

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL  
"FERNANDO COTO ALBÁN"

# LEGÍTIMA HEREDITARIA Y DERECHO SUCESORIO COSTARRICENSE: NECESIDAD DE UNA REFORMA SUSTANCIAL A NUESTRO CÓDIGO CIVIL

LIC. WÍLBERT ARROYO ÁLVAREZ

Profesor de la Cátedra de Juicios Universales, Facultad de Derecho.

## ÍNDICE

	Pág.
Introducción. . . . .	54
<b>Título Primero: De la Legítima Hereditaria . . . . .</b>	<b>55</b>
Cap. I. Evolución histórica del Instituto: Breves notas . . . . .	55
Sección I. Génesis de la legítima: Derecho primitivo . . . . .	55
A. Derecho Hindú . . . . .	56
B. Derecho Babilónico. . . . .	56
C. Derecho Hebreo. . . . .	57
D. Derecho Griego . . . . .	57
Sección II. Configuración de la legítima: Derecho Romano . . . . .	58
Sección III. La Reserva y la legítima en el Derecho Germano . . . . .	59
Sección IV. El Derecho Español: Base legal de nuestro Derecho sucesorio. . . . .	59
Sección V. El Derecho sucesorio costarricense: Breve reseña histórico-legal . . . . .	60
Cap. II. Nociones generales de la legítima . . . . .	61
Sección I. Concepto . . . . .	61
Sección II. Fundamento . . . . .	61
A. Argumentos en favor de la libertad de testar. . . . .	62
B. Argumentos en favor de la legítima . . . . .	63
Sección III. Naturaleza . . . . .	63
Sección IV. Sujetos de la legítima. . . . .	64
Sección V. Inviolabilidad de la legítima y sus defensas. . . . .	65
A. La acción de reducción. . . . .	66
B. La acción de complemento . . . . .	67
Sección VI. Irrenunciabilidad de la legítima. . . . .	67
Sección VII. La Preterición . . . . .	68
Sección VIII. Determinación de la legítima . . . . .	68
A. La porción disponible . . . . .	68
B. La mejora . . . . .	69
C. Cálculo de la legítima . . . . .	69
1. Determinación de los bienes dejados al abrirse la sucesión . . . . .	69
2. Dedución de las deudas . . . . .	69
3. Avalúo de los bienes . . . . .	70
4. Legados y donaciones . . . . .	70
D. Cuantía de la legítima . . . . .	70
E. Pago de la legítima . . . . .	70
Sección IX. La Desheredación. . . . .	71
Sección X. La Representación. . . . .	72
<b>Título Segundo: Derecho sucesorio costarricense: necesidad de una reforma sustancial a nuestro Código Civil. . . . .</b>	<b>72</b>
Cap. I. Del Derecho sucesorio costarricense: Críticas a un sistema basado en la absoluta libertad de testar . . . . .	72
Cap. II. Propuestas de reforma a nuestro actual sistema sucesorio: Bases de discusión . . . . .	80
Bibliografía . . . . .	82

"Solamente conociendo la esencia íntima de las instituciones que vive un país, su desenvolvimiento histórico y las características del medio en que rigen, es posible juzgar con acierto sobre la bondad de las mismas a efectos de supervivencia o mantenimiento, o bien de sus deficiencias e inconvenientes ya sea para su abolición o ya para someterlas a un proceso de revisión con finalidad de adecuarlas a las nuevas realidades en la vida de relación de los hombres".

Sonia Picado Sotela\*.

## INTRODUCCIÓN

Hablar de la evolución del Derecho y la humanidad es hablar de una misma cosa, pues en uno u otro intervienen tres instituciones íntimamente relacionadas: familia, propiedad y sucesión. De allí que depende de la concepción y la función que a cada una de estas instituciones se le dé, los principios sobre los que descansarán los sistemas políticos, sociales, económicos y jurídicos de cada sociedad en un espacio y un tiempo determinado.<sup>1</sup>

En este estudio nos referimos a un aspecto de la sucesión que ha devenido al lado de la familia y la propiedad: la legítima hereditaria.

La sucesión por causa de muerte puede darse a través del modo testado, o sea dependiendo de la voluntad expresa del causante, o por disposición legal, que es el modo que se da por distintas razones: por falta de testamento, o porque a pesar de haberse otorgado testamento el mismo se declara nulo o resultó caduco, o porque el causante testó sólo respecto a una parte de sus bienes y, por último, porque la ley reserva, en forma imperativa, a favor de ciertos sucesores legítimos, cierta porción de bienes del patrimonio del causante.<sup>2</sup> Uno y otro modo podrían ser excluyentes si se considera que uno es supletorio del otro, siendo la sucesión ab intestado una interpretación legal donde se presume la voluntad del causante o si se considera que prevalece la vinculación de parentesco y por ello no es dable a una persona testar,

a excepción de no tener sucesores legítimos.<sup>3</sup> No obstante, la unión entre uno y otro resulta cuando un sistema jurídico adopta el instituto de la legítima en su sistema sucesorio, pues ella, que es parte de la sucesión "intestado" o "legítima", entra en juego aun cuando el causante haya testado y si no lo hizo usó en vida de su derecho de disponer por donación.<sup>4</sup> Esa porción de los bienes de una persona que al morir ésta, pasan a manos de otras, designados por ley, constituyendo la legítima, es variada de un sistema a otro, no existiendo hoy sistema jurídico que prohíba el otorgamiento de testamento, sea, un sistema que fije la legítima sobre el total de los bienes. Por el contrario, hay legislaciones que niegan totalmente la legítima, aun cuando es escaso su número, disponiendo como principio rector de sus sistemas sucesorios la libertad absoluta de testar.<sup>5</sup>

La presente monografía pretende demostrar la necesidad de regulación del instituto de la "Legítima Hereditaria", como base de nuestro derecho sucesorio, tal como lo hace la mayoría de países occidentales de tradición jurídica germano-romana, todo en función de una mayor protección a la familia (en su concepción y conformación actual) con lo que se perfila, aun más, aquel carácter social que la propiedad debe tener en los tiempos actuales.

La estructura de la presente investigación es muy sencilla, pretendiéndose en un primer título

(\*) De su tesis de grado "Pruebas legales y libre apreciación" para optar al título de Licenciada en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1970.

1. OVSEJEVICH (Luis), *Legítima*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, T. XVIII, Bibliografía Omeba, 1984.
2. *Ibid.*, pág. 43.
3. *Ibid.*
4. *Ibid.*
5. Inglaterra, Estados Unidos (excepto Louisiana), Canadá, y Nueva Zelanda, en México, Costa Rica, Honduras y Panamá, aun cuando basan sus sistemas sucesorios en la "libre testamentifacio", otorgan a ciertas personas y parientes cercanos del causante derecho, como acreedores, de exigir "alimentos", viéndose disminuidas las liberalidades hechas. OVSEJEVICH, *Ibid.*, pág. 73.

estudiar en forma general y, por cierto, muy elemental, el instituto de la legítima, desde varios ángulos y acudiendo a la regulación que de ella se hace en otros países, tratando de descubrir lo común en ellas, tales como nociones, características y elementos del instituto en mención. En el segundo título se describe el actual sistema sucesorio costarricense, regido por el principio de la "libre

testamentifacio", y del que se apunta, en humilde medida, algunas opiniones y críticas al mismo, proponiéndose, al final del segundo capítulo, lo que se titula "Bases de Discusión" que no son sino ideas que surgieron de la investigación y que guardan la esperanza de una pronta reforma legal (y por ende social) del obsoleto sistema sucesorio costarricense.

## TÍTULO PRIMERO

### DE LA LEGÍTIMA HEREDITARIA

#### CAPÍTULO PRIMERO EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INSTITUTO: BREVES NOTAS

Cabe destacar que es de vital importancia estudiar la evolución histórica que ha sufrido el instituto en estudio que, unido al de las instituciones de familia y propiedad, nos ayudará a comprender la necesidad de su permanencia en aquellos sistemas jurídicos que la adoptaron y de la necesidad de regulación en aquéllos que la rechazan. Debemos aclarar, no obstante, que este estudio histórico no incluirá sino unas breves notas del tema.

#### SECCIÓN I: GÉNESIS DE LA LEGÍTIMA: DERECHO PRIMITIVO

No se ha concebido a la legítima, en este estudio de la humanidad,<sup>6</sup> como un derecho sucesorio sino como "un derecho personal y directo" sobre los bienes a favor del heredero (de heres: propietario). Lo que recibía el heredero no era la propiedad del patrimonio del causante sino la administración y el ejercicio de la calidad de propietario, que ya la tenía con anterioridad como titular del mismo derecho.<sup>7</sup> Cuando se pasa de la propiedad colectiva de los bienes, con el patriarca como único administrador, a la propiedad privada que tendrá éste sobre los bienes administrados, se plan-

teará, entonces el problema de la libertad de testar.<sup>8</sup> La legítima que tuvo su fundamento en la primera época en "la propiedad colectiva", lo buscará en la segunda en "la moral".<sup>9</sup> Paralelo a la propiedad, interviene, influyentemente, en la evolución de la legítima, la familia, que preceder a la ciudad y que llena en sí misma los elementos de una nación (origen, lengua, cultura y creencias); familia (gens) que da paso luego a la ciudad y, posteriormente, al Estado. En un primer período, todos los bienes pertenecen al grupo familiar y el patriarca era el que simplemente los administraba, con amplias facultades, sin embargo, para dictar las normas de acatamiento obligatorio para su gens; grupo familiar unido por un jefe, un mismo Dios y un mismo derecho, con una propiedad común sobre los bienes. "De esta existencia de la propiedad colectiva surge nuestra aserción de que el germen de la legítima que existía en la antigüedad era la asunción de una propiedad que el heredero la tenía con anterioridad a la muerte del difunto y no un derecho hereditario".<sup>10</sup> De ahí que existiera la llamada "progenitura", por la rama masculina, que es un derecho hereditario que no obstante no otorga en vida del padre más derechos que los otros hijos. Llegado el momento en que la familia basa su eco-

6. *Ibid.*, pág. 44.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*, pág. 44.

9. *Ibid.*

10. *Ibid.*, pág. 45.

nomía en labores agrícolas más que en la pastoral, se comienza a dar "una usurpación por parte del patriarca de los bienes de la familia"<sup>11</sup> pasando a ser dueños de ellos. Aquí encontramos el origen de la propiedad privada, distinguiéndose los bienes en "propios" y "adquiridos", según fueran los provenientes de la familia o del trabajo e industria de ella, respectivamente; cuando se llega al punto en que no se hace distinción entre estas clases de bienes, se le otorga a su propietario, al patriarca, el derecho de disponer libremente de todos esos bienes. "En esta altura de la historia del Derecho es cuando se produce el nacimiento del testamento, que comenzando por ser una sencilla forma de adopción, llegó en Roma a ser el Derecho Sucesorio, siendo su origen posterior a las XII Tablas del Derecho Romano. Por eso ninguno de los Derechos antiguos prohibió el testamento, pues sencillamente no lo conocían".<sup>12</sup> No obstante desaparecer la propiedad colectiva, sus principios familiares perduraron.

#### A. Derecho de la India.

En el Derecho indio, cuyos principios los encontramos en el Código o Leyes de Manú la familia se sustentaba en la agnación, cuya jefe rendía tributo a sus ascendientes y donde se proclamaba el derecho a la progenitura.<sup>13</sup> El primogénito heredará una cuota igual a la de los demás herederos más una reserva legal igual al vigésimo, la que le seguía del cuadragésimo y así sucesivamente.<sup>14</sup> Las hijas no heredaban; sin embargo, siendo solteras recibían una cuarta parte que lo obtenido en la sucesión. Asimismo, con el fin de la perpetuidad de la familia, el derecho hindú reguló el "levirato", que es la obligación para el hermano del difunto que no dejaba

descendientes de desposar a la viuda, considerándose al hijo que naciere, como descendiente del primero.<sup>15</sup>

La cónyuge no hereda pues contaba con sus propios bienes y lo obtenido en donación del cónyuge causante. Sobre tales bienes heredaban las hijas solteras.<sup>16</sup> En este derecho se establecieron, ex lege, ciertas causales de desheredación que no las disponía el causante sino la ley misma. "Así, al no admitirse la libertad de testar no se conocía el testamento y por eso no se lo prohibía".<sup>17</sup>

#### B. Derecho Babilónico.

En el *Derecho Babilónico*, basado en el Código de Hammurabi, encontramos el "embrión de la propiedad privada, al gozar el jefe de familia del derecho de disponer en forma gratuita y definitiva a favor de un tercero extraño de una parte de su patrimonio".<sup>18</sup> Se distinguen dos tipos de bienes: a) los dados, como remuneración, por el Rey y b) los propios. Se prohibía la disposición sobre los primeros y se limitaba sobre los segundos por una preferencia en su compra, respecto a su familia. El padre podía transmitir, en vida, bienes a su hijo, el cual, por ese hecho, no heredaba a la muerte de aquél. En el orden sucesorio estaban los hijos varones, en defecto las hijas y a su falta entraban los colaterales, sus hermanos, sin perjuicio del derecho de representación dado a los sobrinos que concurren con sus tíos.<sup>19</sup>

Toda disposición mortis causa, antes de Hammurabi, se hacía "...redactando un acto auténtico ante testigos. Incluso se permitía desheredar completamente a los hijos".<sup>20</sup> Debe destacarse en este derecho "... la igualdad de los derechos hereditarios para todos los sucesores de una sola línea".<sup>21</sup>

11. *Ibid.*, pág. 45.

12. *Ibid.*, pág. 46.

13. "Que el primogénito, cuando no se hace partición de la fortuna, sienta por sus hermanos menores el amor de un padre por sus hijos y que éstos a su vez le respeten como a un padre" (párrafo 108, libro IX de Ley de Manú), *Ibid.*, pág. 46.

14. *Ibid.*

15. *Ibid.*

16. *Ibid.*, pág. 47.

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*, pág. 47.

19. *Ibid.*, pág. 48.

20. *Ibid.*

21. *Ibid.*

### C. Derecho Hebreo.

En el *Derecho Hebreo*, fundado sobre todo en "... ese portento que es el Antiguo Testamento, obra cumbre de la mentalidad humana..."<sup>22</sup> complementado con el "Talmud", recopilación escrita de la ley oral (la Mischná, colección de fallos, doctrinas e interpretaciones sobre la base de la Biblia que a su vez recibe un nuevo comentario en la Guemará) que se hace necesario cuando los hebreos "... fueron atacados, destruido el templo y dispersados de su tierra..."<sup>23</sup>

En un principio, el pueblo hebreo se caracteriza por ser eminentemente pastoril, aceptando que el jefe de familia pudiera disponer libremente de todos los bienes;<sup>24</sup> al convertirse el pueblo en agrícola, la propiedad colectiva fue admitida y los poderes de disposición del padre limitado; la familia, por su parte, continuó asentada en la agnación y en vigencia el derecho de primogenitura. No es sino con el éxodo de los judíos de Egipto que el concepto de familia basada en la agnación se fue transformando hacia la cognación, otorgando preferencia a la línea masculina, los cuales tienen vocación hereditaria a título exclusivo. Si no hay hijos heredan las hijas; a su falta, los hermanos del difunto y si no los tíos paternos. Si no quedara ninguno heredarán los parientes más cercanos de su linaje.<sup>25</sup> A pesar de existir la primogenitura, ella llega a ser un privilegio de heredar el doble de la sucesión del padre y respecto a los bienes al momento del fallecimiento. Dicho privilegio no existía respecto a los bienes de la madre. La cónyuge no heredaba a su esposo aunque sí lo contrario, por la necesidad de que los bienes quedaran en una misma tribu.<sup>26</sup> En la legislación hebrea también encontramos el levirato "... y en esta forma ficticia se mantenía la sempiternidad de la familia..."<sup>27</sup> Respecto a los bienes inmuebles, la

ley hebrea prohibía su disponibilidad mortis causa, aparte de que creó la institución del "jubileo", con lo que los bienes inmuebles transmitidos inter vivos, eran sólo cesiones del goce y usufructo de la cosa vendida, cuya resolución se daba al año del jubileo, que ocurría cada cincuenta años.<sup>28</sup> "Surge de todas estas disposiciones la imposibilidad que tenía el difunto de disponer de sus bienes por acto de última voluntad. No podía desheredar a sus hijos, ni acordarles por testamento a uno de ellos los derechos que la ley daba a otros".<sup>29</sup> Con la expulsión del pueblo judío de Egipto, los rabinos pretenden escribir la ley oral reformando la Ley de Moisés y no teniendo sentido la inmovilización en la transmisión de la tierra, se deroga el jubileo, admitiendo la libre disposición sobre los bienes y con ello la libertad de testar.<sup>30</sup>

### D. Derecho Griego.

En el *Derecho Griego*, a pesar de que en un principio no se admite la transmisión de los bienes sino sólo sobre los "propios", con el transcurrir del tiempo se asimila también los "adquiridos", dando con ello nacimiento al testamento, donde la herencia se ve como una donación a causa de muerte, siendo el verdadero heredero el sucesor legítimo. En la legislación soloniana no se permite la libertad absoluta de testar, pudiendo hacerlo el testador tan sólo en parte de sus bienes respecto a extraños; el resto corresponde a los sucesores legítimos. En esta limitación encontramos el nacimiento de la legítima. Ya luego "... El Derecho ático no se contentó con aceptar la libre disposición, con las limitaciones establecidas por Solón, sino que eliminó estas últimas admitiéndose la más absoluta libertad de testar".<sup>31</sup> En el orden sucesorio

22. *Ibid.*, pág. 48.

23. *Ibid.*, pág. 49.

24. "De ello se da prueba cuando Sara, temiendo que su esposo dividiera sus bienes entre Isaac e Ismael, le aconseja a Abraham que expulse de su casa a Agar y a su hijo Ismael, Génesis, Cap. 21, vers. 16). De ese modo Isaac heredó de su padre en todos sus bienes". Igualmente, Génesis Cap. 25, vers. 5, Cap. 25, vers 6; Cap. 48, vers. 22) *Ibid.*, pág. 49.

25. *Ibid.*, pág. 50.

26. *Ibid.*

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*, pág. 50.

30. *Ibid.*

31. *Ibid.* pág. 51.

rio establecido por Solón, los hijos se reparten el patrimonio, en defecto de ellos los hermanos consanguíneos y a su falta los sobrinos. Se limita la sucesión a los varones.<sup>32</sup> Si sólo tuvo una hija su nieto varón entraba a sucederle.

## SECCIÓN II: CONFIGURACIÓN DE LA LEGÍTIMA: DERECHO ROMANO

A pesar de que todos los derechos primitivos hacían descansar sus sistemas en la propiedad colectiva y no es sino después de una lenta evolución que se admite la propiedad privada, ya en el Derecho romano, en su primer cuerpo de normas, la "Ley de las XII Tablas", se encuentran los principios de una propiedad individual absoluta.<sup>33</sup> No obstante no puede negarse que el proceso histórico que vivieron otros pueblos contemporáneos al romano lo hayan vivido éstos pues se sabe que, en un principio, también prevaleció la "gens" y que no es sino posteriormente que surge la propiedad individual ". . . al usurpar el paterfamilias el poder dentro de la familia".<sup>34</sup> Con las "doce tablas" no se rompe, sin embargo, bruscamente, con el régimen anterior de devolución sucesorio a la gens. ". . . El testamento romano, en sus orígenes no consistía en una disposición de bienes sino sólo en la elección que realizaba el paterfamilias entre sus hijos, lo cual tendía a conservar los bienes dentro de la familia".<sup>35</sup> Incluso, luego se admitirá que el causante testador usará de la desheredación, así como que instituirá herederos a extraños, aunque existieran "sui".<sup>36</sup>

Ya en la República romana, ante aquellos poderes absolutos que adquiriría el pater, se fueron configurando ciertas defensas: una formal y otra material. La primera señalaba que los "herederos necesarios" (bajo la potestad inmediata del testador) debían ser instituidos o desheredados, en forma expresa, pues no bastaba la simple omisión.

Respecto a los varones, para desheredarlos debía el testador indicarlo individualmente (nominatum). Para el caso de no cumplirse con esta formalidad, la acción que tiene el hijo es la "*actio querella multitalis ex jure antiquo*", anulando el testamento y dando paso a la sucesión ab intestato.<sup>37</sup>

Más tarde el derecho pretoriano modifica el orden sucesorio dándole participación a otros herederos y para eso contaban ellos con la "*bonorum possessio contra Tabulas*" que podían interponer dentro del año.

La otra defensa que tenía el heredero fue la *material* con la que se le exige al testador dejar parte de sus bienes a parientes próximos. Sin embargo, la desheredación fue usada a diestra y siniestra y sino el pater dejaba una ínfima parte de sus bienes a sus descendientes. No es sino en los últimos años de la República en que la jurisprudencia sostuvo que cuando el testador desheredaba al descendiente o le dejaba tan solo una parte insignificante de sus bienes, sin causa justa, el hijo podía impugnar dicho testamento como "inoficioso" (contra officium pietatis factum) anulándolo con base en la ficción de la incapacidad del testador para otorgar testamento.<sup>38</sup>

La acción que se usaba para la declaratoria de inoficiosidad se llamó "querella inofficiosi testamenti". Cuando los herederos no eran del todo desheredados sino que heredaban una pequeña parte los jueces centumviro fijaron una cuota, naciendo así la legítima, como, en esencia, se conoce hoy día; dicha cuota por algún tiempo fue fijada arbitrariamente, y no es sino luego que se fijó en un cuarto de los bienes que el heredero recogería en la sucesión intestada, inspirados en la Lex Falcidia que establecía que el testador no podía legar más allá de las tres cuartas partes de sus bienes. El nombre de "legítima" se debe al hecho de que ella es una porción de la "sucesión legítima" que el heredero hubiere recogido

32. *Ibid.*, pág. 52.

33. "Uti legassit pater familias super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto" (Lo que el padre disponga respecto a sus bienes y de la tutela de su hijo, sea observado como ley), *Ibid.*, pág. 52.

34. *Ibid.*, pág. 53.

35. *Ibid.*, pág. 53.

36. *Ibid.*

37. De ahí que a esta sucesión se le llamara "la herencia contraria al testamento": Ver KUNKEL (Jors W.), *Derecho Privado Romano*, Buenos Aires, Ediciones Labor, 1937, pág. 462 a 468.

38. Ello se explica pues para atacar de nulo un testamento había que buscar un fundamento jurídico y lo encontraron en la falta del sano juicio del causante pues no se explica sino así que haya desheredado a sus descendientes. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 54.  
KUNKEL, *op. cit.*, pág. 464.

ab intestato (cuarta legitimae partis).<sup>39</sup> Si la acción de inoficiosidad intestada prosperaba el testamento se anula por completo, dando paso a la sucesión intestada donde el querellante obtendría la legítima que le correspondía y de la que fue excluido en el testamento. Si perdía, el querellante se le excluía de todo beneficio testamentario y legal, cuya parte no heredada pasaba al fisco y además se le tenía "como sospechoso de locura, por haber injurado la memoria del testador".<sup>40</sup> Más tarde la querrela de inoficiosidad se amplía a las donaciones excesivas pero se restringe en cuanto se crea la "acción en complemento" de la legítima, fijándose el mismo conforme al arbitraje de un "hombre honrado" y solo para el caso de que aun cuando no se hubiere heredado a un hijo le hubiere hecho el testador ciertas liberalidades.<sup>41</sup>

Para concluir, debemos referirnos a las reformas de Justiniano que importan en cuanto la novelle 115 establece el derecho del legitimario a la querrela sino ha sido instituido o desheredado legítimamente, valga decir, conforme a las causales en numeración taxativa que indicaba la ley. Indica aquella novela que si el legitimario recibía menos de lo que le correspondía tenía la "actio ad supplem"; si no era instituido tenía la querrela de inoficiosidad, desapareciendo la "bonorum possessio contra Tabulas".<sup>42</sup>

### SECCIÓN III: LA RESERVA Y LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO GERMANO

En el *Derecho Germánico*, donde el derecho sucesorio en su desarrollo estuvo muy ligado al concepto de dominio, predominaba el tipo de propiedad colectivo sobre los bienes, pudiéndose afirmar que el testamento era desconocido.<sup>43</sup> Lo que los hijos recibían de su padre era de ellos, pues éste lo que hacía era, simplemente, administrar los bienes de la familia. Con la invasión de los bárbaros, se da el fenómeno de coexistir los derechos

de vencidos y vencedores, con las modificaciones que ello implicaba, como fue el nombramiento de herederos en forma contractual a aquellas personas que no tuvieran hijos. Luego se llega al momento en que se distinguen entre bienes muebles e inmuebles; entre bienes que el padre adquiría y los que existían en el patrimonio familiar, pudiéndose disponer de los primeros no así de los segundos. Dichas liberalidades se podrán hacer en favor de extraños o "pro anima", no de familiares, pues ellos no suceden al ser copropietarios. Impulso grande a la admisión de los testamentos fue la que dio la Iglesia pues a favor de ella se podían dar aquellas liberalidades. En esta época predominaron dos instituciones: la reserva y la legítima. La primera pretendía mantener el rango y posición de la familia. La mayor parte pasaba a manos del primogénito. La parte disponible la formaba el quinto de los bienes "propios" y el total de los "adquiridos" y muebles, lo que hizo en muchos inoperante el instituto de la reserva que era sobre los cuatro quintos de bienes propios. De ahí que surgió la legítima como "un socorro subsidiario", para el caso de insuficiencia o inexistencia de la reserva, que tenía carácter alimenticio y que se fijó en la mitad de la cuota que correspondía en la sucesión intestada. Con la legítima se podía recurrir a los otros "bienes disponibles" e incluso a las donaciones hechas en vida por el causante.<sup>44</sup>

### SECCIÓN IV: EL DERECHO ESPAÑOL: BASE LEGAL DE NUESTRO DERECHO SUCESORIO

"Con la romanización de España. . . se introducen los principios jurídicos que en esos momentos se aplicaban en la República romana, tales como el de la libertad de testar. . . Al amparo de tal regla se cometieron toda clase de abusos (por lo que) los visigodos. . . trataron de limitar los mismos, introduciendo la legítima".<sup>45</sup> Por ello

39. Petit define la legítima en el Derecho Romano como "la parte que ciertos parientes deben haber recibido del testador para que no puedan atacar el testamento como inoficioso". PETIT (Eugene), *Estado Elemental de Derecho Romano*, Buenos Aires, Albatros, 1979, pág. 708.

KUNKEL, *op. cit.*, pág. 464.

Iglesias lo estudia como "sucesión legítima contra el testamento", IGLESIAS (Juan), *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Romano*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1972, 672 y ss.

40. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 55.

41. *Ibid.*, KUNKEL, *op. cit.*, pág. 465.

42. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 467.

43. Se aplicaba el principio "solus deus heredem facere potest, non homo". *Ibid.*, pág. 57.

44. *Ibid.*, pág. 58.

45. *Ibid.*, pág. 59.

a mediados del siglo VII se promulga la "Ley Dun Ilícita" que prescribe que los cuatro quintos de la sucesión es de los descendientes y otorga la posibilidad de mejora de un décimo. Para la época de dominación de los árabes, los fueros fortalecen la sucesión forzosa, eliminan la mejora y fijan la cuota de aquélla en un quinto. Sin embargo, los herederos no tenían medios de defensa ante el abuso del causante de no otorgarle dicha parte y no es sino hasta que en "Las Partidas", con Alfonso X, en que se estatuye los medios de defensa. No obstante, ese cuerpo legal fue supletorio de las leyes visigóticas. Las defensas fueron las mismas que en el derecho romano, a saber la acción de inoficiocidad y la de complemento. No es sino con las famosas "Leyes de Toro" (Siglo XVI) en que se reimplanta la legítima en cuatro quintos para descendientes y dos tercios para ascendientes, así como se establece otra vez las mejoras.

#### SECCIÓN V: EL DERECHO SUCESORIO EN COSTA RICA: BREVE RESEÑA HISTÓRICO-LEGAL

Durante el período colonial se aplicaron, en Costa Rica, en materia de sucesiones, los mismos principios que en la Madre Patria, y fundamentalmente las "Leyes de Toro", que fueron dictadas hacia 1505 por las Cortes Reales, confirmadas en la Nueva y Novísima Recopilación de 1775 y 1805, respectivamente. Estas y demás normas<sup>46</sup> que regulaban, entre otras, la materia sucesoria, se aplicaron a la Costa Rica independiente hasta 1841 en que se promulgó el Código General que "... se apartó del (código) francés y toma por modelo el derecho positivo español, tal como resultaba del Ordenamiento de Alcalá emitido en

1348 y de las otras leyes que con posterioridad modificaron aquel antiguo estatuto, particularmente la Ley de Toro...".<sup>47</sup>

El Código General de Carrillo, de 1841, reguló la materia sucesoria y entre ella el instituto de la "legítima hereditaria", correspondiéndole las cuatro quintas partes de los bienes del causante a sus descendientes; si sólo tenía ascendientes tocaba a ellos dos tercios del capital. El causante en el primer caso sólo podía disponer de dos tercios del quinto y en el segundo de dos terceras partes del tercio. La otra parte del tercio, así como el tercio del quinto restante, los debía legar al tesoro de Educación.<sup>48</sup> La cónyuge podía reclamar una cuarta parte (cuarta marital) de la herencia si el causante no le dejó "... con qué vivir bien y honestamente...".<sup>49</sup>

Según don Alberto Brenes Córdoba esta forma de sucesión "... se inspiraba en el antiguo concepto de que el patrimonio más bien pertenecía a la familia que al causante, a pesar de tener éste en vida la libre disposición de los bienes...".<sup>50</sup> lo cual critica diciendo que es un "... concepto a todas luces falso y fecundado en deplorables resultados".<sup>51</sup>

En el año 1881 se promulga una ley, llamada "Ley de Sucesiones", que deroga el Código General en la parte de sucesiones, y establece una libertad de testar absoluta con la obligación para el causante de dejar "... asegurada la subsistencia de sus hijos hasta la mayoría y la adquisición de la enseñanza primaria elemental".<sup>52</sup> Disponía que debía dejar lo necesario para que los hijos varones "aprendiesen un arte u oficio";<sup>53</sup> a las hijas les daría igual suma, "... a menos que en la educación de ellas hubiese invertido igual o mayor suma".<sup>54</sup> También debía "... proveer... la subsistencia de sus padres, de sus hijos incapaci-

46. El Dr. Guier Esquivel nos dice que el fuero juzgo y las "Sietes Partidas, estuvieron vigentes en nuestro país, además de las Leyes de Indias de 1680". GUIER ESQUIVEL (Jorge Enrique) *Principales Codificaciones Legales en Costa Rica*, San José, Edición mimeografiada, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, s.a.e., pág. 2. Asimismo, don Alberto Brenes Córdoba nos dice que en la colonia, en nuestro país, se aplicó, en general, el Derecho común español. Incluso nos dice que tal derecho rigió veinte años en nuestra vida independiente, BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Historia del Derecho*, San José, Editorial Lehmann, 1a. edición, 1906, pág. 315.

47. BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratado de los Bienes*, San José, Tipografía Nacional, 1966, pág. 281.

48. *Ibid.*, pág. 282.

49. *Ibid.*, pág. 282 y 283.

50. *Ibid.*, pág. 283.

51. BRENES CÓRDOBA (Alberto), *Tratados de los Bienes*, *op. cit.*, pág. 283.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. *Ibid.*

tados y del cónyuge sobreviviente que carecía de bienes propios con que vivir".<sup>55</sup>

La Ley de Sucesiones estuvo vigente hasta el 1o. de enero de 1888 en que entra en vigor el actual Código Civil y en el que se regula entre otras, la materia sucesoria.

Sobre la forma en que se regula actualmente esta materia, los principios que la rigen, sus fundamentos y el análisis de la misma se reserva para la segunda parte de esta exposición dedicado exclusivamente a ello.

## CAPÍTULO SEGUNDO NOCIONES GENERALES DE LA LEGÍTIMA

### SECCIÓN I: CONCEPTO

Intentando un concepto de legítima podríamos decir que ella es un derecho que tiene los legitimarios sobre una parte del patrimonio del causante del que aquéllos no pueden ser despojados sino por deheredación o por otro motivo que indique expresamente la ley.<sup>56</sup> La parte sobre la que no existe tal limitación legal se llama porción disponible.

### SECCIÓN II: FUNDAMENTO

Como pudimos ver al tratar de la evolución histórica que ha sufrido este instituto, desde las

épocas más remotas, el hombre ha cuestionado lo justo o no, en esa interrelación de familia, propiedad y derecho, de disponer libremente de sus bienes, tanto en vida como prever su destino para después de su muerte o limitar legalmente aquel poder en beneficio de otras personas al otorgársele parte del patrimonio del causante. Ante ello se han dado dos sistemas sucesorios claramente delimitados: el de la libre testamentación y el de la legítima hereditaria. Decidirse por alguno de ellos, es difícil pues ni la doctrina ni las legislaciones son uniformes en ello; sin embargo, no sin razón o fundamento alguno, la mayoría de los países latinos han adoptado el sistema de la legítima.<sup>57</sup>

55. *Ibíd.*

56. El Código Civil Uruguayo define la legítima diciendo: "La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. . ." (art. 3591) Planiol la define como: "La porción de los bienes que necesariamente va a quedar en favor de los herederos ab intestato se denomina legítima" PLANIOL (Marcel), *Tratado Práctico de Derecho Civil*, La Habana, Editorial Cultural, S.A., 1946, pág. 89.

Asimismo, en un Seminario de Graduación dirigido por la Profesora Rita Maxera se definió a la Legítima como: "una parte o cuota del patrimonio del causante, que la ley reserva a ciertas personas que estrechan un vínculo parental con el de cuius (familia nuclear) y de la cual no puede disponer, salvo que esa disposición sea en favor de los llamados por ley" BADILLA CALDERÓN (Tobías), y otros, *Legítima Hereditaria*, Seminario de graduación para optar al grado de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, en mimeógrafo, 1986, pág. 53.

La legítima es ". . . una especie particular de la sucesión legítima (dispuesta por la ley y que tiene lugar contra la voluntad del causante cuando haya dispuesto del todo de su herencia en favor de personas extrañas, incluyendo en todo o en parte a ciertas personas unidas a él por vínculos de parentesco a las que la ley concede o reserva una cierta parte del patrimonio. DE DIEGO (Felipe Clemente), *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, Artes Gráficas Julio San Martín, T. III, 1959, pág. 190.

"Quota di legittima o di riserva, o più semplicemente "legittima", è quella quota del patrimonio, già spettante al de cuius che le legge riserva, in proprietà o in usufrutto, ai legittimari, l'entità della quale è variamente determinata a seconda dei diversi casi esaminati al No. precedente. Detta quota è calcolata non con riferimento esclusivo al patrimonio spettante al de cuius al momento della de lui morte. . . bensì, attraverso un'operazione fittizia di calcolo, con riferimento a detto patrimonio al netto dei debiti, e con l'aggiunta di ciò di cui el de cuius avesse disposto con atto tra vivi a titolo gratuito. . . BURDESE (Alberto), *Manuale di Diritto Privato Italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1974, pág. 840.

Ver en el mismo sentido, ARIAS (José), *Derecho Sucesorio*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft Ltda., II ed., 1942, pág. 104.

"Se designa comúnmente con el nombre de "legítima" (en lugar del cual se usa indistintamente también el de "reserva") una cuota del patrimonio de la cual el testador no puede disponer en daño de ciertas personas (los familiares más próximos); y; por lo tanto, también, y aun antes, el hecho de que la delación de dicha cuota en favor de tales personas ocurre por necesidad de ley". BARBERO (Domenico), *Derecho Privado*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1967, pág. 215.

Ver, asimismo, TRABUCCHI (Alberto), *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Tipografía Editrice, La Garandola, 1947, pág. 725 y ss. y CICU (Antonio), *Successione Legittima e dei Legittimari*, Milano, Dotta, Giuffrè-Editore, 1943.

57. Excepto Costa Rica, Honduras, Panamá y México que basan su sistema sucesorio en la "libre testamentación. Sin embargo en estos países su legislación civil prevén el derecho que tienen ciertas personas o parientes próximos al causante de exigir el pago de alimentos en calidad de acreedores alimentarios. Entre otros, regulan la legítima hereditaria en sus códigos civiles: Uruguay (887), Venezuela (884), Argentina (3593), Perú (700 y 707), Chile (1184) y Colombia (1242). Asimismo Brazil (1731), Ecuador (1227), Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Bolivia y Paraguay.

Diferente es el sistema anglosajón que se inclina por el sistema sucesorio basado en la libertad de testar.<sup>58</sup>

"La evolución de estos últimos años nos indica que la humanidad se aleja del individualismo para ingresar en una democracia social, en la cual a la vez que se reconocen los derechos individuales, se ampara a la sociedad en este caso representada por su núcleo primario: la familia".<sup>59</sup>

Se han dado distintos argumentos a favor y en contra de esta institución de la legítima, los que pasamos a estudiar.

#### A. Argumentos en favor de la libertad de testar.

Se pueden dividir en tres grupos: el fundamento jurídico, el moral y el económico.

El primero, *el jurídico*, basado en el "ius disponendi", el derecho absoluto de propiedad que todo titular tiene para disponer de ella como quiera. Sin embargo, ello, en la actualidad, no es así, pues no faltan leyes o decretos que la limitan tal derecho respecto a su disposición inter vivos por lo que lógico es pensar que tales límites se den también por actos de disposición mortis causa.<sup>60</sup>

El segundo, *el moral*, basa tal fundamento en la autoridad paterna: el poder ilimitado del paterfamilias. Sin embargo, hay que considerar que tal poder implica, más que derechos, obligaciones, cuyo incumplimiento puede llevar a su pérdida.<sup>61</sup> Otro argumento moral es que "se da un fortalecimiento de la autoridad paterna", lo cual no es cierto y, por el contrario aparte de una posible autoridad despótica del padre al disponer de todos los

bienes, hace base la obediencia de los hijos en un interés material<sup>62</sup> y, por último, se dice que la voluntad del causante debe prevalecer, sea la expresada en el testamento o la presunta, cuando interviene la ley a falta de aquélla. Este fundamento es criticable también pues hay que recordar que, en el estado actual del derecho, la sucesión de los padres a sus descendientes y otros parientes consanguíneos o afines, como el cónyuge, se basa en un deber personal y social que aquel debe cumplir por vivir en comunidad.

El tercer criterio, el *económico*, comprende argumentos como: 1) "Impide la subdivisión excesiva de la propiedad", pues la legítima no provoca sino una explotación antieconómica de la tierra.<sup>63</sup> Dicho fundamento no resiste la crítica pues el mismo causante, en su testamento, puede disponer de sus bienes a tantas personas como quiera provocando iguales resultados; por otro lado, si no deja testamento el modo de sucesión ab intestato puede surtir aquellas consecuencias dependiendo del número de hijos y otros parientes que concurren con iguales derechos. Otros fundamentos económicos de la libre testamentifacción son los siguientes: "remedia la natalidad",<sup>64</sup> "favorece la estabilidad y cohesión de la familia",<sup>65</sup> "distribución de la herencia en proporción a las aptitudes de cada hijo";<sup>66</sup> "impulsa el trabajo";<sup>67</sup> todos estos criterios son criticables pues muchas veces ese poder absoluto del causante en la disposición de sus bienes no hace sino provocar injusticias de imposible reparación con la consiguiente desintegración del núcleo familiar, donde algunos de sus miembros, sino todos, quedan desamparados, resentidos por desprotección de

58. Estados Unidos (excepto Lousiana), Inglaterra y Canadá.

59. OVSEJEVICH, *op. cit.*, p. 62.

60. "Si bien con la legítima el derecho de propiedad pierde algunas de sus características, ya que se limita la libertad de disponer mediante testamento, no podemos, por ello, cegarnos a una realidad palpable, en la que aquel derecho de propiedad surgió a la vida con privilegios absolutos, hoy en día ha venido a menos y no solo por la legítima sino también por criterios como el que alimenta el Derecho Agrario cuando se refiere a la función social de la propiedad que permita la mejor distribución y uso de los bienes. . .". BADILLA y otros, *op. cit.*, pág. 36.

61. "La legítima no pretende una limitación a la libertad de los padres sino a la libertad de testar que permite que el amor propio en la familia quede con contenido material no como requisito (formal)... para que aquel exista sino para que este sentimiento se amplíe; el padre conserva como disponible una parte de su patrimonio con lo cual puede ejercer aquellos privilegios de premiar o castigar a sus hijos de acuerdo a sus méritos mediante la figura de la mejora...". *Ibid.*, pág. 36.

62. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 63.

63. *Ibid.*, pág. 63.

64. *Ibid.*

65. Pues el causante escogerá como su heredero a quien mejor pueda conservar "el rango social de la familia". *Ibid.*

66. *Ibid.*

67. *Ibid.*

la ley ante la disposición de los bienes que hace el causante, sin considerar, muchas veces, criterios de consanguinidad; bienes sobre los que, quizás, ellos pusieron todo su esfuerzo para su adquisición y mantenimiento.

### B. Argumentos en favor de la legítima.

Igualmente utilizaremos criterios morales, sociales y políticos para sustentar los argumentos en favor de la legítima: El primero dice que "... el lazo de sangre existente entre personas de estrecho parentesco hace nacer obligaciones sancionadas por la ley, de tipo patrimonial, con el objeto de proteger la familia, tales como la de prestarse ayuda recíproca. . .".<sup>68</sup>

El social sostiene que "... la familia es el elemento primordial de la sociedad y que la agrupación de ellas forman la Nación".<sup>69</sup> Por tal razón, la familia necesita protección y ello se logra con la legítima. "También se estima el argumento de 'la participación de la familia en la formación del patrimonio' pues ocurre muy a menudo que los bienes de una familia se han conseguido gracias al esfuerzo de todos sus integrantes y no al de uno solo; . . . sería injusto que éste despojara a aquéllos de todos sus derechos".<sup>70</sup>

El criterio *político* dice que la legítima crea una igualdad en la distribución de la riqueza que es más acorde con la forma democrática de un Estado; pues el sistema de la libertad de testar, no hace sino, en muchos casos, mantener mayorazgos y con ellos latifundios sin provecho alguno para la sociedad toda.<sup>71</sup>

### SECCIÓN III: NATURALEZA

Dos corrientes doctrinarias se han dado desde largo tiempo, entre los que consideran a la legítima como "pars bonorum" (parte de los bienes) y los que la consideran "pars hereditatis" (parte de la herencia).

El primero, que viene del Derecho romano, sostiene que aun cuando se renuncie a la herencia se conserva el derecho de la legítima.<sup>72</sup> Por el contrario, el segundo, que viene del Derecho germánico, sostiene la identificación entre dos derechos: el derecho hereditario y el derecho a la legítima.<sup>73</sup>

Enneccerus afirma que, evidentemente, siendo la legítima parte del valor total de la porción hereditaria legal, ella es una "pars hereditatis".<sup>74</sup>

Por otro lado, Zannoni nos dice: "En efecto, para fijar la legítima se atiende al valor de los bienes quedados por la muerte del testador (relictum) agregándose a su valor líquido el que tenían las donaciones (donatum) (artículo 3602)".<sup>75</sup>

"De allí que no pueden conceptuarse como cuota de la herencia, en sentido técnico, sino más bien, como cuota o porción de bienes, aun de aquellos que no pertenecían al causante al momento de la apertura de la sucesión que son computados a efectos de reducción cuando sobrepasen la porción disponible. . .".<sup>76</sup>

Por nuestra parte, consideramos que la legítima es "pars bonorum" por las siguientes razones: a) No se necesita de la transmisión hereditaria.

68. Ripert dice que la legítima es "... un compromiso entre el derecho individual y el derecho familiar...". Es "... una institución que se funda en el deber familiar". RIPERT Y BOULAGER. *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Ediciones La Ley, 2da. edición, Volumen I, Tomo X, 1965, pág. 211 y 215. Sartre se refiere a la legítima como "un deber ético", "es la idea de *afficum pietatis*". ROCA SARTRE (R.M.), *Naturaleza jurídica de la Legítima*, Madrid, T. XXVIII, enero-diciembre de 1984, pág. 179.

69. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 64.  
"Un modo de satisfacción del interés familiar, no contradictorio del individual ni del social, porque sobre el individuo pesan deberes cuyo cumplimiento es inexcusable para el buen orden de la sociedad y esta ha de exigir y garantizar su cumplimiento, es la legítima". DE DIEGO (Clemente), *op. cit.*, pág. 190.

70. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 64.

71. *Ibid.*

72. Recordemos que en Roma predomina la corriente que considera a la legítima como "pars Bonorum". Ver supra Título I, Cap. Primero, Sección II. Ver BADILLA (Tobías) y otros, *op. cit.*, pág. 54.

73. La reserva germánica estaba constituida por bienes hereditarios y a su adquisición tenían derecho sólo quienes a la muerte del causante, investían el carácter de herederos. *Ibid.*, pág. 56.

74. ENNECCERUS (Ludwing), KIPP (Theodor) y WOLFF (Martín), *Tratado de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Casa Bosch, 2da. Edición, 1953, pág. 281.

75. BADILLA (Tobías) y otros, *op. cit.*, pág. 59-60.

76. *Ibid.*, pág. 59-60.

ria para que haya legítima.<sup>77</sup> b) No es necesario que el legitimario sea heredero.<sup>78</sup> c) No es necesario que la legítima se integre con bienes hereditarios.<sup>79</sup>

#### SECCIÓN IV: SUJETOS DE LA LEGÍTIMA

A los sujetos de la legítima se les llama legitimarios. En cuanto a quiénes son legitimarios no es uniforme la doctrina y menos las diversas legislaciones que regulan el instituto. Para solo citar tres ejemplos vemos como la *legislación chilena* dispone en su artículo 1182 del Código Civil que "Son legitimarios: 1. Los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima; 2. Los ascendientes legítimos; 3. Los hijos naturales personalmente o representados por su descendencia legítima; 4. Los padres naturales". El *Código Civil Suizo*, en su artículo 471 dice: "La reserva es: 1. Para un descendiente, de los tres cuartos de su derecho de sucesión; 2. Para el padre o la madre, de la mitad; 3. Para cada uno de los hermanos o hermanas, del cuarto; 4. Para el cónyuge de todo su derecho de sucesión en propiedad cuando concurre con herederos legales y de la mitad de ese derecho cuando es heredero único". Asimismo, el *Código Civil español*, en su artículo 807 dispone: "Son herederos forzosos: 1. Los

hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos; 2. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes legítimos respecto a sus hijos y descendientes legítimos; 3. El viudo o viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos, y el padre o madre de éstos, en la forma y medida que establezcan los artículos 834 a 842 y 846".<sup>80</sup>

Fundamentos de toda índole se han esgrimido a la hora de determinar quiénes deben ser considerados legitimarios. Una de estas razones ha sido la de ". . . la legítima se instituye en beneficio y protección de la familia" por lo que los legitimarios no deben ser otros que los integrantes de la "familia nuclear". . . donde, por regla general, las relaciones de afecto son más fuertes y por ende más puras".<sup>81</sup> Se define por "familia nuclear" aquella que "abarca una sola generación —padre, madre e hijo. . ." <sup>82</sup> por lo que el criterio esbozado responde a una realidad concreta. En caso de no existir ninguna de tales personas regirán las reglas de la representación o en su defecto la voluntad expresada por el testador, o, a falta de testamento, los otros herederos legítimos según las reglas de la sucesión intestada.

Necesario es entrar a considerar cuál es y debe ser la situación del concubino, a efecto de considerarle legitimario, pues en una realidad en que al

77. "Como ejemplo el caso en que un año antes de morir el causante beneficie a un extraño con una donación de \$100.000 que comprende todos sus bienes presentes. Al fallecer no deja ni bienes ni deudas. Según el artículo 3602 el haber hereditario es de \$ 100.000, habiendo descendientes legítimos, la porción legítimaria es de cuatro quintos, o sea \$ 80.000, para su defensa ejercerán la acción de reducción contra el donatario. De ese modo no ha habido transmisión hereditaria, pues ni los bienes donados ni la acción de reducción integraba el patrimonio transmisible al fallecer el causante; además la donación era irrevocable respecto al donante. Entonces tenemos que no hay una pars hereditatis sino una pars donationis o sea una porción de los bienes de un extraño", OVSEJEVICH, *ob. cit.*, pág. 68.

78. "Por ejemplo el caso en que el causante deja a su hijo una finca en pago de la legítima, disponiendo para los restantes bienes, que se distribuyan entre sus dos hermanos. Al no instituir herederos no se puede aducir preterición, y así se establece la masa del artículo 3602 para saber si la finca, colma o no la legítima. Si ello es así deberá el hijo conformarse con el legado, sin que sea necesario tomar el título de heredero ab intestato. Y si no alcanzase a cubrir la porción legítimaria, tendrá derecho a utilizar la acción de complemento establecida por el artículo 3600, alegando su simple título de legitimario, sin tener que asumir la posición de heredero aceptante. *Ibid.*

79. "Con un ejemplo aclara esta situación: el causante donó en vida a un hijo una finca valuada en \$200.000, al fallecer deja tres hijos y sólo \$100.000; de acuerdo con el artículo 3602 forman la masa \$300.000, por lo cual el hijo donatario debe colacionar \$60.000, pues la legítima es de \$240.000 y la de cada hijo de \$80.000. Esa acción la hará en dinero y no en el bien hereditario". *Ibid.*

80. El Código Civil francés dispone en su artículo 913: "Las liberalidades, sea por actos entre vivos, sea por testamento, no pueden exceder la mitad de los bienes del disponente, si él sólo deja a su muerte un hijo legítimo; el tercio si deja dos hijos; el cuarto si deja tres o mayor número de hijos. "El artículo 914 dice: Las liberalidades, por actos entre vivos o por testamento, no pueden exceder la mitad de los bienes si en defecto de hijo, el difunto deja uno o más ascendientes en cada una de las líneas paterna y materna y los tres cuartos si sólo deja ascendientes en una línea". En defecto de ascendientes y descendientes el causante dispone libremente, de todos sus bienes (art. 916 Código Civil). El Código Civil brasileño dispone en su artículo 1576: "Habiendo herederos necesarios el testador sólo podrá disponer de la mitad de la herencia". Son herederos necesarios, según el artículo 1721: "El testador que tiene descendientes o ascendientes sucesibles, no puede disponer de más de la mitad de sus bienes; la otra pertenecerá de pleno derecho a sus descendientes de lo que constituye la legítima, según lo dispuesto en este Código. (Arts. 1603 a 1619 y 1723)". OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 88.

81. BADILLA (Tobías), y otros, *op. cit.*, pág. 65.

82. PÉREZ VARGAS (Víctor), *Características de la familia costarricense*, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, edición en mimeógrafo, s.f.e., p. 10.

lado de la "familia de Derecho" (donde los padres están unidos en matrimonio) existe una "familia de hecho", no puede obviarse la regulación legal de la misma. Existen legislaciones como la mejicana que, aun cuando basa su derecho sucesorio en el principio de la libre testamentifictio, impone obligaciones alimentarias al causante, en favor de ciertos parientes, incluyendo "a la mujer con quien el testador vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. La concubina sólo tendrá derecho a alimentos mientras observe buena conducta y no se case. Si fueran varias las concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos".<sup>83</sup> Consideramos que esta legislación, aparte de no admitir el instituto de la legítima, peca de omisa e injusta al no considerar sino con derecho a alimentos a la concubina, solamente, aparte de imponer como requisito para calificar a un matrimonio de hecho el que ambos concubinos "...hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato...".<sup>84</sup> Ello es, a todas luces ir contra una realidad, donde alguno de los dos concubinos o ambos se han casado legalmente y por la imposibilidad de volverlo a hacer, se unen en concubinato como cualquier otra familia, sea como "... la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos emergentes de la relación intersexual y de filiación";<sup>85</sup> donde para catalogarse de "derecho" sólo haría falta el matrimonio, como vínculo *jurídico* entre hombre y mujer, pero que persigue igual fin: "... la vida en común, la cooperación y el mutuo auxilio".<sup>86</sup> En lo que respecta a la filiación no habría problema pues los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán "... ser reconocidos por sus padres...".<sup>87</sup> De ahí que la "unión de hecho" o "concubinato", a efectos de encontrar tutela en el ordenamiento jurídico, deberá ser la que comprenda los siguientes elementos:

- 1) Voluntad o consentimiento libremente expresado de vivir juntos en un mismo hogar, salvo motivos indicados por la ley.
- 2) Capacidad de actuar y legitimación de ambos compañeros.
- 3) Permanencia, estabilidad, singularidad y publicidad de la unión, que no implica solemnidad alguna.<sup>88</sup>

Retomando criterios expuestos, consideramos que se deben tener como legitimarios los que integren la llamada "familia nuclear", o sea padres e hijos, independientemente de que aquella familia se base en el matrimonio o en la "relación de hecho" o "concubinato"; considerando para este último caso, lo expuesto arriba en cuanto a los elementos que le caracterizarán, y regulando la situación en que el causante conviviera con una persona pero estuviere casado legalmente con otra, o viceversa. Asimismo, para ser congruentes con los beneficios que reciben los padres del causante en la sucesión intestada, donde concurren con el consorte y los hijos, podría pensarse en la posibilidad de que éstos sean legitimarios, a falta de aquéllos.<sup>89</sup>

## SECCIÓN V: INVOLABILIDAD DE LA LEGÍTIMA Y SUS DEFENSAS

"Por inviolabilidad de la legítima debe entenderse que no puede el testador alterar sustancialmente la configuración jurídica de los bienes que forman parte de la legítima por vía de sucesión, y en otras palabras debe ser total y absolutamente prohibida cualquier carga o limitación que el causante intente poner".<sup>90</sup>

Al ser la legítima un derecho dado por ley, los legitimarios se hacen acreedores de defensas. Se pretende que sea intangible no sólo respecto a la disposición de la porción de la legítima sino también respecto a gravámenes o condiciones que se le impongan; disposiciones indirectas que la mayo-

83. OVSEJEVICH, *ob. cit.*, p. 88.

Ver DE PINA (Rafael), *Derecho civil mexicano*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1975, pp. 294-295.

84. BADILLA (Tobías), *ob. cit.*, p. 88.

85. ODIÓ BENITO (Elizabeth), *Familia de Hecho*, en *Revista Judicial*, No. 8, 1978, p. 27.

86. CÓDIGO DE FAMILIA, Ley 5476 de 21 de diciembre 1973, Costa Rica, artículo 11.

87. *Ídem*, artículo 84.

88. Ver ODIÓ BENITO, *ob. cit.*, p. 10.

89. BADILLA (Tobías), *ob. cit.*, p. 86.

90. *Ibid*, pág. 35.

ría de las legislaciones que regulan el instituto en estudio han sostenido que son prohibidas y si se hacen "se tendrán por no escritas".<sup>91</sup> No obstante, es posible que la imposición de tales cargas y limitaciones se hayan dado sobre los bienes del causante en vida de éste y al pasar a los legitimarios, estos bienes están "... configurados jurídicamente con ciertas limitaciones".<sup>92</sup> Otro caso es cuando el causante impuso una carga sobre un bien comprendido en la legítima pero recompensa al legitimario con un legado o parte alícuota de su parte disponible, siempre que acepte aquel gravamen. Tal cláusula se conoce con el nombre de "cautela socini" y es permitida pues beneficia al legitimario quien si quiere no la acepta recibiendo la legítima pura y simplemente, sin el beneficio a otorgar.

Asimismo debemos sostener que la forma en que el padre hace efectivo el derecho a la legítima no implica violación a ella, siempre que no afecte la porción legítima, incluyendo el que la ley protege la cantidad antes que la calidad de los bienes.

La violación de la legítima en todo caso, va a tocar al juez determinarla ante el caso concreto que se ponga a su decisión.

Los siguientes son algunos casos concretos que han resuelto los tribunales uruguayos:

a) Si una cláusula testamentaria impone albaacea para administrar y ocupar bienes de la legítima viola la legítima y se debe declarar nula.

b) La cláusula por medio de la cual el testador prohíbe que el padre del menor legitimario administre los bienes de éste es nula.

c) La cláusula en que se impone al legitimario la indivisión de sus bienes por un período de diez años o hasta que alcance la mayoría de edad

es permitida por ley en protección de la familia y por ello no viola la legítima.

d) Carece de efectos la cláusula según la cual el testador impone el patrocinio de determinado abogado.

e) Carece de efectos la cláusula en la que se prohíbe que el cónyuge del legitimario administre los bienes de la legítima del legitimario.<sup>93</sup>

Cabe anotar que la legítima es dada por la ley no por la voluntad del testador, por lo que aquel derecho es personal "... en ejercicio del cual está autorizado (el legitimario) para atacar los actos del causante que la comprometan, aunque... sea el continuador y representante de su persona...".<sup>94</sup>

También hay violación de la legítima cuando se menoscaba por disposiciones gratuitas, sea inter vivos o mortis causa, entrando a actuar las acciones previstas de reducción y de complemento.

#### A. La Acción de Reducción.

La acción de reducción es "... el medio procesal para reintegrar la legítima cuando ésta ha sido lesionada".<sup>95</sup> La naturaleza jurídica de esta acción encuentra discusión en doctrina pues mientras la mayoría<sup>96</sup> opina que no es una acción de nulidad (pues al negocio jurídico de que se trate debe ser válido para que se verifique la lesión de la legítima), otros, como Laurent<sup>97</sup> sostienen lo contrario, es decir que toda donación sobre la porción legítima es nula. Otros sostienen que es una "acción resolutoria" o una "acción rescisoria" como Díez Picazo; no obstante para Messineo la acción de reducción "... es una acción personal de declaración de certeza... que exista lesión... (por lo que) la disposición... que la ha consumado

91. El artículo 3598 del Código Civil uruguayo dispone tal prohibición, como en el Derecho romano justinianeo existió pues antes de Justiniano aquellas cláusulas permitían atacarlas por la querrela inoficiosa que hacía caer todo el testamento. OVSEJEVICH, *op. cit.*, pág. 68.

92. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 137.

93. OVSEJEVICH, *ob. cit.*, pp. 69-70

94. *Ibid.*, p. 69.

95. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 122.

"La sanction du droit de réserve est l'action en réduction, à l'aide de laquelle les héritiers réservataires peuvent conquérir les biens dont le défunt a disposé à titre gratuit au delà des limites de sa quotité disponible". BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et COLIN (Maurice), *ob. cit.*, p. 323.

96. Entre ellos Barbero que dice que no es una acción de nulidad pues "... si los legitimarios renuncian o aunque solo sea no adopten la cautela del beneficio de inventario las disposiciones quedan firmes con todos los crímenes de invalidez". BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 122.

97. Citado por ZANNONI en *Ibid.*, p. 123.

es en parte o en todo ineficaz"<sup>98</sup> y tal ineficacia sería relativa y sobreviniente.<sup>99</sup>

La acción de reducción supone, necesariamente, que se haya abierto la sucesión para saber si el caudal hereditario cubre la cuota de la legítima pues de lo contrario los legitimarios, que ya tendrían un derecho cierto, y que son los únicos con legitimación activa podrían exigir la reducción de los sujetos en favor de quienes se hicieron las liberalidades, pudiendo ser los donatarios, legatarios o herederos instituidos. Para el caso de que el donatario enajenó el bien dado debe procederse por la "acción de restitución" a recuperarle para luego intentar la acción de reducción directamente contra el sujeto beneficiado por el causante. La acción de reducción abarca no sólo las donaciones sino también los legados, o sea que es una acción que se intenta, en general, contra terceros, donatarios o legatarios y no contra legitimarios, pues contra ello lo que cabe es la colación. Sin embargo, si se hubiere hecho la donación a un legítimo, excediendo el monto de su legítima cabrá contra él la colación y, por allí, la reducción.

Para efectos de reducción se toman primero los legados, que son posteriores a las donaciones en vida y por ello estas últimas deben ser protegidas antes que aquéllos, considerando que las liberalidades más cercanas al momento de abrirse la sucesión son las que, eventualmente, afectaron la legítima, al sobrepasar la porción disponible. Luego, si no hubieren legados o existiendo ya se hubieren reducido y aún estuviere afectada la porción disponible, se debe proceder contra éstas, como apuntamos más arriba, empezando por la última hasta dejar intacta la legítima". . . en vista de que éstas fueron las que sobrepasaron la porción disponible y no las primeras, que fueron realizadas sin menoscabar la legítima".<sup>100</sup>

La acción de reducción no siempre puede ser utilizada como tal, sino que también podría plantearse por vía de excepción, "en el caso de que el legítimo considerando que el cumplimiento de

las disposiciones testamentarias afectaría su legítima se niegue a entregar la cosa legada".<sup>101</sup>

Aun cuando existe discusión en doctrina en cuanto al término en que prescribe esta acción, estamos por el término de prescripción decenal, contado desde que se abre la sucesión y considerando al donatario poseedor de buena fe.

### B. La Acción de Complemento.

Al testar, el causante pudo haber preterido a alguno o varios legitimarios o haber afectado su porción legítima. En el caso de la preterición gozará de la acción correspondiente, no así para el caso de la sola afectación de la legítima, pues para ello tendrá derecho a la acción de complemento de su legítima menoscabada.<sup>102</sup>

La acción de reducción y la de complemento son correlativas pues " . . . pedir el complemento equivale a pedir la reducción de las disposiciones testamentarias que afectan la legítima".<sup>103</sup> Sin embargo, tales acciones son diferentes en el tanto que " . . . la de complemento se otorga sólo al legítimo perjudicado que puede ser uno entre los varios con derecho a la legítima, en cambio la de reducción se concede a todos los legitimarios pues al exceder el causante la porción disponible afecta a todos por igual. . .".<sup>104</sup>

En breve, la acción de complemento se aplica cuando el legítimo recibe bienes del causante por cualquier título gratuito y ellos no alcanzan su legítima.<sup>105</sup>

## SECCIÓN VI: IRRENUNCIABILIDAD DE LA LEGÍTIMA

En el antiguo Derecho francés para que los hijos varones recibieran la porción más grande del caudal hereditario, a las hijas se les hacía renunciar a su derecho sucesorio con anterioridad a la muerte del causante y para darle validez se le

98. Citado por ZANNONI, en *Ibid.*, p. 125.

99. *Ibid.*, p. 125.

100. OVSEJEVICH, *ob. cit.*, p. 120.

101. *Ibid.*, p. 116.

102. Recordemos que la "actio completoria", en el Derecho romano, significó una restricción a la querrela inoficiosa que implicaba la nulidad de todo el testamento.

103. *Ibid.*, p. 116.

104. *Ibid.*, p. 116.

105. *Ibid.*, pág. 116.

hacia "jurar", lo que en el Derecho canónico era válido.<sup>106</sup> No es sino con la Revolución Francesa y sus ideales de igualdad ante ley que se dispone en el artículo 791 del Código Napoleón que es ". . . inválida esa renuncia. . . al declarar que ni aun en el contrato de matrimonio se podía renunciar a la sucesión de una persona viviente, ni enajenar los derechos eventuales que se pueda tener a esa sucesión".<sup>107</sup>

Sobre el por qué de aquella disposición hay diferencias marcadas, según sea que nos inclinamos por el sistema que asimila la legítima a la "pars hereditatis" a la "pars honorum". Así el primero ve como resultado necesario la prohibición de pactos sobre herencia futura pues se asimila la herencia y la legítima;<sup>108</sup> en cambio, el otro sistema sostiene que la existencia de aquella norma se justifica pues se piensa dar ". . . la misma solución que la de la herencia futura; si no hubieran caído en la esfera de la autonomía de la voluntad".<sup>109</sup> La renuncia de la legítima futura puede darse voluntariamente sea recibiendo o no un equivalente en valor. En este último caso no hay problema y la cláusula es inválida; en el primer caso, la regla ha sido que "el legitimario deberá traer a colación los valores que hubiese recibido por ese contrato o renuncia y aplicando los principios de la colación deberá devolverse el valor de los bienes y no la restitución en especie";<sup>110</sup> ". . . por lo que al hacerse la partición sufrirá en su porción el descuento correspondiente al valor que hubiera recibido".<sup>111</sup> Sin embargo, cuando los contratos se celebran entre legitimarios rigen los principios de la nulidad, por lo que procede la devolución de los bienes y sus frutos como poseedor de mala fe.

No obstante, en sistemas como el español y el argentino, se permite la renuncia a la legítima una

vez abierta la sucesión.<sup>112</sup> En todo caso la renuncia no afecta, en ningún caso, la cuantía de la legítima, pues es inalterable.

## SECCIÓN VII. LA PRETERICIÓN

Puede definirse la preterición como la omisión que hace el testador de un legitimario sin expresa y justificada desheredación; dicha omisión se daría aun en el caso de que habiéndose nombrado el legitimario en el respectivo testamento no se le dejó ningún patrimonio.

Se ha discutido ". . . si habrá preterición cuando el testador no menciona al heredero forzoso en el testamento pero en vida le hizo donaciones".<sup>113</sup> La doctrina española considera que lo que procede en tal caso es la "acción de complemento", mientras que la jurisprudencia ha dicho lo contrario, pues interpretan que el título por el que el testador puede dejar menos de la legítima al legitimario es el testamento que da lugar a la acción de complemento, y no siendo la donación título idóneo para ello no puede provocar sino la preterición misma.<sup>114</sup> El hecho de que exista preterición no despoja al legitimario de su legítima, pues al ser llamado por ley (y no por la sola voluntad del testador) siempre tendrá derecho a ella.

## SECCIÓN VIII: DETERMINACIÓN DE LA LEGÍTIMA

### A. La Porción Disponible.

Se define como la porción sobre la que el causante puede disponer libremente, instituyendo herederos o legatarios, a terceros extraños, a parientes de cualquier orden o a los propios le-

106. *Ibid.*, pág. 70.

107. *Ibid.*, pág. 70.

108. Ripert nos dice: "Debe extraerse una última consecuencia del carácter sucesorio de la legítima es la prohibición de las convenciones relativas a ella. En efecto, tales convenciones son nulas por constituir pactos sobre sucesión futura..." RIPERT y otros, *ob. cit.*, p. 222.

En nuestro Código Civil en su artículo 520 se prescribe: "... nada podrá estipularse sobre los derechos a la sucesión de una persona mientras esté viva, aunque ella consienta".

109. OVSEJEVICH, *ob. cit.*, p. 71.

110. *Ibid.*, p. 71.

111. *Ibid.*, p. 71.

112. "... una vez que el causante ha muerto, puede repudiarse lo que le dejó, rechazar su legítima ...". ALBALADEJO (Manuel), *Instituciones de Derecho Civil*, Barcelona, Editorial Bosch, Segunda edición, T. I. II, 1944, p. 382.

113. BADILLA y otros, *ob. cit.*, p. 145.

114. *Ibid.*, p. 97.