

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015¹

TESTAMENTARY FREEDOM IN ROME. AN APPROACH TO THE MATTER IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE NATION OF 2015

Por Susana Isabel Estrada. ^(*)

Resumen: El interrogante acerca de si el sucesor continúa la persona del causante o simplemente lo sucede en sus bienes ha generado una larga controversia en la doctrina, desarrollándose dos corrientes con el propósito de fundamentar el origen de la herencia romana. Por una parte, la idea de una ficción que hacía sobrevivir la personalidad del causante, que expresada o a través de sus parientes próximos continuaba rigiendo el destino de sus bienes. Otro criterio se sustentaba en que tenía como finalidad la continuidad del culto familiar y el ejercicio de las potestades del paterfamilias, pero no la sucesión en los bienes, porque ellos estaban destinados al sustento del grupo familiar. La primera regulación en materia sucesoria aparece en el sistema del derecho quirritario que giraba en torno de la voluntad absoluta del pater, no existiendo restricción alguna a ese poder soberano. Surgieron dos interpretaciones, que serán objeto de análisis, acerca del ejercicio de la libertad testamentaria. El trabajo analiza la evolución de la libertad testamentaria en las fuentes romanas desde el derecho primitivo, su evolución en la República, su presencia en el Corpus Iuris Civilis y la suerte que tuvo su proyección al Código Civil y Comercial de 2015.

Palabras claves: libertad - testamento – patrimonio

Abstract: The question about whether the successor continues the person of the deceased or simply succeeds him in his assets has generated a long controversy in the doctrine, developing two currents with the purpose of substantiating the origin of the Roman inheritance. On the one hand, the idea of a fiction that made the personality of the deceased survive which expressed or through his close relatives, continued to govern the fate of his assets. Another criterion was based on the fact that it had as its purpose the continuity of family worship and the exercise of the powers of the paterfamilias, but not the succession of asset, because they were intended to support the family group. The first regulation in succession matters appears in the quirritary law system that revolved around the absolute will of the pater, with no restrictions whatsoever on that sovereign power. Two interpretations emerged, which will be analyzed, about the exercise of testamentary freedom. The work analyzes the evolution of testamentary freedom in Roman sources from primitive law its evolution in the Republic, its presence in the Corpus Iuris Civilis and the fate of its projection to the Civil and Commercial Code of 2015.

Keywords: freedom – will - estate



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

[https://doi.org/10.22529/rdr.2022\(4\)01](https://doi.org/10.22529/rdr.2022(4)01).

¹ Artículo recibido el 19 de Agosto de 2022 y aprobado para su publicación el 20 de Septiembre de 2022.

^(*) Prof. Asociada a/c cátedra Derecho Romano, U. Católica de Santiago del Estero. Prof. Adjunta a/c cátedra Derecho Romano, Universidad Nacional de Tucumán. Directora proyecto de investigación PIUNT 26/H-609, S.C.A.I.T., U.N.T. Miembro Inst. Interdisciplinario de Literaturas Argentina y Comparadas, U.N.T. Vicepresidente de ADRA (Asociación de Derecho Romano de Argentina) Correo electrónico: siecs@yahoo.com.ar.

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

I.- INTRODUCCION

El interrogante acerca de si ¿el sucesor continúa la persona del causante o simplemente lo sucede en sus bienes? ha generado en la doctrina una larga controversia de indudable repercusión y para dilucidarla se ha remontado a sus raíces romanistas.

Estudiosos de la materia han entendido que en el campo del derecho civil, las porciones vivas del derecho romano han llegado tíbiamente en materia hereditaria, considerando que la recepción se ha manifestado en mayor medida dentro del ámbito patrimonial, en el derecho de obligaciones. Pero el régimen sucesorio también se ha nutrido de los principios generales provenientes de la legislación romana que le imprimieron un sello peculiar.

II.- LA EVOLUCIÓN DE LA LIBERTAD TESTAMENTARIA EN LAS FUENTES ROMANAS

El origen y fundamento de la herencia no ha encontrado bastantes referencias en las fuentes romanas, por lo que se han desarrollado dos corrientes de opinión tratando de encontrar el fundamento de la herencia romana.

Uno de los primeros romanistas que teorizó en este tema fue Savigny que al considerar que los bienes que integran el patrimonio constituían un atributo de la personalidad, al producirse la muerte del titular, los bienes perdían significación jurídica. Por ello se recurría a una ficción para hacer sobrevivir la personalidad del fallecido de dos formas, ya sea que la voluntad de aquel expresada en vida siguiera rigiendo sus bienes o en su defecto, que sus parientes más próximos continuaran en la propiedad de esos bienes.

Con una fundamentación distinta Bonfante dice que la sucesión no tenía un contenido patrimonial sino que reconocía un fundamento religioso: la necesidad de que alguien ocupara el lugar del de cuius para que el culto familiar no se interrumpiera, para que lo sucediera en el ejercicio del ius sepulchri y para que ejerciera las potestades del pater familias sobre el grupo agnaticio; pero no para que lo sucediera en los bienes, aunque ello fuera una consecuencia necesaria. Lo importante era la adquisición del título de heredero y como tal adquiriría la totalidad de los derechos patrimoniales y

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

extrapatrimoniales que tenía el difunto, con excepción de los que se habían extinguido con la muerte o que él había dispuesto a favor de terceros.

En la época primitiva la sucesión estaba regulada por el rígido y formalista sistema del derecho quirritario que giraba en torno de la voluntad absoluta del pater familias, no existiendo restricción alguna a ese poder soberano en la decisión sobre sus bienes.

De allí que el testador por aquella época, parece que gozaba de la más amplia libertad testamentaria, aunque esto no tiene una interpretación unánime, porque según surge del Digesto y también lo dice Gayo II, 224 tal amplitud sólo se circunscribía a sus objetos de uso personal, no así a los demás bienes que estaban afectados al sustento del grupo familiar, según se desprende de los pasajes que transcribimos. En Digesto 50, 16, 120 se lee:

“Idem libro V ad Quibntum Mucium.- Verbis legis duodecim Tabularum his: UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dadi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate iura constituentium. (Dig. 50, 16,120) .

El mismo; Comentarios a Quinto Mucio, libro V.- Con estas palabras de la ley de las XII Tablas: “Sea en derecho de la manera que uno hubiese legado sobre sus bienes”, parece atribuida latísima facultad así para instituir heredero, como para dar legados y libertades, y también para constituir tutelas; pero esto ha sido restringido o por la interpretación de las leyes, o por la autoridad de los que constituyen el derecho”.

También las Institutas de Gayo se pronuncian en el mismo sentido:

“Ad legem Falcidiam.- Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere paetaer quam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum habertur, his verbis: “UTI LEGASSITY SUAE REI, ITA IUS ESTO”, qua de causa, qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. (Gayo II, 224) .

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

De LA LEY FALCIDIA. 224. Antiguamente era lícito consumir en legados y manumisiones la totalidad del patrimonio, de tal manera que nada quedase al heredero fuera del vano título de tal; así parecía autorizarlo la ley de las Doce Tablas al disponer que se llevase a efecto cualquiera disposición testamentaria que uno hiciese de sus cosas; hé aquí las palabras de la ley. DE CUALQUIER MODO QUE UNO DISPUSIERE DE SU COSA, TÉNGASE ASI POR LEY. De aquí resultaba que los herederos instituidos se abstenían de la herencia, muriendo por lo tanto intestados muchos de los que de aquel modo disponían de sus bienes.

De estos pasajes parece desprenderse, según algunas interpretaciones, la existencia de una amplia libertad de testar en aquella época, en el sentido de que el testador podía disponer libremente sobre la institución de herederos, designación de tutor, manumisión de esclavos, institución de legatarios. Esta idea de la libertad más absoluta del testador consagrada en las XII Tablas, que subsistió hasta fines de la República, no resulta de interpretación unánime o por lo menos se han construido diversas hipótesis acerca del origen histórico de la sucesión romana.

Otra razón que sustenta la interpretación en sentido contrario a la libertad testamentaria absoluta, sobre todo en el derecho primitivo, guarda relación a la obligatoriedad de someter los testamentos a la aprobación de la asamblea del pueblo (calatis comitiis).

Ya con anterioridad a la lex Falcidia se habían dictado leyes tendientes a limitar la facultad que tenía el testador, dictándose la lex Furia Testamentaria (aproximadamente 173 a.C.) y la lex Voconia (169 a.C.). Por la primera se prohibía hacer legados de más de mil ases salvo que fuera para beneficiar a los cognados hasta el sexto grado. Por la lex Voconia se prohibió a los ciudadanos de la primera clase instituir heredera a una mujer y se dejó sin efecto el límite impuesto para los legados por la lex Furia pero se prohibió hacerlos con una cantidad mayor de la que le correspondiera al heredero.

Las dos leyes fueron abolidas por la lex Falcidia (40 a.C.) la que si bien reconocía al ciudadano romano la libertad de testar y de legar, le imponía una restricción consistente en que, cualesquiera fuesen los legados, debía reservar al heredero una cuarta parte libre de la herencia o de su porción hereditaria, (cuarta

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

Falcidia). Más tarde esas disposiciones fueron extendidas a los fideicomisos y luego a las donaciones por causa de muerte y a las donaciones entre esposos.

En época anterior a las XII Tablas se consideraba que la sucesión era la transmisión del patrimonio de un jefe de familia a los miembros que pertenecían a ella como grupo (*gens*). Es así que desde esa comunidad familiar se producía la transferencia del patrimonio a los herederos *domestici* que ya estaban en la familia. Pero con el correr del tiempo, cuando el causante carecía de *fili* se fue admitiendo la posibilidad de que dejara el patrimonio para un extraño a quien previamente lo debía adrogar para convertirlo en miembro de la familia y consecuentemente en *heres suus*. Esta costumbre sirvió de punto de partida para la consolidación de la última voluntad del causante con mayor eficacia y amplitud.

Según un segundo punto de vista, la concepción de la hereditas como una unidad en bloque compuesta de créditos y deudas que constituían el patrimonio del causante, surge con la jurisprudencia republicana.

La tercera teoría sostiene que la *successio* no consistía en que el *heres* ocupara la situación patrimonial del causante, sino en que lo sucediera en la jefatura del grupo familiar ejerciendo un poder soberano, y la transmisión de los bienes era sólo una consecuencia o un aspecto de ella.

Cualquiera sea la postura que se adopte según Schulz, desde la época primitiva, hasta llegar a la etapa postclásica, la legislación romana ha creado una serie de recursos legales para poner límites a la pretendida libertad absoluta de testar. Según su punto de vista se crearon tres remedios legales tendientes a atenuar los efectos de la libertad testamentaria: a) la sucesión necesaria formal, b) la *bonorum possessio contra tabulas*, c) la sucesión necesaria material.

La sucesión necesaria formal, estaba fundada en el principio sentado en las Reglas de Ulpiano (XXII, 14-15) respecto de la institución o desheredación de los herederos *sui*.

14. Los herederos suyos deben ser instituidos o desheredados. Son herederos suyos los hijos sometidos a potestad, tanto los naturales como los adoptivos;

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

igualmente lo es la mujer sometida a la manus, la nuera sometida a un hijo que está bajo potestad.

15. Los póstumos, es decir los descendientes que aún está en el claustro materno al tiempo de nuestra muerte, y que si hubieran nacido antes estarían sometidos a nuestra potestad, pertenecen a la categoría de los herederos suyos.

Esta creación seguramente obedecía a que era menester restringir la testamenti factio activa existente en la época primitiva derivada de la necesidad de instituir un solo heredero que ostentara la jefatura del grupo familiar.

El otro remedio era la bonorum possessio contra tabulas que el pretor otorgó respecto de los emancipados, debido a que el derecho quiritorio no los incluyó entre los herederos sui. En virtud de aquella ordenó que si no se los instituía herederos se los desheredara; en el caso del varón, nominativamente y en el caso de las mujeres en conjunto.

135. Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes sed Praetor omnes tam feminini, quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini uero inter ceteros qui si neque heredes institutifuerint, neque ita, ut supra diximus, exheredari, Praetor promittiteis contra tabulas bonorum possessionem (Gayo II, 135).

Por el derecho civil no hay obligación de instituir herederos ó desheredar á los hijos mancipados, porque estos no son herederos suyos; pero el pretor ha mandado que si no se les instituye, hayan de ser desheredados nominalmente los varones y colectivamente las hembras; y si no han sido instituidos herederos ni desheredados de la manera susodicha, el pretor les concede la posesión de bienes contra lo dispuesto en el testamento.

El tercer medio para mitigar los efectos de la libertad testamentaria fue la sucesión necesaria material. Ésta daba lugar a la invalidez del testamento inoficioso cuando en él se hubiera preterido, desheredado o otorgado una porción exigua respecto de lo que le hubiera correspondido por sucesión ab intestato a los parientes más próximos (officium pietatis). Desde fines de la República los que resultaran

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

perjudicados por un testamento podían entablar la querrela *inofficiosi testamenti* que fue creación jurisprudencial del tribunal de los centunviro que interpretaba las causales conforme las circunstancias de cada caso; hasta que la Novela 115 determinó catorce causales para la desheredación de los hijos y nueve para los ascendientes y la abolición implícita de la sucesión contra testamento.

Cuando se instauró este remedio procesal el pronunciamiento del tribunal consistía en invalidar el testamento y ordenar la apertura de la sucesión *ab intestato*, ante la imposibilidad de la concurrencia de herederos testamentarios con herederos *ab intestato* en virtud del principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Criterio divergente sustenta Mainz, que sostiene que se trata de “[...] tres instituciones absolutamente distintas, se ha llegado naturalmente a reglas comunes y á crear un caos del cual en vano se intenta salir por medio de un lujo de distinciones, divisiones y subdivisiones, de limitaciones y otras amenidades, que recuerdan la época más bárbara de la escuela escolástica”.

“Equívocamente se presenta de ordinario como un atentado a esta libertad, la sucesión contra el testamento [...]. Un examen un poco atento de la institución demuestra con toda evidencia que esta sucesión, lejos de tener por objeto contrariar la libre voluntad del padre de familia, debe su origen exclusivamente al deseo de conformarse a la voluntad presunta del testador. Para convencerse, basta recordar la ocasión que hizo nacer el primer ejemplo de semejante sucesión”.

La situación da cuenta de un padre de familia sin hijos que falleció dejando un testamento y luego de su muerte la viuda dio a luz un hijo que se encontró sin ningún bien en virtud de ese testamento. Otro episodio del cual habla Cicerón se dio cuando un padre de familia, creyendo muerto en la guerra a su hijo único, revocó el testamento en el que lo había instituido heredero y redactó uno nuevo instituyendo a personas extrañas. El hijo, que sólo había estado cautivo, cuando regresó de la guerra a Roma, después de la muerte del padre, se encontró con el patrimonio adquirido por extraños. En ambos casos se reclamó la herencia ante los centunviro declarándose el testamento nulo y de ningún efecto.

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

Por ello pronto se revirtió la situación y ya en tiempos de Cicerón, era interpretación invariable que el testamento debía ser considerado como rescindido en el caso de un hijo nacido después que el testador había testado. Luego el principio originario se extendió a todo testamento en el cual un hijo bajo potestad del testador en el momento de la confección del acto hubiese sido preterido.

En el año 93 a.C., último siglo de la Roma republicana, en un contexto de crisis social y económica, tuvo lugar un célebre proceso judicial en el que se pretendía lograr la nulidad de un testamento, conocido como la causa Curiana. El testador Marco Coponio, creyendo que su esposa estaba embarazada instituyó heredero en su testamento al nasciturus (póstumo) a su futuro hijo y para el caso que éste muriera antes de llegar a la pubertad, instituyó como sustituto a Manlio Curio. Muerto el testador, el hijo no nació y entró en posesión de los bienes de la herencia y del culto de Coponio, Curio que era el beneficiario del testamento. Los agnados del testador, herederos legítimos (ab intestato) reclamaron la nulidad del testamento y por ende los bienes de la herencia en base a que faltando el instituido no podía tener efecto la sustitución. Por su parte M. Curio alegaba que en la sustitución pupilar va implícita la vulgar, y por lo tanto le correspondía la herencia como sustituto vulgar, porque era la voluntad del testador lo que debía primar en base a la *aequitas*, por sobre una interpretación literal tal como sucedió, mediante un análisis individual y lógico en la búsqueda de la verdad con fundamento en la *voluntatis testametatis*. Así prevaleció *voluntas* sobre *verba*.

Siguiendo con la postura sustentada por Mainz, estos pronunciamientos lejos de contrariar la libre voluntad del testador, vinieron a reafirmarla. El testador continuaba libre para instituir a quien quisiera, solamente que así debía declararlo para evitar la invalidez, ya fuera instituyendo a los *sui* en una parte de sus bienes por pequeña que fuera o bien, desheredándolos cuando era su voluntad excluirlos de participación en su herencia.

En época clásica la sucesión contra testamento quedó regulada por las siguientes disposiciones.

El padre si quería evitar la sucesión contra testamento debía instituir o desheredar a los hijos bajo potestad (*heredes sui*) en el momento de redactar el testamento. Los hijos debían ser desheredados nominalmente, pero no era exigencia que

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

la persona sea designada por su nombre, bastaba que fuera fácilmente identificada. Las hijas y los demás sui podían ser desheredados en conjunto (inter ceteros).

La preterición de un hijo tornaba el testamento nulo ab initio, aun cuando el hijo falleciera antes de que se abriera la sucesión, según opinión más rigurosa de los sabinianos, frente a la de los proculeyanos que consideraban que no lo anulaba. La preterición de los demás sui no daba lugar a la anulación, y sólo les daba el derecho de concurrir por una parte con los herederos instituidos., dicen las Reglas de Ulpiano.

Si son preteridos los demás descendientes, como la hija, la nieta, el nieto, el testamento vale y concurren a la herencia con los herederos nombrados; si los nombrados son herederos suyos los preteridos heredan una porción viril, en cambio si son extraños concurren por mitades o sea que les corresponde la mitad de la herencia. (Ulpiano XXII, 17).

El testamento se consideraba ruptum, primeramente, por la jurisprudencia cuando después de haberlo redactado otra persona hubiera entrado bajo la potestad del testador por nacimiento, por adrogación, por adopción, por conventio in manu, por legitimación, por rescripto imperial, o por otras causas.

También se invalidaba el testamento por el advenimiento de un póstumo, considerado como tal cualquier persona que después de la redacción del testamento llegaba a ser heredero del testador por nacimiento o por otra causa. Esto podía ocurrir en tres situaciones: 1) un hijo o un nieto de un suus premuerto, aunque en esta forma artificial de llegar a ser heredero no son propiamente póstumos, 2) la desaparición por muerte o por otro motivo (emancipación, capitis deminutio máxima o media, cautividad) de un suus que tiene hijos nacidos o concebidos hace que éstos pasen bajo la potestad inmediata del abuelo, los que no existían al momento de redactarse el testamento; 3) un extraño que pasa a ser sus heres del testador por legitimación.

La invalidación del testamento por el nacimiento de un póstumo se interpretaba como un reconocimiento a la voluntad presunta del testador. Pero como podía ocurrir que la aplicación de aquellas reglas produjera efectos contrarios a la voluntad real del testador se derogó el principio que disponía que ninguna disposición testamentaria podía estar referida a una persona incierta. El padre al instituir o desheredar a su hijo

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

concebido podía impedir que por su nacimiento el testamento fuese roto. Aunque continuó siendo ineficaz cuando el póstumo había nacido antes de la muerte del testador. En este caso el padre podía redactar un nuevo testamento e instituir o desheredar al hijo que había nacido. Como por diversas causas se podía impedir ejercitar esa facultad se sancionó a principios del imperio la ley Iunia Velleia que tuvo la finalidad de evitar que un testamento se tornara ineficaz por el nacimiento de un póstumo en vida del testador.

Aquellos que todavía están en el claustro materno, si nacen son herederos suyos; los podemos instituir herederos si nacieron después de nuestra muerte de acuerdo con el derecho civil, y si nacen durante nuestra vida, de acuerdo con ley Junia. (Ulpiano XXII, 19).

De este modo dependía sólo del padre de familia evitar la ruptura de su testamento, y cuando era la misma voluntad del testador la que producía la ruptura, la culpa recaía exclusivamente sobre él y tenía libertad para instituir o desheredar como *sui* a las personas que no había recibido bajo su potestad.

LA LIBERTAD DE TESTAR EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2015

El código civil y comercial de 2015 legisla la transmisión de los derechos por causa de muerte en el libro V. Expresa en sus fundamentos que el texto se elaboró sobre la base del proyecto de código civil de 1998. Plantea una suerte de flexibilización en algunas cuestiones relacionadas con el derecho sucesorio pero el régimen anterior se mantiene casi en su totalidad. Introdujo una modificación importante en cuanto a la libertad de testar al incrementar en un tercio la porción disponible de los bienes del causante, y consecuentemente la reducción de la legítima.

El derecho sucesorio se nutre del derecho de familia y del derecho patrimonial equilibrando las normas imperativas con la autonomía de la voluntad, por lo tanto no existe libertad testamentaria absoluta porque el artículo 2462 establece: “Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, [...] mediante testamento [...]”, pero respetando las porciones legítimas.

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

En el código por primera vez se regula la facultad del sujeto para introducir disposiciones extrapatrimoniales. Así contempla en el artículo 60 las llamadas directivas anticipadas consistentes en facultad a un tercero a tomar decisiones respecto de su salud, a prestar el consentimiento para prácticas médicas, a ejercer su curatela, es decir que a través de estas directivas podía designar su propio curador. Y por el artículo 61 las directivas se hacen extensivas para después de su muerte pudiendo planificar sus exequias, inhumación, destino del cadáver en todo o en parte. Aunque en ninguno de los dos artículos referidos establece que se materialicen a través del testamento, en virtud del artículo 2462 el derecho de disponer de los bienes para después de la muerte a través de testamento, puede hacerse extensivo a las disposiciones extrapatrimoniales.

Con tales disposiciones se amplía el reconocimiento de la autonomía privada excediendo la libertad personal, el límite de lo meramente patrimonial.

Analizando el aspecto patrimonial una de las manifestaciones de ejercicio de la libertad testamentaria es la indivisión forzosa post hereditaria impuesta por el testador a los herederos para proteger una empresa familiar (artículo 2330). Puede imponerla por un plazo máximo de diez años o cuando haya herederos menores hasta que alcancen la mayoría de edad. La indivisión puede imponerse a un bien determinado, a un establecimiento que constituya una unidad económica, a las cuotas societarias, pero puede ser dejada sin efecto por el juez a petición de un coheredero o por causas justificadas, por lo que es una libertad relativa del testador.

Otro caso incorporado por el código, es el del fideicomiso constituido por testamento (artículos 1699, 2493). Esta figura tiene lugar cuando el testador mediante un acto de última voluntad libremente expresado, dispone que para después de su muerte se atribuya patrimonialmente a un heredero o a un tercero, hasta el cumplimiento de un plazo o condición, la obligación de transmitir los bienes fideicomitidos o acrecidos a un heredero forzoso o no, o a un tercero. Como una manera de respetar la voluntad del causante el artículo 1679 prevé que en el supuesto de que el fiduciario designado en el testamento no acepte, se le designe un sustituto, pero mientras está pendiente la aceptación no hay fideicomiso.

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

Asimismo, constituyen una expresión de libertad testamentaria los pactos sobre herencia futura regulado en el artículo 1010 2º párrafo, aunque en menor medida porque pueden ser válidos sin la participación del futuro causante.

Otra manifestación de reconocimiento de la libertad testamentaria es la dispuesta en el artículo 2448. Las porciones legítimas de los herederos legitimarios fijadas en el artículo 2445 pueden verse reducidas aún más cuando existan herederos con discapacidad en virtud de lo que prevé el artículo 2448. Éste faculta al causante a que por vía de testamento o fideicomiso disponga, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para mejorar a descendientes o ascendientes discapacitados. A tales efectos el propio artículo 2448 define la discapacidad en los siguientes términos: [...] A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. Si bien es otra expresión a favor de la libertad testamentaria ha sido objeto de diversas críticas por la doctrina. Una de ellas es la amplitud del concepto legal de discapacidad, ambiguo, impreciso, dejando –como en tantas otras materias- abierto el camino a la discrecionalidad de los jueces para determinarla y, más aún, porque no es exigible que esté acreditada judicialmente, ya que el artículo del código no lo exige y la ley tampoco. Además, al definirla como una alteración funcional prolongada, incluye también el supuesto de una discapacidad transitoria sin regular el destino que se les dará a esos bienes en caso de que la discapacidad desaparezca. Otro reproche apunta a la exclusión del cónyuge entre los beneficiarios. Finalmente, se le recrimina que se haya integrado la misma afectando las porciones legítimas de los restantes legitimarios. Compartimos la opinión de Amarante que sostiene que tal disposición seguramente será objeto de controversia en numerosos casos, considerándose situaciones de desavenencia familiar y desigualdades económicas entre los herederos que carecen de fortuna personal. Respecto a los dos últimos reproches ya fueron contemplados en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de 2018, elaborado a sólo tres años de la puesta en vigencia del código unificado de 2015, elevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en septiembre de 2018.

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

Una de las propuestas del anteproyecto consiste en agregar a dos legitimarios: el cónyuge con discapacidad y el legitimario que hubiere cuidado al causante renunciando a sus capacidades productivas o profesionales. Respecto al segundo de los agregados se le reprocha que resulta injusto otorgar tal derecho sólo a este último, y no a otro heredero que haya cuidado del causante, pero que no haya renunciado a sus capacidades productivas o profesionales, justamente porque con dicha fuente de ingresos asistía al causante. A su vez esta propuesta de reforma al artículo 2448 podía favorecer la captación de herencia. La propuesta de reforma al citado artículo 2448 también propicia establecer que el causante pueda testar y dejar la porción disponible a un tercero y beneficiar en la mejora estricta a un legitimario, sin que ello haga caer la disposición testamentaria. Ello contribuiría a una mayor flexibilidad en la disposición testamentaria permitiéndole al causante ayudar a los hijos que necesiten una mayor asistencia –ya que son sus padres los que mejor conocen sus necesidades- así como poner a resguardo la propiedad familiar de la excesiva fragmentación. En cuanto a la propuesta de favorecer a un tercero con la porción disponible significa un fortalecimiento en el ejercicio de los derechos por parte del testador, en estos tiempos en que por desatención de los familiares a los adultos mayores son asistidos por terceros extraños al núcleo familiar. El impacto negativo en el ejercicio de los derechos por parte de los adultos no se circunscribe a la salud sino que también impacta en la violencia patrimonial intrafamiliar, cuya problemática ha permanecido silenciada y recién va asomando tíbicamente. En tal sentido la posibilidad de disponer de la porción disponible a favor de un tercero quizás pueda significar una herramienta útil para que las personas mayores se pongan a resguardo de familiares directos, que a veces actúan en connivencia con los responsables de establecimientos, cuando se trata de adultos mayores institucionalizados.

CONCLUSIÓN

La libertad testamentaria se ve robustecida reforzando la autoridad paterna con la ampliación del poder de disponer del patrimonio por el causante mediante el incremento del porcentaje de la porción disponible haciéndose eco el código de un reclamo reiterado de la doctrina que consideraba excesivas las porciones establecidas en el código de Vélez Sársfield. También se ve reforzada con el acrecentamiento de facultades tendientes a fortalecer institutos que permitan una mayor solidaridad con los

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

más débiles. Pero la eliminación del instituto de la desheredación, cercenando la autonomía de la voluntad del causante, redundando en desmedro de la cultura testamentaria que se pretendió sustentar con el aumento de la porción disponible. Los fundamentos para la eliminación de este instituto jurídico parten de un error conceptual ya que la indignidad y la desheredación tienen un origen diverso. En la primera es la ley misma la que tipifica la conducta como un impedimento para suceder; mientras en la desheredación es el propio sujeto el que califica el comportamiento de su futuro sucesor regulando de antemano su futura herencia. Consideramos excesivo el apartamiento de una tradición jurídica que no sólo reconoce su fuente en el derecho romano, sino que su regulación como instituto autónomo es el régimen predominante en las legislaciones que mantienen el sistema de legítimas.

Las críticas por omisiones o contradicciones en los aspectos analizados no desmerecen las incorporaciones en materia de ampliación del ejercicio de la libertad testamentaria como reconocimiento de la autonomía privada, ni el incremento en un tercio de la porción disponible de los bienes del causante y consecuentemente la reducción de la legítima.

Estas reflexiones permiten arribar a la conclusión de que pese al desdén por el Derecho Romano, declamado en los fundamentos del código y a los esfuerzos denodados de los redactores por tomar distancia de él mutilando sus notas no han podido vencer la ascendencia vital que siempre ha ostentado. Su valor como antecedente histórico-jurídico de nuestro sistema sucesorio es incontestable.

BIBLIOGRAFIA

FUENTES DOCUMENTALES

Código Civil y Comercial de la Nación, 1ra. Edición, Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger, Jaime Molina Editor, Barcelona, 1892.

LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015

La Instituta de Gayo, Imprenta de la Sociedad Tipográfica y Literaria, Madrid, 1845.

Novenas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata 1983, Comisión N° 16, puntos II en “El Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, Nina, Reglas de Ulpiano, traducción, concordancia con otros textos clásicos y nota preliminar, Lerner Ediciones, Buenos Aires, 1970.

Proyecto de Código Civil de 1998, Centro Editorial, Tucumán, 1999.

BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA

AMARANTE, Antonio, La legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, LA LEY, Año IV, N° 10- Noviembre 2012.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, Historia del Derecho Romano, Reus, Madrid, 1943.

BORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil, Sucesiones, T. II, 4° edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975.

GILLÉN, José, VRBS ROMA, Vida y costumbres de los romanos, 3° edición, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1994.

LÓPEZ CABANA, Roberto, La porción disponible del causante con hijos en Sucesiones, libro en homenaje a la dra. Méndez Costa, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1991.

MAINZ, Carlos, Derecho Romano, tr. A.J. Pou y Ordinas, Molima, Barcelona, 1892.

MOJER, Mario, Successi Derecho hereditario romano, Universidad Nacional de la Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, La Pampa, 1999.

MOMMSEN, Teodoro, Historia de Roma, trad. A. García Moreno, Aguilar, Madrid, 1955.

**LIBERTAD TESTAMENTARIA EN ROMA. UNA APROXIMACIÓN A
PROPÓSITO DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 2015**

ORTOLÁN, M., La Historia de la Legislación Romana, tr. Francisco Pérez de Anaya y Melquíades, Pérez Rivas, Leocadio López, Madrid, 1887.

Instituciones del Emperador Justiniano, Francisco Perez de Anaya y Francisco Perez Rivas, Hijos de Leocadio Lopez, Madrid, 1912.

SCHULZ, Fritz, Derecho Romano Clásico, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1960.