

LA TUTELA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO SUCESORIO

Olga Orlandi¹ Gabriel E. Tavip²; Graciela Moreno de Ugarte³ - Claudia Lúpoli⁴ -
Susana Verplaetse⁵ - Sebastián Monjo⁶ - María Belén Mignón⁷

ABSTRAC: Los principios constitucionales y las leyes especiales conducen a sostener que la persona con discapacidad no debe tener igual tratamiento que quien goza de sus aptitudes en plenitud, pues un posicionamiento igual para los desiguales genera desigualdad ante la ley. Se analiza la necesidad de protección de las personas con discapacidad en el marco del derecho sucesorio argentino. Se describe la regulación en el derecho sucesorio argentino actual, proyectado y extranjero. Se enuncian los principios, fundamentos y caminos normativos que debe contener una tutela especial ante la discapacidad en el derecho sucesorio.

PALABRAS CLAVES: discapacitados - derecho sucesorio - protección
The guardianship to disabled people in the right sucesorio

1. Fundamentos de la tutela de las personas con discapacidad: los nuevos paradigmas

Nuestro país, mediante la ley 26.378⁸, aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁹, lo que importó receptar una innovadora visión sobre la discapacidad, en armonía con la perspectiva de los Derechos Humanos.

Esta mirada, instauró un cambio de paradigma en materia de discapacidad, que se sostiene en una serie de principios –enumerados en el art. 3 de la CDPD¹⁰–, que reconocen la noción de derecho humanitario vigente en nuestro sistema jurídico.

La problemática que surge ante las personas con discapacidad no debe, por ende, ser abordada desde una única perspectiva sino desde una “pluridimensión” que posibilite brindar soluciones acordes a la protección de sus derechos fundamentales.

La CDPD implanta además una visión constructiva de la discapacidad¹¹ como un estado dinámico que evoluciona, enfoque que contraría el criterio médico biológico predominante que históricamente se presentó como hegemónico en esta materia.

¹ORLANDI, OLGA; Profesora Adjunta de Derecho Privado VI, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.(FDyCS) Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctora en Derecho. Investigadora.

²TAVIP, GABRIEL; Profesor Auxiliar de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigador.

³ MORENO DE UGARTE, GRACIELA; Profesora Adjunta de Derecho Privado VI. FDyCS, UNC. Investigadora.

⁴ LÚPOLI, CLAUDIA; Profesora Auxiliar de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigadora.

⁵ VERPLAETSE, SUSANA; Adscripto de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigadora.

⁶ MONJO, SEBASTIÁN; Adscripto de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigadora.

⁷ MIGNÓN, MARÍA BELÉN; Adscripto de Derecho Privado VI, FDyCS, UNC. Investigadora.

⁸ Sancionada en mayo de 2008, promulgada junio de 2008, publicada en el B. O. el 9/06/2008.

⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En adelante CDPD.

¹⁰ Art. 3 de la CDPD: Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto por la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e) la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Así, el modelo social que la Convención impone sobre las personas con discapacidad prioriza elementos de carácter histórico, social, psicológico, y también incluye el aspecto médico/biológico.

Desde la doctrina se afirma que “un tercer modelo, denominado social, es aquel que considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, ni científicas, sino que son, en gran medida sociales. Desde esta filosofía se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el resto de las personas –sin discapacidad-, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana...”¹²

Por otro lado, no puede dejar de observarse que las personas con discapacidad enfrentan muchas veces la barrera de la discriminación, como fenómeno sociológico¹³, por lo que el derecho humanitario y protectorio de los derechos fundamentales debe encaminarse a su efectivo amparo.

En este sentido, el paradigma de la Convención, determina el surgimiento de un sistema de apoyos y salvaguardias para las personas con discapacidad que confronta con el anterior sistema de reemplazo y sustitución de la voluntad de la persona.

Es por eso que debe reemplazarse la lógica del sistema de representación –el que se sostiene en la sustitución de la voluntad de la persona declarada “insana”-, por una práctica de apoyos, asistencia y asesoramiento¹⁴.

Los cambios de paradigma obligan sin duda a pensar en soluciones normativas que recojan los principios y conceptos del derecho humanitario a la hora de estructurar el sistema de tutela especial de las personas con discapacidad.

2. Tutela de las personas con discapacidad en el derecho sucesorio

La justificación ética de la propiedad reside en el concepto de que los bienes deben servir como medios para el cumplimiento de los fines de la familia.

La familia se presenta sociológicamente como una unidad, una institución social que se integra con un elemento económico, el patrimonio familiar, destinado a satisfacer los fines de la familia.

La función fundamental del derecho sucesorio es determinar quiénes y de qué modo van a continuar las situaciones jurídicas que quedan vacantes en caso de muerte de su titular. El fundamento objetivo de la regulación sucesoria es brindar seguridad jurídica a través de la continuidad en la persona del heredero de las relaciones jurídicas cuya titularidad correspondía al causante (sucesión en la persona).

Pero la tutela a las personas con discapacidad en materia sucesoria debe ir más allá, incluso superar el mínimo legal señalado en el art. 12 de la ley 26.378 cuando

¹¹ Preámbulo de la CDPD: “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

¹² Cfr: PALACIOS, AGUSTINA “El modelo social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, pág. 26/27.

¹³ Cfr: JARA ANDREU, ANTONIO, “Derecho Constitucional. Estado Social, Orden Jurídico e Integración Social”, en Alcáin Martínez, Esperanza, González - Badía Fraga, Juan y Molina Fernández, Carmen (Coordinación), *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada 2006, p. 2.

¹⁴ Ver: Art. 12 de la CDPD, inc. cuarto y quinto

alude al derecho “*a ser propietarios y heredar bienes*”¹⁵. Por eso, tanto las normas de protección cuanto las de flexibilización de las restricciones del derecho sucesorio deben orientarse al debido resguardo de los derechos de las personas vulnerables, en especial las personas con discapacidad.

Las limitaciones al poder de disposición y las restricciones a los pactos sucesorios en los sistemas tradicionales hacen que se vea seriamente limitada la realización de acuerdos o disposiciones testamentarias tendientes a proteger a los sujetos con discapacidad.

Esta cuestión se vincula directamente, con un aspecto de crucial importancia: la mayor autonomía de la voluntad en materia sucesoria¹⁶, que confronta con el “orden público” que impregna instituciones tales como la legítima hereditaria y los ordenes sucesorios. En este contexto la doctrina jurídica ha venido elaborando diferentes alternativas tendientes a una mayor protección de la persona con discapacidad. Así, con fundamento en la solidaridad familiar, se ha pensado en la mejora a favor del heredero con discapacidad como también, en el diseño de un sistema de alimentos post mortem.

Así se sostiene que “la institución sucesoria por causa de muerte, responde a principios de asistencia, es decir, prestación de socorro, favor o ayuda. En algunas estructuras jurídicas la sucesión se condiciona a lo que se considere que resulte socialmente útil”. Se añade que “la creación de una mejora hereditaria a favor de los discapacitados es el resultado del reconocimiento de la función social de la herencia como equiparadora de posibilidades”¹⁷.

En efecto, la mejora al heredero con discapacidad, como los alimentos post mortem, parecen ser efectivos instrumentos para mejorar la situación patrimonial de la persona que era sostenida por el causante. Esto puede lograrse incrementando su patrimonio o previendo un sostén periódico para el discapacitado (a través de los alimentos); amparando su vivienda (estableciendo un derecho habitacional); o bien resguardando la función del cuidador/a lo que implica lógicamente destinar a dicha persona recursos económicos.

Se afirma que es preciso incorporar al esquema legitimario una normativa que posibilite una intervención en el proceso de distribución de los bienes comprendidos en la legítima hereditaria. A través de este mecanismo se abre la posibilidad de considerar aquellas circunstancias objetivas (indigencia, minoridad, vejez, enfermedad, discapacidad) que puedan particularizar el contexto vital de determinados herederos forzosos colocándolos en una situación desventajosa respecto de sus colegitimarios¹⁸.

Debe entenderse entonces que la persona con discapacidad o minusválida requiere de una tutela legal diferenciada en el ámbito sucesorio. Es necesario crear un

¹⁵ Ley 26.378. B.O. 09/06/2008. Art. 12: Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

¹⁶ Cfr.: ORLANDI, OLGA; “*Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI*”, en *Revista Derecho de Familia*, Nro. 53, marzo de 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, pag. 5 y ss; SALOMÓN, MARCELO; *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Ed. Alveroni, Córdoba 2011.

¹⁷ Cfr.: CORDOBA, MARCOS M., “*Las reformas en materia de sucesiones*”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*”, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012, p. 1105.

¹⁸ Cfr.: SALOMÓN, MARCELO J.; “*Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional*”, en *Revista Derecho de Familia*, Nro. 53, marzo 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, p. 54.

sistema de protección especial que contemple la situación de vulnerabilidad de las personas discapacitadas.

3. Algunas soluciones en el derecho comparado

En el derecho extranjero se observan diversas soluciones. Algunas flexibilizan las restricciones¹⁹ o admiten los alimentos postmórtem²⁰. Estas vías han sido requeridas por la doctrina nacional²¹, tanto en los aspectos sustanciales, como procesales.

Pasamos a analizar las diversas soluciones dadas en el derecho extranjero

3.1. En el derecho Español

El art. 49 de la Constitución Española establece que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y se los amparará especialmente. Esta manda busca que la igualdad entre personas con discapacidad y otros ciudadanos sea real y efectiva²².

No obstante constituir una especial obligación a cargo del Estado Español, se reconoce entre los fundamentos de la Ley 41/2003, la necesidad de que tal asistencia sea puesta a cargo de un patrimonio particular que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse.

Por lo tanto, en España se busca que los recursos económicos provengan de dos fuentes distintas: el Estado, (servicios públicos, beneficios fiscales o subvenciones específicas) y de la propia persona con discapacidad o de su familia.

La Ley 41/2003 dispone la creación de una masa patrimonial (sin personalidad jurídica propia) especialmente protegida para las personas con discapacidad (art. 1), que tiene por fin la satisfacción sus necesidades vitales y cuenta con un régimen de administración y supervisión específico.

Concretamente, en el derecho sucesorio, esta reforma trajo aparejado algunas modificaciones, que tienden a hacer efectiva la protección de las personas con discapacidad (art. 10) que se señalan.

a) Se añade un apartado 7 al art. 756 del CCiv. por el que se incorpora como causal de indignidad: la no prestación de las atenciones debidas a la persona con discapacidad

b) Se permite mejorar a la persona con discapacidad sobre el tercio que compone la legítima estricta, alterando así la regla de intangibilidad de ésta²³. Se faculta al testador a gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, siempre que ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (art. 782, 808 y 813 del

¹⁹ España. Ley 41/03 Patrimonio de afectación en España

²⁰ Ver en este artículo el apartado 4.6. Falta de regulación de los alimentos postmórtem.

²¹ XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar “Las familias y los desafíos sociales” Comisión: A1- “Familia, Personas y grupos vulnerables, violencias y Derechos Humanos” (23/11/2012). Ponencia: *El apoyo familiar: los discapacitados ante la muerte del cuidador y/o quien proveía a sus necesidades* Ponentes: Dra. Olga Orlandi; Ab. Susana Verplaetse. En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Tucumán 29 y 30 de septiembre y 1º de octubre 2011- En la comisión Nº 7: Sucesiones, se votó por unanimidad: “*Merece atención el debido resguardo de los derechos de las personas vulnerables, entre otras, los menores, las personas con discapacidad, los adultos mayores*”. CÓRDOBA, MARCOS M., “*Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados*” LL 28/03/2011, 1.

²² Art. 9.2 de la Constitución Española

²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, RODRIGO, *La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, BIB 2003\1448, Aranzadi Civil-Mercantil nº 16/2003 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003.

CCiv. Español)²⁴. En España, la legítima de los hijos está compuesta por las dos terceras partes de los bienes de la madre y el padre (art. 808, CCiv.), siendo el restante tercio de libre disposición (art. 808, CCiv.). El Código permite mejorar los hijos o descendientes con un tercio de los dos que componen la legítima (art. 808, CCiv.). El tercio restante es la llamada legítima estricta. Esta reforma importa, en lo esencial, que sobre esta legítima estricta se pueda “constituir la sustitución fideicomisaria, como una mejora, un plus, a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente, además de poder disponer de la otra parte también como mejora”²⁵.

c) Se protege el derecho de habitación de la persona con discapacidad: se reforma el art. 822 del CCiv., estableciendo que la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario - persona con discapacidad - no se computará para el cálculo de las legítimas si al momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. El derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero no se podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

d) Se reforma el art. 831 CCiv., facultándose al cónyuge - en testamento - para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

e) Se agrega el segundo párrafo al art. 1041 CCiv. por el que se establece que no estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

El patrimonio no es susceptible de reducción, ni por lesionar la legítima del propio discapacitado, siempre que se encuentre dotado de bienes suficientes para atender sus exigencias de cuidado, manutención y sostén, ni por lesionar la legítima de los demás coherederos y que los bienes del trust no sean manifiestamente excesivos para satisfacer las exigencias del discapacitado y mientras que no se extinga el trust (cuya duración no puede ser inferior a la vida del beneficiado)²⁶.

Más allá de las ventajas que acarrea la creación de este patrimonio de afectación, desde la doctrina se destaca que su escasa utilización obedece a lo poco “atractivo” que resulta ser en materia fiscal y el excesivo tecnicismo de la figura²⁷.

3.2. En el derecho cubano

²⁴ Se entendió que “al margen de las limitaciones establecidas por la Ley 41/2003 en orden a su utilización, la sustitución fideicomisaria se caracteriza por la existencia de una doble institución hereditaria con orden sucesivo, y para poder gravar el tercio de legítima estricta la ley exige que la condición de fiduciario recaiga sobre el hijo o descendiente judicialmente incapacitado (a través de su representante legal), el cual va a disfrutar como heredero o legatario del derecho de goce sobre los bienes hasta el momento en que deba producirse la delación fideicomisaria. MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA, “*El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad*” (RCL 2003, 2695): *¿Un acercamiento al trust?*, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 612. BIB 2004\90, n.º 612, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004.

²⁵ FERRER, FRANCISCO, “*Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código*”, LA LEY 25/10/2012, 25/10/2012, 1.

²⁶ MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA, Cit. n.º 612.

²⁷ GALLEGO PERAGÓN, JOSÉ MANUEL, “*La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada*”, BIB 2011\77, Publicación: Quincena Fiscal Aranzadi n.º 3/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

Se consagra una legítima calificada en aras a la protección de ciertos herederos, denominados como “herederos especialmente protegidos”. Para entrar dentro de esta protección el heredero del causante debe cumplir tres requisitos fundamentales, el vínculo parental – ascendiente o descendiente - o conyugal, la dependencia económica al causante y observar imposibilidad de trabajar. En cuanto a estos requisitos se dice que los mismos han sido esculpidos a través del sentido jurisprudencial a ellos atribuidos, y en el que a pesar de cierto emparentamiento con las personas con discapacidad, las dimensiones que el legislador cubano le da a los herederos especialmente protegidos no coincide en todos sus ángulos con el de las personas con discapacidad, si bien sería atinado un acercamiento, al menos vía jurisprudencial, en este orden²⁸.

3.3. Los alimentos postmórtem

En materia alimentaria, según la teoría tradicional, la deuda familiar por alimentos tiene carácter personalísimo, *intuitu personae* y, por ende, resulta intransmisible por causa de muerte del obligado. No obstante, se observa que estos principios doctrinarios van siendo dejados de lado en el derecho de varios países y es así como la institución alimentaria va adquiriendo características novedosas que se apartan de los principios tradicionales. Los alimentos familiares postmórtem aparecen en algunas legislaciones sustituyendo a la legítima y en otras complementándola.

Entre las regulaciones que consagran la intransmisibilidad de los alimentos por causa de muerte e instituyen la legítima hereditaria, podemos mencionar: el Código Civil argentino, que no admite la transmisión de los alimentos por actos entre vivos o por muerte del acreedor o deudor; la legislación de Bolivia (art. 26, Código de Familia), y la de Paraguay (art. 263, Código Civil), entre otros.

Consagran la obligación de proveer alimentos después de la muerte del causante los Códigos Civiles de: Quebec (arts. 684 a 686), Chile (art. 1167 y 1168), Colombia (arts. 1127 a 1229), Honduras (art. 1149), Nicaragua (arts. 1198 a 1200), Costa Rica (art. 595), Panamá (art. 386, Código de Familia, y 778, Código Civil), El Salvador (art. 1141, inc. 1), Guatemala (art. 936), México (art. 1368 a 1376), Uruguay (art. 871)²⁹.

El nuevo Código Civil de Aragón³⁰ regula el derecho a alimentos. Los legitimarios de grado preferente que al hacerse efectivas las disposiciones sucesorias estén en situación legal de pedir alimentos podrán reclamar los que les corresponderían como descendientes del causante, de los sucesores de éste, en proporción a los bienes recibidos. Estos derechos de alimentos solo procederán en la medida en que no esté obligado a prestarlos el viudo usufructuario o los parientes del alimentista conforme a la legislación general (art. 515).

²⁸ Cfr. PEREZ GALLARDO; LEONARDO B.; “*Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial*”; en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año 3, Número 3, (abril) 2011, p.163.

²⁹ Ver: ORLANDI; OLGA E.; “*La Legítima y sus Modos de Protección*”. Ed. Abeledo Perrot. 2010. p.56 y ss. y “*¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima?*” JA 2006-III-1034 - Lexis Nº 0003/012725

³⁰ Nuevo Código Civil de Aragón. Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA de 29 de marzo de 2011).

<http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/noticia.asp?pkid=658948>. <http://www.iustel.com>

Ya en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Córdoba-Argentina (año 2009) se votó por unanimidad la propuesta de lege ferenda: “Deben regularse como asignación forzosa las prestaciones alimentarias post mortem”³¹.

Podemos observar que el derecho, de una u otra manera, trata de resguardar el interés familiar proyectando las obligaciones que se fundamentan en la solidaridad familiar para después de la muerte de alguno de sus miembros. En algunos casos el legislador lo hace con patrones fijos, en otros fundado en necesidades concretas³².

Como conclusión, podemos afirmar que se advierte una tendencia en el derecho a la flexibilización a las restricciones de orden público en materia sucesoria, además de priorizar el derecho a alimentos y habitación.

4. Los cambios propuestos en el Proyecto de Código Civil Argentino (2012)

El Proyecto de modificación Civil y Comercial 2012 amplía la protección a las personas con capacidad disminuida. Se anota en la tendencia moderna de reformar en algunos aspectos la normativa sucesoria e introduce con ese objetivo excepciones a sus disposiciones imperativas³³.

La reformulación de todo el régimen de capacidad de las personas (arts. 22/47), ha trascendido directamente en el tema de la capacidad para testar (art. 2467 incs. c), d) y e). También se ha ampliado las causales de indignidad sucesoria, y ha introducido excepciones al principio de intangibilidad de la legítima en beneficio de las personas discapacitadas (mejora especial a favor de un heredero forzoso discapacitado, por disposición testamentaria de mejora o mediante un fideicomiso testamentario, arts. 2448 y 2493). La tutela propuesta abarca aspectos que pasamos a sintetizar.

4.1. Indignidad sucesoria

Se amplían las causales de indignidad que trascienden en relación a las personas con discapacidad, pues la norma del art. 3295 CCiv., es muy restrictiva³⁴.

El art. 2281, inc. e) del Proyecto brinda una extensión significativamente mayor a la causal resultando lo suficientemente amplia como para comprender todos los

³¹ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil – Córdoba, setiembre 2009 – Comisión Sucesiones: “Indignidad, desheredación y legítima. www.derechocivilcba.com.ar

³² LLOVERAS, NORA - ORLANDI, OLGA - VERPLAETSE, SUSANA, “*Los alimentos frente a la colación y la reducción*”, Lexis Nexis JA del 17/4/02, JA 2002-II, Fasc. N° 3; ORLANDI; OLGA E.; *La Legítima y sus Modos de Protección cit.* p. 56 y ss. “*Los alimentos frente a la colación y la reducción*”, ponencia presentada en las XVIII . Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs As, 2001. ORLANDI, OLGA; EPPSTEIN, CONSTANZA; MUZIO, FLORENCIA . XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - V Congreso Nacional de Derecho Civil – Córdoba, setiembre de 2009 - Comisión de Sucesiones: “Indignidad, desheredación y legítima. Libro de ponencias N° 4. Advocatus 2009. p. 91. y www.derechocivilcba.com.ar. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil- Tucumán 29 y 30 de septiembre y 1° de octubre 2011- En la comisión N° 7: Sucesiones. LLOVERAS; NORA, ORLANDI; OLGA, KOWALENKO; ANDREA S.; “*La indivisión hereditaria y la legítima*”. C7-012. www.derechocivil2011.com.ar

³³ FERRER, FRANCISCO; “*Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código*”. LA LEY 25/10/2012, 25/10/2012, 1. MILLÁN, FERNANDO; *El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad* DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 245. MERLO, LEANDRO MARTÍN, “*La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial*”. DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 253

³⁴ Según este precepto es indigno de suceder al causante "el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo o hacerlo recoger en establecimiento público". La exigencia de que en el causante deban reunirse conjuntamente ambas condiciones, demente y abandonado, para configurar la causal, es considerada excesiva.

supuestos en que, debido a su discapacidad o disminución de sus capacidades físicas o mentales, la persona no puede valerse por sí misma, y su cónyuge o pariente en grado sucesible no le prestan la asistencia alimentaria debida o no la hacen recoger en un establecimiento adecuado, en cuyo caso incurrirán en causal de indignidad sucesoria.

4.2. Capacidad para testar de las personas con discapacidad

En el Código Civil de Vélez en los arts. 3615 y 3616 requieren para testar "perfecta razón" o "completa razón". Estas dos normas generaron debates: por un lado, no hay acuerdo respecto al alcance de las expresiones y si se alude solo a los dementes de hecho, o comprende también a los declarados judicialmente³⁵.

Al estar el régimen de capacidad de las personas en el Código Civil vigente atado a categorías extremas (capaz/incapaz) se crea situaciones injustas en materia testamentaria que conculcan los derechos humanos de dichas personas al restringirlos más allá de lo que sea realmente necesario.

La ley de salud mental 26.657 del año 2010 reformó el régimen de incapacitación civil de los insanos mentales. Supone la adopción de un régimen gradual de la capacidad, partiendo siempre de la capacidad plena de la persona, por lo que cualquier afectación a la misma debe ser evaluada con criterio estricto y ser determinada expresamente por el juez en la sentencia. El sujeto goza de una situación genérica de capacidad, solo limitada por los actos jurídicos que no podrá realizar o que se limitan, ya que el juez debe especificar el ámbito de incompetencia dentro del cual el sujeto afectado no podrá actuar por su cuenta³⁶. Esta ley no derogó ni reformó los arts. 3615 y 3616 CCiv. Si el juez en la sentencia que resuelve sobre la capacidad de una persona no especifica, entre las limitaciones que determine, que no podrá testar, lo podrá hacer, en principio, válidamente. Aún cuando el juez establezca expresamente que no podrá testar, como sigue vigente el art. 3615, se puede sostener que podría hacerlo eficazmente durante un intervalo lúcido.

El Proyecto perfecciona y aclara esta materia al reformular el régimen de capacidad de las personas estableciendo un régimen de capacidad gradual (capacidad, capacidad restringida, incapacidad, arts. 31/47)³⁷.

³⁵ Ver comentario a dichos artículos en la obra: LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, "Código Civil Anotado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, t. V-C, p. 145 y ss.

³⁶ La ley 26.657 introdujo en el Código Civil el art. 152 ter: "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres -3- años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".

³⁷ La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, las limitaciones a la capacidad son siempre de carácter excepcional y se imponen en beneficio de la persona; la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario; la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades (art. 31). El juez puede: a) restringir la capacidad de una persona mayor de trece años, que padece adición o una alteración mental permanente o prolongada; o, b) declarar su incapacidad por causa de enfermedad mental. En ambos casos debe designar un curador, o los apoyos que resulten necesarios, y fijar sus funciones (art. 32). Si el juez considera que la persona está en condiciones de conservar su capacidad, debe declarar los límites o restricciones a la capacidad, y señalar los actos y funciones que no puede realizar por sí misma. Se aplican las reglas relativas a la tutela (art. 38). Se puede declarar la incapacidad de la persona cuando ésta se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 32, 2º párr). La sentencia se inscribe en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al margen de la partida de nacimiento (art. 39). Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia, realizados con posterioridad a la inscripción de la misma en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Los anteriores a dicha inscripción, son

Tales normas son aplicables a los testamentos en cuanto no sean alteradas por la normativa especial (art. 2463).

En relación a la capacidad para testar se establece que pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto (art. 2464), o sea, los mayores de dieciocho años (art. 25), salvo el menor de esa edad que se haya emancipado por matrimonio celebrado con autorización judicial (art. 27).

El art. 2467³⁸ enumera los supuestos en que el testamento es nulo o, en su caso, la disposición testamentaria.

Interpretando la norma resulta que el testador puede ser una persona plenamente capaz, o con capacidad restringida sin limitación para testar fijada por el juez a la que se le puede, no obstante, anular el testamento si se demuestra que cuando lo otorgó estaba en ese momento privado de razón.

Si la persona declarada judicialmente incapaz testa después de la inscripción de la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el testamento es nulo (arts. 44), pero podrá declararse su validez si lo ha hecho en un intervalo lúcido suficientemente prolongado como para asegurar que la enfermedad había cesado (art. 2467 inc. d). Lo mismo ocurrirá con el testamento de una persona con capacidad restringida, a la cual el juez haya determinado que no puede testar: el testamento será igualmente válido si lo otorgó en un momento de lucidez mental.

Es anulable el testamento otorgado por una persona declarada incapaz o con capacidad restringida para testar, otorgado luego de la sentencia que así lo dispone, pero antes de su inscripción (art. 45, inc. c), pero será válido si lo otorgó en un intervalo lúcido (art. 2467, inc. d).

El último supuesto mencionado (art. 2467 inc. e), comprende tanto al mudo como al sordomudo que no saben leer ni escribir que podrán testar por escritura pública con la participación de un intérprete en el acto, con lo cual se supera la imposibilidad absoluta de testar válidamente que tienen en el régimen hasta ahora vigente.

Las personas discapacitadas – en general – pueden testar bajo ciertas condiciones. Serán nulos los testamentos y disposiciones testamentarias- en general- realizadas por discapacitados que no comprendan el contenido del acto.

4.3. La aceptación de herencia por una persona incapaz o con capacidad restringida

La aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligar a éste al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que le sean atribuidos. Igual regla se aplica a la aceptación de la herencia por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia, o por su representante legal o convencional³⁹.

anulables si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumplen algunos de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito (arts. 44 y 45).

³⁸ Art. 2467 (PCC) Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria por .. c) haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar (prueba falta de razón a cargo del impugnante).. d) haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces ... e) ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto

³⁹ Art. 2297 (PCC).

4.4. Medidas de apoyo procesales

Se tiene en cuenta las medidas de apoyo procesales necesarias en el proceso sucesorio. La partición debe ser judicial si hay copartícipes incapaces o con capacidad restringida o ausentes (art. 2371 PCC)⁴⁰.

4.5. Legítima y discapacidad

a) La legítima

El sistema de legítimas constituye un régimen de equilibrio entre el principio de solidaridad familiar y protección económica de los familiares más próximos, constituyendo un límite a la libertad de testar. Implica una restricción a la libertad de disponer de los bienes para después de la muerte⁴¹.

Teniendo en cuenta los sujetos vulnerables, la flexibilización de la legítima, es un reclamo recurrente de la doctrina argentina mayoritaria⁴².

Desde el punto de vista cuantitativo, las postulaciones de flexibilización y reforma del sistema de legítimas está dirigido a disminuir el monto de las cuotas, ampliando la libertad de testar. Desde la perspectiva de la solidaridad familiar, cualitativamente, apunta a emplear las legítimas para tutelar a las personas con discapacidad.

b) La mejora del heredero con discapacidad

Ha sido siempre una preocupación dentro del ámbito familiar asegurar el futuro de las personas con discapacidad ante la muerte de las personas que proveían a su sostenimiento. Las restricciones a la libre disposición – legítima – constituyen una clara barrera para el logro de ese objetivo.

En su aspecto cuantitativo el Proyecto propone la reducción del monto de las cuotas legitimarias: para los descendientes es de 2/3; la de los ascendientes 1/2, igual que el cónyuge (art. 2445). La porción disponible, por lo tanto, es de un 1/3 en caso de concurrir descendientes, y de 1/2 si concurren ascendientes o cónyuge.

Desde una proyección cualitativa el art. 2448 del Proyecto posibilita la mejora **con 2/3** de la herencia a favor de heredero con discapacidad⁴³. Según el precepto “*el*

⁴⁰ Art. 2371 (PCC) - Partición judicial. La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

⁴¹ Los códigos latinoamericanos de la segunda generación (Bolivia, 1976; Perú, 1984; Paraguay, 1985; Brasil, 2002), han mantenido las legítimas, e igualmente las últimas reformas producidas en Francia en 2006, las cuales, si bien han flexibilizado el régimen, no se alteraron sus ejes estructurales. Tampoco se modificaron en las legislaciones española e italiana. En general se postula el mantenimiento del sistema legitimario. Cfr.: IEVA, MARCO; “*Divieto di patti successori e tutela dei legittimari*”, en DELLE MONACHE, STEFANO (a cura di): “*Tradizione e modernità nel diritto successorio*”, Cedam, Padova, 2007, p. 307.

⁴² Cfr.: Recomendaciones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, sept/09; y de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, oct/2011. 2) El Proyecto de 1998, proponía la reducción de las cuotas de legítimas (art. 2395: descendientes de 4/5 a 2/3; y ascendientes de 2/3 a la mitad), y además estableció en el art. 2397 que el testador puede constituir fideicomisos sobre bienes determinados aún cuando excedan de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad

⁴³ Art. 2448: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada,

causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. De acuerdo con la norma, en este supuesto el resto de los herederos forzosos gozarían del tercio restante de la herencia.

Esta propuesta, que se reafirma en el art 2493 relativo al fideicomiso testamentario, consagra una excepción a la inviolabilidad de la legítima (art. Art. 2447) que se funda en el principio de solidaridad y resulta muy positiva a la hora de asegurar el futuro de las personas con discapacidad ante la muerte de quien proveía a sus necesidades.

c) Modo de realizar la mejora

La mejora estricta puede ser realizada por cualquier medio, además del supuesto del fideicomiso especialmente contemplado por la norma.

La mejora procedería, por ejemplo, a través de un legado de bienes determinados (art. 2498) o de alimentos (art. 2509), de la cuota de mejora específicamente contemplada (1/3 de la legítima), determinando el goce de uso (art. 2154), usufructo (art. 2129) o habitación (art. 2158) de ciertos bienes, la indivisión forzosa de un bien (art. 2330) y cualquier otro beneficio que, limitado a la cuota que establece la norma, permita plasmar la voluntad del causante con el alcance tuitivo de aquélla.

d) Limitación a ascendientes y descendientes

Se permite que el causante mejore a su heredero ascendiente o descendiente, pero no se contempla al cónyuge. Respecto a éste podría acudir a medidas de protección relativas al hogar conyugal, derecho de habitación, etc.

La norma no es aplicable a otros órdenes parentales u otras personas con discapacidad que pudieran estar a cargo del causante.

e) Alcance del término “discapacidad”

En cuanto al termino "discapacidad" empleado, la norma aclara que entiende por tal 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.

Se contempla así una protección abarcativa que guarda armonía con: a) la CDPD⁴⁴; y b) con la ley 26.657 sobre salud mental⁴⁵.

El criterio objetivo para determinar la discapacidad viene impuesto por la decisión del causante, sea a través de un testamento válido o fideicomiso, no requiriendo acreditación de grado de discapacidad de ninguna índole, hecho que puede acarrear situaciones que generen cierta litigiosidad.

física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. Tutela de las personas discapacitadas y el testamento”.

⁴⁴ En Argentina se plasma en la Ley 26.378, donde se establece que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás

⁴⁵ La ley 26.657 sobre salud mental conceptualiza a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona.

Se requiere que el o los beneficiarios se hallen afectados por cualquier tipo de discapacidad en tanto que esta les produzca "desventajas considerables" en la faz familiar, social, educacional o laboral. Dispone la norma que tal discapacidad puede ser permanente o prolongada. La ley no exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, tampoco fija porcentuales mínimos en tales padecimientos.

El legitimario afectado, por vía de la acción pertinente, podrá requerir al juez del sucesorio la potestad de determinar la razonabilidad del beneficio en función del principio de inviolabilidad imperante en la materia (art. 2447)⁴⁶. No se ha previsto acción alguna para el supuesto donde el causante realice una mejora inspirada en la discapacidad del heredero, y el heredero goza de buena salud, o no llega a quedar inmerso en el concepto de discapacidad. Se entiende que los restantes legitimarios podrán hacerlo a través de las acciones de reducción y complemento contempladas. Tampoco se prevé el destino de los bienes que integran la mejora en caso de superarse la discapacidad.

f) Constitución de fideicomiso a favor de las personas con discapacidad

Se mantiene el principio de intangibilidad de la legítima, esto es, que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas, y si lo hace se tendrán por no escritas (art. 2447). En el art. 2448 autoriza una excepción a dicho principio: será válido el fideicomiso testamentario aún cuando el testador, para formarlo, le haya destinado bienes cuyo valor exceda el límite de la porción disponible, cuando ese fideicomiso se constituya en beneficio de un heredero forzoso con discapacidad, para mejorar su derecho hereditario

En materia de fideicomiso⁴⁷ se establece que también puede constituirse por testamento y este contrato podrá utilizarse para exteriorizar la mejora a favor del heredero con discapacidad (art. 2493)⁴⁸.

g) Colación y discapacidad

Se establece que los descendientes y el cónyuge supérstite están obligados a colacionar. También deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles las ventajas particulares, excepto dispensa y la mejora dispuesta para el heredero con capacidad restringida.

4.6.Falta de regulación de los alimentos postmórtem

⁴⁶ AMARANTE, ANTONIO ARMANDO; *Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial*, DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165

⁴⁷ Cfr.: FERRER, FRANCISCO A. M., "El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio", J.A. 1999-III-1038, y "Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 198 y ss. COBACHO GOMEZ, JOSÉ A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", en Rebolledo Varela, Angel Luis (coordinador): *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 359, y ss. MONJE BALMASEDA, OSCAR; *Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a la sustituciones testamentarias*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 527 y ss. MEDINA, GRACIELA - MADERNA ETCHEGARAY, HORACIO, "El fideicomiso testamentario en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998", J.A. 1999-III-1066.

⁴⁸ Art. 2493 (PCC): "El testador puede disponer un fideicomiso testamentario sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8va., Cap. 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el art. 2448".

En materia alimentaria – en Argentina -, según la teoría tradicional, la deuda familiar por alimentos tiene carácter personalísimo, *intuito personae* y, por ende, resulta intransmisible por causa de muerte del obligado. No obstante, se observa que estos principios doctrinarios van siendo dejados de lado y es así como la institución alimentaria va adquiriendo características novedosas que se apartan de los principios tradicionales. Esto es lo que sucede con los alimentos familiares postmórtem que aparecen en leyes de numerosos países, en algunas sustituyendo a la legítima y en otras complementándola⁴⁹.

El derecho de esta manera trata de resguardar el interés familiar proyectando las obligaciones que se fundamentan en la solidaridad familiar para después de la muerte de alguno de sus miembros. Sin embargo, esta interesante veta de protección a las personas con discapacidad no ha sido incluida en el PCC⁵⁰.

4.7. Protección específica para la vivienda de los discapacitados

La casa vivienda aparece como un tema central para el discapacitado, pues la discapacidad trasciende en la dificultad para ingresar al mercado laboral. Si bien es cierto que en algunos casos de hecho se le permite continuar habitando el inmueble, e otros, los mas frecuentes, no ocurre lo mismo.

El causante puede realizar un legado de uso, habitación o usufructo al discapacitado.

Por la indivisión forzosa contemplada en el Proyecto en los arts. 2330 a 2334, no obtendría protección directa respecto a la vivienda. La solución aparecería por medio de un pacto de indivisión de los herederos, y solo hasta diez años que debe ser homologado si existen herederos incapaces o con capacidad restringida (art. 2331).

La solución debería abarcar un tratamiento prohibitivo de la partición y/o de la ejecución de la vivienda donde habita el discapacitado. Tal vez el derecho real de la habitación, vitalicio, sería la figura acorde a tal objetivo.

No obstante la regulación referida en materia sucesoria deberá tenerse presente lo estipulado en el Proyecto⁵¹ en cuanto podrá afectarse la vivienda por acto de última voluntad o el juez de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 245).

5. Conclusiones

1. Un nuevo modelo de discapacidad

1.1. Incorporación legal

La ley 26378, concentra en el ordenamiento argentino la CDPD, que importa la adopción de un nuevo paradigma en materia de tutela a las personas con discapacidad.

1.2. El modelo social de discapacidad

El denominado “modelo social”, obliga a los Estados, a reemplazar viejas prácticas sustitutivas de la voluntad de la persona, por otras que conllevan al respeto por la

⁴⁹ Entre las regulaciones que consagran la intransmisibilidad de los alimentos por causa de muerte e instituyen la legítima hereditaria, podemos mencionar: el Código Civil argentino, que no admite la transmisión por actos entre vivos o muerte del acreedor o deudor de los alimentos; la legislación de Bolivia (art. 26, Código de Familia), y la de Paraguay (art. 263, Código Civil), entre otros. Consagran la obligación de proveer alimentos después de la muerte del causante, entre otras, los Códigos Civiles de: Québec (arts. 684 a 686), Chile (art. 1167 y 1168), Colombia (arts. 1127 a 1229), Honduras (art. 1149), Nicaragua (arts. 1198 a 1200), Costa Rica (art. 595), Panamá (art. 386, Código de Familia, y 778, Código Civil), El Salvador (art. 1141, inc. 1), Guatemala (art. 936), México (art. 1368 a 1376), Uruguay (art. 871)

⁵⁰ Ver nota 32

⁵¹ Libro I; Título III: Bienes; Capítulo 3: Viviendas, arts. 244 a 256.

autonomía de la persona con discapacidad, y se materializan en medidas de apoyo, asistencia y asesoramiento.

2. Tutela de las personas con discapacidad en el derecho sucesorio

Se tiende a la protección de la persona con discapacidad luego de producida la muerte del causante, quien a veces representa la figura del cuidador/a y proveen su sustento.

2.1. Los límites

Las limitaciones al poder de disposición y las restricciones a pactos sucesorios en los sistemas sucesorios tradicionales traen como consecuencia que se vea seriamente limitados la realización de acuerdos o disposiciones testamentarias tendientes a proteger a los sujetos con discapacidad.

2.2. Las tendencias a la tutela en el derecho sucesorio comparado

Algunos países ostentan soluciones interesantes respecto a la tutela de los discapacitados en el derecho sucesorio.

La tendencia legislativa en materia sucesoria - en relación a las personas con discapacidad - apunta a la flexibilización de las restricciones de orden público y a la concreción de una protección que comprenda el derecho a alimentos y a la vivienda.

2.3. Fundamentos y alcances de la tutela

Las personas con discapacidad o con capacidad restringidas requieren de una protección especial en el derecho sucesorio que comprenda: medidas de apoyo procesales, posibilidad de mejora, alimentos postmórtem a cargo de la sucesión cuando el discapacitado dependía económicamente del causante y no existe otro obligado a su prestación.

El sistema sucesorio debe dar respuesta al heredero con discapacidad, a través de instituciones que permitan una mejora patrimonial (mejora para el heredero con discapacidad), un sostén periódico (alimentos post mortem), o el derecho a continuar con el uso y goce de la vivienda única, entre otras.

3. Los cambios propuestos en el Proyecto de Código Civil Argentino (2012)

El Proyecto amplía la protección a las personas con capacidad disminuida.

Reformula todo el régimen de capacidad de las personas (arts. 22/47), que trasciende en la capacidad para testar (art. 2467 incs. c), d) y e). Amplia las causales de indignidad sucesoria, y ha introducido excepciones al principio de intangibilidad de la legítima en beneficio de las personas discapacitadas (mejora especial a favor de un heredero forzoso discapacitado, por disposición testamentaria de mejora o mediante un fideicomiso testamentario, arts. 2448 y 2493).

No contempla los alimentos post mortem, que podrían ser efectivos instrumentos a fin de mejorar la situación patrimonial de la persona que era sostenida por el causante.

En gran medida en el Proyecto, la tutela de la persona discapacitada depende de la previsión del causante hecha por testamento.

4. Una tutela efectiva que no solo dependa de las previsiones del causante

De acuerdo al compromiso estatal que emana de la CDPD el derecho sucesorio argentino debe prever una protección especial para las personas con discapacidad, a fin de garantizar los derechos de los discapacitados, su bienestar, asistencia e integración.

Las normas que tutelan los derechos de las personas con discapacidad no sólo deben depender de la previsión del causante. Se deben implementar vías legales que protejan a las personas con discapacidad cuando quien proveía a su sustento no lo ha previsto en vida o por testamento.

BIBLIOGRAFÍA

- AMARANTE, ANTONIO ARMANDO; “Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. En DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, RODRIGO, *La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*, BIB 2003\1448, Aranzadi Civil-Mercantil nº 16/2003 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003.
- COBACHO GOMEZ, JOSÉ A., “La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado”, en Rebolledo Varela, Angel Luis (coordinador): *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 359, y ss.
- CÓRDOBA, MARCOS M., “Las reformas en materia de sucesiones”, en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*”, Abeledo Perrot, Bs. As. 2012, p. 1105. “Derecho sucesorio. Normas jurídicas que atiendan a los discapacitados” LL 28/03/2011, 1.
- FERRER, FRANCISCO A. M., “El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio”, J.A. 1999-III-1038, y “Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 198 y ss. *Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código*”, LA LEY 25/10/2012, 25/10/2012, 1.
- GALLEGO PERAGÓN, JOSÉ MANUEL, “La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada”, BIB 2011\77, Publicación: Quincena Fiscal Aranzadi nº 3/2011 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.
- IEVA, MARCO; “*Divietto di patti successori e tutela dei legittimari*”, en DELLE MONACHE, STEFANO (a cura di): “*Tradizione e modernità nel diritto successorio*”, Cedam, Padova, 2007, p. 307.
- JARA ANDREU, ANTONIO, “Derecho Constitucional. Estado Social, Orden Jurídico e Integración Social”, en Alcáin Martínez, Esperanza, González - Badía Fraga, Juan y Molina Fernández, Carmen (Coordinación), *Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada 2006
- LLOVERAS, NORA - ORLANDI, OLGA - VERPLAETSE, SUSANA, “Los alimentos frente a la colación y la reducción”, Lexis Nexis JA del 17/4/02, JA 2002-II, Fasc. Nº 3.
- MARTÍN SANTISTEBAN, SONIA, “El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad” (RCL 2003, 2695): *¿Un acercamiento al trust?*, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 612. BIB 2004\90, nº. 612, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004.
- MERLO, LEANDRO MARTÍN, “La mejora estricta para los herederos con discapacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. En DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 253
- MILLÁN, FERNANDO; “El principio de solidaridad familiar como mejora a favor del heredero con discapacidad”. En DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, 245.
- MONJE BALMASEDA, OSCAR; *Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a las sustituciones testamentarias*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 527 y ss.
- MEDINA, GRACIELA - MADERNA ETCHEGARAY, HORACIO, “El fideicomiso testamentario en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998”, J.A. 1999-III-1066.
- ORLANDI, OLGA; ORLANDI, OLGA E.; *La Legítima y sus Modos de Protección*. Ed. Abeledo Perrot. 2010; “Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI, en *Revista Derecho de Familia*”, Nº. 53, marzo de 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, pag. 5 y ss. “¿Debe legitimarse el sistema sucesorio que consagra la legítima?” JA 2006-III-1034 - Lexis Nº 0003/012725
- PALACIOS, AGUSTINA; *El modelo social de Discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid
- PEREZ GALLARDO; LEONARDO B.; “Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial”; en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año 3, Número 3, (abril) 2011, p.163.
- SALOMÓN, MARCELO; *Legítima hereditaria y Constitución Nacional*, Ed. Alveroni, Córdoba 2011. “Derecho Sucesorio y legítima hereditaria: propuestas para su reformulación desde la Constitución Nacional”, en *Revista Derecho de Familia*, Nro. 53, marzo 2012, Directoras: Cecilia P. Grosman, Aída Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras, Ed. Abeledo Perrot, p. 54.