

Análisis constitucional de la legítima hereditaria en la reforma del código civil y comercial

Grisetti, Ricardo

Publicado en: SJA 25/10/2017 , 4 • JA 2017-IV , 1071

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. Concepto de legítima.— IV. La regulación de la legítima en el Código Civil y Comercial.— V. Posiciones doctrinarias en torno a la temática en estudio.— VI. Postura personal.— VII. Conclusión.

Cita Online: AR/DOC/4021/2017

I. Introducción

Hemos sostenido, en un anterior trabajo [\(1\)](#) que el derecho sucesorio se entrelaza íntimamente con instituciones tales como la propiedad, la familia y el Estado. La cosmovisión que se tenga respecto del derecho de propiedad, la conceptualización de la familia, la posición que se asuma respecto del Estado, su organización y funciones, todos son elementos que juegan en la determinación del alcance y contenido de los derechos sucesorios. Como apunta certeramente Bettini [\(2\)](#), el examen de las doctrinas positivas y negativas —en torno al fundamento del derecho sucesorio— permite descubrir que la familia, la propiedad y la organización social se enlazan en éste y que han marchado juntas a través de los tiempos, con diferencias en su sistematización jurídica, pero solidarias siempre, obrando y reobrando unas sobre otras de acuerdo con las circunstancias históricas, de tal manera que afirmándose la sucesión como un hecho universal, conocido y practicado por todos los pueblos, reconocido por el derecho consuetudinario y por el derecho escrito, ofrece modalidades que muestran no sólo la variedad de soluciones sino también y esto es lo que importa para nuestro tema "la necesidad del derecho sucesorio". En tal sentido, señala Ghersi, que el derecho de sucesión es una consecuencia del derecho de propiedad, y nuestro Código Civil así lo reconoce a favor del individuo del derecho de dominio perpetuo y le presta su apoyo. Y no podría ser de otra manera de un sistema que está estructurado en función de una economía capitalista: SECAP [\(3\)](#).

II. Antecedentes

Salomón [\(4\)](#) refiere que en torno a la transmisión hereditaria las sociedades occidentales, a lo largo de su historia, se han debatido en la siguiente dicotomía: concebir un sistema en que la persona goce de amplias facultades para transferir libremente sus bienes para después de la muerte, sistema denominado de la "libertad testamentaria"; u optar por un sistema que ponga límites al testador en sus facultades dispositivas *mortis causa*, sistema que tiene expresión en las distintas variantes de la "herencia forzosa".

La generalidad de los sistemas jurídicos han seguido soluciones intermedias, bien sea reconociendo libertad testamentaria con la obligación de cumplir ciertas prestaciones en débito de los familiares más directos (obligación alimentaria), bien sea estructurando un esquema de herencias forzosas que, no obstante acuerde al causante la facultad de disponer de una porción de sus bienes.

En cuanto al funcionamiento de la transmisión hereditaria, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos han organizado el derecho sucesorio sobre base de dos grandes regímenes hereditarios.

En primer lugar, se observa un régimen basado en la previsión supletoria de la ley para aquellos casos en que el testador no haya expresado su voluntad, en todo o en parte, respecto al destino de sus bienes para después de su muerte. Esta modalidad se conoce como "sucesión intestada". Por otro lado, se encuentra un régimen en el que la transmisión hereditaria se produce de acuerdo a la expresa voluntad del testador expuesta en sus disposiciones de última voluntad, lo que tiene lugar cuando media la existencia de testamento válido. Este régimen es conocido como "sucesión testamentaria".

La legítima hereditaria es una institución jurídica que se inserta entre ambos regímenes sucesorios. Por un lado, la legítima hereditaria viene a profundizar el esquema de la sucesión ab intestado, al tornar forzosa e indisponible la asignación legal que ésta última significa en beneficio de ciertos herederos. Por el otro, la legítima hereditaria impone una fuerte restricción a las facultades del causante en la realización de su testamento puesto que se excluye de aquellas facultades una parte del patrimonio, a la que se le acuerda un destino "forzoso por previsión legal", destino que no puede ser mutado por voluntad del testador.

III. Concepto de legítima

La definición legal que nos da Vélez la encontramos en el art. 3591 que dice: "La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos". Se complementa con lo dispuesto por el art. 3592 del Código, al expresar que "tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior", nos pone en contacto con los herederos con "llamamiento imperativo"; es decir, los herederos forzosos o legitimarios. Para Borda, es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito. Aunque el Código dice que la legítima es una parte de la herencia (art. 3591), en rigor, el concepto es más amplio, porque para calcularla no se considera únicamente el patrimonio dejado al fallecer, sino también los bienes donados en vida por el causante. Por lo tanto, los herederos forzosos, no sólo pueden atacar el testamento que ha afectado su porción legítima, sino también las donaciones [\(5\)](#).

IV. La regulación de la legítima en el Código Civil y Comercial

En el Código Civil y Comercial, el art. 2444 determina que los legitimarios tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito. Y establece que estos son los descendientes, ascendientes y cónyuge, haciendo cesar toda discusión sobre si la nuera viuda sin hijos era legitimaria o no. El art. 2445 establece los porcentajes: "La porción legítima de los descendientes es de dos tercios $\frac{2}{3}$, la de los ascendientes de un medio ($\frac{1}{2}$), y la del cónyuge de un medio ($\frac{1}{2}$)".

Se ha establecido una modificación acorde a los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado, en defensa y protección de los discapacitados, habilitando al testador a hacer uso de la posibilidad de mejorar a uno de los herederos en el caso de que sea incapaz. Lo innovador es que la mejora no se concreta solo con la porción disponible, como ya lo contemplaba el art. 3605 del Cód. Civil, sino con parte de la legítima, tal como la legislación española lo contempla en todos los casos haya o no incapaces. El art. 2448 contempla que el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio ($\frac{1}{3}$) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con

discapacidad. Así, será beneficiado todo descendiente o ascendiente que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

La tutela a las personas con discapacidad -en materia sucesoria- debe superar el mínimo legal señalado en el art. 12 de la ley 26.378 cuando alude al derecho "a ser propietarios y heredar bienes". Debe abarcar tanto las normas de protección, apoyo, resguardo como las de flexibilización de las restricciones del derecho sucesorio, de tal manera que asegure la superación de los riesgos que emanan del estado de discapacidad de las personas ante la muerte de quien proveía a sus necesidades. La mejora al heredero con discapacidad, como los alimentos post mortem, parecen ser efectivos instrumentos para restaurar la situación patrimonial de la persona que dependía del causante (6).

Rolleri (7) explica que en relación con la totalidad de los sucesores, el flamante Código despliega principalmente, dos importantes cambios: la ampliación de las causales de indignidad y la eliminación del instituto de la desheredación. Menciona que la indignidad es una sanción legal operada mediante una sentencia judicial a petición de los legitimados activos, en virtud de la cual se excluye de la herencia al heredero o legatario que haya inferido al causante alguna de las ofensas tipificadas por la ley (8). La doctrina unánime acepta que las causales de sanción son de interpretación restrictiva, que están constituidos por hechos ofensivos o agraviantes contra el causante, tipificados taxativamente por la ley, no pudiendo ser ampliadas por los jueces (Lafaille, Landaburu, Borda, Zannoni, Maffia, Córdoba, Levy, Solari, Wagmaister, Azpiri). La indignidad estaba regulada en los arts. 3291 a 3296 bis del Cód. Civil, aunque erróneamente ubicada bajo el título de "incapacidad para suceder". De esta forma, el nuevo Código no sólo amplía, acertadamente, las causales de indignidad, sino que además aclara los efectos, extremos y legitimados de las mismas en función a lo que la doctrina, jurisprudencia y jornadas nacionales venían señalando de un tiempo a esta parte.

Uno de los temas más relevantes de la reforma al derecho sucesorio fue la decisión, equivocada según Rolleri (9), de la eliminación del instituto de la desheredación. Dentro de los fundamentos redactados en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación (Mensaje del PEN 884/12) se expresaba: "Introduce modificaciones a la redacción de las vigentes causales de indignidad sucesoria, en su caso, para adaptarlas a la denominación de los delitos en el Código Penal e incorpora un último inciso, vinculado a las causales de revocación de las donaciones, solución que permite derogar el régimen de la desheredación y, evitar, de este modo, una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas". Al respecto, Rolleri, considera totalmente desacertados los mismos, ya que contienen una grave confusión entre ambos institutos, sus fundamentos y efectos jurídicos. Si bien parte de la doctrina entiende que deben fundirse ambas figuras de la indignidad y la desheredación, ya que ambos tendrían el mismo efecto de exclusión del sucesor en la herencia del causante, no podemos dejar de mencionar que el resultado final no es el mismo, por lo cual los argumentos expresados en los fundamentos demuestran un grosero error conceptual (10).

El nuevo Código no sólo amplía, acertadamente, las causales de indignidad, sino que además, aclara los efectos, extremos y legitimados de las mismas en función de lo que la doctrina, jurisprudencia y jornadas nacionales venían planteando de un tiempo a esta parte. Sin embargo, uno de los temas más relevantes de la reforma al derecho sucesorio se refirió, a la eliminación del instituto de la desheredación. Dentro de los fundamentos redactados en

el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación (Mensaje del PEN 884/12) expresaban: "Introduce modificaciones a la redacción de las vigentes causales de indignidad sucesoria, en su caso, para adaptarlas a la denominación de los delitos en el Código Penal e incorpora un último inciso, vinculado a las causales de revocación de las donaciones, solución que permite derogar el régimen de la desheredación y, evitar, de este modo, una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas". La supresión del instituto de la desheredación merece, un análisis particular, ya que la regulación autónoma de la desheredación es el régimen predominante en las legislaciones que mantienen el sistema de legítimas (Código alemán, portugués, español, suizo, brasileño, colombiano, ecuatoriano, chileno, peruano, paraguay, uruguay), y fue mantenida en el Anteproyecto de 1954 y el Proyecto de la Comisión Federal aprobado en Diputados en 1993. Por otra parte, ha sido el criterio ratificado en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Córdoba en 2009, donde por mayoría se decidió mantener los dos regímenes, de indignidad y desheredación, en forma separada, y también en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 2013 en Buenos Aires, en las que se recomendó de forma unánime la reincorporación de la desheredación al que, en ese momento, era el proyecto de Código Civil y Comercial Unificado. Pérez Lasala, opina que si la legítima se funda en deberes de asistencia y afecto del causante hacia los legitimarios, la desheredación representa la dispensa de tales deberes, ante la existencia de una causa grave prevista en la ley. Si bien existen voces autorizadas que manifiestan que deben fundirse los institutos de la indignidad y la desheredación, ya que ambos tendrían el mismo efecto de exclusión del sucesor en la herencia del causante, no podemos dejar de mencionar que el resultado final no es el mismo, por lo cual los argumentos expresados en los fundamentos demuestran un grosero error conceptual.

V. Posiciones doctrinarias en torno a la temática en estudio

Salomón [\(11\)](#) menciona -entre otras- las siguientes posiciones doctrinarias, en torno a la temática en estudio:

Estrada [\(12\)](#) es el único estudioso del derecho público que realizó un estudio confrontativo y valorativo de la legítima hereditaria bajo el prisma constitucional. Bajo el influjo de la Constitución Nacional de 1853/1860 y la especial concepción liberal de la propiedad que aquella establece, es contundente y rotundo en su crítica: el Código Civil al establecer el sistema sucesorio de legítima hereditaria violenta totalmente la esencia del derecho constitucional de propiedad y por lo tanto agraviaba la manda constitucional de reglamentación de derechos (arts. 14 y 28, CN).

Echeverry [\(13\)](#), sostiene como tesis central de su razonamiento que "la legislación civil sobre herencias forzosas no es incompatible con la Constitución Nacional que reconoce como derecho individual la facultad de adquirir y disponer libremente de la propiedad. Sin embargo es injusta en las hipótesis que se indican, y aparte de esto, no responde a las necesidades de una buena organización de la familia ni a las condiciones políticas que ésta desenvuelve". Al fundamentar la corrección constitucional del Código Civil y el sistema sucesorio que instrumento, el autor lo vincula con la plena facultad que tiene el Estado de reglamentar los derechos individuales en la búsqueda del bien general, y que todos los derechos individuales tienen un "fin social" en sí mismo, vinculando a uno de los fines del derecho de propiedad con el fin de la realización de la familia.

Salomón [\(14\)](#) apunta que "el principio de razonabilidad en materia de reglamentación implica primordialmente que las leyes diseñadas por el Congreso —como órgano titular de la potestad reglamentaria— deban ser respetuosas y congruentes a la esencia y naturaleza

de los derechos constitucionales que regulan, evitando incurrir en restricciones arbitrarias que alteren la particularidad que los caracteriza a cada uno de ellos" (15). Añade que "en la búsqueda del bien común, a través del proceso reglamentario el Parlamento puede hacer uso de instrumento clave para asegurar determinados mínimos que deben ser cumplidos por la comunidad. Ese instrumento es la calificación de 'orden público' que se realiza sobre el todo o ciertas partes de una ley".

Arguye que, son tres los paradigmas constitucionales vinculados a la reglamentación que significa la legítima hereditaria: a) el axioma de la libertad y su expansión en la autonomía persona; b) el derecho de propiedad y las modalidades de su ejercicio; c) la protección integral de la familia en los tiempos actuales. Estos tres paradigmas constitucionales se encuentran yacentes y conectados bajo el diseño jurídico del "derecho constitucional a testar" (art. 20 CN) (16).

Menciona, en otra parte, entre varios planteos que realiza en torno a la regulación del Código Civil anterior que considera inconstitucionales: "la inconstitucionalidad del sistema legitimario argentino, se verifica claramente en todas las hipótesis en que la ley especifica la extensión de la legítima hereditaria: cuatro quintos (4/5) para los descendientes, dos tercios (2/3) para los ascendientes y un medio (1/2) para el cónyuge supérstite, lesionando dos de los derechos constitucionales vinculados con el instituto: el derecho de propiedad por incurrir la reglamentación en confiscatoriedad y el derecho a testar pues la regulación lo desconoce en su esencia".

Para concluir afirmando: "Propiciamos un sistema hereditario que tenga como régimen principal a la sucesión testamentaria, pero que a la vez de manera complementaria estatuya la distribución forzosa del patrimonio en el ámbito familiar. Postulamos el sostenimiento por el Código Civil del instituto de la legítima hereditaria como mecanismo legislativo adscripto al mandato de protección constitucional de los vínculos familiares y al axioma de la solidaridad familiar. Sostenemos, enteramente convencidos, que la extensión máxima de la legítima hereditaria no puede superar el tope del treinta y tres por ciento (33%) del patrimonio dejado por el causante, margen máximo tolerado por las pautas axiológicas e instrumentales establecidas en la Constitución Nacional... Impulsamos la incorporación de una norma que posibilite una asignación adicional a los herederos legitimarios que se encontraran en situación vulnerable, atendiendo para ello a especiales situaciones de hecho que puedan requerir una tutela solidaria complementaria. Requerimos como inexorable modificación legislativa el reconocimiento del beneficio hereditario a favor del compañero/a sobreviviente de unos de hecho estables en el sistema de distribución forzosa del patrimonio (legítima hereditaria). Planteamos la reformulación de la desheredación, la que debería estar caracterizada con una estructura abierta de las causales que tornan de más realizable procedencia el ejercicio de tal facultad del testador" (17).

VI. Postura personal

VI.1. Perspectiva sociológica

Liminarmente cabe plantear que, la figura del testamento, no parece ser un instrumento utilizado con frecuencia por las personas. Partamos de la premisa que en nuestro país, existe muchísima gente que ni siquiera tiene bienes, menos una propiedad, y que la redacción de un testamento requiere contar con medios económicos, cuando también sabemos, que en muchos casos, se instrumenta un boleto de compraventa para la compra de un inmueble. Entonces, cuando hablamos del "derecho a testar", pongamos las cosas en sus justos límites. Ello nos lleva a plantear, también la idea del "hombre medio" de lo que ocurre en la generalidad de los casos. Perspectiva, ésta no sólo desde el análisis de la

situación económica del país, y la costumbre inveterada de nuestro pueblo, que no tiene incorporado en su generalidad, la elaboración de un testamento, para dejar sus bienes, sino también, desde la afirmación que la ley rige para la generalidad de los casos. Asimismo, para los supuestos que no responden a ese hombre medio, están los institutos que permiten limitar y hasta anular los efectos de la legítima. (Léase entre otros, el instituto de la indignidad).

VI.2. La familia

Nadie tampoco puede discutir la existencia de la familia como institución, entendida ésta como la suma de voluntades que tiene por objeto una finalidad determinada, y en la que todos sus miembros, por así decirlo, tiran del mismo carro. Si bien puede admitirse que el progenitor (dentro del esquema patriarcal que aún conserva, en algunos aspectos en nuestra sociedad) es el que aporta su trabajo para generar un patrimonio, coadyuvan en ese emprendimiento, en términos generales, los demás integrantes de la familia, aunque fuere compartiendo el criterio de gastos del jefe de familia. Esto no significa desconocer la existencia de nuevas formas familiares. Pero creemos, que no obstante ello, el criterio de familia como institución, sigue vigente en la familia argentina (y no obstante, muchos no pasen por el registro civil) (18).

VI.3. El argumento de la voluntad presunta del causante. Perspectiva ideológica

La postura de Machado, quien denosta la legítima, no puede aceptarse, ya que normalmente durante su vida, el padre que puede ayuda a sus hijos. No puede decirse que el patrimonio es suyo es de la familia. Esta posición conduce al individualismo extremo. Y nos lleva a un plano, que a nuestro criterio, tiñe todo el derecho, y en particular ésta rama del derecho, lo ideológico. Este aserto, puede advertirse con sólo observar, quienes no receptan la legítima, esto es, los países del *common law*. En tanto los países de raíz continental, si la receptan. No se puede negar, el espíritu, por ejemplo, el sueño americano, que se erige sobre el individualismo más extremo. Aclaremos que no queremos caer en reduccionismos que es precisamente, lo que criticamos, pero utilizamos éste ejemplo, a modo ejemplificativo.

VI.4. El concepto de voluntad procreacional

Nuestros hijos, no nos pidieron venir al mundo, nosotros fuimos quienes los engendramos, en ese sentido, al menos desde nuestra perspectiva, nos asumimos como corresponsables de su existencia y su desarrollo personal. O acaso el hombre medio argentino, no realiza esfuerzos encomiables, para que su hijo adquiera el título de "doctor". Costumbre, ésta, aunque, soslayada en los últimos años, producto del clientelismo político, pero que sin embargo, se mantiene incólume, en la no siempre reconocida y ponderada y hasta muchas veces despreciada, por los gobiernos de turno, la "clase media", ese estándar aristotélico, que a la sazón, constituye el motor de toda sociedad.

Azpiri (19) uno de los autores, que en franca soledad, sigue pregonando por la libertad testamentaria, argumenta, a favor de su postura que "...esa solidaridad tan amplia, que no se encuentra reconocida por nuestro derecho en vida del causante, adquiriría una trascendencia fundamental con la muerte al imponer la legítima", lo que a su parecer, si bien se atenúa con el derecho alimentario de los parientes más próximos, que tienen respecto del proveedor del hogar, no se compadece con la imposición de una legítima, para después de su muerte. Argumento, éste que no sólo se contrapone con la organización familiar, que ya describimos, sino que además no se compadece con la inclusión en nuestro derecho de diversas instituciones que limitan la posibilidad de disponer en vida del patrimonio, por parte del 'sostén familiar', a modo de ejemplo, la institución de la prodigalidad que es mantenida en nuestro Código Civil y que denota la particular protección que ha querido

brindar nuestra legislador al grupo familiar. Por lo demás, si queremos poner en acto, la "voluntad efectiva" del futuro causante, para ello se encuentran los diversos institutos, con que cuenta, para ello (20).

VI.5. El código contiene normas que limitan el alcance de la legítima

El principio de tutela a un bien esencial para el desarrollo de la familia, como es la vivienda, hace ceder en ciertos casos el principio de intangibilidad de la vivienda, por su carácter de derecho fundamental.

a) Derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 2383 Cód. Civ. y Com.). Otro caso de indivisión contemplado en el Cód. Civ. y Com. es el regulado en el art. 2383 Cód. Civ. y Com., y está referido al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, sobre el inmueble que constituyó el último hogar conyugal.

b) Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes (art. 527 Cód. Civ. y Com.). Se estatuye a favor del conviviente un derecho real de habitación gratuito.

c) La protección de la vivienda familiar y la continuidad de la empresa como eje en el Cód. Civ. y Com. (art. 244 Cód. Civ. y Com. y ss.).

En suma, al flexibilizar las normas sucesorias, estas reglas que constituyen excepciones al principio de intangibilidad de la legítima, apuntan a la tutela de los intereses familiares y de los herederos y a la continuidad de la empresa familiar. Si bien se mantiene el principio de intangibilidad de la legítima, esto es, que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; y si lo hace, se tendrán por no escritas (art. 2447 Cód. Civ. y Com.), en el art. 2448 Cód. Civ. y Com. autoriza una excepción a dicho principio: será válido el fideicomiso testamentario aun cuando el testador, para formarlo, le haya destinado bienes cuyo valor exceda el límite de la porción disponible, cuando ese fideicomiso se constituya en beneficio de un heredero forzoso con discapacidad para mejorar su derecho hereditario. Deben existir motivos concretos para distribuir la herencia de manera distinta a la que marca la ley. No puede supeditarse al arbitrio y capricho del *de cuius*.

VI.6. Los inconvenientes que apareja la sucesión testamentaria

Al argumento de Prayones, cabe añadir la conocida figura de la circunvención de incapaz, que merece tutela penal. Los repertorios jurídicos, nos acreditan la frecuencia de la captación de la voluntad del causante.

VI.7. Se trata de una cuestión de límites

Siguiendo a Pérez Lasala, no se nos escapa que nuestra doctrina unánimemente critique la excesiva amplitud de las legítimas y proponga porcentajes más adecuados, por ejemplo dos tercios (2/3) de la herencia. En opinión de éste autor, todavía cabría avanzar más en el terreno legislativo, permitiendo que una parte de la legítima fuera de libre disposición entre los hijos (sistema castellano de las mejoras) (21). Adriana Guglielmino señaló que el proyecto receiptó la crítica de diversos especialistas y ajusta los porcentajes de la legítima a lo que se considera más adecuado a la realidad que estamos viviendo. "La disminución de la legítima con su correlativo aumento de la porción disponible permitirá que el testador que quiere beneficiar a herederos no forzosos, pero cercanos a sus afectos o extraños a la familia, como ahijados, hijos de crianza, amigos, pueda disponer de una mayor porción de sus bienes en beneficio de sus elegidos", destacó. Luego enfatizó que "la posibilidad de disponer de mayor parte de la herencia incentivará a las personas a manifestar su voluntad a través de testamentos, beneficiando relaciones dentro y fuera del ámbito familiar, pudiendo mejorar a sus herederos legitimarios o transmitir derechos o bienes por disposiciones testamentarias a nietos o bisnietos desplazados por sus padres o abuelos. Así, la voluntad

del causante se fortalecerá como fuente del derecho sucesorio" (22). Otra importante modificación es que se disminuyen las legítimas hereditarias, dando de este modo la posibilidad para que libremente una persona disponga del 33,33% de su patrimonio cuando tiene hijos, y del 50% cuando tiene ascendientes o cónyuge, a favor de cualquier persona, o de uno o alguno de sus herederos. Esta ampliación seguramente tendrá un impacto en la mayor cantidad de testamentos que se celebrarán (23).

Como bien señala Octavio Lo Prete (24) "Cabe señalar que la legítima encuentra hondo arraigo en nuestra tradición cultural. Así, al deferirse forzosamente una cantidad de bienes a los sucesores legitimarios del causante y prohibirse actos de este que puedan dejarlos desamparados, responde a la necesidad de proteger a la familia como núcleo esencial de la sociedad. En tal sentido, es loable que el Anteproyecto haya mantenido el sistema, porque si bien en ocasiones encuentra resistencias y no es infrecuente la búsqueda de caminos para quebrantarlo, lo cierto que nada de ello alcanza a conmover sus fundamentos, como bien expresó hace más de 30 años Méndez Costa, en palabras que considero actuales" (25). "El Anteproyecto entonces ratifica la valía del sistema, aun con las disminuciones en las porciones legítimas, que también me parecen atinadas. Algunas voces minoritarias, incluso desde antiguo (26), juzgan inadecuada, anticuada y hasta inconstitucional la institución, bregando por la consagración de la libertad de testar. En el estado actual del derecho constitucional no encuentro razones como para señalar que la legítima, ni como tal, ni en el modo en que está reglamentada ni como se proyecta, vulnera derechos constitucionales del testador. Deberes de solidaridad familiar, que en otras materias guían el Anteproyecto, permiten calificar como acertado el mantenimiento del sistema".

Si la subsistencia del sistema es adecuada, también lo es la disminución de las porciones individuales asignadas a descendientes y ascendientes, solución que permite brindarle una mayor libertad al testador. Se prevé una reducción para los descendientes a dos tercios, para los ascendientes a un medio, manteniéndose en esta última proporción la legítima del cónyuge (art. 2445). No debe olvidarse que la legítima de los primeros en nuestro régimen civil es la más alta del derecho comparado (cuatro quintos). El Anteproyecto recoge así un reclamo esperado desde hace tiempo por la mayoría de la doctrina y presente en todos los proyectos integrales de reforma del Código (27), en proyectos individuales y en propuestas de las Jornadas de Derecho Civil (28).

Fija el Anteproyecto idénticas cuantías que el Proyecto de 1998, que tanta influencia tuvo en su elaboración (29). Los autores de 1998, al fundamentar el cambio, expresaron que la disminución de las legítimas encuentra su razón de ser en la "observación reiterada por la doctrina que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante". Análogas palabras surgen de los fundamentos del Anteproyecto. La reforma de esta cuestión se trata uno de los principales aspectos que en materia sucesoria contiene la reforma proyectada. De nuevo, juzgo razonable el cambio, porque al conferir mayor autonomía, flexibiliza el sistema, pero sin desnaturalizarlo.

Si bien la propuesta de Salomón, se inserta, en un trabajo, cuya lectura, para analizar ésta temática, resulta de indudable valía, no deja de ser sugestiva, en particular, respecto al monto de la legítima (30). El remitir a los cánones impuestos por el derecho tributario, y referirse a términos como confiscación, no creemos que sea de aplicación al supuesto en examen, dado que ello hace referencia, a cuestiones ajenas al monto de la legítima. No podemos hablar de confiscación. Recordemos que éste instituto, nos refiere a la apropiación por parte del Estado de bienes de un particular, lo que de ningún modo ocurre en el caso en

análisis. Como bien, remarca Cassagne (31), "dentro de las transferencias coactivas no hay que olvidar la confiscación, que consiste en la pérdida de todos los bienes del particular confiscado, o bien, en la aplicación de una sanción pecuniaria que exceda los límites de lo razonable, afectando o desnaturalizando el derecho de propiedad".

Tampoco podemos transpolar, sin más, lo que es propio de materia tributaria, a la legítima. En el primer caso, nos hallamos, ante un supuesto de carga pública, oblar un impuesto al Estado, creado por una ley, que impone su pago. No hay una apropiación de la propiedad por parte del Estado. Los tributos son "las prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines" (32). Como dice Villegas (33), "hay acuerdo en que un tributo es confiscatorio si el monto de su tasa es irrazonable, ante lo cual se convierte en un verdadero despojo, y hay también consenso en que se va más allá de la razonabilidad cuando el quantum del tributo absorbe una parte sustancial de la renta o del capital. Pero también están las atinadas reflexiones según las cuales estos parámetros no son demasiados precisos y especialmente el hecho de que los criterios jurisprudenciales son amplios y comprensivos de muchos factores coadyuvantes. Esto dificulta el hallazgo de una solución unívoca, y más bien lleva a pensar que los excesos sobre la razonabilidad que implican confiscación deben ser buscados en el análisis de los tributos en particular". En otra obra (34) el autor expresa: "Como sostiene Mehl (35), dentro de la relatividad del concepto de medición de presión tributaria y de límite de la imposición, es de esperar que la evolución de la técnica económica y fiscal permita establecer, en el futuro, con satisfactoria precisión, estos conceptos".

Aquí, salvo que forcemos conceptos y entendamos que se trata de la "apropiación de la voluntad del causante", no vemos como puede extenderse éste razonamiento a la legítima. La analogía, resulta aplicable ante situaciones o relaciones fácticas, iguales o semejantes, o aún parecidas, circunstancias que de ningún modo acontece en la especie.

Como bien apuntan Pestalardo-Berasategui (36) "No compartimos estas consideraciones. El monto de la porción legítima puede ser discutido y discutible, y se trata, en definitiva, de una cuestión de política legislativa que busca, en este caso, una protección posible a las familias, y no de algo que contraría a la Constitución Nacional. De hecho todos los derechos (tal como el de propiedad) reconocen límites en las normas legales, y ello no implica inconstitucionalidad. Por otra parte, no son ajenos a nuestra Constitución Nacional —ni al texto original ni a los Tratados Internacionales incorporados a ella a partir de la Reforma de 1994— ni la protección de la familia, ni la función social de la propiedad. A lo dicho cabe agregar que muchos de los argumentos que se vierten resultan ser prejuicios, basados en situaciones que se presumen como las únicas posibles y, sin embargo, no lo son. Así, no siempre los bienes del causante resultan ser fruto de su trabajo, él también puede haberlos recibido por herencia, o por donación. No necesariamente se fomenta el ocio o la vagancia de los herederos, ya que éstos pueden ser menores de edad, discapacitados o enfermos. Y así podríamos seguir, inclusive se podría argumentar en sentido contrario, sosteniendo la constitucionalidad de la legítima, sin mayores dificultades.

Es que, "la sola comprobación de que una ley restringe un derecho consagrado por la Constitución no significa que tal norma sea inconstitucional" ("Carbillo", Fallos 240:323). En referencia a la razonabilidad técnica, Sagüés (37), expresa que es la que impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que planifica para lograrlos (Linares). En el caso, en análisis, no se advierte que los fines alegados por la ley, se vean desvirtuados con la normativa concreta elegida por el legislador, para regular la

legítima. En palabras de García Belsunce (38): "Al contrario, cuando la reglamentación anula el derecho de propiedad en función de valoraciones no suficientemente fundadas, o se evidencia una desproporción entre el fin perseguido por la norma y el medio elegido para concretarlo, la alteración es inconstitucional y cae bajo la sanción del art. 28, en cuanto por la instancia reglamentaria se modifica inválidamente la Constitución".

En punto, a la omisión del instituto de la desheredación, puede aceptarse que ello, si bien marca algún tipo de tensión con la autonomía de la voluntad del *de cuius*, ello no amerita de por sí declarar la inconstitucionalidad de la legítima. Recordemos que la Corte en "García Méndez" (39), si bien reconoció una "fuerte tensión" con los postulados de la llamada doctrina de la protección integral, admitió no obstante la constitucionalidad de la ley 22.278, que regula el régimen penal de menores.

VII. Conclusión

Pensamos que con la nueva normativa sancionada, esto es, el Código Civil y Comercial de la Nación, se ha logrado superar, las objeciones constitucionales que pudieren existir en torno a la legítima. Creemos que los argumentos expuestos a lo largo del trabajo, hemos logrado demostrar tal aseveración. Indudablemente, como todo producto humano, la reforma introducida por el nuevo Código Civil y Comercial es susceptible de mejoras superadoras, pero ello no impide predicar enfáticamente su constitucionalidad.

(1) GRISSETTI, Ricardo A., "La adopción y los hijos extramatrimoniales: la propiedad y el régimen sucesorio", en GHERSI, Carlos A. — WEINGARTEN, Celia (dirs.), El derecho de propiedad. Análisis transversal, Ed. Nova Tesis, Rosario, 2008, ps. 657 y ss.

(2) BETTINI, Antonio B., "Fundamento del derecho sucesorio", LA LEY 125-618. Agrega: "No asombra entonces que todo reformador de la sociedad teórico o práctico, que pretenda transformar la organización social, proponga en su programa modificar la familia, la propiedad y la sucesión".

(3) GHERSI, Carlos A., "Derecho civil. Parte general", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, ps. 328-329. "A fin de que el propietario pueda gozar pacíficamente de la cosa de su propiedad y ejecutar todos los actos jurídicos que legalmente sean susceptibles, incluidos entre ellos el derecho de disponer del patrimonio para después de su muerte. SECAP: Sistema de Economía Capitalista de Acumulación Privada. En la que la herencia no es sino una forma de consolidación del patrimonio en la economía capitalista".

(4) SALOMÓN, Marcelo J., "Legítima hereditaria y Constitución Nacional. Examen constitucional de la herencia forzosa", Ed. Alveroni, Córdoba, 2011, p. 19.

(5) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Sucesiones", Ed. Abeledo-Perrot, 1994, t. II, nro. 903.

(6) ORLANDI, Olga E., "Vulnerabilidad y derecho sucesorio. La mejora al ascendiente y descendiente con discapacidad", 15 de Julio de 2015 Id SAIJ: DACF150400 www.infojus.gov.ar.

(7) ROLLERI, Gabriel G., "La exclusión hereditaria en el nuevo Código Civil: fortalecimiento de la indignidad y supresión de la desheredación", DFyP 2015 (mayo), 13/05/2015, 105, cita online: AR/DOC/1086/2015. Resumen: Si se mantiene la regulación de las legítimas, también debería haberse mantenido la desheredación, pues esta es la única herramienta para sancionar al heredero forzoso que ofendió gravemente al causante por parte del causante mismo, ya que al eliminar dicho instituto, al causante agraviado sólo le quedará la esperanza de contar con la buena voluntad de un coheredero que decida plantear una acción de indignidad.

(8) BORDA, Guillermo, "Tratado de derecho civil. Sucesiones", Ed. Perrot, 6ª ed., t. I, p. 76.

(9) ROLLERI, Gabriel G. - MOREYRA, Javier, "Desheredación y protección de la legítima hereditaria", ponencia presentada en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires, en 2013 (cuaderno de ponencias).

(10) Pérez Lasala enseña que si la legítima se funda en deberes de asistencia y afecto del causante hacia los legitimarios, la desheredación representa la dispensa de tales deberes, ante la existencia de una causa grave prevista en la ley. En un sistema de legítimas cerradas, en donde inexorablemente la ley determina quienes son los sucesores, el instituto de la desheredación es la única "vía de escape" que posee el causante para privilegiar, desde el punto de vista sucesorio, las conductas de sus futuros herederos. Si se admite que ciertos parientes deben recibir necesariamente una determinada porción de los bienes del difunto, aun contra la voluntad de éste, es preciso admitir también el derecho del testador de excluirlo por justas causas. El fundamento mismo de la desheredación surge de una cuestión de lógica jurídica pues no tiene ningún tipo de sentido o razón que una persona que ha ofendido gravemente al causante, no lo ha tratado con respeto o ha tenido hacia él o sus parientes, una conducta delictiva, reciba todo o parte de una herencia y el perjudicado no tenga ninguna respuesta legal. Es por ello que, si se mantiene la regulación de las legítimas, también debería haberse mantenido la desheredación, pues ésta es la única herramienta para sancionar al heredero forzoso que ofendió gravemente al causante por parte del causante mismo, ya que al eliminar dicho instituto, al causante agraviado sólo le quedará la esperanza de contar con la buena voluntad de un coheredero que decida plantear una acción de indignidad.

(11) SALOMÓN, Marcelo J., "Legítima hereditaria y Constitución Nacional", ps. 329 y ss.

(12) ESTRADA, José M., "Curso de Derecho Constitucional, federal y administrativo", Sudamericana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1895, citado por SALOMÓN, Marcelo J., Legítima hereditaria..., ob. cit., ps. 134-135.

(13) El trabajo doctoral de Rómulo ETCHEVERRY, titulado "Estudio Constitucional, filosófico, histórico y legal de la legítima hereditaria", constituyó —como el mismo lo manifiesta— una respuesta jurídica a quien fuera su profesor de Derecho Constitucional, el Dr. Estrada. Citado por SALOMÓN, Marcelo J., "Legítima hereditaria...", ob. cit., ps. 135-137.

(14) SALOMÓN, Marcelo J., "Legítima hereditaria...", ob. cit., p. 329.

(15) Las consecuencias de la calificación de orden público en la reglamentación de derechos son: limitar la autonomía de la voluntad por cuanto importa la aplicación forzosa de la norma de orden público (imperatividad); impedir la abdicación de los derechos incluidos en la norma de orden público (irrenunciabilidad) y declarar la ineficacia de los actos contrarios a la normativa de orden público (indisponibilidad).

(16) SALOMÓN, Marcelo J., "Legítima hereditaria...", ob. cit., p. 518.

(17) SALOMÓN, Marcelo J., "Legítima hereditaria...", ob. cit., p. 528.

(18) Cuestión ésta que ha sido analizada en GRISSETTI, Ricardo A., "La familia extramatrimonial. Necesidad o no de su regulación legal. Importancia de los tratados internacionales de jerarquía constitucional", Ed. Nova Tesis, marzo 2008; DJ, 01/06/2005.

(19) AZPIRI, Jorge O., "Manual de derecho sucesorio", 3ª ed., p. 296, citado SALOMÓN, Marcelo J., "Legítima hereditaria...", ob. cit., ps. 167 y ss.

(20) Al respecto, SOLAVAGIONE, analizando el Código Civil derogado, relata que en el ordenamiento jurídico, la protección de la legítima se traduce en una serie de disposiciones

tales como: a) la prohibición de toda renuncia o pacto sobre legítima futura (art. 3599, primera parte); b) la privación de efectos a toda disposición testamentaria que impusiera o pretenda imponer gravámenes o condiciones; disposiciones que, si se hicieren, "se tendrán por no escritas" (art. 3591, segunda parte); c) la acción de complemento (art. 3600); según la cual el heredero forzosos, a quien el testador dejase menos de la legítima, podrá pedir su complemento; d) la opción del heredero de ejecutar la disposición testamentaria cuando ésta es de un usufructo o de una renta vitalicia cuyo valor excede la cantidad disponible del testador, o entregar al beneficiario la cantidad disponible (art. 3603); e) la acción rescisoria que el legitimario puede interponer contra la partición por testamento que no respetare su legítima (art. 3536); f) la querrela inofficiosi testamenti que al proteger la vocación hereditaria protege también la legítima.

(21) PÉREZ LASALA, José L., "Derecho de las Sucesiones", t. II, p. 755.

(22) GUGLIELMINO, Adriana, <http://www.iprofesional.com/notas/145712-Herederos-el-nuevo-Codigo-Civil-llega-con-fuertes-cambios-para-que-usted-pueda-dejarle-ms-dinero-a-quien-prefiera>.

(23) PÉREZ LASALA, Fernando, "El Derecho Sucesorio en el nuevo Código Civil y Comercial", <http://www.universidad.com.ar/el-derecho-sucesorio-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial>.

(24) LO PRETE, Octavio, "La legítima hereditaria. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012", El Derecho: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/legitimahereditaria-lo-prete.pdf>.

(25) Cf. MÉNDEZ COSTA, María J., "Legítima y sociedades de familia", LA LEY 1979-D-249.

(26) Por ejemplo, José Olegario MACHADO, uno de los primeros comentaristas del Código Civil (cf.: "Exposición y Comentario del Código Civil argentino", Talleres Gráficos Argentinos, 1928, t. IX, nro. 984).

(27) Si bien todos los antecedentes juzgaron necesario reducir las legítimas, el Anteproyecto de 1954 se destacó en cuanto al modo, por cuanto proyectó discriminar cuotas variables de acuerdo a la cantidad de descendientes (a mayor número de descendientes, menor poder de disposición para el causante).

(28) Ya en las III Jornadas (Tucumán, 1967) se aprobó la siguiente conclusión: "Siguiendo los lineamientos de la legislación comparada, debe concederse un prudente aumento de la porción disponible y una correlativa disminución de la porción legítima".

(29) Idéntica formulación se aprobó en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1995): "Deben reformarse los arts. 3593 y 3594 Cód. Civil, reduciendo la legítima de los descendientes a las dos terceras partes y la de los ascendientes —al igual que el cónyuge— a la mitad de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado".

(30) Al respecto, BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001, edición ampliada y actualizada, t. I-B, p. 364. "La transmisión de bienes por causa de muerte es un contenido del derecho de propiedad, sea esa transmisión testada o intestada. La transmisión testada encuentra norma constitucional propia en el art. 20 que consigna el derecho de los extranjeros de testar conforme a las leyes, y que se proyecta a todos los habitantes. El Código Civil asegura la porción legítima de los herederos forzosos, tornándola indisponible para el testador; se ha dicho por eso que nuestro derecho consagra el 'derecho de testar' pero no la

'libertad' de testar; todo está en la óptica que utilicemos: habría libertad, pero restringida, como todas las libertades. Lo opinable es si el monto de las legítimas es o no razonable, y en tal sentido resulta ilustrativo traer a colación la tesis de Alberto D. Molinario, para quien la imposición legal de un destino determinado a favor de ciertos herederos con respecto a bienes del causante, es inconstitucional cuando excede más de la tercera parte del haber transmisible (ello por analogía con la inconstitucionalidad de los impuestos que absorben más del treinta y tres por ciento)".

(31) CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho administrativo", Ed. Abeledo Perrot, 1996, 5ª ed. actualizada, t. 2, p. 632.

(32) VILLEGAS, Héctor B., "Curso de finanzas...", Ed. Depalma, 1992, 5ª ed., ampliada y actualizada, p. 67.

(33) VILLEGAS, Héctor B., "El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria", en GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. (coord.), Estudios de Derecho Constitucional Tributario, Ed. Depalma, 1994, ps. 239-240.

(34) VILLEGAS, Héctor B., "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario", Ed. Depalma, 1992, 5ª ed., ampliada y actualizada, p. 529.

(35) MEHL, Lucien, "Elementos de ciencia fiscal", Barcelona, 1964, p. 235.

(36) PESTALARDO, Alberto - BERASATEGUI, Inés, "La legítima hereditaria en el Proyecto de Código Civil y Comercial", www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina448.pdf.

(37) SAGÜÉS, Néstor P., "Elementos de derecho constitucional", Ed. Astrea, 1997, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. 2, p. 701.

(38) GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., "Garantías constitucionales", Ed. Depalma, 1984, p. 143, citado por VILLEGAS, Héctor B., "El principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria", en GARCÍA BELSUNCE, Horacio A. (coord.), Estudios de Derecho Constitucional Tributario, Ed. Depalma, 1994, p. 217.

(39) Véase TETTAMANTI, Adriana, "El caso 'García Méndez'. La Corte Suprema de Justicia exhorta a un impostergable debate acerca del régimen penal de la minoridad", en Suplemento Constitucional, 2009 (mayo), 27, fallo comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación CS, 02/12/2008, "García Méndez, Emilio".