

Trabajo final de graduación



TRABAJO FINAL DE GRADO

“Análisis del conflicto normativo por la exclusión del cónyuge supérstite con discapacidad al beneficio de la mejora estricta de la legítima”

Rojas, Claudio Roberto

Abogacía

Año 2018

Tutor: Carlos Villanueva

Agradecimientos

Quiero agradecer a las personas que me apoyaron constantemente ante este nuevo desafío, que es el de ser un profesional de derecho, principalmente a mis hermanas Alba y Sivina que siempre estuvieron presente en todo momento de manera incondicional.

También a Carolina mi compañera de estudio, quien me acompañó y me sostuvo en cada momento de todos estos años de cursado de carrera.

Y finalmente a Negrita, Andrea, Sonia, Laura y David que fueron los que me ayudaron de una u otra manera, ya sea en la recopilación de doctrinas, prestamos de libros y asesoramiento legal.

De todo corazón muchas gracias, estarán siempre en mi corazón!

Resumen

El incluir al cónyuge supérstite con discapacidad para ser beneficiario de una mejora estricta en la legítima en el derecho sucesorio, resultaría acorde con los principios y bases constitucionales que surgen de nuestra carta magna, tratados internacionales receptados por esta Nación y principios generales del derecho: el de igualdad de condiciones con los demás, no discriminación, solidaridad familiar y libertad de testar.

Así, de esta manera, el instituto que analizamos estaría acorde y compatible a este nuevo cambio de paradigma tomado por esta sociedad argentina, siempre en aras de tutela y protección sobre los derechos hacia las personas con discapacidad, y más aún, siendo integrante del núcleo familiar y cónyuge del testador; que es quién en vida mediante una acto voluntario de libre disposición, será quien otorge esta mejora.

Abstract

The inclusion of the surviving spouse with a disability to be a beneficiary of a strict improvement in the right of succession law would be in accordance with the principles and constitutional bases that arise from our constitution, international treaties received by this Nation and general principles of law: equal conditions with others, non-discrimination, family solidarity and freedom to test.

Thus, in this way, the institute we analyzed would be consistent and compatible with this new paradigm change taken by this Argentine society, always in the interests of protection and tutelage over the rights of persons with disabilities, and even more so, being a member of the core family and spouse of the testador; who is who in life through a voluntary act of free disposal, will be who otorge this improvement.

Índice

Introducción	7
CAPITULO I - La Legítima Hereditaria y La Mejora estricta en la Legítima	9
La Legítima Hereditaria y La Mejora estricta en la Legítima	10
1.1. Introducción.....	10
1.1.2. La Legítima Hereditaria. Definición.	10
1.1.3. Sistema de Legítima adoptado por Argentina	11
1.1.4. Sistemas principales sobre la concepción de la Legítima	12
1.1.5. Antecedentes históricos sobre la Naturaleza Jurídica de la Legítima.....	14
1.1.6. Títulos para recibir la Legítima en el Derecho Argentino	16
1.1.7. Teorías sobre la Naturaleza Jurídica de la Legítima	18
1.1.8. Legitimarios.....	20
1.1.9. Porción Legítima y Porción Disponible	20
1.1.10. Inviolabilidad de la legítima	22
1.1.11. Protección de la Legítima.....	22
1.2. La Mejora estricta de la Legítima a Herederos con Discapacidad	23
1.2.1. Modos de realizar u otorgar la Mejora Estricta	24
1.2.2. Antecedentes del Instituto de la Mejora.....	25
1.2.3. Fundamentos de su Recepción en el Código Civil y Comercial	27
1.2.4. Mejora por Constitución de Fideicomiso a Personas con Discapacidad.....	28
1.3. Conclusión Parcial	28
CAPITULO 2 - El derecho del Cónyuge al beneficio de la mejora	30
El Derecho del Cónyuge al Beneficio de la Mejora	31
2.1. Introducción.....	31
2.2. Exclusión del cónyuge supérstite con Discapacidad – Analisis Doctrinario	31
2.2.1. Exclusión del Cónyuge con Discapacidad – Razones a Favor y en Contra.....	33

2.3. Beneficiarios y Legitimados.....	37
2.4. Vulnerabilidad de Personas con Discapacidad.....	39
2.5. La Vulnerabilidad del Cónyuge Supérstite con Discapacidad	40
2.6. Personas con Discapacidad - Definición.....	41
2.7. Personas con Discapacidad – Tutela Nacional.....	43
2.8. Discapacidad – Modelo Social	45
2.9. Un Cambio de Paradigma – Sistemas de Apoyos	46
2.10. El Derecho Sucesorio y la Tutela a Personas con Discapacidad.....	47
2.11. Conclusión Parcial	48
CAPITULO 3- Orden Jerárquico Constitucional - Bloque de Constitucionalidad Federal	50
Orden Jerárquico Constitucional – Bloque de Constitucionalidad Federal.....	51
3.1. Introducción.....	51
3.2. La Norma Constitucional – Base de Sistemas Jurídicos Estatales	51
3.3. El Derecho de Gentes en el Orden Jerárquico Argentino	54
3.4. Reforma Constitucional – Preeminencia a los Derechos Humanos	55
3.5. Obligatoriedad e Interpretación del Orden Jerárquico Constitucional	57
3.6. Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	58
3.7. Ley Nacional 26.378/08 - Recepción e Incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	60
3.8. Ley Nacional 27.044/14 - Jerarquía Constitucional a la Convención de las Personas con Discapacidad	64
3.9. Antecedentes y Fundamentos de la Recepción de los Tratados en este nuevo Código Civil y Comercial	64
3.10. Precedente Jurisprudencial de Jerarquía Superior a las Leyes Nacionales – Fallo Ekmekdjian vs Sofovich – Estructura del fallo y Analisis del Caso.....	67
3.10.1. Precedente Jurisprudencial	67

3.10.2. Estructura del fallo	68
3.10.3. Análisis del Fallo: De los Hechos, Del Derecho, Medidas de Acción y Procedimiento.....	68
3.11. Precedente Jurisprudencial del Principio de no discriminación	70
3.11.1. Análisis del Fallo: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, "G., R. F. c. Gobierno de la Prov. de Mendoza s/ a.p.a.	70
3.12. Jurisprudencia aplicada ante el caso concreto	71
3.13. Conclusión Parcial	71
CAPITULO 4- Principios Generales del Derecho de Sucesiones y del Derecho de Familia	73
Principios Generales del Derecho de Sucesiones y del Derecho de Familia	74
4.1. Introducción.....	74
4.2. Los Principios Generales del derecho en el Código Civil y Comercial.....	74
4.3. El Derecho de Sucesiones como Derecho Dependiente	76
4.3.1 El Derecho Sucesorio al Derecho Patrimonial	77
4.3.2. El Derecho de Sucesiones fundamentado con el Principio de Solidaridad Familiar	78
4.3.3. Principio de Libertad de Testar.....	79
4.4. Principios Generales del Derecho como Fuente de Derecho	83
4.5. Principio de Igualdad	84
4.6. Principio de Solidaridad Familiar	86
4.7. La Discriminación y el Derecho a la No Discriminación	89
4.8. Conclusión Parcial	92
CONCLUSION FINAL Y PROPUESTA	94
Conclusión Final y Propuesta.....	95
Bibliografía Consultada.....	99

Introducción

El presente Trabajo de Investigación tiene por finalidad analizar el conflicto de constitucionalidad de la norma por la exclusión al cónyuge supérstite con discapacidad para el beneficio de la mejora estricta en la legítima.

La no inclusión en la normativa queda plasmada en el art. 2448 del CCCN, que establece “Mejora a favor del heredero con discapacidad”. Dentro de esta disposición sólo el causante puede otorgar a ascendientes y descendientes excluyendo al cónyuge con discapacidad, que por su condición particular merece una especial categorización y no discriminarlo. Planteándose conflictos de constitucionalidad entre el derecho común interno con los preceptos constitucionales y el derecho internacional.

Además se contrapone con los principios rectores de igualdad de condiciones, solidaridad familiar, libertad de testar, no discriminación, basado en un nuevo modelo social atento al principio de constitucionalización del derecho privado.

Este trabajo propone explorar y explicar desde la perspectiva cualitativa, como la norma lesiona y/o afecta garantías constitucionales para un caso concreto bajo estudio.

Llegando a una conclusión que permita reflexionar sobre el tema abordado, buscando demostrar que la norma no está sujeta a derecho por sobre el orden jerárquico constitucional.

El objetivo general de este trabajo radica en, analizar los argumentos jurídicos en el marco legal constitucional argentino y el derecho internacional, para que el cónyuge supérstite con discapacidad pueda defenderse de la discriminación que le impide acceder al beneficio de la mejora estricta de la legítima. Y examinar la aplicación de este marco legal supra constitucional para ayudar a resolver la omisión del cónyuge supérstite con discapacidad en el derecho Sucesorio.

En cuanto a los objetivos específicos residen en determinar el contenido de discriminación hacia las personas con discapacidad con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Determinar las formas en que los principios de no discriminación, igualdad de condiciones, solidaridad familiar y libertad de testar, acorde a la constitución nacional, aplicado a la legislación vigente y jurisprudencia argentina.

Describir la problemática, determinando si el derecho Sucesorio cumplirá su objetivo asistencial, basado en los principios antes citados.

Por lo expresado hasta el momento, afirmo que el nuevo CCCN debió de considerar al cónyuge supérstite con discapacidad dentro de las personas legitimadas dentro del derecho sucesorio, a que puedan acceder al beneficio de la mejora estricta de la legítima, otorgado por el causante o testador. No contraponiéndose a este nuevo proceso de constitucionalización del derecho privado, en cuanto a la Convención sobre derecho de las personas con Discapacidad, que argentina ha ratificado y otorgado jerarquía constitucional, derechos que no se pueden desconocer.

CAPITULO I

La Legítima Hereditaria y La Mejora estricta de la Legítima

CAPITULO I

La Legítima Hereditaria y La Mejora estricta de la Legítima

1.1 Introducción

El presente capítulo tratará exclusivamente sobre los dos institutos que fueron el broche de oro de esta nueva constitucionalización del derecho privado “la legítima hereditaria y la mejora estricta de la legítima” del derecho de sucesiones, y cómo fueron receptados por nuestro actual ordenamiento legal. Es por eso que, primeramente para entender este trabajo, ahondaremos en profundidad por sobre los mismos para que posteriormente nos permita comprender esta investigación.

1.1.2 La Legítima Hereditaria. Definición

Para poder introducirnos en el tema de la legítima hay que tener en cuenta algo importante que expone el autor Pérez Lasala, en su libro *Tratado de Sucesiones* (2014); “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 da una definición de legítima.” (Pérez Lasala, 2014, p. 212).

Para poder comprender qué es la legítima, debemos definirla de una manera clara y concreta, y siguiendo al jurista Pérez Lasala, (2014); concluimos que; “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 Lasala, 2014, p. 213).

Dicho de otra manera, la legítima en el derecho sucesorio 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.

El derecho sucesorio actual, tiende a proteger y resguardar la legítima o sea la porción de la herencia que está destinada a los familiares o legitimarios llamados a suceder. Pero también el derecho actual le da la posibilidad al testador a que en caso de no tener legitimarios, el mismo disponga libremente de su patrimonio y de sus bienes sin condicionamiento alguno.

Esta limitación legal, es en miras y aras de protección al instituto familiar mediante el principio de solidaridad familiar, ya que el mismo es la base del derecho sucesorio, así como exponen Medina y Rolleri, en su obra: *Derecho de las Sucesiones* (2017); “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).

1.1.3 Sistema de Legítima adoptado por Argentina

Existen dos sistemas en el derecho comparado en cuanto a cómo el testador va a disponer de sus bienes para después de su muerte: uno llamado sistema de libertad de testar o libertad testamentaria, que es aquel, donde el testador dispone de sus bienes de manera libre, sin ser coartado en cuanto a su disposición; y otro llamado sistema de legítimas, que es el que se le restringe esa libertad de disposición de bienes.

Este sistema de legítimas, es el que aceptó y adoptó nuestro derecho argentino en cuanto a la regulación de las sucesiones en materia de disposición de los bienes por parte del testador, donde se admite en este, dos modalidades; una llamada, sistema de distribución forzosa de legítima; y otra sindicada como, sistema con porción de distribución forzosa junto otra llamada sistema de mejora, que es de libre disposición dentro de la cuota de legítima.

Pérez Lasala, (2014), nos describe cada uno de ellos:

A) *Sistema de libertad de testar*. Se habla de libertad de testar por autonomía cuando se refiere a la libertad de testador en la designación de las personas beneficiadas con la disposición *mortis causa* y a la libertad en la distribución de los bienes. El testador puede, pues, destinar todos sus bienes a quién desee, sin que la ley le imponga reservar una parte de ellos en favor de determinados

parientes. Las legislaciones que adoptan este sistema, en general palían esta libertad exigiendo la obligación de dejar alimentos a los parientes más cercanos, si éstos estuviesen necesitados.

B) *Sistema de legítimas*. Implican una restricción a la libertad de testar en el sentido de que determinada porción de bienes (porción de legítima) debe destinarse a determinados parientes (legitimarios), y una facultad para disponer libremente de la porción restante.

Por eso, estos sistemas dividen cualitativamente la herencia en una porción forzosa y otra de libre disposición. Los sistemas de legítimas admiten dos modalidades: 1) sistema con distribución forzosa de legítima; 2) sistema con porción de distribución forzosa y otra de libre disposición dentro de la cuota de legítima, llamado sistema de mejora. (Pérez Lasala, 2014, p.171).

También el mismo autor hace un análisis en cuanto a su aspecto valorativo de este sistema y nos dice:

El Código Civil de Vélez, aceptó el sistema de legítimas, oponiéndose a la libertad de testar. Ahora bien, los porcentajes de legítimas eran tan elevados, especialmente los que se concedían a los hijos (4/5), que existiendo descendientes quedó considerablemente disminuída la utilidad del testamento.

Esto hizo que los inconvenientes que habíamos señalado al sistema de legítimas se agudizaran en el derecho argentino. La distribución de la herencia se imponía matemáticamente, sin dar prácticamente margen al padre para poder hacer una distribución equitativa. En la práctica el problema se agravaba, no ya cuando se trataba de premiar actitudes de los hijos, sino sobre todo cuando se buscaba suplir las deficiencias naturales e involuntarias de alguno de ellos.

Haciendo eco a esta tendencia, el nuevo Código ha disminuído la legítima de los hijos a 2/3 (art.2445); y ha aceptado el tercio de mejora para los descendientes o ascendientes con discapacidad (2448). (p.183/184).

1.1.4 Sistemas principales sobre la concepción de la Legítima

El Derecho Histórico señala dos sistemas fundamentales sobre la concepción de la legítima: a) Uno es en cuanto al sistema que considera la legítima como porción

forzosa de la sucesión intestada; b) Y otro, como un sistema que considera la legítima como un límite a la libertad de disponer por testamento o donación.

Para profundizar y poder explicar estos dos sistemas, nos remitiremos a lo descrito por Pérez Lasala, (2014), donde menciona:

A) Sistema que considera la legítima como una porción forzosa de la sucesión intestada. Según este sistema, la legítima es una masa de bienes deferida *ab intestato*. Esos bienes son aquellos de los cuales el causante no tuvo derecho a desprenderse por medio de liberalidades. El causante puede privar a los herederos legales de una parte del haber *ab intestato* que les correspondía, pero el resto es indisponible para el causante.

Dicho resto constituye la *pars reservata*, que implica una vocación legal, de contenido positivo, que pasa *ipso iure* a los herederos forzosos por el solo hecho de la muerte del causante. Éste es el sistema del primitivo Derecho germánico y actualmente del Derecho francés.

Lo dicho es consecuencia del principio histórico germano de considerar que el heredero es siempre un pariente de sangre, aunque el testador no lo llame heredero, sino que lo designe....”.

B) Sistema que considera la legítima como un límite a la libertad de disponer por testamento o donación. Según este sistema, la legítima aparece como consecuencia del límite que la ley le impone al testador para disponer de sus bienes. El incumplimiento de esa limitación produce la nulidad de la institución del heredero o la disminución de las cuotas de los instituidos o la reducción de los legados o donaciones que perjudiquen la legítima. Por eso se dice que es un sistema de reglamentación negativa o de freno, aunque dicho sistema admita ciertas manifestaciones positivo-adquisitivas. Éste es el sistema del Derecho Romano, del español y del Código Civil argentino.

La legítima está concebida en nuestro ordenamiento jurídico, tanto en el viejo Código como en el nuevo, como un límite a la libertad de disponer por testamento o donación, que no da lugar consecuentemente a una vocación legitimaria. Esta limitación se presenta como legal y relativa. Legal por cuanto es impuesta por ley en beneficio de los parientes más próximos y del cónyuge. Relativa, en varios sentidos: 1) en cuanto sólo afecta a los actos a título gratuito, y no a los onerosos; 2) en cuanto su violación no causa la nulidad de los actos gratuitos *inter vivos*, aunque sí su reducción; 3) en cuanto no recae sobre bienes

concretos sino sobre una cuota del patrimonio del causante. Este límite tiene carácter negativo, pues condiciona negativamente la libre disposición del causante, al imponerle el deber de respetar las legítimas. “Dicho deber no consiste en que necesariamente el causante tenga que dejar su porción a los legitimarios, pues a nadie se obliga a testar. Precisamente sólo entra en juego aquel deber en caso de que el causante teste. Entonces es cuando debe dejar su legítima a los llamados herederos forzosos, respetando la asignación que en dicho concepto les haya hecho la ley”. (Pérez Lasala, 2014, p. 197/198/199).

1.1.5 Antecedentes históricos sobre la Naturaleza Jurídica de la Legítima

Una breve reseña histórica en cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima, ayudará a entender este trabajo teniendo en cuenta los orígenes y evolución de la misma, y a su vez la importancia que tuvieron estos antecedentes como cimientos para la construcción de este instituto en este nuevo código argentino.

A fin de poder lograr una clara exposición de los antecedentes históricos de la legítima, diversos autores han trabajado sobre el tema, siguiendo a Pérez Lasala, (2014), podemos describir la historia desde tres derechos fundamentales: el derecho romano; el francés y el antiguo derecho español.

A) Derecho Romano. En el Derecho Romano de la época clásica y posclásica la legítima se podía recibir por cualquier título *mortis causa*: legado, fideicomiso, donación hecha para conferir la legítima. El legitimario no podía pretender que se lo instituyera heredero. Por eso se dice que en esta época del Derecho Romano la legítima era, en principio, *pars bonorum*. En cambio, en el Derecho Romano justinianeo, en principio, la legítima era *pars hereditatis* porque el legitimario formalmente debía ser instituido heredero conforme a la Novela 115, y en ese sentido era un heredero forzoso.

Pero en el Derecho justinianeo, la legítima era *pars bonorum* cuando el causante instituía *in re certa* al hijo, siempre que concurriera uno o varios herederos *ex asse*. En ese caso el instituido recibía la cosa cierta sin tener que responder de las deudas del causante, como si fuera legatario; por eso, si su cuota era cubierta con la cosa cierta, la legítima era *pars bonorum*. También era *pars bonorum* cuando

se ejercía la *actio ad supplendam legitimam* en cuanto a los bienes que recibía por esa vía. En ambos casos se recibía una porción líquida de bienes”.

B) Derecho Francés. En el Derecho Histórico francés se planteó el problema de la *pars hereditatis* y de la *pars bonorum* en la legítima del Derecho de las costumbres. La mayor parte de la doctrina la consideró *pars hereditatis* porque el heredero forzoso o consuetudinario no podía invocar su título de legitimario más que en el caso de que viniera la sucesión como heredero aceptante; pero no si la renunciaba.

El Código francés no modificó en este aspecto el Derecho Histórico. De ahí que sus comentaristas, con la sola excepción de Troplong, consideraron la reserva *pars hereditatis*. No obstante, entre otros autores modernos se observa una tendencia menos extremista al reconocer casos en que la legítima sería *pars bonorum*. Así, Riper y Boulanger entienden que cuando la legítima se ha recibido por legado o donación y el legitimario podía retenerla por vía de excepción –aun en caso de renuncia a la sucesión-, era *pars bonorum*. También los hermanos Mazeaud afirman que desde ciertos puntos de vista se regula la legítima como *pars bonorum*; así, cuando no beneficie a todos los herederos intestados y en cuanto comprende a las donaciones.

C) Antiguo Derecho español. El Derecho Histórico de Castilla siguió las huellas del Derecho Romano justiniano, y por eso el legitimario debía ser instituido heredero; de ahí que en principio la legítima era *pars hereditatis*. Sin embargo, la legítima era *pars bonorum* cuando era satisfecha con una *insitutio ex re certa*, una institución de dote o un legado; igualmente el complemento de legítima era *pars bonorum*.

El Código Civil español, siguiendo el proyecto de García Goyena, dio un viraje importante, pues permitió que la legítima se pudiera cubrir con cualquier título (art.815). Con todo, los primeros comentaristas del Código Civil y algunos modernos siguen considerando la legítima como *pars hereditatis*, basándose principalmente en la denominación de herederos forzosos que emplean los artículos 806 y 807 del Código español. La mayoría de los autores afirman, contrariamente, el carácter de *pars bonorum* de la legítima, basándose esencialmente en la nueva orientación que representó el artículo 815. (Pérez, Lasala, 2014, p. 210/211).

1.1.6 Títulos para recibir la Legítima en el Derecho Argentino

Para entender este tema debemos tener en cuenta que el título para recibir la legítima en nuestro Código Civil y Comercial, está sindicado bajo el art. 2451¹ que dice, “El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, solo puede pedir su complemento”.

Allí, en el artículo se menciona que el mismo puede ser recibido “por cualquier título”, ya sea que cabe la posibilidad de ser recibido por legado, por ante una donación y también como legitimario dentro del proceso sucesorio.

Pérez Lasala, (2014), efectúa un análisis referencial y ejemplificativo de lo mencionado anteriormente, y expone:

A) Título de legatario. El caso típico se da cuando el testador sólo deja al legitimario un legado particular que cubra su legítima y disponga del resto de los bienes a favor de otras personas. Por ejemplo: el testador tiene tres hijos: A, B y C, Instituye herederos a los hijos A y B, y a C le deja un legado que cubre su legítima.

Cuando el testador deja un legado a una persona (legitimario) que instituye también heredero, el legado se imputa a la libre disposición (art. 3605 y arg. Art. 3796. Del Cód. de Vélez). Esta solución se debe aplicar al nuevo Código. La solución es lógica, pues el legado representa un plus, ya que la persona beneficiaria también ha sido nombrada heredero.

En cambio, si el legitimario no recibe más que un legado, ese legado será imputado a la porción legítima (art.2451). La solución también es lógica, pues de lo contrario el testador estaría haciendo un testamento impugnado por la violación a la legítima del beneficiario, que no recibió legítima alguna. Vallet, interpretando la legislación española, dice, refiriéndose al legado a favor de un legitimario que no haya sido instituido heredero (y sin que el testador manifieste ninguna regla de interpretación), que sin duda se trata de un legado imputable a la legítima.

¹ Art. 2451.- Acción de complemento. “El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, solo puede pedir su complemento”.

El legatario tendrá acción para exigir el cumplimiento del legado, si éste no es entregado voluntariamente. El título utilizado para cubrir su legítima es el de legatario, que es el único que tiene en el ejemplo que hemos dado.

Si el legado otorgado por el causante no alcanzare a cubrir su legítima, el legatario dispondrá además de la acción de complemento de la legítima, en la que solo tendrá que invocar el título de legitimario, recibiendo por ella la parte faltante de su legítima.

B) Título de donatario. El caso típico se da cuando el legitimario no recibe más que la donación.

Puede suceder que el testador, sin instituirlo heredero: 1) simplemente lo mencione en su testamento sin asignarle nada: 2) que manifieste en él que no lo instituye heredero porque le ha hecho una donación, o 3) simplemente que lo omita en el testamento. En los dos primeros casos no podría reclamar su legítima, por cuanto ya la recibió por donación. En el tercer caso, aunque pudiera aparecer formalmente como preterición, tampoco hay preterición, puesto que la legítima la recibió como donatario; tampoco por eso podría ejercer la acción de preterición para reclamar la legítima. En esos casos la legítima la recibe por el título de donatario.

Por ejemplo: un testador tiene tres hijos: A, B y C. A los hijos A y B los instituye herederos en todos sus bienes. Expresa el testamento que el hijo C no le deja bienes porque le ha efectuado una donación.

La donación, en un principio, se imputa a la porción legítima. Si la donación cubre su legítima, es indudable que la legítima la recibe por el título de donatario. Si la donación no alcanza a cubrir la legítima, el legatario tendrá además la acción de complemento de legítima, en la que sólo invocará el título de legitimario.

Distinto sería el supuesto de que habiendo muerto el causante sin testamento y sin dejar bienes, hubiere hecho una donación al legitimario cubriendo con ella su legítima. La inexistencia de bienes en la herencia podría hacer pensar que, por no haber caudal hereditario, no hay heredero. Pero juzgamos que no es así: el legitimario-donatario es el que subentra en la posición jurídica del causante, independientemente de las consecuencias de la adquisición de los bienes y la responsabilidad personal por las deudas del causante. Bastaría que quedara cualquier bien, por pequeño que fuese, o que existiere alguna deuda, para que se patentizara patrimonialmente su carácter de heredero, pero que unque éstos no

existieren, igualmente sería un heredero intestado, que habría recibido su legítima por donación. Su calificación sería la de heredero intestado, legitimario-donatario.

Si la donación viola la legítima de otros herederos forzosos, podrán estos ejercer la acción de reducción. La percepción de la legítima sobre el *donatum* –dice Lacruz y Sancho Rebullida-, mediante la acción de reducción, es independiente del saldo positivo o negativo del *relictum*. La situación pasiva del caudal no elimina la legítima si hubo donación: a estos efectos el *relictum* cuenta como cero y la herencia forzosa se calcula exclusivamente sobre el *donatum*.

D) Título de legitimario (en forma excluyente). El legitimario puede ser preterido en el testamento. Preterir a un heredero forzoso significa no mencionarlo en el testamento en el cual se dispone de toda la herencia (no habiendo sido favorecido por una donación imputable a la legítima). La acción de preterición tiene exclusivamente por fin obtener la legítima violada integralmente. En esta acción sólo se invoca el título de legitimario (aunque el art. 2450 hable del título de heredero de cuota), y no podría ser de otra forma pues el preterido no es sucesor testamentario (ha sido excluido del testamento), ni sucesor intestado (no se abre la sucesión intestada). (Pérez Lasala, 2014, p. 202/203/204/205).

Como resumen concluye Pérez Lasala, (2014), “en todos los casos analizados la legítima no se recibe por título de heredero, sino por título de legatario o de donatario o de legitimario (no legatario ni donatario)”.(p.205).

1.1.7 Teorías sobre la Naturaleza Jurídica de la Legítima

Este nuevo código no hace mención o acotación alguna a cerca de la naturaleza jurídica de la legítima, donde los estudiosos del derecho, interpretan que debe ser requisito indispensable, ser heredero para poder pretender ser legitimario de la herencia.

Además la legítima viene protegida desde su nacimiento y creación, ya que esta impuesta y protegida por ley, ya que solo tiene injerencia y afecta por sobre en los actos de disposición realizados por el testador, ya sea por testamento o donación.

El fin de este instituto es resguardar, preservar y reservar una porción de la herencia a favor de los legitimarios, llamada *pars hereditatis*, y otra porción líquida llamada *pars bonorum*.

Pérez Lasala,(2014), explica:

La legítima es una limitación legal porque viene impuesta por ley, y es relativa porque sólo afecta a los actos a título gratuito realizados por el causante, ya por disposiciones testamentarias, ya por donaciones. Como consecuencia de esta limitación se produce una reserva a favor de los legitimarios de una porción de la herencia (*pars o de hereditatis*) o de una porción líquida de bienes (*pars bonorum*), según que la legítima se reciba por ser heredero ab intestato o testamentario, o se otorga por otros títulos, respectivamente. (Pérez Lasala, 2014, p. 214).

El mismo realiza un análisis en cuanto a la cuestión de la naturaleza jurídica de la legítima y indica que el tema se centra principalmente en determinar el contenido cualitativo de su objeto.

Según ese contenido la legítima puede ser *pars hereditatis*; *pars bonorum* y *pars valoris*:

1) “*Pars hereditatis*”. La legítima *pars hereditatis* es tanto como cuota de la herencia, o sea, parte de la alícuota del caudal hereditario con su activo y su pasivo. La legítima *pars hereditatis* da derecho a una parte ideal de la herencia bruta. En ese caso, el legitimario, como heredero que es, responde personalmente de las deudas del causante, sin perjuicio de que para fijar la cuota de la legítima se deduzcan esas deudas para llegar al valor líquido de los bienes.

2) “*Pars bonorum*”. La legítima *pars bonorum* es tanto como legítima cuota líquida de bienes sucesorios, después de deducidas las deudas y cargas, que si bien disminuyen el monto de las legítimas, el legitimario no responde personalmente de ellas.

La diferencia entre recibir esa porción como *pars hereditatis* o como *pars bonorum* radica esencialmente en la existencia o inexistencia de la “responsabilidad personal” del legitimario ante las deudas del causante. Esto se percibe en los supuestos de aparecer nuevas deudas después de hecha la liquidación de las conocidas y una vez satisfecha la legítima. Entonces quien la hubiese recibido como *pars hereditatis* debía responder de aquellas personalmente, mientras que quien la tuvo como *pars bonorum* sólo debía sufrir

el reajuste de su cuota, pero sin tener la responsabilidad inmediata frente a los acreedores.

3) “*Pars valoris*” La legítima *pars valoris* supone tanto como derecho a percibir “el dinero” el valor de una cuota del activo líquido de la herencia. Es la posición que adopta el Código Civil alemán (art. 2303, en relación con los arts. 2315 y 2316). (p. 209/210).

1.1.8 Legitimarios

El nuevo Código Civil y Comercial en su art. 2444 dispone taxativamente que: “tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.

Siguiendo a los juristas Medina y Rolleri, (2017); “podemos decir que todo se simplificó en cuanto a las denominaciones de aquellas personas que van a ser titulares de esa porción reservada de la herencia, llamada legítima; los que se llamarán legitimarios”.

De esta manera los mismos acotan, “la nueva regulación ha efectuado la unificación de las diferentes denominaciones utilizadas para referirse a aquellos herederos que cuentan con la protección de una porción legítima de la herencia, bajo el concepto de “legitimarios”. (Medina y Rolleri, 2017, p.583).

1.1.9 Porción Legítima y Porción Disponible

De acuerdo a lo mencionado en el art. 2445 del C.C.C.N, donde se dispone: “La porción legítima de los descendientes es de $\frac{2}{3}$; la de los ascendientes es de $\frac{1}{2}$ y la del cónyuge de $\frac{1}{2}$. Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Para el cómputo de la porción de cada descendiente solo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los

trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para del cónyuge, las hechas después del matrimonio”.

Sobre el tema, Pérez Lasala, (2014), agrega también que:

El concepto de legítima lleva consigo la existencia de una porción disponible. Dicha porción, llamada también “de libre disposición”, corresponde a la parte de que el testador puede disponer cuando hay legitimarios. Para conocer la cuota de libre disposición hay que hacer el cálculo de la legítima global. Ese cálculo se efectúa determinando el activo neto del caudal hereditario (activo bruto restándole las deudas del causante) y sumándole las donaciones efectuadas por el causante. Sobre el monto resultante se determina la legítima global. En el nuevo Código, si se trata de hijos la legítima es $\frac{2}{3}$, si son ascendientes la legítima es $\frac{1}{2}$, y si se refiere a la del cónyuge es también $\frac{1}{2}$. Determinada esa cuota en valores dinerarios, la libre disposición en el primer caso será de $\frac{1}{3}$, en el segundo y en el tercero $\frac{1}{2}$. El mínimo de la porción disponible es $\frac{1}{3}$ cuando los legitimarios son los hijos, y el máximo $\frac{1}{2}$ cuando los legitimarios son ascendientes o cónyuge. (Pérez Lasala, 2014, p. 214).

Acota también el autor:

Las porciones que les corresponden a los legitimarios varían según las clases. Así la legítima en la clase de los consanguíneos (o en la de la de los parientes por adopción) no es la misma que en la clase del cónyuge.

Los órdenes que excluyen a otros privan de legítima a los componentes de éstos.

Dentro de un mismo orden y grado, es irrelevante el número mayor o menor de parientes, pues la legítima global siempre es la misma. Así, la legítima de los hijos es de $\frac{2}{3}$ partes del haber hereditario, ya se trate de un solo hijo o de varios.

Ante la concurrencia de legitimarios con distintos porcentajes de legítima, siempre debe quedar incólume la porción de libre disposición menor. En esos casos, las porciones de legítima tienen que salir de la legítima más elevada, distribuyéndose en la proporción fijada para la sucesión intestada. Por ejemplo, si concurren hijos y cónyuge, cuyas legítimas son $\frac{2}{3}$ y de $\frac{1}{2}$, respectivamente, la parte del cónyuge es sacada de la legítima mayor, es decir, de los $\frac{2}{3}$, y queda incólume el tercio de libre disposición. (p. 228).

1.1.10 Inviolabilidad de la legítima

Con el fin de proteger la legítima y evitar que se disminuya por gravámenes y/o imposición de condiciones hechas por el testador, el nuevo Código Civil y Comercial marca en su art. 2447 la siguiente disposición; Protección. “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”.

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. (Medina y Rolleri, 2017, p. 600).

1.1.11 Protección de la Legítima

La legítima hereditaria en derecho de sucesiones puede ser quebrantada y/o vulnerada por distintas maneras, y es por eso que debe ser protegida por normas preventivas y persecutorias.

Medina y Rolleri, (2017), realizan un análisis en cuanto a estos dos tipos de normas protectorias, las preventivas y las persecutorias.

a) Normas preventivas: Dentro de ellas podemos encontrar el art. 2447, mediante la cual no pueden imponerse gravámenes ni condiciones; el art. 2449 que dispone la irrenunciabilidad de la legítima; el art. 1010, referido a que los pactos hereditarios autorizados no pueden afectar la legítima hereditaria; el art. 2448 que prevé la mejora estricta del legitimario discapacitado; el art. 2460 referido a la constitución de usufructo, uso y habitación o renta vitalicia, el art. 2461 de transmisión de bienes a legitimarios, y finalmente las normas relativa a la indivisión forzosa hereditaria (arts.2330 a 2333).

b) Normas persecutorias: En este grupo podemos encontrar a las acciones de protección de la legítima, que son los remedios legales previstos por el legislador para subsanar la legítima que ya ha sido afectada. Como hemos señalado, el instituto de la legítima es de orden imperativo, y cuando ella se ve menoscabada, los legitimarios cuentan con un conjunto de acciones para protegerla.

De esta forma, el nuevo Código Civil regula cuatro tipos de acciones: de entrega de la legítima (art.2450); de complemento (art.2451); de reducción de disposiciones testamentarias (art.2452); y de reducción de donaciones (art.2453). (Medina y Rolleri, 2017, p.603/ 604).

1.2 La Mejora estricta de la Legítima a Herederos con Discapacidad

Este instituto se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, dentro del LIBRO QUINTO - TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE, TITULO X – Porción Legítima.

Esta novedad, que es art. 2448 del cuerpo normativo, posibilita que el causante por el medio que estime conveniente, pueda beneficiar a los herederos con discapacidad, los descendientes y ascendientes, por sobre un 1/3 más de porción legítima, como mejora estricta. Esto es independientemente de la porción que tiene de libre disposición, que también puede beneficiar a los mismos y/o al que considere.

Lo regula el nuevo CCCN, en su art. 2448, Mejora a favor del heredero con discapacidad. “El causante puede disponer, por 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. A estos efectos, se consideran personas con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Como señala en su manual, Medina y Rolleri, (2017);

El nuevo Código introduce una gran innovación al incorporar con algunas características especiales, la mejora del tipo clásico español. La mejora a favor del heredero con discapacidad constituye una novedad legislativa que incorporó la reforma,

respondiendo al principio integral de asistencia y solidaridad entre los miembros de una familia al prever la posibilidad de que el causante pueda disponer de hasta un tercio (1/3) de la porción legítima, para aplicarlas como mejora estricta a los ascendientes o descendientes con discapacidad.

En los fundamentos del nuevo Código se indica que esta novedad responde a la necesidad de armonizar nuestra ley con los tratados internacionales que tutelan a las personas discapacitadas, tal el caso entre otros, de la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13/12/2006, y ratificadas en Argentina por ley 26.378". (Medina y Rolleri, 2017, p.592).

También se expresa el doctrinario Pérez Lasala, (2014); resaltando:

Esta norma tiene por fin dar al testador mayor libertad en el testamento para proteger al heredero con discapacidad. El causante puede disponer no solo de la porción de libre disposición, sino de 1/3 de la porción legítima, como mejora. Entendemos que este 1/3 se aplica a la porción legítima que corresponda. Si el discapacitado es descendiente se aplica el 1/3 sobre su legítima de 2/3. Si el discapacitado es ascendiente, el 1/3 se aplica sobre la legítima que es de 1/2. (Pérez Lasala, p.217).

1.2.1 Modos de realizar u otorgar la Mejora Estricta

La mejora solo puede ser otorgada por el causante, mediante un acto de libre voluntad, ya sea por acto entre vivos o mortis causa. La misma no procede de pleno derecho, o sea que no se encuentra taxada en norma alguna su disposición y tampoco puede ser pretendida y solicitada por algún heredero.

O sea que, este instituto denominado mejora estricta que el actual Código Civil y Comercial señala y indica, que sólo son beneficiarios los descendientes y ascendientes con discapacidad; además puede disponerse u otorgarse por la simple voluntad del testador o causante, quién puede realizarla de diferentes maneras, ya sea por fideicomiso; indivisión forzosa; legado de cosa cierta y determinada; derechos de usufructo, uso o habitación.

Así es que, los destinatarios directos para recibir este beneficio son: descendientes y ascendientes con discapacidad, siendo excluido discriminatoriamente el cónyuge supérstite con discapacidad.

Así nos explica el maestro Olmo, (2015):

La mejora no procede de pleno derecho ni tampoco puede ser solicitada por el heredero, sino que depende de la voluntad del causante, ya que es éste quien puede optar por hacer uso de la mejora, sea por actos entre vivos o mortis causa. Es decir la discapacidad no otorga un mejor derecho a uno o varios de los herederos por sobre el resto, pero sí es condición necesaria para ser mejorado por el causante en los términos del art. 2448 del CCCN. Esto quedará claramente evidenciado cuando haya más de un heredero con discapacidad y, sin embargo, el causante haya querido mejorar a uno solo de ellos o incluso a ninguno. (Olmo, 2015, Apartado VII).

Desde otra perspectiva los doctrinarios Medina y Rolleri, sindician:

El mencionado art. 2448 establece una protección legal en favor de los discapacitados, la que se califica como “mejora estricta”, pudiendo ser impuesta según lo considere el causante, a través de diferentes modos, ya sea a través de un fideicomiso (art.1699, 1700), mediante una indivisión forzosa (art.2330) estableciendo un legado de cosa cierta, y determinada (art. 2498), alimentos (art.2509), derechos de usufructo (art. 2129), de uso (art.2154) o habitación (art.2158) o dispensa de colación o mejora testamentaria o en el acto de la escritura (art.2391).

Los padres de hijos con discapacidad tienen una preocupación constante, como la de determinar quién se va a ocupar de ellos después de la muerte de los progenitores y, fundamentalmente, quién cubrirá sus necesidades y administrará sus bienes. Para estos supuestos es útil el instituto del fideicomiso testamentario, ya que sirve como herramienta eficaz para la protección de los más débiles. (Medina y Rolleri, 2017, p.593).

1.2.2. Antecedentes del Instituto de la Mejora

En cuanto a este instituto varios autores han trabajado con el objetivo de lograr una clara exposición en cuanto a los antecedentes del instituto de la mejora, por lo que

siguiendo a Medina y Rolleri, (2017); se puede tomar como primer antecedente, el Código de Vélez, en el mismo en su art. 3605, facultaba al testador a que de la porción libre que le queda podía mejorar con ella a cualquiera de sus herederos, y hacer los legados que estime conveniente.

Otro precedente es el del Derecho Español, que tiene como fuente la ley visigótica de *chindasvinto*, donde la mejora se computa sobre la porción legítima. Es por eso que la doctrina criticó el artículo antes sindicado de Vélez porque sostenían que este tipo de mejora era una mejora impropia, y para que se configure como una mejora propiamente dicha, tendría que ser aquella que destine una parte de la legítima a uno de los beneficiarios, o sea que directamente se beneficie a uno, por sobre el resto.

Es así que esta Mejora responde al modelo clásico español y su posibilidad de incorporación a nuestro sistema normativo, resurgió en el Proyecto de 1998, donde se estudió la posibilidad de darle al causante “dos porciones disponibles”, una llamada mejora, para que pueda favorecer al más necesitado de los descendientes del testador.

Ya existían en otros países como España, Colombia, Chile y Perú, precedentes de este instituto, pero no se tuvo en cuenta incluirla a nuestra legislación.

Hasta la creación de este nuevo compendio legal que da lugar al nacimiento de esta norma de carácter protectorio y de gran evolución, siempre bregando a hacia la personas con discapacidad, situadas en realación de familia, ya que son las que a la muerte de sus progenitores, quedarán en pleno estado de desprotección e indefención por ante sus necesidades y fundamentalmente por sobre el cuidado y manejo de sus bienes.

Además Olmo, (2015), describe este novedoso instituto donde expone :

En Argentina si bien la norma es novedosa para nuestro derecho ya que en el Código Civil derogado no había una similar, lo cierto es que esta posibilidad de Mejora surge en el artículo 2397 del proyecto del Código unificado del año 1998, de manera diferente al actual, donde establecía que: “El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas, si lo hace, no son válidas. Pero puede constituir en fideicomiso sobre bienes determinados aún cuando excedan 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”.

Posteriormente en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (JNDC) se recomendó por mayorías “El testador puede constituir fideicomiso sobre bienes determinados aun cuando excedan la porción disponible, por acto 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”. (Olmo, 2015, Apartado IV).

1.2.3 Fundamentos de su Recepción en el Código Civil y Comercial

Tomando los fundamentos esgrimidos por Santiso, (2017); en nuestro país la ley 26.378 impone el compromiso social e internacional de respetar y de velar, interponiendo medidas necesarias para poner a las personas con discapacidad en un plano de equidad o igualdad con el resto de la sociedad.

La línea direccional que toma el Derecho Privado en Argentina es de incrementar la promoción, protección, y tutela de los Derechos Humanos de la faz internacional e incorporarlas a la faz local o derecho común.

Este nuevo paradigma les otorga a las personas con discapacidad nuevos derechos que benefician en cuanto a su libertad y además de participar plena y efectivamente de manera igualitaria por ante la sociedad y en igualdad de condiciones con los demás.

Los preceptos dictados por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, fueron receptados por nuestro derecho interno, donde mediante ley 27.044 se le asignó jerarquía constitucional, y también ratificados por ley 26.378/08.

En donde en su preámbulo expresa: “promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad para contribuir a paliar su profunda desventaja social, y promover su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados”.

1.2.4 Mejora por Constitución de Fideicomiso a Personas con Discapacidad

En el art. 2448 del CCCN autoriza que la mejora a favor del heredero con discapacidad se realice mediante un fideicomiso. Aquí en este artículo se concede una excepción al principio de intangibilidad de la legítima que pronuncia el art. 2447 del C.C.C.N.

Como dice Medina y Rolleri, (2017):

El fideicomiso dispuesto por el testador comprende bienes que superan la porción disponible y afecta la legítima, los herederos forzosos deberían soportar esta restricción como una excepción más a la intangibilidad de la legítima, siempre que el beneficiario fuese un heredero forzoso incapaz y aunque el testador hubiese impuesto el plazo máximo de duración (30 años) o la condición resolutoria de que el incapaz fallezca o cese su incapacidad.(Medina y Rolleri, 2017, p.601).

El art. 2493 CCCN dispone: Fideicomiso Testamentario: “El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la sección 8°, Capítulo 30, Título IV del libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el art. 2448 CCCN”.

1.3 Conclusión Parcial

Como bien se ha visto y desarrollado en el presente capítulo, el actual derecho de sucesiones, tiene dos institutos que son los más importantes: la legítima hereditaria y la mejora de la legítima.

Así se pudo observar con detalle las estructuras de las mismas, su evolución y antecedentes; sus mecanismos de recepción, aplicación y otorgamiento; como así también sus partes dispositivas y fundamentos que se han tenido en cuenta en ese nuevo sistema legal.

Y principalmente la mejora, tema que será profundizado y atacado en los próximos capítulos, ya que no se comparte que en el artículo 2448, sólo se le atribuye beneficios de ser mejorado en cuanto a la legítima estricta a descendientes y ascendientes con discapacidad, excluyendo de manera discriminatoria, no igualitaria, al cónyuge supérstite con discapacidad, siendo éste, legitimario dentro del derecho de sucesiones. Considerándose la misma, inconstitucional por sobre el orden jerárquico constitucional y principios rectores del derecho.

CAPITULO 2

El Derecho del Cónyuge al Beneficio de la Mejora

CAPITULO 2

El Derecho del Cónyuge al Beneficio de la Mejora

2.1 Introducción

Ya se expusieron y analizaron en el capítulo anterior estos dos institutos “la legítima y la mejora”, por lo que tenemos que tener presente en este trabajo y exclusivamente “la mejora estricta de la legítima” en el derecho de sucesiones.

Donde a continuación se desarrollará especialmente “la mejora estricta de la legítima a personas con discapacidad”, sindicado taxativamente en el artículo 2448 del Código Civil y Comercial.

Todo ello para poder comprender si este artículo, al no incluir al cónyuge supérstite con discapacidad, estaría violando el orden jerárquico constitucional imperante en nuestro sistema legal y como así también los principios generales del derecho, que son pilares fundamentales en esta nueva constitucionalización del derecho privado.

2.2 Exclusión del cónyuge supérstite con Discapacidad – Analisis Doctrinario

La doctrina mayoritaria sostiene que en el art. 2448 del actual Código Civil y Comercial, donde la norma en su primera parte marca y señala que, “solo pueden ser beneficiarios para recibir la mejora estricta de la legítima, los descendientes y ascendientes con discapacidad”, y así de una manera tajante y discriminatoria excluye al cónyuge supérstite con discapacidad sin motivo alguno, donde el mismo tiene una legitimación activa y reconocida como sujeto de derecho por sobre el patrimonio dejado por el causante al momento de su fallecimiento y como así también poder tener la posibilidad de acceder a una mejora, que el causante pudiera dejarle bajo testamento y/o cualquier otro modo que estime conveniente.

Es por eso, que para demostrar y comprender este trabajo de investigación, se fundamentará a partir de diversas doctrinas que atacan a la norma por esta exclusión injustificada del cónyuge supérstite con discapacidad, para poder obtener este beneficio antes expuesto.

Siguiendo primeramente a, Santiso, (2017), donde expone:

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 legítimo.

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 legítimo, como lo es el cónyuge supérstite”. (Santiso, 2017, Apartado V).

Otra parte de la doctrina, encabezada por Olmo, (2015), 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, Apartado XII).

Además Pérez Gallardo, (2015), sostiene:

El único de los legítimos que no puede ser mejorado por el testador aún cuando el 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. (Pérez Gallardo, 2015, Apartado III).

Los doctrinarios Medina y Rolleri, (2017), cuestionan a este instituto donde admiten que: “La norma dispositiva en su primera parte refiere como beneficiarios de la mejora únicamente a los “descendientes o ascendientes”, excluyendo, a nuestro entender injustificadamente, al cónyuge supérstite”. (Medina y Rolleri, 2017, p. 596).

También Bueres, (2015), realiza un análisis de la normativa en cuestión y comenta: “El beneficiario de la porción disponible más el tercio de mejora será un descendiente o ascendiente con discapacidad y resulta una omisión criticable que no se haya incluido al cónyuge en esta posibilidad”. (Bueres, 2015, p.580).

2.2.1 Exclusión del Cónyuge con Discapacidad – Razones a Favor y en Contra.

Lo positivo de esta nueva constitucionalización del derecho privado y más aun en materia de sucesiones, es haber tutelado a personas en estado de vulnerabilidad y discapacidad; es así que queda plenamente demostrado con la creación de este instituto, el art. 2448, donde protege a los ascendientes y descendientes con discapacidad, poder ser receptoras de un beneficio, como es el de la mejora estricta, otorgada por el causante mediante testamento y/o por cualquier medio o modo que considere o estime conveniente, sea a través de un fideicomiso, dispuesto antes de su muerte.

Antes nunca se había prescripto norma alguna así, que garantice y proteja a personas con discapacidad. También se denota una gran evolución en derecho interno, por haber receptado e incorporado los parámetros o pilares internacionales.

Se vislumbra un amplio abanico de oportunidades y beneficios hacia el cónyuge para después de la muerte de su unido supérstite, como por ejemplo; indivisión forzosa²; estableciendo un legado de cosa cierta y determinada³; y otros.

Pero el tema en cuestión que tratamos en este trabajo de investigación, es la involución manifiesta de este instituto en cuanto a las bases de este nuevo paradigma,

² Art. 2330- 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 éste. El juez puede autorizar la división total o parcial antes de vencer el plazo, a pedido de coheredero, cuando concurren circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad”.

³ Art. 2498- 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”.

ante el rechazo in límine del cónyuge con discapacidad, para ser acreedor y/o beneficiario de una mejora de 1/3 más de legítima estricta. Además de lo taxado por ley, que como legitimario en el proceso se le atribuye una legítima de 1/2 como cónyuge supérstite; imposibilitándole el aumento de la misma, donde al no poder recibirla, hace que el supérstite con discapacidad sea pasible de una pérdida de un beneficio, de chances, o de un derecho y más aún discriminado de manera imperativa por la ley.

Ante estos indicadores, la norma cae y se precipita abruptamente, por no regirse ante las directrices y axiomas tabulados en nuestra norma suprema, supranacionales y bases del derecho, siendo plenamente inconstitucional, por no estar sujeta a derecho y por no acatarse a las jerarquías normativas ponderantes en nuestro sistema.

Sobre el tema antes expuesto, quien realiza un análisis de la temática abordada, es el maestro Pérez Gallardo, (2015), quien afirma:

El único de los legitimarios que no puede ser mejorado por el testador, aún cuando el quiera 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*

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 él; c) del conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendamiento o aparcería 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).

Sin embargo si la razón del precepto es ofrecer un tratamiento que quebranta la igualdad de trato de los legitimarios, dado que los legitimarios concurrentes no llegan a la herencia con igualdad de oportunidades en el mercado laboral por razón de sus capacidades diferentes amén del criterio dispar que en tal sentido, defiendo, resulta contraproducente que al cónyuge con discapacidad no se le ofrezca iguales oportunidades. Los derechos reconocidos a favor del cónyuge y reflejados en el párrafo anterior, no enerva la necesaria tutela que este merece, con la misma razón que justifica la protección de los descendientes o de los ascendientes con 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 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 decendientes y los ascendientes. Máxima cuando se trate de un cónyuge de matrimonio subsiguiente, propio de familias ensambladas o reconstituídas,

modelo familiar que hoy se tiende a ir imponiendo en nuestro continente y respecto del cual el Código Civil y Comercial da un paso sin precedentes en el Derecho hispanoamericano al regularlas (vid.arts.672 al 676).

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.

Hay que pensar que, por regla general, se testa a edades tardías, en las que ya perdimos a nuestros ascendientes. De ahí que, de los legitimarios, los que con mayor frecuencia nos sobreviven son nuestros descendientes y el cónyuge. Los datos que brindan las estadísticas pudieran resultar un importante recurso en defensa de nuestros argumentos. El testador o la testadora están pensando en el destino de su consorte aquejado ya por la ancianidad, y con ello con ciertas discapacidades físico-motoras, psíquicas o intelectuales que pueden venir aparejadas. Por esta razón, no son suficientes las ventajas atribuidas al cónyuge con discapacidad en materia sucesoria. Tales ventajas se tienen por motivo del matrimonio pero no por la discapacidad. Este plus justifica la existencia del tan alabado y aceptado por la doctrina científica art. 2448 del nuevo Código Civil y Comercial, cuya exclusión del cónyuge deja un sinsabor, pues no cierra la protección que debió haber brindado a todos los legitimarios, cualquiera haya sido su vínculo con el causante.

No se olvide que el matrimonio es una comunidad de afecto y en él se imponen deberes de contenido asistencial para reforzar la ayuda y cooperación familiar, cuya prolongación opera al fallecimiento de uno de los cónyuges, a través de la sucesión *mortis causa*, como contenido de la protección *post mortem* de la familia, cuya fuente clásica de constitución, ha sido históricamente el matrimonio. La muerte de uno de los cónyuges, puede dejar en estado de desprotección al otro, máxime cuando ese sobreviviente es una persona con discapacidad. El deber de auxilio marital, puede encontrar en la facultad de mejorar al cónyuge con discapacidad, una concreta expresión de la *pietas familias* que intenta potenciar el nuevo Código Civil y Comercial Argentino.(Pérez Gallardo, 2015, Apartado III).

También critican esta exclusión del supérstite los doctores Medina y Rollieri, (2017), diciendo:

Si bien es cierto que podría alegarse que el supérstite ya goza medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no es menos cierto que ellas alcanzan a todo cónyuge, independientemente de contar o no con una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legitimarios al asignárseles una porción legítima.

Es acertado pensar que el supérstite cuente con similiar edad y estado de salud que el causante mismo, por lo cual, previendo estas circunstancias y evaluando la situación de discapacidad en la que pueda encontrarse, no parece justo excluirlo de la posibilidad de poder contar con esta mejora, mucho más cuando en definitiva es el mismo causante-testador quien decidirá el otorgamiento de dicho beneficio. (Medina y Rolleri, 2017, p. 596).

2.3 Beneficiarios y Legitimados

El artículo 2448⁴ del Código Civil y Comercial, señala que; “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad...”.

Explica Olmo, (2015);

Dentro de los herederos legítimos (cuyo llamamiento está dado por ley), los beneficiarios de la mejora son solamente algunos de los herederos legitimarios: los descendientes o ascendientes del causante. La norma no incluye al cónyuge supérstite (heredero legítimo), ni a los parientes colaterales hasta el cuarto grado (herederos legítimos no legitimarios).

Sin embargo, para ser beneficiario de la mejora, entendemos que estos herederos deben tener una vocación actualizada al momento de la apertura de la sucesión, por lo que no alcanzaría con una vocación eventual. Es decir, habiendo descendientes, toda vez que en el orden sucesorio estos ocupan el primer orden,

⁴ Art.2448 CCCN: “El causante puede disponer, por el medio que estime correspondiente, 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. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional y permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

excluyen a los ascendientes (segundo orden sucesorio). Asimismo, dentro de cada orden, los parientes en grado más próximos excluyen a los más lejanos, salvo el derecho de representación, el cual solo opera en el caso de los descendientes y no así de los ascendientes. (Olmo, 2015, Apartado XI).

O sea que el instituto sólo tutela a ascendientes y descendientes con discapacidad, para poder ser beneficiarios de esta mejora estricta y es por eso que nos preguntamos.

¿Por que el cónyuge supérstite con discapacidad fué excluido de la norma?.

¿Por que el derecho argentino no tuteló al supérstite con discapacidad?.

¿Porque no tuvieron en cuenta al elaborar la norma, la nueva unidad o bloque de derechos, garantías y principios esgrimidos en la constitución, tratados internacionales y principios rectores del derecho, como el de solidaridad, asistencia familiar, e igualdad con los demás y no discriminación?.

Ante estos interrogantes y siguiendo a Medina y Rolleri, (2017), decimos que: La norma en su primera parte refiere que solo pueden ser beneficiarios de la mejora, únicamente a descendientes o ascendientes, excluyendo de manera injustificada, al unido supérstite.

Hay que pensar que el supérstite cuenta con la misma edad y puede estar en el mismo estado de salud que el causante, o no, por que puede padecer una discapacidad, como sería en este caso. En el cual se tendría que haber previsto esta circunstancia y como así también haber evaluado la situación de discapacidad en la que pueda encontrarse, donde no es justo haberlo excluído, imposibilitarlo y discriminarlo de ser benefactor de esa mejora, ya que solo es el causante testador quién decidirá dejar un beneficio. (Medina y Rolleri, 2017, p.596).

No existe justificación alguna por sobre este desplazamiento, ya que el derecho argentino debe bregar por sobre cualquier persona con discapacidad, y en este caso al supérstite con discapacidad en cuanto a la atribución de cualquier beneficio, garantías y derechos en general, y más aún donde este sistema jurídico se comprometió por ante la comunidad internacional, aceptando y aprobando la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, incorporada al derecho interno mediante ley nacional 26.378, donde queda incluído el art. 1 del CDPD; “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 los demás”.

2.4 Vulnerabilidad de Personas con Discapacidad

Para poder comprender que es la vulnerabilidad, se deberá definir la misma y siguiendo a Orlandi, (2013), indica; “Vulnerabilidad es la cualidad de vulnerable. Se dice que es susceptible de ser lastimada o herida, ya sea física o moralmente”.

Además realiza un análisis en cuanto al concepto y su aplicación, donde señala:

El concepto de vulnerabilidad puede aplicarse a una persona o a un grupo social según su capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto. Si una persona carece, o encuentra disminuída su capacidad, se halla en situación de riesgo, debilidad, fragilidad, inseguridad.

Las personas con discapacidad son vulnerables en tanto sufren mayor riesgo a perder la vida, sus bienes, propiedades y su sistema sustento ante la muerte de quien proveía, apoyaba y/o satisfacía sus necesidades.

Cabe subrayar que la vulnerabilidad no es lo mismo que las necesidades: éstas tienen un carácter inmediato, mientras que aquella viene marcada también por factores de más largo plazo.

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

Ante esta situación, las acciones de familia, la comunidad y el Estado deben orientarse no sólo a satisfacer necesidades, sino a reducir la vulnerabilidad dando mayor seguridad a las personas con discapacidad.

El fundamento de la tutela a las personas con discapacidad procede del principio constitucional de igualdad de oportunidades.

En este trabajo se analiza las formas y el alcance con que el derecho sucesorio puede proporcionar una mayor seguridad a las personas vulnerables. (Orlandi, 2013, p.197/198).

2.5 La Vulnerabilidad del Cónyuge Supérstite con Discapacidad

Ante la exclusión del supérstite con discapacidad para ser beneficiario de la mejora estricta de la legítima, deja al mismo tiempo a la persona en un estado de vulnerabilidad y desamparo legal, por encontrarse disminuída en sus capacidades y además por estar en una situación de riesgo potencial, debilidad, fragilidad y desprotección.

Y siguiendo a Orlandi, (2013); :“estos sujetos, las personas con discapacidad que se encuentran en pleno estado de indefensión y vulnerabilidad, son los que están en una situación de desventaja con el resto de la familia y sociedad por lo tanto sufren mayor riesgo a perder la vida, su patrimonio y su sistema de sustento ante la muerte de su supérstite, que es quién proveía apoyaba y satisfacía sus necesidades”. (p. 220).

La no tutela de la norma, pone en riesgo al supérstite con discapacidad de no poder tener la posibilidad de ser mejorado en cuanto a este beneficio, que le pudiera dejar su compañero en vida, ante su libre voluntad, a fin de favorecer y ayudar a la persona que mantuvo una vida en común y como integrante de la misma unidad familiar.

Quedando en pleno estado de indefensión por ante las necesidades que pudieran ir surgiendo en el transcurso de su vida y más aún encontrándose en una condición de desventaja a corto o largo plazo, agravándose por la segregación, marginación, rechazo, exclusión y discriminación que imperativamente la norma hace al omitir y desplazar al cónyuge con discapacidad para ser titular de un derecho.

Esta omisión, estigmatiza de manera directa al cónyuge discapacitado, por falta de consideración hacia sus necesidades, cayendo netamente en inconstitucional.

Ante lo planteado, y más las acciones directas que tomó este nuevo derecho común interno, se debe replantear y proponer medidas de protección y acción, para tutelar al cónyuge supérstite con discapacidad, y así reducir su estado de vulnerabilidad y todo acto discriminatorio alguno, para no quebrantar las bases internacionales, constitucionales y los principios rectores, que son y deben ser los pilares fundamentales del derecho actual, para poder lograr que el Estado tutele y garantice todo derecho, a toda persona sin discriminar condición alguna, y en este caso el cónyuge con discapacidad.

Así, Orlandi, (2013), concluye:

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. (Orlandi, 2013, p.221).

2.6 Personas con Discapacidad - Definición

La norma dispositiva y sujeta a estudio en su segunda parte, refiere: “A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Ante esta nueva conceptualización a las personas con discapacidad por el actual código imperante, el jurista Olmo, (2015), realiza un análisis en cuanto a esta definición sindicada por la norma, donde explica:

En efecto en el artículo 2 de la ley 22.431 se establece que. A los efectos de esta ley se considera discapacidad a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que en relación a su edad y modo social, implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”, recogida luego también por el art. 9 de la ley 24.901 “Entiéndase por persona con discapacidad, conforme lo establecido por el art. 2 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 para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Como se podría apreciar, la definición de “persona con discapacidad” que adopta el artículo 2448 CCyC ha sido tomada de las leyes 22.431 y 24.901, poniendo el acento en la deficiencia de la persona.

Sin embargo el Estado Argentino al aprobar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) mediante ley 26.378, se ha comprometido ante la comunidad internacional, poniendo en crisis nuestra legislación nacional en la materia y, con ella, la definición de “personas con discapacidad”, antes mencionada. Así, el segundo párrafo del artículo 1 de la CDPD establece que : “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Asimismo, mediante ley 27.044 se asignó jerarquía constitucional a la CDPD (art.75 inc. 22 Const. Nac.).

Por lo tanto, para entender y definir la discapacidad ya no se pone el acento en las deficiencias de las personas, sino en las barreras que la sociedad les coloca, y es en esa interacción de donde justamente surge la discapacidad. Asimismo, la diferencia que existe entre ambas definiciones no está dada únicamente según el modelo “medico-rehabilitador” y la de la CDPD en el modelo “social”), sino también en que la definición que brinda la CDPD no es una fórmula cerrada sino abierta, ya que dice: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas..”.

Es por ello que, teniendo en cuenta que la definición de “persona con discapacidad” que receipta el art. 2448 CCyC no se ajusta a los lineamientos de la CDPD (“modelo social”) sino que ha sido tomada de la leyes 22.431 y 24.901 (“modelo médico-rehabilitador”). (Olmo, 2015, Apartado XIV).

De otra manera Orlandi, (2013), entiende que el término discapacidad tiene el siguiente alcance:

La regla aclara que el término “discapacidad” empleado, comprende a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Se contempla así una protección abarcativa que guarda armonía con la CDPD, y con la ley 26.657 sobre salud mental.

El criterio objetivo para determinar la discapacidad viene impuesto por la decisión del causante, sea a través de un testamento válido o un fideicomiso, no

requiriendo acreditación del grado de discapacidad, hecho que podría plantear situaciones que generen cierta litigiosidad.

No se exige el dictado de una acreditación judicial de la discapacidad, ni se fija porcentuales mínimos en tales padecimientos.

El o los beneficiarios deben hallarse afectados por cualquier tipo de discapacidad en tanto que ésta le produzca “desventajas considerables” en la faz familiar, social, educacional o laboral.

Aclara la norma que tal discapacidad puede ser permanente o prolongada.

El legitimario afectado, por vía de la acción pertinente, podrá requerir al juez de sucesorio la potestad de determinar la razonabilidad del beneficio en función del principio de inviolabilidad imperante en la materia (art 2447).

No se a previsto acción alguna para el supuesto, donde el causante realice una mejora inspirada en la discapacidad del heredero, y el heredero goza de buena salud, o no llega a quedar inmerso en el concepto de discapacidad. Entendemos que los restantes legitimarios podran hacerlo a travez de las acciones de reducción y/o complementos contempladas.

Teniendo en cuenta que la apertura, transmisión y adquisición de la herencia se produce en el momento de la muerte del causante, no se alteraría la adquisición en caso de superarse la discapacidad. (Orlandi, 2013, p.217/218).

2.7 Personas con Discapacidad – Tutela Nacional

Con este nuevo cambio de paradigma en la faz nacional, donde se tomaron directrices universales y receptadas por nuestra Carta Magna, como así lo prescribe en su art. 75, inc. 23⁵, que se le atribuye 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 ésta 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 ...”.

⁵ Constitución Nacional Argentina: Art 75 inc.23: “Se le atribuye al Congreso la facultad de “Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y 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”.

Por lo que, especialmente la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, receptada por nuestro derecho interno, mediante ley nacional 26.378⁶, sancionada en mayo del 2008, y promulgada en junio del 2008, tomando jerarquía constitucional mediante ley 27.044⁷, e incorporándose al bloque constitucional federal.

Ante estos lineamientos expuestos, es que el derecho argentino, tomó como base para esta nueva constitucionalización del derecho privado. Así de manera, rápida, expedita y diligente, accionó en protección hacia las personas con discapacidad, para que puedan posicionarse de una manera igualitaria e inclusiva con el resto de la sociedad y las demás personas, y como así también poder ser benefactoras de múltiples derechos y garantías.

Sobre el tema, el doctrinario Pérez Gallardo, (2015), nos dice:

El nuevo Código Civil responde a otra filosofía más a tono con la constitucionalidad del Derecho privado, con la necesidad de incorporar a éste los valores y derechos fundamentales precautelados en la propia Constitución Nacional y en los tratados internacionales, ratificados por Argentina, e incorporados en su Derecho interno, Como se deja explícito en los fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial “*se innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina*”. El nuevo Código tutela y enaltece los principios de solidaridad familiar, libertad, autonomía privada, interés público, interés superior del menor y de las personas con discapacidad. “tiene la estructura de paradigmas, principios y valores que

⁶ Ley 26.378: “Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Anexo 1, Los estados partes: a) Recordando los principios de la carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, b) Reconociendo que las Naciones Unidas, en la declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole, c) Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación, 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, 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.

⁷ Ley 27.044: Jerarquía Constitucional, “Otorgase Jerarquía constitucional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad”. Ratificada y jerarquizada con rango constitucional de conformidad con los dispuesto en art. 75 inc. 22 de la constitución Nacional Argentina”.

necesita la sociedad del nuevo milenio, contiene una articulación sistémica que equilibra los intereses para la convivencia social y el desarrollo económico”. Se trata de un cuerpo normativo que con coherencia y sistematicidad revitaliza al Derecho privado, le da dinamismo, lo convierte en un Derecho, biológicamente activo, en el que resalta la función social de la propiedad, que pudiera también hacerse extensible al contrato, en mi propia opinión, pero que a la vez, tampoco deja de pensar en la persona, en el individuo, pero sin enaltecer el individualismo. “Se ha querido definir la ciudadanía del siglo XXI. No ir al pasado, sino al presente y al futuro. El nuevo Código reconoce a la persona con derechos concretos. No hay una definición abstracta sino una definición muy específica de la ciudadanía”. (Pérez Gallardo, 2015, Apartado I).

2.8 Discapacidad – Modelo Social

A finales del siglo XX, se sentaron bases normativas en cuanto a los derechos humanos a nivel universal, esta evolución hizo que todos los países incorporen en sus sistemas normativos, los múltiples tratados y/o convenciones sobre los derechos humanos, donde como en el caso de Argentina se recepcionaron de manera plena y como así también fueron jerarquizados y posicionados por sobre la cúspide de la pirámide jurídica de nuestro derecho interno.

En este caso, la estrella de esta nueva constitucionalización del derecho privado fue la Convención de las Personas con Discapacidad, donde se tomó como piedra basal sus principios enumerados en la misma, en cuanto a personas con discapacidad, por lo que hizo que produzca un cambio de paradigma, instaurándose un nuevo modelo social. Todo en aras de protección de las personas discapacitadas, para así posicionarlas ante la sociedad en un plano de igualdad, equidad y no discriminación con el resto de los demás.

Orlandi, (2013), explica:

En materia de discapacidad, la mirada desde los derechos humanos instauró un cambio de paradigma que se sostiene en una serie de principios enumerados en el art. 3 (CDPD): a) el respeto por la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; e)

la igualdad de oportunidades; f) la accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad, que reconocen la noción de derecho humanitario vigente en nuestro sistema jurídico.

Desde esta traza, la problemática es abordada desde una configuración multidimensional que tiende a posibilitar soluciones acordes a la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

La CDPD implanta, además una visión dinámica y constructiva, “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre personas con deficiencia 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 los demás”.

Así, el modelo social que la Convención impone sobre las personas con discapacidad prioriza elementos de carácter históricos, sociales, psicológicos, y también incluye el aspecto médico/biológico que, históricamente, se presentó como hegemónico en esta materia.

Según entiende este modelo social de discapacidad, 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.

La implementación de acciones que llevan a vencer la barrera de la discriminación como fenómeno sociológico involucra a toda la sociedad y el Estado. (Orlandi, 2013, p.199).

2.9 Un Cambio de Paradigma – Sistemas de Apoyo

La Convención sobre los derechos de las Personas con discapacidad, fué el axioma y pilar fundamental de ésta nueva estructura normativa, donde tomó de manera directa todo lo sindicado y direccionado de modo imperativo, en cuanto a los lineamientos a seguir. Este nuevo compendio legal hizo pensar de un modo diferente, dejando a un costado y atrás la vieja estructura y concepción de las personas con discapacidad. Así, y a modo de protección y tutela especial a estos grupos de personas

vulneradas, se implementaron toda medida de acción directa en cuanto a sistema de apoyos y salvaguardias.

Como expone Orlandi, (2013):

El paradigma de la Convención estipula para las personas con discapacidad el surgimiento de un sistema de apoyos y salvaguardias que confronta con el anterior sistema de reemplazo y sustitución de la voluntad de la persona.

El sistema tradicional de representación -que se sostiene en la sustitución de la voluntad de la persona declarada “insana”- debe reemplazarse por una práctica de apoyos, asistencia y asesoramiento.

Los cambios de paradigma obligan a pensar en soluciones normativas -en todos los ámbitos- que respondan a los principios del derecho humanitario a la hora de estructurar el sistema de tutela especial de las personas con discapacidad. (Orlandi, 2013, p. 200).

2.10 El Derecho Sucesorio y la Tutela a Personas con Discapacidad

El derecho sucesorio es un derecho que depende del derecho de familia, es por eso que si el derecho de familia evoluciona, lleva y arrastra a la misma vez, a que el derecho de sucesiones mute y cambie. Es así, que el mismo siempre estará empardado de manera igualitaria con el derecho de familia y por sobre sus bases y lineamientos.

Es un derecho que está marcado en cuanto a su tecnicidad; su aplicación constante; ligado a la unidad familiar; a su unidad económica; al patrimonio; a la voluntad del causante y al principio de solidaridad familiar, y es aquí, que como eje central de esta investigación, es el derecho sucesorio el que debe tutelar a las personas con discapacidad, y más aún a la protección y amparo hacia el cónyuge supérstite con discapacidad a recibir un beneficio, como es el de la mejora estricta de la legítima.

Por eso es que comparto lo sindicado por la doctrinaria Orlandi, (2013):

En un sistema jurídico, la regulación de la sucesión por causa de muerte depende del modo en que se regule y justifique la propiedad y la familia.

La familia es una institución social. En relación a ella, una de las finalidades básicas del Estado es promover que los ciudadanos desarrollen libremente su personalidad.

En la familia, el elemento económico -patrimonio familiar- debe estar destinado a satisfacer los fines de la familia y las necesidades 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.

Por su parte, el derecho sucesorio tiene en miras determinar a quién o quiénes y de que modo se van a continuar las relaciones jurídicas que quedan vacantes en caso de muerte de su titular.

En materia sucesoria, los sistemas jurídicos tienden a brindar seguridad jurídica a través de la continuidad, en la persona del heredero, de las relaciones jurídicas, cuya titularidad correspondía al causante, o a estructurar métodos de sucesión en los bienes.

Nuestro sistema sucesorio actual contiene normas de orden público que restringen el poder de disposición del causante y la realización de pactos sucesorios, lo que limita la posibilidad de proteger en forma especial o privilegiada a los sujetos vulnerables.

La tendencia del derecho sucesorio moderno y la doctrina vienen marcando la necesidad de mayor autonomía de la voluntad en materia sucesoria, lo que implica flexibilizar las normas de orden público que caracterizan las instituciones tales como la legítima hereditaria y las órdenes sucesorios, a fin de permitir la tutela de los derechos humanos fundamentales y una adecuación a las características del desenvolvimiento económico del siglo XXI. (Orlandi, 2013, p. 201/202).

2.11 Conclusión Parcial

El derecho sucesorio argentino debe prever una protección especial para el cónyuge supérstite con discapacidad, a fin de que se garantice derechos, igualdad, integración, bienestar, asistencia, de acuerdo al compromiso del Estado por sobre los tratados internacionales y en este caso con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificado por nuestro país mediante ley.

Y como también lo señala nuestra Constitución en su art.75 inc.23, que se debe legislar promoviendo toda medida de acción positiva, con el fin de garantizar la igualdad de trato, oportunidad, goce y ejercicio de todo derecho reconocido por

nuestra Carta Magna y por todo otro instrumento internacional que se encuentre en vigencia y que protejan los derechos humanos y especial y particularmente a las personas con discapacidad.

El derecho interno tuvo preponderancia activa hacia las personas en estado de vulnerabilidad, posicionándolas en la cúspide de éste nuevo sistema social, “una sociedad inclusiva e igualitaria”, donde se proyectó una inserción y alienación plena de estos grupos vulnerados en cuanto a sus derechos, y como así también se debe proyectar dándole una solución de tutela al cónyuge con discapacidad, como legitimario dentro del proceso sucesorio, para poder ser beneficiario de la mejora estricta de la legítima otorgada por el causante testador, mediante cualquier medio, así como menciona el instituto en cuestión, y no ser discriminado como lo hace la norma de manera excluyente.

CAPITULO 3

Orden Jerárquico Constitucional – Bloque de Constitucionalidad Federal

CAPITULO 3

Orden Jerárquico Constitucional – Bloque de Constitucionalidad Federal

3.1 Introducción

Este capítulo se centrará exclusivamente en el análisis del marco legal preponderante argentino, comenzando por nuestra Constitución Nacional; la Convención por sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, jerarquizado mediante ley nacional y posteriormente por ante el Código Civil y Comercial Nacional, de los cuales nos apoyaremos en esta investigación, para así poder llegar a determinar si la norma cuestionada presenta plenamente un conflicto de inconstitucionalidad, por no sujetarse a derecho, y contraponerse al orden jerárquico constitucional.

3.2 La Norma Constitucional – Base de Sistemas Jurídicos Estatales

Para poder saber qué se entiende por constitución, habrá que definir la misma, y siguiendo a Ferreyra, (2013), el mismo dice; “Constitución” significa una categoría jurídica básica de la teoría y práctica del Derecho”.

También realiza un análisis de la palabra; en cuanto al empleo de la misma de una manera descriptiva y objetivamente; al uso en el lenguaje jurídico, político y social.

Y en cuanto a su aplicación; como norma suprema de este sistema jurídico estatal; su forma de creación; también como producción jurídica con esquematización de formas y procedimientos de los poderes del Estado; y por último como supraordenamiento de máxima jerarquía, con el resto de las normas del sistema jurídico.

Señalando Ferreyra, (2013):

Los modernos sistemas jurídicos estatales son sistemas normativos estructurales jerárquicamente. En su base se encuentra la norma constitucional que, a su vez, implica propiamente un “sistema normativo”. La estructura jerárquica del

sistema jurídico de un Estado puede expresarse de modo rudimentario, como sostiene Kelsen, en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la constitución representa el nivel más alto dentro del Derecho estatal.

La palabra “constitución” es usada en el lenguaje jurídico, político y social con una pluralidad de significados. No es éste el sitio para llevar a cabo un listado de significaciones. Sí en cambio, pretendo describir en qué sentido puede entenderse que la constitución escrita es la norma básica del sistema jurídico estatal, cuál es la jerarquía de la norma constitucional respecto de las restantes normas que integran aquél, y si de ello puede derivarse alguna proposición peculiar. Para tal cometido, será suficiente, por el momento, ensayar las siguientes orientaciones, las que se encuentran dirigidas a las constituciones que observan cierto grado de rigidez, entendido por “rigidez” que la norma constitucional no puede ser reformada mediante la utilización de los mismos procesos estipulados para la configuración de la legislación ordinaria de rango subconstitucional.

Descriptiva y objetivamente, suele emplearse el término “constitución” para designar una combinación de reglas que singularizan, personifican e identifican a los sistemas jurídicos estatales, expresadas en un documento y en relación con todas las demás reglas del sistema son básicas. Al afirmarse que “la constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema jurídico”, ¿qué se postula exactamente?. Se puede hablar de jerarquía lógico-normativa y de jerarquía axiológica. Me ocuparé de la primera: la constitución resulta formalmente superior a las normas cuya producción programa, ya que la constitución es lógicamente anterior o viene predisuelta con relación a las normas infraconstitucional.

La constitución es la norma mayor del sistema jurídico como consecuencia de una decisión positiva del poder estatal. Si la constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema, no es lógicamente posible ir de la norma superior a la norma inferior sin atravesar la distancia jerárquica que hay entre ellas. Negar esta distancia sería contradictorio, porque no puede irse de lo superior a lo inferior sin atravesar las distancias que lo separan. Este sencillo ejemplo demuestra la primacía lógica de la constitución. Recorrer el camino inverso -de la norma inferior a la superior-, no hace falta decirlo, es en sí mismo contradictorio.

La constitución es producida y concretada por el poder constituyente; el resto de las reglas jurídicas de alcance general son creadas por el Congreso federal o el departamento ejecutivo; excepcionalmente por el poder judicial. La constitución,

como norma, forma parte del mundo real en cuanto cosa escrita, publicada, acatada. La arquitectura que propone la constitución, como toda norma, tiene un ámbito de validéz y otro ámbito de eficacia; con el término validéz se designa su existencia específica, es decir, que con la norma en cuestión tales comportamientos son ordenados y una norma jurídica adquiere validéz antes de ser eficaz. No obstante, una norma jurídica es considerada objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos hasta cierto grado. Con la expresión eficacia se alude a su seguimiento, obediencia o aplicación, y la eficacia es condición de la validéz en aquella medida en que debe aparecer en la imposición de la norma, se desenvuelve en dos ámbitos: el de su producción y el de su realización. Producida la norma, previa comprensión racional, deberá sobrevenir su acatamiento, es decir, su realización tanto por ciudadanos como por los poderes del Estado. Sin embargo, existen diferentes situaciones en que la realización del Derecho emanado de la constitución exige una interpretación que, específicamente, resultará a cargo de la jurisdicción. La realización del Derecho constitucional será siempre, pues, concreción o ejecución del Derecho creado.

La constitución inaugura un proceso jurídico cuya finalidad es servir al desarrollo de la vida de cada uno de los individuos que integran una comunidad. Paradójicamente, ella también es el resultado o constituye el cierre de un proceso político; la autodeterminación comunitaria.

La constitución es el plan maestro que esquematiza las formas y procedimientos que debe observar toda producción jurídica de los poderes del Estado. No caben dudas de que es, concretamente, en esta relación de jerarquía lógico-estructural entre la constitución y el resto de las normas del sistema jurídico, donde puede afirmarse que la constitución disciplina y programa de la configuración del cuándo, el como, el quién y el cuánto del ejercicio del poder coactivo.

La constitución determina regiamente la producción de reglas jurídicas de alcance general; por consecuencia, regula la forma y, hasta cierto nivel el contenido de la elaboración estatal.

Si el derecho es la “razón de la fuerza” -en el sentido expuesto *ut supra*, sección III-, la constitución sería el paradigma de este producto cultural. Claro que convenir ello traerá como colorario admitir que las normas de conducta (normas primarias) escritas en los textos constitucionales son, a lo sumo, indicadores o menús, pero carentes de fuerza normativa e incapaces de conferir judicidad al sistema normativo, ya que en estos enfoques normativistas la juridicidad del sistema es propuesta por sus normas secundarias. En este esquema, por lo tanto,

es evidente que no todas las reglas constitucionales tendrían la misma relación de supraordenamiento y jerarquía con el resto de las normas del sistema jurídico. Sólo son fundamentales y supremas las que determinan las formas y sistema de Estado de gobierno, respectivamente, y las que disciplinan la producción y el conferimiento de las potestades legislativa, administrativa y jurisdiccional a los órganos que encarnan la voluntad estatal. (Ferrerya, 2013, p. 266/267/268/269).

3.3 El Derecho de Gentes en el Orden Jerárquico Argentino

En cuanto al Derecho de Gentes recepcionado por nuestra constitución en su Capítulo Segundo- Atribuciones del Poder Judicial; mediante art. 118, que se establece “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se determinan por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito, pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

El Derecho de Gentes en nuestro sistema jurídico no estuvo visualizado por la doctrina y como así también la jurisprudencia, hasta que en los últimos tiempos se sentó precedente jurisprudencial, consagrando al *ius gentium* como fuente normativa que camina de manera adicional a nuestro sistema normativo. Esto sucede a partir de los casos “Priebke” y “Schwammberger”. Así hizo que se constitucionalizara el Derecho de Gentes tomando relevancia jerárquica por sobre el orden interno.

El doctrinario Schiffrin, (2004); realiza un análisis en cuanto a la admisión y aceptación del derecho de gentes con jerarquía constitucional en nuestro sistema jurídico y expone:

La primacía del derecho internacional por sobre el derecho nacional fue puesta a prueba en Argentina por dos casos especialmente paradigmáticos: los juicios de extradición de Franz Josef Leo Schwammberger y de Erich Priebke.

El problema crucial de ambos juicios fue que los crímenes contra la humanidad por los cuales los tribunales alemanes en el primer caso, y los italianos en el segundo reclamaban la extradición, estaban prescriptos según la ley nacional argentina. Y en ambos se dio prevalencia a las reglas de derecho interno.

Este esquema plantea, a mi juicio, el sentido efectivo de lo resuelto en estas causas, si bien la idea de la imprescriptibilidad *jure gentium* fue empleada por la

Corte Suprema en el precedente “Priebke”, mientras que en “Schwammberger” sólo mi voto como juez de la Cámara Federal de la Plata hizo incapié en la prevalencia de la imprescriptibilidad del derecho internacional por sobre las normas respectivas del derecho nacional. (Schiffrin, 2004, pag.115).

3.4 Reforma Constitucional – Preeminencia a los Derechos Humanos

Ante la evolución del derecho de las personas en la faz internacional, y ante las violaciones a los derechos humanos que se suscitaron en nuestro sistema interno, es que Argentina tomó medidas de acción positivas para posicionarse de manera igualitaria por sobre el resto del mundo y también garantizar a todos los ciudadanos de esta nación por sobre todo derecho y garantías que no estaban reconocidos por nuestra constitución.

Así es que el año 1993, se decide reformar la misma mediante proyecto de ley reformadora, sancionado el 29 de diciembre del mismo año y ese mismo día es promulgada mediante ley 24.309⁸, donde se declara la necesidad de reforma y como así también se establecen las materias y artículos a modificarse. Es entonces que se conforma una comisión reformadora, compuesta por 305 constituyentes quienes se encargarían de realizar la misma.

El 22 de Agosto de 1994, la Convención Constituyente reformadora aprueba definitivamente la reforma constitucional en la ciudad de Santa Fé.

En este nuevo ordenamiento legal, se recepciona de manera plena el derecho internacional, *ius cogens* en materia de derechos humanos, estableciendo en su art. 75 inc. 22⁹, la incorporación de diversos tratados internacionales donde se les otorga jerarquía constitucional, así se da apertura a una nueva estructura normativa,

⁸ Ley 24.309- Declaración de la necesidad de su reforma. Sancionada: Diciembre 29 de 1993; Promulgada: Diciembre 29 de 1993.

⁹ Constitución Nacional Argentina. Art.75 inc.22: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

denominada, Bloque de Constitucionalidad Federal, conformado por la Constitución Nacional y once Tratados Internacionales y un Protocolo Facultativo, posicionándolos en la cúspide de esta nueva pirámide jurídica interna de nuestro sistema legal.

Posteriormente se amplió este bloque, con la incorporación de tres nuevos tratados de derechos humanos con pleno rango constitucional que también se posicionaron en la cima de este actual conjunto normativo, siendo: la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra; Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De esta manera Moncayo, (2004), realiza un análisis de esta evolución y cómo se fueron introduciendo y recepcionados de manera paulatina en el tiempo estos tratados internacionales a nuestro sistema legal, donde traduce:

Después de un largo período en el que fueron quebrantados sistemáticamente los derechos humanos en la Argentina, uno de los propósitos del gobierno que restableció la democracia fue asegurar la vigencia efectiva de los propósitos jurídicos y morales que reconocen los derechos del hombre, dotándolos de protección y dándoles un resguardo internacional. Por ello nuestro país se hizo entonces parte de numerosos convenios internacionales sobre derechos humanos.

La Argentina, que había votado la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ambas de 1948, se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en 1984.

Adhirió no solo la parte dogmática de ese acuerdo, sino que también aceptó los mecanismos de control y jurisdiccionales que él establece. Aceptó la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art.45) y la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligatoriedad de sus fallos (arts.62 y 68). Se hizo parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, en 1986; de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, en 1985; de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, en 1986; de la Convención sobre los Derechos del Niño, en 1989.

Entonces, ya era parte -entre otras- de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en vigor desde 1952, y de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, vigente desde 1969.

Todos estos tratados -en verdad, todos los tratados internacionales- integran el orden normativo nacional como un “estatuto legal autónomo cuya interpretación depende de su propio texto y naturaleza, con independencia de la ley aprobatoria” (Fallos 202:353). Ya antes de la reforma constitucional constituían “ley suprema” de Nación y la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación les había acordado, a partir del caso “Ekmedjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo”, sentencia del 7 de Julio de 1992, (Fallos 315:1492), una jerarquía superior a las leyes internas.

Se mostraba una tendencia a la distinción y a la jerarquización de los acuerdos sobre derechos humanos que la Constitución reformada vendría a acoger y normativizar. El art.75, inc. 22, confiere jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia, al conjunto de declaraciones y tratados de derechos humanos que antes hemos señalado. Se crea así una suerte de “bloque de constitucionalidad”, formado por la Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos “constitucionalizados”, no sin cierta semejanza con el “bloque de constitucionalidad” que en Francia está representado por la Constitución de 1978, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. (Moncayo, 2004, p. 89/90/91).

3.5 Obligatoriedad e Interpretación del Orden Jerárquico Constitucional

Este nuevo sistema jurídico imperante, de estructura piramidal, donde se conforma un nuevo ordenamiento de normas investidas de jerarquía constitucional denominado, “Bloque de Constitucionalidad Federal”, compuesto por la misma Constitución y once instrumentos internacionales de derechos humanos, donde se posicionaron en la cima por sobre todos otros tratados regionales, leyes nacionales, constituciones provinciales, municipales, ordenanzas, resoluciones y decretos.

Ante esta nueva estructuración de las leyes, produjo un gran impacto sociológico y axiológico, dado a que se avecinaba una nueva era legal que podríamos

llamarla “legalización universal del hombre”, donde de manera inmediata se comenzó a ponerse en práctica por ante todos los estrados de uno de los Poderes del Estado; el Judicial y como así también en los otros restantes.

Esto hizo a que todo operador de justicia tenga presente este nuevo diseño en cuanto a la jerarquización de las leyes, siempre por sobre todo acto de control de legalidad o convencionalidad en cuanto a la aplicación, interpretación y alcance de toda norma a todo caso concreto que se dirima dentro de su actividad jurisdiccional.

Moncayo, (2004), comenta:

Con reiteración la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que todos los jueces tienen derecho y a la vez el deber de aplicar la Constitución Nacional y de asegurar su primacía. Podría hoy predicarse lo mismo de los instrumentos internacionales a lo que la Constitución reformada ha dado Jerarquía constitucional. Prevalen sobre los demás tratados y sobre leyes de la Nación.

Una larga experiencia judicial ha fijado criterios hermenéuticos para interpretar la Constitución. Lo reciente de la reforma que ha “constitucionalizado” a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos...”.

Y también, particularizar sobre la interpretación y los alcances posibles de las disposiciones constitucionales que han dado una jerarquía privilegiada aún limitando número de instrumentos internacionales, lo que ya han comenzado a ser materia de análisis en jurisprudencia reciente.(Moncayo, 2004, p. 91).

3.6 Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Esta tratado internacional, denominado, Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo¹⁰, fue aprobado mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas suscripta en Nueva York, el 13 de Diciembre del 2006, sancionada el 21 de mayo del 2008 y promulgada el 6 de Junio del 2008.

Esta normativa supranacional es la que sindicó todos los preceptos de garantías a las personas con discapacidad. Su eje central la discapacidad, erradica de manera determinante ésta como deficiencias físicas o psíquicas de las personas, y posiciona a

¹⁰ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad su Protocolo Facultativo; aprobado mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de Nueva York, el 13 de Diciembre del 2006, Sancionada: Mayo 21 de 2008, Promulgada: Junio 6 de 2008.

la discapacidad como un impedimento u obstáculos que la sociedad pone para que estos grupos no se puedan relacionar con el resto de los demás.

Es por eso que talla de manera protectoria, asegurándole a toda persona con discapacidad el respeto a su dignidad inherente; el pleno goce de manera igualitaria de todo derecho; libertades fundamentales y participación plena y efectiva en la sociedad.

Así la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad precepta :

Art. 1, 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, promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencia físicas, mentales, intelectuales, 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 los demás.

Art.3, Principios generales, que son: a) el respeto por la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) la no discriminación; c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición 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 niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Art.5, 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.

Art.10 – Derecho a la vida: Los Estados Partes reafirmarán el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goze efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.

Art. 12 – Igual reconocimiento como persona ante la ley: 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos la voluntad y las preferencias de las personas, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo mas corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de la autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 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 a la 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 arbitrariamente.

3.7 Ley Nacional 26.378/08 - Recepción e Incorporación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), tiene como objetivo direccionarse multidimensionalmente por ante el derecho interno,

con el fin de proteger y resguardar los derechos de las personas con discapacidad, implantando medidas de acción directa, donde fueron receptadas por nuestro sistema mediante ley 26.378, sancionada el 21 de Mayo del 2008 y promulgada el 6 de Junio del 2008, desde allí comienza a tener fuerza de ley en la faz interna esta convención; Así la misma dispone:

art. 1 – Apruébase la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/ RES/ 61/ 106, el día 13 de diciembre de 2006. Ambos instrumentos jurídicos forman parte del presente como “Anexo 1” y “Anexo 2” respectivamente.

Donde en su Anexo I, Se establece en su Preámbulo: Los Estados Partes en la presente Convención, a) Recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; b) Reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole; c) Reafirmando la universalidad, independencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación; d) Recordando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas Formas de Discriminación Racial, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencia 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 los 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 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 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 inherente 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 mas 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 los demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas partes del mundo; l) Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para mejorar las condiciones de vida de las personas con discapacidad en todos los países, en particular en los países en desarrollo; m) Reconociendo el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza; n) Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones; o) Considerando que las personas con discapacidad deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que afectan directamente; p) Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición; q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación; r) Reconociendo también que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar

plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a éste respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos de Niño;

s) Subrayando la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad; t) Destacando el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza y reconociendo a éste, respecto la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad; u) Teniendo presente que, para lograr la plena protección de las personas con discapacidad, en particular durante los conflictos armados y la ocupación extranjera, es indispensable que se den condiciones de paz y seguridad basadas en el pleno respeto de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y se respeten los instrumentos vigentes en materia de derechos humanos; v) Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales; w) Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos; x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir la protección y asistencia necesaria para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones; y) Convencidos de que una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados..”.

3.8 Ley Nacional 27.044/14 - Jerarquía Constitucional a la Convención de las Personas con Discapacidad.

En nuestro país, ante la nueva constitucionalización de los tratados internacionales, receptados, incorporados y jerarquizados en nuestra Ley Suprema, bajo su articulado 75 inc. 22, donde quedaron taxados mediante un orden de prelación, a éstos se le agrega uno más que es, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, receptado al ámbito interno mediante la ley 27.044, sancionada el 19 de Noviembre del 2014, y promulgada el 11 de Diciembre del 2014, también con rango Constitucional.

Siendo ésta Convención la que nos servirá como guía precisa para poder estructurar y determinar lo planteado en este trabajo de investigación.

Así la Ley 27.044, declara en su articulado 1 – Otórgase jerarquía Constitucional en los términos del art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.9. Antecedentes y Fundamentos de la Recepción de los Tratados en este nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación¹¹, también tuvo en cuenta de manera estructural, los lineamientos dados por la comunidad internacional.

Es así que en su Anexo 1- Título Preliminar, Capítulo I, Derecho: se sentaron las bases de esta nueva codificación, donde se dispuso lo siguiente:

Artículo 1°.- Fuentes de aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrario a derecho.

Artículo 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los

¹¹ Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado el 07/10/2014 bajo Ley N° 26.994.

tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Artículo 3°.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.

Es por eso que tuvo gran relevancia jurídica esta Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ante la nueva creación de éste Código Civil y Comercial, quedando plasmado por sobre todas sus aristas o ramas del derecho en general.

Así este nuevo compendio jurídico detenta una soslayable evolución, siempre en aras de los más necesitados, las personas con discapacidad, para posicionarlas de manera igualitaria con los demás, por ante un plano de equidad y como así también con la sociedad.

De esta manera el doctrinario Santiso, (2017), nos visualiza claramente esta nueva constitucionalización del derecho privado, incrementando esta promoción y protección de los derechos humanos, tomando en consideración aquellos preceptos de orden internacional filtrados al ordenamiento local, donde acota:

En nuestro país, la ley 26.378 impone el compromiso social e internacional de respetar y de velar por las medidas necesarias para poner a las personas con discapacidad en un plano de equidad o igualdad con el resto de la sociedad. El art. 1° de la CDPD establece que “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencia 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”. Y ese es el concepto que define a aquellas personas que pueden gozar del uso de esta facultad otorgada al causante.

Vale decir que como línea directriz de la propia convención, la discapacidad ya no radica en las deficiencias físicas o psíquicas de las personas, sino en los impedimentos u obstáculos que la sociedad les coloca para su interrelación y de ahí deriva su discapacidad.

Existe una preocupación constante en el derecho privado por incrementar la promoción y protección de los derechos humanos tomando en consideración aquellos preceptos de orden internacional y filtrándolas en el ordenamiento local, si bien bajo la forma de sanción de leyes, en este caso ante la oportunidad y el

contexto social, a través de la reforma producida y vigente desde 1915, en materia civil.

Se vuelve un paradigma irrenunciable asegurarles a las personas con discapacidad el pleno goce de sus libertades fundamentales, y su participación plena y efectiva en la sociedad, reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Ese es el eje de la normativa internacional en la materia mediante los preceptos de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, y ratificada en Argentina por ley 26.378/08, destinada, según lo expresa en su Preámbulo, a promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad para contribuir a paliar su profunda desventaja social y promover su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil. Político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados. Respecto de la materia sucesoria, la convención prevé expresa y específicamente en su art. 12.5 que 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 los demás, a ser propietarias y heredar bienes.

En este contexto, la redacción del Código Civil y Comercial de nuestro país se ve abonada por la intención de constitucionalizar el derecho privado, aspecto recorrido a lo largo de toda la reforma en materia de garantías, de ahí que pueda hablarse a esta altura de que existe una jerarquía constitucional del derecho hereditario como una consecuencia necesaria de la garantía de propiedad privada.

Si bien no puede entenderse que el aspecto hereditario sea determinante a la hora de asegurar la protección de las personas con discapacidad, ya que ello tiene que ver en mayor medida con el desarrollo de sus posibilidades en el contexto de vida social que ocupa y que debe estar regulado de la forma más ajustada a sus necesidades y al respecto de sus derechos, tema que por otro lado ha sido recibido en la codificación civil provocando un verdadero cambio de paradigma en cuanto a la regulación en materia de capacidad de las personas (art.30 y siguientes del CCyCN); para una protección integral no puede desentenderse el aspecto hereditario, en particular respecto de las personas con discapacidad y mas allá de la regulación del ejercicio de su necesaria representación.

Esta previsión, tanto en la esfera constitucional como en la legislación nacional de fondo apunta no solo a la tutela del derecho hereditario, sino también a sustentar esta figura en base a los dos principios rectores que rigen en materia sucesoria en base a la función que cumple; estos elementos que caracterizan la función que cumple la materia hereditaria son el principio de solidaridad familiar y la liberalidad sucesoria; poniendo en juego contrapuesto ambos principios en ciertos casos, y afianzándose mutuamente en otros. (Santiso, 2017, Apartado II).

3.10 Precedente Jurisprudencial de Jerarquía Superior a las Leyes Nacionales – Fallo Ekmekdjian vs Sofovich – Estructura del fallo y Análisis del Caso

3.10.1 Precedente Jurisprudencial

Este fallo adquirió gran importancia y relevancia jurídica jurisprudencial en nuestro sistema, ya que es el precedente histórico que marcó y delimitó una directriz en cuanto a la recepción a nuestro sistema interno de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, todo ello se debe a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió de manera positiva sobre el derecho de réplica, caso Ekmekdjian vs. Sofovich¹². Derecho que no estaba normatizado en nuestro sistema, así que es éste, el caso que hizo que diera preeminencia al derecho internacional por sobre el derecho interno, guía que coadyuvó a que en la nueva reforma constitucional del 1994, todos estos instrumentos internacionales ratificados por Argentina, se incorporaran en su art. 75 inc. 22.

Esto hizo a que se genere un gran avance axiológico que permitió poner en acción y en práctica de manera expedita, dando una mayor operatividad a todas las personas que imparten justicia y como así también a los juristas y legisladores que diseñaron este nuevo compendio legal, nuestro Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, donde tuvieron en cuenta todos los preceptos marcados por la comunidad internacional, y más aún, los de la Convención sobre los Derechos a las Personas con Discapacidad. Es por eso que ésta nueva constitucionalización del derecho privado se encuentra marcada de derechos, garantías, principios que tutelarán a todas las personas

¹² C.S.J.N., “Ekmekdjian c/ Sofovich”, Fallos 315:1492 (1992).

y más aún a las con discapacidad, para que tengan una participación plena, inclusiva y efectiva con la sociedad, por ante un plano de igualdad de condiciones con los demás, equidad, no discriminación, siempre en resguardo y protección a estos grupos y/o colectivos que se encontraban en situación de vulnerabilidad y de desamparo legal por ante el antiguo y nuevo paradigma, como es el caso que nos compete en estudio, que es la exclusión directa y manifiesta del cónyuge supérstite con discapacidad para ser beneficiario de una mejora en su legítima estricta.

3.10.2 Estructura del fallo

- Derecho de Réplica
- Acción de Amparo
- Denegación de Recurso Extraordinario
- Tratados y Convenciones Internacionales (CADH)

3.10.3 Análisis del Fallo: De los hechos, del derecho, medidas de acción y procedimiento.

El sábado 11 de julio de 1988 el Sr. Dalmiro Sáenz expresó vociferando algunas frases refiriéndose al Señor Jesucristo y la Virgen María. El Sr. Miguel Ekmekdjian ante lo acontecido se sintió herido profundamente a sus sentimientos religiosos, por dichas frases vertidas, esto hizo que el mismo interpusiera una acción de amparo en contra y dirigida hacia el Sr. Gerardo Sofovich, quien conducía un programa televisivo, para que en el mismo se pronuncie, dando lectura de la carta documento enviada por el Sr. Ekmekdjian por los agravios vertidos por el Sr. Dalmiro Sáenz.

Ante la negativa del conductor del programa de leer la carta documento en público, el accionante inició un juicio de amparo fundado en el derecho de réplica, basándose para ello en el art. 33 de la CN y en el art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

En primera Instancia, el juez rechazó la demanda con igual argumento utilizado por la Corte al resolver la causa Ekmekdjian vs. Neustadt, argumentando: “no tiene lugar el derecho de réplica por no haber mediado una afectación a la personalidad” y

“el derecho de réplica no puede considerarse derecho positivo interno porque no ha sido aún reglamentado”.

La Cámara de Apelaciones resolvió de la misma manera que el juez de primera instancia, argumentando lo mismo.

Ante el rechazo y denegatoria por el juzgado de primera instancia y la Cámara de Apelaciones, el actor Sr. Ekmekdjian interpone recurso extraordinario ante la Cámara, pero no le fué concedido el mismo; esto hizo ante la vulneración de sus derechos, el mismo presentara una queja por denegación de Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte le hace lugar al pedido de queja procedente del recurso extraordinario, debido y en circunstancias a que la Cámara de Apelaciones rechaza y deniega el mismo, resolviendo que se debía pronunciar ya que se trataba de una cuestión Federal y por que se cuestionaban cláusulas de la Constitución y del tratado internacional de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El máximo Tribunal resolvió conforme a derecho de manera positiva, interpretando que el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 14, donde dice: “en las condiciones que establece la ley”, se refiere a cuestiones tales como el espacio en que se debe responder o en que lapso de tiempo puede ejercerse el derecho; y no como se consideró el caso antes mencionado, en que el a quo interpretó que esa frase se refería a la necesidad de que se dictara una ley que estableciera que el derecho de réplica fuera considerado derecho positivo interno. “Por lo tanto, el derecho de réplica existe e integra nuestro ordenamiento jurídico sin necesidad de que se dicte ninguna ley” y además se basó en el art. 31 de la CN y por lo establecido en la Convención de Viena por el derecho de los tratados donde se le confiere supremacía al derecho internacional sobre el derecho interno.

En consecuencia la Corte resolvió dando lugar al derecho de réplica y ordenando la aclaración inmediata y gratuita en el mismo medio. “se condena al demandado, señor Gerardo Sofovich, a dar lectura a la carta documento en la primera de las audiciones que conduzca el demandado”.

3.11 Precedente Jurisprudencial del principio de no discriminación

El precedente jurisprudencial que tomamos en esta investigación, por analogía es el de Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I “G., R. F. c. Gobierno de la Prov. De Mendoza s/ a.p.a. - 12/03/14, donde el fallo dictaminado dio lugar a que una persona con discapacidad se le recomponga los derechos vulnerados en base a la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, por sobre el principio de no discriminación.

3.11.1 Análisis del Fallo: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I “G., R. F. c. Gobierno de la Prov. De Mendoza s/ a.p.a. - 12/03/14.

Una persona que se sintió afectada, vulnerada, discriminada e impedida por sus derechos, planteó una demanda contenciosa administrativa en contra del Gobierno de Mendoza, con el objeto de que se anule una resolución dictaminada por el organismo provincial, Dirección de Seguridad vial, de fecha 27 de Junio del 2010, y sus ratificadoras; resolución s/ n° del 22 de Julio del 2010 dictada por la Dirección de Seguridad Vial, resolución n° 320/2011 del Ministerio de Seguridad y decreto n° 168/2012. Donde se le fue rechazado el pedido de extensión de la licencia de conducir, por padecer un impedimento físico de lo que deriva su discapacidad.

La Corte Suprema de Justicia de Mendoza le dio lugar y admisión a la acción interpuesta por el actor, donde se ordenó que el organismo público realice las medidas de acción para que el afectado pudiera tener la posibilidad de ser evaluado ante el procedimiento de rigor para el otorgamiento de la licencia de conducir, y así poder explotar su automóvil como servicio de remis, actividad laboral, que iba ser el sustento personal y para su familia.

Así la Dra. Feldman, 2014, resume:

La denegatoria de la Administración al pedido de una persona con discapacidad motriz dirigido a que se le permita rendir el examen previsto para el otorgamiento de una licencia de conducir profesional, fundado sólo en razones genéricas, luce abiertamente contraria al principio de no discriminación sentados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, por lo

que corresponde la extinción de ese acto a fin de restablecer el imperio de la legitimidad. (Feldman, Paula A., 2014).

3.12 Jurisprudencia aplicada ante el caso concreto

Desde el punto de vista jurisprudencial en tanto al tema abordado y por ante un caso concreto, no se encuentran hasta el momento sentencias y jurisprudencias, que detente en la actualidad un antecedente o un precedente de inconstitucionalidad de éste instituto, para así, poder analizar, y cotejar en profundidad como se estaría poniendo en práctica la norma en los tribunales ordinarios de nuestro país, y como los operadores de justicia aplican la misma.

Por ende será la práctica, los jueces y la jurisprudencia que surja con el tiempo la que determinará el problema que provoca esta norma y los alcances de la misma.

Tomaremos como punto de partida para este trabajo de investigación el precedente jurisprudencial, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ekmekjidian c/ Sofovich”, que es el que dió preeminencia a los tratados internacionales por sobre el derecho interno y más aún teniendo en cuenta que con éste fallo se establecieron las bases para determinar que en cuanto se vulneren derechos a toda persona que habita en este suelo argentino, siempre habrá una garantía que proteja a los mismos.

También receptaremos toda otra jurisprudencia, basada por sobre alguna violación a los derechos reconocidos por nuestra constitución y todo instrumento internacional, receptado e incorporado por nuestra nación, dotado de supremacía superior a toda ley de menor rango, como es en este caso la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

3.13 Conclusión Parcial

En este capítulo se analizaron los argumentos jurídicos de este nuevo marco legal argentino denominado Bloque de Constitucionalidad Federal, el que de manera imperante se encuentra sobre la cumbre de esta actual estructura piramidal normativa.

Así comenzamos con la norma con mayor jerarquía de este sistema legal estatal, nuestra Constitución Nacional. Posteriormente continuamos con los precedentes que sentaron las bases para que el Derecho de Gentes tuviera relevancia

jurídica y jerárquica en nuestra actual constitucionalización, donde el derecho internacional tuvo prevalencia sobre el derecho interno, con los casos “Priebke”¹³ y “Schwammberger”¹⁴, “Ekmekjdian c/ Sofovich”,

Continuamos con la inclusión e incorporación de los tratados internacionales al ámbito legal interno, posicionándolos con igual jerarquía con nuestra Carta Magna. El precedente internacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde nos sindicó de manera direccional los lineamientos a seguir ante este nuevo paradigma plantado en el orden nacional. Así también la recepción e incorporación del mismo a la faz interna mediante ley 26.378, y su Jerarquización por ante ley 27.044.

Y en cuanto a la nueva Codificación, la preponderancia que tuvieron los tratados internacionales y en particular esta Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su estructura y desarrollo de este actual compendio inaugurado en el año 2015. Es por eso que en su Título Preliminar- Capítulo 1 – Derecho; arts. 1¹⁵, 2¹⁶, 3¹⁷ se sentaron las bases a seguir en tanto a fuentes de aplicación; interpretación y deber de resolver.

Toda esta estructura legislativa interna, denominada bloque de constitucionalidad federal, nos posibilitará determinar que la norma cuestionada presenta un conflicto de Inconstitucionalidad por no sujetarse ante las directrices de esta nueva jerarquización normativa sindicada y taxada de manera estructural y piramidal en nuestro sistema interno.

¹³ C.S.J.N., “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición”, Causa N° 16.063/94. Fallos: 318:2148 (2/11/1995).

¹⁴ Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 20-III-1990 —S 645 XXII- (E.D., 13-VI-90 y L.L.; 16-VII-90).

¹⁵ Art. 1°.- Fuentes de aplicación. “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrario a derecho”.

¹⁶ Art. 2°.- “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

¹⁷ Art. 3°.- Deber de resolver. “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

CAPITULO 4

Principios Generales del Derecho de Sucesiones y del Derecho de Familia

CAPITULO 4

Principios Generales del Derecho de Sucesiones y del Derecho de Familia

4.1 Introducción

Este capítulo se basará primordialmente en los principios generales y rectores del derecho, los que amparan al derecho privado de sucesiones y como también al derecho de familia, para así poder determinar si el instituto cuestionado sigue los lineamientos precisos dados por los mismos.

Analizaremos cada uno de ellos, para que conforme a sus argumentos, el cónyuge con discapacidad excluido de manera abrupta, pueda defenderse de la discriminación manifiesta generada por la norma, y no sólo eso, sino además, ser privado de poder posicionarse en igualdad de condiciones con los demás integrantes y miembros de la familia y como así también de poder recibir de su cónyuge testador de manera solidaria un beneficio, por ser quien a compartido un proyecto de vida en común, nucleados siempre en relación de familia.

4.2 Los Principios Generales del derecho en el Código Civil y Comercial

El actual Código Civil y Comercial de nuestra Nación que comenzó a regir a partir del año 2015, tiene una singular estructuración conformada por un Título Preliminar –Capítulo I “Derechos” art. 1 - Fuentes y Aplicación; donde da una anuencia que ante cualquier caso tiene y debe ser resuelto por este código siempre conforme a la Constitución y Tratados reconocidos y como así también usos, prácticas y costumbres, cuando no exista una ley reglada y cuando no sea contrario a derecho.

En su art. 2 - Interpretación; así se dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgan de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos con todo el ordenamiento.

Art. 3 - Deber de Resolver; se indica que todo juez debe actuar ante cualquier asunto dentro del ámbito de su jurisdicción resolviendo con fundamentación, argumentación y sana crítica racional.

Así también están plasmados en su parte general, Sección 1º - Principios Generales; y de la misma manera diseminados también por todas las ramas del derecho privado, incorporadas y codificadas en este cuerpo normativo.

Así nos expone la doctrinaria, Medina, (2016):

El Código Civil y Comercial que comenzó a regir en la Argentina en el año 2015 tiene como novedad que además de regular una parte general común a todo el ordenamiento jusprivatista, trae partes generales de cada rama del derecho, y en algunos casos adiciona partes generales a cada institución. En las partes generales se establecen los principios y las definiciones comunes a todo el derecho privado, y las propias y específicas de cada parte del derecho o de cada instituto. (Medina, 2016, Apartado III).

En el ámbito del derecho de sucesiones los principios generales son de solidaridad familiar, libertad de testar; igualdad ante la ley.

En cuanto al derecho de familia, está cobijado por los principios de igualdad, libertad, de responsabilidad, solidaridad, interés superior del niño, todos éstos fueron rescatados de los instrumentos internacionales, receptados por nuestra carta magna y como así en este nuevo compendio legal, Código Civil y Comercial Unificado.

Así Medina, (2016), concluye:

En el ámbito del derecho de familia los principios generales se encuentran en el título “De las relaciones de familia”, donde se establecen los dos grandes principios rectores del derecho familiar que son el principio de igualdad y el de libertad, que están especialmente denominados por lo que no caben dudas acerca de su existencia.

Los otros dos grandes principios del derecho de familia son el principio de responsabilidad y el interés superior del niño. Ellos a diferencia de los anteriores, no están enunciados expresamente como tales en el título de las relaciones de familia, sino que se extraen de la interpretación armónica del Código Civil y Comercial, la Constitución y los tratados de derechos humanos.

En definitiva los principios generales del derecho de familia son aquellos que surgen implícita o explícitamente de los tratados de derechos humanos y de la Constitución, son reconocidos por el Código Civil y Comercial unificado y que conforman un núcleo duro indisponible que no se puede ser dejado de lado por la

voluntad de los particulares, ni por el juez, ni siquiera por el legislador. En este sentido son indisponibles el principio de libertad familiar, de solidaridad familiar, de igualdad familiar, de responsabilidad y de interés superior del menor y los que de ellos derivan como el de igualdad de los cónyuges y de los hijos, el derecho a casarse y a divorciarse, las reglas que regulan la responsabilidad parental, el contenido personal del matrimonio etcétera. (Medina, 2016, Apartado III).

4.3 El Derecho de Sucesiones como Derecho Dependiente

El derecho de sucesiones es un derecho que depende, circula y transita paralelamente con el derecho de familia, siempre irán de la mano en cuanto a sus bases y principios rectores afianzados por el derecho privado, todo en aras de protección de los integrantes de la unidad familiar; en base al principio de solidaridad familiar; unidad económica y a todo lo patrimonial.

Así Medina y Rolleri, (2017), nos dicen: “Afirmamos que el derecho de sucesiones es un derecho dependiente de familia y del derecho patrimonial, ya que según sea el derecho de familia y patrimonial que se posea, será la existencia o no del derecho de sucesiones así su extensión y configuración”. (Medina y Rolleri, 2017, p. 2).

También realizan un análisis delimitativo y conectivo entre ambos, en donde dicen 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.

Así advertimos que a mediados del siglo pasado los hijos extramatrimoniales tenían diferentes derechos que los hijos matrimoniales, el divorcio solo era aceptado por causales subjetivas y se admitía un solo régimen patrimonial del matrimonio que era el régimen de comunidad de bienes. Estas características del derecho de familia impactaban directamente sobre el derecho sucesorio, porque los hijos matrimoniales heredaban el doble que los extramatrimoniales, el cónyuge inocente del divorcio conservaba vocación hereditaria y el viudo no heredaba sobre los bienes gananciales pero sí sobre los propios.

Los cambios en el derecho de familia necesariamente se han reflejado en el derecho sucesorio, así la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales trajo como consecuencia en el régimen sucesorio que los hijos heredaran en igualdad de condiciones, independientemente de que hubieran nacido en el seno de una familia matrimonialmente constituida o en una relación independiente del matrimonio.

Advertimos cómo el derecho de sucesiones receipta la evolución del derecho de familia y es dependiente de ésta. Así un código que plantea la igualdad de todos los hijos nunca podría establecer diferencias en la forma de heredar de acuerdo con su naturaleza matrimonial o extramatrimonial, dado que sería incongruente con los derechos otorgados a la familia que se tiene que proteger. (Medina y Rolleri, 2017, p. 2).

4.3.1 El Derecho Sucesorio al Derecho Patrimonial

Unos de los pilares fundamentales del derecho de sucesiones es lo patrimonial, ya que si no tendríamos en cuenta esto, o sea los bienes que la componen, no existiría el derecho de sucesiones. Este derecho fue creado para que cuando una persona fallezca, se puedan trasladar o transmitir toda esa masa de bienes que les pertenecían al causante, a las personas que lo suceden y/o se encuentren legitimadas.

Es por eso que desde los comienzos de esta Nación y en todas sus etapas constitucionales, como, los derechos de primera, segunda y tercera generación siempre se protegieron y ampararon los derechos de la propiedad de las personas, tomándose como un derecho inalienable e imprescriptible.

Así los doctores Medina y Rolleri (2017), acotan sobre el tema diciendo: El derecho sucesorio depende del concepto de propiedad que existen en un país determinado, ya que si no se acepta la propiedad privada es imposible que se receipte el derecho de sucesiones. Nuestro país al aceptar el derecho de propiedad como derecho humano receipta el derecho sucesorio y tiene un interés social en él, porque si el ser humano no pensara que a su muerte sus esfuerzos serían aprovechados por otras personas, principalmente sus hijos, no tendría interés en hacer sacrificios con el objeto de reunir una fortuna. Por otra parte decimos que el derecho de sucesiones es dependiente del derecho de los bienes porque, precisamente, depende cual sea la noción de propiedad que se sostenga, será la forma de transmitir los bienes por sucesión. (Medina y Rolleri, 2017, p. 2).

4.3.2 El Derecho de Sucesiones fundamentado con el Principio de Solidaridad Familiar

Otro pilar fundamental en el derecho de sucesiones es el principio de solidaridad familiar, principio rector del derecho de familia, este es el que nos dará todo lineamiento y bases en cuanto a las necesidades, carencias y compensaciones que puedan existir dentro del ámbito familiar, todo en mira al sostenimiento de manera igualitaria para todos sus integrantes y principalmente hacia las personas con discapacidad, que eran los se encontraban segregados por sobre todo aspecto, ya sea de derecho, beneficios, garantías, y ante la sociedad.

Este cambio paradigmático hizo que este principio se posicionara y tomara relevancia en materia del derecho de sucesiones, es por eso que hubieron diversas modificaciones en la actual codificación, así una de ellas es el artículo que cuestionamos, el 2448, el que presenta dos aristas: primeramente una arista positiva que podríamos llamarla de evolución, donde de manera tutelar, la norma posibilita que algunos de los integrantes de la familia, en este caso ascendientes y descendientes, puedan ser beneficiarias de una mejora de su legítima estricta; pero también la norma denota una involución manifiesta al no tener en cuenta a otro miembro de la familia y más aún con discapacidad; el cónyuge, que es el que compartió un proyecto de vida junto a su supérstite, por sobre todo el tiempo que estuvieron juntos y mantuvieron su unión y vida en común.

Por lo que la norma, lo niega, rechaza y no lo incluye, poder recibir dicha mejora, discriminándolo de manera clara por sobre los preceptos universales reconocidos por nuestra constitución y por sobre este principio rector preponderante en nuestro derecho de sucesiones.

De esta manera Medina y Rolleri, (2017), aclaran:

El fundamento último y mas importante del derecho de sucesiones se encuentra en la solidaridad familiar.

Enseña Córdoba que 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 consecuencias 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 primeramente hacia quienes sufren.

La finalidad del principio de solidaridad es compensar las carencias espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, su justificación deriva del principio de igualdad, ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse. De lo contrario puede predicarse el principio de igualdad pero no se cumple cuando, por ejemplo, un heredero cuenta con todos los medios para desarrollarse y su hermano carece de lo imprescindible para hacerlo en virtud de una discapacidad. Es allí donde la solidaridad es imprescindible para lograr la igualdad. En este sentido el derecho de sucesiones no puede ignorar las diferencias a la hora de la distribución de los bienes sobre la base de la ley.

El dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencias de hecho entre los humanos, pero brota de la afirmación de la igualdad, de una identidad en dignidad de todo ser humano que inspira al sistema jurídico occidental. (Medina y Rolleri, 2017, p. 6).

4.3.3 Principio de Libertad de Testar

Este principio se basa principalmente en la facultad que tiene toda persona de disponer y/o transferir libremente sus bienes para después de su muerte, llamado también libertad testamentaria.

Pero nuestro sistema adopta un sistema intermedio, donde por un lado pone freno, limitándolo al testador en cuanto a sus facultades dispositivas para después de su muerte en cuanto a lo patrimonial, esto deviene del instituto de la legítima hereditaria o herencia forzoza y del del principio de igualdad, es en pos de proteger a los miembros de la familia, que son los que lo sucederán; y por otro lado le da la posibilidad de realizar de manera libre la plena disposición de su patrimonio, siempre respetando las porciones légitimas sindicadas por ley, así solo puede disponer de la porción disponible, o sea de lo que sobra, quedando coartado también por la norma a disponer libremente poder otorgar el beneficio de mejora estricta de la legítima a su superstite con discapacidad.

Es por eso que la transmisión hereditaria en el derecho sucesiones en Argentina tiene dos regímenes hereditarios: un régimen de sucesión intestada, que es supletorio al testamentario, y que estará presente en caso que el testador no se haya expresado en cuanto a su voluntad de disponer por sobre el destino de sus bienes. Y el segundo llamado sucesión testamentaria, que se pondrá en marcha o en actividad cuando el testador mediante un acto de última voluntad realizado por instrumento denominado testamento, disponga libremente de una parte o porción de sus bienes, siempre respetando lo que la ley le indica o marca como disponible, ya sea, hacia para los miembros de su familia, a personas con discapacidad y cualquier otra persona legitimaria.

El doctrinario Grisetti, 2017, realiza un análisis de este principio, y expone:

Salomón, refiere en torno a la transmisión hereditaria las sociedades occidentales, a lo largo de su historia, se han debatido en la siguiente dicotomía concebir un sistema en que la persona goce de amplia facultades para transferir libremente sus bienes para después de su muerte, sistema denominado de “la libertad testamentaria”, u optar por un sistema que ponga límites al testador en sus facultades dispositivas *mortis causa*, sistema que tiene expresión en las distintas variantes de la “herencia forzoza”. La generalidad de los sistemas jurídicos han seguido soluciones intermedias, bien sea reconociendo libertad testamentaria con la obligación de cumplir ciertas prestaciones en débito de los familiares más directos (obligación alimentaria), bien sea estructurando un esquema de herencias forzosas que, no obstante acuerde al causante la facultad de disponer una porción de sus bienes.

En cuanto al funcionamiento de la transmisión hereditaria, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos han organizado el derecho sucesorio sobre base de dos grandes regímenes hereditarios.

En primer lugar, se observa un régimen basado en la previsión supletoria de la ley para aquellos casos en que el testador no haya expresado su voluntad, en todo o en parte, respecto al destino de sus bienes para después de su muerte. Esta modalidad se conoce como “sucesión intestada”. Por otro lado, se encuentra un régimen en el que la transmisión hereditaria se produce de acuerdo a la expresa voluntad del testador expuesta en sus disposiciones de última voluntad, lo que tiene lugar cuando media existencia de testamento válido. Este régimen es conocido como “sucesión testamentaria”.

La legítima hereditaria es una institución jurídica que se incerta entre ambos regímenes sucesorios. Por un lado, la legítima hereditaria viene a profundizar el esquema de la sucesión ab intestado, al tornar forzoza e indisponible la asignación legal que ésta última significa en beneficio de ciertos herederos. Por el otro, la legítima hereditaria impone una fuerte restricción a las facultades del causante en la realización de su testamento puesto que se excluye de aquellas facultades una parte del patrimonio, a la que se le acuerda un destino “forzoso por previsión legal”, destino que no puede ser mutado por voluntad del testador. (Grisetti, 2017, Apartado II).

Ante esta dicotomía receptada por nuestro sistema interno en cuanto a la libertad de testar, también no se acoje por sobre los preceptos constitucionales dirimidos en el artículo 19, y lineamientos internacionales encausados en cuanto a la libertad y voluntad de una persona de disponer de sus bienes para después de la muerte.

Es así que nuestra nueva Codificación y la norma en cuestión estarían violando uno de los principios preponderantes de esta sistema normativo, como el de la libertad de persona, ya que en materia de legítima hereditaria en derecho de sucesiones testamentarias, no se acoje por sobre los preceptos constitucionales y como así también sobre los derechos humanitarios.

En cuanto a este principio rector universal, al incertarse y ser tomado como axioma de estructura legal en nuestro sistema, el derecho actual coarta y coacciona la libertad del testador, porque solo otorga amplia libertad de testar en cuanto a disposiciones testamentarias de contenido extrapatrimonial, y con restricción de libre disposición en cuanto al contenido patrimonial, sindicándole el derecho que no puede disponer sobre la legítima que le corresponden a los que lo sucedan, ya sea herederos forzosos o legitimarios.

El doctrinario Salomón, (2015), nos explica sobre la libertad testamentaria:

El Código Civil, como norma constitucional secundaria, al estructurar el derecho sucesorio, busca sistematizar un conjunto de obligaciones que se generan con la muerte del causante –concretamente el fenómeno de la transmisión hereditaria- y, acometiendo ese objetivo, recurre a un instituto jurídico de relevancia, como es la legítima hereditaria.

Desde una perspectiva de inserción y validés sistémica, el Código Civil, al revestir de carácter de “norma reglamentaria” de valores y derechos constitucionalmente reconocidos, se encuentra en subordinación axiológica y normativa respecto de la Ley Fundamental.

Para poder indagar el grado de concordancia y armonía que guarda el sistema sucesorio testamentario argentino respecto de ideario de nuestra Constitución Nacional y el derecho humanitario, se torna necesario previamente determinar el contenido y el valor jurídico de cada uno de los paradigmas constitucionales involucrados, ya que éstos son los axiomas a pilares sobre los que se debe asentar la norma reglamentaria (Código Civil).

Al reglamentar el derecho constitucional a testar, el Código asume dos matrices totalmente distintas, pues otorga una amplísima libertad a la hora de resolver decisiones testamentarias sin contenido patrimonial, sufrirá una fuerte restricción en el supuesto que, a su muerte, le suceden cierta categoría de herederos (llamados forzosos o legitimarios).

Es decir, el testamento que no verse sobre materias de índole patrimonial carece de mayores restricciones reglamentarias y, por lo tanto, debe estarse al amplio margen de libertad individual protegido y resguardado por el art. 19 CN.

La razón de la escasa normativa reglamentaria en materia de disposiciones testamentarias extrapatrimoniales puede deberse a la tradicional consideración del testamento como acto de disposiciones de bienes, y solo circunstancialmente como instrumento directriz de decisiones personales exentas de contenido económico.

Por lo tanto, resaltamos que en Argentina existe una profunda libertad testamentaria respecto de decisiones que no impliquen distribución del patrimonio del causante. Muy distinta es la situación reglamentaria que el Código Civil asume para el testamento en el cual se establecen distribuciones de bienes integrantes del caudal relicto.

El Código Civil, de existir herederos forzosos (los que se determinan por la pertenencia “familiar” del sujeto), adopta una matriz reglamentaria totalmente opuesta a la libre disposición patrimonial e impone una fuerte restricción a la facultad de orientar el porvenir patrimonial del causante.

Así, en aquellos procesos sucesorios en los que existan herederos forzosos, luce como una de las instituciones centrales del sistema argentino, la llamada “legítima hereditaria”, que en su faz operativa materializa los contornos reglamentarios en el ámbito patrimonial del derecho constitucional de testar (art.14,19,20,28,75,99 y cc.CN).

El sistema ideado por el Codificador –quien no se enrola integralmente en ninguno de los precedentes de su época, impulsando un sistema sucesorio y testamentario de características particulares- determina que la legítima hereditaria recae sobre una porción del patrimonio del causante que la ley

adjudica a determinadas categorías de herederos, restringiendo las facultades de disposición de eficiencia definitiva de su titular al excedente de ella. (Salomón, 2013, p.280/281/282).

4.4 Principios Generales del Derecho como Fuente de Derecho

Los principios rectores del derecho son directrices, o fuentes de derecho, que nos ayudarán o posibilitarán poder llegar a dar una solución a cada caso concreto que se nos presente y como así también cuando, las normas o esta nueva codificación, se hayan cegado por no haber tutelado derechos ya reconocidos y mas aún aceptados por nuestro sistema normativo jerárquico imperante, o sea, que la ley no haya previsto, como sucede en este caso, incorporar al cónyuge supérstite con discapacidad para tutelarlos en cuanto a una mejora de su legítima.

También nos servirán para que los legisladores al momento de elaborar o modificar una norma, tengan en consideración los límites e indicadores precisos impuestos por estos principios rectores de nuestro derecho interno.

Así Medina (2016), estructura estos principios en cuanto a la recepción tomada por nuestra constitución; también como base de proposiciones y directivas; y ante a sus distintos medios de aplicación, llegando a una conclusión:

Los principios generales del derecho son ideas rectoras que rigen también en el derecho de familia. Se trata de pensamientos directores de la regulación familiar que son por un lado fuente de derecho, por otra parte criterio de interpretación tanto de las normas como de las soluciones a dar al conflicto entre derechos igualmente reconocidos. Y por otro límite a las soluciones legislativas, judiciales y negociales.

En definitiva consideramos que los principios generales del derecho de familia, son proposiciones directivas, o estándares, a los que se puede recurrir para resolver los casos no previstos en la ley, que además contribuyen para el esclarecimiento del sentido de las normas y sirven de directiva y límite al legislador cuando crea las normas. Por otra parte entendemos que ellos surgen explícita o implícitamente de la Constitución Argentina y de los Tratados de Derechos Humanos y se encuentran plasmados en el moderno código civil y comercial unificado. Concretamente pensamos que los principios del derecho de familia son los principios de igualdad familiar, de libertad familiar, de

responsabilidad, de solidaridad, interés superior del menor. (Medina, 2016, Apartado II).

4.5 Principio de Igualdad

Este principio comienza a tener fuerza, y llega a ser el punto direccional de la estructuración de nuestro sistema normativo; ya que desde los comienzos de nuestra nación, cuando allá por el año 1853, se sentaron las bases constitucionales, este principio denominado de igualdad, fué la piedra basal de nuestro derecho. Es por eso que queda plasmado en nuestra carta magna en su artículos 16, que nos sindica: “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 la base del impuesto y de las cargas públicas”.

Así es que este principio rector es preponderante en nuestro sistema legal, y también tomó relevancia en esta nueva constitucionalización del derecho privado, tanto en la rama del derecho de familia como así también el derecho de sucesiones.

En el plano civil y familiar indicaremos que uno de los mayores cambios fue el instituto del matrimonio, es aquí que este principio rector se posiciona de manera clara y evolutiva, cuando se habilita que las personas puedan contraer matrimonio con personas de igual o distinto sexo, bregando siempre ante una igualdad de condiciones y de derechos con sus integrantes.

Este principio de igualdad es fuente de derecho en materia de relaciones de familia y como así también es criterio de interpretación, ya que ninguna norma puede ser aplicada cuando se limite, restrinja, excluya o suprima la igualdad de los integrantes del matrimonio.

Es entonces que si nos posicionamos en frente a lo estatuído por el código en materia de sucesiones y nos paramos en frente al instituto en análisis, podremos llegar a determinar que ante la exclusión del cónyuge supérstite discapacitado para ser receptor de una mejora de su legítima, no se acoje por sobre este principio de igualdad de condiciones con los demás miembros de la unidad familiar, quedando demostrado que la norma limita, restringe, excluye y suprime por ante el derecho a la igualdad.

Medina nos dice al respecto de este principio:

El fundamento del principio de igualdad reside en la concepción democrática de la familia que se afirma después de la Constitución del año 1994 y de la Constitucionalización de las Convenciones de Derechos Humanos que impiden establecer desigualdades matrimoniales tanto con relación de sexo, como de género de los contrayentes. Al receptar la Convención de Derechos Humanos el Código Civil y Comercial deja de lado todos resabios desigualitarios que contiene el derecho civil entre los géneros, que aún persistían y que hemos enumerado en el punto anterior. El art. 402 del Código Civil y Comercial establece como principio rector del matrimonio la igualdad de derechos y obligaciones de sus integrantes.

Este principio general 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.

El art. 402 establece: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

Claramente se advierte que el Código Civil y Comercial dispone el principio de igualdad entre los cónyuges, que es un principio mas amplio que el de igualdad entre matrimonios de igual y diferente sexo.(Medina, 2016, Apartado V).

El principio de igualdad es uno de los valores más importantes reconocidos por la comunidad internacional y constituye la piedra angular de la teoría de los derechos humanos. Su importancia radica en que garantiza derechos y limita privilegios, con lo que favorece el desarrollo igualitario de la sociedad.

Las personas deben ser consideradas iguales entre sí y tratadas como iguales respecto de aquellas cualidades que constituyen la esencia del ser humano y su naturaleza, como la dignidad, el uso de la razón y la capacidad jurídica. Los posibles tratos desiguales dados a las personas sólo se pueden justificar si se encuentran previstos en la ley, y generalmente obedecen a la comisión de actos ilícitos que dañan a terceros o cuando las personas se encuentran en situación de vulnerabilidad o discriminación, lo que hace necesario la aplicación de algún apoyo o ayuda especial.

El principio de igualdad establece que todas las personas tienen los mismos derechos y comprende la necesidad de crear las condiciones ideales para que aquellos que se encuentran en una situación de desigualdad tengan garantizado

el disfrute de sus derechos y libertades fundamentales. (Comisión Nacional de Derechos Humanos – México, 2012, pag.13/14).

4.6 Principio de Solidaridad Familiar

Este principio es el que da toda estructura en cuanto a las relaciones de familia, o sea a todos los integrantes que la componen. Toma gran importancia y se pone en acción a partir del nacimiento de la familia, ya sea por el matrimonio o mediante unión convivencial. Pero como nos encontramos en materia de derecho de sucesiones, no hablaremos de los convivientes ya que carecen de derechos y legitimación en materia de sucesiones; solo hablaremos del matrimonio como institución jurídica, que de manera imperativa la ley emplaza a un estado de familia a ambos contrayentes, *in facto esse*, por lo que desde ese momento comienzan a surgir derechos y obligaciones entre ambos y como así también y hacia todos los miembros que la componen.

Es entonces que entrará en juego la solidaridad familiar, en miras de proteger de manera igualitaria y equitativa a la familia y sus integrantes, en cuanto al desarrollo de la misma, la satisfacción de toda necesidad ante las carencias espirituales y materiales que pueden llegar a plantearse, y como así también proteger a la comunidad familiar en cuanto a lo patrimonial y también como toma preponderancia este principio en la faz legal con esta nueva codificación.

Medina, (2016), nos direcciona en cuanto a la preminencia de este principio en el derecho de familia, aduce:

a) La solidaridad legal o jurídica: Enseña Laje “la solidaridad legal es aquella que tiene como pauta válida la ecuación que resulta de la concurrencia entre necesidad y posibilidad”.

La solidaridad se da entre personas que tienen algo en común, entre personas que la ley considera que forman parte de una relación jurídica por la que la necesidad de uno debe concurrir con la posibilidad de otro. No se trata de igualdad de prestaciones, sino de igualdad de situaciones fácticas vinculantes, a partir de la cual se crea la obligación de solidaridad.

Dicha igualdad fáctica se da ejemplarmente en la familia donde el individuo desarrolla principalmente sus vínculos sociales, satisface sus necesidades primarias y recibe la orientación inicial que posibilita todo su desarrollo actual y posterior.

La familia actual ha dejado de lado algunos de los fines que le eran esenciales como el de la fidelidad matrimonial y el de la convivencia matrimonial forzosa, se ha transformado por el principio de la libertad, pero mantiene cohesión gracias a la idea de solidaridad.

Ante la metamorfosis familiar por el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad y de respeto a la libertad individual, el principio que aparece como unitivo y que da cohesión a la familia es el de la solidaridad de los miembros que la integran. En este sentido la tutela constitucional que se otorgue a la familia debe ser interpretada en función del principio de solidaridad que se configura como una cláusula fundamental en aras del desarrollo de la personalidad.

La finalidad del principio de solidaridad es compensar las carencias espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, su justificación deriva del principio de igualdad, ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse. De lo contrario puede predicarse el principio de igualdad pero no se cumple cuando por ejemplo el hombre cuenta con todos los medios económicos y su compañera carece de lo imprescindible para subsistir. Es allí donde la solidaridad es imprescindible para lograr la igualdad.

El dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencia de hecho entre los humanos, pero brota de la afirmación de la igualdad, de una identidad en dignidad de todo ser humano que inspira al sistema jurídico occidental.

b) La solidaridad familiar y su regulación legal.

La solidaridad familiar, está receptada en normas legales como por ejemplo las que establecen la obligación alimentaria recíproca entre ascendientes, descendientes, colaterales hasta segundo grado y entre parientes afines en primer grado (Título IV, Capítulo 2, sección 1 del Libro Segundo del Cód. Civ. y Com., arts. 537 al 554), las que imponen asistencia dentro de la tutela (Sección 2º “De la tutela”, Capítulo 10 del libro Primero del Cód. Civ. y Com.); las que regulan Asistencia de la curatela (Sección 3, del Capítulo 10 del Libro Primero del Cód. Civ. y Com.) Este principio se advierte en el derecho de alimentos para el cónyuge (art. 432 y siguientes del Cód. Civ. y Com), el régimen de bienes primarios común a todos los reglamentos matrimoniales (arts. 454 a 462, Cód. Civ. y Com.), el régimen de bienes obligatorios de la unión convivencial similar

al régimen primario de bienes del matrimonio (art. 519 a 522 del CCyC) y la especial protección a la vivienda familiar (art. 522 y art. 456 Cód. Civ. y Com.).

De este conjunto normativo surge que el principio de solidaridad se encuentra presente tanto en las relaciones conyugales como en las relaciones parentales y de parentesco.

El derecho de alimentos, es la manifestación más evidente del principio de solidaridad familiar, sin duda se presenta como una forma de proteger al cónyuge, al conviviente o al pariente que se encuentre en estado de necesidad, que no pueda subsistir sin la ayuda económica del otro cónyuge, conviviente o pariente.

Por su parte, el régimen patrimonial matrimonial de comunidad es una expresión de la solidaridad familiar y de la protección del patrimonio familiar, a través de los gananciales en la comunidad que permiten obtener el 50% de los bienes al cónyuge que no los adquirió.

Pero la prueba máxima de solidaridad familiar se encuentra en el régimen primario de bienes, regulado en el Código Civil y Comercial bajo el nombre de “Disposiciones comunes en todos los regímenes” donde el código recepta un conjunto de normas, referidas a la economía del matrimonio que se aplican de forma imperativa a todo régimen matrimonial, de origen convencional o legal y que tienen por objeto tanto asegurar un sistema solidario que obligue a ambos cónyuges a satisfacer las necesidades del hogar y asegure a los acreedores que esas deudas serán solventadas con el patrimonio de los esposos, como proteger la vivienda familiar y los bienes que la componen.

Estas normas que reflejan la solidaridad familiar también se encuentran en el régimen de bienes obligatorio de la unión convivencial en sus art. 519 a 522, Cód. Civ. y Com.

En definitiva en aras de proteger la comunidad de vida familiar, con independencia de que esta sea matrimonial o extramatrimonial se establecen efectos patrimoniales, básicos, directos e ineludibles que se cimientan en la idea de solidaridad.

Por otra parte la solidaridad también se refleja en el ámbito sucesorio donde se establece una protección importante para el cónyuge supérstite tanto en sus derechos sucesorios intestados como en el derecho de habitación del cónyuge supérstite.

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

En cuanto al conviviente supérstite si bien carece de derechos sucesorios intestados, ante la muerte de su preja el principio de solidaridad se manifiesta con la atribución de la vivienda conyugal que fuera asiento del hogar conyugal por un máximo de dos años.

También se puede advertir la solidaridad como principio organizador en la responsabilidad parental, y es en mérito del principio de solidaridad familiar que se establece la responsabilidad solidaria y objetiva de los padres por los daños perjuicios producidos por sus hijos menores (art.1754 y 1755, Cód. Civ. y Com.).

Y finalmente, la solidaridad está presente en las relaciones de parentesco cuya principal obligación jurídica son los alimentos que los parientes se deben abonar (art..537 y ss.). (Medina, 2016, Apartado VI).

4.7 La Discriminación y el Derecho a la No Discriminación

En estos nuevos lineamientos fundantes en materia de discriminación dados por la comunidad internacional, y acogidas por nuestro derecho interno a través de la constitucionalización de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, donde se plasmaron todas las bases del principio de no discriminación y mas aún en cuanto hacia las personas con discapacidad.

Este nuevo C.C.C.N, recepta de manera amplia ésta Convención, dando protección y tutela a estos grupos vulnerados, para así dejar atrás todo resabio desigualitario y discriminatorio hacia toda persona que habita este suelo argentino. Es así, que se tomaron las bases y directrices fundamentales de este instituto supranacional que en su art. 5, se copiaron estos indicadores, “los estados partes reconocen a todas las personas iguales ante la ley, o sea con una protección legal de manera igualitaria y como así también poder ser beneficiaria de la ley en igual medida y sin discriminación, también quedarán prohibidos todo acto discriminatorio por motivos de discapacidad, y que las personas con discapacidad reciban de manera igualitaria protección legal y efectiva ante todo acto discriminatorio por cualquier motivo. Todo en aras de lograr que las personas con discapacidad, tengan oportunidad

real, y de trato con la sociedad, y como así también por ante el principio de no discriminación.

Así la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (2012), realiza un análisis del término discriminación; la manifestación de la discriminación en sus diferentes formas y como así también medidas de acción para conseguir la igualdad ante la ley.

La discriminación es un fenómeno social que vulnera la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Esta se genera en los usos y las prácticas sociales entre las personas y con las autoridades, en ocasiones de manera no consciente. Por ello, es importante conocer a qué se refiere para evitar discriminar y saber a donde recurrir en caso de ser discriminado.

“ Discriminar significa seleccionar excluyendo; esto es, dar un trato de inferioridad a personas o a grupos, a causa de su origen étnico o nacional, religión, edad, género, opiniones, preferencias políticas y sexuales, condiciones de salud, discapacidades, estado civil u otra causa. Cabe señalar que estas causas constituyen los criterios prohibidos de discriminación.

Se discrimina cuando, con base alguna distinción injustificada y arbitraria relacionada con las características de una persona o su pertenencia a algún grupo específico (como alguno de los criterios prohibidos), se realizan actos o conductas que niegan a las personas la igualdad de trato, produciéndoles un daño que puede traducirse en la anulación o restricción del goce de sus derechos humanos.

Discriminar quiere decir dar un trato distinto a las personas que en esencia son iguales y gozan de los mismos derechos; ese trato distinto genera una desventaja o restringe un derecho a quien lo recibe.

Todas las personas pueden ser objeto de discriminación; sin embargo, aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja, ya sea por una circunstancia social o personal, son quienes la padecen en mayor medida.

La discriminación se puede presentar de distintas formas: a) Discriminación de Hecho: Consiste en la discriminación que se da en las prácticas sociales o ante funcionarios públicos, cuando se trata de modo distinto a algún sector. b) Discriminación de Derecho. Es aquella que se encuentra establecida en la ley, vulnerando los criterios prohibidos de discriminación, mediante la que se da un trato distinto a algún sector. c) Discriminación Directa: Cuando se utiliza como factor de exclusión, de forma explícita, uno de los criterios prohibidos de

discriminación. d) Discriminación Indirecta: Cuando la discriminación no se da en función del señalamiento explícito de uno de los criterios prohibidos de discriminación, sino que el mismo es aparentemente neutro. Discriminación por Acción: Cuando se discrimina mediante la realización de un acto o conducta. e) Discriminación por Omisión. Cuando no se realiza una acción establecida por ley, cuyo fin es evitar la discriminación en contra de algún sector de la población. f) Discriminación Sistémica: Se refiere a la magnitud de la discriminación de hecho o de derecho en contra de ciertos grupos en particular.

Es preciso señalar que para dar fin a una situación de discriminación particularmente arraigada contra un grupo específico se suele recurrir a las llamadas acciones positivas o afirmativas, que consisten en la adopción de medidas concretas y temporales dirigidas a conseguir la igualdad ante la ley, la igualdad material y, consecuentemente, la igualdad de oportunidades. Por medio de ellas se pretende influir en los miembros de la sociedad para que cambien su mentalidad en ese sentido y se corrijan las situaciones discriminatorias.

La discriminación es la manifestación concreta, individual, grupal o colectiva de la negación del principio de igualdad y constituye uno de los mayores obstáculos para avanzar en el pleno ejercicio de los derechos humanos.

Este derecho forma parte del principio de igualdad y protege a las personas de ser discriminadas por cualquier motivo; su fundamento es la dignidad humana. La DUDH nos establece que todos los seres humanos nacen libre e iguales en dignidad y derechos, por lo que no es justificable distinguir, excluir o tratar como inferior a persona alguna, si no existe un fundamento razonable para ello.

El derecho a la no discriminación es una norma común en los principales tratados de derechos humanos, así como en las constituciones de los Estados; se lo considera un derecho que va más allá de lo jurídico, cuya función es que todas las personas puedan gozar de todos sus derechos humanos en condiciones de igualdad, pues cada vez que un derecho se vulnera se acompaña de la violación de al menos otro derecho humano. La prohibición de la discriminación es un aspecto fundamental de los derechos humanos, presente en todos los tratados internacionales generales de la materia, tanto en el ámbito universal de protección de los derechos humanos (Sistema de Naciones Unidas) como en los ámbitos regionales (africano, americano y europeo).

Las convenciones generales del sistema de Naciones Unidas que contienen cláusulas de no discriminación respecto de los derechos consagrados en sus textos son la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.2.1), el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art.3). Estos instrumentos reconocen los derechos de todas las personas “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Cabe señalar que los motivos prohibidos de discriminación no son exhaustivos y, por lo tanto, al incluirse en las cláusulas de no discriminación los términos “cualquier otra índole” y “cualquier otra condición social” se prevee la posibilidad de prohibir otras causa de discriminación no señaladas expresamente en los instrumentos.

Los tratados son ejemplos representativos de épocas determinadas, por lo que pueden no incluir una causa de discriminación surgida posteriormente; por ello, deben ser interpretados a la luz del presente, teniendo en cuenta las características actuales de los sistemas de protección, así como la evolución y desarrollo de los derechos humanos. (Comisión Nacional de Derechos Humanos – México, 2012, p. 5 a 18).

4.8 Conclusión Parcial

En este capítulo se analizaron los principios generales del derecho, como axiomas y cimientos de esta constitucionalización del derecho privado. Como fueron receptados en esta nueva estructuración del Código Civil y Comercial y principalmente en las ramas del Derecho de Sucesiones y del Derecho de Familia.

La importancia y relevancia que tuvieron cada uno de ellos en este cambio paradigmático, donde hizo que se posicionaran algunos, como los de solidaridad familiar, libertad de testar e igualdad ante la ley, en materia de sucesiones; y en materia de familia los principios de igualdad, libertad, solidaridad familiar, responsabilidad y de interés superior del niño.

También se analizó el derecho de sucesiones como derecho dependiente del derecho de familia; en cuanto a su evolución; su conectividad entre ambos por sobre sus bases y fundamentos.

De la misma forma se determinó la importancia de estos principios como directrices o fuentes de derecho para dar solución ante cualquier caso que se presente y

cuando una norma no tutele o vulnere derechos ya reconocidos por nuestra constitución. Y como así también la preponderancia de los mismos para que cuando los legisladores tengan que elaborar nuevas normas o corregir las que ya están plasmadas en el actual compendio normativo.

Pero lo más importante es poder llegar a determinar y analizar, cómo estas directrices regladas y posicionadas en nuestro sistema legal, nos ayudarán para así poder dar una solución en éste caso de análisis, siendo el tema de investigación, el art. 2448 del C.C.C.N, la mejora estricta de la legítima a ascendientes y descendientes con discapacidad.

Por lo que la misma, niega, rechaza, no incluye y discrimina de manera tajante al cónyuge supérstite con discapacidad, siendo éste legitimario dentro del proceso en materia de sucesiones. Determinándose que éste instituto no se acoje por sobre los preceptos y principios generales del derecho.

CONCLUSION FINAL Y PROPUESTA

Conclusión Final y Propuesta

En el presente trabajo se tuvo como objetivo general analizar los argumentos jurídicos del marco legal o pirámide jurídica imperante en nuestro sistema legal, como así también llamado Bloque de Constitucionalidad Federal; compuesto por nuestra Carta Magna y los institutos internacionales, para que el cónyuge supérstite con discapacidad pueda defenderse de la discriminación que le impide acceder al beneficio de la mejora estricta de la legítima. Y examinar la aplicación de este marco legal para ayudar y resolver la omisión de la norma al no incluir al cónyuge supérstite con discapacidad para el beneficio antes sindicado en materia de derecho de Sucesiones.

En primer lugar se analizaron los dos institutos que son los más importantes, de gran trascendencia y relevancia en el derecho de sucesiones; la legítima hereditaria y la mejora de la legítima estricta a herederos con discapacidad. Observándose en detalle, sus estructuras, su evolución, antecedentes históricos; los mecanismos que se implementaron para la recepción, aplicación y otorgamiento; sus partes dispositivas para la aplicación en la práctica y los fundamentos que se han tenido en cuenta para la reestructuración del instituto de la legítima y la creación de la mejora, basados en este nuevo modelo social con mirada integradora e inclusiva receptado por nuestro sistema legal.

Principalmente la mejora, denota una novedosa protección para determinados herederos con discapacidad y principalmente en sucesiones testamentarias, que es aquí donde este artículo tiene injerencia, ya que solo el testador posee la plena potestad de otorgar este derecho, porque la mejora no procede de pleno derecho, no se encuentra taxada su disposición, y tampoco puede ser pretendida o solicitada por algún heredero.

Esta mirada inclusiva que tiene este nuevo ordenamiento, radica a que, no solo se tuvo en cuenta la protección y tutela hacia las personas con discapacidad sino que también se le dió la posibilidad al testador de proteger a su ascendencia y descendencia en estado de vulnerabilidad, para que después de su muerte, los mismos estén protegidos y garantizados en cuanto a sus necesidades básicas, lo patrimonial y por ante el derecho en materia de sucesiones.

Este instituto fue creado en miras de protección a la familia, ya que ante la falta de la persona o sea el causante, que era el que proveía al sustento, protección y

cuidado al núcleo familiar, o sea a todos sus integrantes, donde ante su desaparición quedarían los mismos en estado de vulnerabilidad, desamparo, desprotección y en situación de desventaja con el resto de los otros legitimarios.

De la misma manera se analizó en el segundo capítulo la exclusión del cónyuge supérstite con discapacidad, en cuanto a las posturas doctrinarias imperantes, ya sean a favor o en contra de este rechazo, y no inclusión al beneficio sindicado por la norma.

Así el instituto analizado presenta dos aristas: una positiva de evidente evolución, donde tutela a las personas con discapacidad, ascendientes y descendientes, posibilitándolos a ser benefactores de una mejora especial. Pero también presenta una negativa o de involución, ya que no tiene en cuenta al supérstite con discapacidad, que es el que compartió, contribuyó al sostenimiento de la familia y como también por ser miembro de cabeza, nucleado en la misma.

El derecho sucesorio argentino debe preveer una protección especial para que el cónyuge supérstite con discapacidad, obtenga derechos, garantías, beneficios y se posicione por ante un plano de igualdad, integración plena y efectiva, bienestar, y por sobre todo una debida asistencia, por su condición de tal. Ya que el derecho interno de manera plena y activa tuvo preponderancia hacia las personas en estado de vulnerabilidad, posicionándolas en la cúspide de éste nuevo sistema social, “una sociedad inclusiva e igualitaria”, proyectándose hacia una inserción y alienación en cuanto a hacer efectivos sus derechos.

Esto deviene a que las normas protectorias de la familia, no discriminan entre sanguíneos y consanguíneos, por otro lado, las normas que protegen a personas con capacidades diferentes, no discriminan a las personas con discapacidad por cuestiones sanguíneas. No se conoce en el derecho interno ninguna otra norma que haya franqueado esa barrera para eliminar a los parientes no sanguíneos de derecho alguno que hayan sido conferidos a los parientes sanguíneos.

Por primera vez se vulneraron eslabones básicos del derecho internacional, constitucional, y de familia y como así también a los principios rectores del derecho nacional, de solidaridad familiar, igualdad ante la ley, igualdad de condiciones con los demás, no discriminación y libertad de testar.

Este problema surge, ya que, en la reforma del código, la comisión competente que le tocó dirimir en materia de sucesiones, y más aún crear este instituto, no tuvieron

en cuenta primordialmente al cónyuge con discapacidad, no solo como legitimario en el proceso de sucesorio, sino también como persona discapacitada, por el hecho de su condición de tal, ya que es una persona en pleno estado de indefensión, desprotección, y vulnerabilidad. Tampoco se tuvo en cuenta los indicadores y directrices preceptuados por las instituciones universales y por nuestra Carta Magna.

Por otro lado el Estado al haberse comprometido con la comunidad internacional, receptando y ratificando diversos tratados internacionales y más aún teniendo en cuenta la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, es que debe bregar respetando lo preceptado en nuestra Carta Magna en su art. 75 inc.23, donde ordena: “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...”.

De lo expuesto y analizado, es que sostengo y ataco este instituto por no estar conforme a derecho por sobre los nuevos preceptos constitucionales y directices internacionales y como así también en cuanto a los principios rectores imperantes ya sindicados anteriormente.

Ante este tema elegido para la realización del trabajo final es que propongo, que como la norma en cuestión sólo tutela a los ascendientes y descendientes con discapacidad y no lo hace de la misma manera con el cónyuge supérstite con discapacidad para ser titular de éste derecho, sindicado y taxado por ley; y como así también no respeta, ni se subordina ante el orden jerárquico constitucional y principios generales del derecho.

Debiendo hacer saber e informar a los legisladores nacionales, que son los que poseen y tienen el atributo para realizar y modificar cualquier norma que no se someta o se acoja ante los estatutos e intereses sociales, normativas legales de estructura como nuestro sistema de jerarquización normativa; se tenga en cuenta en la próxima reforma de éste código, realizar un nuevo tratamiento a este instituto en cuestión; ya que el mismo de manera clara muestra que no se subordina ante los indicadores precedentemente expuestos, como así también a este nuevo paradigma social

receptado por el actual derecho privado, que podríamos llamarlo de “inclusión universal de personas con discapacidad”.

Así, nuestros representantes del pueblo, los legisladores tienen que mirar, analizar y controlar lo que evoluciona en materia del derecho de gentes, o del derecho de familia y proyectarlo al derecho de sucesiones, y de esta manera, se garantice todo derecho universal reconocido y dejar atrás todo vestigio de desamparo, desprotección y discriminación, que quedaron del viejo paradigma social; ya que el derecho privado se ha constitucionalizado de manera plena y más aún ante las directrices dadas por nuestra constitución nacional y todos los tratados de Derechos Humanos, principalmente la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, bregando por la inclusión de personas con discapacidad, que son los más necesitados y desprotegidos. Así también, deben darle tratamiento y reformular el artículo, para que se proteja, sostenga, y garantice todo derecho ya reconocido y sindicado por la norma, y no llegar a que el cónyuge supérstite con discapacidad sea discriminando, y no tutelado por este nuevo sistema de legalización.

También debo acotar que si la norma, se presenta para ser aplicada por ante un caso concreto en nuestros tribunales ordinarios, los operadores legales de cabecera “jueces”, tendrán que medir y sostener si ésta norma se acoge a derecho, ante el control de constitucionalidad de oficio que se les impone direccionalmente por ley, y ante la realización de éste, tengan que resolver, dejándolo atrás a este majestuoso instituto; declarándolo inconstitucional ante el caso concreto que les toque dirimir, para que no se vulneren derechos y garantías otorgados a las personas con discapacidad por nuestro sistema legal, derechos que no se deben desconocer.

El fin último de este nuevo paradigma es de tutelar y recomponer cualquier derecho lesionado, y mas aún si la norma no protege, acoge, garantiza y discrimina a personas con discapacidad, como el que se presenta como actor en esta investigación, “el cónyuge supérstite con discapacidad”.

Bibliografía Consultada

1 Doctrina

Bidart Campos, G., Moncayo, G., Vanossi, J., Schiffrin, L., Travieso, J., Pinto, M., Gordillo, A., Albanese, S., Maier, J. y otros. (2014). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. (Compiladores. Abregú, M. y Courtis, C.) Buenos Aires: Editores del Puerto.

Bueres A.J. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, Comparado y Concordado*. Argentina: ED Hammurabi.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos México. *La discriminación y el derecho a la no discriminación*. Primera Edición: abril, 2012. CENADEH. DISCRI/CAR/002.

Ferreya, R.G. *Enfoque sobre el mundo del Derecho - Constitución y Derechos Fundamentales*. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 11, Número 21, 2013, pp. 243-282. Buenos Aires, Argentina (ISSN 1667-4154).

Grisetti, R.A. *Análisis Constitucional de la legítima hereditaria en la reforma del Código Civil y Comercial*. Publicado en: SJA 25/10/2017, 4 – JA 2017-IV, 1071. Cita Online: AP/DOC/790/2017.

Medina, G. (2016). *Principios de Derecho de Familia*. Publicado en La Ley 13/04/2016, 1. Cita Online: AR/DOC/986/2016.

Olmo, J. P. (2015) *Mejora a favor del heredero con discapacidad*. Publicado en La Ley 27/10/2015. LA LEY 2015-F. 527. DFyP 2015 (diciembre). 147.

Orlandi, O. (2013). *Vulnerabilidad y derecho sucesorio*. Revista Derecho Privado. Año II – N° 6 – Setiembre 2013. C.A.B.A: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Editado por Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica –Infojus. <http://www.infojus.gov.ar>

Pérez Gallardo, L. B. (2015). *La mejora a favor del legitimario con discapacidad en el nuevo Código Civil y Comercial*. Publicado en DFyP 2015 (agosto). , 134 . Cita Online: AR/DOC/2042/2015.

Pérez Lasala, J. (2014). *Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Tomo II. Parte Especial*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Rivera, J. C., Medina, G. (2017). *Derecho de las Sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Salomón, M. (2013). *La regulación de la legítima en el Código proyectado: Constitución Nacional, orden público y autonomía personal*. Revista Derecho Privado. Año II – N° 6 – Setiembre 2013. C.A.B.A: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Editado por Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica –Infojus. <http://www.infojus.gov.ar>

Santiso, J. (2017). *La mejora estricta de la legítima de herederos con discapacidad*. Publicado en: DFyP 2017 (mayo), 164. Cita Online: AR/DOC/978/2017.

Vasilachis de Gialdino, I. (2007). *Estrategias de Investigación cualitativa*. Argentina: ED Gedisa.

Yuni, J. y Urbano, C. (2006), *Técnicas para Investigar I-Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación* (2° edición). Córdoba – Argentina: ED Brujas.

2. Jurisprudencia

C.S.J.N., “Ekmekdjian c/ Sofovich”, Fallos 315:1492.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I ●12/03/2014 ● G. R. F. c. Gobierno de la Prov. de Mendoza s/ a.p.a. ● ED258, 80 DFyP 2014 (agosto) , 264 con nota de Paula A.FeldmanLLGran Cuyo 2014 (agosto) . 729 DJ 27/08/2014, 48 ● AR/JUR/2181/2014.

3. Legislación

Constitución de la Nación Argentina. 1a ed.: Buenos Aires: Infojus, 2013.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008.

Código Civil y Comercial de la Nación

Ley 26.378: Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. Anexo 1, 2008.

Ley 27.044: Jerarquía Constitucional, 2014.