

Universidad Abierta Interamericana

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera: Abogacía

2020

"EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE EN LA MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD"

Tutor: Cutruneo Federico

Alumna: María Belén Trevisone

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: 24 de Septiembre de 2020

Teléfono: 3416116026

Correo electrónico: trevisonebelen@gmail.com

Agradecimientos

A mi **Papá** hermoso que ilumina los cielos, sé que está muy orgulloso de mí.

A mi **Mamá**, de quien recibo los abrazos más cálidos. Que cuido de mi hija miles de tardes y le brindó siempre todo el amor de abuela.

A mi marido, **Sergio**, el amor de mi vida. No pude haber elegido mejor compañero para caminar. Siempre levantándome en los momentos difíciles y disfrutando juntos de tantas alegrías.

A mis queridas hermanas **Lis** y **Cele** que son pura luz y amor.

A mi amiga del alma **Silvina**, con quien reímos hasta llorar infinidad de veces.

A **Eve, Luciana, Mechi** y **Micaela**, con las que llevamos compartidos 24 años de amistad.

Por supuesto a mi tutor **Federico Cutruneo** por atender mis preguntas y responder a todas con tanta claridad.

Por último y la más importante, al amor más grande que existe en mi vida, a mi pequeña hija **Lourdes**. Ella es todo lo que está bien. Te amo hija.

No quiero olvidar agradecer a **Dios** por darme la vida y regalarme para transitar en ella a todas estas hermosas personas que mencioné y muchas otras más. Soy muy afortunada de tenerlos a todos, sería interminable mis agradecimientos si los nombrara.

Resumen.

El Código Civil y Comercial de la Nación, entrado en vigencia en agosto del 2015, contiene una serie de modificaciones en materia de derecho sucesorio significantes para nuestro ordenamiento jurídico. Una de ellas se encuentra en el artículo 2448, incorporando la mejora a favor del heredero con discapacidad. Su contenido resulta de gran importancia para aquellos que desean proteger a sus parientes con discapacidad para después de su muerte.

El artículo en cuestión pone un límite a quienes se puede mejorar. Dando la posibilidad de hacerlo a ascendientes y descendientes, excluyendo de la mejora al cónyuge supérstite. Poniéndolo de esta forma en un plano de desigualdad frente a los otros herederos legitimarios.

Con el presente trabajo de investigación se pretende analizar dicha exclusión mediante el estudio del instituto de la legítima.

Reconocer la necesidad que tenemos de que el derecho se ocupe en forma discriminada de otorgarles protección a las personas con discapacidad.

El presente estudio se desarrollará en seis capítulos.

En el **Capítulo Primero** se abordará la temática de sucesiones en general. Se realizará un recorrido histórico de la gestación de la legítima con el fin de delimitar correctamente la materia y más específicamente la problemática abordada.

En el **Capítulo Segundo s**e desarrollará el llamamiento por parte de la ley a la herencia. Analizaremos los artículos 2424 al 2430 del Código Civil y Comercial de la Nación. Se verán cuáles son las medidas de protección con las que cuentan los herederos legitimarios.

En el **Capítulo Tercero s**e verá la mejora estricta propiamente dicha. Los antecedentes de la norma en cuestión. Entender cómo se lleva a cabo la mejora, quienes son beneficiarios de ella. Por último se analizará el principio de solidaridad familiar.

En el **Capítulo Cuarto** se conceptualizará a la discapacidad, desarrollando el marco legal de protección. Se verá la necesidad que tenemos como sociedad de que el derecho regule y resguarde los intereses de las personas con discapacidad y así comprender porque se encuentran dentro de lo que se denomina sector vulnerable.

En el **Capítulo Quinto** se abordará el impedimento que provoca el instituto bajo estudio, para que el causante pueda otorgar el beneficio de mejora estricta a su cónyuge con discapacidad como así también su supérstite poder recibir este beneficio. Del

mismo modo, se buscará poder analizar y comprender si el vacío legal que presenta el artículo 2448, estaría violando derechos y garantías constitucionales.

Finalmente en el **Capítulo Seis**, se hará una conclusión general del trabajo realizado y se desarrollará una propuesta.

Palabras claves: Sucesiones – legítima – mejora estricta – impedimento – discapacidad – cónyuge supérstite.

Estado de la cuestión.

El nuevo Código Civil y Comercial viene a reemplazar al viejo Código Civil de Vélez Sarsfield sancionado en 1869 cuya principal reforma fue en 1968.

Nace por voluntad de la ex presidente de la Nación Cristina Fernández de Kirchner, que en el año 2011 crea una comisión, para que llevara a cabo el proyecto, compuesta por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton y Aida Kemelmajer de Carlucci.

El nuevo código se aprobó a libro cerrado, se sanciono en diciembre 2014 y entro a regir el 1 de agosto del 2015.

Dentro de esta reforma trascendental, la que nos llama al presente trabajo de investigación es aquella realizada en el derecho sucesorio. El concepto del mismo no es independiente, por el contrario va de la mano al derecho de familia. Es por esto que se comenzara analizando cuales fueron aquellos cambios en el derecho de familia que repercuten en el derecho sucesorio. Los mismos son:

- La igualdad de los miembros del matrimonio.

Las mujeres somos exactamente iguales al hombre en el nuevo código civil y esto trae consecuencias en el derecho de sucesiones. Por ejemplo en el código anterior existía la figura de nuera viuda sin hijos. En ese entonces se pensaba en una mujer que había quedado viuda muy joven, desamparada, pero a los tiempos modernos esta figura queda sin sentido.

- El divorcio incausado.

En materia de divorcio hoy tenemos un divorcio exprés, más fácil de lograr. Todos somos iguales, ya no hay más culpables e inocentes. Su abolición impactó directamente ya que en el viejo código el culpable perdía los derechos sucesorios mientras que el inocente en el divorcio los mantenía.

- La posibilidad de pactar el régimen patrimonial matrimonial y los cambios al régimen de comunidad.

Los cónyuges al momento de la muerte cuando están unidos al régimen de comunidad tienen derecho al 50% de los bienes gananciales, como socios. Y además sobre los propios heredan como un hijo más. Si se pactó un régimen de separación de bienes solamente van a tener derechos sobre los bienes propios.

- Tercer tipo de filiación. Voluntad Procreacional.
- Nuevo procedimiento de adopción.

Desaparecen las desigualdades entre los hijos por adopción simple y los hijos por adopción plena.

Expresados los cambios en el derecho de familia, pasemos a ver como se encuentra regulada la materia de sucesiones en el Código Civil:

- Titulo I. Sucesiones
- Título II. Aceptación y renuncia de la herencia.
- Título III. Cesión de herencia.
- Título IV. Petición de herencia.
- Titulo V. Responsabilidad de los herederos y legatarios. Liquidación del pasivo.
- Titulo VI. Estado de indivisión.
- Título VII. Proceso sucesorio.
- Título VIII. Partición.
- Título IX. Sucesiones intestadas.
- Titulo X. Porción legitima.
- Título XI. Sucesiones testamentarias.

Una de las más grandes reformas que se producen en el derecho de sucesiones es que se disminuye el régimen de legítimas. Nuestro país tenía muy baja posibilidad de testar. Vélez partía de la idea de que todos los hijos son iguales y había que darles a todos por igual. Esta idea coartaba la libertad de testar por que había que dejarles 4/5 partes a los herederos forzosos, haciendo prácticamente imposible que el causante pudiera expresar su voluntad por medio de un testamento.

Pero no todos los herederos son iguales, si una familia tiene tres hijos y uno de ellos tiene síndrome de Down, es lógico que los padres quieran dejar mejor posicionado, a la hora de recibir la herencia, a este último.

Este código ha sido un poco más liberal y baja la legítima, de los 4/5 a las 2/3 partes, ampliando de este modo la porción de libre disponibilidad. Y no solo esto sino que incorpora la mejora en favor del heredero con discapacidad que permite a parte de dejarle ⅓ de la herencia darle ⅓ de la parte legítima.

El Dr. Ferrer y el Dr. Córdoba que fueron los que realizaron esta parte de la modificación del código solo tuvieron en cuenta poder mejorar a los ascendientes o los descendientes con discapacidad pero no pensaron en poder mejorar al cónyuge.

La mejora ya había sido contemplada en el anteproyecto de 1998 pero de forma diferente a la actual. Rezaba el artículo 2397: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, no son válidos. Pero puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun 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.”

En similar sentido, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la mayoría había postulado: "El testador puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun cuando excedan la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, siempre que sean beneficiarios todos sus herederos forzosos o un heredero incapaz, pudiendo durar hasta que cese la incapacidad o fallezca, o se cumpla el término de treinta años"

En estos antecedentes hay que destacar que en ellos la mejora en cuestión ha sido prevista para el heredero “incapaz” y únicamente a través de la constitución de un fideicomiso.

Ahora bien, es cierto que los cambios introducidos por el nuevo artículo 2448 son realmente trascendentales. Sin embargo, no menos cierto es que tales cambios de la norma en cuestión, al no mencionar al cónyuge supérstite discapacitado, lo excluye de la posibilidad de recibir el beneficio que aquella misma establece. Se trata de una omisión sin fundamento alguno; es decir, completamente injustificada.

Marco teórico.

La existencia de la transmisión mortis causa, de la cual se ocupa el derecho sucesorio, regula la transmisión de los bienes y derechos que pertenecían al causante.

Esta transmisión tiene como base la seguridad jurídica en primer lugar y en segundo la protección y la estabilidad de las relaciones de familia.

La muerte de una persona causa la apertura de la sucesión tal como lo dice el artículo 2277 del Código Civil y Comercial de la Nación: "Apertura de la sucesión. La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la trasmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone solo parcialmente de los bienes el resto de la herencia se defiere por la ley.

La herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen con la muerte"

El artículo mencionado anteriormente deja asentado cuales son las formas en que se puede ser llamado a suceder, es decir los dos régimen sucesorios que tenemos en Argentina: el legítimo y el testamentario. Con la posibilidad de coexistencia entre ambos.

El presente trabajo de investigación solo se ocupara de desarrollar las sucesiones intestadas. Por lo mismo se hará mención del artículo 2424 del Código Civil y Comercial de la Nación el cual se ocupa de determinar a los herederos legítimos, aquellos llamado a suceder por ley. Estos son: a) ascendientes, b) descendientes, c) cónyuge y d) los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados.

Dentro de los herederos legítimos tenemos a los legitimarios (también conocidos como herederos forzosos). La diferencia fundamental entre herederos legitimarios y legítimos consiste en que los primeros tienen un llamamiento imperativo en la sucesión

del causante, mientras que lo segundo tienen vocación sucesorio prevista por la ley en defecto de la voluntad del causante.

Los herederos legitimarios son los descendientes, ascendientes y cónyuge. A los que no se los puede privar de la porción legítima por testamento o por actos de disposición entre vivos a título gratuito.

Como podemos ver nuestro sistema sucesorio contiene normas de orden público que restringen la voluntad del causante.

Dentro de la última reforma, el código trato de flexibilizar esa restricción. Un ejemplo claro de ello es el artículo 2448: mejora a favor del heredero con discapacidad.

Existe una búsqueda continua de un equilibrio entre la voluntad humana y el orden público y de esto no queda fuera el derecho sucesorio que trata de aggiornarse a las necesidades sociales contemporáneas con responsabilidad y solidaridad.

Hay que destacar que el derecho siempre tiene un entrecruzamiento entre hasta donde debe llegar el principio de la autonomía de la voluntad, es decir cuanta libertad puede soportar el derecho, sin que esta libertad se convierta en un daño hacia los derechos de terceros.

Introducción.

La mejora regulada en el artículo 2448 es una novedad que incorpora el Código y posibilita de que al momento de la muerte, el causante pueda mejorar en la herencia al heredero que sufre discapacidad, poniendo de esta forma de manifiesto la necesidad que tenemos como sociedad de que el derecho regule y proteja a estas personas que no cuentan con los mismos recursos que el resto para valerse en la vida diaria y darles el espacio que por derecho les corresponde.

La tutela de una persona con discapacidad abarca un abanico importante de protección, apoyo y resguardo. Pero del tema a estudiar lo que interesa es ver la protección de este dentro del derecho sucesorio.

Este grupo de personas o sector se denominan personas vulnerables y es por esto que nuestro sistema se ocupa en forma diferenciada de ellos a la hora de que la persona que los sustentaba fallezca.

El artículo en cuestión pone un límite a quienes se puede mejorar. Dando la posibilidad de hacerlo a ascendientes y descendientes, excluyendo sin justificación

poder mejorar al cónyuge supérstite, a pesar, de contar este, con alguna discapacidad. Si bien es cierto que este ya goza de medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no es menos cierto que ella alcanza a todo cónyuge independientemente de que este cuente con alguna discapacidad o no.

La mejora tiene como bandera la solidaridad, no todos somos iguales y no todos tenemos las mismas necesidades ni las mismas herramientas para valernos.

Pero nuestros legisladores dejaron fuera al cónyuge, que si sufriere alguna discapacidad, es hasta probable que necesite más o tanto como un hijo/a o un padre o madre la mejora. Además sin perder de vista que el cónyuge ha sido un compañero colaborador necesario en el proyecto de vida familiar.

Dicha omisión contradice directamente el "espíritu" de la norma, dado por el principio de solidaridad familiar, que se supone tuvieron en cuenta los juristas al redactarla.

Imposible sería comenzar la investigación sin reconocer que en nuestra sociedad la familia que cada uno de nosotros formamos, cualquiera sea la estructura que adopte, y aquella familia en las que nos toca nacer, es base en la forma de vida que tenemos, núcleo importante en la organización de la sociedad.

Cada familia con sus normas de convivencia, su ideología, un lugar de intercambio de sentimientos y valores éticos que nos forman y hacen a cada uno de sus integrantes.

Nuestro derecho tuvo siempre en mira la defensa de la familia y con ella viene de la mano que busque dentro de su normativa protegerla estableciendo derechos y deberes recíprocos entre sus integrantes.

Pero no sólo se ocupa de este resguardo el derecho de familia sino que también lo hace el derecho sucesorio buscando en la figura de los herederos determinar a quién o a quienes y de qué modo se va a continuar con las relaciones jurídicas que quedan vacantes en caso de muerte de su titular.

A los fines de ratificar esta postura se propone en el presente trabajo de investigación los siguientes objetivos:

General:

- Analizar la exclusión del cónyuge en la mejora estricta del artículo 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

<u>Específicos</u>:

- Determinar la estructura de la sucesión intestada
- Conocer el origen de la legítima.
- Determinar la autonomía de la voluntad del causante.
- Describir la figura de la persona con discapacidad.
- Establecer si la exclusión del cónyuge de la mejora estricta es inconstitucional.
- Analizar el concepto de solidaridad familiar y determinar si con la exclusión del cónyuge se lo daña.

CAPÍTULO I

"CONCEPTOS PREVIOS"

Sumario: 1. Introducción. **2.** Concepto de Sucesión. **3.** Clases de Sucesiones. **4.** Origen de la legítima. **5.** Derecho romano. **6.** Reseña histórica de la vocación hereditaria del cónyuge. **7**. Conclusión parcial

1. Introducción.

En el presente capítulo, se realizarán algunas aclaraciones conceptuales en materia de sucesiones. También se hará un recorrido histórico para comprender el inicio de lo que hoy llamamos herederos legítimos.

2. Concepto de sucesión.

El derecho de sucesiones estudia la transmisión de los derechos por causa de muerte a título universal y las adquisiciones a título particular, con todas las regulaciones y efectos que determina el ordenamiento jurídico. Tiene por objeto la sucesión en las relaciones jurídico - privadas que tenía el causante, regulando especialmente quien va a continuar esas relaciones jurídicas, y de qué modo.

Gramaticalmente suceder significa reemplazar, sustituir, suplantar, continuar.

Para comprender su significado se citarán tres definiciones, una dada por Zannoni, otra por Borda y por último la que otorgaba el Código Civil derogado.

Expresa Zannoni, (1999):

Con el término sucesión -del latín: successio- se designan todos aquellos supuestos en que se produce el cambio o sustitución de uno o más sujetos de una relación jurídica, o de un conjunto de relaciones jurídicas, en vir-tud de una transferencia o transmisión: cesión, enajenación, et-cétera. La sucesión, de tal modo, provoca una modificación subjetiva de la relación jurídica aunque queda inalterado, en principio, su contenido y su objeto. (p.1)

Borda, (2008):

La definición jurídica es continuar el derecho de que otro era titular. Una transmisión se ha operado; el derecho que pertenecía a uno ha pasado a otro. (p.1)

Por último el Código derogado contenía una definición en su artículo 3279:

"La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero en este Código."

El actual Código Civil no posee una definición sino que marca en su articulado el momento de la apertura de la sucesión, es decir el hecho generador de la misma, la muerte de la real o presunta.

La muerte es el hecho jurídico que causa, en el mismo instante en que se produce, la apertura legal de la sucesión de la persona fallecida y la transmisión de la herencia a los llamados a sucederle.

La transmisión de los derechos y obligaciones, desencadenada por la muerte del titular del patrimonio por disposición de la ley, se produce de pleno derecho, en el mismo instante de su muerte; desde ese momento el heredero adquiere la propiedad de la herencia, aun cuando fuese incapaz o ignorase que la sucesión se le ha deferido. Ello implica que los derechos y los bienes del causante no quedan ni un solo momento sin titular.

3. Clases de sucesiones.

En nuestro ordenamiento existen dos clases de sucesiones: las intestadas o las testamentarias. Ambas pueden coexistir frente a un mismo causante y obedecen a principios diferentes.

La primera, las intestadas, es aquella que la ley defiere a los parientes más próximos de acuerdo a un orden que ella misma establece. El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) las regula en su artículo 2424: "Heredero legítimo. Las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados."

Las segundas, las sucesiones testamentarias, se basan en la voluntad del difunto expresada en el testamento. Artículo 2462 CCyCN: "Testamento. Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las

porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales.”

En nuestro sistema el testador carece de facultad para disponer libremente de sus bienes. La ley reserva a los parientes en línea recta y al cónyuge una porción legítima, que varía según el parentesco y de la cual aquel no puede disponer. Cuando no hay herederos forzosos el testador tiene libertad para distribuir sus bienes como mejor le plazca. Si no lo hace la misma ley, interpretando su voluntad, adjudica su patrimonio a sus parientes en determinado orden y hasta el cuarto grado.

4. Origen de la legítima.

En el análisis de la institución de la legítima, cobra especial importancia el enfoque histórico del derecho. La descripción de la evolución de lo que hoy conocemos como derecho sucesorio y de la institución de la legítima sólo puede ser captada históricamente si se lo enmarca dentro del contexto social y jurídico de cada época. De acuerdo con la función jurídica atribuida a la familia y la propiedad ha dependido la regulación legal que, en diversas épocas y lugares, se ha dado a la transmisión de los bienes para después de la muerte. La transmisión sucesoria ha operado a través de los tiempos según lo establecido por la ley, transmisión ab intestato o intestada, o por voluntad expresa del causante: sucesión testamentaria. El predominio de la libertad testamentaria o de la sucesión impuesta por ley con la consagración de la legítima varió desde el derecho antiguo.

Basándonos en el abogado y escritor Ovsejevich, existen cuatro derechos antiguos e importantes donde empieza a gestarse el derecho sucesorio y la legítima, de los cuales solo nos limitaremos a mencionarlos: el Hindú a Manú, el babilónico a Hammurabi, el hebreo a Moisés y el griego a Solón. Esas legislaciones que forman el derecho primitivo se caracterizaron por una mezcla de reglas jurídicas con las religiosas, morales, filosóficas y sociales.

Luego entrarnos como segunda parte al derecho romano en donde la institución de la legítima, gracias a sus pensadores y jurisconsultos, adquiere su verdadero significado y así llega a nuestros días.

Pero el derecho primitivo no concebía a la legítima como un derecho sucesorio stricto sensu, sino como un derecho personal y directo sobre los bienes a favor del heredero. Lo que recibía el heredero no era la propiedad del patrimonio del causante, sino la administración y el ejercicio de la calidad de propietario. Primaba la concepción de propiedad colectiva en función del grupo familiar. La administración la ejercía uno que era el patriarca o jefe de grupo pero pertenecía a todos los integrantes del grupo. La transmisión de bienes por causa de muerte se concebía como un medio para lograr la comunidad de la familia.

Esa propiedad colectiva con el transcurso de los siglos se fue transformando, y llegó a convertirse en la propiedad privada del administrador aunque no alcanzó sobre ella un dominio absoluto.

La evolución del Derecho primitivo, se encuentra marcada por tres elementos políticos y sucesivos: familia, ciudad e individuo. Originariamente la ciudad la componían las familias que tenían cada una su propio derecho, al cual se sometían sus miembros. Posteriormente la ciudad subordino a la familia, y por último el individuo fue el que predominó (Ovsejevich, 1964).

En este estado de progreso de la humanidad es cuando se produce la usurpación por parte del patriarca de los bienes de la familia, dejando de ser administrador para ser el dueño de los mismos. Ahí se encuentra el origen de la propiedad individual. Y ante la necesidad que siente de disponer libremente de los bienes se llega a la distinción entre los bienes propios, que eran los que provenían de la familia, de los bienes adquiridos que eran resultado de su trabajo. En un principio se le permitió la facultad de disponer de estos últimos en un grado pequeño, esta disposición se fue ampliando, hasta que llegó un momento en que dejando de lado por completo la concepción de la propiedad familiar, se fusionaron los bienes propios a los adquiridos, otorgándose al propietario un derecho de disposición completo sobre ambas clases de bienes. Es esta parte de la historia del derecho cuando se produce el nacimiento del testamento.

Pero aun cuando se haya llegado a la propiedad privada, ello no implicó borrar todo lo que había sido la propiedad colectiva, que siguió coexistiendo en todo lo referente a sus principios familiares

5. Derecho romano.

El derecho romano está dotado de creación jurídica, la cual se extiende hasta nuestros días. Al tomar su primer cuerpo homogéneo, la ley de las XII tablas (año 451 antes de cristo), se encuentra que sostiene los principios de propiedad individual, caracterizándolo con la fórmula: uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave suae rei, ita jus (lo que el padre disponga respecto de sus bienes y de la tutela de su hijo, sea observado como ley).

El derecho romano evolucionó mucho más rápido que los otros derechos contemporáneos. Así surge de un estudio histórico anterior a la legislación de las XII tablas, textos que comprueban que en el siglo X antes de Cristo, en lo que sería con el tiempo Roma, existían grupos de personas sujetos a la autoridad de un jefe, formando una familia. Este patriarca debía conservar los bienes dentro del grupo, prohibiéndose su enajenación por considerarlo copropiedad. Las familias formaban las gens, las que a su vez constituían las curias, estas las tribus, y luego el pueblo. Cuando según cuenta la leyenda Rómulo y Remos fundaron Roma, el grupo que prevalecía era la gens. Y es en tal momento que al asentarse en la ciudad, el pueblo deja de ser nómade para transformare en agrícola, con la consecuencia de comenzar la evolución hacia la desintegración del grupo y el surgimiento de la propiedad individual, al tomar el paterfamilias el poder dentro de la familia. Habiendo adquirido un desarrollo considerable la propiedad individual, es cuando surge la ley de las XII tablas, que termina por consagrarla expresamente. Como ella no podía romper repentinamente con el régimen que se venía aplicando había una disposición que establecía: Si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto, si adgnatus nec escit familiam habento (si moría intestado sin tener herederos sui, adquirían los bienes les agnados, y si tampoco había agnados, los gentiles). O sea que se seguía admitiendo la vocación sucesoria a favor de la gens.

Explica el Dr. Luis Ovsejevich (1964):

De la frase: Si intestato moritur surge la sucesión abintestato, y por eso en ella han visto ciertos civilistas el principio de que en el Derecho romano la sucesión testamentaria era la regla general, y la abintestato la excepción. Pero no es así, pues esta

última significó la admisión de la propiedad colectiva que rigió hasta la adopción del testamento. Sin duda que con anterioridad a éste, la sustitución de una persona por otra, para dirigir la propiedad colectiva, se realizaba sin ninguna forma. (p.14)

El testamento romano consistía en la elección que realizaba el paterfamilias entre sus hijos, con lo cual se conservaban los bienes dentro de la familia.

Una evolución posterior posibilitó que el causante ampliara su libertad de disponer, permitiendo desheredar a los hijos.

Durante los últimos años de la República romana, ante los avances del paterfamilias, con la libertad de disposición. La jurisprudencia de los tribunales, influenciada por la opinión de los jurisconsultos, admitió que cuando un testador sin causa legítima hubiese omitido o desheredado o atribuido una parte insignificante de la sucesión a uno de sus hijos, este podía impugnar el testamento como inoficioso (contra officium pietitatis factum) basándose en la falta de capacidad del testador al tiempo de otorgar el testamento, es decir alegando que no se encontraba en su sano juicio.

La acción para lograr la declaración de inoficiosidad en el caso en que el testador haya despojado de su derecho hereditario a los parientes más cercanos, era la querella inofficiosi testamente (querella de inoficiosidad). Pero para el caso que el testamento hubiera dejado una parte insignificante en relación a lo que hubiese correspondido en la sucesión abintestato, los tribunales de los centuvrios; que era jueces permanentes que administraban la justicia y se ocupaban de los procesos relativos al estado de las personas, la propiedad y sucesiones; debieron fijar la cuota que debía dejar el testador para que el officium pietitatis fuese cumplido.

Aquí es donde nace la legítima, con los caracteres actuales.

En un comienzo se hacía al arbitrio porque no existía cuota fija. Esto presentó grandes inconvenientes y con el tiempo se decidió que esa parte fuera fijada en un cuarto de los bienes que el heredero hubiese recogido en la sucesión abintestato, a esta porción se la llamó “la cuota legítima”.

Así Petit, (1964) define a la legítima como: “La parte que ciertos parientes deben haber recibido del testador para que no puedan atacar el testamento como inoficioso” (p.708)

Si había varios legitimarios esa parte se dividía entre ellos.

6. Reseña histórica de la vocación hereditaria del cónyuge.

La formación histórica del derecho hereditario del cónyuge en la Argentina, comienza a gestarse por el impulso de distintos factores: la concepción de la vocación hereditaria entre esposos nació de una fundamentación ética y económica, emanada de la necesidad de contemplar la situación creada, por el hecho, de que la mayor parte de las fortunas se formaban por la obra y el esfuerzo común de los esposos, y los bienes gananciales tenían y tienen en las sucesiones una importancia muchísimo mayor que la de los bienes propios.

Una ley Uruguaya de 1937, que acordó derecho sucesorio ab intestato al cónyuge supérstite no divorciado la totalidad de la herencia de su esposo/a premoriente, si no existían descendientes ni ascendientes legítimos o naturales, inspiró a la legislatura de la Provincia de Buenos Aires en el año 1857, época en la que estaba separada de las confederación, a sancionar una ley en virtud de la cual, a falta de herederos forzosos, la mujer legítima heredaba al marido, y éste a aquella con exclusión de todo colateral; así mismo establecía que ese derecho se perdía en caso de separación judicial.

Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil Argentino se anticipó a su tiempo formulando un derecho hereditario propio del cónyuge, que importa un justo adelanto a las legislaciones de su época, y aún a algunas modernas y tomó una solución más favorable que la contenida en la ley de Buenos Aires de 1857. Y así reconoció al cónyuge un rango sucesorio que corresponde al vínculo del afecto, a la posición social y a la realidad interlaboral y económica de los esposos.

7. Conclusión parcial.

Se puede observar que a lo largo de la historia del derecho sucesorio lo que siempre estuvo en la cúspide del mismo fue el interés familiar, ya sea en los tiempos antiguos, como en los actuales en la que se intenta conjugar el interés integral de la institución, con los intereses individuales de los familiares más próximos, en este sentido la legislación trató y trata permanentemente de estar con concordancia con la consideración socio – económicas de la familia en cada una de las épocas.

CAPÍTULO II

"SUCESIONES INTESTADAS"

SUMARIO: 1. Introducción **2**. Concepto y supuestos de aplicación. **3**. Reglas que la rigen. **4.** Herederos legítimos y legitimarios. **5.** La legítima. **6.** La legítima y el derecho de familia. **7.** Protección de la legítima. **8.** Conclusión parcial

1. Introducción.

En el presente capítulo abordaremos uno de los temas centrales del derecho sucesorio argentino como lo es la legítima hereditaria. Teniendo en cuenta la perspectiva actual se hará un recorrido por los artículos que la regulan en el Código Civil y Comercial. Analizaremos el carácter imperativo de dichas normas y como el sistema protege fuertemente a los herederos legitimarios.

2. Concepto y supuesto de aplicación.

Definen Herrera y Pellegrini (2015): "La sucesión ab intestato es aquella deferida por la ley sin intervención de la voluntad del causante expresada en un testamento válido. En otras palabras el llamamiento a la sucesión o la vocación hereditaria está determinado por la ley." (p.315)

Las sucesiones intestadas son aquellas en las que el llamamiento de los sucesores es realizado por la ley, es decir, cuando muere una persona la ley indica quiénes son sus sucesores. Esta institución encuentra su lugar en el libro quinto del CCyCN referido a la trasmisión de los derechos de las personas por causa de muerte, específicamente en el título IX denominado "sucesiones intestadas".

Nuestro derecho admite la coexistencia de los dos sistemas sucesorios, es decir, que una misma sucesión se defiera parte testada y parte por ley. En este sentido el actual código mantiene la tesitura del código derogado que en su artículo 3280 última parte establecía que se puede suceder "por voluntad del hombre una parte y en otra por disposición de la ley"

Al respecto, las sucesiones intestadas tienen lugar cuando no existe testamento y si existe, cuando no contenga la institución de herederos y no contradiga los derechos de los herederos de llamamiento forzoso. En otras palabras, habrá sucesión intestada cuando el causante no haya otorgado testamento y por tanto, sea la ley la que haya de regular la forma de trasmisión de los derechos de ese causante.

La sucesión ab intestato puede ser de aplicación exclusiva o concurrente (Herrera y Pellegrini, 2015). La primera tiene lugar cuando hay inexistencia de testamento o el testamento es ineficaz por nulo o por haber sido revocado.

Ahora bien si en el testamento no se instituyen herederos y se limita a disposiciones patrimoniales particulares a título de legado u otras, aquí es de aplicación concurrente.

Enseña Zannoni (2003):

La vocación legítima, o llamamiento legal a la adquisición de la herencia, no solo suple la ausencia de testamento -puesto que de ser así dicho llamamiento bien podría encuadrarse como régimen supletorio-, sino que, cuando los herederos o llamados por la ley gozan, además, de una vocación legitimaria, resulta imperativo para el causante, en el sentido tradicional de que no puede excluirlos... (p. 421)

3. <u>Reglas que la rigen.</u>

La sucesión intestada se basan en un orden de llamamiento establecido por la ley. Se defiere a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en el CCyC. A falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que estén situados.

Las sucesiones intestadas se rigen por las siguientes reglas:

- En primer lugar tenemos al orden de preferencia por línea, dentro del parentesco por consanguinidad hay tres líneas: descendientes, ascendientes y colateral. En el caso en que no existan ni ascendientes, ni descendientes, ni cónyuge supérstite son llamados a suceder los colaterales.
- Luego la preferencia de grados: esta regla establece que dentro de la misma línea el pariente más próximo excluye al más remoto, salvo el derecho de representación.

La ley convoca, en primer término, a los descendientes; no habiéndolos, llama a los ascendientes; ambos órdenes de descendientes y ascendientes concurren con el cónyuge supérstite, quien, a su vez, hereda como único sucesor universal ab intestato cuando no sobrevivan al causante descendientes ni ascendientes, excluyendo a los colaterales;

estos últimos son llamados solamente en ausencia de descendientes, ascendientes y cónyuge.

- La tercera regla es con respecto a los bienes. En las sucesiones intestadas no hay diferencia en cuanto al origen de los bienes que componen la herencia.

Dice el artículo 2425 CCyCN: "Naturaleza y origen de los bienes. En las sucesiones intestadas no se atiende a la naturaleza ni al origen de los bienes que componen la herencia, excepto disposición legal expresa en contrario."

Este principio solo admite dos excepciones: en la adopción de los descendientes, para el adoptado simple; y para los bienes correspondientes a los cónyuges en el sistema de comunidad de ganancias.

a) En la sucesión del cónyuge. Cuando los cónyuges estuvieran unidos en el régimen de comunidad de ganancias, se diferencia según que los bienes sean propios o gananciales. En la sucesión en donde el cónyuge concurre con los descendientes, este hereda como un hijo más sobre los bienes propios del causante, pero no participa en los bienes gananciales. Vale aclarar que esta distinción no rige en el régimen de separación de bienes.

b) La sucesión del adoptado por adopción simple. El adoptante no tiene derechos sucesorios sobre los bienes que el hijo recibe de su familia biológica, ni esta hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción. Estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedan bienes vacantes. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen.

4. Herederos legítimos y legitimarios.

Para determinar con precisión a herederos legítimos y legitimarios resulta válido partir de las diferencias que surgen entre ellos.

Los legitimarios llamados también herederos forzosos tienen un llamamiento imperativo en la sucesión del causante, aún en contra de voluntad de éste. Dicho de otra forma cuando a la muerte del causante se presentan en la sucesión herederos forzosos se hace ineludible aplicar las reglas de la sucesión intestada.

En cambio los herederos legítimos gozan de una vocación supletoria, es decir a falta de la voluntad del causante. Si no existen herederos forzosos y habiendo solo herederos legítimos, las normas de la sucesión ab intestato solo se aplicaran en ausencia de testamento válido.

Los herederos legítimos son los colaterales hasta el cuarto grado. Por tanto tienen vocación hereditaria conferida por la ley los hermanos del causante, los sobrinos y los sobrinos nieto del causante. Los tíos abuelos del causante y los primos hermanos. Se aplica aquí el principio del orden de prelación en grados. Los parientes más próximos excluyen a los más remotos.

Importante aclarar que en este caso el derecho de representación solo entra en juego para los descendientes de los hermanos.

Artículo 2439 CCyCN: "Orden. Los colaterales de grado más próximo excluyen a los de grado ulterior, excepto el derecho de representación de los descendientes de los hermanos, hasta el cuarto grado en relación al causante. Los hermanos y descendientes de hermanos desplazan a los demás colaterales."

El código se encarga de nombrar a los herederos forzosos en su artículo 2444.

Artículo 2444 CCyCN: "Legitimarios. Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge."

Analizaremos a continuación cada uno de los legitimarios en particular.

Comenzaremos con los descendientes. Resulta de vital importancia recordar en este punto que el nuevo código incorporo una nueva fuente de filiación que es por técnica de reproducción humana asistida. En materia de familia el artículo 558 del Código Civil y Comercial dice: "Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación."

El orden de los descendientes está compuesto por los hijos, los nietos y demás descendientes del causante.

Los hijos suceden a los padres por derecho propio y en este caso la división de las porciones hereditarias se hace por cabeza. Mientras que los nietos y los demás descendientes hereden por derecho de representación y en este caso la división de la herencia se hace por estirpe.

Ascendientes. Los padres son herederos forzosos respecto de sus hijos cuando estos no tengan descendientes. Los ascendientes más próximos en grado al difunto excluyen a los de grado más remoto porque no existe el derecho de representación en la línea recta

ascendente. Los ascendientes concurren con el cónyuge sobreviviente y excluyen a los colaterales.

Reza el artículo 2431 del Código: “Supuestos de procedencia. División. A falta de descendientes, heredan los ascendientes más próximos en grado, quienes dividen la herencia por partes iguales.”

Sucesión del cónyuge. Como punto de partida hay que destacar que su orden es atípico porque solo desplaza a los colaterales y su llamado es a suceder en concurrencia con ascendientes y descendientes.

Si concurre en la herencia con descendientes, sobre los bienes propios del causante, el cónyuge hereda como un hijo más. Tal se trató en este mismo capítulo en los principios que rigen las sucesiones intestadas, en el régimen de comunidad de ganancias, el viudo o viuda no tiene parte alguna en la división de los bienes gananciales que corresponden al causante.

Ahora en el caso en el causante no tuviera descendientes, el llamado del cónyuge en a concurrir con los ascendientes y en este caso el acervo hereditario se divide por partes iguales.

En caso de no existir ni descendientes ni ascendientes el cónyuge hereda como único sucesor.

5. La legitima.

Para introducirnos en este tema, es importante tener en cuenta que el actual código no da una definición de legítima o hace mención a la naturaleza jurídica de la misma.

El nuevo Código regula la legítima determinando quiénes son los legitimarios, las porciones de la legítima, las acciones de petición de la legítima y otros aspectos delimitados de la institución, pero no la define.

Por lo tanto vamos a tomar dos definiciones diferentes de importantes autores. *“*La legítima es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa…” (Borda, 2008, p.397)

La segunda definición es: “La legítima es una limitación legal y relativa a la libertad de disponer por testamento o donación, que lleva como consecuencia la reserva de una porción de la herencia o de bienes líquidos a favor de los denominados legitimarios*”*. (Pérez Lazala, 2014, p. 213).

Dicho de otra manera, la legítima es una institución que garantiza y protege la porción que le corresponde a los descendientes, ascendientes y cónyuge, llamados herederos forzosos o legitimarios, quienes no pueden ser privados de ella en ningún caso y de ninguna manera; ya sea, ni por disposición libre y voluntaria del causante de sus bienes para luego de su fallecimiento, ni tampoco mediante actos de disposición entre vivos a título gratuito

6. La legítima y el derecho de familia.

Debido a que los legitimarios están determinados en función de vínculos parentales y conyugales, la legítima se relaciona con el Derecho de familia.

La legítima es una institución de orden público, pues ha sido acogida, no en miras del interés individual del heredero forzoso, sino en miras de un interés general, que radica en la consolidación y permanencia de la familia, como institución del derecho natural básico de nuestra sociedad, su interés está por encima del individuo. Se trata de la protección de la comunidad, ya que la familia es el sustento de dicha comunidad.

Según se trató en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1991, la tutela del interés familiar planteada por este instituto debe acomodarse a la conformación y las características que evidencia la familia en la actualidad desde una visión de la autonomía de la voluntad posible jurídicamente, como ejercicio del derecho de libertad del hombre, de raigambre constitucional, y desde la consideración de nuevos “standards jurídicos” que contemplen las necesidades concretas de aquellas personas que dependían económicamente del causante.

7. Protección de la legítima.

Los derechos consagrados a favor de los legitimarios son tutelados por normas y acciones protectorias.

La ley es clara, brinda derechos y garantías a los llamados a heredar o legitimarios del causante para después de su fallecimiento. Es así que, con el fin de proteger y asegurar a los sujetos vulnerados y a los miembros nucleados en la relación de familia; la norma taxa de manera imperativa una restricción al testador, para que éste no pueda imponer gravámenes y/o condiciones. Todo ello en virtud de la inviolabilidad de la

legítima, previniendo y persiguiendo la seguridad de la misma como remedio legal ya previsto en la ley.
Según Zannoni, (2013):

La porción legítima a la que tienen derecho los herederos legitimarios, es intangible, en el sentido de que tales herederos tiene derecho a reclamarla íntegramente, ello es así por cuanto los legitimarios gozan de las acciones que las protegen y que no pueden ser privados de aquella, sin justa causa de desheredación. (p.138)

El artículo 2.447 del Código Civil y Comercial Unificado dispone que "El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas si lo hiciere, se tendrán por no escritas, pudiendo solicitar cualquiera que tuviera derecho en la herencia, en cualquier tiempo la partición de la misma, no obstante cualquier prohibición del testador, o convenciones en contrario."

Como argumentos Medina y Rolleri, (2017), exponen:

Sosteniendo como principio de orden público la inviolabilidad de la legítima, ello en concordancia con lo dispuesto en el art. 2444, cuando establece que los legitimarios no pueden ser privados de su porción legítima, por testamento ni por acto de disposición entre vivos a título gratuito. Esta protección atañe tanto a la integridad de su monto como al derecho de gozarla plenamente, sin condicionamientos ni restricciones impuestas por el causante. (p. 600).

La jurisprudencia ha expresado, en este sentido, que la limitación legal impuesta por el instituto de la legítima, no puede sufrir trabas del testador, y de advertirse alguna disposición en ese sentido, "se tendrá por no escrita".
La categórica disposición del art. 2447 CCyC no es absoluta, pues en nuestro derecho positivo existen importantes excepciones legales al principio de intangibilidad. Entre ellas podemos mencionar los casos de indivisión forzosa (arts. 2330 a 2334 CCyC); el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 2383 CCyC); la atribución preferencial (arts. 2380 y 2381 CCyC); y las normas que hacen a la tutela de la vivienda (art. 244 CCyC y ss.).

La institución de la legítima también se encuentra dotada del carácter de irrenunciabilidad. Artículo 2.249 del Código Civil y Comercial Unificado: “Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aun no abierta”.

Frente a una sucesión aún no abierta, no pueden existir acuerdos sobre ella. Este principio general de prohibición de pactos sobre herencias futuras hoy se legisla en el art. 1010 CCyC, que expresa claramente en su primer párrafo: “la herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa”. Dicho principio contenido en el art. 1010 CCyC se traslada a la legítima. Nadie puede renunciar anticipadamente a un derecho que no ha nacido. El derecho a la porción legítima surge a partir de la apertura de la sucesión. .

8. Conclusión parcial.

Como bien se ha visto y desarrollado en el presente capítulo el derecho argentino limita la voluntad del causante, para otorgarle prioridad a la protección de la familia y en alzas de un interés social mayor, estableciendo como norma de orden público la legítima hereditaria. Se pudo observar con detalle las estructuras de las mismas, su aplicación y otorgamiento; como así también sus partes dispositivas y fundamentos que se han tenido en cuenta en ese nuevo sistema legal.

CAPÍTULO III

"MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD"

Sumario: 1. Introducción. **2**. Texto y ubicación de la norma. **3.** Antecedentes de la norma en el derecho español. **4.** Antecedentes de la norma en el derecho argentino. **5.** Derecho del causante de otorgar la mejora. **6.** Mejora y porción disponible. **7.** Medios por los que se puede otorgar la mejora. **8**. Beneficiarios de la mejora. **9.** Solidaridad familiar. **10.** Conclusión parcial.

1. Introducción.

El Código Civil y Comercial de la Nación comienza a crear en materia sucesoria profundos cambios dentro de su tan ansiada reforma, conteniendo en su apéndice una transformación fundamental, la cual acarrea directrices innovadoras.

Del mismo modo, flexibiliza conceptos que en el pasado eran pétreos, para hoy comprender a la legítima en el derecho sucesorio, como unidad protectoria y más aún la mejora estricta de la legítima.

La incorporación de este nuevo instituto protege o mejora la situación del heredero en situación de vulnerabilidad respecto del resto de los comuneros hereditarios.

2. Texto y ubicación de la norma.

Esta pauta novedosa que incorpora el Código flexibiliza conceptos que antes eran intangibles.

En el caso puntual de la norma en análisis es que amplía los límites para poder mejorar a ciertos herederos legitimarios con discapacidad en mayor medida que a otros, de modo que amplía la porción de libre disponibilidad a desmedro de la porción legítima. Vale recordar que la legítima es la porción que los descendientes, ascendientes y el cónyuge tienen en la herencia y de la cual no pueden ser privados por la voluntad del causante al momento de disponer de sus bienes para después de su muerte, ni tampoco puede ser vulnerada mediante actos de disposición entre vivos .

La mejora está regulada dentro del Libro Quinto (Transmisión de derechos por causa de muerte), Título X (Porción legítima), artículo 2448 CCyCN: “Mejora a favor del heredero con discapacidad. El causante puede disponer por el medio que crea conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a ascendientes o descendientes con discapacidad.”

Esta novedad en materia sucesoria establece una protección legal en favor de los herederos ascendientes y descendientes discapacitados, que denomina "mejora estricta", la que se prevé como facultad del causante a través de cualquier medio por el cual pueda disponer incluso mediante la constitución de un fideicomiso. Quienes resultan “perjudicados” son los restantes legitimarios, en conjunto, ello con fundamento y acento en el sentido de solidaridad y de asistencia familiar que son naturales al derecho sucesorio y a su concepción proteccionista.

3. Antecedente de la norma en el derecho Español.

La figura de la mejora tiene como precedente al derecho español que en cuyo artículo 808 del Código Civil español dispone que: "Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición".

Tanto en el derecho argentino como en el español, esta figura no da un mejor derecho de un heredero sobre otro, permitiendo exigir una porción mayor de la herencia. Sino que en ambos casos de trata de una facultad del causante que puede, si lo desea, mejorar a un heredo con incapacidad (en España) o con discapacidad (en Argentina) con relación a los demás o bien podría no hacerlo.

Tanto en el régimen español como en el argentino puede tomarse parte de la porción legítima y ser utilizada con este fin.

Una de las diferencias que se da entre el derecho argentino y el español, es que en España los beneficiarios de la mejora pueden ser los hijos o descendientes. En cambio en Argentina pueden serlo los ascendientes y los descendientes. A su vez para que en Argentina proceda la mejora debe ser otorgada a herederos con vocación hereditaria actual. Esto significa que existiendo descendientes no se puede otorgar la mejora a ascendientes con discapacidad, ya que por el orden sucesorio los descendientes excluyen a los ascendientes. Lo mismo sucede en el caso de los hijos llamados a la sucesión de su padre, éste no puede hacer uso de la mejora a favor de su nieto, excepto lo que refiere al derecho de representación.

En cambio, en España hay doctrina que entiende que en uso de esta facultad, el padre podrá dejar toda su herencia a uno de sus nietos o ulteriores descendientes viviendo los intermedios. Es decir, podrá convertir en legitimarios a los nietos cuando los padres viven y tienen capacidad para heredar".

El artículo 2448 de nuestro código permite al causante otorgar la mejora por el medio que estime conveniente, dándole la posibilidad de hacerlo mediante un fideicomiso, una, donación, una indivisión forzosa, legado de cosa cierta y determinada, alimentos, derechos de usufructo, uso y habitación, entre otros.

Mientras que el derecho español solo permite hacer la mejora mediante una sustitución fideicomisaria. Por lo tanto, se trata de un acto a realizarse a través de un testamento, en el cual el testador es el "fideicomitente", los "fiduciarios" son sus hijos o descendientes y los "fideicomisarios" son los herederos forzosos.

4. Antecedentes de la norma en el derecho Argentino.

La posibilidad de mejorar a un heredero fue tenida en cuenta en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de 1998 que en su artículo 2397 disponía lo siguiente: "El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, no son válidos. Pero puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun 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."

Como vemos la posibilidad de realizar una mejora había sido contemplada pero de forma muy distinta a la actual. Sólo se contempló la misma mediante la constitución de un fideicomiso.

Además el artículo habla de incapacidad y no de discapacidad como lo hace el actual artículo 2448, los cuales son conceptos diferentes que trataremos en el capítulo siguiente.

Por último vale destacar que el anteproyecto no especifica a que herederos se puede mejorar dejando abierta la posibilidad de hacerlo a ascendientes, descendientes y cónyuge. Mientas que en la mejora estricta regulada en la última reforma del año 2015 nombra en forma específica a quienes se puede otorgar la mejora, a ascendientes y descendientes.

5. Derecho del causante de otorgar la mejora.

Esta posibilidad concreta que le da el código al causante de poder beneficiar en la herencia a un heredero con discapacidad, es darle al mismo mayor autonomía para la disposición de sus bienes al momento de su muerte. Con este artículo se ha hecho posible, como se dijo en otras oportunidades, flexibilizar conceptos que antes eran intocables como la porción legítima.

La figura de la mejora estricta a favor del heredero con discapacidad constituye un régimen que equilibra la solidaridad familiar con la facultad de disposición del causante, utilizando esta figura siempre en forma articulada y en concordancia con todo el sistema sucesorio, reconociendo este último la situación de vulnerabilidad de ciertos herederos.

La mejora de la que habla el artículo 2448, procede exclusivamente por medio de la voluntad del causante, es él quien decide otorgarla o no hacerlo. Es decir que si existiere un hijo o un padre con discapacidad, a la hora de heredar, éste no va a contar con un mejor derecho por sobre el resto de los herederos, ni tampoco puede reclamarla porque no procede de pleno derecho. Dicha discapacidad solo va a ser una condición necesaria para poder recibir la mejora. Esto quedará expuesto cuando en algún caso se de que haya más de un heredero con discapacidad y el causante haya decidido mejorar sólo a uno o a ninguno.

La norma establece por qué medios el causante podrá disponer de la porción para la mejora, y dice “por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso”.

6. Mejora y porción disponible.

Por un lado, sabemos que la materia sucesoria, como tanta otra en materia de vínculos familiares, está teñida de un contenido de orden público, entre los que se encuentra la institución de la legítima y la imposibilidad de su afectación o disminución por parte del causante. La intangibilidad de la legítima se funda en el principio de solidaridad familiar traducido en el cuidado que debe tener una persona respecto de sus parientes más próximos, no sólo en vida, sino también para después de su muerte, resguardando los bienes que aseguren su adecuado mantenimiento. Esto claro está en contradicción con el principio de libertad de testar, pero bajo una regulación que permite una necesaria coexistencia.

El tema plantea analizar si es necesario dejar al heredero discapacitado la mejora de la que habla el artículo 2448 junto con la porción de libre disponibilidad. Esto se limita a la palabra “además” utilizada en dicho artículo.

Como suele suceder, existe una postura más restrictiva que interpreta que se limita las posibilidades de libre disponibilidad de la porción disponible si se obliga, para que proceda la mejora estricta sobre la legítima, a que el beneficiario también se le deje la totalidad de la porción disponible. Es decir que cuando hay un heredero con discapacidad y se lo quiere beneficiar con la mejora estricta, debe dejársela no solo la

mejora sino también la totalidad de la porción disponible ya que la porción disponible formaría parte de la mejora a favor del heredero con discapacidad.

Del otro lado, una postura más amplia, sostiene que la mejora estricta no incluye la porción de libre disponibilidad, son dos porciones distintas; ocurre que si el causante quisiera podría mejorar al heredero con discapacidad no solo con la porción de mejora estricta, sino también con la porción disponible. Dicho de otro modo, para beneficiar al heredero con discapacidad no hace falta que necesariamente le deje la porción disponible, aunque podría hacerlo si es su intención.

Olmo, Juan Pablo explica los argumentos de esta última:

> La Postura amplia se basa en que: 1) la mejora estricta no afecta la porción disponible sino la legítima, de modo que la mejora que la mejora no necesariamente va de la mano de la legítima; 2) la mejora estricta no incluye la porción disponible, sino que son dos porciones distintas; 3) de lo contrario, se haría desaparecer la porción disponible entendida como de libre disponibilidad y ello iría en contra del principio de autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio; 4) la postura restrictiva se basa en un error de interpretación gramatical de la norma, o bien en un excesivo paternalismo en materia de discapacidad que sobre pasa el principio de solidaridad familiar. (Olmo, 2017, p. 20)

Concluyendo, cuando el artículo 2448 CCyCN dice que el causante "puede disponer... 'además' de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas", se está refiriendo a que la persona no solo podrá disponer libremente de la porción disponible (1/3 de sus bienes) a favor de cualquiera, sino que también de la mejora estricta (2/9) a favor, en este caso, del heredero con discapacidad.

Es que la porción de "mejora estricta" se toma de la porción que les corresponde a los herederos legitimarios y no de la porción de libre disponibilidad, es decir, se imputa a la porción legítima. Esta solución se ajusta al principio de autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio ya que mantiene la posibilidad de que el causante decida qué hacer con su porción disponible, incluso dejarla a beneficio del heredero con discapacidad, principio que ha sido también rector en la reforma del Código. Ello no afecta la intangibilidad de le legítima ni afecta el derecho de los herederos a dicha institución, ya que no se trata de una vulneración de la porción, que en su determinación continúa intangible, sino que produce una redistribución de dicha porción entre los herederos

beneficiarios, atendiendo a la necesidad de quien más lo necesita, basada también en el principio de solidaridad familiar del derecho sucesorio.

7. Medios por los que se puede otorgar la mejora

El artículo en estudio establece que el causante puede disponer de la porción para la mejora "por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso".
Esta fórmula amplía en forma considerable las posibilidades del causante, comparado con nuestro antecedente normativo que sólo lo permitía mediante un fideicomiso.

De esta manera la mejora se puede concretar a través de:

- Una indivisión forzosa: mediante la cual el testador puede imponer la indivisión de la herencia, de un bien determinado, de un establecimiento o de los títulos representativos de la participación en una sociedad comercial. Dicha indivisión se encuentra regulada en el artículo 2330 del CCyCN: "Indivisión impuesta por el testador El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad: a) un bien determinado; b) un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituye una unidad económica; c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista. En todos los casos, cualquier plazo superior al máximo permitido se entiende reducido a éste. El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de un coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad."
- Un legado de cosa cierta y determinada: el legado de cosa cierta y determinada es aquel en virtud del cual, la mejora se puede concretar mediante la atribución al legatario del ejercicio de un derecho real sobre una cosa que pertenece al causante. Artículo 2498 del CCyCN: "Legado de cosa cierta y determinada El legatario de cosa cierta y determinada puede reivindicarla, con citación del heredero. Debe pedir su entrega al heredero, al administrador o al albacea, aunque la tenga en su poder por cualquier título. Los gastos de entrega del legado están a cargo de la sucesión."
- Alimentos: el legado de alimentos comprende la instrucción adecuada a la condición y aptitudes del legatario, el sustento, vestido, vivienda y asistencia en las enfermedades hasta que alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad. Articulo 2509 del CCyCN: "Legado de alimentos El legado de alimentos comprende la

instrucción adecuada a la condición y aptitudes del legatario, el sustento, vestido, vivienda y asistencia en las enfermedades hasta que alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad. Si alcanzada la mayoría de edad por el legatario persiste su falta de aptitud para procurarse los alimentos, se extiende hasta que se encuentre en condiciones de hacerlo. El legado de alimentos a una persona capaz vale como legado de prestaciones periódicas en la medida dispuesta por el testador."

- Derechos de usufructo, uso y habitación**:** mediante estos derechos reales se puede otorgar la mejora a favor del heredero con discapacidad dado que el usufructo es un derecho real sobre un bien ajeno, que se ejerce por la posesión y otorga a su titular el derecho se usar, gozar y disponer jurídicamente de él, sin alterar su sustancia. Artículo 2129 CCyC: "Concepto Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia. Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba."

El uso como es el derecho real que otorga a su titular, las facultades de usar y gozar de una cosa ajena, con la extensión y límites que se expresen en el título constitutivo, sin alterar la sustancia. Artículo 2154 CCyC: "Concepto. El uso es el derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia. Si el título no establece la extensión del uso y goce, se entiende que se constituye un usufructo. El derecho real de uso sólo puede constituirse a favor de persona humana."

El derecho real de habitación concede a su titular la utilidad de morar en un inmueble ajeno con el cargo de no alterar su sustancia, al igual que lo que ocurre en materia de uso y usufructo. Artículo 2158 CCyC:" Concepto. La habitación es el derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia. El derecho real de habitación sólo puede constituirse a favor de persona humana."

- Mediante el otorgamiento de la cuota de la mejora específicamente contemplada de ⅓ de la legítima que corresponda, según quien concurra a la herencia.

La porción para la mejora será : de 2/9 para los descendientes (⅓ de ⅔) y de 1/6 para los ascendientes (⅓ de 1/2)y cualquier otro beneficio que, limitado a la cuota que establece la norma, permita plasmar la voluntad del causante con el alcance tuitivo de aquella. (Olmo, 2017, p.19)

- Cualquier otro beneficio que, limitado a la cuota que establece la norma, permita plasmar la voluntad del causante con el alcance tuitivo de aquella.

8. Beneficiarios de la mejora

El artículo 2448 CCyCN no incluye a todos los herederos legitimarios, sino algunos: los descendientes y ascendientes con discapacidad. En cambio la norma no incluyó al cónyuge supérstite (también heredero legitimario), a los parientes colaterales hasta el cuarto grado (herederos legítimos no legitimarios) , a los parientes colaterales hasta el cuarto grado (herederos legítimos no legitimarios) y a los herederos testamentarios.

Tanto ascendientes y descendientes con discapacidad, para ser beneficiaros de la mejora deben tener vocación hereditaria actualizada al momento de la apertura de la sucesión: no alcanza con una vocación eventual. Lo que significa que: habiendo descendientes, toda vez que en el orden sucesorio estos ocupen el primer orden, excluyen a los ascendientes. Así mismo dentro del mismo orden los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo el derecho de representación, el cual solo opera en el caso de descendientes.

El abogado y especialista en derecho de familia, Juan Pablo Olmo expone claros ejemplo de lo redactado:

Ejemplos: a) si al causante lo suceden dos hijos (descendientes) y uno de ellos tiene una discapacidad, puede recibir la mejora estricta. b) En cambio sí lo suceden un descendiente y un ascendiente (con discapacidad), este último no podría recibir la mejora, ya que no concurre a la herencia puesto que es excluido por el descendiente (orden preferente); pero podría recibir la porción disponible. c) Lo único ocurriría si la única familia del causante es un hijo y su propio hijo (nieto del causante), este último con discapacidad, quien no heredera por ser hijo excluido del causante (grado preferente dentro de un mismo orden) y, por ende, tampoco puede recibir la mejora. d) Si el causante tenía dos hijos y uno es prefallecido (falleció antes de la apertura de la sucesión del causante), renuncia a la herencia o es declarado indigno, en cualquier caso opera el derecho de representación a favor de su hijo (nieto del causante y sobrino del otro hijo del causante): en este caso el nieto con discapacidad podría recibir la mejora estricta, porque al momento del fallecimiento del causante tenía su vocación hereditaria actualizada, ya que concurre a la herencia de su abuelo junto a su tío, por derecho de representación sobre su propio padre, por más que al momento de otorgar la mejora

estricta (por ejemplo a través de un testamento) no fuera heredero legitimario porque su padre estaba vivo. (Olmo, 2017, p24)

9. Solidaridad familiar

El principio de solidaridad familiar no se encuentra conceptualizado en la norma, es por esto que no se cuenta con una definición precisa. Dicha definición se puede extraer a través de diversas instituciones que impulsan la adhesión de la asistencia recíproca de un determinado grupo de individuos.

La sociedad ha ido evolucionando como así también la institución familiar. El nuevo código recepta características de esta familia actual, considerando a la misma como el grupo de personas conformados con el propósito de satisfacer los objetivos comunes, de esencia afectiva y el cumplimiento de deberes de naturaleza solidaria. Ello por cuanto las pautas que nutren la familia son la solidaridad y el afecto en la convivencia.

La solidaridad es una virtud contraria al individualismo y busca el bien común. Su finalidad es intentar o solucionar las carencias espirituales o materiales de los demás y se produce como consecuencia de la adhesión a valores comunes, que lleva a compartir creencias relacionadas con los aspectos fundamentales de los planteamientos políticos, económicos y jurídicos de los grupos sociales. El dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencias entre los humanos, postula la universalidad de sus derechos esenciales y se orienta primariamente hacia quienes sufren.

La institución sucesoria por causa de muerte, en cualquiera de sus conceptos, responde a principio de asistencia entre los integrantes de una familia y guarda estrecha vinculación con el derecho de familia.

El derecho de sucesiones es un derecho que siempre va a depender del derecho de familia, ya que lo cruza transversalmente para llevarlo hacia todos los cambios que vayan sucediendo en las cuestiones y por ende en las relaciones familiares a lo largo del transcurso de los tiempos que suceden.

Es así que los autores Medina y Rolleri, explican al respecto que:

"El derecho de sucesiones es totalmente dependiente del concepto de familia que se tenga en un momento y tiempo determinado. Esta relación lleva a que, a medida que cambie el derecho de familia, se transforma el derecho de sucesiones." (Medina y Rolleri, 2017, p. 2).

El derecho de sucesiones fue concebido para que cuando una persona fallezca, se posibilite la acción de traspaso o transmisión de los bienes dejados por el causante a la masa hereditaria, dentro de lo que se llama legitimación de herederos.

Ello es fundamento para establecer que la sucesión se basa en una o más vocaciones legítimas en ausencia del testamento del causante que instituya herederos, desarrollando los principios de la sucesión intestada.

Ante la carencia de parientes en línea recta, los colaterales más próximos se presumen de derecho ser los primeros en el orden de los afectos, sin duda esta presunción tiene la misma fuerza que aquella que llama respectivamente a padres e hijos, pero ante el silencio del hombre la ley no ha podido adoptar sino a su respecto otra regla que no sea la proximidad. La proximidad en el parentesco que consagra la ley lo hace en base a la solidaridad y reciprocidad de los vínculos familiares.

De esta manera, y con base en el principio de solidaridad familiar, aparece de forma innovadora y resulta preciso resaltar, debido a su utilidad, una figura que brinda protección al heredero que se encuentra más vulnerado por su condición de estado de salud, la mejora a favor del heredero con discapacidad, respetando debidamente las porciones legítimas del resto de los coherederos.

Esta figura ha sido una creación intelectual del Profesor Marcos Córdoba, al reconocer naturaleza asistencial a la institución sucesoria, resulta ser una solución de estricta justicia con base en el principio de solidaridad familiar.

10. Conclusión Parcial

En este capítulo se abordó el estudio de la institución de la mejora sucesoria a favor del heredero con discapacidad, que surgió con el fin de disminuir las desigualdades entre los ciudadanos e instrumentar la protección diferenciada de las personas con discapacidad en el marco del derecho sucesorio argentino. De lo analizado, se destaca que más que un sustento normativo, esta figura tiene un fundamento social, basado en el reconocimiento y la protección que le otorga el derecho a ciertos sujetos para resguardar su integridad después de la muerte del familiar al que estaba a cargo.

CAPITULO IV

DISCAPACIDAD

Sumario: 1. Introducción. **2.** Que se entiende por discapacidad. **3.** Tutela de la persona con discapacidad. **4.** Vulnerabilidad. **5.** El derecho sucesorio y las personas con discapacidad. **6.** Conclusión parcial.

1. Introducción

Existe una insistencia constante por parte del derecho privado de asegurarles a las personas con discapacidad el pleno goce de sus libertades fundamentales y su participación plena y efectiva en la sociedad. Para lograr esto el derecho busca tomar los preceptos de orden internacional, trayéndolos al ordenamiento local en forma de leyes.

El Estado y la sociedad toda tienen que comprender la importancia que tiene que las personas con discapacidad amplíen su autonomía e independencia individual.

2. Que se entiende por discapacidad

La definición de persona con discapacidad que adopta el artículo 2448 de Código Civil y Comercial de la Nación ha sido tomada de las leyes 22.431 "Sistema de Protección Integral de los Discapacitados" y 24.901 "Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad", que ponen el acento en la deficiencia de la persona.

El artículo 2 de la ley 22.431 establece: "A los efectos de esta ley, se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral ."

Mientras que el artículo 9 de las ley 24.901 define: "Entiéndase por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el artículo 2º de la ley 22.431, a toda aquella que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, motora, sensorial o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables su integración familiar, social, educacional o laboral."

El Estado Argentino aprobó la Convención de las Personas con Discapacidad (en adelante: CDPD) mediante ley 26.378 y le otorgó jerarquía Constitucional Ley 27.044. Incorporando así definiciones que contenían la misma a nuestra legislación nacional.

El artículo 1 de la CDPD establece: "El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

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.”

La leyes 22.431 y 24.901, fueron leyes concebidas por un modelo médico rehabilitador, otorgando un concepto más cerrado de discapacidad, mientras que la definición que da la CDPD es mucho más abierta, apuntada a un modelo social, poniendo ya no tanto el acento de las deficiencias de las personas sino en los límites que pone la sociedad. La discapacidad surge en la interacción de las personas con otras personas o con las cosas. Este es el enfoque que propone el modelo social de la discapacidad, en donde la interacción con los entornos puede generar diversas barreras. Al hablar de discapacidad no hay que perder noción que nos referimos a personas sujetos de derechos y obligaciones como todos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) describe las barreras como “factores en el entorno de una persona que, cuando están ausentes o presentes, limitan el funcionamiento y crean discapacidad”.

3. Tutela de las personas con discapacidad

El fundamento de la tutela a las personas con discapacidad procede del principio constitucional de igualdad de oportunidades contemplada en el artículo. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional: “Corresponde al congreso… legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad…”

Como vimos anteriormente La Nación Argentina aprobó la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y de esta forma se comprometió ante toda la comunidad internacional a respetar los derechos tutelados en ella.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, contiene una innovadora visión sobre la discapacidad, en armonía con la perspectiva de los derechos humanos. A saber:

Artículo 1 CDPCD: “Propósito. El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.”

Artículo 3º CDPD: “Principios generales. Los principios de la presente Convención serán:

a) El respeto de 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 humanas;

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 las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Artículo 5º CDPD: “Igualdad y no discriminación.

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.”

“Los principios constitucionales y las leyes especiales conducen a sostener que la persona discapacitada 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. El fundamento de una protección especial de las personas con discapacidad o con capacidad restringida, surge de los derechos humanos fundamentales y de su especial estado de vulnerabilidad. El alcance en materia sucesoria puede comprender: medidas de apoyo procesales, posibilidad de mejora, alimentos post mórtem a cargo de la sucesión cuando dependía

económicamente del causante y no existe otro obligado a su prestación, el derecho a continuar con el uso y goce de la vivienda única, entre otras.” (Orlando, 2013, p.221).

4. Vulnerabilidad

Según el Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales consultado el 28 de mayo del 2020 define a la vulnerabilidad diciendo que es el riesgo que una persona, sistema u objeto puede sufrir frente a peligros inminentes, sean ellos desastre naturales, desigualdades económicas, políticas, sociales o culturales.

La palabra vulnerabilidad deriva del latín vulnerabilis. Está compuesto por vulnuss, que significa herida y sufijo abilis, que indica posibilidad; por lo tanto estimológicamente, vulnerabilidad indica una mayor posibilidad de ser herido.

La falta de capacidades físicas y sociológicas son una fuente importante de vulnerabilidad para las personas. En el plano sicológico, comprende las deficiencias y enfermedades mentales.

Dependiendo de frente a que se sufre vulnerabilidad es que se puede buscar una solución específica frente a esa carencia.

Puede existir una vulnerabilidad social, debido a riesgos, amenazas o condiciones sociales que presenta la persona; una vulnerabilidad económica, ante la incapacidad de generar más recursos; una vulnerabilidad física; vulnerabilidad laboral, ante la inestabilidad o precariedad laboral de un individuo.

Las personas con discapacidad son vulnerables por los numerosos obstáculos a los que se enfrentan en todos los ámbitos. Eliminar esos obstáculos está en manos de los gobiernos, la sociedad y la familia.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla una visión sobre la discapacidad en armonía con los derechos humanos. Es por esto que da una perspectiva mucho más amplia y dinámica e instaura una series de principios enumerados en su artículo 3° (Ver capítulo anterior), en los cuales se busca vencer la barrera de la discriminación que implanta la sociedad y lograr una verdadera inclusión haciendo provechosa las diferencias entre nosotros.

Dicha mirada está planteada en el preámbulo de la CDPD que en algunos de sus apartados expresa:

"e) Reconociendo que 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,

f) Reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e -2- internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad,

g) Destacando la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible,

h) Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano,

i) Reconociendo además la diversidad de las personas con discapacidad,

j) Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso,

k) Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo…"

Este modelo social de discapacidad que se plantea considera que las causas que la originan son en gran medida sociales. Desde esta perspectiva 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. Esta concepción implica la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana.

5. El derecho sucesorio y las personas con discapacidad.

La familia forma parte de unas de las instituciones más importante para la conformación de la sociedad. Dentro de ésta el elemento económico, el patrimonio de la familia debe tener como punto de llegada la satisfacción de las necesidades familiares y de cada uno de sus miembros.

Los bienes deben servir para el cumplimiento de los fines de la familia, en el que cobra especial significación la tutela o apoyo a las personas con discapacidad, teniendo en cuenta su vulnerabilidad.

El derecho sucesorio brinda seguridad jurídica a través de la continuidad de la persona del heredero en las relaciones jurídicas que correspondían al causante.

Debe determinar de qué modo se va a continuar con dichas relaciones que quedan vacantes en caso de muerte de su titular.

La tendencia de la doctrina y del derecho sucesorio moderno vienen marcando la necesidad de ampliar la autonomía de la voluntad en materia sucesoria, lo que implica flexibilizar las nomas de orden público que caracterizan las instituciones tales como la legítima hereditaria y los órdenes sucesorios, a fin de permitir la tutela de los derechos humanos fundamentales y una adecuación a las características del desenvolvimiento económico.

Con fundamento en los derechos humanos, debe entenderse que la persona con discapacidad requiere de una tutela legal diferenciada. Es ineludible diseñar un sistema de protección que los contemple especialmente en el derecho sucesorio.

La ley 26.378 en su artículo 12 inciso 5 hace referencia al derecho de la persona con discapacidad a ser propietario y heredar bienes. Expresa: "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"

La tutela a las personas con discapacidad, en materia sucesoria, debe superar el mínimo. Debe abarcar tanto las normas de protección, apoyo, resguardo como las de flexibilización de las restricciones del derecho sucesorio, de tal manera que asegure la superación de los riesgos que surgen del estado de discapacidad de las personas ante la muerte de quien proveía a sus necesidades.

La doctrina ha venido elaborando propuestas tendientes a su protección, para posibilitar la intervención judicial activa en el proceso de distribución de los bienes comprendidos en la legítima hereditaria, posibilitando considerar aquellas circunstancias objetivas como minoridad, indigencia, vejez, enfermedades o

discapacidad. Dentro de estas propuestas de protección aparece la mejora a favor del heredero con discapacidad y el diseño de un sistema de alimentos post mortem. 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.

La mejora al heredero con discapacidad, como los alimentos post mortem, parecen ser efectivos instrumentos para restaurar la situación patrimonial de la persona que dependía del causante.

Los principios constitucionales y las leyes especiales conducen a sostener que la persona discapacitada 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.

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. Debe armonizar el interés familiar y el particular flexibilizando las restricciones de orden público para asegurar la subsistencia de los sujetos vulnerables.

6. Conclusión parcial.

En lo que se refiere a la noción de discapacidad, queda claro que la tutela de estas personas encuentra su recepción en la Constitución Nacional, pero además en otros textos legales, como la Ley Nacional de Sistema de Protección Integral de las Personas con Discapacidad o Ley N°22.431 y la Ley Nacional N°24.901, que son resultado de una gran lucha y de la compenetración de varias legislaciones nacionales e internacionales.

Se pudo apreciar que si bien el legislador optó por incorporar una definición basada en el modelo rehabilitador, no es menos cierto que dicha definición está alejada de la propuesta en la CDPD, que incorpora una idea de discapacidad basada en el modelo social, la cual parece más ajustada al contexto actual y que debería ser tomada en consideración en casos en los que se plantee discusión respecto a la condición de un heredero que se presuma discapacitado.

CAPÍTULO V

EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE

Sumario: 1. Introducción. **2.** Exclusión del cónyuge en la mejora a favor del heredero con discapacidad: **a)** Lesión al principio de igualdad y no discriminación. **b)** Lesión al principio de solidaridad familiar. **c)** Lesión a la autonomía de la voluntad. **3.** Conclusión parcial.

1. Introducción.

Las sociedades están en constante cambios, tanto en pensamientos como en comportamiento. Esta evolución ha llevado a que todas las ramas del derecho tengan que actualizar su mirada hacia la inclusión e igualdad de oportunidades, de camino al pleno goce de todos los derechos reconocidos de manera de que se tutele a todas las personas y más aún a aquellas que padecen alguna discapacidad.

La igualdad en todas las esferas, ante el derecho y la justicia es un valor integro que debe estar presente en los diferentes momentos por lo que pasa una persona a lo largo de su vida como parte de un Estado constitucional, social y democrático.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, consagra en su interior la igualdad, como fundamento de políticas, de instituciones y por supuesto en lo que refiere a las familias en sus diversas formas. El nuevo compendio al ser reformado, se alimentó de la nueva realidad social. Tomando especial relevancia en la tan buscada constitucionalización del derecho privado, tanto en la rama del derecho de familia como así también el derecho de sucesiones.

2. Exclusión del cónyuge en la mejora a favor del heredero con discapacidad.

Dentro de esta nueva perspectiva protectoria que nos da el código se encuentra la figura de la mejora a favor de herederos con discapacidad, alcanzando en su regulación beneficiar a herederos descendientes y ascendientes discapacitados y atento a la solidaridad, la concepción proteccionista y la asistencia familiar que son naturales del derechos sucesorio, en análisis del artículo 2448 quienes resultan “perjudicados” serían los otros herederos legítimos y cualquier otra persona con discapacidad que estuviera a cargo del causante.

El artículo bajo estudio señala, en su primera parte, que: sólo pueden ser beneficiarios para recibir esta mejora estricta de la legítima, los descendientes y ascendientes con discapacidad.

Excluyendo de esta manera al cónyuge discapacitado. Dicha regulación legal pone en un plano de desigualdad al cónyuge respecto de los otros legitimarios. Podría tratarse de una redacción discriminatoria no sólo para el cónyuge no incluido sino para el mismo causante que ve limitada su autonomía en cuanto a quienes puede beneficiar.

Sosteniendo esto Santiso, expone que:

Es el punto particular por sobre la limitación de la figura a los herederos ascendientes y descendientes y la consecuente exclusión del cónyuge con discapacidad, siendo este un heredero legitimario. Entiendo injustificada esa exclusión y cercana a una discriminación pasible de ser cuestionada en cuanto a su sujeción al orden constitucional, ya que coloca fuera de la protección normativa específica, destinada a morigerar los efectos de la discapacidad de los herederos descendientes y/o ascendientes, a otro heredero legitimario, como lo es el cónyuge supérstite. (Santiso, 2017, p. 8).

Otra parte de la doctrina, encabezada por Olmo, realiza otro análisis al respecto, afirmando que:

El artículo 2448 solo habla de "descendientes o ascendientes", excluyendo, injustificadamente al cónyuge supérstite." Por lo tanto en la primera parte del art. 2448 del CCC unificado, debió haberlo incluido expresamente. Así fue propuesto en una ponencia que presentamos en las XXIV JNDC donde por unanimidad se votó que "debe mantenerse la mejora del Proyecto 2012, incorporándola a favor del cónyuge con discapacidad", Sin embargo dicha recomendación no fue recogida en el texto definitivo del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994. (Olmo, 2015, P.24).

Por último Pérez Gallardo sostiene:

El único de los legitimarios que no puede ser mejorado por el testador aun cuando él quisiera es el cónyuge. Y en este orden llama la atención la posición adoptada por los nuevos codificadores, cuando hoy la tendencia es precisamente lo contrario o sea favorecer a ultranza los derechos del cónyuge supérstite incluso del unido supérstite.
Las razones aducidas por la doctrina no dejan de merecer atención. No hay dudas de que en el nuevo Código Civil y Comercial argentino favorece al cónyuge, a tal fin se dispensa a su favor: a) solicitar la indivisión de la herencia por un plazo de hasta diez años, prorrogable judicialmente a instancia del propio cónyuge supérstite "Si en el acervo hereditario existe un establecimiento comercial industrial agrícola ganadero, minero o de otra índole que constituye una unidad económica o partes sociales, cuotas *o*

acciones de una sociedad", de haber "adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento", el citado cónyuge, o si "es el principal socio o accionista de la sociedad", el derecho que igualmente tiene "el cónyuge que no adquirió ni constituyó el establecimiento pero que participa activamente en su explotación" (vid. Art.2332, párrafo 1° y 2°).

b) interesar "la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si lo hay, del establecimiento agrícola, comercial industrial, artesanal o de 35 servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó" (vid. Art. 2380, párrafo 1°).

c) puede igualmente interesar "la atribución preferencial: a) de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él, b) de la propiedad o del derecho a la locación del local de uso profesional donde ejercía su actividad, y de los muebles existentes en el; c) del conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendamiento o aparcero cuando el arrendamiento o aparcería continúa en provecho del demandante o se contrata un nuevo arrendamiento con éste"(vid. Art. 2381).

d) asimismo "tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante" (vid. Art.2383). e) Concurre como un heredero más en el primer orden sucesorio, en los bienes propios del causante (vid. Art.2433)." (Pérez Gallardo, 2015, Apartado III).

Los derechos reconocidos a favor del cónyuge y expuestos en el párrafo anterior, no reflejan la necesaria tutela que este merece, con la misma razón y en las mismas condiciones de la protección de los descendientes o de los ascendientes con discapacidad. El punto particular a abordar es la limitación de la figura de la mejora estricta, con su consecuente exclusión del cónyuge discapacitado, siendo que éste también es un heredero legitimario. So pretexto de que el cónyuge, aún el discapacitado, goza de medidas de protección relacionadas con la vivienda familiar o el derecho de habitación, se trata en este caso de normas de protección comunes a cualquier cónyuge sin contemplar la condición particular y personal de aquel que se encuentra en vulnerabilidad especial por su discapacidad.

Con el cónyuge se ha compartido una comunidad no solo de bienes, sino de afectos. Con él se ha constituido la familia y resulta injusto que si éste concurre con los descendientes el testador solo pueda mejorar, en los términos del art. 2448, a estos últimos y no así al cónyuge por haber sido este favorecido con otros derechos.

La posición asumida por el legislador, si se quiere es discriminatoria, pues tan legitimario es él como los descendientes y los ascendientes. No incluir al cónyuge en la mejora es actuar, en desmedro de sus derechos. Si se busca afianzar la familia, no se puede olvidar al cónyuge que es parte fundamental en la constitución de aquella.

De ésta manera, se denota la violación del principio rector referente a la "igualdad de condiciones con los demás". Beneficia a sus pares en el proceso sucesorio, pero ejerce con su vacío, una discriminación latente y clara.

Es necesario resaltar que con esta norma revolucionaria del derecho de sucesiones se buscó proteger a la familia, teniendo como bandera los principios de solidaridad, asistencia e igualdad. Este último tiene una doble función: por un lado, es fuente de derecho, y por el otro, es pauta de interpretación de las normas matrimoniales las que no podrán ser interpretadas ni aplicadas en sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad entre los integrantes del matrimonio cualquiera que sea su género.

En la esfera del derecho sucesorio las modificaciones han estado orientadas a una mayor autonomía de la voluntad. De esta manera los cambios relevantes incluyen:

- Reducción de las porciones legítimas con su consecuente ampliación de la porción disponible la cual será de ⅓ o ½ según el caso.
- Consolidación de las donaciones. La norma limita los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, con la consecuente consolidación de las donaciones realizadas por el causante una vez que transcurren diez años. Los pactos sobre la herencia futura, sin perjuicio de establecer como regla su prohibición el artículo 1010 del Código en su segundo párrafo expresa su excepción: "Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros."
- Por último y haciendo referencia al tema central en estudio podemos ver la ampliación de la autonomía de la voluntad al permitirle disponer al causante por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción

disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad.

Los problemas que se encuentra frente la exclusión del cónyuge, tienen relación directa con principios rectores del derecho como es la igualdad de condiciones y oportunidades, la no discriminación y el principio de solidaridad familiar. Sin dejar de mencionar que coarta la autonomía de voluntad del causante al desechar la posibilidad de mejorar, de beneficiar, a uno de sus herederos legitimarios como es el cónyuge.

Para la argumentación del presente trabajo, se procederá a demostrar de forma concreta, mediante el análisis de diferentes principios del derecho como el artículo 2448 discrimina, lesiona y restringe los derechos del cónyuge supérstite y del causante.

a) Lesión al principio de igualdad y no discriminación

Basados en la normativa constitucional, posibilita demostrar la latente violación del principio de igualdad, que la norma provoca al causante, al impedirle otorgar el beneficio de mejora estricta a su cónyuge con discapacidad. Del mismo modo, impide al supérstite poder recibirla, haciendo que se vulneren derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional.

Es así que se realiza un análisis crítico, basado en los artículos 14, 16, y 75 inc 23 de la Constitución Nacional, con motivo de atacar la norma bajo estudio; marcados por sobre los principios rectores del derecho como igualdad y no discriminación.

Esto sobreviene, que en el artículo 75 inc 23 de la CN se instituye que se debe legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades, de trato, de goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos, que se encuentran en vigencia en el país y, particularmente ante el caso en análisis; el de las personas con discapacidad.

El art. 2448 del CCCN, en su contenido, faculta a disponer y mejorar a sus ascendientes o descendientes con discapacidad, con ⅓ de las porciones legítimas. Pero no resulta lo mismo, en cuanto a que pueda mejorar a su cónyuge discapacitado, impidiéndole de manera tajante poder realizarla. Así también el instituto marca que el causante o testador es el único que tiene la facultad de poder realizar esta mejora, lo puede hacer por cualquier medio que estime más conveniente, incluso mediante un fideicomiso. Pero este no es el punto que nos interesa, cómo va a ser otorgado este beneficio, sino la facultad de disposición del testador de poder elegir libremente a qué

miembro de su familia va a beneficiar conforme a su discapacidad. Y es aquí el problema que causa la norma, ya que no tutela a su par marital con discapacidad.

Ante el vació legal que presenta, la ley marca una injustificada exclusión donde es pasible a una discriminación hacia el cónyuge con discapacidad. Esta falta de garantía, de amparo y tutela hace que ambos, testador y cónyuge supérstite con discapacidad, sean discriminados por la norma. Si la cuestión se trasladara al ámbito del derecho de familia, ambos cónyuges son miembros de cabecera de esta unidad, y como tal, siempre emplazados en relación de familia. Los cónyuges tienen deberes y obligaciones entre ambos, de esto deviene la vida marital de manera conjunta. Es por ello que sorprende la falta de coherencia normativa, ya que el causante, como individuo y pilar de familia, no pude beneficiar a su cónyuge, con quién ha compartido una vida en común.

El artículo 14 y 16 de la Constitución Nacional establecen:

Artículo 14 CN: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.” Artículo 16 CN: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es base del impuesto y de las cargas públicas.”

Sostenidos por los principios preponderantes del derecho, como el principio de igualdad ante la ley, de condiciones y oportunidades con los demás. Se considera que este instituto ha discriminado al causante, impidiéndole poder “dar un beneficio” y a su cónyuge con discapacidad “poder recibirlo”.

Se sostiene que la norma ha limitado y restringido la libertad del testador o causante para realizar este acto jurídico dispositivo, ya que no lo posiciona por ante un plano de igualdad de oportunidades a que el mismo pueda elegir quién será el beneficiario de esta mejora, como es en este caso, el supérstite con discapacidad. Y al supérstite discapacitado darle la oportunidad de recibir esta mejora, para posicionarlo por ante un plano de igualdad real de oportunidades y de trato; y por ante la ley; equiparándose con los autorizados y tutelados por la norma.

La igualdad exige - en principio - que se trate del mismo modo a quienes se encuentren en similares situaciones, esto se traduce en que los legitimarios de un mismo

orden tengan los mismos derechos en relación a la legítima. Implica que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias.

La razonabilidad es el parámetro evaluatorio que permite medir la igualdad; lo que la regla prohíbe son las distinciones arbitrarias u hostiles. Las desigualdades son inconstitucionales cuando son arbitrarias, hostiles, persecutorias, etcétera.

El instituto de la mejora estricta denota la eventual fractura del principio de igualdad de los legitimarios.

b) Lesión al principio de solidaridad familiar

Este principio por sobre el cual gira principalmente el derecho de familia y el derecho sucesorio, tiene como cimiento la asistencia dentro del vínculo familiar. La solidaridad importa el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas.

Los deberes de solidaridad tienen fundamentos en el sistema de los derechos humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos en forma expresa recoge la correlación entre los deberes y derechos de las personas imponiendo que “toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”.

Como todo principio, cumple con su función de ser fuente del derecho y criterio de interpretación en la búsqueda de soluciones a las cuales recurrir cuando existe un vació legal.

Se ve desenvuelto principalmente dentro de la familia, ya que es en esta donde el individuo desarrolla sus vínculos sociales, satisface sus necesidades primarias, y recibe la orientación inicial que posibilita todo su desarrollo actual y futuro.

Dentro de las normas que construyen la solidaridad familiar, tienen especial relevancia tanto aquellas que protegen la vivienda como las que protegen los bienes muebles que cumplen una función familiar primordial.

Es innegable que en la sucesión ad intestato y aún en la testamentaria, en cualquiera de sus conceptos, responde a principios de asistencia, es decir prestación de socorro, favor o ayuda.

Es dentro de dicha asistencia, que como venimos estudiando en el presente trabajo, aparece la mejora a favor del heredero con discapacidad. Figura que brinda protección al heredero más vulnerable por su condición.

La figura de la mejora estricta permite que el causante mejore a ascendientes y descendientes con discapacidad, sin mencionar al cónyuge supérstite con discapacitado.

La norma con su exclusión, pone un límite a la asistencia familiar; base de este artículo. Daña el principio solidario, ya que si el cónyuge, aquel que fue parte primordial en el proyecto de vida familiar, con el que sin duda fue clave para obtener y quizás ampliar el patrimonio de la familia; contando con alguna discapacidad que le impida valerse por sí, es probable que necesite tanto o más de esta mejora como el resto de los herederos legitimarios.

El cónyuge es uno de los legitimarios dentro del proceso en derecho de sucesiones testamentarias e intestadas, esto deviene a que la norma se contrapone por sobre los principios de solidaridad familiar. El supérstite siempre estuvo posicionado en el derecho de familia en igualdad de derechos y condiciones con el resto de los integrantes de su comunidad familiar, más aún cuando se trata de la cabecera de dicha unidad.
Pérez Gallardo, (2015) lo afirma:

"El cónyuge es quién ha compartido una comunidad de afectos dentro de la constitución de la familia, por lo que este desplazamiento es injusto" (p.47).

En definitiva lo que busca el derecho sucesorio es la protección de los bienes de la familia y especial con el artículo 2448 ampliar la protección de los derechos de los discapacitados, pero el legislador ha quedado a medio camino protegiendo sólo algunos.

Con el cónyuge se ha compartido una comunidad no solo de bienes, sino de afectos. Con él se ha constituido la familia y resulta injusto que si éste concurre con los descendientes el testador solo pueda mejorar a los descendientes y no así a el que sea favorecido con otros derechos, no supone que no lo sea con el beneficio que representa la mejora a que alude el art. 2448. La posición asumida por el legislador, si se quiere es discriminatoria, pues tan legitimario es él como los descendientes y los ascendientes. No incluir al cónyuge en la mejora es actuar -sin proponérselo, eso si- en desmedro de sus derechos. Si se quiere fortalecer la familia, no puede dejarse a un lado al cónyuge que se convierte en un pilar básico en la constitución de aquella. (Pérez Gallardo, 2015, Apartado III).

c) Lesión a la autonomía de la voluntad

La palabra autonomía proviene de la unión de dos términos griegos. Por un lado, se encuentra el término nomos, que quiere decir “ley”, y por el otro el vocablo autos, que para la Real Academia Española significa “propio o por uno mismo”. El resultado de ambos es “ley propia o dada por uno mismo”

“La autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir qué queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital, tal como los sostenía Emmanuel Kant. Sin embargo, para que esa autonomía pueda ser efectiva, para que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado”

La tendencia del derecho sucesorio moderno y la doctrina es de marcar una mayor autonomía de la voluntad, esta libertad implica flexibilizar las normas de orden público a fin de poder estar acordes con la tutela hacia los derechos humanos fundamentales y adecuar estas características a la nueva sociedad.

Como se estuvo analizando a lo largo del presente trabajo, el código introdujo una norma novedosa denominada mejora a favor del heredero con discapacidad, mediante la cual se amplía la autonomía de la voluntad del causante al permitirle disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad.

Se trata de un claro avance de la autonomía de la voluntad frente al orden público. En consecuencia el desafío del CCyC fue consagrar los principios de autonomía de la voluntad, libertad y desarrollo de la personalidad enmarcándolos dentro de los límites que impone la solidaridad que debe existir entre los miembros de la familia, así como la responsabilidad que supone haberla formado.

La autonomía, además de ser un bien personal y, como dije, de ser un aspecto esencial de cualquier concepción plausible sobre lo que es bueno en la vida, forma parte de un principio intersubjetivo, puesto que incluye pautas de conducta de uno hacia los demás. (Carlos Nino, 1989, p. 183)

La ampliación de la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio posibilita un mayor margen para que las personas organicen el modo en que se distribuirá el patrimonio luego de la muerte, posibilitando que pueda beneficiarse a quien más lo necesita.

Esta libertad resulta aún más necesaria cuando en la familia existe un pariente con discapacidad. La visión desde los derechos humanos hacía necesaria un especial resguardo a las personas vulnerables.

El artículo 2448 del CCyC consagra esta tutela y se constituye en una importante herramienta de "planificación sucesoria" cuando el causante tiene herederos forzosos y en la familia existe un pariente con discapacidad.

Dicha autonomía del causante encuentra su límite en el caso de que tuviera un cónyuge con discapacidad y quisiera mejorarlo. En este caso el mismo contará sólo con la posibilidad de hacerlo mediante su porción disponible, ya que la mejora estricta sólo contempla a ascendiente y descendientes con discapacidad.

Por último y a modo de conclusión se citara el artículo 19 de la Constitución Nacional el cual le otorga al individuo la facultad de elegir con total libertad las decisiones fundamentales de su vida, sin interferencia alguna por parte del Estado u otros particulares, siempre y cuando tales decisiones no vulneren derechos de terceros.

"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer los que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19 C.N.)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, (1984) establece que:

"el art. 19 protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo" (CSJN, Fallos 306:1892)

3. Conclusión parcial.

En este capítulo se analizó que el causante no podría constituir una mejora a favor del cónyuge supérstite por no encontrarse establecido expresamente en la norma. Tomando en cuenta que el legislador al momento de establecer los sujetos sobre los cuales puede recaer esta mejora solo incluye a los ascendientes y descendientes.

Se puede concluir que aunque el cónyuge tenga algunos beneficios que los otros legitimarios no poseen, el mismo si tiene una discapacidad, merece tener la misma posibilidad de ser beneficiario que el resto de los legitimarios.

CAPÍTULO VI

REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTA

Reflexión final y propuesta.

En el presente trabajo de investigación, se planteó el problema sobre la exclusión del cónyuge en la mejora a favor del heredero con discapacidad.

En dicha problemática, el art. 2448 sólo concede este beneficio a ascendientes y descendientes, presentando de este modo conflictos con principios del derecho como la solidaridad familiar, la igualdad, la no discriminación.

Estudiado el instituto de la legítima, en un recorrido por su historia, vimos como el concepto de propiedad fue evolucionando y variando a través del tiempo donde sobresale la naturaleza individual de su titularidad pero dentro de un sistema jurídico con limitaciones sociales justificadas en el desarrollo de la comunidad.

Nuestro derecho basándose en esto limita la voluntad del causante a disponer libremente de su propiedad al momento de su muerte, en protección de la familia, sustento de la sociedad.

Hemos podido observar que el Código Civil reconoce el principio de solidaridad familiar, al establecerlo en innumerables instituciones, surgiendo como elemento característico de la familia actual.

Que uno de sus mejores ejemplos se encuentra en el artículo 2448 bajo el nombre de "mejora a favor del heredero con discapacidad". Instituto que fue creado para brindar seguridad al heredero más vulnerado, y que concedió al testador la potestad absoluta de poder otorgar o no la mejora.

La misma respeta las porciones legítimas del resto de los coherederos y resulto ser una solución de justicia, visto que 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. De esta manera el derecho sucesorio intenta cumplir con su objetivo asistencial al comprender las consecuencias derivadas de la discapacidad.

Esto significa sin más estar en concordancia con la normativa internacional que protege a las personas con capacidades diferentes. Así lo dispone la convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad aprobada en la asamblea general de las Naciones Unidas en 2006 y ratificada por Argentina conforme ley 26.378.

En definitiva, el legislador ha tomado una decisión importante en la defensa de los intereses patrimoniales del discapacitado.

Se trata de una incorporación transcendental, no sólo porque consagra la autonomía de la voluntad del causante sino porque procura dar respuesta a la preocupación que tienen los familiares de personas con discapacidad respecto de determinar quien se va a ocupar de ellos después que se produzca la muerte del que asumía esta función.

Observamos en el último capítulo desarrollado que la norma en estudio presenta una negativa o involución, ya que no tiene en cuenta al supérstite con discapacidad, que es con el que se compartió y contribuyó al sostenimiento de la familia.

Este problema surge, ya que, en la reforma del código, la comisión competente que le tocó dirimir en materia de sucesiones, y crear este instituto, no tuvieron en cuenta primordialmente al cónyuge con discapacidad, no solo como legitimario en el proceso sucesorio, sino también como persona discapacitada.

Habiendo realizado un breve recorrido por el presente trabajo, se propone que:

- Para que el derecho sucesorio cumpla con su objetivo asistencial de forma íntegra y lograr así poner en plano de igualdad a todos los herederos legitimarios, se incluya en el artículo 2448 al cónyuge supérstite. Teniendo en miras que la norma se sustenta en la vulnerabilidad de la persona incapaz. Comparto con la doctrina que considera injustificada esta omisión, resultando incoherente con las restantes normas del código que protegen al cónyuge supérstite.

- Dado el contexto socio económico y cultural de la sociedad, y analizando cada caso en particular, se flexibilicen institutos como la legítima en busca de una mayor equidad dentro del ámbito familiar, ampliando la libertad del causante para disponer de sus bienes.

Concluyendo, el derecho sucesorio argentino debe preveer una protección especial para el cónyuge supérstite con discapacidad, a fin de que se garantice derechos, igualdad, integración, bienestar y asistencia.

Bibliografía específica.

BORDA, Guillermo. 2008. Manual de Derecho Civil- Sucesiones. Actualizado por Delfina Borda, 15a edición. Buenos Aires. Ed. La ley.

HERRERA, Marisa y **PELLEGRINI,** M. Victoria. 2015. Manual de Derecho Sucesorio .1° ed. Editorial de la Universidad del Sur. Bahía Blanca.

MEDINA, Graciela y **ROLLERI**, Gabriel. 2017. Derecho de las Sucesiones. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

OLMO, Juan Pablo. 2015. "Mejora a favor del heredero con discapacidad". Buenos Aires. Diario La Ley.

OLMO, Juan Pablo. 2017. "Interpretación de la palabra 'además' en el artículo 2448 CCyCN", .Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IX, N° 1, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires.

OLMO, Juan Pablo. 2018. A propósito de la mejora a favor del heredero con discapacidad. Reviste N°12. Rosario. Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe.

ORLANDI, Olga. 2013. Vulnerabilidad y derecho sucesorio. Revista Derecho Privado. Año II – N° 6 – Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires. Editado por Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

OVSEJEVICH, Luis. 1964. La legítima. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XVIII. Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina,

PEREZ GALLARDO, Leonardo. 2015. La mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial. Buenos Aires. Revista de Derecho de Familia y de las Personas.

PÉREZ LASALA, José. 2014. Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Tomo II. Parte Especial. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

PETIT, Eugene. 1954. Tratado elemental del derecho romano. Buenos Aires. Ed. Albatros.

SANTISO, J. 2017. La mejora estricta de la legítima de herederos con discapacidad. Buenos Aires. Diario Familia y Sucesiones Nro. 71.

ZANNONI, Eduardo. 1999. Manual de derecho de las sucesiones. Buenos Aires. Editorial Astrea.

ZANNONI, Eduardo. 2007. Manual de Derecho de las Sucesiones. Buenos Aires. 5ta ed. Editorial Astrea.

ZANNONI, Eduardo. 2003. Manual de Derecho de las Sucesiones. 4ta ed. Actualizada. Ed. Astrea. Buenos Aires.

Bibliografía general.

ALTERINI, J. (2015) Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Tomo XI. Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley.

BORDA, G. (2003): Tratado de Derecho Civil. Sucesiones, Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Editorial LexisNexisAbeledoPerrot.

CÓRDOBA, M. (2015). Comentarios al artículo 2448 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ricardo Luis Lorenzetti (Dir.), tomo XI, RubinzalCulzoni, Santa Fe.

FONT, M. (2018). Guía de Estudio de Sucesiones. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Astrea.

HERRERA M. y **PELLEGRINI** M. V. (2015). Manual de derecho sucesorio. Bahia Blanca, Buenos Aires, Argentina: Ediuns.

KEMELMAJER d**e CARLUCCI**, A. (2015) La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. Rubinzal Culzoni.

NINO, Carlos Santiago. Etica y derechos humanos, Astrea, Buenos Aires 1989.

PETIT, Eugene, 1954. Tratado elemental del derecho romano. Editorial albatros, Bs As.

RIVERA, J., y **MEDINA**, G. (2015) Código Civil y Comercial Unificado 2015 Comentado. Argentina. Editorial La Ley

Legislación consultada.

- Constitución Nacional Argentina
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 2012.
- Ley N° 26.378 aprobatoria de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006.
- Ley N° 22.431 "Ley de Sistema de Protección Integral de las personas con discapacidad".
- Ley Nº 27.044 "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad"
- Ley 24.901 "Ley de Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad".
- Proyecto Código Unificado 1998. Proyecto de Ley N°3984/17
- Código Civil Español. https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763

Jurisprudencia.

- CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios", Fallos 306:1892.

Portales web consultados.

- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo VI. www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_VI.pdf

- Ley 26.378. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo.
- http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=141317

- Ley 22.431. Ley de sistema de protección integral de las personas con discapacidad.
- http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20620/norma.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%201%C2%B0%20-%20Instit%C3%BAyese%20

- Ley 24901. Ley de prestaciones básicas de habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad.
- http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/47677/norma.htm

- Ley N.º 27.044 “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”

- XXII Congreso de derecho Civil. http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-nacionales-de-derecho-civil/XXII-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-2009.pdf

- XIII Jornada de derecho civil 1991. http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/85-1991-xiii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-notarial-argentina-buenos-aires

- http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=239860
- https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2017/03/comite-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-se-reune-en-su-17o-sesion/
- http://www.enciclopedia-juridica.com/d/sucesi%C3%B3n/sucesi%C3%B3n.htm
- https://dle.rae.es/vulnerable
- http://www.enciclopedia-juridica.com/
- https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3984.17/S/PL
- www.infojus.com.ar
- http://www.onu.org.ar/
- https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20170918084340428

ÍNDICE

Resumen……2
Estado de la cuestión.....3
Marco teórico 6
Introducción 7

Capítulo I
"CONCEPTOS PREVIOS"
1- Introducción……. 11
2- Concepto de sucesión.....11
3- Clases de sucesiones.....12
4- Origen de la legitima.....13
5- Derecho romano.....15
6- Reseña histórica de la vocación hereditaria del cónyuge.....17
7- Conclusión parcial.....17

Capítulo II:
"SUCESIONES INTESTADAS"
1. Introducción 19
2. Concepto y supuestos de aplicación.....19
3. Reglas que la rigen.....20
4. Herederos legítimos y legitimarios 21
5. La legítima 23
6. La legítima y el derecho de familia 24
7. Protección de la legítima.....24
8. Conclusión parcial.....26

Capítulo III:
"MEJORA A FAVOR DEL HEREDERO CON DISCAPACIDAD"
1. Introducción 28
2. Texto y ubicación de la norma 28
3. Antecedente de la norma en el derecho español 29
4. Antecedente de la norma en el derecho argentino 30
5. Derecho del causante de otorgar la mejora 30

6. Mejora y porción de libre disponibilidad 31
7. Medios por el que se puede otorgar la mejora 33
8. Beneficiarios de la mejora 35
9. Solidaridad familiar 36
10. Conclusión parcial 37

Capítulo IV:

“DISCAPACIDAD”

1. Introducción 39
2. Que se entiende por discapacidad 39
3. Tutela de las personas con discapacidad. 40
4. Vulnerabilidad 42
5. El derecho sucesorio y las personas con discapacidad 43
6. Conclusión parcial 45

Capítulo V:

“EXCLUSIÓN DEL CÓNYUGE”

1. Introducción 47
2. Exclusión del cónyuge en la mejora a favor del heredero con discapacidad: 47
   a) Lesión al principio de igualdad y no discriminación 51
   b) Lesión al principio de solidaridad familiar 53
   c) Lesión a la autonomía de la voluntad. 55
3. Conclusión Parcial 56

Capítulo VI

“REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTA”

Reflexión final y Propuesta 59
Bibliografía específica 61
Bibliografía general 62
Legislación consultada 63
Jurisprudencia 64
Portales web consultados 64