

RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

DIRECTOR:

HÉCTOR ALEGRIA

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

Año VII | Número 1 | Febrero 2021

ISSN 2469-049X

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS

LA LEY

ISSN: 2469-049X
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de enero de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

DIRECTOR:

HÉCTOR ALEGRIA

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

Año VII | Número 1 | Febrero 2021

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

Derechos sucesorios de las personas con discapacidad

Juan Antonio Seda (*)

Sumario: I. Introducción. La capacidad de ejercicio.— II. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.— III. La persona con discapacidad mental o intelectual como testadora.— IV. La persona con discapacidad como heredera.— V. Cierre. “Cuando no estemos”.

I. Introducción. La capacidad de ejercicio

El art. 1º del Cód. Civ. y Com. plantea que hay que armonizar las normas locales con los compromisos asumidos en los tratados internacionales de derechos humanos (1). Esto tiene coherencia y continuidad con lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de la CN, que le otorga jerarquía constitucional a un conjunto de tratados internacionales de derechos humanos. Entre los instrumentos que fueron incorporados luego a esa categoría, está la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la República Argentina en el año 2008 (2). Pero, a casi quince años de la aprobación de este tratado internacional de derechos humanos, todavía no se logró una armonización con el sistema de derecho privado argentino. Uno de los motivos de este fracaso jurídico es la dificultad de adaptar los deseos de pleno ejercicio, que expone de manera tan optimista la Convención, al régimen de los actos jurídicos argentino. El objeto de este artículo es señalar y describir, lo más claramente posible, los principales debates actuales en torno a los de-

rechos sucesorios de las personas con discapacidad (3). Una hipótesis subyacente es que aquella norma internacional solamente expresa anhelos genéricos, que están muy lejos de dar respuestas prácticas a los problemas reales que se deben afrontar en esta materia.

En los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, se expresa que esa norma viene a reemplazar el “modelo de sustitución” por el “modelo de la autonomía”. Así, lo primero que hace es plantear que se mantiene la distinción entre la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio, como si fuera posible evitar tal desmembración. No es realmente una distinción que crea la ley, sino que se trata de una condición fáctica: no todas las potencialidades llegan a una concreción. He aquí uno de los problemas nodales desde la perspectiva del discurso militante de los derechos de las personas con discapacidad, la dificultad de aceptación de la limitación fáctica. Un ser humano tiene la potencialidad de celebrar un acto jurídico, pero para ello requiere prestar el consentimiento, o sea la expresión de la voluntad. ¿Qué pasa si alguien no cuenta con el discernimiento necesario para realizar ese acto? La restricción de la capacidad de ejercicio no surge de normas específicas, sino que responde a la imposibilidad de cumplir con los requisitos para la validez

(*) Doctor en Derecho. Profesor adjunto regular de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Director del Programa de Actualización y Profundización de Posgrado en Discapacidad y Derechos (UBA).

(1) Habría que aclarar que eso no constituye una novedad en el sistema argentino, sino que es meramente un énfasis de un principio que ya existía (SEDA, J., “Manual de Derecho de Familia,” Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2018).

(2) Ley 26.378. Años más tarde, en 2014, se le otorgó jerarquía constitucional a través de la ley 27.044.

(3) Este trabajo forma parte de un Proyecto Postdoctoral (UBA) y del Proyecto de Investigación UBACYT denominado “Derechos sucesorios de las personas con discapacidad. Armonización entre el Código Civil y Comercial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

de un acto jurídico. Lo que sí puede prever la norma es una serie de medidas para reemplazar a esa falta de entendimiento racional por otras formas de decisión, también válidas.

Hay una serie de inconsistencias en el intento de explicación de un “cambio de modelo” en el sistema jurídico argentino en esta materia. Se intenta presentar un programa de transformación legislativa con una retórica pretenciosa, y creo que, también, algo superficial. Se usa, además, otra expresión recurrente, el famoso “cambio de paradigma” (4). Lo que simplemente se hizo fue ordenar una serie de modificaciones en las nomenclaturas y en el procedimiento para la restricción de la capacidad de ejercicio (5). El elemento esencial del sistema de actos jurídicos es el mismo, la validez se juzga, entre otras cosas, por las condiciones subjetivas del otorgante del acto. Y la falta de discernimiento por causa de una discapacidad mental o intelectual es un hecho fáctico, no una mera clasificación creada por la ley.

El anhelo por un mayor respeto por la indemnidad física y psíquica de las personas con discapacidad es un objetivo loable, que se expresa en diferentes normas. Esto puede, a su vez, trasladarse a las personas mayores, cuyas cualidades cognitivas es viable que se deterioren aún sin llegar a la condición de personas con discapacidad. Pero, en materia de derechos sucesorios, no es nuevo el debate acerca de las situaciones intelectuales en las cuales debe estar el testador para que sus disposiciones de última voluntad sean válidas. En este texto, se abordará el tema

(4) Dice la nota de elevación citada: “El Anteproyecto recepta el nuevo paradigma en materia de personas con capacidad restringida por razones de padecimientos mentales, de conformidad con la ley 26.657...”. No es nuevo el auto elogio en esta clase de documentos gubernamentales, pero, además, hay que decir que se comente un grave error al creer que la ley 26.657, conocida como Ley de Salud Mental, abarca a todas las situaciones posibles, ya que, aquella norma remite a los padecimientos mentales, pero no a la discapacidad intelectual.

(5) Los cambios en los procesos de restricción de la capacidad de ejercicio han sido desarrollados en otros textos, la referencia es solamente a efectos de refutar ese presunto cambio de modelo o paradigma (SEDA, J., “La capacidad jurídica de personas con discapacidad mental o intelectual” Publicado en: SJA 18/04/2018, 18/04/2018, 1 - Cita Online: AP/DOC/1055/2017).

tanto desde la perspectiva de la persona con discapacidad como heredera, igual que en su rol de testadora. En este segundo caso, se hará específica referencia a las personas con discapacidad mental o intelectual, ya que, las posibles dificultades que puedan tener quienes sufren limitaciones sensoriales o motrices no tienen que ver con vicios de la voluntad (6).

En todo el segmento en el cual se trata el tema de la restricción a la capacidad de ejercicio en el Código Civil y Comercial, se evita la utilización del término “representación” cuando se trata de apoyos a las personas con discapacidad mental o intelectual. Tal omisión se explica porque se ha asumido, sin mucho sentido, que “representar” es lo mismo que “sustituir”. Este equívoco constituye una concesión demagógica a los grupos militantes en materia de discapacidad, que, a nivel global, han planteado que hay una especie de “pugna entre modelos”, y que el supuesto “paradigma” de la sustitución se apoya en la figura del curador. Por tal motivo, el legislador argentino ha decidido cambiar la denominación por “apoyo” (7). Veremos a continuación, que en el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no hay realmente ninguna prescripción que, expresamente, se refiera a los derechos sucesorios en términos distintos a lo que ya disponían las leyes argentinas.

II. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es una norma muy mencionada y valorada políticamente a nivel global, pero que tiene realmente pocas reglas jurídicas novedosas. La mayoría de los derechos que prescribe ya estaban reconocidos en otros ordenamientos, tanto a nivel nacional como in-

(6) Ello no significa ignorar algunas dificultades u obstáculos que pueden surgir para la celebración válida de un testamento, p. ej., hay normas específicas para los actos ante escribano público que dicten las personas ciegas, pero este tema excede el objeto principal de este artículo.

(7) No deja de tener cierta tierna ingenuidad la idea de cambiar los términos, con la esperanza de modificar así la realidad. La figura de la influencia indebida tiene décadas de debate en la jurisprudencia de todo el mundo.

ternacional. Además, el tipo de redacción es sumamente ambiguo e impreciso, lo cual le da un tono de vaguedad al texto. Ello sin mencionar que su articulado está plagado de declaraciones de intención demasiado genéricas, que suelen ser objeto de muchas dudas en la interpretación (8). Se trata, más bien, de un documento de tinte testimonial y donde hay un regodeo retórico sobre un presunto cambio de modelo o de paradigma, que aspira a motorizar una transformación social que revierta la discriminación. Tal carácter político de este tratado internacional de derechos humanos no debería ser tomado como una debilidad. Más bien es un gran aporte simbólico y cultural a la consolidación del colectivo organizado, que reclama a los gobiernos de todo el mundo por el reconocimiento de derechos y por la asignación de recursos presupuestarios para afrontar diferentes prestaciones. Pero, en rigor de verdad, no hay muchas novedades en cuanto a reglas jurídicas específicas (9).

Donde sí es necesario reconocer una modificación importante que trae la Convención es en la definición, o sea a quién se considera como “persona con discapacidad”. Esta reforma es considerada muy relevante, porque incluye una interacción entre una limitación individual y barreras del entorno. O sea, la discapacidad no es, de acuerdo con la definición de la Convención, estrictamente la limitación, ni la deficiencia, ni la desventaja. Es una interacción de esa característica (que está en el individuo, y puede ser física, mental, intelectual o sensorial),

(8) Este tratado internacional de derechos humanos tiene una gran cantidad de declaraciones, pero realmente pocas reglas que modifiquen el ordenamiento normativo. En una investigación realizada hace unos años, señaló que la Convención no había realmente modificado la orientación de la jurisprudencia en los tribunales argentinos, tomando en cuenta una cantidad robusta de pronunciamientos sobre derechos de las personas con discapacidad (SEDA, J. “Discapacidad y Derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Ed. Jusbaire, Buenos Aires, 2017).

(9) No es nueva la distinción entre reglas, directrices y principios (DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, Ed. Ariel, Barcelona, 1995). Uno de los debates persistentes en esta materia es si las reglas que ya existían en el derecho argentino son consistentes con los principios que trae la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

con las barreras del entorno social (10). Si bien es algo ambiguo, se trata de un parámetro que utiliza el Estado argentino para expedir el Certificado Único de Discapacidad, desde hace más de una década y de acuerdo con la implementación de la ley 25.504, a la que adhieron todas las provincias. Entonces, cabe preguntarse si la ley 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial puede traer otra definición diferente a la que ya proporcionaba este instrumento internacional de derechos humanos. Sería llamativo que el legislador no hubiera tenido en cuenta que ya existía una norma que brinda una definición de persona con discapacidad. Volveremos sobre este aspecto cuando abordemos la cuestión de la persona con discapacidad como heredera.

Es necesario remarcar que existen muchos otros documentos internacionales, aunque no sean normas, que formulan declaraciones sobre los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual (11). En cuanto a los derechos sucesorios, la Convención impone varias pautas para asegurar el derecho de las personas con discapacidad a disponer libremente de sus bienes. Recordemos que una de las características de ese texto es que no suele distinguir entre tipos de limitaciones, entonces, hay que interpretar cuándo refiere a un tipo de discapacidad o a otro. Por ejemplo, no tendría ningún sentido referir al derecho de las personas con discapacidad motriz a gozar de plena personalidad jurí-

(10) La definición de la discapacidad es uno de los nudos centrales del debate en este campo porque se busca al mismo tiempo separarla conceptualmente de la patología y obligar al resto de la comunidad a responsabilizarse por los obstáculos en la plena participación social. A esto hay que agregarle que la definición es trascendente para delimitar el régimen jurídico aplicable (SEDA, J., “La definición de discapacidad ante el deterioro por edad”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 2017, agosto, 04/08/2017, 237. Cita Online: AR/DOC/1832/2017).

(11) Por citar algunos, en 1975 la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad y ese mismo órgano aprobó en 1979 la Declaración de Derechos Generales y Específicos de los Retrasados Mentales. En la actualidad esa denominación resulta inapropiada y, aunque las denominaciones varíen en el tiempo, se nota una continuidad en la preocupación por los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual.

dica y capacidad de ejercicio, ya que, eso no está en controversia. ¿Cuál sería el sentido de afirmar un derecho que nadie cuestiona? En cambio, sí podría corresponder que se reafirme este derecho con respecto a las personas con discapacidad mental o intelectual. Sin embargo, con un dudoso criterio, el art. 12 de la Convención trata este tema y refiere genéricamente a las personas con discapacidad. Cuando aborda este tópico, en el inc. 5º del art. 12, no aporta gran novedad con respecto a lo que ya disponía el ordenamiento argentino, veamos el texto:

“5. 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”.

Observamos que el texto refiere a cuestiones casi obvias y que ya eran de aplicación para todos los habitantes de la República Argentina, como el derecho a la propiedad, consagrado en el art. 17 de la CN. También, se reconoce el derecho a heredar bienes y controlar cada uno sus propios asuntos económicos. ¿Qué sucede cuando el titular del derecho no cuenta con recursos cognitivos para comprender las consecuencias de las decisiones que está tomando? ¿O directamente, cuando no puede expresar ninguna decisión por una imposibilidad mental o intelectual?

La propia Convención reconoce que hay personas con discapacidad que necesitan de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. ¿Cuáles son los alcances de esos apoyos y los controles para su accionar? Cada circunstancia nos remite a una gran variedad de situaciones de posibles intereses contrapuestos entre el titular de un derecho y quien, por causa de una discapacidad mental o intelectual, lleva adelante los apoyos para la toma de decisiones. La cuestión de la autonomía y los apoyos ha sido muy debatida, se han modificado nomenclaturas, pero ello no evita que perviva la controversia.

¿Cómo lograr el equilibrio entre la autonomía y la protección de quien carece de discernimiento para ciertos actos complejos? A continuación, analizaremos el conflicto de larga data, acerca de la validez o nulidad de los testamentos dictados por quien carece de discernimiento.

III. La persona con discapacidad mental o intelectual como testadora

¿Una persona con discapacidad intelectual o mental puede transmitir sus bienes a través de un acto de última voluntad? Hemos visto recién que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce expresamente el derecho a heredar, aunque no dice nada expresamente con respecto a dictar testamento. De cualquier forma, se podría interpretar que la potestad de decidir sobre su propio patrimonio forma parte del derecho a la propiedad, reconocido en este mismo artículo, también, en la Constitución Nacional. Si puede disponer de su patrimonio por actos entre vivos, igualmente debería poder hacerlo a través de actos de última voluntad, aunque para ello necesite de apoyos específicos.

El reconocimiento de la autonomía de la persona con discapacidad no equivale a la derogación del régimen de nulidades de los actos jurídicos del sistema argentino. Este busca proteger a quienes padecen limitaciones cognitivas, congénitas, adquiridas o bien determinadas por el deterioro propio de la edad, así como también, a quienes sufren patologías mentales que les impiden comprender las consecuencias de sus actos (12). Cuando hablamos de testamento, nos referimos al acto de última voluntad por el cual se dispone para después del fallecimiento del testador, de la totalidad o una parte de los bienes (13). Se trata de un acto voluntario, unilateral y de carácter personalísimo, que, por lo tanto, requiere del testador el pleno uso de las facultades. No podría considerarse que quien carece de discernimiento pueda cele-

(12) Recordemos que esta discusión deviene abstracta en el caso de existir herederos forzosos, ya que, en ese caso la posibilidad de testar queda restringida a la porción disponible de la masa.

(13) También puede contener disposiciones sin contenido patrimonial, como el reconocimiento de un hijo extramatrimonial.

brar un acto voluntario (14). La carencia de discernimiento, entonces, ¿elimina absolutamente la posibilidad de dictar testamento a las personas con discapacidad?

El ordenamiento legal argentino mantuvo la diferencia entre dos tipos nulidad de los testamentos. El primer tipo de nulidad surge en aquellos casos en los cuales adolece de las formalidades correctas, o sea que contiene vicios de forma. Como ya fue dicho, este acto jurídico requiere de una serie de solemnidades muy estrictas, justamente para asegurar que lo que se expresa sea exactamente la voluntad del testador. El segundo tipo de nulidad surge por lo que el Código Civil y Comercial denomina “falta de razón”, o sea que hay una carencia de entendimiento o discernimiento acerca de las consecuencias de ese acto. La nulidad por falta de razón es la que podría recaer sobre un testamento dictado por una persona con discapacidad mental o intelectual. Aunque, también, hay que aclarar que, para anular un testamento por esta causa, alcanza con que esa limitación se hubiere expresado al momento de testar. Como la capacidad se presume, obviamente tal falta de razón debe ser demostrada por quien la alegue. Este segmento del ordenamiento legal debe armonizarse con los principios de la Convención y con las pautas del proceso de restricción de la capacidad de ejercicio. Además, requiere coherencia con el régimen de validez y la nulidad de los actos jurídicos.

Otro detalle que deja en evidencia que el Código Civil y Comercial no es consistente en esta materia, es la inclusión del inc. d) en el art. 2467, que prescribe que será nulo un testamento si hubiera sido otorgado por una persona declarada judicialmente incapaz. Debe entenderse que se refiere a las personas cuya capacidad de ejercicio ha sido restringida, ya que, es materialmente imposible que los incapaces expresen su voluntad. Justamente, el requisito para la declaración de incapacidad es que ese individuo no pueda interactuar con su entorno ni expresar su voluntad de ningún modo (15). Seguramen-

(14) Para el Código Civil y Comercial un acto voluntario es aquel celebrado con discernimiento, intención y libertad (art. 260).

(15) Dice exactamente ese último párrafo del art. 32 del Cód. Civ. y Com.: “Por excepción, cuando la persona

te, el legislador quiso referirse a aquellas personas que hubiesen sido objeto de un proceso de restricción de la capacidad de ejercicio. Se nota una grave incongruencia entre los textos de los arts. 32 y 2467. Inclusive, en ambos se ve que no han sido pensados en consonancia con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que, ni siquiera utilizan una terminología acorde.

Debería considerarse inconstitucional la nulidad *a priori* de los testamentos dictados por personas con discapacidad mental e intelectual. Volviendo a la pregunta que inicia este segmento, se necesita un equilibrio razonable entre el ejercicio del derecho y el riesgo a un acto de aprovechamiento de esa limitación. ¿Cómo encontrar el balance preciso entre el derecho a disponer a través de testamento y la carencia de razón para comprender este acto? Posiblemente de igual manera que se intenta para la celebración de los actos entre vivos, con apoyos y salvaguardias. Antes que nada, es necesario insistir y remarcar la posibilidad de la transmisión *mortis causae* de las personas con discapacidad mental, o intelectual, algo que suele ser descartado sin considerarlo como un acto discriminatorio. Supongamos que una persona, que no tiene discernimiento por un padecimiento mental o bien por una limitación cognitiva, desea beneficiar a alguien por vía testamentario. ¿No tiene acaso derecho a disponer de su patrimonio?

No resulta fácil de acreditar la falta de razón de la persona que dictó testamento al momento de su celebración (16). En el caso de “influencia indebida” se produce una intromisión que influye de manera ilícita en la expresión de la voluntad del testador. Generalmente, este movimiento es ejercido por una persona allegada, cercana, que puede o no ser pariente de quien

se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

(16) La presunción de la capacidad de las personas humanas estaba presente en la segunda parte del art. 3616 del derogado Cód. Civil. Al igual que en el actual Código Civil y Comercial, regía la presunción y la falta de salud mental debe ser acreditada por quien impugna el acto (ZANNONI, E., “Derecho de las Sucesiones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 281).

dictó testamento (17). Por ello, es que se debe tener un especial cuidado en cómo designar apoyos para quien deba realizar actos jurídicos que involucren disposición de bienes. A fin de evitar conflictos de intereses se pueden convocar a profesionales que no tengan relación con la persona con discapacidad mental o intelectual que desee testar, siempre con los correspondientes controles judiciales. De esa forma, se podría evitar un aprovechamiento patrimonial, pero también dejaría mayor tranquilidad a los familiares cercanos de buena fe, y cuyo objetivo sea permitir el desarrollo autónomo de la decisión del testador con discapacidad mental o intelectual.

IV. La persona con discapacidad como heredera

Hemos visto ya que las personas con discapacidad pueden ser herederas en igualdad de oportunidad que el resto. Se trata de una derivación razonada del derecho a la propiedad y para que tuviera vigencia, realmente no hacía falta que se reiterara ni enfatizara en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De cualquier manera, se hizo, a través del ya citado inc. 5ª del art. 12. En este punto hay que aclarar, nuevamente, que esta prescripción abarca a todas las personas con discapacidad, y no solamente a quienes pueden tener alguna limitación permanente o transitoria en su discernimiento.

Inclusive, el ordenamiento jurídico argentino va más allá y propone una condición de privilegio para algunos de los herederos con discapacidad. Se trata de la mejora que trae el art. 2448 del Cód. Civ. y Com., una medida de redistribución a costa de los demás coherederos. Consiste en dar una extensión excepcional al instituto de la mejora cuando uno de los herederos fuera una persona con discapacidad. Claro que, esta disposición es optativa para el eventual testador. En tal caso, una persona con discapacidad que sea descendiente o ascendiente, por la vía

(17) La influencia indebida no solamente puede darse cuando se trate de una persona con discapacidad mental o intelectual, ya que, la debilidad de la voluntad del testador puede provenir de otra causa subjetiva (ZELIZER, Viviana, “La negociación de la intimidad”, Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009).

del testamento, podrá gozar de una mejora de su porción a expensas de las demás concurrentes al llamamiento. El porcentaje que se puede aumentar es de hasta un tercio de lo que correspondería a las demás porciones, también, hay que aclarar que esta mejora se agrega a la porción disponible por parte del testador (18).

El acceso a esta mejora depende de acreditar la condición de persona con discapacidad, a partir de la propia definición que da ese mismo texto (19). ¿Acaso el legislador decidió modificar la definición que ya existía sobre persona con discapacidad en la legislación argentina? He aquí otra inconsistencia más, ya que, hemos visto que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trae una definición, que a su vez es tomada por la ley 25.504. ¿Por qué el Código Civil y Comercial brinda una nueva definición de discapacidad? ¿No sería más sencillo acreditar la condición a través de un Certificado Único de Discapacidad?

El propio art. 2448 prevé la opción del fideicomiso, que requiere de un entramado de tareas asignadas hacia el futuro y por prolongados períodos de tiempo. Se trata de un contrato complejo y que requiere de prestaciones a larga duración y cuya eficacia se diluye, inclusive desaparece, si no hay condiciones jurídicas y económicas estables. Más adelante, veremos que acá está uno de los puntos centrales a resolver por la legislación comparada, la vía jurídica para brindar seguridad económica a descendientes o ascendientes que sean personas con discapacidad mental o intelectual. El caso más común en la práctica es el de hijos que tienen dificultades

(18) Dice expresamente la primera parte de este art. 2448: “El causante puede 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”.

(19) La definición que brinda el art. 2448 del Cód. Civ. y Com. es la siguiente: “A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que con relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. La divergencia con la definición de la Convención es sutil, pero evidente, ya que, interacciona deficiencia con desventaja.

para asegurar una vida autónoma desde los ingresos propios.

Es relativamente escasa la cantidad de testamentos que se dictan en la República Argentina, en comparación con otros países. Esta norma, revestida de un tinte protectorio para quien podría estar en condición de mayor vulnerabilidad, pone a disposición un instrumento más. Por supuesto, que siempre se puede evaluar la efectividad de las medidas y la relación entre los medios utilizados y el efecto deseado. El uso de este instituto, a través del tiempo, nos dará la respuesta acerca de si esta mejora estricta a la persona con discapacidad es un medio idóneo. En principio, se erige como una especie de medida de redistribución de bienes entre los herederos, según quienes más lo necesitan por causa de su discapacidad. Si así fuera, habría que analizar si esta regla fue diseñada adecuadamente o si hay un prejuizamiento apresurado. ¿Realmente todas las personas con discapacidad necesitan de este privilegio excepcional o sería más inteligente que se lo reservara para aquellos que tuvieran mayores limitaciones? Recordemos que hay muchas personas con discapacidad que realizan una vida autónoma, trabajan y tienen sus propios ingresos (20). ¿Se justifica que una persona con discapacidad motriz reciba este privilegio? ¿No resulta algo prejuicioso con respecto de aquellas personas con discapacidad que tienen autonomía para las actividades de la vida diaria? De cualquier modo, esta es una decisión legislativa y, en sí misma, no es incongruente como, en cambio, sí lo son otras ya señaladas antes.

Otra situación controversial es la exclusión de la mejora estricta del cónyuge con discapacidad. Es sorprendente que el legislador no lo incluyera y solamente brindara esta posibilidad para favorecer solamente a ascendientes y descendientes. Nuevamente, se trata de una decisión de política legislativa y que no conlleva en sí misma un error jurídico, aunque pueda ser discutida en términos de valoración sobre la equidad de la regla. Asimismo, se podría cues-

(20) Esta consideración excede a la interpretación y se trata solamente de un punto a debatir ante posibles reformas en el futuro (SEDA — COFRE, “Mejora a favor del heredero con discapacidad” en *Proceso Sucesorio*, Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 2020, ps. 195-203).

tionar la completitud de la prescripción, ya que, si el objetivo es proteger a las personas con discapacidad que hubiere en la familia, aquí hay una omisión difícil de entender. Es posible que, en el futuro no sean pocos los magistrados que se vean tentados a eludir la división de poderes que establece un Estado republicano, para auto asignarse la función legislativa y extender esta mejora estricta, también, al cónyuge con discapacidad.

Finalmente, debemos recordar que heredar es un derecho y no una obligación. Aquellos que tienen vocación sucesoria, ya sea que ese llamamiento sea deferido por la ley o por testamento, pueden aceptar o rechazar la herencia. Si guardan silencio por un lapso superior a los diez años, ese derecho de opción caduca; se entiende que se ha renunciado a la herencia (21). En cualquier caso, una eventual aceptación de la herencia será con beneficio de inventario, o sea que, si el caudal relicto fuera inferior al monto de las deudas, no perjudicaría al patrimonio del heredero. Precisamente, esta es la solución que trae el art. 2297, que aclara que la aceptación, tanto de la persona incapaz como de quien ha sido restringida en su capacidad de ejercicio, siempre será de tal naturaleza que no responda con sus propios bienes por deudas de la sucesión. En el proceso sucesorio se tiene en cuenta la participación de herederos con discapacidad mental e intelectual, para evitar aprovechamientos de tal condición de vulnerabilidad por parte de otros coherederos o bien de terceros.

V. Cierre. “Cuando no estemos”

Una de las consultas que con mayor frecuencia recibimos los abogados que trabajamos con progenitores de las personas con discapacidad mental o intelectual, es cómo hacer para planificar el futuro de sus hijos. Se trata de una preocupación profunda, sincera, existencial, que constituye una demanda social persistente. Las relaciones de las personas con discapacidad mental o intelectual con sus familias pueden implicar cuidados personales y apoyos para las actividades de la vida diaria. No son pocos los casos en los cuales estas tareas se comparten

(21) El art. 2288 del Cód. Civ. y Com., en su segunda parte prescribe: “El heredero que no la haya aceptado en ese plazo es tenido por renunciante”.

con instituciones (22). Es un interrogante que se puede hacer cualquier padre o madre, pero que en los casos de dejar hijos con discapacidad mental o intelectual se incrementa, debido a la dependencia funcional. Hemos mencionado ya la mejora para el heredero con discapacidad que trae el art. 2448 del Cód. Civ. y Com. Pero dejar mayor dinero no asegura el sostenimiento ni la administración; se requieren muchas otras medidas. ¿Se podrían crear personas jurídicas con tal propósito?

El fideicomiso es un instituto jurídico de larga trayectoria, con antecedentes en el derecho romano. El eje de este vínculo legal es la confianza en quien va a ejecutar las acciones necesarias para proveer en el futuro a las necesidades del beneficiario. Se lo considera como un contrato por el cual se fija un patrimonio de afectación con vistas a brindar una prestación en el futuro a otra persona diferente a quien lo estableció. Por estar basado en la confianza, el fideicomiso inicialmente se consideró apto para ser llevado adelante solamente por una persona física. A través del desarrollo histórico durante siglos, esta figura evolucionó y se ha admitido que tal función sea ejercida, también, por una persona jurídica. Así, en el derecho anglosajón se conoce la figura del *trust* como un mecanismo que garantice la permanencia en el tiempo y con el propósito de brindar seguridad económica al beneficiario.

El fideicomiso fue diseñado como una forma para administrar un patrimonio, que brinde seguridad económica a una persona con discapacidad, que no tenga habilidad suficiente para manejar por sí misma su herencia. De hecho, también en sus inicios se utilizó para beneficiar a quienes no estaban en condiciones de admi-

nistrar la herencia. Pueden preverse, además, controles sobre esa administración. Lo cual en el caso de las personas con capacidad restringida sería obligatorio, para cumplir con los recaudos legales de brindar apoyos y salvaguardias. De este modo, los progenitores de hijos con discapacidad mental o intelectual tendrían una mayor tranquilidad por dejar la administración de los bienes a transmitir en manos idóneas y de confianza. Se puede establecer como una forma de planificación sucesoria, encomendando la administración de los bienes a quien sea depositario de la confianza del estipulante del fideicomiso (también llamado fiduciante). Tampoco, podemos descartar la posibilidad de fiduciarios profesionales, cuya seguridad radique en su trayectoria en el mercado y no necesariamente en el vínculo personal.

Ya hemos visto que, el Código Civil y Comercial recepta la posibilidad del fideicomiso para dar curso a la mejora estricta para personas con discapacidad. La principal dificultad no radica en su naturaleza jurídica, sino en el entorno socio-jurídico desfavorable (23). En un contexto de estatización de casi todos los vínculos económicos, se torna algo remoto pensar en esta figura, pero, además, resulta difícil su aplicación por los vaivenes e inestabilidad política, jurídica y económica que suele atravesar nuestro país. En algún momento, podrá estabilizarse la economía argentina y si hay condiciones de seguridad jurídica, también, puede preverse la creación de esta clase de personas jurídicas privadas, de confianza de los fiduciarios, por supuesto con los debidos controles a modo de salvaguardias. A través de una ley especial se pueden pensar en personas jurídicas como fiduciarias para esta tarea, con la creación de instituciones especiali-

(22) Entre los años 2005 y 2008 realicé una investigación etnográfica en la Colonia Montes de Oca, una institución para internación de personas con discapacidad intelectual. Allí pude constatar algo que ya es una noción consolidada en la gran mayoría de la bibliografía especializada, la correlación directa que existe entre las habilidades sociales y los vínculos afectivos, algo que excede a las mediciones clásicas sobre la inteligencia. Aquí juega un rol fundamental la familia como ámbito de vinculación cotidiana (SEDA, J. "Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada antropológica de la Colonia Montes de Oca", Ed. Noveduc, Buenos Aires, 2011).

(23) Una buena noticia sobre esta clase de dispositivos es que evita la creación de agencias gubernamentales, que ya sabemos lo que significa, la designación de una profusa planta de funcionarios estatales, que luego se auto arroga la palabra autorizada en la materia. Una especialidad de quienes ocupan cargos en esa clase de agencias o programas es la de replicar a esos místicos "modelos" y "paradigmas", casi a modo de prédica que solamente ellos pueden traducir al resto de los mortales. Insistir en ese análisis voluntarista es desprestigiar el pensamiento hipotético deductivo y vestirse con un falaz manto de profetas contemporáneos.

zadas en brindar apoyos para las personas con discapacidad mental e intelectual (24).

He tratado de sostener, a lo largo de este artículo, que los conflictos jurídicos a los que nos enfrentamos para el ejercicio pleno de los derechos sucesorios de las personas con discapacidad no tienen respuesta en el texto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Porque, sencillamente, esa no es la función de un tratado internacional de derechos humanos, es la labor del legislador nacional. La República Argentina ha optado por concentrar estas normas en un Código Civil y

(24) “Después de nosotros” es una obra teatral escrita por Julio Chávez y Camila Mansilla, que trata acerca de la incertidumbre y la angustia que sufren los progenitores de un hijo adulto con discapacidad intelectual. Ellos saben que ese hijo no puede valerse por sí mismo para las actividades de la vida diaria. Durante veintiún años cuidaron de él en cada detalle y por eso temen por su propia muerte, al no saber quién continuará esa tarea. Esta situación planteada en la ficción representa muy bien la realidad de muchas familias, que consultan sobre posibles alternativas para planificar ese aspecto económico y funcional del futuro de sus hijos.

Comercial, pero que no menciona a la categoría de “persona con discapacidad”. Y cuando lo hace, en lugar de armonizar su definición con aquel tratado internacional de derechos humanos, brinda una operativa sutilmente diferente.

Las personas con discapacidad mental o intelectual tienen derechos sucesorios, igual que todos los habitantes de la Nación. Claro que es posible que, para el ejercicio de tales derechos, se requieran apoyos y salvaguardias. Por eso, hay que pensar estos sistemas de apoyos, diseñarlos y ponerlos en práctica con el criterio de brindar la mayor autonomía posible, sin permitir que existan aprovechamientos ilícitos a causa de su situación de vulnerabilidad. También, las familias de las personas con discapacidad mental o intelectual están solicitando soluciones para “cuando no estén”. Este es un desafío jurídico y político, que no puede soslayarse ni disiparse en la mediocridad de los clichés de “modelos” y “paradigmas”, tan repetidos en este campo. En lugar de frases hechas, se necesitan respuestas idóneas y sostenibles en el tiempo, que armonicen principios generales con reglas claras y que brinden certeza jurídica.