

que en este caso encontramos un límite a la autonomía de la voluntad en razón del respeto debido a la inviolabilidad de la vida humana.

Desde otra perspectiva, pueden considerarse también como contradictorias las disposiciones que, por un lado consagran la posibilidad de dictar directivas anticipadas, y por el otro no aseguran toda la información para que tal decisión sea auténticamente informada. En efecto, un aspecto crítico en esta materia se refiere a la inexistencia de toda la "información" para que el consentimiento dado por anticipado pueda ser considerado un consentimiento informado en los términos de la ley 26.529 y del art. 59 del Cód. Civ. y Com. En efecto, mientras que el consentimiento para un acto médico debe ir precedido por detalladas y precisas informaciones comprensibles para la persona, en las directivas anticipadas no tenemos forma de constatar si tal información se ha cumplido, lo que genera algunas dudas sobre su validez. Este aspecto viene a poner en jaque la noción misma de directivas anticipadas como expresión de la autonomía, en tanto no estarían dados los presupuestos exigidos para que se verifique un consentimiento informado.

Finalmente, otro cuestionamiento a las directivas anticipadas se vincula con la dificultad de hacer una previsión precisa y detallada de las situaciones que se plantearán en el futuro. En efecto, mientras que es posible realizar propuesta de designación de personas de confianza, en relación a algunas decisiones médicas resulta casi imposible prever cómo serán las circunstancias y cuadro clínico que rodearán la necesidad de tomar decisiones. Esta dificultad también supone una crítica de fondo a la posibilidad misma de dictar directivas anticipadas en salud.

CONCLUSIÓN

Las directivas anticipadas se presentan como un instituto legal que permite planificar situaciones vinculadas con la propia incapacidad para tomar decisiones en el futuro. En tal sentido, se puede advertir una subyacente tensión entre autonomía y protección. Por un lado, existe una fuerte tendencia en la legislación bioética a exaltar la autonomía personal. Sin embargo, paradójicamente, algunas veces se utiliza ese recurso a la autonomía como mecanismo para justificar algunas acciones que afectan la vida y dignidad de las personas más vulnerables, justamente por carecer de autonomía.

El final de la vida o las situaciones de incapacidad exigen en justicia el respeto incondicional a la dignidad de la persona humana, respeto que se traduce en la inviolabilidad de su vida, en el respeto de su conciencia y de sus decisiones orientadas al cuidado de su vulnerabilidad.

PROTECCIÓN SUCESORIA DE LOS ADULTOS MAYORES

Marcela Acuña San Martín

I. INTRODUCCIÓN

La mayoría de los países hispanoamericanos tienen características normativas y culturales relativamente semejantes, y en ellos el proceso de cuidado, atención y protección de la vulnerabilidad ofrece complejidades. En gran parte de nuestros ordenamientos jurídicos se viene abordando con relevante progresión la atención de los niños y de los discapacitados; la situación de los adultos mayores, de la vejez o el envejecimiento en cambio, presenta grados de preocupación y de avance diversos, en muchos casos producto de relaciones familiares complejas y de la ausencia de apoyo institucional y social.

Con fundamento en los derechos humanos, se debe entender que así como ocurre con los niños y con las personas con discapacidad o minusvalía, otras personas especialmente vulnerables como son los adultos mayores requieren de una tutela legal diferenciada que comprenda también el ámbito sucesorio, por cuanto las normas de esta área del derecho bien pueden ofrecer una perspectiva al servicio de los más débiles y vulnerables en el contexto familiar, aunque no siempre lo hacen. En varias de nuestras legislaciones el causante se encuentra atado de manos para disponer de sus bienes y por otro lado, las normas protectoras de los asignatarios forzosos están prioritariamente destinadas al resguardo de los hijos sin distinción de su edad y del cónyuge o pareja sobreviviente, y más lejanamente se ocupan de los ascendientes.

Una de las tendencias del derecho sucesorio es la flexibilización de ciertas restricciones de orden público, con lo cual se abre la posibilidad de asegurar una subsistencia más exitosa o digna a ciertos miembros de la familia. En este trabajo se analiza y evalúa la situación sucesoria de los adultos mayores desde tres perspectivas: la protección de sus relaciones personales-familiares; la protección de su libertad y autonomía; y la protección propiamente patrimonial, para lo cual se revisan figuras de derecho sucesorio que pueden proporcionar una mayor seguridad a

los adultos mayores especialmente vulnerables. Antes de ello se razona sobre la necesidad de un tratamiento jurídico integral de sus derechos.

II. UNA MIRADA DE CONTEXTO

Desde hace unos años el proceso de envejecimiento demográfico en América Latina y el Caribe se identifica por tres caracteres⁽¹⁾. En primer lugar, se trata de un proceso generalizado: en todos los países de la región, la población de 60 años y más, muestra un incremento sustancial. Se prevé que la proporción de población de 60 años y más aumentará desde un 8% en el año 2000 a 14.1% en 2025 y a 22.6% en 2050. En segundo lugar, el ritmo del envejecimiento en la región es más rápido de lo que fue históricamente en los países desarrollados⁽²⁾.

En tercer lugar, los posibles impactos negativos del envejecimiento no sólo dicen relación con su faceta cuantitativa sino también con el escenario social, económico y cultural en que el proceso está teniendo lugar, caracterizado por alta incidencia de la pobreza, persistente y aguda inequidad social, baja cobertura de la seguridad social y una probable tendencia hacia el deterioro de las estructuras familiares de apoyo al adulto mayor. Se ha postulado, además, la probabilidad de que las cohortes que se incorporan al grupo de adultos mayores puedan ser en el futuro más frágiles desde el punto de vista de su salud.

Esta información permite concluir que la vejez no constituye sólo un proceso biológico, por el contrario, involucra una serie de cambios a nivel mental, aspectos psicológicos, físicos, sociales, laborales, familiares, entre otros⁽³⁾. El fenómeno biológico del envejecimiento se transforma en un fenómeno social complejo por los diversos ámbitos de afectación y de ahí su relevancia para el derecho.

(1) Informe de Envejecimiento y Desarrollo en América Latina y el Caribe, CEPAL, 2003.

(2) En el informe de la Cepal 2013, se advierte que entre los años 2000 y 2025, 47 millones de adultos mayores se sumarán a los 41 millones existentes y entre 2025 y 2050 ese incremento será de 86 millones de personas. En términos de la rapidez de este cambio, la tasa de crecimiento entre los años 2020 y 2025 será de 3.5%, es decir, el cambio se producirá tres veces más rápidamente que en la población total.

(3) Al respecto se puede ver: CARMONA VALDÉS, Sandra Emma, *Envejecimiento activo. La clave para vivir más y mejor*, Universidad Autónoma de Nuevo León. Monterrey, México, 2011 (187 ps.), ISBN 978-607-433-574-3, que alude a la dimensión biológica, psicológica y social del envejecimiento. También, RODRÍGUEZ DAZA, Karen Dayana, *Vejez y envejecimiento*, Universidad del Rosario, Documento de Investigación 12, 2010 (42 pp.); LATHROP, G. Fabiola, "Protección jurídica de los adultos mayores en Chile", *Revista chilena de Derecho*, vol. 36, nro. 12, ps. 77-113, 2009.

En dicho contexto, nuestro interés por la protección jurídica de los adultos mayores no nace sólo como reacción a una realidad demográfica incontestable, a la que todos tarde o temprano —con mayor o menor intensidad— nos veremos afectos, sino que tiene que ver con tres cuestiones con las siguientes tres cuestiones: la especial vulnerabilidad; la discriminación, y la observación de la ausencia de un tratamiento jurídico integral y diferenciado de sus derechos.

I. La especial vulnerabilidad de los adultos mayores

Este factor es consecuencia de una serie de diversos aspectos que se vinculan con el proceso de envejecimiento, por tanto, la especial vulnerabilidad se presenta con una gradualidad incremental⁽⁴⁾.

Dentro de esos aspectos y sólo por mencionar algunos destacan:

- La dependencia de ayuda o asistencia para la realización de tareas cotidianas, domésticas y movilización debido al deterioro físico, psíquico o intelectual (a mayor edad mayor dependencia); se podría hablar de una incapacidad o incapacitación progresiva.
- Los problemas de salud y en el financiamiento de los costos de la medicación asociados;
- La soledad por falta de compañía: con una esperanza de vida es cada vez más alta, la gente suele vivir muchos más años, pero no todas llegan a ese tramo final vital con una red de personas que puedan acompañarlos, cuidarlos y atender sus necesidades. En diversos entornos los ancianos viven aislados e incommunicados, muchos abuelos que prefieren estar solos antes que abandonar su casa, compartirla con otros o ingresar en una residencia, y la soledad puede generar depresión;
- La fragilidad económica y pobreza: a diferencia de la niñez y la adolescencia, que dura 18 años, la tercera y cuarta edad, es una etapa que se prolonga hoy por aproximadamente treinta años, razón por la cual la seguridad económica reviste una importancia capital. Muchos adultos mayores han dejado de trabajar y de ser productivos económicamente, no reciben apoyo económico de sus familias y los sistemas de pensiones no satisfacen adecuada y dignamente todas sus necesidades.

(4) La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) reconoce que el envejecimiento va acompañado de empobrecimiento, depresión, enfermedades crónicas y una serie de otros problemas tanto individuales como colectivos derivados de la vejez. <http://www.oecd.org/social/>.

- La marginación tecnológica. La mayoría de personas de este colectivo tienen problemas a la hora de amoldarse a estos cambios tecnológicos, por lo que al final quedan excluidos de la modernidad de una serie de procesos.
- La discapacidad. Gran parte de nuestros adultos mayores son o llegaron a ser personas con algún tipo de discapacidad física, psíquica o sensorial, con independencia de que estén judicialmente incapacitados⁽⁵⁾.
- La desprotección jurídica frente a situaciones diversas como el abandono, el maltrato o el despojo de bienes particularmente de la vivienda, entre otras situaciones.
- El maltrato a las personas de la tercera edad, que puede manifestarse de muchas formas: violencia física, maltrato emocional, violación o maltrato sexual, explotación financiera, negación de su libertad de expresión, o simplemente el abandono⁽⁶⁾. En innumerables casos el maltrato no llega a ser conocido y proviene de la propia familia.

2. La discriminación

En paralelo al contexto del envejecimiento se ha ido desarrollando en las nuevas generaciones una cultura juvenil desligada de los más viejos y de su historia. Éstos son objeto de una percepción negativa; son vistos como una carga económica, basado en prejuicios y estereotipos de inutilidad⁽⁷⁾: las personas no quieren vivir pocos años, pero temen llegar a viejos, la juventud sigue siendo como dijo Rubén Darío "*el divino tesoro*"⁽⁸⁾.

Las primeras aproximaciones a la tercera edad, la perciben y conceptualizan desde la vulnerabilidad, filantropía y protección; la política social hacia la tercera edad nace portando el germen de la discriminación

(5) Vivas Tesón, Inmaculada, "Una aproximación al patrimonio protegido a favor de las personas con discapacidad", *Revista de Derecho*, vol. XXII, nro. 1, 2009, ps. 55-76, p. 59.

(6) <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs357/es/>.

(7) En el contexto de envejecimiento, no siempre el adulto mayor es visto como el abuelo cariñoso o como un apoyo real para sus propias familias.

(8) La vida actual de jóvenes y adultos jóvenes se construye en torno al corto plazo, vivir el presente y el instante sin importar orígenes o la proyección hacia un futuro, su bandera es la independencia, el individualismo y la construcción de redes sociales funcionales. OSORIO, Paulina, "Exclusión Generacional: La Tercera Edad", *Revista Mad*, nro. 14, Departamento de Antropología. Universidad de Chile, 2006, ps. 47-52.

y la exclusión social. Las personas mayores son, en el sentido sociológico del término, marginadas: están integrando la sociedad pero no participan de ella, sólo pueden recibir beneficios de ésta sin dirigir ni tomar decisiones⁽⁹⁾. Así por ejemplo respecto de la participación laboral se trata en la gran mayoría de los casos de población económicamente no activa.

La Discriminación por razón de edad (edaísmo, edadismo, viejismo, o como se le quiera denominar), está presente en diversos contextos incluido el familiar, aunque desde lo declarativo las Constituciones y la legislación interna de muchos países de la región enfatizan en el papel protagónico de la familia y la sociedad en los cuidados de la población adulta mayor.

3. Ausencia de tratamiento jurídico integral y diferenciado de sus derechos

La rapidez del proceso de envejecimiento de la población ha tomado a nuestros países desprevenidos tanto desde el punto de vista médico, socioeconómico, así como también desde la perspectiva jurídica. Recientes reformas legales giran en torno a dinámicas familiares de las parejas jóvenes e hijos menores de edad. Los adultos mayores corresponden a una categoría que no ha recibido atención jurídica integral. Las medidas a favor de los adultos mayores, cuando se han adoptado, dicen relación, más con cuestiones financieras o de seguridad social vinculados con los costos de cuidados y atención de salud, que con el reconocimiento y garantía de sus derechos esenciales⁽¹⁰⁾. No nos hemos detenido a analizar si existe un marco jurídico o normativo, y de existir, si es adecuado para responder a la problemática derivada de la vejez. Por cierto hay excepciones.

En México, la *Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores* de junio de 2002 regula temas tan básicos como la convivencia familiar cotidiana y activa poniendo énfasis en la obligación que pesa sobre la familia respecto del cuidado de los adultos mayores; se alude a la función social de la familia de velar por cada uno de los adultos mayores que la formen y su responsabilidad de proporcionar los satisfactores necesarios para su atención y desarrollo integral. Se regula incluso el deber de relacionarse habitualmente con los adultos mayores⁽¹¹⁾.

(9) *Ibid.*

(10) Una evidencia en *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, OMS, Estados Unidos, 2015.

(11) PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "La protección de la familia a través de las generaciones, deberes y derechos", *Revista Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016, (ps. 155-179), p. 160.

En otros ordenamientos jurídicos el tema es reconducido a la protección de la discapacidad. Si bien estas normas pueden colaborar en la protección del bienestar económico de los adultos mayores no constituyen un tratamiento específico de su realidad. Por otro lado, no son aplicables a todos los adultos mayores (no todos se encuentran en situación de discapacidad) y exigen la declaración de minusvalía o incapacitación judicial o administrativa⁽¹²⁾.

Un paso importante en nuestro entorno hacia una mirada integral del envejecimiento se dio el 15 de junio de 2015, cuando la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), cuyo objetivo es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad⁽¹³⁾. Los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias.

Este instrumento ha generado que comience a hablarse cada vez con mayor fuerza de un derecho de la ancianidad⁽¹⁴⁾.

(12) El derecho español desde el año 2003 cuenta con una ley (ley 41/2003, de 18 de noviembre) de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que además modificó su Código civil, su Ley de Enjuiciamiento civil y normativa tributaria, incorporando medidas jurídicas que permiten brindarles autonomía y bienestar económicos.

(13) Su art. 3º establece los siguientes principios aplicables a la Convención:

- a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
- b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.
- d) La igualdad y no discriminación.
- e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- f) El bienestar y cuidado.
- g) La seguridad física, económica y social.
- h) La autorrealización.
- i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.
- k) El buen trato y la atención preferencial.
- l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
- m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.
- n) La protección judicial efectiva.

(14) Cabe recordar que uno de sus antecedentes regionales alusivos a derechos, fue la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe de 2012.

En la vertiente jurídico privada (es decir, con independencia de la función asistencial que pueda desplegar el Estado a través de diversas prestaciones), los códigos civiles o familiares no tienen especial dedicación al adulto mayor; más bien se ocupan de instituciones que indirectamente les son aplicables: el parentesco, las relaciones de pareja formalizadas, el cuidado y crianza de niños, los regímenes de comunicación entre parientes, los alimentos, la capacidad (normalmente en base al binomio clásico capacidad- incapacidad/o intercalando nociones más actuales como la capacidad restringida) y la violencia intrafamiliar, son las principales materias en que se habla de abuelos o de ascendientes pero no directamente de adultos mayores.

III. APRECIACIÓN NORMATIVA SUCESORIA

Considerando los factores de vulnerabilidad mencionados previamente, resulta que la calidad de la vida de los adultos mayores tiene relación con su acceso a recursos no monetarios y monetarios. Íntimamente conectado con las medidas de protección patrimonial aparecen cuestiones de derecho sucesorio.

En materia sucesoria el legislador cuida y protege las relaciones en la línea recta de parentesco en sentido descendente y ascendente. El análisis de las normas que se refieren al parentesco en la línea ascendente es el punto de partida para aproximarnos a una eventual protección de los adultos mayores; para este fin proponemos distinguir y examinar tres dimensiones de análisis: la protección de las relaciones personales; la protección de la libertad y autonomía; y la protección propiamente patrimonial.

1. Primera dimensión: Protección de las relaciones personales/familiares

Este ámbito tiene su fundamento en la familia, punto de anclaje natural y cotidiano para diversas generaciones, donde las relaciones interpersonales se construyen en base a la solidaridad, lo que da lugar a deberes de cuidado, socorro y protección⁽¹⁵⁾. Teniendo eso presente, dos figuras sucesorias son relevantes respecto de los adultos mayores: las indignidades para suceder, y el desheredamiento.

(15) Así por ejemplo en Chile, determinada la filiación (con o sin oposición) los hijos tienen el deber de respeto respecto de sus padres (art. 222 inc. 2º del Cód. Civil) e, igualmente, tienen la obligación de cuidar al padre en la ancianidad, en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren su auxilio (art. 223 del Cód. Civil).

El fundamento general de las casuales de indignidad consiste en la falta de mérito de un sujeto para suceder al causante por el incumplimiento de deberes que el potencial heredero tenía con el fallecido o porque dicho heredero faltó al respeto que su memoria le imponía.

La indignidad es una sanción civil a aquel que ha cometido un hecho socialmente reprochable contra el fallecido, por tanto, se entiende que el sujeto que no ha sido leal al causante en vida, no es digno de sucederle tras su muerte⁽¹⁶⁾. Todas las casuales de indignidad parten de una conducta de un heredero que se considera reprobable para con su causante, especialmente cuando éste se encuentra en una situación de desprotección que amerita el resguardo de sus bienes⁽¹⁷⁾ o socorro o ayuda directamente en su persona⁽¹⁸⁾. En definitiva, atendida la vulnerabilidad de la persona es la falta de solidaridad familiar lo que resulta sancionable.

Si pensamos en nuestros adultos mayores, diversas estadísticas señalan que la mayoría de los actos de violencia hacia ancianos se produce en el seno de la familia y en un alto porcentaje es ejercida por los hijos⁽¹⁹⁾, primeros llamados a suceder; las indignidades se transforman así en una herramienta sucesoria valiosa para proteger las relaciones familiares de los adultos mayores. Ahora bien, sin perjuicio de la justicia intrínseca de ellas, la problemática de las causales genera su mirada con sospecha, por lo delicado de una adecuada delimitación de las hipótesis en que se fundan que posibilite la valoración judicial conforme al caso concreto y no dé lugar a un uso antojadizo o malicioso.

El desheredamiento por su parte es una reacción expresa del testador ante conductas graves, coincidentes en muchos casos con las causales de indignidad en cuanto representan infracción de derechos y deberes familiares, pero imputables a un legitimario. Los ordenamientos jurídi-

(16) ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho Sucesorio*, LegalPublishing, 2010, p. 44.

(17) Como ocurre con la causal del art. 970 del Código Civil chileno.

(18) El art. 968 del Código Civil chileno dispone que son indignos de suceder al difunto como herederos o legatarios:

1º. El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla;

2º. El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge, o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada;

3º. El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive, que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo;

4º. El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar;

5º. El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.

(19) Al respecto, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs357/es/>.

cos abordan de modos diversos esta figura: algunos suelen ser rígidos en la determinación de las causas de desheredamiento (Portugal por ejemplo); otros han eliminado la figura (Código civil y Comercial Argentino; y en el centro están aquellos que expresan cláusulas abiertas que facilitan la discrecionalidad judicial, así ocurre por ejemplo cuando se alude a la ausencia de socorro (Código Civil chileno), la falta de trato familiar o más recurrentemente al "maltrato grave" (Código Civil Catalán) o la "falta de trato familiar" con el testador; aunque esta última causal conlleva la dificultad intrínseca de la prueba del hecho negativo (ausencia de relación).

Diversa doctrina viene poniendo de relieve la tendencia a ampliar las causas de privación de la legítima, específicamente ampliando el contenido del maltrato de obra tradicionalmente identificado con las lesiones corporales, a situaciones de menoscabo psíquico o psicológico, o abandono sentimental de los progenitores, actitudes despreocupadas por parte del legitimario respecto del estado físico o emocional del causante o su desatención en situaciones de dependencia (denegación de alimentos)⁽²⁰⁾.

La conducta de total desatención de muchos legitimarios hacia sus adultos mayores les provoca a éstos, lesión en su salud mental y atenta contra su dignidad humana, pudiendo algunos casos reconducirse a violencia filioparental. El Tribunal Supremo español ya ha sentado la idea de que los malos tratos de obra o injurias graves de palabra deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social⁽²¹⁾.

2. Segunda Dimensión: La protección de la libertad y autonomía

El instituto que permite una aproximación a los adultos mayores en esta dimensión es la capacidad para testar. Se dice que más libertad para testar es más justicia para los adultos mayores por cuando se reconoce su autonomía y facultades⁽²²⁾.

Sólo la falta de capacidad de una persona debería ser el impedimento para poder ejercer aquella libertad. Plena capacidad, o como están sufriendo algunos Ordenamientos "*capacidad de obrar suficiente*", que

(20) Así por ejemplo, ARROYO AMAYUELAS, Esther - FARNÓS AMORÓS, Esther, "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?, Indret 2/2015, Barcelona, 2015.

(21) Sentencia del Tribunal Supremo Español 258/2014, respecto del maltrato psicológico del art. 853.2 del Código Civil español como justa causa de desheredación.

(22) RONCHETTI, Alfredo Fernando, "Calidad de vida en la ancianidad: más libertad de testar es más justicia", en *Ancianidad, Derechos Humanos y Calidad de Vida*, Onati Socio-Legal Series, vol. 1, nro. 8, 2011.

pueda ser determinada por el buen criterio de aplicador del derecho; lo cual permitiría que adultos mayores, con capacidad alterada o reducida puedan también testar⁽²³⁾.

Las legítimas, sin embargo, constituyen una restricción severa a la libertad para testar; dicha restricción en general y dependiendo del Ordenamiento va desde un 1/4 hasta las 4/5 partes de la herencia.

La mayoría de los patrimonios de los AM están constituidos por la vivienda y a lo más un fondo de previsión que ellos van creando precisamente para atender a sus necesidades, cuando ya no sean productivos. Patrimonio normalmente generado durante muchos años de esfuerzo personal o compartido con el cónyuge, con el fin de asegurar una vejez digna. En tal escenario la legítima no sólo no cumple función social alguna, sino que se ha convertido en un escollo para el desarrollo libre e independiente de la persona en el momento más delicado de su vida, que es el de la vejez⁽²⁴⁾.

Frente a ellas, la libertad de testar resurge como una defensa de la intimidad y consecuentemente de la personalidad; el sistema legitimario impuesto desde el Estado, que pudiera estar justificado en otra época a partir de una familia cohesionada, carece de base cuando la familia está desorganizada, cuando han desaparecido la colaboración, la atención personal, u otros rasgos que pudieran justificar un aspecto retributivo de las legítimas⁽²⁵⁾. El Estado no puede imponer limitaciones o restricciones a la libertad de disposición de la propiedad señalando ciegamente qué tiene que hacer el testador y entre quienes debe producirse el reparto de sus bienes, beneficiando a personas cuyas cualidades y méritos sólo el causante puede sopesar.

Pero se están presentando cambios en los comportamientos. En Cataluña los matrimonios o parejas de seniors preparan su testamento para heredarse el uno al otro; prefieren legar a favor del cónyuge para garantizarse la propiedad de sus bienes mientras vivan. A la actual generación de seniors le preocupa subsistir de la mejor manera posible hasta el día de su muerte y esa preocupación está teniendo reflejo en sus testamen-

(23) VIVAS TESÓN, Inmaculada, "Una aproximación al patrimonio protegido a favor de las personas con discapacidad", *Revista de Derecho*, vol. XXII, nro. 1, 2009, ps. 55-76, p. 65; ROMERO COLOMA, Aurelia María, "El testador anciano y los problemas de la testamentación activa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nro. 713, 2009, ps. 1213-1234.

(24) AA.VV., "Derecho de sucesiones. Presente y futuro", *XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Universidad de Murcia, 2006, p. 220.

(25) Disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2?id=3371:libertad-de-testar-hacia-una-solucion-justa-y-equilibrada-0-747536617096082>.

tos. Los notarios aseguran que si hasta no hace mucho lo habitual era que las personas sexagenarias nombraran herederos a sus hijos dejando al cónyuge o la pareja como usufructuaria de los bienes, ahora los matrimonios o parejas de seniors preparan su testamento para heredarse el uno al otro. Notarios y economistas subrayaban que los cambios en los testamentos no obedecen a un mayor egoísmo de la actual generación de seniors, sino que son consecuencia de las transformaciones demográficas, sociales y familia⁽²⁶⁾.

Lo anterior es posible porque en el sistema de derecho catalán la libertad del testador es amplia, afectando la legítima sólo a una cuarta parte de los bienes a repartir. En el Código Civil español, en cambio, la legítima afecta al 66% de la herencia: un tercio repartido a partes iguales entre los hijos y otro tercio (llamado de mejora) que se puede distribuir libremente entre ellos o darlo a uno solo.

3. Tercera Dimensión: Protección propiamente patrimonial de los adultos mayores

Este ámbito se vincula básicamente con dos tipos de asignaciones a los ascendientes: las legítimas y las mejoras.

Los ascendientes son legitimarios en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, lo que significa que para muchos hijos o nietos sus padres y abuelos son asignatarios forzosos con lo cual se les debe una protección patrimonial. En contra de esta protección se ha sostenido que no es necesario que los adultos mayores en cuanto ascendientes sean legitimarios, porque para ellos basta la protección patrimonial que otorga la seguridad social⁽²⁷⁾. No compartimos tal planteamiento, pues él observa el fenómeno de la ancianidad sólo desde un prisma asistencial, y no desde el respeto a la dignidad, derechos y autonomía de los adultos mayores y desde la necesaria solidaridad intergeneracional en situaciones de mayor vulnerabilidad.

Cabe advertir que la mayor problemática de la calidad de legitimario de los adultos mayores es la exclusión: las normas de concurrencia de los legitimarios implican que habiendo descendientes éstos excluyen siempre a los ascendientes. Con lo cual, como advierte la Cepal, los padres que disponen de algún recurso económico, principalmente tierra u otro

(26) Reportaje "El impacto de la demografía en los comportamientos sociales", *Diario La Vanguardia* 10 de octubre de 2016.

(27) BARRÍA PAREDES, Manuel, *Las asignaciones forzosas en Chile. Su estado actual y una posible revisión*. Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013.

medio de producción, acaban siendo responsables por el sustento de sus hijos, aun cuando éstos ya fuesen mayores y económicamente activos⁽²⁸⁾.

La ley no le da ningún tratamiento especial a los ascendientes, más bien los margina por medio de la exigencia de vocación actual al tiempo de la apertura de la sucesión, vocación de la que carecen ante la presencia de descendientes; incluso, no habiendo descendientes los ascendientes de grado más próximo excluirán a los de grado más lejano que serán seguramente adultos mayores más necesitados de protección.

La intangibilidad de la legítima imposibilita modificar entre diversos legitimarios el orden de concurrencia que establece la ley. Algunos ordenamientos están suavizando tal intangibilidad permitiendo que se grave una parte de ella a favor de ciertos legitimarios con discapacidad (aunque ello en ocasiones sólo es a favor de descendientes) a favor de ascendientes o descendientes con lo cual indirectamente se podría llegar a una fórmula de protección patrimonial de los adultos mayores que sean discapacitados. Así por ejemplo en Argentina el art. 2448 del Código Civil y Comercial de la Nación permite gravar una parte de la legítima estricta o rigurosa con la sustitución fideicomisaria a favor de los ascendientes adultos mayores⁽²⁹⁾.

Los ascendientes además de legitimarios son —en algunos ordenamientos— asignatarios de mejora. La forma de mejorar al ascendiente mayor de edad podría consistir en un legado de especie o cuerpo cierto, derechos de usufructo, uso o habitación vitalicios y gratuitos; un patrimonio especialmente protegido; derecho de alimentos, una sustitución fideicomisaria, entre otras formas. En el ordenamiento chileno se le puede dejar a los ascendientes (padres, abuelos, bisabuelos) hasta un cuarto del patrimonio del causante, con independencia de la presencia de descendientes que los excluyan en la mitad legítimaria. En otros sistemas hay una protección indirecta en cuanto se permite mejorar a un heredero con discapacidad ampliando la porción libremente disponible, como lo hace el referido art. 2448 del Código argentino que permite disponer por el medio que el causante estime conveniente, además de la

(28) Informe de Envejecimiento y Desarrollo en América Latina y el Caribe, CEPAL 2003.

(29) 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 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 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.

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

La mejora, en todo caso, presenta el gran problema de no operar de pleno derecho, requiere por el contrario, la expresa voluntad del causante por acto entre vivos o *mortis causa*, con lo cual puede concluirse que la ley no considera la vejez como una circunstancia que otorgue un mejor derecho, deja a expensas de una eventual manifestación de voluntad la posibilidad de mejorar a los ascendientes lo que finalmente resulta complejo y de bajo impacto en países que no tienen cultura testamentaria.

IV. VALORACIÓN CONCLUSIVA

Expuesto cuanto antecede es evidente que no existe, salvo contadas excepciones, una respuesta normativa sucesoria que considere la especial situación de los adultos mayores. Sin perjuicio de ello, es posible repensar el derecho sucesorio, modificar instituciones clásicas y crear nuevos institutos que den respuesta a problemáticas actuales, dentro de ellas la del envejecimiento, así por ejemplo, las condiciones sociales y económicas de los asignatarios forzosos han evolucionado, y ya no pueden ser analizados con los ojos del legislador del año 1857.

La protección de la familia sigue siendo una razón poderosa para regular o mantener algunos institutos del derecho sucesorio, como el sistema de asignaciones forzosas sin embargo, corresponde replantearse ¿qué parientes debiesen concurrir actualmente en la sucesión para mantener coherentemente su finalidad protectora de la familia? Estimamos que hoy las mismas razones que justifican una protección especialmente intensa respecto a los hijos menores de edad, son aplicables respecto de los adultos mayores: se trata de personas especialmente vulnerables, significativamente dependientes y con bajas posibilidad de procurarse asistencia por sí mismos, cuya autonomía —a diferencia de los hijos menores de edad— no es progresiva, sino decreciente.

Hace tiempo y por diversas razones se viene razonando sobre la necesidad de revisión de las normas sucesorias. Aunque tal reflexión es más amplia y tiene múltiples aristas no sólo vinculadas con la realidad de los adultos mayores. Se debe hacer una exploración profunda de la regulación de los estatutos cerrados propios de esta área del derecho para adaptarlos no sólo a una realidad social, demográfica y económica

nueva, sino también a las consideraciones de derechos humanos a las que adhieren convencionalmente hoy nuestros ordenamientos jurídicos.

¿Es posible estructurar un marco jurídico de protección de los adultos mayores en materia sucesoria? Nos parece que sí; el derecho sucesorio se debe abrir a:

- Ampliar o flexibilizar las causa de desheredación o indignidad, permitiendo que se prive de derechos sucesorios a aquél pariente o legitimario que desampara (no sólo al que maltrata) al causante en situación de necesidad o especial vulnerabilidad. Es decir por incumplimiento del deber de cuidado y socorro. Reconociendo que esto tiene dificultades debe hacerse con especial cuidado. Puede seguirse el camino del Derecho civil catalán incorporando una causa específica de ausencia de relación familiar adicional al maltrato grave o mediante la reconducción de nuevas situaciones de desamparo en causas típicas.
- Otorgar más libertad al juez para apreciar la existencia de infracciones (graves o no) a los derechos y deberes familiares que sirven de base a indignidades y desheredamiento sobre todo por las circunstancias concurrentes que pueden ser muy diversas y complejas de evaluar, pienso por ejemplo en las causa determinantes de la ausencia de trato o desamparo.
- Replantear el actual sistema legitimario, en cuanto a su extensión subjetiva y objetiva para dar cabida a la nueva realidad demográfica de forma tal que efectivamente la herencia auxilie a quien más lo necesite. Así se podría, por una parte, regular en toda sucesión como asignación forzosa los patrimonios protegidos en beneficio de los adultos mayores ascendientes del causante, es decir, masas de bienes afectas expresamente a la satisfacción de las necesidades vitales de los adultos mayores; y por otro, permitir que un hijo adulto prevea y planifique el bienestar económico de sus padres o abuelos ancianos adoptando soluciones de protección patrimonial que les permitan vivir mejor su vida, aunque dicho hijo tenga a su vez descendencia, salvo que ésta sea especialmente vulnerable (menores de edad, discapacitados).

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO AMAYUELAS, Esther - FARNÓS AMORÓS, Esther, "Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales?", Indret 2/2015, Barcelona, 2015.

- BARRÍA PAREDES, Manuel, *Las asignaciones forzosas en Chile. Su estado actual y una posible revisión*. Tesis doctoral, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2013.
- CARMONA VALDÉS, Sandra Emma, *Envejecimiento activo. La clave para vivir más y mejor*, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, México, 2011 (187 ps.), ISBN 978-607-433-574-3.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *Derecho Sucesorio*, LegalPublishing, 2010.
- Informe de Envejecimiento y Desarrollo en América Latina y el Caribe, CEPAL 2003.
- Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud, OMS, Estados Unidos, 2015.
- LATHROP, G. Fabiola, "Protección jurídica de los adultos mayores en Chile", *Revista chilena de Derecho*, vol. 36, nro. 12, ps. 77-113, 2009.
- OSORIO, Paulina, "Exclusión Generacional: La Tercera Edad", *Revista Mad*, nro. 14, Departamento de Antropología. Universidad de Chile, 2006, ps. 47-52.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "La protección de la familia a través de las generaciones, deberes y derechos", *Revista Derecho Privado, Instituto de investigaciones Jurídicas*, UNAM, 2016 (ps. 155-179).
- Reportaje "El impacto de la demografía en los comportamientos sociales", Diario La Vanguardia 10 de octubre de 2016.
- RODRÍGUEZ DAZA, Karen Dayana, *Vejez y envejecimiento*, Editorial Universidad del Rosario, Documento de Investigación 12, 2010 (42 ps.).
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, "El testador anciano y los problemas de la testamentación activa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nro. 713, 2009, ps. 1213-1234.
- RONCHETTI, Alfredo Fernando, "Calidad de vida en la ancianidad: más libertades de testar es más justicia", en *Ancianidad, Derechos Humanos y Calidad de Vida*, Onati Socio-Legal Series, vol. 1, nro. 8, 2011.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada, "Una aproximación al patrimonio protegido a favor de las personas con discapacidad", *Revista de Derecho*, vol. XXII, nro. 1, 2009, ps. 55-76.
- AA.VV., *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Universidad de Murcia, 2006.

Páginas web consultadas

<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2?id=3371:libertad-de-testar-hacia-una-solucion-justa-y-equilibrada-0-747536617096082>

<http://www.oecd.org/social/>

<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs357/es/>

TRATADO DE LA VULNERABILIDAD



DIRECTORES

URSULA C. BASSET, HUGUES FULCHIRON,
CHRISTINE BIDAUD-GARON
Y JORGE N. LAFFERRIÈRE

COORDINADORES

ELIANA M. GONZÁLEZ, JULIO A. MARTÍNEZ
ALCORTA, STESSY TETARD Y GUILLAUME
MILLERIOUX

THOMSON REUTERS

LA LEY

Basset, Ursula C.

Tratado de la vulnerabilidad / Ursula Basset - 1a. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017.

1232 p.; 24 × 17 cm.

ISBN 978-987-03-3401-9

I. Grupos en Situación de Vulnerabilidad. I. Título.

CDD 346

© Ursula C. Basset (Dir.), 2017

© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2017

Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida

o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio

electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación

o cualquier otro sistema de archivo y recuperación

de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved

No part of this work may be reproduced

or transmitted in any form or by any means,

electronic or mechanical, including photocopying and recording

or by any information storage or retrieval system,

without permission in writing from the Publisher and the author.

Tirada 200 ejemplares

ISBN 978-987-03-3401-9

SAP 42134581

ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

Antecedentes de los coautores	XXVII
Prólogo: "El acompañamiento de las personas vulnerables", por Philippe Malaurie	XXXIX
Presentación de la obra	XLIII

PARTE 1

VULNERABILIDAD: EL CONCEPTO Y SU RECEPCIÓN JURÍDICA

Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables, por Hugues Fulchiron	3
I. Los niños en tanto personas vulnerables	6
II. Las personas mayores en situación de vulnerabilidad	9
Los derechos humanos de la persona mayor: entre individualismo y relacionalidad. Hacia un concepto relacional de la vulnerabilidad, por Julio Conte Grand	15
Presupuestos conceptuales	15
El objeto formal del Saber Jurídico como relación justa, su analogado principal	15
Igualdad esencial y desigualdad funcional	16
El todo en cada una de las partes	17
Conclusiones	18
La vulnerabilidad como perspectiva: Una visión latinoamericana del problema. Aportes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por Ursula C. Basset	19
1. La vulnerabilidad como perspectiva: marco teórico de abordaje ...	19
2. Vulnerabilidad y derecho: qué tiene para decir el sistema interamericano de derechos humanos	25
3. Igualdad y vulnerabilidad como perspectiva en el sistema interamericano	25