. El reconocimiento que existe actualmente desde lo social y, en algunas cuestiones, desde lo jurídico, tiene que hacer reflexionar

sobre este asunto y no atarnos a soluciones legales como la vigente, es decir permitir únicamente la sustitución vulgar.

¿Qué pasa con la desheredación? Parece un instituto petrificado. Es oportuno tener en cuenta que toda vez que la ley 23264 incluyó en el Código Civil el artículo 3296 bis, el cual regula una nueva causal de indignidad, sería adecuado modificar de igual manera el régimen de la desheredación. Esto es, incorporar como causal de desheredación la negativa a prestar alineamientos entre ascendientes y descendientes y viceversa, independientemente de los derivados de la patria potestad, a sea la obligación alimentaria derivada del parentesco, de carácter asistencial. Asimismo, podría incluirse como nueva causal de desheredación la privación de la patria potestad. No se me escapa la dificultad que esta nueva regulación puede plantear en cuanto a la pérdida o privación de la patria potestad en la medida que el padre o la madre la recuperaran posteriormente. Sin embargo, veo posible la modificación en el caso de que no la hubieran recuperado al momento de la muerte del testador. Considero que la desheredación ofrece una solución más simple que la indignidad; además puede haber revocación -entre comillas- por la mera reconciliación, sin necesidad de un nuevo testamento.

Otro tema a considerar es el de la porción por testamento. No es una cuestión de fácil tratamiento, pero con la nueva estructuración de los patrimonios en forma de sociedades, ya sea por cuotas o por acciones, creo que es un instituto que hay que recuperar, probablemente con algunas modificaciones de su régimen legal para lograr una ampliación en las facultades del testador a través de una mayor flexibilización en la forma de partir su patrimonio. Tengo similar opinión en lo que se refiere a la porción por ascendientes -por donación-, pero no me voy a referir a ello en esta oportunidad. Sin embargo, vale la pena destacar el impedimento que, en este tema, existe cuando está vigente la sociedad conyugal y hay bienes gananciales. Es un obstáculo importante pero habría que buscar la forma de regular eficazmente la porción por testamento durante el matrimonio. Las Jornadas de Santa Fe realizadas en 1990 recomendaron y apoyaron la posibilidad de partición por testamento aún cuando esté vigente la sociedad conyugal. En tal caso no creo posible, según la normativa vigente, un testamento conjunto; pero se puede pensar en una cláusula similar, como señala Guastavino, por ejemplo para evitar un pacto de herencia futura. En este momento no tengo la solución pero creo que la partición por testamento es un tema que vale la pena reconsiderar en pos de lograr mayor motivación en lo que hace al acto de testar.

El otro aspecto al que quiero referirme es el aumento de certeza en cuanto a la real voluntad del causante. Cómo puede saber mejor el juez qué quiso expresar el testador.

En primer lugar, tomemos el tema de la revocación legal del testamento por patrimonio posterior. Más que un supuesto de nulidad parece ser de extinción o caducidad. Habría que analizar dos casos. El primero es el supuesto de concubinato anterior, contemporáneo a la facción del testamento. La labor jurisprudencial, luego receptada por la ley 23515, modificó la solución del Código en el caso de matrimonio la extremis cuando se celebra para regularizar una situación de hecho -concubinato- en el sentido de la no exclusión del cónyuge en lo referente a su vocación hereditaria. En igual sentido habría que analizar la situación de quien vive en concubinato o unión da hecho y luego contrae matrimonio; parecería que, en tal caso, el testador ha tenido presente el nuevo matrimonio, por tanto no resulta conveniente la ineficacia del testamento. Recordamos un fallo de la Cámara Civil Sala D. Del año 1963, por el que se estableció la voluntad firme del testador de beneficiar a sus hermanas antes de contraer matrimonio,

ya que el causante había consignado 'que todo lo expuesto está en pleno conocimiento de la que será mi esposa. quien no se ha opuesto a ninguna de estas cláusulas". Si bien se trató de una manifestación unilateral, la cónyuge había consentido el contenido de las cláusulas, su validez: en cuanto a la forma, se resolvió que sólo podría ser atacado por vía ordinaria y no en el sucesorio.

Responsabilidad del legatario de cuota. Parece adecuado establecer su responsabilidad de acuerdo con su cuota: asimismo, puede ejercer todas las acciones que la ley le permita, como si fuera heredero. El artículo 3499 dispone que los acreedores se podrán dirigir contra él por la parte correspondiente o sólo contra los herederos. Esto supone una molestia e inconvenientes para el legatario. En juicios importantes tiene que incurrir en gastos, por ejemplo de honorarios para defenderse, porque aunque a veces es citado como tercero, actúa como parte. ¿Fue la voluntad del testador crearle problemas al de cuota? Si se pagan las deudas y el patrimonio disminuye, disminuirá también se canta. pero no tiene sentido hacerlo partícipe y darle legitimación pasiva en los juicios que los acreedores de la sucesión entablan contra él o los herederos del causante. Si el animus donandi es un acto de pura liberalidad, no estaría en la voluntad del testador someter al legatario de cuota a una acción parecida a la de los herederos, cuando no es tal y no puede ejercer todas las acciones que sí pueden incoar éstos -ej.: supuesto de herederos forzosos-.

Por último, en cuanto a las condiciones impuestas a la disposición testamentaria, si son física o legalmente imposibles, nuestra ley no diferencia. En ambos supuestos la disposición es ineficaz. En el derecho francés así como en la legislación española se tiene por no puesta la condición. No corresponde, a nuestro juicio, dar idéntico tratamiento a ambos supuestos, si lo que se pretende es certeza acerca de la real voluntad del testador. En el caso de las condiciones imposibles -tocar el cielo con las manos, en el ejemplo del Codificador- pareciera lo adecuado anular la disposición; en cambio, si se trata de condiciones ilícitas, es la condición la que se debe tener por no puesta.

Este criterio está basado, como antes se dijo, en la mejor interpretación de la voluntad del testador, al margen de otro tipo de valoración (aplausos).

DOCTOR ALTERINI. -Tiene la palabra la doctora Biscaro.

DOCTORA BISCARO.

El tema propuesto para las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, nos permite repensar sobre los principios y requisitos que rigen la sucesión testamentaria. Cada vez se plantea con mayor frecuencia, en virtud de los cambios de costumbres producidos en la sociedad, la necesidad de revisar los principios que rigen en nuestro derecho en materia sucesoria.

Sea que se elimine lisa y llanamente la legítima -según la opinión de algunos estudiosos del derecho-, sea que se reduzca -en opinión de otros-, todo apunta a dar mayor libertad de testar al causante. Lo cual significa la necesidad de un replanteo de la sucesión testamentaria.

Lo cierto es que la sucesión testamentaria no cuenta con arraigo en nuestras costumbres. Pero si desde la doctrina se plantea la inquietud de modificar la legítima y

esto es receptado legislativamente, ello impulsará a cada uno a disponer de sus bienes mediante testamento.

Cabe así preguntarnos, frente a una reforma legislativa, ¿qué sucede con las solemnidades que impone la sucesión testamencaria? No voy a referirme a las formas ordinarias o especiales de testar, sino a las formalidades que cada modalidad testamentaria impone para sí y que no son aplicables a otras.

Entiendo que no pueden dejar de existir las formalidades o solemnidades. Y que cuando se piensa en la actualización o flexibilización de las formas de testar no se está queriendo dejarlas de lado. Cuando Josserand promovía la desolemnización de los testamentos, sostenía que la verdadera reforma legislativa en esta materia no se alcanzaría con meras simplificaciones de las solemnidades, sino que es necesario hacer funcionar el principio de la finalidad perseguida por la ley al establecer las formas testamentarias.

Esta finalidad consiste no sólo en afianzar la voluntad del causante, sino también en asegurar que la última voluntad, que ofrezca caracteres serios y se halle libre de captaciones y violencia, sea amparada por el ordenamiento jurídico. Lo tuitivo que implica la solemnidad legal nunca debe convertirse en un elemento destructor de la voluntad del de cujus.

En este sentido podemos señalar que con respecto a la firma del testamento, es discusión totalmente superada el requisito que se debe firmar con nombre y apellido completo y en caracteres alfabéticos. Una reforma legislativa debería suprimir esto, disponiendo que la firma es la que habitualmente la persona usa en sus actos públicos y privados, pues no es frecuente ver firmas con el nombre y apellido, sino que lo que se observa habitualmente es un dibujo. Sin dejar de desconocer que si la firma de una persona, de manera habitual, consiste en la escritura de su nombre y apellido, esto debería ser admitido como tal. En cambio, no creemos prudente admitir como firma la media firma e inicialización.

La firma debe expresar la voluntariedad. Y la voluntariedad se manifiesta cuando el otorgante suscribe su declaración de voluntad con el trazo grafológico que habitualmente utiliza.

La suscripción con el nombre y apellido, si ésta no coincide con su rúbrica, no contendrá su firma y no podrá ser tenida como tal. Si se aparta del modo de suscribir es porque no ha resuelto, al menos en ese momento, manifestar su voluntad definitiva. Distinto sería el supuesto de un seudónimo, apodo o nombre artístico, cuando la persona firma de esta forma en sus actos. Tal modo de suscribir, cuando esto es público, debe tenerse como su firma.

En cambio, no pueden considerarse firma expresiones como "tu padre" o "vuestro padre", tal como la dispone el derecho italiano. el cual considera firma "cuando se designa con certeza la persona del testador". Este tipo de expresiones podría dar lugar a mayores cuestionamientos, haciendo necesario recurrir a pericias caligráficas para determinar si la firma corresponde al testador.

Otro tema que nos interesa tratar es la fecha en los testamentos ológrafos. Esta forma testamentaria que permite con facilidad la meditación y elaboración del contenido de sus disposiciones, su revocación y también se libre modificación, presenta el inconveniente de que puede ser sustraído luego de la muerte del testador, sin que queden constancias del mismo. Pudiendo ser alterado su contenido, falsificado e incluso antedatado.

De allí que la fecha del mismo resulte un tema de ardua discusión, tanto en la doctrina francesa, como en nuestro derecho.

La fecha debe estar compuesta del día, mes y año. De allí que la falta del día en que el testamento fue redactado produce la nulidad del mismo, en virtud de que las formalidades que se establecen son *adsolemnitatem* y no *adprobationem*.

Opina Borda que las finalidades más rigurosas tienen siempre una finalidad, una razón de ser. Una norma carente de todo fundamento y toda justificación, no sería ya una norma jurídica sino pura arbitrariedad y como tal inconstitucional.

¿Cuál es, desde esta perspectiva, la finalidad de la exigencia de la fecha?

Es la necesidad de saber si el testamento es la expresión de la última voluntad del causante y si éste era capaz al momento de otorgarlo.

Pero si el testador no ha otorgado otro testamento en el mismo mes y año, si no se ha cuestionado su capacidad, la omisión del día en que lo otorgó carece de toda trascendencia, de todo significado jurídico. La precisión del día del otorgamiento puede ser indispensable en el caso que haya otro testamento fechado en el mismo mes y año, o que en ese tiempo el testador haya sido declarado demente.

La falta de fecha ocasiona en principio la nulidad del testamento, pero si el tribunal, teniendo en cuenta los términos concluyentes, inequívocos, motivados del testamento, y apoyado en pruebas externas llegara a la conclusión de que ésa fue la voluntad del testador, debe convalidarlo como tal.

En este sentido, un fallo de la Cámara Civil de la Capital resolvió la validez de un testamento totalmente carente de fecha. En la especie se trataba de una causante soltera, sin parientes con vocación hereditaria, ni problemas de salud mental, que dejó la casa a una amiga. El juez de primera instancia había declarado la nulidad del testamento, decisorio que fue revocado por la Cámara.

En este sentido, sostiene el Dr. Durañona y Vedia, que puede admitirse como válido en cuanto a sus formas en testamento ológrafo sin fecha, que cumpla con los otros dos requisitos -la escritura y la firma-, si en el caso no se concreta ninguno de los extremos en que reside la finalidad que el legislador ha tenido en cuenta al incluir el requisito omitido: la necesidad de establecer la capacidad del testador por razón de su edad o de su estado mental.

La necesidad de la fecha debe ajustarse a la finalidad que el legislador ha tenido en cuenta al incluirla como requisito en el testamento ológrafo.

En este sentido nos parece una solución adecuada, en vistas a una futura reforma, la propuesta del anteproyecto de 1954, el cual disponía que el testamento ológrafo debía ser escrito en signos alfabéticos y todo entero fechado y firmado por la mano del mismo testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida todo el contenido del acto. Sin embargo, la ausencia o deficiencia de la fecha no perjudica el testamento, sino cuando deban dirimirse controversias cuya solución dependa del tiempo en que el testamento ha sido hecho.

El criterio a utilizar cuando se piensa en la flexibilización de la sucesión testamentaria es aquel tendiente a hacer efectiva la voluntad del testador, lo que no significa liberalizarlo de las solemnidades sino permitir al juez una mayor libertad de interpretación de la voluntad de aquél, encaminada a hacer efectiva, justamente, esa voluntad.

Finalmente quisiera referirme a la edad para disponer por testamento. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3614 del Código Civil se requiere la edad de 18 años para

disponer por testamento. A partir de la sanción de la ley 23264, el art. 286 dispone que los menores adultos no requieren de la autorización de sus padres para testar.

El tema ha generado un arduo debate en doctrina -a partir de la reducción de la edad- al permitir que menores que tal vez no estén plenamente formados, puedan disponer de su patrimonio.

En este sentido considero atinado el pensamiento doctrinario que se inclina por considerar que, al no haberse derogado el art. 3614, la edad para testar debe mantenerse en los 18 años.

Siendo el testamento un acto de tanta trascendencia en la vida de una persona, resulta sorprendente la reforma introducida en el art. 286 del Código Civil. De allí que pensamos que una reforma legislativa en la materia debería hacer coincidir la edad para testar con la mayoría de edad, sea ésta los 21 años, o, eventualmente, los 18, como se propone. Pero considerando, en uno u otro caso, que la capacidad para testar debe coincidir con la edad en que la persona adquiere plena capacidad para todos los actos de su vida (aplausos).

DOCTOR ALTERINI. -Tiene la palabra el doctor Marcos Córdoba.

DOCTOR CORDOBA.

Quienes me precedieran en el uso de la palabra se refirieron a la legítima y creo que resulta difícil no hacer una referencia al tema.

En los últimos tiempos, entre nosotros, el que más enfáticamente defendió la idea de introducir la mejora estricta en la Argentina fue el doctor López Cabana, y también fue motivo de la última Jornada Nacional de Derecho Civil. Creo que la introducción de esta mejora, como en el derecho español, no es conveniente en nuestro derecho, y quiero explicar por qué.

Toda nuestra estructura jurídica tiende a la protección familiar, a la unidad de la familia y a la armonía de las relaciones jurídicosociales. La introducción de este tipo de mejora implicaría dar una parte de la porción legítima de los descendientes para mejorar a otros, y no puedo dejar de verlo de otra forma que como un despojo creador de conflictos familiares y no como una solución a éstos.

Existen distintas posturas. Andrés Bello decía que, a pesar de que legislaba las legítimas, se oponía a ellas, porque provocaban discordias familiares, ya que había que someterse a dificultosas particiones. Sin embargo, el mismo argumento es utilizado por quienes dicen que debe existir la legítima, que no se debe disminuir y que no se debe introducir la mejora estricta. El mismo fundamento que utilizaba válidamente nuestro Codificador Vélez Sarsfield.

No podemos dejar de atender que existe una tendencia en nuestro derecho que lleva a la disminución de las legítimas. No es una tendencia nueva pues ya la comisión creada en 1926, que termina su informe en 1936, proponía como reforma legislativa la disminución a dos tercios de la legítima de los descendientes, a un medio la de los ascendientes, dejando en el medio al cónyuge. También así lo propuso Bibiloni en su proyecto. El año pasado recibió sanción en la Cámara de Diputados un proyecto que prevé esas mismas porciones.

En la nota de elevación que hacen los diputados a este proyecto indican que han optado por esa disminución de las porciones legítimas y no por la mejora estricta, precisamente por esa idea de despojo que puede aparecer en las relaciones familiares.

En definitiva, creo que el régimen legal imperativo debe subsistir, aunque tal vez permitiendo esa flexibilización.

Quisiera referirme a un tema de forma. Lo que ha estructurado Vélez Sarsfield está muy bien armado. Todos los mosaicos del Código funcionan bien y, como decía la doctora Minyersky, es la parte del derecho que menos modificaciones ha sufrido. Inclusive, muchas de esas modificaciones del derecho sucesorio han sido mediatas, es decir, que el fin inmediato del legislador era otro distinto, pero provocó un cambio en el sistema sucesorio.

Prueba de ello es la igualdad de la filiación que consagra la Ley 23264, que genera la modificación del art. 3410 ya que se le da la posesión hereditaria de pleno derecho a aquellos que nacieron fuera del matrimonio.

Pero a pesar de que este sistema funciona, hay algunas cosas que la doctrina y la jurisprudencia nos han ido enseñando. Además, en 123 años cambiaron las circunstancias sociales, lo que permitiría usar ciertos medios que en el momento de sanción del Código eran poco seguros y hoy son más eficaces.

El art. 3651 no permite testar por acto público ni al sordo, ni al mudo, ni al sordomudo.

Esto puede ser modificado. No encuentra la justificación para no permitirle al mudo testar por acto público, ni siquiera en aquella época, ya que puede entregar al escribano las disposiciones por escrito, que es una de las formas que el mismo Vélez prevé en el art. 3656; o puede darse a entender mediante un intérprete del alfabeto sordomudo. Por otra parte, el incapaz no es el sordomudo que sabe darse a entender de alguna forma, sino aquél que no sabe, que no puede manifestar su voluntad.

Esta propuesta no tiene nada de novedoso, pues el anteproyecto de la comisión de 1926 lo preveía en su art. 2018, haciendo referencia al art. 54 de la misma iniciativa legislativa, donde señalaba que eran incapaces aquellos sordomudos que no supieran darse a entender de ninguna manera. Lo que nuestra estructura jurídica en su conjunto protege es a aquel sordomudo que no puede expresar inequívocamente su voluntad, de modo que no se requiere que sepa darse a entender por escrito.

Estas son las pequeñas correcciones que podrían introducirse a la obra de Vélez, en la medida en que las circunstancias han ido variando y hoy contamos con medios que dan más seguridad.

De cualquier manera, las formas solemnes deben ser respetadas en este tipo de transmisión de bienes, porque el propósito es garantizar que la voluntad del testador sea expresada con juicio y en forma mesurada.

En el derecho comparado -Suiza y Dinamarca- encontramos la posibilidad de testar oralmente. Sin embargo, Vélez en la nota al art. 3607 del Código se expresó en contra de esta forma, ya que le parecía poco seguro dejar librada la voluntad de un moribundo a la frágil memoria de los testigos. En los países mencionados, ese modo de testar está sumamente limitado: a los casos de epidemia o guerra, fuera de los cuales no existe la posibilidad de testar de ese modo. Además, el testamento efectuado por ese medio tiene una vida muy corta: en Suiza de 14 días, y en Dinamarca de 6 semanas, términos que se cuentan desde que cesaron las causas que impidieron testar en la forma

ordinaria. Para nuestra sociedad, no es necesario impulsar una idea de ese tipo porque no perseguiría la búsqueda de una solución, sino un intento de trascendencia personal.

El sistema de Vélez es correcto y funciona bien, y lo que se pueden hacer son algunos ajustes, gracias a las nuevas circunstancias que vivimos (aplausos).

DOCTOR ALTERINI. -Tiene la palabra el doctor Jorge Azpiri.

DOCTOR AZPIRI.

Voy a referirme a dos temas, uno circunstancial y otro de fondo. El tema circunstancial es el de la cuota de la legítima vigente en la actualidad, cuya disminución se propone con bastante asiduidad considerándose que es exagerada y que no hay ejemplos similares en la legislación comparada.

Hablar de un porcentaje es arbitrario: ¿es mucho cuatro quintos, dos tercios o un medio? Si repasamos la legislación comparada encontramos porciones legítimas -y por ende porciones disponibles- para todos los gustos. Los códigos de Alemania, Brasil y Venezuela tienen una porción disponible del 50 por ciento; un tercio de porción disponible tienen Perú, Puerto Rico y España, con posibilidad de mejora. Otros países tienen porción legítima variable -por la tanto porción disponible variable-, de acuerdo con la cantidad de hijos: en Italia y Portugal, si se tiene un hijo la porción disponible es de la mitad. y si son dos a más hijos es de un tercio; en Uruguay y Francia, si se tiene un hijo es la mitad, dos hijos un tercio, y tres o más hijos es de un cuarto. En Suiza la porción disponible es de un cuarto y en nuestro país, de un 20 por ciento.

De manera que hay una absoluta variedad de legítimas -y por lo tanto de porciones disponibles- en la legislación comparada. No podemos decir cuál es mejor porque, en definitiva, todas son arbitrarias, la única explicación racional que encontré es una vieja posición sustentada por Molinario a fines de la década del 50, donde decía que la legítima era un sistema que evitaba la libre disponibilidad de los bienes por parte del dueño para después de su muerte. Entonces se preguntaba cuánta es la limitación que puede sufrir una persona en la disposición de sus bienes. El ejemplo que ponía era que el dueño de los bienes tenía que pagar una parte de ellos como impuesto y dejaba de disponerlos libremente porque hay una razón de orden superior que se los quita; y el límite constitucional fijado por la Corte Suprema para afectar el patrimonio con impuestos es del 33 por ciento, superado el cual sería confiscatorio. Molinario decía entonces que si para los impuestos no se tiene la libre disponibilidad del 33 por ciento, entonces la cuota legítima tendría que tener una solución similar. Este es el único fundamento que le da algún viso de razonabilidad a la cuota legítima; lo demás es arbitrario, y pueden ser cuatro quintos, dos tercios, un medio, es decir, entramos en el campo de la subjetividad que da para cualquier opinión sin mayor fundamento.

Si mantenemos este sistema de legítima, la porción tiene que sufrir una disminución importante, porque estamos sosteniendo una cuota de cuatro quintos que viene de la segunda mitad del siglo VI. El rey Chindasvinto -reivindicado por Belluscio y citado por Ovsejevich en la Enciclopedia Jurídica Omeba-, estableció la cuota de cuatro quintos de legítima para los descendientes, al tiempo que incorporó la mejora dentro de la legislación española. Entonces, no podemos mantener esa legítima cuando ahora la realidad es muy diferente de la de aquella época.

El segundo tema que deseo plantear consiste en repensar la institución de la legítima en función de nuestra realidad. Si repensamos y flexibilizamos la legítima, estamos repensando y flexibilizando todo el derecho testamentario; y si eliminamos la legítima, estamos dando amplia libertad dentro del derecho testamentario.

Como bien señaló la doctora Minyersky, la ley debe reflejar la realidad. Nosotros nos encontramos con dos realidades completamente diferentes de las que tuvo Vélez en el momento de legislar y de la que había en los antecedentes legislativos que él consultó, ya que no innovó mayormente con respecto a la legislación vigente antes de la sanción del Código Civil.

Actualmente la familia es completamente distinta. Sin hacer juicios de valor, no se da la familia para toda la vida, ni aquella en la que abuelos, padres, hijos y nietos continúan viviendo en las grandes casas y donde hay una solidaridad familiar claramente manifestada. Hoy los chicos entre 18 y 25 años se van a vivir solos y forman sus propias familias; los matrimonios se desunen y las parejas vuelven a casarse; hay hijos de un matrimonio y de otro e hijos comunes. Es una realidad totalmente distinta, que crea afectos diferentes y una situación que Vélez no pudo imaginar. Por eso no podemos tener tan claramente esquematizados los afectos presuntos del causante como los previó Vélez al organizar la familia en el régimen del Código. No sabemos a quién quiere más el causante, si al hijo del primer matrimonio, al del segundo, o al hijo de la esposa. No hay una regla fija y ello significa un cambio sustancial en la forma de regular la sucesión intestada y la sucesión intestada legitimaria.

También los bienes son distintos y tienen otra importancia que la que tenían cuando Vélez legisló. En aquel entonces el patrimonio inmobiliario era fundamental y de mayor valor; la familia crecía y se enriquecía a través de la posesión de bienes inmuebles. En la actualidad siguen teniendo importancia, pero no en la misma medida. Hoy los grandes patrimonios están colocados en valores mobiliarios, en acciones, y las reglas de transmisión de éstos bienes son totalmente diferentes de las de los inmuebles. Por lo tanto, la posibilidad de resguardar una parte importante de estos bienes para los herederos forzosos es más difícil porque hay muchas más posibilidades de eludir la protección de la ley.

En base a estos dos elementos que son sustanciales para pensar de nuevo esta institución, vamos a reflexionar sobre las razones que se han dado para justificar la legítima.

Una de esas razones -expresada con mucho énfasis por la doctora Minyersky- es la solidaridad familiar, que se plantea fundamentalmente después del fallecimiento del causante, que por una curiosa paradoja no se da en la misma medida en vida de aquél. Cuando una persona vive con su familia alrededor, sólo tiene obligaciones que nacen de la solidaridad familiar y se pueden exigir cuando hay una situación peculiar. Por ejemplo, si hay hijos menores, o miembros de la familia mayores pero incapaces, la solidaridad familiar se materializa a través de la obligación alimentaria. Esta es la protección que se da a la familia en vida del causante. Después de muerto, se le da una protección más amplia.

¿Cuál es la razón de ser de esta solidaridad familiar? Estando en vida, el causante podía gastar sus bienes sin darle nada a su hijo mayor de edad -a pesar de que sufriera necesidades- en la medida en que éste fuera apto para generar bienes: pero resulta que, para después de muerto, el causante no puede disponer libremente de sus bienes y tiene que dejar una porción sustancial -como son los cuatro quintos- para que obligatoriamente

la reciban quienes la ley presume que son sus afectos. No me parece que sea exacto el reflejo de la solidaridad familiar tal como está legislada en este caso.

¿Hay solidaridad familiar si tengo un hijo rico y un hermano indigente al que le paso alimentos, y cuando yo muera todos mis bienes van a pasar al hijo rico y a mi hermano sólo le podría tocar un 20 por ciento en caso de existir testamento? Resulta que después mi hijo no va a tener la obligación alimentaria respecto de mi hermano, porque no existe tal obligación entre sobrino y tío.

¿Cómo se protege a la familia con el sistema de la legítima? Se protege a un heredero por el solo hecho de ser hijo. No se tiene en cuenta si es mayor o menor de edad, si es capaz o incapaz, si es rico o pobre, si vivía o no con el causante, si ayudó a formar el patrimonio familiar o entorpeció y se peleó con el padre: el hecho de ser hijo es el único elemento que se considera para darle una parte sustancial del patrimonio.

Estamos juzgando en abstracto, en base a afectos presuntos, cuando quizás el afecto expreso del causante es distinto. Podría suceder que quisiera favorecer a uno de sus hijos porque tiene menos posibilidades para desenvolverse en la vida, a diferencia de otro hijo que sea rico; incluso a este hijo podría ser que no le interesaría recibir nada del padre. En su anteproyecto, Bibiloni señala como argumento para disminuir la legítima el deseo de hacer mayor justicia entre los hijos, debido a desigualdades entre ellos y a los distintos comportamientos.

Por eso el argumento de solidaridad familiar planteado en abstracto, tal como está legislado en el Código, no tiene entidad como para justificar a la legítima como institución. Sí pensaría en la posibilidad de dar mayor libertad de testar al causante, imponiendo a los herederos testamentarios una obligación alimentaria respecto de quienes el causante tenía esa obligación en vida y efectivamente la venía cumpliendo. Si el testador tenía hijos menores, que subsista la obligación alimentaria hacia ellos. Entonces sí existiría solidaridad familiar, no en este sentido teórico en que está planteada.

Otro tema para tener en cuenta es que en nuestro país, en la actualidad, la expectativa de vida es de 75 años para la mujer y 70 para el hombre, muy diferente de la que existía en la época de Vélez y mucho más distinta de la existente cuando se legisló la legítima que nos rige. Si tomamos el caso general, más allá de alguna situación anormal que puede haber, cuando fallezca una persona dejará hijos entre 40 y 50 años, es decir, personas adultas, con familia, que pueden haber generado su patrimonio. Esos hijos pueden estar en una actitud positiva frente a la vida, no esperando la herencia sino generando sus propios bienes: o bien pueden tener una actitud negativa, de no hacer nada a la espera de que las padres mueran y reciban su parte del patrimonio.

Creo que es disvalioso tener una sociedad donde los hijos especulan con la muerte de sus antecesores para recibir bienes, y donde esa expectativa la impone la propia ley. Ello además limita las posibilidades de esfuerzo privado para generar bienes y realizarse como personas adultas, autónomas y capaces.

Otro argumento para sostener la limitación de la posibilidad de testar es que el patrimonio familiar puede quedar en cabeza de una a pocas personas, y por ello la ley, a través de la institución de la legítima, contribuye a dividirlo entre los herederos. con lo cual fomenta la difusión de la riqueza. Esto no necesariamente es así, porque la legítima se asigna por orden sucesorio y no por la cantidad de herederos de ese orden. La legítima será cuatro quintos así haya un heredero o diez. De manera que no hay una relación directa entre la división de la herencia y la legítima. Podemos estar de acuerdo a no con que haya un heredero, pero la legítima no tiende a fomentar la división del

patrimonio entre los posibles herederos. Por otra lado, nadie se escandaliza en este momento cuando quedan solamente parientes colaterales y hay libertad de testar, que se imponga un solo heredero y el patrimonio pase a nombre de una sola persona y no se produzca la división de la herencia.

Otro argumento en contra de la libertad de testar y a favor de la legítima es que el causante puede sufrir influencias indebidas porque generalmente cuando testa está en el ocaso de su vida y es probable que se tuerza su voluntad y se favorezca a alguien ajeno al núcleo familiar más cercano. Este mismo argumento se puede utilizar cuando una persona deja solo parientes colaterales y, por lo tanto, puede testar libremente y ahí podría darse el caso de captación de herencia; sin embargo, nadie se rasga las vestiduras porque haya un testamento hecha a favor de un extraño.

Por supuesto que la trascendencia de dejar el patrimonio a un extraño será mayor en el caso de que el causante deje hijos, pero para eso existen normas que protegen la libre expresión de la voluntad del testador y anulan los actos jurídicos viciados por coacción, captación de herencia, dolo, violencia y error.

De manera que, si no está en juego la solidaridad familiar, si no hay una razón de orden político, si no hay posibilidad de torcer la voluntad del testador, si el artículo 14 de la Constitución dice que todo habitante tiene derecho a usar y gozar de su propiedad, y el artículo 20 garantiza a los extranjeros el derecho a testar y casarse conforme a las leyes, entonces tenemos que ver en qué medida limitamos esta libertad de testar.

Mi opinión -personal y minoritaria- es que sólo se justifica la limitación a la libertad de testar cuando hay una razón concreta y efectiva, basada en la solidaridad familiar. Y la única limitación que creo admisible es que haya un heredero que sea menor o incapaz y en vida del causante haya merecido la asistencia de éste. Fuera de éstos casos, una persona que ganó su patrimonio lo puede disponer en vida y también tendría que poder hacerlo para después de su muerte.

Creo que la poca utilización del testamento -tal como refería la doctora Bísvaro-, se debe a que sólo se puede disponer de un 20 por ciento del patrimonio, además de ser un acto que no está dentro de nuestras costumbres. Por otro lado, la larga tradición en materia de herencia legitimaria en nuestro país, hace que no estemos acostumbrados a ejercer la libertad.

Aquí está en juego un principio fundamental. Entre una cuestión de orden económico y una que hace a la libertad, no le tengo miedo al ejercicio de la libertad. Prefiero que haya testamentos que sean invalidados por vicios del consentimiento pero que exista libertad, y no que haya restricciones basadas en razones teóricas o tradiciones porque no nos hemos puesto a repensar si con la sociedad actual, con la estructura familiar de estos tiempos y con la consolidación de la libertad en nuestro país, se justifica mantener una institución como la legítima que tendría que haber sido modificada o suprimida (aplausos).

Participante.- Con respecto a las reflexiones de la doctora Levy, las considero muy atinadas, y recuerdo en este momento un artículo de Eduardo Zannoni sobre sustitución fideicomisaria y si se debe mantener la solución que consagra nuestro derecho. Zannoni hace una investigación del derecho comparado -especialmente del alemán y español- y señala que la sustitución fideicomisaria no es tan mala como parece en el art. 3724 y en su nota, y que se la podría llegar a incorporar limitándola a un plazo de 20 años.

En cuanto a la exposición de la doctora Bísvaro y a la comparación entre el art. 286 y 3614 del Código Civil, sobre edad para testar, creo que la ley 23264 adecuó el art. 286 al ejercicio de la patria potestad por ambos padres, imponiendo la autorización de ambos para poder estar en juicio y manteniendo el resto del texto original, con algunas adecuaciones. Este tema fue objeto de tratamiento en un encuentro jurídico notarial realizado en San Martín, provincia de Buenos Aires, en 1987 -en el que tuve la fortuna de participar-, donde los escribanos querían ampliar la posibilidad de testar también a los menores adultos. Se hizo la recomendación de que el art. 286 no podía tener preferencia sobre el art. 3614, no sólo por la ubicación de cada norma -el art. 286 se refiere a patria potestad y el 3614 se encuentra en la Sección primera del Libro cuarto, referida a testamentos- sino también porque quizás la interpretación correcta del art. 286 sea autorizar al menor adulto a testar en sentido amplio, como acto de última voluntad, en relación con lo que se menciona inmediatamente antes, que es el reconocimiento de hijos. Segovia había dicho que el menor adulto podía testar siempre que tuviera 18 años.

Con respecto a las exposiciones de los doctores Córdoba y Azpiri, sería impertinente de mi parte enfrentar la posición de la eliminación de la legítima, o por lo menos de un condicionamiento bastante grande de ella, pero tengo una posición tomada en el sentido de que debe mantenerse, reduciendo las porciones. Coincido en que los porcentajes son arbitrarios. El doctor Azpiri ha citado el magnífico trabajo de Ovsejevich en la Enciclopedia Jurídica Omeba, y allí se explican las razones para mantener la legítima. Es cierto que existe un principio constitucional de libre disposición de la propiedad, y también lo admite el Código; sin embargo, hay limitaciones en cuanto a la función social de la propiedad, tema que también tiene que ser analizado. El problema de la solidaridad familiar puede ser debatido largamente, pero no quiero asumir una posición demasiado crítica en esta charla.

DOCTORA LEVY.- No estoy de acuerdo con la supresión de la legítima. Creo que es un instituto que, en definitiva, protege a la familia. Sin embargo, si soy partidaria de reducir la porción legítima, que es muy alta en nuestro derecho, con el fin de dar mayor libertad al testador para disponer de sus bienes.

Si bien la familia actual no es la misma que en la época de Vélez Sársfield, hay algunas situaciones que deben ser amparadas por la ley. En tal sentido, creo que hay que mantener el instituto, sobre todo en el caso de los hijos. No estoy de acuerdo con el Dr. Azpiri en cuanto a que la ley debe otorgar absoluta libertad al testador, y que en el supuesto de que sobrevivan hijos menores de edad, éstos pueden recibir una prestación alimentaria, obligación que pesa sobre quien recibe los bienes. Yo no puedo desarrollar mi posición en el tema en esta oportunidad. En síntesis, no adhiero a la supresión de la legítima hereditaria pero sí creo que sería adecuado revisar la legislación, con miras a una modificación en cuanto a su extensión desde un punto de vista cuantitativo.

DOCTORA MINYERSKY.- Me llaman la atención las palabras del Dr. Azpiri. Dio la impresión de que en nuestra sociedad hay numerosos pleitos, tensiones y disputas en la familia debido a la forma en que Vélez legisló sobre las sucesiones. Si observamos las planillas de informática de la Cámara Civil, notaremos que son pocos los pleitos que se generan por conflictos derivados de la muerte de una persona. Con todo el respeto que me merece el colega Azpiri, creo que en algunos aspectos ha efectuado una interpretación un poco simple, porque los hijos no están esperando la muerte de sus

padres en general, a menos que lo hagan porque exista la legítima. Además pienso que no es lo mismo una legítima del 50%, que una del 33% o del 20%.

A mi juicio, el derecho de familia y el de las sucesiones se interrelacionan en forma inescindible, van creando una especie de trama que nos impregna, que flota en el espíritu y crea en el imaginario social principios éticos de solidaridad. No se trata de buenos comportamientos para que a los 40 años mi padre me beneficie con la herencia. La sociedad es un entretejido de situaciones de mucha mayor complejidad que conllevan principios éticos que se traducen en las conductas de las personas.

Los conflictos sucesorios se pueden plantear en un sector reducido de la sociedad, que es el que posee más bienes, porque en el resto de la población la sucesión será por bienes de poco valor. Mi experiencia profesional y el análisis de las planillas de informática me indican que las cuestiones sucesorias conflictivas son muy pocas. Quizás es que el conflicto no se evidencia, pero la forma de medirlo es recurriendo a las estadísticas, de la misma manera que para ver qué sucede con la familia acudimos al Registro Civil y estudiamos la curva de matrimonialidad y la de divorcialidad.

Me preocupa la tendencia que existe a producir nuevas figuras jurídicas - regímenes de separación de bienes con opciones, modificación de la legítima- que al parecer, no obedecen a necesidades e inquietudes reales de nuestra sociedad.

la legítima cumplió una función importantísima en cuanto al progreso económico y los cambios sociales. Por eso señalaré brevemente lo que sucedió en la Revolución Francesa con la eliminación del mayorazgo y los privilegios de los nobles. El establecimiento de la legítima y de la restricción para testar, conllevó la división de la tierra y el progreso económico mundial. Podría ser que en cierto modo fuera necesario repensarla, para su modificación, no para su eliminación.

Además la posibilidad de mover enormes capitales a través de sociedades anónimas, empresas transnacionales, fuga de capitales al exterior, es justamente la que lleva a ratificar la necesidad de una legítima; en ese caso algunos bienes podrán quedar a resguardo de la familia. La familia es un grupo que solidariamente pervive y no creo que las nuevas familias se vean perjudicadas por esto. Justamente la equiparación de los hijos dará tanto valor y derechos hereditarios a unos como a otros.

Su modificación fundamental y posible sería aumentar la porción disponible.

Doctora Levy.- No soy partidaria de que la legítima tenga que desaparecer, porque creo que protege a la familia y también el legislador tiene que cuidar algunas situaciones que se plantean.

Sí soy partidaria de reducir la legítima -que es muy alta- con el fin de darle mayor facultad al causante para disponer de sus bienes. Si bien la familia no es la misma de la época de Vélez, hay algunas situaciones que hay que proteger. Hay que mantener la legítima, sobre todo si hay menores, y no me gusta la solución que plantea el doctor Azpiri en cuanto a que, en ese caso, subsista la obligación alimentaria en cabeza de quien reciba los bienes. Tengo un claro sentido de la responsabilidad, además de la solidaridad, y soy responsable por mis hijos porque yo elegí traerlos al mundo. Entonces, si eventualmente aparece un conflicto y cambio de idea, que haya en tercero -el legislador- que los proteja. Lo mismo para el caso de la legítima de los ascendientes, porque a pesar de que la ley de la vida indica que primero mueren ellos, puede suceder que el hijo fallezca joven, y se debe pensar en qué situación quedan los padres.

Por estas razones no adhiero a la supresión de la legítima, aunque sí creo que habría que bajar las porciones.

DOCTOR AZPIRINI.- Creo que estamos en posiciones bastante antagónicas. Reconozco que mi postura es absolutamente minoritaria. Yo defiendo la posibilidad de elegir, y si una persona, en honor a la solidaridad familiar no quiere testar, que no lo haga. Pero me resulta chocante, de acuerdo con mi forma de pensar, que me impongan el heredero, en una forma tan amplia como la que existe en nuestro país. Por un lado, existe la voluntad expresa y, por otro, la voluntad presunta; yo prefiero -aun a riesgo de que haya algún caso donde pueda haber una razón que justifique la designación de un heredero- respetar la voluntad expresa, en lugar de que a aquél que ha generado un patrimonio no se le permita disponer de él y se le imponga un heredero que quizás no quiera.

Esto me hace acordar a que cuando se estaba por incorporar el divorcio a nuestro derecho, se afirmaba que todo el mundo se iba a divorciar. Se divorcian los matrimonios cuando tienen conflictos. Del mismo modo, va a testar quien tenga razones para dejar de lado a la familia, pero no porque exista esta posibilidad de elegir van a quedar desprotegidas todas las familias. Si la familia ha sido solidaria y ha llevado la situación patrimonial a un grado óptimo, el causante no va a testar y regirá la sucesión intestada. Además, todos sabemos que si hay voluntad de dejar afuera a la familia, el causante recurrirá a un abogado y ocultará su patrimonio en sociedades anónimas, o en sociedades constituidas en el exterior, o en fideicomisos en el extranjero.

DOCTOR CORDOBA.- Creo que no estamos en posiciones tan antagónicas, sino que hay puntos de coincidencia. Existe una coincidencia absoluta en cuanto a que las porciones de legítima establecidas en la ley resultan excesivas.

No creo que la ley presuma los afectos reales sino que indica cuál es el afecto que cree más conveniente para las relaciones intersociales o interfamiliares.

DOCTOR ALTERINI.- Pido un aplauso para los expositores (aplausos).

Tema: TRANSPORTE EN EL MERCOSUR

Relatora: PROFESORA DOCTORA SARA FELDSTEIN DE CÁRDENAS.

Coordinador: DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO  
PROFESOR DOCTOR JORGE H. ALTERINI

Fecha: 2 DE NOVIEMBRE DE 1994

DOCTOR ALTERINI.- Comenzaremos la mesa redonda relativa al tema previsto para el derecho internacional privado, el Transporte en el Mercosur, habiendo quedado