

## ***Los adultos mayores y la capacidad de testar\****

**Por Víctor H. Rodríguez<sup>1</sup>**

### **1. Introducción**

Para facilitar el abordaje del tema que trataremos, resulta útil hacer unas consideraciones previas. Para ello, partiremos de lo normado en la primera parte del art. 2277 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante CCyCN) que dispone: “La muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. Si el testamento dispone sólo parcialmente de los bienes, el resto de la herencia se defiende por la ley”. De la letra del artículo surgen las dos formas en las que pueden ser llamadas las personas a suceder en el derecho argentino: *por voluntad del testador* o *por la ley*.

Debemos recordar que el *testamento* es el acto personalísimo de última voluntad, esencialmente revocable, por el cual se dispone de todo o parte de los bienes para después de la muerte, pudiendo contener también disposiciones extrapatrimoniales<sup>2</sup>.

La regla es la sucesión testamentaria, puesto que debe prevalecer la voluntad del causante y, sólo en el caso de que no exista testamento o fuere ineficaz o declarado nulo, debemos estar a las disposiciones legales que actúan de forma supletoria.

Pero la libertad de testar no es absoluta, al respecto, el art. 2462 del CCyCN establece que “Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”. Esto quiere decir que la libertad de testar está *restringida por la legítima hereditaria* reservada por ley para los herederos forzosos.

Ahora bien, cuando no existen legitimarios (descendiente, ascendiente, cónyuge), el testador tiene la libertad de disponer mortis causa, a través de un testamento, de todo su patrimonio en la forma que considere más apropiada, y puede dejar de lado incluso a sus parientes colaterales.

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Abogado (UNSTA). Diplomado en Derecho Sucesorio (UNSTA). Especialista en Derecho Sucesorio (UNR). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Magister en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (UNIBO). Prosecretario en el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones de la IX° Nominación, Tucumán. Docente de la Diplomatura en Derecho Sucesorio de la UNSTA (año 2021). Disertante en numerosos talleres de la Comisión de Derecho Sucesorio del Colegio de Abogados de Tucumán.

<sup>2</sup> Medina, Graciela - Rolleri, Gabriel, *Derecho de las sucesiones*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2018, p. 640.

## 2. Nulidad de testamento

El *contenido, validez o nulidad* del testamento, se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador (conforme art. 2466, CCyCN).

La nulidad del testamento es la sanción legal que priva al testamento de sus efectos propios o normales por adolecer de defectos originales y esenciales, y que requiere necesariamente de un proceso de impugnación<sup>3</sup>. Esta sanción se produce porque el testamento se ha otorgado incumpliendo los requisitos de validez que la ley le impone, por ello el ordenamiento jurídico reacciona privándolo de eficacia.

Existen muchos factores que pueden traer aparejada la nulidad del testamento. Al respecto, la doctora Graciela Medina realiza una clasificación de las nulidades según se originen en: incapacidades relativas al testador; inhabilidades relativas al sucesor; vicios de la voluntad; fallas relativas a las modalidades; falta de causa; defectos formales. De todas ellas, la que interesa a nuestro caso son las incapacidades relativas al testador, más precisamente la contemplada por el art. 2467, inc. c del CCyCN que reza “Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria... por haber sido otorgado por *persona privada de la razón en el momento de testar*. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto”.

A ello debemos agregar lo normado por el art. 2464 del CCyCN relativo a la edad para testar, que nos dice “Pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto”, en otras palabras, los mayores de 18 años (conf. art. 25, CCyCN).

Cabe destacar que el testamento es un acto jurídico y como tal, se le aplican dichas reglas (conf. art. 2463, CCyCN). En este sentido, por ser acto jurídico, reviste el carácter de acto voluntario, por lo cual debe ser ejecutado con discernimiento, intención y libertad (conf. art. 260, CCyCN).

El *discernimiento* es una aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas. Son estados de conciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones. El discernimiento se presume y quien invoca lo contrario debe acreditarlo<sup>4</sup>.

Así, cualquier interesado que invoque ausencia de razón o falta de discernimiento, por carecer el testador de la capacidad mental o comprensión de los alcances del acto al momento de ser realizado, puede demandar la nulidad del testamento o de alguna de sus cláusulas (conf. art. 2469, CCyCN), para lo cual debe promover un juicio ordinario ante el juez del último domicilio del causante.

La doctrina y jurisprudencia es conteste al manifestar que la vía de tratamiento debe ser la del juicio ordinario que permite un amplio campo de debate y prueba, para finalmente llegar a un pronunciamiento que, en caso de receptar favorablemente la pretensión del actor, privará al testamento (o alguna de sus cláusulas) de sus efectos.

<sup>3</sup> Medina - Rolleri, *Derecho de las sucesiones*, p. 792.

<sup>4</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, t. II, p. 28.

### **3. La capacidad como regla**

El principio general en materia de capacidad es que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos (conf. art. 23, CCyCN), y que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial (conf. art. 31, inc. a, CCyCN), por lo que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (conf. art. 31, inc. b, CCyCN).

De los artículos mencionados podemos colegir que la capacidad jurídica se presume siempre, aun cuando la persona se encuentre internada en un establecimiento asistencial, como por ejemplo un geriátrico. Excepcionalmente, el ejercicio de la capacidad puede ser limitado por una sentencia judicial basada en las limitaciones previstas por la ley, sólo con el objeto de beneficiar a la persona, quien tiene el derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada.

Esta presunción se ve reforzada por el art. 3 de la ley 26.657 en tanto dispone que “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas” y por el art. 5 de la misma ley que establece “La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado”, sumado a la igualdad en materia de capacidad jurídica reconocida en el art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (incorporada por la ley 26.378), que dispone que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

A la luz de la normativa vigente, podemos decir que las personas con discapacidad (física, mental, intelectual o sensorial) gozan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, por lo que para que su capacidad pueda ser restringida, es necesario un pronunciamiento judicial que así lo disponga como ocurre con cualquier otra persona.

En conclusión, podemos afirmar que la capacidad es una garantía constitucional y convencional mediante la cual se prioriza que la persona pueda ejercer sus derechos por sí misma en cualquier circunstancia salvo sentencia judicial fundada en las limitaciones expresamente previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación que habilitan la restricción de la capacidad. Por ello, en caso de duda, debemos estar siempre por el reconocimiento de la capacidad de la persona.

### **4. Carga probatoria**

Hasta ahora hemos dicho que: a) La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial (conf. art. 31, inc. a, CCyCN). b) El discernimiento se presume y quien invoca lo contrario debe acreditarlo (conf. art. 260, CCyCN). c) La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto (art. 2467, inc. c in fine, CCyCN).

Si bien quien pide la nulidad del testamento es quien debe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones, este

principio no es absoluto, puesto que, en virtud del principio de las *cargas probatorias dinámicas*, la carga recae sobre la parte que está en mejores condiciones de producirla. Esta regla está íntimamente vinculada con la buena fe y la lealtad que deben regir en el proceso y que hoy encuentra asidero en el art. 1735 del CCyCN.

Así pues, a la parte demandada no le basta con negar genéricamente los hechos en que se basa la pretensión del actor, sino que debe también arrimar elementos de convicción sobre la plena lucidez del testador que, mínimamente, permitan desvirtuar la versión de los hechos presentada por el nulificante, máxime cuando se haya sostenido que el testador se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales al momento de testar. Por ello, quienes defiendan la validez del testamento también deben producir prueba sobre la sanidad mental del testador con el objeto de lograr un mayor grado de convicción en el juzgador.

## 5. Los adultos mayores y la capacidad de testar en el derecho argentino

A fines del año 2017 entró en vigor la ley 27.360 que incorpora al derecho interno la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, a la cual por ley 27.700 (noviembre de 2022) se le otorgó jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 de la Const. nacional.

El art. 2 del citado cuerpo legal define a la *persona mayor* como “aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor”.

Cabe destacar que entre sus principios generales encontramos la promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor; la igualdad y no discriminación por razones de edad; la protección judicial efectiva, entre otros.

El art. 5 avanza aún más al proclamar que “queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez”, exhortando a los Estados parte a que desarrollen enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez.

En este sentido, debemos mencionar que se encuentra en estado parlamentario desde hace varios años un proyecto de ley denominado Protección Integral de los Derechos Humanos de las Personas Mayores<sup>5</sup>, cuyo art. 9 dispone: “Derecho a la personalidad jurídica y atributos de la personalidad. Las personas mayores son sujetos activos de sus derechos. *Su capacidad se presume* y cualquier afirmación en contrario deberá sumirse a las reglas del libro 1º, título I, capítulo 2, sección 3ª, parte 1ª, del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994/14, y en especial, ser fundada en examen interdisciplinario, limitada en el tiempo, respetar el debido proceso, el derecho a ser oído y la defensa en juicio”.

Con esto queremos resaltar que debe dejarse de lado el prejuicio que asocia vejez con enfermedad o discapacidad. La vejez es una etapa normal del desarrollo humano, en otras palabras, *senectud* se refiere al envejecimiento fisiológico normal,

<sup>5</sup> H. Cámara de Diputados de la Nación. Presidencia. 571-D-15. OD2139.

que implica declinaciones físicas y psíquicas pero que nada tiene que ver con la *senilidad* que se refiere a una condición patológica (una enfermedad).

Si bien la senectud entraña una disminución psíquica habitual en una persona de edad avanzada, lo cual difiere de un individuo a otro, puesto que influyen factores biológicos, históricos, culturales y sociales en la determinación de lo que se entiende por vejez, lo cierto es que ello no puede fundamentar una declaración de restricción de la capacidad, puesto que tal respuesta deviene en una discriminación negativa de los adultos mayores que no permite la diferenciación entre los distintos estadios del envejecimiento asociándolos sin más a una discapacidad o enfermedad.

Tiene dicho la jurisprudencia emanada de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil<sup>6</sup> que... “El concepto de vejez es una construcción social y la ancianidad, como proceso fisiológico normal, no excluye la salud, por lo que no corresponde entender que no gozan de ella personas en quienes la ciencia médica no registra modos de ser anormales en relación a su edad, máxime si, como en el caso, tampoco se ha demostrado el elemento jurídico determinante de la restricción a la capacidad, esto es, la presumibilidad de daño en mérito a circunstancias distintas de las biológica”.

Además, de permitirse la restricción de la capacidad de quien goza de buena salud mental sea cual fuere su edad, se abrirían las puertas a la admisión de muchos juicios de capacidad que, lejos de velar por el bienestar de las personas a quienes se refieran, se fundarían en muchos casos en rencores familiares, ambiciones, captaciones de herencias, etc., en detrimento de los adultos mayores que, en pleno uso de sus facultades mentales, se verían impedidos de manifestar su voluntad libremente a través de un testamento.

Siguiendo este orden de ideas, debemos dejar en claro que un adulto mayor de elevada edad, es perfectamente capaz de testar, ya sea por testamento ológrafo (de su puño y letra) o por testamento otorgado por escritura pública, toda vez que su edad no configura un elemento para considerarlo privado de su capacidad.

Resulta ilustrativo un fallo de la Cámara Civil y Comercial de Junín en cuanto considera que... “Un testamento no puede ser anulado por falta de discernimiento del testador, si los testimonios revelan un tironeo que parientes y allegados ejercieron sobre él para intentar direccionar su voluntad, pero no demuestran que al momento de exteriorizar su voluntad haya estado debilitado su entendimiento o comprensión del acto... Una vida prolongada expone al hombre a un proceso paulatino de debilitamiento o deterioro de su mente, que puede desembocar en la demencia senil. Pero es un proceso que varía en cada caso, y no es infrecuente que personas de muy avanzada edad gocen de perfecta razón. Por lo tanto, por sí misma, la ancianidad no priva para capacidad para testar”<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> CNAC, Sala C, 27/12/22, in “B. S. y O. c/Q. M. S. s/impugnación/nulidad de testamento”, Microjuris: MJ-JU-M- 140696-AR.

<sup>7</sup> CCyC Junín, 6/9/12, in re “Biollay, Nora Beatriz, Nélica Teresa y Di Chiave, Rita c/Cuchetti, Juan Modesto y otro s/nulidad de testamento”, LL, 2012-F-365.

## 6. Conclusión

A modo de cierre, debemos concluir con que, independientemente de la edad avanzada que pueda tener el testador, siempre debemos partir de la presunción de su capacidad, puesto que otra interpretación deviene en un trato discriminatorio en contra de los adultos mayores, lo cual se encuentra expresamente prohibido por la normativa nacional, así como por los tratados internacionales de derechos humanos cuya finalidad, entre otras cosas, es erradicar la estigmatización y discriminación ejercida hacia este sector vulnerable.

© Editorial Astrea, 2024. Todos los derechos reservados.

