

Título: Discapacidad y derecho sucesorio en el Proyecto de Código

Autor: Ferrer, Francisco

Publicado en: LA LEY 25/10/2012, 25/10/2012, I - LA LEY2012-F. 775

Cita Online: AR/DOC/4620/2012

Sumario: I. La Convención sobre protección de los derechos de las personas discapacitadas y el derecho hereditario.- II. Protección sucesoria de las personas con discapacidad: la legislación española.- III. El Proyecto de Código Civil y Comercial argentino de 2012.- IV. Indignidad sucesoria.- V. Legítima y discapacidad.- V. Capacidad para testar.

La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; las limitaciones a la capacidad son siempre de carácter excepcional y se imponen en beneficio de la persona; la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario; la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. (Art. 33)

I. La Convención sobre protección de los derechos de las personas discapacitadas y el derecho hereditario

Una de las características de la evolución del derecho privado de las últimas décadas ha sido la preocupación del legislador por incrementar la promoción y protección de los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, a fin de asegurarles su pleno goce y 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. Ha consagrado esta tendencia 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.

En su art. 12.5 la Convención expresa 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 las demás, a ser propietarias y heredar bienes.

Es trascendente que la Convención reconozca como un derecho fundamental de las personas el derecho a heredar, que también tiene reconocimiento constitucional en Cartas Magnas de diversos países (Constitución de España, art. 33.1; de Alemania, art. 14; de Italia, art. 42; Constitución de Cuba, art. 24). En nuestro país se entiende que la jerarquización constitucional del derecho hereditario adviene como una consecuencia necesaria de la garantía de la propiedad privada. La transmisión de bienes por causa de muerte es un contenido del derecho de propiedad, y participa de su misma naturaleza en cuanto derecho fundamental de la persona humana, por lo cual la protección constitucional de la misma importa la del derecho hereditario. La herencia, por lo tanto, es una institución asegurada por la Constitución Nacional con la intangibilidad y preeminencia propias de las garantías consignadas en ella (art. 31 CN). Así lo ha declarado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (30/6/1941, Fallos 190-159). (1)

La previsión constitucional significa no solo tutela del derecho hereditario, sino también de los fundamentos que caracterizan la función que cumple, esto es, la solidaridad familiar y la liberalidad sucesoria. (2)

Sin duda, como se ha observado, no es la sucesión por causa de muerte el mecanismo jurídico más significativo para asegurar la protección de las personas con discapacidad, pero si se quiere prever una protección integral de este importante sector de la sociedad, no se puede descuidar el aspecto sucesorio, (3) que reviste una importancia destacada en cuanto la sucesión mortis causa sigue siendo, por lo general, la vía más transitada de la transmisión intergeneracional del patrimonio. (4)

Asimismo, señala un prestigioso jurista, el derecho sucesorio cumpliría su objetivo de modo más fiel a su

naturaleza asistencial si atendiera de modo específico las consecuencias derivadas de la discapacidad, teniendo en cuenta que la sucesión legítima reposa sobre el principio de la solidaridad familiar. (5)

II. Protección sucesoria de las personas con discapacidad: la legislación española

Por tratarse una legislación afín a la nuestra y de indudable gravitación, es interesante destacar la reforma de ley 41 de 2003, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad, al derecho sucesorio regulado por el Código Civil español, que incorporó las siguientes modificaciones en beneficio de las personas discapacitadas:

a) El inc. 7 del art. 756, que trata de las causas de indignidad para suceder: "Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los arts. 142 y 146 (alimentos, asistencia médica, habitación, vestido, sustento).

b) El art. 822: "La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas, si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella". El segundo párrafo agrega que este derecho se atribuirá por ministerio de la ley al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviere conviviendo con el fallecido.

c) El art. 831 concede al testador amplia habilitación para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente facultades para mejorar y distribuir la herencia, a favor de los hijos o descendientes comunes, mejoras o atribuciones que el superviviente podrá realizar en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos, teniendo el plazo de dos años para hacerlo contados desde la apertura de la sucesión o desde la emancipación del último de los hijos comunes. El cónyuge superviviente debe respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las disposiciones expresas del testador.

d) El art. 782 según el cual las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el art. 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes". El art. 808 establece que en este supuesto de sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta, el hijo o descendiente incapacitado judicialmente será el fiduciario, y fideicomisarios serán los coherederos forzosos. Según este mismo precepto la legítima de los hijos y descendientes está constituida por las dos terceras de la herencia; el otro tercio es de libre disposición. Pero los padres podrán disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La otra parte es la llamada legítima estricta. Sobre esta parte es la que ahora se permite constituir la sustitución fideicomisaria, como una mejora, un plus, a favor del hijo o descendiente incapacitado judicialmente, además de poder disponer de la otra parte también como mejora. Concordando con el art. 808, el 813, también modificado por la ley 41/03, dispone que el testador no podrá imponer sobre la legítima gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en el art. 808 respecto de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente. (6)

e) El art. 1041 contempla en su primer párrafo los gastos no sujetos a colación, agregando el segundo, incluido por la ley 41/03, que "Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad".

Asimismo, en el derecho español rigen también las legislaciones civiles forales o especiales de las comunidades autónomas (Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Baleares), en las cuales, en materia sucesoria, encontramos legislados con amplitud los pactos sucesorios (prohibidos, sin embargo, por el Código Civil español, art. 1271 2º párrr). Conforme a estas legislaciones, el pacto sucesorio puede constituir un instrumento al servicio de asegurar patrimonialmente a las personas discapacitadas, sea beneficiándolas directamente, o por vía indirecta, mediante pactos con el hermano o con la persona o institución encargada de su cuidado, para lograr una adecuada y plena asistencia y atención del discapacitado, y cuyo incumplimiento daría lugar a la rescisión o resolución del contrato. Los pactos, por consiguiente, pueden contener las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan. (7)

III. El Proyecto de Código Civil y Comercial argentino de 2012

El Proyecto se inscribe en esta tendencia moderna de reformar en algunos aspectos la normativa sucesoria para ampliar la protección a las personas disminuidas en sus capacidades físicas o mentales, e introduce con ese objetivo excepciones a sus disposiciones imperativas. La reformulación, en primer término, de todo el régimen de capacidad de las personas (arts. 22/47), ha repercutido directamente en el tema de la capacidad para testar (art. 2467 incs. c), d) y e), precisando y mejorando notablemente el régimen actual. Además, ha ampliado las causales de indignidad sucesoria, y ha introducido excepciones al principio de intangibilidad de la legítima en beneficio de las personas discapacitadas (mejora especial a favor de un heredero forzoso discapacitado, por disposición testamentaria de mejora o mediante un fideicomiso testamentario, arts. 2448 y 2493).

IV. Indignidad sucesoria

El Proyecto de 2012 amplía las causales en relación al régimen de Vélez Sarsfield, lo cual se aprecia notoriamente en relación a las personas discapacitadas, pues la norma hoy en vigencia, el art. 3295, es muy restrictiva. Con arreglo a este precepto es indigno de suceder al causante "el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo o hacerlo recoger en establecimiento público". La exigencia de que en el causante deban reunirse conjuntamente ambas condiciones, demente y abandonado, para configurar la causal, es excesiva y por ello, el Proyecto con acierto brinda una extensión significativamente mayor a la causal, conforme lo venía reclamando la doctrina autoral. Dispone la norma proyectada, siguiendo los lineamientos de los anteriores Proyectos de reforma del Código Civil: (8) "Los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado, si no podía valerse por sí mismo" (art. 2281, inc. e). El texto es suficientemente amplio como para comprender todos los supuestos en que, debido a su discapacidad o disminución de sus capacidades físicas o mentales, la persona no puede valerse por sí misma, y su cónyuge o pariente en grado sucesible no le prestan la asistencia alimentaria debida o no la hacen recoger en un establecimiento adecuado, en cuyo caso incurrirán en causal de indignidad sucesoria.

V. Legítima y discapacidad

El sistema de legítimas constituye un régimen de equilibrio entre el principio de solidaridad familiar y protección económica de los familiares más próximos, por un lado, y por otro, el principio de la libertad de testar. Implica una limitación a la libertad de disponer de los bienes para después de la muerte. Los códigos latinoamericanos de la segunda generación (Bolivia, 1976; Perú, 1984; Paraguay, 1985; Brasil, 2002), han mantenido las legítimas, e igualmente las últimas reformas producidas en Francia en 2006, las cuales, si bien han flexibilizado el régimen, no se alteraron sus ejes estructurales. Tampoco se modificaron en las legislaciones española e italiana. (9) "La institución de la legítima, ha declarado el Tribunal Constitucional alemán en fallo del 19/4/05, contribuye a la consolidación de los lazos familiares así como su desaparición contribuiría a erosionar la propia familia". (10)

La tendencia doctrinaria que postula la flexibilización y reforma del sistema de legítimas está dirigido fundamentalmente, desde un punto de vista cuantitativo, a disminuir el monto de las cuotas, ampliando la libertad de testar, (11) y, desde la perspectiva de la solidaridad familiar, a emplear las legítimas como fórmula de tutela o protección de las personas discapacitadas, permitiendo que se vulnere la intangibilidad de las cuotas cuando se trata de proteger a descendientes o ascendientes discapacitados, a través de institutos como las mejoras especiales o el fideicomiso testamentario. El movimiento responde a la nueva percepción y sensibilidad que tiene la sociedad frente a las cuestiones que suscitan las personas vulnerables, menores o personas mayores que padecen disminuciones físicas o mentales. (12)

Esta tendencia doctrinaria se manifestó en el Proyecto de 1998, que redujo las cuotas de legítimas (art. 2395: descendientes de 4/5 a 2/3; y ascendientes de 2/3 a la mitad), y además estableció en el art. 2397 que el testador puede constituir fideicomisos sobre bienes determinados aún cuando excedan de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad. (13)

Sigue estos lineamientos el actual Proyecto de 2012.

En su aspecto cuantitativo reduce en la misma medida que el Proyecto del '98 el monto de las cuotas legitimarias: los descendientes pasan a tener una legítima de 2/3; y los ascendientes $\frac{1}{2}$, igual que el cónyuge (arts.

2445). La porción disponible, por lo tanto, es de un 1/3 en caso de concurrir descendientes, y de 1/2 si concurren ascendientes o cónyuge.

Asimismo, y constituyendo una disposición novedosa con fundamento en la solidaridad familiar, contempla el supuesto de una mejora especial a favor del heredero legitimario discapacitado. (14) El art. 2448, en efecto, dispone: "Art. 2448. Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio (1/3) de las porciones legítimas para aplicarla como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral". En consecuencia, el causante puede disponer, en total, de 2/3 de su herencia a favor de su heredero forzoso discapacitado, formado por 1/3 de porción disponible, y 1/3 de legítima, quedando para los otros herederos forzosos el otro tercio restante de legítima.

Esta norma significa que si bien el Proyecto mantiene el principio de intangibilidad de la legítima, esto es, que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas, y si lo hace se tendrán por no escritas (art. 2447), lo exacto es que en el art. 2448 referido autoriza una excepción a dicho principio. Y la reitera en el art. 2493, que alude al fideicomiso testamentario: "El testador puede disponer un fideicomiso testamentario sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8va., Cap. 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el art. 2448". Es decir, será válido el fideicomiso testamentario aún cuando el testador, para formarlo, le haya destinado bienes cuyo valor exceda el límite de la porción disponible, cuando ese fideicomiso se constituya en beneficio de un heredero forzoso con discapacidad, para mejorar su derecho hereditario.

V. Capacidad para testar

a) Código Civil vigente. En el art. 3615 del Código Civil de Vélez Sarsfield se dispone "Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes solo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse de que la enfermedad ha cesado por entonces". Y el art. 3616 agrega "La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad de testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido".

Estas dos normas generaron encendidos debates: por un lado, no hay acuerdo respecto al alcance de las expresiones "perfecta razón" o "completa razón", esto es, si para poder testar válidamente basta que el testador goce del discernimiento normal, o se le debe exigir una lucidez más intensa y completa, una razón más clara que para obligarse en un contrato; y por otro, la cuestión acerca de la calidad del demente a que se refiere el art. 3615: ¿alude solo a los dementes de hecho, o comprende también a los declarados judicialmente? (15)

Cabe también destacar que en cuanto al régimen de capacidad de las personas, nuestro Código Civil vigente ha permanecido amarrado a categorías extremas (capaz/incapaz) que en muchos casos no se adecuan a la realidad, siendo esta situación particularmente apreciable en materia testamentaria y generadora de situaciones injustas. En efecto, se observa que desde la década de los sesenta ha sido puesta de manifiesto por medio de importantes estudios la imperiosa necesidad de flexibilizar el instituto de la protección de personas que padecen deficiencias de índole intelectual incorporando institutos intermedios que permitan que el Derecho se adapte a la realidad de dichas personas. Es posible conciliar la necesidad de protección de los discapacitados con el respecto de los derechos humanos de dichas personas que sufren deficiencias o disminuciones en sus facultades intelectuales, en el sentido de no limitarlos más allá de lo que sea realmente necesario. (16)

b) Ley de sanidad mental 26.657. Siguiendo esa tendencia, la ley de sanidad mental 26.657 del año 2010 reformó profundamente el régimen de incapacitación civil de los insanos mentales. Supone la adopción de un régimen gradual de la capacidad, partiendo siempre de la capacidad plena de la persona, por lo que cualquier

afectación a la misma debe ser evaluada con criterio estricto. Y esas restricciones deben ser determinadas expresamente por el juez en la sentencia. Es decir, que el sujeto goza de una situación genérica de capacidad, solo limitada por los actos jurídicos que no podrá realizar o que se limitan, y que el juez debe especificar, y que marcarán el ámbito de incompetencia dentro del cual el sujeto afectado no podrá actuar por su cuenta.

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

Esta ley no derogó ni reformó los arts. 3615 y 3616, por lo cual, si el juez en la sentencia que resuelve sobre la capacidad de una persona no específica, entre las limitaciones que determine, que no podrá testar, lo podrá hacer, en principio, válidamente. Y aún cuando el juez establezca expresamente que no podrá testar, como sigue vigente el art. 3615, se puede sostener que podría hacerlo eficazmente durante un intervalo lúcido, aunque otro criterio seguramente lo negará, pues no se ha superado la duda que suscita dicha norma respecto a si los dementes declarados judicialmente pueden o no testar válidamente durante los intervalos lúcidos. O sea, subsiste la incertidumbre.

c) Proyecto de Código Civil de 2012. El Proyecto de 2012 perfecciona y aclara suficientemente esta temática. Reforma totalmente el régimen de capacidad de las personas del Código vigente, estableciendo un régimen de capacidad gradual (capacidad, capacidad restringida, incapacidad, arts. 31/47).

La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; las limitaciones a la capacidad son siempre de carácter excepcional y se imponen en beneficio de la persona; la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario; la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades (art. 31).

El juez puede: a) restringir la capacidad de una persona mayor de trece años, que padece adición o una alteración mental permanente o prolongada; o, b) declarar su incapacidad por causa de enfermedad mental. En ambos casos debe designar un curador, o los apoyos que resulten necesarios, y fijar sus funciones (art. 32).

Si el juez considera que la persona está en condiciones de conservar su capacidad, debe declarar los límites o restricciones a la capacidad, y señalar los actos y funciones que no puede realizar por sí misma. Se aplican las reglas relativas a la tutela (art. 38).

El juez puede declarar la incapacidad de la persona cuando ésta se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art. 32, 2º párr).

La sentencia se inscribe en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, al margen de la partida de nacimiento (art. 39). Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarian lo dispuesto en la sentencia, realizados con posterioridad a la inscripción de la misma en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Los anteriores a dicha inscripción, son anulables si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumplen algunos de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito (arts. 44 y 45).

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

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

Luego el art. 2467 enumera los supuestos en que es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria, entre los cuales encontramos los siguientes referidos a personas discapacitadas:

" c) por haber sido otorgado por persona privada de razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto".

" d) por haber sido otorgado por persona declarada judicialmente incapaz. Sin embargo, ésta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces";

"e) por el ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga en escritura pública con la participación de un intérprete en el acto"...

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

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

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

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

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Además: LAFAILLE, Héctor: "Curso de derecho civil. Sucesiones", compilado por I.P. Argüello y P. Frutos, Buenos Aires, 1932, t. I, n° 7.

(2) BIANCA, C. Massimo: "Diritto Civile", t. 2: "La famiglia; le successioni", Giuffrè, 4ª ed., Milano, 2009, n° 272, p. 534.

(3) PEREZ GALLARDO, Leonardo B.: "Legítima y discapacidad. Los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas", abril de 2011, p. 159.

(4) Decimos "por lo general", pues en el derecho moderno se han desarrollado otras formas de transmitir bienes para después de la muerte, sin necesidad de mantenerse en los carriles sucesorios: mecanismos societarios y bancarios, fideicomisos, promesas de donación, etc.

(5) CORDOBA, Marcos: "Utilidad social de la sucesión-Asistencia-Mejora específica", en Pérez Gallardo, Leonardo B. (Director): "El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos", Temis-Ubijus-Reus-Zavalía, Bogotá, México, Madrid, Buenos Aires, 2010, p. 165/166.

(6) Sobre este tema, entre otros: COBACHO GOMEZ, José A., "La sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado", en Rebolledo Varela, Angel Luis (coordinador): "La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro", Dykinson, Madrid, 2010, p. 359, y ss. También en la misma obra: MONJE BALMASEDA, Oscar: "Mecanismos sucesorios en la protección de los discapacitados y/o incapacitados: el recurso a la sustituciones testamentarias", p. 527 y ss.

(7) Ver LARENA BELDARRAIN, Javier: "Los pactos sucesorios como instrumentos para la protección del patrimonio de los discapacitados", en Rebolledo Varela, Angel Luis (coordinador): "La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro", cit., p. 695 y ss.

(8) Anteproyecto Babiloni, art. 2899; Proyecto de 1936, 1897, inc. 5; Anteproyecto de 1954, art. 649, inc. 5.

(9) Se postula el mantenimiento del sistema legitimario, ver IEVA, Marco: "Divietto di patti successori e tutela dei legittimari", en DELLE MONACHE, Stefano (a cura di): "Tradizione e modernità nel diritto

successorio", Cedam, Padova, 2007, p. 307.

(10) Citado por TORRES GARCIA, Teodora: "La legítima en el Código Civil", en ALVAREZ GONZALEZ, Santiago y otros: "Estudios de derecho de familia y de sucesiones", Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 2009, p. 302.

(11) Es un reclamo recurrente de la doctrina francamente mayoritaria argentina: recomendaciones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, sept/09; y de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, oct/2011.

(12) PEREZ GALLARDO, Leonardo B., "Legítima y discapacidad", cit., en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, abril de 2011, p. 162/163; PEREÑA VICENTE, Montserrat, "Supervivencia de la legítima tras las adaptaciones del derecho sucesorio a la sociedad del siglo XXI", en Pérez Gallardo, Leonardo B. (Director): "El derecho de sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y retos", cit., p. 94/95. En doctrina argentina, ver LLOVERAS, Nora-ORLANDI, Olga, "La legítima en el derecho argentino: ¿tradición jurídica o adecuación a las características sociológicas y jurídicas del siglo XXI?", Rev. Der. de Familia y de las Personas, n° 2, octubre de 2009, p. 155 y ss.; SALOMON, Marcelo J., "Legítima hereditaria y Constitución Nacional", Alveroni, Córdoba, 2011, p. 492 y ss.

(13) De acuerdo: MEDINA, Graciela - MADERNA ETCHEGARAY, Horacio, "El fideicomiso testamentario en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998", J.A. 1999-III-1066; FERRER, Francisco A. M., "El fideicomiso testamentario y la flexibilización del derecho sucesorio", J.A. 1999-III-1038, y "Fideicomiso testamentario y derecho sucesorio", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 198 y ss. Asimismo, fue la recomendación de lege ferenda de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión n° 6, celebradas en Santa Fe, en septiembre de 1999.

(14) Se debe a una propuesta del Dr. Marcos M. Córdoba.

(15) Sobre estas cuestiones, ver nuestro comentario a dichos artículos en la obra: LLAMBIAS-MENDEZ COSTA, "Código Civil Anotado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, t. V-C, p. 145 y ss.

(16) La misma crítica en relación al régimen de capacidad del Código Civil uruguayo, ver en CAROZZI FIALDE, Ema, "Manual de derecho sucesorio", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, pp. 89/90.