

La Legítima en Roma y su recepción en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino

Por José Carlos Costa¹

I. La recepción del derecho romano en el derecho argentino y la importancia de su interpretación

La sanción del nuevo código civil y comercial argentino importa un nuevo desafío para los romanistas en razón que debemos brindar los fundamentos de los cuales carece ante su particular redacción, facilitando a través de la interpretación el correcto sentido de sus instituciones.

En este sentido debo señalar que, los autores del nuevo código reconocen en el “*Anteproyecto de elevación*” la influencia del derecho romano manifestando que, una de las características primordiales que porta consigo el nuevo articulado es la “*identidad cultural latinoamericana*”, añadiendo al respecto que, “*existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano, este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación*”.

La premisa expuesta es reafirmada en otra parte del “*Anteproyecto*” cuando dice, “*esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales*”².

La lectura atenta de los “*Fundamentos*” permite inferir entonces, que resulta un engranaje de importancia la consideración del derogado código de Vélez Sarsfield en el nuevo sistema, puesto que, si la nueva codificación reconoce a través de sus

¹ Profesor Titular Regular Derecho Romano Universidad Buenos Aires, Universidad del Salvador, Universidad J. F. Kennedy y Universidad Belgrano.

² Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

fundamentos de elevación que mantiene la tradición romanística receptada por la dogmática del derecho privado, va de suyo que, las distintas doctrinas y teorías elaboradas a partir del código velezano, la interpretación de sus notas y la labor jurisprudencial posterior, lleva naturalmente a la concreción de la evolución del derecho romano en el nuevo código.

Por dicha razón destaco la importancia que seguirá teniendo el código de Vélez que, en mi opinión, oficiará de conexión entre la tradición del derecho romano receptada en nuestra legislación y su transcurso evolutivo en casi los dos últimos siglos.

La coherencia de los autores del nuevo código -más allá de los errores o contradicciones que éste trae consigo como consecuencia de la pluralidad de criterios intervinientes- permite la afirmación efectuada respecto a la evolución de la tradición jurídica argentina teniendo en cuenta la recepción del derecho romano.

En otras palabras, encontramos en la dogmática argentina un nuevo eslabón del fenómeno de la recepción del derecho romano que, en mi criterio, ha intensificado la etapa de la pervivencia para adentrarse en el estadio de su transmutación en derecho actual³.

Lo expuesto guarda relación con otras manifestaciones del acontecer jurídico que, si bien no he de profundizar dado las características del presente trabajo, resulta necesario traer a consideración en razón del momento jurídico especial que acontece en el ámbito jurídico argentino.

La tradición romana, que hace referencia la exposición de motivos del “*Anteproyecto*”, y que entrelaza con la “*integración en un bloque cultural latinoamericano*”⁴, ha sido vislumbrada oportunamente por Catalano cuando sostiene la necesaria consideración de

³ Costa J. C., Manual de derecho romano público y privado, Abeledo Perrot, 3º edición actualizada, Buenos Aires, 2016, p. 28 y ss.

⁴ Fundamentos..., cit.

“la existencia de la base sociocultural de la unidad del sistema en un bloque romano iberoprecolombino”⁵.

En mi parecer, Latinoamérica se encuentra impregnada de una fuerte tradición romanística y en algunos casos la presencia del derecho romano es aún más gravitante que en países del viejo continente⁶. Schipani ha dicho al respecto que, los criterios propios del derecho latinoamericano y de su codificación han desarrollado lo que se llama *“perfeccionamiento de la transfusión del derecho romano”*, en cuanto *“el sistema jurídico se ha modelado bajo la influencia del sistema romanista”⁷.*

Más aún, hablar de civilización romana es hacerlo también en cuanto al mundo occidental⁸. En este sentido, Labruna ha sostenido que *“Europa es ante todo un fenómeno cultural. Más que un concepto geográfico es una síntesis de elementos culturales, entre los cuales ocupa un puesto de absoluto relieve el derecho de Roma. La experiencia pública y privada de una comunidad que en la edad antigua supo expandirse territorialmente en gran parte del continente y en vastas áreas de Asia y Africa”⁹.* En el mismo sentido se han manifestado otros autores¹⁰.

Efectuada esta necesaria consideración previa entiendo que tratar la evolución de la legítima en el derecho romano y su recepción en el argentino suma a la interpretación correcta del instituto en el derecho sucesorio argentino¹¹.

⁵ Catalano P., *Sistemas jurídicos latinoamericanos y derecho romano*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Bogotá, 1982, p. 61 y ss.

⁶ Costa J. C., *Manual...*, cit., p. 7 y ss.

⁷ Schipani S., *El código civil peruano y el sistema latinoamericano*, Xº Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Perú, 1996.

⁸ Costa J. C., *Manual...*, cit., 4 y ss.

⁹ Labruna L., *Principios jurídicos, tradición romanística y humanidad del derecho entre Europa y América*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 2004-C-1239.

¹⁰ Baynes N. H., *El Imperio Bizantino*, FCE, México, 2003, p. 37 y ss.; Burdese A., *Manual de derecho público romano*, Barcelona, 1972, p. V y ss.; Rodríguez-Ennes L., *Gallaecia: Romanización y ordenación del territorio*, Dykinson SL, Madrid, 2004, p. 11 y ss.; Stein P. G., *El derecho romano en la Historia de Europa*, Madrid, 2001, jp. 181 y ss.

¹¹ Costa J. C. *Derecho sucesorio romano*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2002, p. 13 y ss.

II. Evolución de la legítima en el orden sucesorio romano

La legítima nace en el derecho romano como culminación de un largo proceso de evolución en materia sucesoria a partir de las limitaciones a la libertad de testar.

Tiene como finalidad contemplar el derecho del *heredero forzoso o necesario*, que sin motivo es dejado de lado en el testamento. Estas limitaciones traen consigo dos efectos a tener en cuenta, por un lado, la pérdida del testador de su ilimitada libertad para designar heredero según su voluntad, y por el otro, la disposición libre de su patrimonio¹².

III. Algunas precisiones respecto a la naturaleza jurídica de su denominación

El poder absoluto del testador en los orígenes de Roma es sometido a restricciones que conforman un nuevo sistema sucesorio contemplando la necesidad de proteger a sus herederos más cercanos.

Considero, que la pérdida del testador de su ilimitada libertad para designar heredero debe denominarse “*limitación de carácter formal*”, y la disposición libre de su patrimonio, “*limitación de carácter material*”; haciendo siempre la salvedad que los juristas romanos no acuñan estas denominaciones, aunque conocen y aplican dichos conceptos. En mi criterio, estas denominaciones resultan más apropiadas que las tradicionales, que las denomina respectivamente “*sucesión necesaria formal*” y “*sucesión necesaria material*”, dado que si bien la primera presenta un marcado rasgo formal y la segunda sustancial, no es apropiado llamarlas “*necesarias*”.

Lo expuesto se debe a que la denominada “*sucesión necesaria formal*” no obliga necesariamente al testador a nombrar a determinado heredero, sino que lo designe o le niegue dicha designación. Por su parte, en la denominada “*sucesión necesaria*

¹² Costa J. C., Derecho sucesorio romano, cit., p. 64 y ss.

material”, el beneficiario no es forzosamente sucesor en el verdadero sentido de la palabra, lo que trae consigo equivocaciones y errores de enfoque en el tema.

Pese a que la doctrina romanista mayoritaria ha continuado tradicionalmente con estas denominaciones me inclino por llamarlas “*limitaciones de carácter formal*” y “*limitaciones de carácter material*”, puesto que, en sí misma, la legítima nace en Roma exclusivamente como una limitación a la facultad de disposición del *padre de familias* y no precisamente como un derecho del heredero.

En este sentido debo destacar que, la denominación tradicional no obedece a un fundamento de la jurisprudencia clásica, sino a una necesidad moderna recogida por la pandectística alemana. El jurista romano clásico considera a la legítima como una verdadera limitación al poder del padre de familias y no como un derecho del heredero. En razón de estos fundamentos considero más apropiado las denominaciones que he escogido emplear¹³.

IV. Fundamentos y orígenes de la legítima en el derecho romano

Del mismo modo que, “*la falta de cumplimiento de los requisitos formales*” apareja la caída de la institución de heredero también produce lo propio “*la omisión o desheredación injustificada de éste*”.

La “*limitación de las facultades de carácter material*” tiene una larga evolución en el derecho sucesorio romano comenzando como una reacción moral o de repudio de la sociedad romana ante el proceder de ciertos padres de familias, que no destinan en sus testamentos una parte del acervo hereditario a aquellas personas unidas a él por lazos íntimos de parentesco. Esta actitud es mal vista y comienza a considerarse injusta.

¹³ Costa J. C., La legítima en el derecho romano, XI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, Universidad Nacional del Comahue, Gral. Roca, Argentina, 1993; Costa J. C., La legítima, XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997.

A fines de la república, los juristas romanos inician lentamente la solución de la cuestión buscando favorecer a los parientes consanguíneos del testador basándose en el principio de la ausencia del “*deber de afecto*” (*officium pietatis*). Consideran que incurre en esta falta quien en el testamento omite, deshereda o instituye heredero en escasa porción a un familiar directo. Esta anomalía torna inoficioso el testamento (*inofficiosum*) y le asiste a la persona perjudicada el derecho de impugnarlo¹⁴.

El fundamento no se basa en el privilegio de la familia sobre los bienes, sino en consideraciones de piedad, asegurando a los parientes más próximos del difunto una equitativa participación en sus bienes y un digno sustento intentando garantizar la unidad y dignidad de la familia como producto de una nueva conciencia social fundada en la equidad, el afecto y la valoración de la familia de sangre.

A fines del período republicano se llega a admitir que si un testador omite o deshereda injustificadamente a sus hijos, éstos pueden atacar el testamento de “*inoficioso*” considerando al testador como “*falto de su sano juicio*” al momento de otorgarlo. Se trata de “*una ficción legal*” creada por los pretores en defensa de los injustificadamente desheredados. Esta acción llamada “*querella de inoficiosidad*” (*querella inofficiosi testamenti*) puede ser entablada por los herederos afectados en principio ante el *tribunal de los centuviros*.

La “*querella de inoficiosidad*” tiene fundamento en la “*ficción legal o necesaria*” ideada por los pretores en fundamento que el testador no se encuentra en su sano juicio en el momento de testar aparejando la nulidad del acto ante el vicio que afecta su capacidad, logrando jurídicamente la caída del testamento acogiendo los legítimos derechos de los herederos injustificadamente desplazados o preteridos.

La “*acción de inoficiosidad*” es el medio adecuado por el cual el interesado persigue ser reconocido, precisamente por ser omitido o desheredado sin causa, provocando la nulidad total o parcial del testamento. La carga de la prueba pesa sobre el interesado

¹⁴ Inst. 2.18 pr. / D.5.2.2.

(*querellante*), que debe probar que ha sido omitido o desheredado injustamente y el judicante tiene la facultad de apreciar libremente las consideraciones, motivos, y proceder del testador, y las razones articuladas por el querellante al atacar el acto.

Este remedio procesal, la “*querella de inoficiosidad*”, originada en el derecho clásico y evolucionada luego en el período posclásico y justiniano, tiene un carácter amplio, puesto que, puede ser ejercida por los descendientes y ascendientes sin distinción (*aganados y cognados*), siempre que cumplan los siguientes requisitos, tener el derecho de ser heredero ab intestado del difunto con grado de legítimo o forzoso; inexistencia de causal legítima de desheredación consignada por el testador; no tener a su alcance otro medio legal para lograr hacer valer su derecho.

A través de la “*querella*” no se persigue la aplicación inmediata de *la legítima*, sino la caída del testamento y la apertura de *la sucesión ab intestato*. La actividad pretoria considera que es “*justo o legítimo*” respetar al heredero una “*cuarta parte del acervo hereditario del testador*”. Para el cálculo de esta última se tiene en cuenta pautas provenientes de la *lex Falcidia* (40 a. C.), que precisamente dispone la creación de la denominada “*cuarta falcidia*”. Desde antiguo el *pater familias* posee amplios derechos para testar y así lo sostiene la ley decenviral al ordenar que todo lo dispuesto en el testamento tiene plena validez. Esta facultad en el transcurso del tiempo trae serios inconvenientes en razón que en la práctica el testador puede agotar todo su patrimonio mediante una gran cantidad de legados y manumisiones dejando nada más que un simple título de heredero y sin bienes. Por dicha causa, los instituidos herederos comienzan a negarse, cada vez más, a aceptar la herencia, y buena parte de los padres de familias mueren intestados perjudicando a la familia y al fisco¹⁵.

Para evitar esta anómala situación comienza a gestarse lo que se denomina “*política de restricciones a la facultad de testar*”, que comprende la sanción de las leyes *Cincia* (204 a. C.), *Furia testamentaria* (aproximadamente 173 a. C.), *Voconia* (169 a. C.), *Falcidia* (40 a. C.) y *Fufia Caninia* (2 a. C.). La más importante de las nombradas es la *lex*

¹⁵ Costa J. C. Derecho sucesorio romano, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2002, p. 45 y ss.

falcidia, que tiene el objeto de perseguir que todos los legatarios reduzcan sus legados en cuanto sea necesario para que al heredero le quede libre “la cuarta parte de la herencia” y no tenga inconveniente en aceptarla. Si bien esta ley consiste en un paliativo en el sistema sucesorio romano provocando el no morir intestado y no privar al fisco del impuesto dista de resultar una solución definitiva al tema debido a su carácter supletorio por no imponerse a la voluntad del testador, dado que, se aplica solo en el caso que éste último no prohíba expresamente su aplicación, interpretándose que no quiso dejar sin ninguna participación a la persona que le era más querida, el heredero¹⁶.

Durante el derecho posclásico la “*querella*” presenta modificaciones, así, se extiende a las donaciones excesivas y aparece una nueva acción denominada “*acción en complemento de la legítima*” (*actio ad supplendam legitiman*).

La primera de las innovaciones permite a los herederos afectados por el uso excesivo de liberalidades inter vivos que comprometen su derecho a atacarlas por inoficiosas. Los emperadores y sus juristas mediante la sanción de constituciones imperiales dedican especial interés al tema; así, Alejandro Severo hace lugar al uso de la “*acción de inoficiosidad de las donaciones*” (*querella inoffisiosae donationis*) y Constantino extiende la aplicación de la “*querella*” a los casos de dotes excesivas (*querella inoffisiosae donationis vel dotis*)¹⁷.

La segunda de las novedades introducidas, denominada “*acción en complemento de la legítima*”, surge como respuesta a una nueva modalidad impuesta por los testadores, que no instituyen a su hijos en calidad de herederos, pero a cambio les destinan donaciones en el testamento con la variedad de que si estas últimas no alcanzan a cubrir el monto de la legítima debe completarse a través del arbitraje de un hombre probo¹⁸. Esta acción de

¹⁶ Inst.2.22.2 / Inst.2.22.3 / D.24.1.32 / D.35.2.1.pr / D.35.2.1.13 / D.35.2.1.15 / D.35.2.11.7 / D.35.2.15.3 / D.35.2.18.pr / D.35.2.30 / D.35.2.30.2 / D.35.2.30.4 / D.35.2.32.2 / D.35.2.42 / D.35.2.62 / D.35.2.73.pr / D.35.2.73.4 / D.35.2.78 / D.35.2.87 / D.35.2.87.4 / D.35.3.1.pr / D.35.3.6 / D.35.4.2.72 / D.35.2.88.2 / D.36.1.55.2 / Cód.6.47.2 / Cód.6.50.5 / Cód.6.50.6.pr / Cód.6.50.12 / Cód.8.57.2 / Nov.1.2.2.

¹⁷ D.31.87.3 / D.31.87.4 / Cód.3.29.7.

¹⁸ Cód.Teod.2.19.4.

carácter personal, que complementa al testamento y no lo hace caer, es perpetua, puesto que, carece de plazo para ser interpuesta y pasa a los herederos; y si el legitimario que la ejerce pierde el juicio no se lo priva del goce de las otras liberalidades recibidas en virtud del testamento.

Más tarde, Justiniano decide en el año 528 confirmar la resolución de los emperadores Juliano y Constancio (361) y ordena que el legitimario solo puede ejercer la “*acción en complemento de la legítima*” y no la “*querella de inoficiosidad*”, aún en el caso de que el testador no disponga la cláusula del “*árbitro probo*”¹⁹.

Las Novelas 18 (537) y 115 (541) constituyen las reformas más significativas que introduce Justiniano al sistema de la legítima estableciendo: *a.* En el testamento se debe dejar constancia expresa de las causales de desheredación por parte del testador respecto de sus herederos legítimos; *b.* Las causales de desheredación se encuentran legisladas y sólo éstas pueden ser invocadas por el testador; *c.* La porción correspondiente a la legítima está sujeta a variaciones de acuerdo con el número de hijos, de modo tal que, si el testador posee hasta cuatro hijos la legítima correspondiente asciende hasta un tercio del acervo hereditario que le corresponde en la sucesión ab intestato, y si en cambio supera dicha cantidad de hijos corresponde la mitad de la porción hereditaria ab intestato; *d.* En cuanto al ejercicio de la “*querella de inoficiosidad*” dispone que el legitimario sólo puede interponerla cuando no es instituido heredero o cuando no es legítimamente desheredado; *e.* Ordena que, el legitimario siempre debe recibir algo en calidad de heredero, no basta que reciba todo o parte de su porción de la legítima en concepto de legados, fideicomiso u otras donaciones; *f.* En cuanto al efecto de la “*querella*” determina que, ésta hace caer el testamento en cuanto a la institución de heredero y no en su totalidad, quedando en vigor todas las demás disposiciones testamentarias, v. gr., tutelas, manumisiones, legados, fideicomisos, etc.

V. La legítima en el código velezano

¹⁹ Inst.2.18.3 / Cód.3.28.30.

Vélez Sarsfield profundo conocedor del derecho romano no se desentendió del tema de la legítima y rige el instituto en los artículos 3591 al 3605, que salvo las modificaciones oportunamente introducidas por las leyes 17.711²⁰ y 23.264²¹, rigieron hasta el nuevo código.

Rezaba el código derogado que, “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” (art. 3591); que se complementaba con la disposición siguiente que establecía que tienen una porción legítima todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado por el código (art. 3592). Además, el artículo 3600 rezaba “el heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento”.

En lo que concierne a la porción correspondiente a la legítima de los distintos herederos disponía para los hijos los cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiere donado (art. 3593 texto según ley 23.264²²); dos tercios para los ascendientes (art. 3594 ley 23.264); y para los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales (art. 3595 ley 23.264).

Los restantes artículos referían a distintas situaciones relacionadas a la legítima, v. gr., usufructo, renta vitalicia, renuncia, modo de calcular el valor de los bienes, etc.

²⁰ Modificó los arts. 3602 y 3604.

²¹ Modificó el art. 3594.

²² El artículo 3593 del código de Vélez decía, “la porción legítima de los hijos legítimos es cuatro quintos de todo los bienes existentes a la muerte del testador y de los que deben colacionarse a la masa de la herencia”.

O sea que, el código velezano, aún con sus reformas a cuestras destinadas a actualizarlo, contemplaba claramente la legítima para los deudores del testador y el derecho de éstos en pedir la complementación y colación cuando actos de disposición de éste último hubiese dejado por cualquier título menos de la porción legítima reduciéndolos en los términos debidos (arts. 3591, 3600 y 3601).

Vélez en las notas correspondientes a la legítima cita, entre otros, a las leyes de partida, los códigos Francés, Nápoles, y especialmente el L. 35, tít. 28, Lib. 3 del Cód. Romano; y entre los doctrinarios a Troplong y Goyena. Las fuentes consignadas por Vélez son de indudable origen romanístico, lo que conlleva a asegurar que el codificador estableció la legítima del derecho romano en la normativa argentina.

VI. El código actual

El nuevo código²³, mantiene el instituto de la legítima romana receptado por el código velezano actualizándola a las exigencias actuales en los arts. 2444 al 2461.

El art. 2444 dispone la legítima para los descendientes, ascendientes y cónyuges del testador, quien no puede privarlos por testamento o por actos entre vivos a título gratuito.

El código mantiene la tesitura del velezano y solo cambia las porciones de la legítima disponiendo dos tercios para los descendientes y un medio para los ascendientes y el cónyuge (art. 2445).

En dicho sentido dispone: a. “*la acción de complemento*” (art. 2451) ordenando la reducción de las donaciones y de los legados hasta arribar a la porción de la legítima (arts. 2452 y 2453); b. la “*acción reipersecutoria*”, por la cual el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables en mengua injustificada del acervo hereditario que correspondiese a los herederos legítimos (art. 2458).

²³ Sancionado el 1º de octubre de 2014 mediante ley 26.992.

El actual código siguiendo al anterior de Vélez no se aparta del derecho romano en la temática de la legítima manteniendo la protección de los herederos legítimos respecto de las decisiones testamentarias destinadas a perjudicarlos.

VII. Conclusiones

A modo de corolario puedo señalar que, el derecho primitivo romano se caracterizó por la plenitud de la voluntad del testador fundado en el *ius testamenti factio*, por el cual podía dejar testamento según quisiese. Esta facultad plena, omnímoda, fue quedando relegada en beneficio de los herederos legítimos omitidos o dejados de lado sin justificación válida en el testamento, y también cuando se les reducía arbitrariamente la porción de lo que le correspondiese.

Los pretores, echando mano a una necesaria ficción legal, introducen en protección de los herederos legítimos “*la acción de inoficiosidad*” por la cual se considera como falto de su sano juicio a aquel testador que omitía el derecho de su heredero legítimo a sucederlo o reducía considerablemente el acervo hereditario en perjuicio de los herederos. La jurisprudencia clásica y los emperadores continuaron en la misma tesitura configurándola definitivamente la obra justiniana.

El derecho argentino, receptor del derecho romano, impone la legítima y la acción de complemento de ésta última, como también las porciones del acervo hereditario que le corresponden a los herederos, según fuese la calidad de éstos, así, descendientes, ascendientes y cónyuges.

El código velezano de raigambre carácter romanista, primero, y el actual código, después, receptan las disposiciones del derecho romano en la materia, manteniéndolas, desarrollándolas y perfeccionándolas en el sentido que la sociedad actual lo requiere.

Es en este momento, en el cual el nuevo código civil y comercial argentino inicia su camino, donde se impone la labor de los romanistas para aportar las enseñanzas y

experiencias logradas en el derecho romano para mejorar la interpretación de la institución de la legítima a los efectos de preservar el derecho de los herederos legítimos.