

XXXIV JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

4 AL 6 DE MAYO DE 2023

Mar del Plata – Provincia de Buenos Aires

“LA FAMILIA NO SE ELIGE”

Paula CREGO

paula.crego07@gmail.com

TEMA I

PLANIFICACION PATRIMONIAL FAMILIAR

Coordinadora: Npt. Karina SALIERNO

Sub- coordinadora: Not. M. Solange JURE RAMOS

PONENCIA

- 1) Se propone de lege ferenda respetar los lineamientos garantizados por la Constitución Nacional, y los Tratados y Convenciones Internacionales con raigambre constitucional del Derecho de Propiedad, y con ella otorgar a cada persona la absoluta libertad de testar, limitada solamente por la obligación alimentaria que en vida poseía el causante, con la correspondiente supresión del Título X, del Libro V del Código Civil y Comercial de la Nación, y demás artículos relacionados, fortaleciendo de esta forma la certeza y seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.-
- 2) Se propone de lege ferenda, mientras esté vigente el actual ordenamiento testamentario, re incorporar el Instituto de la desheredación, como herramienta jurídica fundamental del testador para excluir al legitimario de su pretendida legítima.
- 3) Se propone la profundización del previo asesoramiento notarial especialmente a los adultos mayores, para autorizar los actos en los que intervengan, y sobre todo advertirles de las demás herramientas jurídicas que hoy el Código nos brinda, para su futuro, ante cualquier causal que pueda derivar en una eventual desheredación.-
- 4) Se propone a los Colegios de Escribanos de la Nación, y al notariado en general promover la difusión de la Ley 27.700, que ratifica Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual exige el reconocimiento de sus derechos personales, garantizando el derecho de priorizar su voluntad, y la toma de decisiones, el derecho al uso y goce de sus bienes, y no ser privada de estos por motivos de edad; y en especial el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes, y prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad

INTRODUCCIÓN

Antes que nada, lejos de hacer un trabajo autoreferencial, para disipar toda duda, gracias a mi familia “notarial”, sobre todo en estos últimos diez años, pude dedicarme casi exclusivamente a atender a aquellos adultos mayores, y otros no tanto, que se han acercado a la notaría con ánimo de “dejar todo arreglado para que el día de mañana sus hijos no se peleen”, relegando en más de una oportunidad su deseo más íntimo de beneficiar a uno en particular, o a otra persona cercana afectivamente, cercenado por la impiadosa y anacrónica Institución legítima.-

Y el título de este trabajo no es aleatorio, los más experimentados en esta profesión lo habrán oído varias veces.- Y esta frase precedía a la confesión del requirente (y en ocasiones admitiendo que era la primera vez que se escuchaba en voz alta decir lo que sentía) acerca de la mala relación que mantenía con algún miembro de los llamados “herederos forzosos”?.

Gracias a ese rango etario pude captar más de cerca sus necesidades, temores, actitudes agresivas en respuesta a alguna discriminación o maltrato, errores que cometían entre sus hijos sin darse cuenta. Y en honor a ellos he traído este tema a la presente Jornada, de forma objetiva y desinteresada, y esperando que todos aquellos que lo aborden, lo puedan hacer de igual forma, desarraigados de toda influencia personal, que llevaría a tomar por lo menos una decisión mezquina y equívoca.-

Recuerdo aquí al maestro Carlos A. Pelosi, cuando decía: "... enseñamos a investigar, a hacer diagnosis jurídica y a decidir con inteligencia y seguridad. Es la única manera de jerarquizar al notariado y de ponerse a tono con las ansias de adaptar al notariado a las nuevas exigencias económicas, sociales y jurídicas"

DESARROLLO

A lo largo de la historia la Legítima está íntimamente ligada a dos instituciones, la familia y la propiedad. Para poder comprender el análisis del presente trabajo, quiero detenerme en tres conceptos, en torno a los cuales va a girar el presente.-

LEY:- Relación reguladora de los actos del hombre establecida por la voluntad, estructura lógica mediante la cual se prescribe determinado modo de obrar o de pensar.-

No merece discusión alguna que el cuerpo normativo que regula la conducta de los hombres en función de la paz social y no del caos, debe ser acorde a su sentir y actuar; como corolario con la idiosincrasia y costumbres de su pueblo, y particularmente en este tema, en donde están involucrados el ochenta por ciento las personas adultas, que oscilan entre los 65 y 95 años, las que luego de examinar su capacidad, me convencieron que esta regulación normativa hace varios años no condice con nuestra realidad socialdemográfica.

FAMILIAS:- En la actualidad es imposible hablar de un tipo de familia, por la innumerable variedad de conformaciones familiares.

Al margen de la formación de la familia originada en hechos biológicos, los avances de las distintas culturas trajeron aparejados múltiples vínculos sociales propios de cada sociedad, es decir, el concepto de familia ya no es “natural” sino “cultural”.

Todas estas variadas familias, están amparadas en el artículo 14 bis de Nuestra Constitución.-¹

Como corolario de estas nuevas conformaciones familiares, se produjo un proceso de debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo. La socioafectividad, es la conjunción de dos elementos, el social y el afectivo, muy bien analizado por la doctora Marisa Herrera citada por el Dr. Leonardo R. VITTOLA, “la socioafectividad observa un rol esencial a tal punto que desestabiliza el régimen legal establecido.”² Ambos, hacen que lo fáctico sea lo esencial e interactúan entre sí. Cuando la normativa que regula los vínculos socio afectivos no coinciden con lo regulado por los vínculos jurídicos producen dentro de las familias permanentes tensiones que la jurisprudencia trata de resolver de la mejor manera posible, solución que a priori deberíamos encontrar en nuestra ley.

¹ Art. 14 bis de la Constitución: “la ley establecerá... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda.

² VITTOLA, Leonardo R. “La noción de la socioafectividad en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos. Nro. 42 – 16.10.2018, cita online: dpicuantico.com/uploads/2018/10

DERECHO DE PROPIEDAD

Derecho que tiene sus orígenes en la Antigüedad a través de la teoría de la ocupación, recogida en Roma por Cicerón, continuando en la Edad Media con la concepción teológica de Santa Tomás de Aquino, y más tarde con la defendida por Hugo Cosío a través de la existencia de una especie de contrato basado en el Derecho Natural, garantizado por el Estado, seguido por Declaración Francesa de los derechos del hombre y ciudadano de 1789, considerando a la propiedad INVOLABLE Y SAGRADA (art. 17.-); así como la Declaración de derechos americana de 1791, el cual garantiza la propiedad privada del individuo.- ³

Nuestro Derecho argentino consagra el derecho de propiedad en el artículo 1941 y subsiguientes del Código Civil y Comercial, como aquel dominio perfecto, absoluto, perpetuo y exclusivo, en cual se encuentra ínsito el derecho del ius disponendi, incluso también con efectos después de su muerte, de lo contrario estaríamos frente a otro derecho, como bien lo resalta Kipp, citado por Pérez Lasala, “ Sin derecho de sucesión la propiedad privada no se hallaría completa; en cuanto a los bienes por nosotros adquiridos no llegaríamos a ser más que usufructuarios vitalicios”.⁴

Derecho consagrado además en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵

DERECHO SUCESORIO

El derecho de propiedad representa el presupuesto del Derechos de Sucesiones, es decir que el reconocimiento de la propiedad es necesario para admitir la sucesión, y con ella el respeto de la voluntad del causante, presunta en la sucesión intestada, siguiendo al orden natural de sus afectos,(posiblemente a la manera aristotélica, que

³ MEDINA, Graciela y MIGUEZ de BRUNO, María Soledad.- “Principios generales sucesorios y los principios generales de la sucesión intestada en particular”.- pág. 340. cita online: DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, 109 Cita Online: AR/DOC/3860/201

⁴ PEREZ LASALA, José Luis, “TRATADO DE SUCESIONES, Edit. RUBINZAL CULZONI, pág. 62.

⁵ CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (18/12/2000): Artículo 17 Derecho a la propiedad 1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual.” Cita on line: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

sostenía que el cariño primero desciende, luego asciende, y por último se colateraliza;) o en forma explícita en la sucesión testamentaria, para dar preeminencia a la voluntad del causante.

LA LEGITIMA

Antes de definirla, no quiero pasar por alto la distinción no menor que el Dr. Juan Vallet de Goytisolo realiza de los tres significados diversos de dicha palabra:

“(a) como derecho a un determinado contenido,

b) expresión de la protección normativa para la efectividad de su adquisición, o si se prefiere como reflejo del conjunto normativo que la protege y asegura, y

c) como ese mismo contenido al que ese derecho y esa protección se refieren.”⁶

Para el Dr. Guillermo A. Borda, citado por Javier H. Giletta, “Legítima 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”⁷

Definición imposible de aplicar actualmente en el derecho Argentino, al haber desaparecido intempestivamente el Instituto de la Desheredación con la sanción del Código Unificado

Para R.M. ROCA SASTRE constituye un condicionamiento legal de la libertad testamentaria del causante que deja legitimarios, de la que deriva una obligación de disponer o destinar un valor patrimonial a favor de los mismos”⁸

Para el Dr. J.M. LACRUZ BERDEJO, “la legítima es la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de esta, a percibir a partir de su muerte si no se recibió en vida”.-⁹

⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan “Aclaraciones de la naturaleza de la legítima”, pág. 833.,1986.- cita online: <https://dialnet.unirioja.es>.-

⁷ GILETTA, Javier “Legítima versus porción disponible”. Cita online <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-75-1998-06>, pág. 163.-

⁸ GONZALEZ DORTA, Fátima Leandra. “La figura de la legítima: pasado, presente y futuro.- Pag, 2.- cita online:- ull.es <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle>.

Salvador FORNIELES, citado por el Dr. Giletta, señala que “es una Institución protectora de la familia” (definición a la que podríamos estar de acuerdo en tanto y en cuanto podríamos saber a quién o quienes el causante consideraba “familia”).¹⁰

Existe hasta la fecha una antigua discrepancia doctrinaria acerca de cómo considerar a la legítima, como parte de la herencia (pars hereditatis), tesis adoptada por el Código Napoleón, o parte de los bienes (pars bonorum) tesis adoptada por Roma.

En esta materia, nuestro primer codificador argentino, siguiendo el Código Napoleón por un lado, consideró a la legítima "parte de la herencia" (art. 3591, Cód. Civil), aunque para calcularla no se considere únicamente "la herencia" sino también los bienes donados en vida por el causante; y los herederos forzosos no solo pueden atacar el testamento que afecta su porción legítima, sino también a las donaciones efectuadas por aquél. (todo el patrimonio)

Es por ello que, que la definición que considero más acertada es la formulada por el Dr. **Juan Vallet de GOYTISOLO** la define como **“aquella Institución formada en la historia, como todas las del derecho privado, modelada en la vida, puestas en contacto leyes y práctica jurídica, que las ha interpretado y adecuado en su aplicación, con sucesivas aportaciones de unas y otras, para ajustar la voluntad del testador y la protección de los justos intereses de los legitimarios”**.¹¹

Es decir que La legítima supone una limitación a la libertad de testar, la cual desde sus inicios ha tenido distintos matices. Para poder comprender mejor el alcance y evolución de la citada Institución, deberemos hacer un poco de historia. -

HISTORIA DEL DERECHO SUCESORIO

No existe acuerdo en la doctrina acerca del origen del Derecho Sucesorio, aunque, según el Doctor José Luis PEREZ LASALA, “la tesis de Pietro Bonfante, a la que se adhirieron Scialoja, Solazzi, Los Pina, etcétera, ha tenido enorme repercusión, no solo entre romanistas italianos, sino de todos los países.”

“La sucesión Testamentaria - según este autor - debió preceder históricamente a la intestada, a través de la designación que hacía el pater del heredero en la soberanía

⁹ GONZALEZ DORTA, ob. Cit, pág. 3

¹⁰ GILETTA, Javier H. ob. Cit. Pág. 163

¹¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, ob. Cit. Pág. 834

del grupo familiar, verdadero germen del testamento. El heredero era sucesor en la potestad soberana del grupo familiar.”¹²

DERECHO PRIMITIVO

En el Derecho primitivo, encontramos el germen de la Legítima, producto de la aplicación de reglas jurídicas, religiosas, morales, filosóficas y sociales, el cual va estar íntimamente ligado a tres factores políticos sucesivos: la familia, la ciudad y el individuo.

Como un derecho personal y directo sobre los bienes a favor de heredero, éste no recibía la propiedad sino la administración. La propiedad pertenecía a un grupo unido consanguínea y moralmente, esta propiedad colectiva al principio, fundada en reglas morales, era administrada por el jefe o patriarca, luego pasó a ser titular el administrador más adelante (limitada porque no podía disponer de la misma), para luego convertirse en propiedad privada.

DERECHO ROMANO

Derecho caracterizado fundamentalmente por un derecho no escrito hasta la Ley de las XII Tablas a mediados del siglo V, en plena República, a cargo de los pretores peregrinos en su mayoría. Antes solo estuvo regulado por un derecho desconocido y secreto, solo al alcance de los pontífices.

En el derecho Romano primitivo, rigurosamente individualista, el testador, el paterfamilias tenía ilimitados poderes para disponer de sus bienes. Pero no podremos tener una idea acabada de esos poderes, sin saber de antemano como era la familia romana.

CONFORMACION DE LA FAMILIA ROMANA

No quiero pasar por alto, la configuración socio política que tenía la familia en dicho período, la cual dista notablemente de las multifacéticas configuraciones actuales.

Aproximadamente a partir del siglo IV A.C. la familia fue un organismo político, estaba formada por la agnición, ingresaban constantemente extraños al núcleo social,

¹² PEREZ LASALA, José Luis, “Tratado de Sucesiones, Edit. RUBINZAL CULZONI, pág. 41.-

su principal característica es el concepto de “pertenencia a esa familia y la protección que derivaba de ello, profesando un gran culto a los antepasados de la misma. Aquella comandada por el *paterfamilias* romana, formada no solo por esposa, hijos, (los que tenía el derecho de sacarles la vida o esclavizarlos), esclavos, más todas las familias de éstos, era un pequeño país, donde habitaban en extensos territorios.

Bonfante, citado por el Dr. Pérez Lasala, “parte de la Imposibilidad de asimilar el sistema romano al de los otros pueblos arios. La equiparación de la primitiva familia romana – según él –a otro tipo cualquiera de familia es un error, porque ésta se presenta como un hecho aislado y diferente de todo cuanto lo rodea. “¹³

Pero como bien señala Aurelio Barrio Gallardo,¹⁴ esta libertad absoluta que poseía el *paterfamilias*, el cual hasta podía decidir sobre darle la muerte o esclavizar a su hijo si lo consideraba necesario, tenía facultad para nombrar a su “Sucesor”, el cual seguiría como él administrando con libertad absoluta dicho patrimonio familiar.-

Además tenía la más absoluta de las libertades sobre su “Pecunia” aquellos bienes muebles y demás enseres personales los cuales podía legárselos a cualquiera, acaso ésta sería los orígenes de la parte disponible y también de los legados, ya podía disponerlos a título singular.

Posteriormente, esta sucesión “familiar” se transformó en una de carácter patrimonial, y esta Herencia Romana se caracterizó por el principio de Sucesión Universal, en la que el heredero adquiriría de una sola vez y en su conjunto no solo bienes sino también las deudas del causante, responsabilizándose ilimitadamente, (la cual fue limitada en la época de Justiniano).

Esa absoluta libertad de testar se vio limitada a partir del siglo VI, en época del Emperador Justiniano estableciendo la institución de la Legítima, con la redacción de la Novena 18, la cual estableció que por lo menos un cuarto del haber hereditario debía ser destinado a los herederos. y recién ahí aparece la “ pars legítima”.-

Es decir, que la Legítima en el Derecho Romano, era una restricción a la libertad de testar.

¹³ PEREZ LASALA, José Luis, ob.cit. pág 41.

¹⁴ BARRIO GALLARDO, Aurelio “El largo camino hacia la libertad de testar”. edit. Dickinson,pág.73

DERECHO GERMANO

En el Derecho germánico, el principio es el opuesto al Romano: Todo era legítima o reserva a favor de la familia. Se decía "el heredero nace no se hace" o bien "solo Dios puede hacer heredero y no el hombre". Existe un concepto previo de comunidad familiar indisponible cuyo patrimonio solo es gestionado por el padre.

Caracterizado como derecho consuetudinario, basado en una propiedad colectiva, comunitaria, formada por hectáreas de bosques y tierra, el pater familiae era un mero administrador, y él nombraba al que le iba a suceder en esa administración.

Luego la propiedad colectiva se circunscribió a una pequeña familia, con casa y un terreno lindero, y éste fue el germen del derecho de propiedad privada, aunque no individual, ya que el jefe de la familia no podía disponer de ella sin la autorización del resto de los miembros de su familia. Es decir que la propiedad germana no llegó a ser estrictamente individual.-

Es por ello que no tenían técnicamente sucesión ni herencia, solo un acrecentamiento de su porción familiar, producido por el fallecimiento de uno de los miembros.

Recién después de la Invasión aparece la propiedad individual, y los hijos solo tenían una expectativa sucesoria, ahí encontramos el germen de la legítima.

Hasta que en el siglo V apareció el testamento, en el cual solo podía disponer de los bienes a título singular, dentro de una porción libre que poseía el testador (disponible)-

Solo después de recepcionar el derecho Romano, los germanos admitieron la institución hereditaria.¹⁵

DIFERENCIAS ENTRE AMBOS REGIMENES SUCESORIOS

Según el filósofo alemán y reconocido jurista Julius Binder, citado por Pérez Lasala¹⁶, existe una diferencia cuantitativa entre el Derecho Romano (derecho de propiedad individual) y los Derechos históricos Germanos (colectiva y familiar según el fin y destino de la misma), al adoptar posturas tan disímiles acerca del derecho de propiedad, lo cual marcó rasgos distintivos en los respectivos derechos sucesorios, uno caracterizado por la absoluta libertad de testar y la unicidad de sucesión, y el otro con distin-

¹⁵ BARRIO GALLARDO, Aurelio, ob. cit. pág. 10

¹⁶ PEREZ LASALA, José Luis, ob.cit. pág 53.

tas masas patrimoniales, con sus respectivos órdenes sucesorios.- Diferencias que terminaron cuando el Derecho Romano se introduce en Alemania.-

INFLUENCIA RELIGIOSA

A partir del S. XII, con el Renacimiento del Derecho Romano Justiniano y la influencia de la Iglesia Católica de imponerle a los fieles el diezmo como medio de caridad, provocaron cambios sustanciales en el derecho sucesorio hispánico, produciendo una revalorización del testamento, como instrumento para expresar libremente su voluntad.- La cual también estaba limitada a respetar la legítima de los herederos forzosos

Paradójicamente, la Iglesia alteró este sistema de carencia de libertad de testar. Al ser todo legítima, los fieles no podían disponer mortis causa de los bienes en favor de la misma. En esta línea, los creyentes fueron aleccionados a que, si en vida la limosna redimía de ayunos y abstinencias, los legados testamentarios a favor de la Iglesia, podrían aligerar la entrada en el cielo.

Se incitaba al testador para que hiciera u ordenara mandas pías y legados a favor del alma. Esta porción libre de origen religioso, terminó siendo el tercio de libre disposición.

DERECHO FRANCES

Comulgaban ambos sistemas, en el Norte y Oeste de Francia, tuvieron la influencia germana del derecho consuetudinario, de pars hereditaria; en el resto de Francia, predominó el derecho escrito, de tradición romanista, estableciendo la legítima, y las dos acciones que la protegían-

Con la Revolución Francesa en 1789, Montesquieu, Robespierre, promovieron la libertad de testar, acorde con la salvaguarda de la propiedad individual, pero dicha corriente no prosperó, y el Código de Napoleón en 1804 instauró la legítima, considerada pars hereditatis.⁻¹⁷

¹⁷ GILETTA, Javier H. ob. Cit. Pág. 170

DERECHO ESPAÑOL

El Derecho español, en sus comienzos se denota una marcada influencia del Derecho Romano, con una amplia libertad de testar, la cual poco a poco se vio restringida, comenzando con reducir su parte disponible solamente a 1/5, implementando la mejora en un 1/3 de todos sus bienes, pero solamente para mejorar a alguno de sus descendientes. En la edad Media se conservó las proporciones.

A partir de la sanción de las Siete Partidas del Rey Alfonso X “el Sabio” se previó que los ascendientes también podrían suceder en el hipotético supuesto que no tuviera hijos legítimos, fijándole 1/3 parte de sus bienes, legislando además sobre los “desheredamientos”.¹⁸

Más adelante en 1505 con la sanción de las Leyes de Toro, se completó la regulación de las “mejoras”.

Con la influencia religiosa en el medioevo, el Testamento se revalorizó, aunque se encontraba limitado con la legítima.

Sancionado su Código Civil en 1889, basado su derecho sucesorio en el Testamento, con algunas restricciones.- Derecho que no se trasladó al derecho indiano americano, por la influencia ambiciosa de los conquistadores, los que poseían libertad para disponer de sus bienes.¹⁹

ANTECEDENTES INDIANOS

Así como en España, el testamento fue el núcleo del Derecho Sucesorio Indiano, sostiene Levaggi, citado por Javier H. Giletta²⁰. Pero, en este nuevo marco, los más necesitados de protección, en cuanto a la libre transmisión de sus bienes, fueron los indios, expuestos a la codicia e influencia de los conquistadores.

¹⁸BARRIO GALLARDO, Aurelio, ob. cit. pág 12

¹⁹GILETTA, Javier H. ob. Cit. Pág. 173

²⁰ GILETTA, Javier H. ob. Cit. Pág. 175

DERECHO SUCESORIO NACIONAL

DERECHO PRECODIFICADO

Luego de producida la Revolución de Mayo no se observaron cambios trascendentales en el derecho sucesorio argentino en este período, conforme las normas establecidas en las Partidas y en las Recopilaciones de Castilla.

Lo más destacado fue la posición que la cónyuge pasó a tener dentro del orden sucesorio, (sin olvidarnos que aún era incapaz), precedida por los descendientes y ascendientes, y anteponiéndola a los colaterales.

CODIGO CIVIL

Vélez Sarfield, ciñiéndose a las estructuras familiares de la época, (a mediados de S XIX el promedio de vida era la mitad del promedio actual, (ahora es habitual atender nonagenarios en nuestras notarías) y era común que fallezcan a los 50 años o antes con hijos menores de edad, sin olvidarnos que la mujer no era considerado sujeto de enseñanza, una mujer casada era incapaz total y absoluta para todos los actos de la vida civil, prohibición de ejercer profesiones públicas o privadas; es por ello que era imperioso proveer de mecanismos legales tendientes a proteger al cónyuge e hijos la mayor parte de la herencia.-

Por ello, Velez, en materia de derecho sucesorio siguió los lineamientos trazados en el Proyecto de Código Civil español de García Goyena, (el cual no fue seguido por el Código Civil español), obra publicada en 1852, en especial en el artículo 3354 de nuestro primer Código, cuando prescribe que "los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia sin perjuicio de tornar la legítima que les corresponda", el derecho para exigir la legítima es "pars bonorum", es decir, con prescindencia de la calidad de heredero.²¹

REFORMAS POSTERIORES RELACIONADAS

Varias fueron las leyes, que modificaron la integración de los herederos forzosos, y las porciones de la herencia/ bienes, que tanto dio que hablar a toda la doctrina civilista (14.367, 19134, Ley de adopción de 1971, 17.711, Ley de separación personal, la ley divorcio matrimonial, el reconocimiento de los derechos del conviviente, la ley del

²¹ GILETTA, Javier H. ob. Cit. Pág. 177

matrimonio igualitario, nuestra conformación familiar es tan dispar, tan heterogénea, provocó un mediano equilibrio entre determinados miembros de ciertas familias, dejando de lado otros, a los que los causantes también consideraban tales.

LEGISLACION VIGENTE

A partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial se reformó el sistema de legítimas imperante hasta ese momento:

1) Se mantiene la imposición de la reserva de la legítima implementada por Vélez Sarfield, aunque sin explicitarlo, fundamentado en la solidaridad y fortalecimiento de la familia más cercana.

2) El nuevo Código no da una definición de la legítima, omitiendo de esta forma explicar su naturaleza jurídica, señalando cuales serían los legitimarios a dicha legítima: descendientes, ascendientes y cónyuge, eliminando la figura de la nuera sin hijos.

3) Reducción de la porción de la legítima a $\frac{1}{3}$ para descendientes, y $\frac{1}{2}$ para ascendientes, manteniendo la misma para el cónyuge ($\frac{1}{2}$), estableciendo las mismas porciones y fundamentos que en el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, el Proyecto del Código Civil de 1998.

4) Introducción de la mejora solamente a favor de ascendientes y descendientes con discapacidad, computada sobre la porción disponible (siguiendo al Código español, llamada mejora impropia), apartándose de lo legislado por Vélez Sarfield, fundamentada en la necesidad de armonizar con los Tratados Internacionales que protegen a las personas con discapacidad, tales como la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, Aprobada en la Asamblea General de las Unidas en 2006, ratificada por ley 26.378/08.-

5) SUPRESION DE LA DESHEREDACION, fundamentado en que se había ampliado las causales de la indignidad, para adaptarla a los delitos tipificados en el código penal, y por ello consideraban que así evitaban una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas, apartándose de lo regulado por Vélez Sarfield, el cual legisló a ambas, (siguiendo al derecho español) Llamativamente apartándose además de los demás regímenes internacionales en donde se mantiene la imperatividad de la legítima (Alemania, Portugal, España, Suiza, Brasil, Colombia, Chile, Uruguay, Ecuador). Los fundamentos argumentados a que provocaron su supresión no subsana la posibilidad de

plantear la indignidad, situación que puede no ser puesto de manifiesto por el propio causante después de muerto.²²

Debo detenerme puntualmente en este inciso, al no encontrar motivos más que mezquinos, por no decir espurios, por parte de los legisladores para prohibirle al testador desheredar a un legitimario, motivado posiblemente por serios incumplimientos de los deberes de asistencia y afecto para con su persona, los cuales bastante dolor y amargura ya le habrán causado, lo que evidencia un total desconocimiento de los fundamentos por los cuales dicha institución morigera los despóticos fundamentos que obligan a respetar la legítima.

Motivo por el cual me refuerza personalmente la necesidad de una modificación inminente del ordenamiento vigente.

6) CALCULO DE LA LEGITIMA:- En el Código Veleziano el valor de los bienes se computaban al momento de la apertura de la sucesión, excepto los donados que se computaban al momento de haberlo donado; el Código Unificado modifica el cómputo de estos últimos, los que se computarán conforme al valor al momento de la partición, según el estado del bien al momento de la donación.-

INTENTOS FALLIDOS EN SUPRIMIR LA LEGITIMA ARGENTINA

En varias oportunidades varios congresistas trataron de modificar y/o suprimir la Legítima del Código Velezano, pero sin éxito nuestro ordenamiento, a saber:

- 1) **Proyecto del 31 de julio de 1912 el diputado Carlos Carlés²³** presentó a la Cámara baja un proyecto de ley proponiendo la inclusión de un artículo que no reconocía ningún derecho a los herederos forzosos para reclamar porción legítima alguna en las sucesiones testamentarias; y modificando el artículo 3606 del C:C: estableciendo el derecho absoluto a la libertad de testar.-

Entre los fundamentos argumentados para tal modificación resaltó la iniciativa del Mariano Moreno, como precursor de la democracia argentina e investigador de la sociedad argentina, recomendando el estudio y la investigación de las leyes naturales que presiden la evolución de los pueblos para inferir de ellas las normas legales que regirán los derechos civiles de la Nación Argentina, fieles a los doc-

²² AZPIRI, Jorge O. "incidencias del Código Civil y Comercial, derecho sucesorio", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 235.-

²³ Diario de SESIONES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS, AÑO 1912, TOMO I, CONGRESO NACIONAL, Reunión Nº 23, pág. 859.- Edit. EL COMERCIO, IMPRENTA Y ENCUADERNACION.- BUENOS AIRES
15

trinarios racionalistas en derecho civil del momento. Además agregó que en esta materia, Vélez Sarfield, siguió los preceptos imperialistas de las leyes españolas, Código de Napoléon y el absolutismo romano, ajenas a nuestros orígenes patrios.

- 2) **Proyecto del 30 de septiembre de 1915, el diputado Avelino Rolón²⁴** presentó ante la misma Cámara el siguiente proyecto para reducir a una tercera parte la porción legítima de los herederos forzosos que fija el Código Civil.
- 3) **Proyecto del 19 de julio de 1922, del diputado Herminio J. Quirós²⁵** para reducir la legítima de los hijos a la mitad de la masa de bienes, y la de los ascendientes a un tercio, pudiendo con el resto el testador mejorar a cualquiera de ellos o hacer legados a terceros.
- 4) **Proyecto del 20 de septiembre de 1922 del diputado Ezequiel S. Olazo** presentaba a la Cámara joven un proyecto semejante al del año 1912. Se insistía nuevamente con la derogación de la legítima. Se aclaraba, para más abundar, que "la libertad de testar es absoluta".
- 5) **Proyecto del septiembre de 1929, los diputados Bergalli, Bard, Rodríguez, González Zimmermann, Mihura, Antille, Ingaramo, Vázquez, Zavala y Peyrotti** presentaron un nuevo proyecto, que al igual que el anterior, también consagraba la libertad absoluta de testar.

DERECHO COMPARADO

REGIMENES LEGALES QUE ACTUALMENTE ADMITEN LA LIBERTAD DE TESTAR

Inglaterra, parte de los Estados Unidos y Canadá, mantienen el principio de la plena libertad de testar. Todos ellos, testimonios de la tradición del Derecho anglosajón. Sin embargo, incluso en sistemas como éstos, se acuerda simultáneamente a determinados parientes y al cónyuge el derecho a obtener alimentos, no obstante lo dispuesto por el testador.

En Inglaterra, la "Farnily Provision Act" de 1938, establece que el cónyuge, los hijos y otras personas que, en vida del causante, hayan dependido de alimentos, tienen derecho a una "reasonable financial provision" (razonable provisión financiera) para el caso

²⁴ Diario de SESIONES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS, AÑO 1915, TOMO III, CONGRESO NACIONAL, Reunión Nº 47, pág. 714.- Edit. EL COMERCIO, IMPRENTA Y ENCUADERNACION. BUENOS AIRES

²⁵ Diario de SESIONES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS, AÑO 1922, TOMO IV, CONGRESO NACIONAL, Reunión Nº 35, pág. 128.- Edit. EL COMERCIO, IMPRENTA Y ENCUADERNACION. BUENOS AIRES.

de que el causante no lo haya previsto. A pesar de ello, las posibilidades de protección en estos sistemas se ven restringidas considerablemente.²⁶

Entre los códigos civiles latinoamericanos, un ejemplo claro de este sistema es el **mexicano**. En el cual, la legítima fue sustituida por la obligación de prestar alimentos a determinados parientes, siempre que no posean bienes suficientes; y nunca puede superar la mitad que le hubiera correspondido en la sucesión intestada, ni ser menos de 1/4.-

Similares disposiciones recogen los códigos civiles centroamericanos (Cfr. **Honduras**, arts. 1147 y 1150; **El Salvador**, art. 1141; **Nicaragua**, arts. 1197 y 1201; **Código Civil de la República de Panamá**, Ley número 2 del 22 de agosto de 1916 modificado por el artículo 4 de la Ley 107 de 8 de octubre de 1973.-

REGIMENES LEGALES QUE ESTABLECEN UNA PORCION LEGITIMA DE DISTRIBUCION FORZOSA

Entre los países que adoptan este sistema se encuentran:

Alemania, que fija la mitad de la herencia para los descendientes, padres y esposo (art. 2303);

Perú, pero la porción se eleva en este caso a dos tercios (art. 700);

Brasil, en tanto, la legítima se fija en la mitad de la herencia y gozan de ella solamente los ascendientes y descendientes (art. 1721);

Austria (art. 765); también adoptaron este sistema, fijado como legítima de los descendientes la mitad de todos los bienes.

Uruguay, un hijo tiene la mitad de la herencia; dos hijos las dos terceras partes; y si hay tres o más, accede a las tres cuartas partes (art. 887).

Italia establece porciones legítimas variables según el número de herederos que concurren,

Si concurre solo el viudo le corresponde la mitad

Si concurre con un hijo, le corresponde un 1/3.-

Si concurre con dos o más hijos le corresponde ¼ al viudo y ½ a los hijos.-

Si concurre con ascendientes le corresponde la ½ al viudo y ¼ para cada línea paterna y materna.-

Francia establece una cuota variable, según la cantidad de herederos que concurren a la sucesión.

²⁶GILETTA, Javier “Legítima versus porción disponible”. Cita online <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-75-1998-06-> pag. 185

Rusia, el causante no puede disponer de sus bienes sino en favor de las personas llamadas por ley a sucederlo (art. 418), y en ningún caso puede desheredar a un hijo menor de edad (art. 94).

LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y FILOSÓFICOS DE LA LIBERTAD ABSOLUTA DE TESTAR A LA LUZ DE LA SITUACION SOCIOLOGICA, ECONOMICA Y FAMILIAR ACTUAL.

Las diferencias socio económicas, y conformaciones sociales existentes en la actualidad son diametralmente opuestas a las imperantes no solo en la época en que se creó la Legítima como Institución, (S.V D.C.) en las postrimerías del derecho Romano, sino también en el momento en que fue sancionado el Código Civil Velezano.

LONGIVIDAD DE LOS TESTADORES Y SUS VINCULOS FAMILIARES

En las últimas décadas el envejecimiento poblacional ha ido en aumento. Tanto a nivel mundial, regional y nacional se registra un crecimiento comparativamente mayor del grupo de personas que superan los 60 años con respecto al resto de la población; fenómeno que en su interior se caracteriza por dos procesos que se dan de manera simultánea: la feminización y el envejecimiento de las personas mayores.

Según la convención establecida por Naciones Unidas, una población se considera envejecida cuando tiene más del 7% de personas mayores de 60 años.

En este sentido, Mar del Plata es “un polo gerontológico”: según datos del Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (Indec) tiene un 19,4% de su población con personas adultas mayores, con un 3,3% más que el resto del país.- ²⁷

Tengo el privilegio de ejercer mi profesión hace más de treinta años en Mar del Plata, ciudad que fuera y es la más visitada por los turistas argentinos; y además la más elegida por los adultos mayores para pasar sus últimos años, aun a veces alejada de sus hijos y demás parientes, posiblemente tratando de revivir aquellos buenos momentos pasados en familia.

²⁷ Passantino, L. D., Roumec, B., Fernandez, J., & Laterza Calosso, J. (2015). “El proceso de envejecimiento poblacional en la ciudad de Mar del Plata. La Vivienda y el Entorno Urbano en el Área Céntrica. Estudios Del hábitat, 13(2), 15–25. Cita on line: <https://revistas.unlp.edu.ar/Habitat/article/view/118>

La radiografía de los jubilados en la ciudad fue realizada en un informe del Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina en conjunta con la Fundación Navarro Viola.²⁸

Por ello, y particularmente gracias a poder dedicarme casi en exclusividad a determinados actos de familia, soy testigo y muchas veces intérprete jurídico de los deseos, carencias y las realidades familiares de los adultos mayores, los que distan mucho de la realidad social existente no solo en oportunidad de haberse regulado por primera vez El instituto de La Legítima, (S. V) con una conformación familiar y un concepto de derecho de propiedad muy distintos al existente en la actualidad, sino también distinta a la existente en oportunidad de ser sancionado el Código Civil Velezano.

Lamentablemente dicha problemática tampoco fue solucionada en oportunidad de sancionarse el actual Código Civil y Comercial, otorgándole al infeliz propietario el premio consuelo de ascender su parte disponible a 1/3.-

La evolución histórica que nos lleva a la actual legítima demuestra que responde a una economía familiar primitiva y medieval, que solo existió hasta principios del siglo XX.-

El progenitor que haya criado, alimentado, brindado educación y cuidado durante su primera etapa a esos hijos, o descendientes, cumpliendo con todos los deberes establecidos en nuestra legislación, no le queda ninguna otra obligación pendiente.

Se me viene a la mente, la pregunta de aquél adulto mayor que me hacía cuando quería donarle a un tercero: “Pero cómo, yo no soy dueño de regalarlo a quien quiero?, en realidad Ud. Es dueño absoluto de un 1/5 el cual deberá ser el mismo o menor en el momento que fallezca, (antes del C.C.C.) el resto forzosamente va a ir a sus herederos directos.”, lo cual ni él sabía cuánto iba significar. Situación que llevó y sigue llevando al 80% (clase media /baja) de la población a desistir de hacer testamentos cuando en rigor de verdad no solucionan mucho porque solo tienen 1/3 de un departamento o casita para disponer y poder ayudar a ese miembro de familia que no lo une ningún lazo jurídico ni consanguíneo, pero desearía poder beneficiarlo en vez de otro u otros consanguíneos que ya no tiene relación alguna.

Cuando en realidad, debería ser al revés, en esa etapa del adulto mayor, cuando por lo general nos vienen a consultar para que los asesoremos, y es a ellos a los que

²⁸ Salvia, A. (coord.), Cicciari, M. R. Informe sobre las condiciones de vida de las personas mayores de Mar del Plata [en línea]. Informes Temático del Barómetro de la Deuda Social Argentina. 2017 Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8213>

debemos cuidar para que sus derechos no sean restringidos o manipulados especulativamente por aquellas personas que perturban e inquietan al adulto mayor.

Cuando soy capaz de escuchar con mi alma al otro puedo intentar ponerme en su lugar, y tener una idea más o menos cercana de sus sentimientos, sus emociones, sus necesidades, sus deseos, y desde nuestra formación profesional, utilizando el ars notarie, poder aplicar nuestros conocimientos en el tema, y brindarles aquellas herramientas jurídicas para poder ayudarlos a transitar esta última etapa, de su vida en tranquilidad y en paz.

Pero a veces se hace difícil con esta enquistada, arraigada, apoltronada legítima, brindarle la herramienta jurídica ajustada a su necesidad.

Este fue el motor interno que me impulsó a escribir el presente trabajo y tratar de concientizar que hoy más que nunca el adulto mayor debe ser escuchado.

Este deber de concientización ya tiene raigambre constitucional en nuestro país, al haberse sancionado la Ley 27.700 con fecha 9 de Noviembre de 2022, publicada con fecha 30 de Noviembre del mismo año, en la cual le otorga Jerarquía constitucional, por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Argentina a la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el 15 de junio de 2015 y aprobada por ley 27.360.⁻²⁹

En la citada Convención Interamericana, en su artículo primero, establece promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Considerando a la persona mayor, aquella que tenga 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor, o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.-

Reconociéndole en su artículo séptimo el derecho a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente conforme sus tradiciones, creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos.

²⁹Ley 27.700 con fecha 9 de Noviembre de 2022, publicada con fecha 30 de Noviembre del mismo año, en la cual le otorga Jerarquía constitucional, por el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Argentina a la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada por la Organización de los Estados Americanos durante la 45ª Asamblea General de la OEA, el

Concretamente en su artículo 23 le reconoce el derecho al uso y goce de sus bienes, y no ser privada de estos por motivos de edad; los Estados partes deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizarle a la persona mayor el ejercicio del derecho a la propiedad, incluida la libre disposición de sus bienes, y para prevenir el abuso y la enajenación ilegal de su propiedad.

Ese derecho de propiedad, establecido no solo en nuestro Código Civil y Comercial, como aquel derecho exclusivo y absoluto, pleno, y perpetuo, sino con raigambre constitucional, demostrado a continuación.

LA LEGITIMA ES INCONSTITUCIONAL

Derecho de propiedad tal como está concebido en nuestra Constitución³⁰ y en el resto de nuestra legislación y la Institución de la Legítima no son compatibles; ya que aquel lleva ínsito la libertad de testar, propia de la cultura romanista ya reseñada, pero sobre todo por nuestra propia idiosincrasia; la que ya se sentía en el derecho patrio, embanderada por próceres como Mariano Moreno y Manuel Belgrano, influenciados por las revolucionarias ideas de franceses como Montesquieu o Voltaire, que provocaron la Revolución Francesa.

Nuestro Derecho de propiedad, como ya se explicara, conlleva el derecho al uso y la disposición en forma amplia y absoluta, reconocido a todos los habitantes del país, sin distinción de nacionalidad.

³⁰ Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio” ...” de usar y disponer de su propiedad”

Art. 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.”

Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Art. 75.- Corresponde al Congreso:

...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.”

“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Tal como lo señala el Doctor Jorge Azpiri, “Si no se presenta una situación en vida del causante, no parece razonable crearla para después de su fallecimiento.”³¹

Contra los defensores de la Legítima, esgrimiendo causas que atentan contra el Orden Público y la Paz social, ambos términos que dimanan respeto y pleitesía, pero que al aplicarlos puntualmente en este Instituto anacrónico, se evaporan.

El Orden Público, definido por M. A. Gelli, como “un conjunto de principios fundamentales en que se cimienta la organización social”³², exige la solidaridad y el sostenimiento mutuo entre los miembros de la familia.- Situación que no desconozco, pero la familia que sostiene es la misma que contuvo y cuidó a ese causante?.-

Con relación a la paz social, me limito a reproducirlas palabras del Profesor Félix Lajouane, citado por el Dr. Julio O. CHIAPPINI:

"Se dice que la libre disposición de los bienes perturba la estabilidad social, porque ataca a la familia, base y fundamento de toda sociedad organizada; pero esto no es exacto; por el contrario, y estrecha más íntimamente a todos los que viven bajo un mismo techo, o que se encuentran ligados por los vínculos de la sangre; vigoriza la autoridad de los padres, haciendo más sumisos y obedientes a los hijos, no por el temor de que sus padres no les dejen herencia, sino por el cariño y respeto con que siempre deben ser mirados. Por otra parte, sabiendo que no tienen derecho alguno a los bienes que su padre ha adquirido, ellos trabajarán a su vez, para crearse una posición social como la adquirida por aquél, confiarán en su propio esfuerzo, y de esta actividad bien dirigida, la sociedad recibirá el provecho evidente de los progresos que realizan los pueblos de la raza sajona y anglosajona.”³³

³¹ AZPIRI, Jorge O. “incidencias del Código Civil y Comercial, derecho sucesorio”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 235

³² VITTAR, Romina “Socioafectividad, Legítima hereditaria”.- Ponencia en el Tema 8 de las Jornadas Nacionales Civiles en Mendoza en 2022.-

³³ LA HERENCIA FORZOSA ES INCONSTITUCIONAL Chiappini, Julio O. “La herencia forzosa es inconstitucional” LA LEY 04/10/2006,1387. Cita: TR LALEY AR/DOC/3126/2006

Y ESTO NO ES INJUSTO?

Mención aparte merecen determinados bienes no registrales, que hoy más que nunca poseen valores equiparables a cualquier inmueble de gran envergadura, y que quedan al margen de la llamada legítima, si el propietario así lo desea, lo cual convierte al sistema sucesorio aún más perverso y desigual entre todos los ciudadanos, que en teoría son “iguales ante la ley”.

Hace unos días hablando con una amiga, reconocida artista plástica, la cual le comenté acerca del presente trabajo, tratando de explicar el sistema jurídico de la Legítima, y le dije: es como si a vos no te dejaran regalar todas tus obras a quien quieras, sino que las mismas debería representar solo el 33,33% del valor de ellas en momento que fallezcas”, la cual reaccionó espantada por dicha medida, solo con una palabra: - “Queeeeeeee?”.

Como he expuesto precedentemente, los legitimarios protegidos por el Código, en la mayoría serían adultos entre 30 y 70 años, que no merecen ni justifican razones objetivas para recibir la legítima, a menos que existan obligaciones alimentarias que el causante tuviera en vida.

Limitar ese derecho solo a la vida del propietario, provocaría una desnaturalización del derecho, y ahí sí se caería en la inconstitucionalidad de la ley; con la desnaturalización de la inviolabilidad, la propiedad deja de ser absoluta, exclusiva y perpetua, no es el derecho establecido y asegurado en nuestra Constitución?.

Como protagonista exclusivo de ese derecho, el propietario dispone de lo suyo con exclusividad. Si la ley le limita su derecho, altera el fundamento de lo absoluto y perpetuo de la propiedad, no es más ese derecho inviolable.

Es hora que la Ley esté a la altura de la actual configuración familiar, y que le brinde a toda persona, que no posea menores, incapaces a su cargo, o ascendentes en condiciones de vulnerabilidad, la posibilidad de disponer libremente de su derecho de propiedad, sin estar cercenado por una imposición legal vetusta, sin ningún tipo de sustento social que lo fundamente.

LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE TESTAR

Conforme la mayoría de las legislaciones que establecen una libertad para Testar, también imponen respetar los deberes de alimentos que determinados herederos ya poseían en vida del causante; a saber:

1. Menores o incapaces a cargo del testador.
2. Ascendientes en condiciones de vulnerabilidad.

Hablando de aquellas personas que continúan a cargo del adulto mayor, no solo debemos incluir a los menores o incapaces, sino a los ascendientes que este adulto mayor posea, es decir padre o madre del testador o donante, el que sí está o estará en condiciones de vulnerabilidad, y puede llegar a necesitar algún tipo de ayuda o manutención.

PROVOCAR LO NO QUERIDO

No es desconocido para el Notariado, la formación de capitales de un futuro testador a nombre de sociedades, y el traspaso de bienes personales a las mismas, las cuales tratan de eludir la legítima, y esto, no es ni más ni menos que los actos simulados y fraudulentos realizados por una persona que, por defender a ultranza su absoluto derecho de propiedad hace lo no querido, cometer un ilícito.

Y AHORA QUE HAGO?...

Hace algunos años vino a verme un donante, de 95 años, y me dijo: -

- “Se acuerda cuando hicimos la donación con reserva de usufructo de mi casa, y la donación del departamentito a favor de mi único hijo? “ (habían pasado 15 años)

- si

- “bueno, la quiero deshacer, pasa que ahora en el departamentito está viviendo mi nieto, y yo no tengo plata para los remedios”,

Luego de recomponerme, y deshacer el nudo que se me produjo en el estómago, le expliqué cuáles eran las causas específicas para revocar una donación, me dijo:

-. “ah bueno, no no! entonces no, yo a mi hijo no le voy a hacer juicio. “

Fin de la conversación, pero no del problema.

A Nosotros nos han nombrado intérpretes a priori del derecho, precisamente para evitar contiendas, y por eso cuando dichas normas son contrarias a los usos y costumbres, cuando los actos de los mortales no coinciden con el he-

cho en concreto, ahí aparece la imperiosa de necesidad de modificar la norma, ajustándola a la realidad.

DIGAMOS LAS COSAS POR SU NOMBRE

La legítima, descrita muy correctamente por el Pablo Gutierrez – Alviz y Conradi, Notario de Sevilla: "La legítima se ha convertido en una especie de seguro del hijo a la herencia del padre, cualquiera que sea el comportamiento afectivo del hijo con su progenitor.³⁴ Y esto es intrínsecamente injusto, beneficia al posible hijo apático e indolente, al "becario", que alimenta un vínculo con su progenitor, llamado por la psicología "vínculo parasitario" (Enrique Pichon Rivier), fundando su derecho en una solidaridad familiar que en vida del causante nunca existió.³⁵

Este término fue tomado de la Biología. Esta Relación parasitaria es una relación ecológica entre dos seres vivos en donde uno de ellos, el parásito depende nutricionalmente de otro (el hospedador). Vínculo también descrito por la psicología social caracterizada por una relación de dependencia que sin duda reviste consecuencias dañinas o un vínculo patológico. Y automáticamente recuerdo los relatos de aquellos adultos mayores que poseen hijos mayores, solteros o divorciados que todavía están viviendo con sus padres, y van usufructuando en vida sus futuras legítimas anheladas.-

"Pero en los tiempos presentes, la herencia forzosa es un elemento de atraso, de falta de aspiraciones y de actividad en los individuos, que daña el progreso de las sociedades modernas. Se esteriliza el esfuerzo de los padres que han adquirido una fortuna; porque los hijos en vez de trabajar, de esforzarse por conquistar una posición propia, esperan tranquilos esa fortuna que tantos desvelos ha costado a sus padres, para gozar de los placeres que ella proporciona.

Y de ahí que, de un hombre que con su esfuerzo individual se habría conquistado una fortuna contribuyendo a la riqueza nacional, lo hemos convertido en una especie de parásito, que no hace esfuerzo alguno, porque tiene un nombre estimado y respetado.

³⁴ GUTIERREZ ALVIZ, Pablo "La legítima no es intocable". REVISTA COLEGIO NOTARIAL DE MADRID EL NOTARIO DEL SIGLO XXI.- cita online: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/1623-la-legitima-no-es-intocable-0-3552222590476482>

³⁵ Pichón Rivier, Enrique "Teoría del vínculo", Edit. Nueva Visión, 1985, pág. 32,

do, una posición distinguida, comodidades de toda especie, dinero para sus placeres, y en un provenir cercano una fortuna que recogerá necesariamente.”³⁶

El sistema de la Legítima, termina premiando a aquel hijo que, lejos de honrar la memoria y religión de sus ancestros, lejos de haber contribuido a la formación y ampliación del patrimonio de sus ancestros, por decisión personal se distanció de él, luego de recibir los derechos indiscutibles que conlleva la responsabilidad parental que todo niño debe recibir hasta su mayoría de edad, y en el momento que debe ser él el responsable adulto de velar por los cuidados y atenciones que los padres necesitan, no está; y acá es en donde estamos fallando, como profesionales del derecho, debemos escuchar, analizar los requerimientos y las necesidades de ese adulto mayor y actuar en consecuencia.-

Acá es donde nuestro derecho sucesorio “hace agua”, porque no está regulando las situaciones generadas en este momento por este grupo etario, al cual ya es llamado “tercera” o “cuarta edad”, jubilados o no, pero con deseos de “dejar todo en regla”, para que los chicos “no se peleen”, aunque no lo merezca alguno...

Pablo Gutierrez – Alviz y Conradi señala “En ocasiones el carácter de legitimario parece recordar el concepto de "legitimista", es decir, el partidario de una dinastía que cree tener un derecho por llamamiento legítimo para "reinar" por el mero hecho de ser hijo.”³⁷

Hace poco menos de un dos meses tuve el placer de asistir a las audiencias previas del otorgamiento de un poder efectuado por una señora de noventa y nueve años, la cual vive con su hija de setenta años, y poseía nietos, bisnietos y tataranietos; en una de ellas terminó comentándose la goleada que Argentina le había hecho a Curacao en el estadio de la Provincia de Santiago del Estero el pasado veintiocho marzo.- La que obviamente tenía una nieta favorita, que la llamaba todas las noches para decirle “buenas noches abuela”. Y este caso concreto no es aislado.

Por qué prohibir que el adulto mayor, el que no tiene menores o incapaces a su cargo, ni ascendientes en situación de vulnerabilidad, pueda disponer libremente de su patrimonio, y donarlo o testarlo a favor de aquellos afectos que ha mantenido y que lo

³⁶ Chiappini, Julio O. “ LA Herencia Forzosa es inconstitucional”.- LA LEY 04/10/2006 , 1 LA LEY 2006-E , 1387

³⁷GUTIERREZ ALVIZ, Pablo, ob. Cit.

siguen acompañando y brindando el afecto que a veces no son sus hijos, o herederos (forzosos?).

Hoy, nos encontramos no solo frente a dos situaciones diametralmente distintas a las existentes en oportunidad de crearse la legítima:

- 1) las nuevas configuraciones familiares, unipersonales, ensambladas, personas que a lo largo de su vida han tenido, una, dos, y hasta tres familias, y esos vínculos socioafectivos van mutando,
- 2) la existencia de adultos mayores que hoy cuentan con una esperanza de vida muy diferente a la existente en oportunidad en que la institución de la Legítima fue creada, y también muy distintas en los albores de nuestra República.

El Profesor Félix Lajouane, citado por el Dr. Julio O. CHIAPPINI señala: "Sería hacer una ofensa a las naciones que han rechazado la legítima forzada, el decir que este sistema tiene por base la moral, la justicia y la estabilidad social; porque nada tiene que ver la moral, ni la estabilidad social se debilita con la completa libertad para testar. Por el contrario, si alguno de los sistemas puede tocar a la moral, pervirtiendo al hombre y creándole deseos inconfesables, es este sistema, que comenzando por herir la libertad de disponer, desconociendo el derecho del hombre para hacer imperar su voluntad aun más allá de la tumba, crea a favor de ciertos individuos derechos de que no pueden ser privados sino por causas graves, asegurándoles la propiedad de bienes en los que nada han hecho por adquirirlos; matando así el esfuerzo individual del descendiente, que en ciertos momentos siente, tal vez, que su padre o su abuelo prolonguen tanto una vida de labor, privándole de una fortuna que ya toca con la mano febril del deseo no satisfecho."³⁸

Ayudemos a permitir que todo testador pueda disponer libremente de sus bienes, los cuales fueron adquiridos o conservados con esfuerzo de su vida, en vez de obligarlos a que su mayor parte del su patrimonio deba quedar en manos de sus hijos y/o nietos, cuando a lo mejor poco o ningún trato tiene, los cuales se desarrollaron económica y socialmente lejos de su familia de origen, y por distintas circunstancias su familia se encuentra lejos de la del testador, tanto física como afectivamente.

CONCLUSION

³⁸ Chiappini, Julio O. ob. Cit.

Como profesionales del derecho a cargo de una función pública tenemos el deber moral de hacer todo lo que esté a nuestro alcance para interpretar las inquietudes de las personas mayores, ofrecerles aquellos instrumentos jurídicos, (testamento, directivas para la propia discapacidad, protocolo familiar, pactos de herencia futura, donaciones a terceros) y sobre todo a darles la tranquilidad necesaria para que mientras puedan, sean ellos los protagonistas de su toma de decisiones, dirigiendo su vida, “manejando el timón”, sin “legítima” que se lo impida, y que puedan vivir en paz sus últimos años, junto a los seres queridos elegidos por ellos.

Más allá de todos los motivos y fundamentos presentados en el presente para suprimir la legítima, “solo un padre desnaturalizado puede olvidar a sus hijos a la hora de testar. Si por otra parte no desea dejarles nada, sus "legítimas razones tendrá",

**NADIE tiene la potestad de restringirle al causante
SU DERECHO DE PROPIEDAD.-**

Escrito esto, si bien la familia no se elije,

YO, ELIJO A MI FAMILIA.-

“BIBLIOGRAFIA”

AZPIRI, Jorge O. “incidencias del Código Civil y Comercial, derecho sucesorio”, Ed. Ham-murabi, Buenos Aires, 2015.

BARRIO GALLARDO, Aurelio “EL LARGO CAMINO HACIA LA LIBERTAD DE TESTAR” Editorial Dickinson, Madrid

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (18/12/2000): Cita online: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

CHIAPPINI, Julio O. “La herencia forzosa es inconstitucional” LA LEY 04/10/2006, LA LEY 2006-E , 1387. Cita: TR LALEY AR/DOC/3126/2006

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMENTADO, ANOTADO Y CONCORDADO. COORDINADOR EDUARDO CLUSELLAS. FEN Editora Notarial.

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMENTADO. JULIO CESAR RIVERA Y GRACIELA MEDINA DIRECTORES.-THOMSON REUTERS Editores.

GALLARDO, Aurelio “EL LARGO CAMINO HACIA LA LIBERTAD DE TESTAR” Editorial Dickinson, Madrid

CONSTITUCION NACIONAL ARGENTINA

DIARIOS de SESIONES DE LA CAMARA DE DIPUTADOS, CONGRESO NACIONAL AÑO 1912, TOMO I, AÑO 1915, TOMO III, AÑO 1922 TOMO IV, Reunión N° 23.- Edit. EL COMERCIO, IMPRENTA Y ENCUADERNACION.- BUENOS AIRES

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina.-

GILETTA, Javier “Legítima versus porción disponible”. Cita online: <https://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-75-1998-06>

GONZALEZ DORTA, Fátima Leandra. “La figura de la legítima: pasado, presente y futuro”- cita online:- ull.es <https://riull.ull.es/bitstream/handle>.

GUTIERREZ ALVIZ, Pablo “La legítima no es intocable”. REVISTA COLEGIO NOTARIAL DE MADRID EL NOTARIO DEL SIGLO XXI.- cita online: <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/1623-la-legitima-no-es-intocable-0-3552222590476482>

LEY NACIONAL 27.700 con fecha 9 de Noviembre de 2022, publicada con fecha 30 de Noviembre 2022, ratificando La Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores,

MAZZINGHI, Jorge A.M. “Porción legítima, acción de entrega o complemento, y situación de los que han poseído la cosa durante diez años”. LA LEY 26/03/2018, cita online: AR/DOC/526/2018

MEDINA, Graciela y MIGUEZ de BRUNO, María Soledad. “Principios generales sucesorios y los principios generales de la sucesión intestada en particular”. cita online: DFy P 2014 (noviembre), 03/11/2014, 109 Cita Online: AR/DOC/3860/201

PASSANTINO, L. D., ROUMEC, B., FERNANDEZ, J., y LATERZA CALOSSO, J. (2015). “El proceso de envejecimiento poblacional en la ciudad de Mar del Plata. La Vivienda y el Entorno Urbano en el Área Céntrica. Estudios Del hábitat, 13(2), 15–25. Cita on line: <https://revistas.unlp.edu.ar/Habitat/article/view/118>

PEREZ LASALA, José Luis, “TRATADO DE SUCESIONES, Edit. RUBINZAL CULZONI.

PICHON RIVIER, Enrique “Teoría del vínculo”, Edit. Nueva Visión, 1985.

SALVIA, A. (coord.), CICCARI, M. R. Informe sobre las condiciones de vida de las personas mayores de Mar del Plata [en línea]. Informes Temático del Barómetro de la Deuda Social Argentina. 2017 Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8213>

VALLET DE GOYTISOLO, Juan “ACLARACIONES ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA LEGITIMA”, 1986.- cita online: <https://dialnet.unirioja.es.->

VITTAR, Romina “Socioafectividad, Legítima hereditaria”. Ponencia en el Tema 8 de las Jornadas Nacionales Civiles en Mendoza en 2022.

VITTOLA, Leonardo R. “La noción de la socioafectividad en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos. Nro. 42 –