

# ¿Hacia una reforma de la legítima?\*

Julio C. Capparelli

Ha llegado el tiempo de pensar en un sistema de protección del interés familiar y de tutela de los más desprotegidos que se aleje del primitivo molde de la legítima, ya que resulta inadecuado y contrario a la justicia. La existencia de la familia, como comunidad de personas ligadas por un vínculo jurídico, en su consideración desde el ángulo del derecho, y su importancia justifican el principio de protección consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Esto también debe darse en el derecho de las sucesiones. Sin embargo, la protección debe adaptarse a las necesidades y a los tiempos.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La autonomía de la voluntad. 3. Las nuevas realidades familiares. 4. Soluciones al problema

## 1. Introducción

En un trabajo anterior nos ocupamos del tema, señalando brevemente el origen de la institución, los distintos sistemas de legítima, el sistema argentino y los problemas que presenta y concluimos en una propuesta de cambio.<sup>1</sup> El tema propuesto para las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil para la comisión de sucesiones “La legítima” nos lleva a continuar con nuestra reflexión.

Queremos señalar, al menos, dos cambios importantes que se han producido desde la sanción del Código hasta nuestros días: uno jurídico y otro social. En el ámbito de lo jurídico, las reformas más importantes se han dado en el derecho de familia, que está íntimamente relacionado con el derecho de las sucesiones. El derecho de familia es una de las ramas del derecho que mayores mutaciones ha tenido. Pasó de ser un derecho en el que primaba el orden público, tanto en los efectos personales como en los patrimoniales, a emerger en su seno el tema de la autonomía de la voluntad. Curiosamente, en las cuestiones personales es donde más se ha notado, dado que el

\* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, año LXXVII, n° 178, 24/9/2013.

I. CAPPARELLI, Julio C., “La legítima, el lugar que debe ocupar en nuestro derecho”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, *La Ley*, octubre 2011, n° 9, p. 163.

aspecto patrimonial, si bien ha recibido modificaciones, no se ha actualizado.

El derecho sucesorio, en cambio, se ha mantenido más fiel al primitivo esquema del Código. Es verdad que se introdujo el tema del beneficio de inventario y que también se quebrantó el principio de la intangibilidad de la legítima, al permitirse el caso del bien de familia, la indivisión forzosa por diez años, el derecho de habitación viudal y –más recientemente– la constitución del fideicomiso testamentario. Sin embargo, el esquema básico de la legítima se mantuvo como principio rector, limitando la libertad de testar cuando existen herederos forzosos.

El Proyecto de Código Civil que aún tiene estado parlamentario se centra en la persona y prioriza su autonomía. Es uno de los principios rectores de la reforma propuesta. No obstante, ello no se traduce en el derecho sucesorio que ha sido siempre el más conservador. Los cambios son leves y en el tema de legítima, tímidos.

Las reformas legislativas y nuevas propuestas doctrinarias surgen al considerar los profundos cambios producidos en la sociedad, al advertirse que las viejas normas no resuelven adecuadamente las nuevas situaciones.

Goldschmidt enseñaba que las normas deben tener presente la realidad social, si bien no han de adaptarse simplemente a lo que acontece sino que deben procurar la justicia. Son tres realidades que se interconectan: la realidad social, las normas que la rigen y la búsqueda de lo más justo.<sup>2</sup>

Siguiendo esos lineamientos, queremos ocuparnos una vez más del tema de la legítima. No debemos tener un derecho sucesorio ajeno al principio de la autonomía de la voluntad, que no tenga en cuenta las nuevas realidades familiares y que no procure soluciones más justas.

## 2. La autonomía de la voluntad

Si el derecho tiene como eje principal la persona, ha de procurar valorarla, respetarla, consagrar sus derechos. Uno de ellos es el de propiedad. La Constitución Nacional, en su artículo 17, consagra la inviolabilidad de la propiedad, confiriendo al titular del derecho su pleno goce y ejercicio, con las restricciones que correspondan dentro de un marco de razonabilidad y en aras de otros principios de igual o superior grado.

2. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, El Derecho, 1970.

Durante su vida, las personas pueden ejercer sus derechos y en los contratos el principio rector es el de la libertad. El límite está dado por las cuestiones de orden público.

En cambio, en lo que respecta a la disposición de sus bienes para después de su muerte, parece que el principio se invierte. Ya no es la persona la que goza de libertad, sino la ley la que determina lo que debe hacerse con muy escaso margen para la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad.

Si el derecho sucesorio es el último en ser modificado, en éste el derecho testamentario es el que ocupa el último lugar.

El rigorismo formal en los testamentos llega a excesos notables. La solemnidad de la forma en el caso de la escritura pública lleva a la nulidad del acto si no son tres los testigos –antes sólo podían serlo los varones–, si no se domicilian en esa jurisdicción, si son ascendientes o descendientes del testador aunque no reciban beneficio en el testamento, si el testamento no es leído por el escribano, si los testigos no son de su conocimiento. Hay actos jurídicos de enorme trascendencia que son eficaces y no requieren testigos. El derecho no se ha adaptado a nuevas situaciones, así por ejemplo, el caso de quien no puede comunicarse dictando un testamento o escribiéndolo, pero que por medio de los avances tecnológicos, puede manifestar su voluntad a través de una computadora que de algún modo lee lo que quiere expresar y permite exteriorizar su voluntad.

El instituto de la colación establece la igualdad entre los herederos forzosos y permite reclamar el valor a aquél que ha recibido por vía de donación lo que se considera un adelanto de herencia. Muchas veces, la tan mentada igualdad es ajena a la justicia porque no está fundada en igualdad de circunstancias. Frecuentemente quien reclama la colación del valor de una donación a su coheredero, por su parte, ha recibido ayudas dinerarias que el demandado por colación conoce, pero no puede probar. Las costumbres familiares llevan a no instrumentar las donaciones de dinero efectivo, salvo por razones tributarias.

El límite de mayor rigor está dado por la legítima, tal como la tenemos legislada en la Argentina. Se ha utilizado el criterio más duro, que suma al *relictum* el *donatum*, razón por la cual las donaciones se convierten en actos pasibles de toda sospecha y se ve paralizada en buena medida la libre circulación de los bienes. Con la amenaza de una posible acción de reducción, aun cuando el donatario sea un heredero forzoso, como algunos doctrinarios propician, los padres ya no estarían

en condiciones de favorecer a sus hijos efectuándoles donaciones. Parece que con ese criterio se procura que los hijos esperen a la muerte de sus padres para verse favorecidos con los bienes que hubieran podido recibir en vida de ellos.

Esta concepción, en la cual quiere defenderse al máximo el derecho de los herederos forzosos, lleva como lógica consecuencia a limitar enormemente el derecho de las personas para disponer de sus bienes para después de su muerte, sea por actos entre vivos o por medio del testamento.

Sólo se privilegia la autonomía de la voluntad de aquellas personas que no tienen herederos forzosos. El derecho testamentario parece dirigirse sólo a ellos. Los demás, que son mayoría, sólo pueden hacer lo poco que el legislador dispone. Hay otro que piensa por él. En el fondo yace aquí un mensaje descalificatorio para la persona. No se cree en ella o bien se presume su mala conducta, su ánimo de perjudicar al núcleo familiar. Y como todos son tenidos por sospechosos, a todos se les priva de libertad.

A esto hemos llegado. ¿No habría que pensar de otra forma? ¿No habría que creer que las personas ordinariamente no van a querer perjudicar a sus hijos, a sus padres o a su cónyuge? ¿No habría que admitir que quien quiere desheredar, habiendo tan pocas causales, tiene muchas otras alternativas si lo desea? Basta consultar cualquier manual o tratado de sucesiones para poder leer algunas páginas dedicadas al fraude a la legítima, a la utilización de sociedades con los fines para los cuales no han sido creadas, a las infinitas posibilidades de tomar caminos oblicuos para burlar la ley.

En muchos casos los medios de protección de la legítima, como el caso de preterición de heredero forzoso o la acción de reducción se muestran poco eficientes.

Lo paradójico de la cuestión es que ante una ley que en este campo está presumiendo la mala fe del testador y armando un andamiaje de defensa, cuesta mucho encontrar estos casos al recorrer los repertorios de jurisprudencia, particularmente de acciones de reducción. O bien el malvado causante logró su cometido por otra vía, o no era tan malo y parece que suele disponer de sus bienes a favor de aquellas personas con las que lo unen vínculos de parentesco y de afecto.

La experiencia de años de profesión prueba que quienes quieren testar no dejan de lado a sus hijos, aun ingratos, y que

si tuvieran las manos libres siempre proveerían algo para ellos, distribuyendo con mayor justicia, con la sabiduría del buen padre de familia. Muchas veces he escuchado de padres que llegan a la consulta, frases tales como “yo no quiero dejarlo sin nada, no quiero perjudicarlo” o bien “nuestra relación fue complicada, pero no por eso lo voy a privar”.

En general, los límites están dados por situaciones más duras, la de aquellos cuyos hijos ya no tienen contacto ni se interesan por sus padres, que no los visitan ni asisten en la enfermedad, que no se comunican de ninguna manera, pero siempre se presentan al momento en que se produce la muerte, no para llorar, sino para celebrar, para “hacer valer sus derechos”. ¿Cuáles? Los que surgen de ser simplemente hijo, ya que ante su inconducta no existe reproche jurídico, a menos que haya llegado al extremo de haber querido quitar la vida de su padre o madre, o de haberle provocado lesiones físicas. Los dolores del alma no cuentan en nuestro derecho.

Es hora de volver a creer en el hombre, a reconocer sus derechos, a aceptar su capacidad para distribuir las cosas rectamente, existiendo siempre la posibilidad de poner límites para los casos que así lo justifiquen. Es hora de volver a la libertad de testar.

### 3. Las nuevas realidades familiares

Sin entrar a establecer clasificaciones sobre los distintos tipos de familia, que llevan a algunos autores a sostener la casi imposibilidad de definir a la familia,<sup>3</sup> vamos a centrarnos en el aspecto económico que es lo que ha dado mayor sustento al sistema de legítima consagrado por nuestra ley.

Si pensamos en la familia que colabora en la producción de riqueza parece que la consecuencia lógica es la de favorecer a quien se ha esforzado en esa tarea. Existen familias de este estilo, pero no es la característica de la mayor parte de las familias actuales. Quizás el hombre de campo, el chacarero que contó siempre con la colaboración de sus hijos en todas las tareas podría justificar el sistema de legítima que tenemos. Los hijos son más brazos para compartir el trabajo y hacer fructificar la tierra. Lo mismo podríamos aplicar a cualquier emprendimiento, como el de algunas familias en las que todos trabajan en el negocio. Los bienes no podrían, no deberían tener otros

3. GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico. Una aproximación casuística”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, n° 5, junio 2012, p. 55.

destinatarios. En esos casos seguramente se planificará la herencia teniendo en cuenta ese esfuerzo.

Pero no siempre es así. En otros casos la colaboración es parcial. Algunos miembros de la familia trabajan en el negocio familiar y otros toman otros rumbos. Ahí empiezan a plantearse los problemas entre los que entienden del negocio y procuran la continuidad de la empresa y los otros, que sólo tienen un interés pecuniario y preferirían la liquidación de todo. Los estudiosos del derecho societario se ocupan del tema de la conservación de la empresa, de su continuidad con los parientes que efectivamente entienden y se interesan y del modo de darles o los otros bienes suficientes sin alterar la marcha de los negocios.<sup>4</sup>

En la mayor parte de las familias, las cosas se presentan de otro modo. Los cónyuges trabajan cada uno en lo suyo, los hijos hacen lo propio, cada cual toma su rumbo. Durante la infancia y la adolescencia y aun entrada la juventud, estas familias son consumistas, no aportan riqueza, la gastan. La colaboración en la creación de riqueza no existe, salvo la ayuda por lo que significa para cada uno la pertenencia familiar, el sostén humano, y el acompañamiento en las vicisitudes de la vida. Pero nada tiene que ver con la producción de un patrimonio a compartir. En todos estos casos, no hay razón alguna para ir contra la autonomía de la voluntad y contra el derecho de propiedad.<sup>5</sup>

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que la familia está dotada de una estructura de amparo mediante el derecho alimentario, ya sea entre cónyuges, respecto de sus hijos menores, incapaces, de los demás parientes con los requisitos de exige la ley.

Esta es la cuestión a tener en cuenta. Si durante la vida la legislación ha previsto en qué casos existe un derecho y una obligación alimentaria, igual criterio debe sostenerse para después de la muerte.

Quien requiere ser amparado, podría ver frustrada su asistencia en caso de muerte del obligado a proveerlos si éste hubiera dispuesto de sus bienes a favor de otras personas, a menos que sea una carga de la sucesión el cumplimiento de la obligación, como ya lo establece el artículo 208 para el caso de separación personal del artículo 203 por enfermedad mental o adicción.

4. SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, "Instrumentos jurídicos para alcanzar la 'sucesión anticipada' o 'alternativa al testamento' del patrimonio familiar", y GLIKIN, Leonardo J., "Planificación sucesoria para la continuidad de la empresa", en Carregal (dir.), Mario, *Planificación patrimonial y sucesoria*, Buenos Aires, Heliasta, 2012.

5. AZPIRI, Jorge O., "Planificación sucesoria y legítima", en Carregal (dir.), Mario, ob. cit. (cfr. nota 4), pp. 121-126.

Este debería ser el límite. Conviene tener presente además que en la mayor parte de las sucesiones, actualmente los causantes, son de avanzada edad y los herederos forzosos no suelen ser hijos menores o incapaces, cuya protección nadie cuestiona, sino personas de más de cincuenta años que seguramente han logrado su propia posición económica. No necesitan ser protegidos, sino que acuden esgrimiendo simplemente el título de pariente de grado próximo o como heredero forzosos. No existe razón social alguna para privar a la persona de su libertad de testar en estas circunstancias. Esto vulnera el derecho constitucional de propiedad sin procurar beneficio social. Es más, si una persona de mucho dinero quisiera disponer buena parte de sus bienes a favor de instituciones de bien público, teniendo herederos forzosos no podría hacerlo. Estos herederos podrían ser ricos y enriquecerse aún más por el esfuerzo ajeno y podrían impedir la ayuda a instituciones muchas más necesitadas y merecedoras de ayuda económica. Considerando incluso el ámbito de una familia común, tampoco un abuelo podría instituir herederos a sus nietos, quizás más necesitados de amparo, por no poder dejar de lado a sus hijos. A veces éstos no cumplen con su obligación de cuidado y sostén de sus propios hijos y son los abuelos los que deben velar por el bienestar de sus nietos.

#### **4. Soluciones al problema**

Podríamos decir que existen tres tendencias con respecto a la legítima. Los que propician la conservación de la legítima tal como está legislada, los que creen que el sistema es perfectible mediante el debilitamiento de nuestra legítima y los que postulan su reforma, no su supresión.

##### *4.1. La conservación del sistema*

Ya hemos expuesto nuestra crítica al sistema actual. Ciertamente, hay muchos que temen la más mínima modificación porque quizás piensan que de esta manera se sostiene la unión y protección de la familia.

Puede ser que en algún caso ocurra así, pero lamentablemente este sistema, además de ir contra la libertad de planifica-

ción sucesoria, sólo tiene en cuenta el amparo de los herederos forzosos.

Hemos señalado que muchísimas veces no requieren tal amparo, que otras el reparto más equitativo estaría previsto por el propio testador y que cuando existe conflicto, éste es el punto de partida de la división, no sólo de los bienes, sino de la familia, cuyos miembros tienen a disposición las armas que les da el derecho para la pelea, para hacer aflorar envidias, celos, avaricia y otras mezquindades a niveles poco imaginables.

#### 4.2. *El debilitamiento del sistema*

Buena parte de la doctrina se inclina por una modificación de nuestra legítima pero manteniendo su estructura básica, con algunos arreglos, unos referidos a una ampliación de las causales de indignidad y desheredación y otros referidos a una disminución de la cuota de legítima.

En las conclusiones de las *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, desarrolladas en Córdoba en el año 2009, se aprobó referido al régimen único de causales de indignidad y desheredación “el abandono voluntario y malicioso, teniendo por comprendidas en la desheredación las causales de indignidad” y se propuso como redacción del artículo 3747 del Código Civil el siguiente texto:

Los herederos forzosos pueden desheredarse mutuamente por las siguientes causas: 1) injurias graves, 2) atentado contra la vida, 3) abandono voluntario y malicioso, 4) las demás causales previstas para la indignidad.

Este despacho fue aprobado por unanimidad.

Al reconocer que nuestro derecho exhibe las cuotas más altas de legítima, en contra de la libertad de disponer de los bienes por causa de muerte, conservando el sistema de legítima actual, proponen su reducción.

En las citadas *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, esto fue aprobado por unanimidad. La mayoría propuso reducir las cuotas a 2/3 para los descendientes, mitad para los ascendientes, y mantener en mitad al cónyuge.

Es interesante notar que por unanimidad se aprobó que “deben regularse como asignación forzosa las prestaciones alimentarias *post mortem*”.

Esto nos hace pensar que está naciendo una tendencia a una flexibilización de la legítima que va más allá de la reforma del régimen existente.

#### 4.3. *La reforma del sistema*

Si bien resulta difícil modificar las cosas que han sido aprendidas, adoptadas y repetidas casi dogmáticamente, pienso que ha llegado el tiempo de pensar en un sistema de protección del interés familiar y de tutela de los más desprotegidos que se aleje del primitivo molde, ya que resulta inadecuado y contrario a la justicia.

La existencia de la familia, como comunidad de personas ligadas por un vínculo jurídico, en su consideración desde el ángulo del derecho, y su importancia justifican el principio de protección consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Esto también debe darse en el derecho de las sucesiones. Sin embargo la protección debe adaptarse a las necesidades y a los tiempos.

La consideración de la familia nuclear o más cercana, como es la constituida por los ascendientes, descendientes y el cónyuge, no implica necesariamente la utilización de los medios de protección que existen actualmente en nuestro derecho.

La limitación a la autonomía de la voluntad y la protección del núcleo familiar que así lo requiera, debe consistir en el mantenimiento de las prestaciones alimentarias que el causante tenía durante su vida. Esta obligación se trasmite a los herederos instituidos en beneficio de los acreedores de la obligación alimentaria.

Tal es el sistema de México, Distrito Federal, y de los países centroamericanos que han optado por el respeto a la libertad y han abandonado las reglas estereotipadas e inflexibles que nosotros hemos conservado.

Esto implica un cambio porque quienes son amparados ya no son los herederos forzosos, sino quienes pueden ser acreedores de alimentos y las personas más vulnerables, que a veces son los ancianos, los que en nuestro sistema sucesorio quedan desamparados si el causante tiene descendencia, cuyos derechos se priorizan aunque a menudo no requieran protección.