

**Calidad de vida en la ancianidad: más libertad de testar es
más justicia**
**(The old age life quality: Increasing the elders' freedom to
dispose by will implies more justice)**

ALFREDO FERNANDO RONCHETTI*

Abstract

This essay is based on whether the restrictions on the freedom to dispose of one's succession by will, according to the Argentinean Inheritance Law, are accurate in order to protect and enhance life quality of the elderly.

After the introductory ideas, the first part is referred to the premises that support the reserved portion regime and its current validity in Argentinean Inheritance Law. The second part exposes some of the new paradigms that lead to consider alter solutions. The third part focuses on different alternatives which have been discussed in Argentina as well as in Comparative Law. The last part provides the reasons why it is necessary to adapt the reserved portion law because it unfairly restricts the elder's free will.

Key words

Elder Law; Reserved inheritable portion; Life quality; Capacities; Trialism

Resumen

El artículo analiza las restricciones a la libertad de testar del derecho sucesorio argentino y su adecuación con la exigencia de procurar el mejoramiento de la calidad de vida de la persona en sus años de vejez.

Tras el planteo de la cuestión, desarrolla en la primera parte los presupuestos en los que se fundamenta el régimen de legítima del derecho sucesorio argentino y su vigencia actual; continúa en la segunda parte exponiendo algunos de los nuevos paradigmas que conducen a pensar en otras soluciones; en la tercera parte incursiona brevemente en alternativas que se han planteado en Argentina y en la regulación en el derecho comparado; y en la cuarta parte ofrece algunas razones para concluir en la necesidad de modificar la legítima, en tanto restringe la autonomía de la voluntad de las personas de edad avanzada.

Palabras clave

Derecho de la Ancianidad; Legítima hereditaria; Calidad de vida; Capacidades; Trialismo

* Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. República Argentina,
fernando.ronchetti@azul.der.unicen.edu.ar

Índice

1. Introducción	3
2. El planteo: las restricciones a la libertad de testar y sus efectos	3
3. Fundamentos históricos de la legítima	3
3.1. El parentesco	3
3.2. La copropiedad familiar	4
3.3. La razón natural o el derecho natural	4
3.4. El afecto o la voluntad presunta del causante	5
3.5. El carácter alimentario	6
3.6. Directrices económicas	6
3.7. Razones biológico-existenciales	6
3.8. Fundamentos político-jurídicos	7
4. Nuevos paradigmas	7
4.1. El interés por la calidad de vida	8
4.2. La revisión de la capacidad y de la incapacidad (de obrar)	8
4.3. La protección del débil jurídico	9
4.4. El Derecho de la Ancianidad	9
4.4.1. Dimensión sociológica	10
4.4.2. Dimensión normológica	10
4.4.3. Dimensión axiológica	11
5. Alternativas: proyectos de reforma y derecho comparado	12
5.1. Proyectos de reforma	12
5.2. Derecho comparado	13
6. Más libertad de los ancianos es más justicia	14
6.1. ¿Por qué más libertad?	14
6.2. Libertad como capacidad	14
6.3. Capacidades y calidad de vida	15
6.4. Conclusión	16
Bibliografía	16

1. Introducción

Analizaremos en este trabajo si las restricciones a la libertad de testar del derecho sucesorio argentino se adecuan a la exigencia de procurar el mejoramiento de la calidad de vida de la persona en sus años de vejez.

Tras el planteo de la cuestión, desarrollaremos en la primera parte los presupuestos en los que se fundamenta el régimen de legítima de nuestro derecho sucesorio y su vigencia actual; continuaremos en la segunda parte exponiendo algunos de los nuevos paradigmas que conducen a pensar en otras soluciones; en la tercera parte haremos una breve incursión en alternativas que se han planteado en Argentina y en la regulación en el derecho comparado; y en la cuarta parte ofreceremos algunas razones para concluir en la necesidad de modificar la legítima, en tanto restringe la autonomía de la voluntad de las personas de edad avanzada.

2. El planteo: las restricciones a la libertad de testar y sus efectos

En el derecho argentino ninguna persona puede disponer, para después de su muerte, de más que un quinto de su patrimonio, cuando tiene descendientes. Estos descendientes son herederos forzosos¹ y tienen un derecho (un llamamiento imperativo) a esa porción de los bienes dejados por el difunto, que se denomina "legítima" (arts. 3591 a 3605 del Código Civil).

Tomemos un ejemplo para ilustrar los alcances de este régimen: una persona de edad avanzada, que tiene dos hijos, de los cuales sólo uno se ocupa de atenderlo, acompañarlo, ayudarlo, brindarle cariño y apoyo económico, podrá mejorar a éste solamente con hasta un quinto de su patrimonio. Esto significa que el *buen hijo* puede ser recompensado únicamente con hasta una quinta parte de los bienes de su padre, y sumando esta a la porción legítima, será acreedor a 3/5 (60%) de los bienes; mientras que el otro hijo, que nunca atendió a su padre, ni lo visitó, que se desentendió de sus necesidades cuando más lo necesitaba, será acreedor a su porción legítima de 2/5 (40%).

El padre no puede desheredar a un hijo, salvo por causales de indignidad (arts. 3291 al 3297 del Código Civil) o desheredación (arts. 3744 al 3750 del mismo código). Pero estos institutos en la práctica no funcionan, porque son muy restringidas las causales y se ejercen muy esporádicamente.

Intentaremos fundamentar en este trabajo que el actual régimen de legítima hereditaria en el derecho argentino se sostiene en presupuestos que ya han perdido vigencia y, por tanto, debiera adecuarse hacia una mayor autonomía del testador.

En particular, la situación que más perentoriamente requiere de una reforma legal es la de los ancianos y esta ponencia postula que se les otorgue una mayor capacidad de disposición (por actos a título gratuito) sobre su patrimonio.

3. Fundamentos históricos de la legítima

La restricción a la libertad de testar se ha fundamentado en distintas razones: históricas, naturales, culturales, políticas, económicas. Vamos a analizar esta cuestión a partir de una clasificación propia (que seguramente incurre en omisiones) y a la luz de los datos que nos ofrece nuestra realidad actual.

3.1. El parentesco

Este fundamento implica naturalizar los derechos de propiedad y de sucesión, con todas las consecuencias que esto supone (sustrayéndolos de la potestad normativa del Estado y de la autonomía de la voluntad del testador) y contradiciendo los avances de la cultura jurídica argentina.

¹ También son herederos forzosos –no habiendo descendencia– los ascendientes, aunque en un cincuenta por ciento, y de igual manera el cónyuge supérstite.

Azpiri (2001, p. 909) explica la inconsistencia de este argumento con mucha elocuencia: "se ha sostenido que la legítima se fundamenta en la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia, por lo que el destino de la herencia debe recaer necesariamente en los parientes más próximos al causante. Sin embargo, esa solidaridad familiar tan amplia... no se encuentra reconocida por nuestro derecho en vida del causante...".

Está claro que nuestro codificador no siguió en la materia al derecho germánico, más afín al postulado de que "sólo Dios puede hacer herederos". El Código Civil argentino tiene inspiración romanista y "mientras en el derecho romano la sucesión sirve sobre todo a fines patrimoniales, en el derecho germano sirve a fines morales y familiares" (Solari 1946, p. 66). Resultaría entonces asistemática una fuente germánica para un instituto particular de nuestro derecho sucesorio².

Por otra parte, nos enfrentamos con realidades muy diferentes en estas últimas décadas, para sostener la preponderancia del parentesco. Pensemos simplemente en las familias ensambladas, que reclaman soluciones especiales que ya no se comprenden con las estructuras tradicionales.

3.2. La copropiedad familiar

En una economía precapitalista en la que la familia era una unidad de producción, cada integrante del grupo aportaba con su trabajo al crecimiento de un patrimonio que estaba en cabeza del padre. Esto debía ser retribuido asegurando la vocación hereditaria.

La realidad actual está lejos de indicar algo parecido, salvo en el caso de la ganancialidad de los bienes de los cónyuges.

Los hijos tienen capacidad para independizarse a más corta edad. En diciembre de 2009 entró en vigencia la ley 26.579 que otorga la mayoría de edad a los 18 años en Argentina (antes se adquiría a los 21 años), e incluso siendo más jóvenes, por emancipación por matrimonio.

Quedan pocas actividades en las que los hijos trabajen con y para los padres. Y aún en estos casos, generalmente perciben un ingreso del cual disponen libremente.

Entonces no hay una exigencia de justicia para reconocer un derecho a heredar lo que se aportó, y menos aún un fundamento para preservar la unidad económica como fuente de trabajo y de subsistencia de los herederos al morir el padre.

3.3. La razón natural o el derecho natural

Las leyes humanas derivan de los primeros principios de la ley natural de dos maneras, según Santo Tomás: por conclusión o por determinación.

Con relación a la legítima de los hijos solamente quedaría librado al legislador su cuantificación (determinación), pero no su derogación.

Los estudios de Vallet de Goytisoló (1981) acerca de las legítimas, abordan el comentario del libro "De portionibus legitimis, liber I" de Claude Chifflet (1542-1580), discípulo de Cujas, catedrático de la Universidad de Dola. Este "fino jurista" que "recoge lo bueno del *mos gallicus* y del *mos italicus*", examina si la legítima se debía por derecho natural o sólo por virtud del derecho civil positivo.

Parte de distinguir los principios del derecho natural en sentido estricto de los primeros preceptos racionalmente derivados de aquellos, se basa en la tripartición de Ulpiano y con respecto a su proyección a la legítima, en Bártolo de Sassoferrato.

² "El espacio sucesorio es menos institucional y más negocial que el espacio familiar" (Ciuro Caldani 2007 p. 28).

Apoyándose en un texto de Séneca (*pr. controvers 28*) estima debida a los hijos por derecho natural la herencia de los padres y que, en cambio, es de derecho positivo la determinación de su cuantía.

También se interroga si esa determinabilidad de la legítima puede llegar a permitir que por ley se elimine³, y concluye rechazando esa posibilidad (Vallet de Goytisolo 1981, p. 13-23).

No obstante, podemos eludir la crítica al fundamento iusnaturalista, ya que éste admite al menos la posibilidad de reducir la legítima, con lo que no entraría en colisión con nuestro planteo que propondrá solamente su disminución.

3.4. *El afecto o la voluntad presunta del causante*

Se presume, dogmáticamente, que los padres quieren a todos sus hijos más que a nada y a nadie, y que la manera de ser consecuentes con ese amor es hacerlos sucesores de sus bienes. Se presume, también, que los padres forjaron un patrimonio para sus hijos, y se reputa estéril cualquier manifestación de voluntad en contrario, como si estuviera viciada (por contradecir un incuestionable canon moral).

Es conveniente separar este argumento en dos cuestiones: a) el afecto presunto y b) la inoficiosidad de una manifestación de voluntad en contrario.

Veamos el origen histórico (romano) para ampliar la explicación: al declinar la república, el auge del individualismo y del hedonismo, la liberalización de las costumbres y la disolución de la familia tradicional llevaron a que algunos romanos realizaran muchas veces sus testamentos de acuerdo con una "muy personal afectividad, olvidando en absolutos los deberes que el estado de familia les imponía respecto de sus hijos, mujer u otros parientes" (Di Pietro y Lapieza Elli 1982, p. 432). Estos se encontraban privados de la herencia en algunos casos por "el capricho muchas veces fantasioso del testador".

La reacción de los juristas fue sostener que el testador no cumplía con el deber familiar y había actuado contra el deber de afecto, por lo que el testamento podía reputarse inoficioso, tras un procedimiento especial que se denominó *querela inofficiosi testamenti*.

Esta cuestión es sumamente interesante para nuestro propósito: el juicio era de amplio debate y la discusión se limitaba al caso particular, debatiéndose si el testador había infringido el deber de afecto (*officium pietatis*) o no.

Luego aparece un argumento que establece una regla: suponer que el testador que había olvidado a sus parientes próximos, de modo tan impío, no lo podría haber hecho si no era por una perturbación mental (*color insaniae*). Se llega así a la ficción de la insania que acarrea la nulidad parcial del testamento, por la mera violación de la legítima, si no alcanzaba una cierta proporción de lo previsto para la sucesión *ab intestato*. Así se va estructurando la legítima hasta llegar a su forma definitiva con Justiniano.

a) La discusión acerca del deber de afecto permitía juzgar, con conocimiento pleno, si el testador tenía motivos para disponer en contra de sus herederos naturales. Como en muchos otros temas, acá está presente la lucidez de los juristas romanos del período clásico.

b) La presunción de insania de quien dispone dejar sus bienes con otros criterios, elude la posibilidad de evaluar en concreto si correspondía un deber de afecto en cada caso en particular. Este es el régimen que se mantiene aún en nuestro

³ Si admitía su eliminación su contemporáneo castellano, Fernando Vázquez de Menchaca, llegando incluso a justificar la prohibición, como ocurría con los mayorazgos en Castilla (Vallet de Goytisolo 1981, nota 13).

ordenamiento, sin que los institutos de la indignidad y desheredación funcionen efectivamente.

Las consecuencias de esta ficción van más allá de la construcción de la legítima, porque trasciende en la desconfianza hacia la libertad de juicio del anciano para disponer de su patrimonio. Un reflejo es la prescripción del art. 3615 del Código Civil que exige la "perfecta razón" para otorgar testamento, entendiéndose por tal al discernimiento para comprender el alcance del acto realizado, lo que resulta más riguroso que la capacidad para los actos entre vivos (Azpiri 2001).

Finalmente cabe colegir que si estas ideas eran sustentables bajo un régimen paternalista, hoy están claramente en crisis a partir de la irrupción del paradigma que postula una mayor autonomía de la persona.

"En nuestro tiempo –dice Ciuro Caldani (2007, p. 20), refiriéndose a la posmodernidad-, de crisis de las referencias morales 'profundas', va ganando espacio la autonomía de la libertad de testar".

3.5. El carácter alimentario

Muchos ordenamientos jurídicos contemplan una obligación alimentaria autónoma y nada tendríamos que objetar en cuanto a su pertinencia en la realidad actual. Pero esto no es necesariamente equiparable a la legítima. La legítima puede exceder en mucho a aquella obligación, o puede ser insuficiente.

La diferencia está en que aquella tiene una finalidad tuitiva, en cambio la legítima hereditaria alcanza también a descendientes que gozan de una mejor posición económica y social que la de sus padres, y ni siquiera pondera entre las distintas necesidades de los hijos y la del cónyuge supérstite.

3.6. Directrices económicas

Las razones de política económica que diseñaron sistemas sucesorios con institutos como el mayorazgo, ya no son sustentables, porque se han desarrollado otros instrumentos más eficientes (sociedades, indivisiones, fideicomisos) y menos inequitativos, hacia los demás hijos, especialmente.

¿Podría invocarse una limitación a la autonomía de la voluntad por razones de orden público para evitar que un testador afecto a ese viejo instituto pretenda reeditar una suerte de mayorazgo? Posiblemente algunas décadas atrás hubiera algún aislado temor a una conducta retrógrada, pero ya no hay margen para semejante elucubración.

3.7. Razones biológico-existenciales

En la Argentina de 1860, año de sanción del Código Civil, la expectativa media de vida era de 36 años.

Al comenzar el siglo XXI la esperanza de vida es de 75 años para el hombre y de 77 años para la mujer.

Un testador de 40 años muy posiblemente tiene hijos de corta edad, pero no puede proyectarse esta hipótesis para un testador de más de 70 años. En este caso, resultando legitimarios sus hijos, que tendrían cerca de 50 años, con una situación económica y social ya consolidada, el condicionamiento a la facultad de disposición del padre no puede sustentarse en las necesidades de subsistencia y de formación de aquellos.

¡Cuánta más discrecionalidad necesita el testador para equilibrar la fortuna de sus hijos, sea por la lotería natural, por el aprovechamiento de sus talentos, o por las diferentes contingencias de la vida⁴!

3.8. Fundamentos político-jurídicos

Enseña Zannoni (2001, p. 132) que “tradicionalmente se han esgrimido... las directivas sociopolíticas que hacen de la familia y de los vínculos parentales el ámbito dentro del cual se desenvuelve el derecho hereditario; directivas recibidas por el derecho de tradición continental romanista, por oposición a los pueblos anglosajones que, también desde antiguo, admitieron la libertad de testar”.

Aunque el codificador argentino (Dalmacio Vélez Sársfield) se valió de fuentes diversas y hasta contradictorias para regular la legítima -al punto que se originó una larga polémica doctrinaria acerca de si había adoptado el criterio de la *pars bonorum* o de la *pars hereditatis*- no hay dudas de que sigue fuentes del derecho romano.

Sin embargo, sostienen Alterini y López Cabana (1983, p. 1064), la restricción tan amplia a las facultades del causante fue ajena a los antecedentes que tuvo a la vista (v. García Goyena, "Concordancias y comentarios", L" III, tít. 1º, cap. VI, sec. 1ª, proemio), salvo la antigua legislación Española (leyes de Toro, Lº X, tít. XX, ley S; Fuero Real, Lº III, tít. V, ley 9; Fuero Juzgo, p., IV, tít. V ley I), que fue sólo parcialmente seguida por García Goyena (art. 642), y definitivamente abandonada por el Derecho Civil español.

Cicu (1947 citado por Zannoni 2001, p. 132) destaca que cuando la doctrina discute el fundamento racional de la sucesión hereditaria en general y de la sucesión legítima en especial, debiera trasladar el debate al fundamento político, que nos muestra dos grandes tendencias: una *individualista*, que considera que priva la voluntad del causante para disponer de sus bienes a través del testamento y que sólo a falta de éste organiza por ley los llamamientos legítimos; y otra *social* que da prevalencia a los fines generales y familiares a los que responde la sucesión, aún cuando, a través de ellos, también se satisfaga el interés del individuo.

Advierte Ciuro Caldani (2007) que “la razonabilidad que la sociedad atribuya a la sucesión está muy vinculada a la que asigne a la propiedad”⁵.

Más adelante mencionaremos los distintos proyectos y propuestas de morigeración de la legítima en el derecho argentino, que comienzan ya a principios del siglo veinte. Pero este relato se explica más cabalmente con sus fracasos, que indican que a la par se desarrolló un clima de ideas en sentido contrario.

La institución de la legítima, pensaba Borda (1986, p. 319) -el autor de la reforma de 1968 al Código Civil argentino que atemperó su impronta liberal- “responde a un poderoso sentimiento de justicia. Forma parte de la lucha contra el privilegio en que están empeñadas las masas en el mundo entero”.

4. Nuevos paradigmas

En esta segunda parte del trabajo analizaremos el cambio de paradigmas que obligan a repensar los fundamentos político-jurídicos del régimen de llamamiento sucesorio imperativo aún vigente.

⁴ En palabras de Joaquín Costa que recuerda Vallet de Goytisolo (1981, 1-39), “sólo el padre puede valorar la gran complejidad de circunstancias personales y patrimoniales que debe tener en cuenta para expresar numéricamente su deber 'mortis causa' con hijos. Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible y, en todo caso, no sucederá sino por excepción y accidentalmente; el legislador al contrario, no puede acertar nunca; el error es congénito y connatural a su regla”.

⁵ “Los móviles que impulsan los repartos sucesorios suelen ser muy diversos, por ejemplo, desde la voluntad del causante de sobrevivir e influir en la vida de sus derechohabientes mortis causa hasta el deseo del legislador de organizar la riqueza y la sociedad ... cada cultura es una manera de dar razonabilidad a la sucesión”, (Ciuro Caldani 2007, p. 19).

4.1. El interés por la calidad de vida

La posmodernidad instala un nuevo criterio de valoración conceptualizado como la "calidad de vida" (Ronchetti 2006).

Una de sus notas características es que su evaluación se integra con componentes puramente subjetivos, en tanto se define como "las percepciones que el individuo tiene..."⁶. Otra de sus particularidades es que admite indicadores cuantitativos, además de los cualitativos.

A la clásica finalidad de bien común hacia la cual debía ordenarse el derecho⁷, se la traduce contemporáneamente por una pretensión más concreta, atender la "mejor calidad de vida de la población"⁸.

Así se reconoce la autonomía de la persona para decidir cuál es su bien.

Ahora -se interroga Saggese (2009, p. 99)- "¿por qué planteamos la importancia de este derecho a un nivel de vida adecuado si el discurso jurídico y la jurisprudencia ya han avanzado bastante en otros derechos sociales como ser el derecho a la salud, los derechos de los trabajadores, etc.? ... una de las razones fundamentales... radica por un lado en su carácter genérico totalizador, y por otro, en su verdadera potencia transformadora".

4.2. La revisión de la capacidad y de la incapacidad (de obrar)

Nos referimos, en este apartado, a la capacidad de obrar (o de hecho) entendida como la aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a la persona para realizar por sí un comportamiento jurídicamente relevante relacionado con la esfera de sus intereses. La regla general es que toda persona goza de la capacidad de obrar, salvo restricción expresa.

No sin cierta exageración, aunque muy gráficamente, sostienen algunos autores que "el régimen jurídico de capacidad/incapacidad ha 'estallado' con las nuevas normas de derechos humanos" (Cárdenas, Cimadoro, Herscovici, Montes 2007, p. 1).

En materia de capacidad y discernimiento "la ciencia jurídica se encuentra anquilosada en viejos cuerpos legislativos" (Llorens 2007, p. 1) (se refiere al Código Civil y a viejas tradiciones que vienen del derecho romano). Resulta de esta legislación que los "minusválidos" psíquicos, dependientes de un régimen de protección jurídica, en vez de gozar de normas que los beneficien, son sancionados por la ley al incluirlos dentro de regímenes pensados con criterios de épocas en donde se consideraba más importante el interés de sus eventuales herederos que la persona del necesitado.

Nuestra legislación reciente, en cambio –sostiene Llorens (2007, p. 1)-, bien interpretada, nos conduce a reconocer que aquellas personas necesitadas de protección jurídica pueden otorgar innumerables actos jurídicos, en la medida en que tengan las aptitudes naturales de discernimiento necesarias para ese fin.

⁶ Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) la calidad de vida es: "la percepción que un individuo tiene de su lugar en la existencia, en el contexto de la cultura y del sistema de valores en los que vive y en relación con sus objetivos, sus expectativas, sus normas, sus inquietudes. Se trata de un concepto muy amplio que está influido de modo complejo por la salud física del sujeto, su estado psicológico, su nivel de independencia, sus relaciones sociales, así como su relación con los elementos esenciales de su entorno"

⁷ El bien común "indica cierta dirección a la justicia, la de tener en cuenta los intereses de todos ... El gobernante debe, por ello, tener la facultad de la integración: debe ser capaz de *integrar en su fantasía y su voluntad* todos los bienes insignificantes de personas indeterminadas, muchas veces inclusive futuras" (Goldschmidt 1996, p. 385. La letra cursiva me pertenece).

⁸ Un ejemplo es el art. 43 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires (1994) que propugna: "lograr un sostenido desarrollo económico y social que atienda a una mejor calidad de vida de la población".

Autores como Tobías (1998, p. 198) proponen que la validez de actos no patrimoniales ligados a la esfera íntima y afectiva del interdicto (art. 141 CC) se rijan por las reglas del discernimiento y no de la capacidad de obrar.

Si el Estado debe asegurar al niño su derecho "de expresar su opinión... en función de la edad y madurez..." se colige sin lugar a dudas que los mayores que han sido declarados incapaces *absolutos*, a pesar de ello gozan también de ese derecho a expresar su opinión, que debe plasmarse en la necesidad de que los órganos judiciales presten debida atención a sus deseos y necesidades, así como también en que las decisiones que les incumben no sean tomadas a sus espaldas⁹.

El Estado Argentino ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce entre sus principios rectores "el respeto de la dignidad inherente, al autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas"¹⁰.

4.3. La protección del débil jurídico

Este punto también lo dedicamos a la capacidad, pero ahora en el sentido de capacidad jurídica o de derecho, sobre la que también se pueden advertir nuevos enfoques.

A la capacidad de derecho tradicionalmente se la concibe en relación a la titularidad de derechos subjetivos, los cuales se asignan a partir del principio constitucional de igualdad formal¹¹.

"La afirmación –sin matices o precisiones- de una capacidad jurídica igualitaria en todo individuo, parece presentarse en contradicción lógica con las diferencias y su corolario, la existencia de los microsistemas normativos que regulan y reconocen intereses jurídicos específicos basados en esas diferencias" (Tobías 2007, p. 3).

"En la sociedad moderna y compleja de hoy existen situaciones, circunstancias y aspectos de la vida que el jurista actual considera relevantes y cuya protección normativa solo es posible si se reconducen a una calidad o situación de la persona: el consumidor, el niño, el anciano, el enfermo, el penado, etc." (Tobías 2007, p. 3).

La interpretación actual en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del principio de igualdad ante la ley, permite las variantes de tratamiento jurídico basadas en las diferencias. "Lo que el principio impone –sostiene Tobías (2007)- es el *standard* de la *razonabilidad* en la formulación de las diferencias".

La diferencia entre el presente y el pasado es que el derecho se ocupa de los status débiles y se propicia para ello "un derecho desigual como instrumento de protección del sujeto débil y concreto".

4.4. El Derecho de la Ancianidad

La exigencia valorativa de protección de los ancianos "sólo puede resolverse con la construcción de un verdadero Derecho de la Ancianidad (Ciuro Caldani 1992, p. 39). Sólo puede concretarse, mediante la elaboración de un cuerpo normativo autónomo, con principios y reglas propias, perfectamente diferenciadas del resto de las ramas tradicionales, aunque vinculadas a ellas. Esto podría realizarse a través

⁹ "Proteger a través de la pérdida de la capacidad de actuar no es ciertamente una paradoja sino una técnica, que implica la existencia, en su origen, de un enfoque basado en la necesaria irrelevancia de la voluntad del sujeto" (Calo 2000, p. 73).

¹⁰ La "Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad" y su Protocolo Facultativo están en vigor desde el 3 de mayo de 2008. Su propósito es asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos por todas las personas con discapacidad. Mediante este Tratado los Estados se comprometen a garantizar a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, el ejercicio del derecho a poseer y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero (artículo 12).

¹¹ En la Constitución de la Nación Argentina consagrado en el art. 16.

de un planteo jurídico sistematizado, que de cuentas de una realidad humana que ya es reconocida como específica y valiosa, en tanto frágil y compleja", sostiene María Isolina Dabove (2002, p. 433).

Desde esa perspectiva habremos de considerar las consecuencias de la restricción a la libertad de testar, ya no como padre o madre con obligaciones paternales, sino como un sujeto débil que ni siquiera puede disponer de su (comúnmente magro) patrimonio, en el ocaso de su vida.

4.4.1. Dimensión sociológica

Como explica Dabove (2002, p. 102) "El anciano es un ser especialmente frágil porque padece importantes limitaciones funcionales en casi todos los órganos y aparatos de su cuerpo. Es frágil porque sus mecanismos de compensación suelen debilitarse, al punto de verse cada vez más expuesto a enfermedades crónicas, o a incapacidades físicas, psíquicas y sociales. Y también es frágil, porque para sobrevivir sólo puede contar con su pasado, con su experiencia, y con el grado de cariño, comprensión y solidaridad que pudo haber cosechado desde entonces".

Conspira también para que el anciano no tenga un lugar más valorado en la sociedad la cultura del "new age", con la literatura, la psicología y sus demás manifestaciones posmodernas, que postulan la "ley de la atracción" (lo semejante atrae a lo semejante) que en alguna de sus aplicaciones prescribe que hay que estar con la gente que está bien, no con aquella que tiene angustias, preocupaciones, enfermedades y otros padecimientos.

Luego el anciano se queda con su soledad (el 27,9% de los mayores de 75 años viven solos, y un 23,8% de ellos viven con su pareja solamente, según datos del último censo nacional (2000-2001). A veces, resignado, acepta su confinamiento en un geriátrico (que en Argentina, en muchos casos, son indignos para cualquier persona) o no lo acepta pero se le impone, como indica una encuesta realizada en el barrio de La Boca en la ciudad de Buenos Aires a principios de esta década, que da cuenta de que el 20% de los internados, que tienen capacidades cognitivas, dicen estar allí contra su voluntad.

Paradójicamente, se trata de propietarios de una vivienda, que se alquila, se ocupa por hijos o familiares más jóvenes, se dona o se vende (y no por decisión espontánea del anciano).

En la ciudad de Azul (provincia de Buenos Aires), por ejemplo, el 85,5% de los mayores de 65 años son propietarios de una vivienda.

El acceso a la compra de una casa es sumamente dificultoso para gran parte de los jóvenes de esta ciudad (y en esto podemos decir que la situación es generalizable a todo el país). Consecuentemente, el anciano tiene algo muypreciado, cuando es propietario.

Pero estos bienes no son capacidades si no los pueden disponer. Amartya Sen (Hernández 2006, p. 121) destaca que la mejor forma de dar cuenta del bienestar de las personas no es deteniéndose en los bienes primarios (rawlsianos) que poseen, se requiere ir más allá, para concentrarse en las realizaciones y las capacidades realmente alcanzadas por las personas.

4.4.2. Dimensión normológica

Las restricciones a las capacidades a que nos referimos en el párrafo anterior, son la escasa posibilidad que tiene el anciano de mejorar (por donación o testamento) a quien efectivamente lo ayuda y acompaña en su etapa más difícil y, además, el estricto requisito del Código Civil que requiere la "perfecta razón" del testador (art. 3615 del Cód. Civil).

Es que el derecho civil se orienta en este sentido a proteger la validez del testamento, valorando al discernimiento como elemento esencial.

Los límites a la autonomía de la voluntad provienen entonces de un "orden público de dirección" (en tanto establece la legítima con fundamentos de solidaridad familiar o de orden económico), de un "orden público de garantía procedimental al consentimiento pleno" (con la elevada exigencia de discernimiento protegiendo la formación del contrato) y de un "orden público de coordinación" (vigilando la seguridad jurídica), pero no consideran el "orden público de protección de la parte débil"¹², justamente relegando a quien debe ser el beneficiario principal en un régimen de justicia humanista.

En tanto el Derecho Civil no atiende prioritariamente la situación del anciano, como débil jurídico, es preciso que desde esta nueva rama del Derecho se establezcan imperativamente las soluciones normativas.

Los derechos de la ancianidad han sido consagrados, en principio, como normas jurídicas imperativas, explica María Isolina Dabove (2002, p. 329), ubicándolos como derechos sociales que "despliegan su imperatividad en dos planos jurídicos perfectamente diferenciados. Por un lado nacen con el propósito de imponer ciertos comportamientos a las instituciones públicas. Y, por otro, contribuyen a delimitar el piso normativo mínimo del ordenamiento a través de sus fines y metas. Piso normativo que sirve también para indicar el contenido de lo que puede entenderse como orden público interno"¹³.

En este caso, se trata de ampliar la autonomía de la voluntad, contra disposiciones de orden público que perjudican a la persona de avanzada edad.

Dice María Josefa Mendez Costa (1983, p. 312) que "la consideración del anciano como sujeto cuyos derechos revisten características singulares, es una novedad de la legislación del presente siglo, novedad que se insinúa en las normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí, esto es, del Derecho Civil". Esto no se ha insinuado todavía con la legítima, habiendo transcurrido casi tres décadas desde estas reflexiones de la prestigiosa civilista santafesina. A través de la perspectiva del Derecho de la Ancianidad¹⁴ se advierten mejor las urgencias vitales.

4.4.3. Dimensión axiológica

Toda axiología ubica al amor¹⁵ como uno de los valores superiores, en tanto no está motivado por ningún interés. Es el amor que se espera en las relaciones paterno/materno-filiales. ¿Esto excede el plano jurídico? No podríamos excluirlo tan ligeramente, salvo que pudiéramos explicar de otra manera por qué el Derecho no reconoce una indemnización al padre que crió a sus hijos a su propio cargo.

Siguiendo el recorrido de las clases de justicia que propone Ciuro Caldani (1984), en este ámbito se aplica la justicia espontánea, la del dar sin esperar recibir o sin sentirse obligado por haber recibido algún beneficio, a diferencia de la justicia conmutativa que tiene como móvil una contraprestación.

No dudamos que el buen hijo va a seguir siéndolo, tenga o no recompensa. Por otra parte, admitiríamos que si el hijo desaprensivo se acerca al padre sólo por interés, no estamos protegiendo la dignidad del anciano¹⁶.

¹² Tomamos esta clasificación del orden público de Lorenzetti (2004, p. 94).

¹³ Un análisis profundo del tema puede verse en Ciuro Caldani (1996, p. 41).

¹⁴ "Es importante dejar sentado que reconocer la exigencia valorativa de que el anciano reciba particular resguardo en cuanto es débil, no quiere decir que la existencia de una rama jurídica en tal sentido requiera abandonar, por ejemplo, el Derecho de Familia o el Derecho de la Previsión Social. Muy por el contrario: significa mostrar que las soluciones de éstos deben ser perfeccionadas a la luz de la perspectiva *profunda e integral* de la consideración específica de la situación de la persona mayor" (Novelli 2006, p. 33).

¹⁵ "Aunque a nuestro parecer la jerarquía de los valores es contruída, consideramos que en la sucesión han de coadyuvar, por integración en el mismo nivel, los valores *justicia, utilidad y amor*. Una sucesión ha de ser justa y útil y ha de abrir cauces al amor" (Ciuro Caldani 2007, p. 30).

¹⁶ No lo concibe de esta manera la perspectiva del Análisis Económico del Derecho que presenta Gary Becker (1987, cap. 8). Por ejemplo al aplicar el Teorema del Niño Malvado (cada beneficiario,

El Derecho –concebido como objeto tridimensional- valora tanto las conductas como las normas.

Respecto del comportamiento virtuoso, W. Goldschmidt (1996) distingue entre la virtud moral (pago los impuestos porque lo considero justo) y la virtud intelectual (pago los impuestos porque me aplicarán una sanción si no lo hago). La virtud intelectual es valorada como justa, aún cuando estuviere motivada por el autointerés.

Con relación a las soluciones normativas, será más justa aquella que priorice, promueva y premie a la conducta virtuosa, aunque no pueda ir más allá de la virtud intelectual.

¿Quién está mejor habilitado para determinar cuál es el “buen hijo” y cuánto merece?

De cierto modo, podría decirse –con Ciuro Caldani (2007, p. 20)- “que el testador toma decisiones bajo ‘incertidumbre’. También que testador y herederos ‘juegan’ un juego relativamente ‘cooperativo’”.

En cualquier caso, bastará con darle esa capacidad al testador de edad avanzada, y él decidirá si la quiere usar¹⁷ (si no fuera así, supletoriamente funciona el régimen legal para sucesiones intestadas).

Intentaremos aplicar, en la última parte de este trabajo, los recientes desarrollos de la noción de “calidad de vida”¹⁸ para enriquecer la dimensión axiológica del Derecho de la Ancianidad, especialmente a partir de los aportes de Amartya Sen y de Martha Nussbaum.

5. Alternativas: proyectos de reforma y derecho comparado

Si bien ya hicimos una aproximación histórica al instituto de la legítima y su origen en el derecho romano, nos interesa particularmente destacar las diferentes derivaciones de esa misma fuente.

5.1. Proyectos de reforma

En todos los proyectos de reforma integral del Código Civil argentino se incrementaba la porción disponible del testador.

El Anteproyecto de Babiloni (arts. 3163 y 3164), y el Proyecto de 1936 (art. 2010), limitó la porción legítima a dos tercios del haber hereditario.

El Anteproyecto de 1954 (art. 692), seguía el modelo francés, discriminando cuotas variables de legítima según el número de descendientes: la porción disponible por el causante era de la mitad en caso de dejar uno, de un tercio cuando dejaba dos o tres, y de un cuarto en caso de un número mayor de descendientes.

independientemente de que sea egoísta, maximiza la renta familiar de su benefactor y por consiguiente internaliza todos los efectos de las acciones de este último sobre otros beneficiarios) para “explicar por qué un padre pospone determinadas contribuciones hasta los últimos años de su vida: desea proporcionar a sus hijos un incentivo a largo plazo para que tengan en cuenta los intereses de la familia en su totalidad. De hecho, puede retener algunas contribuciones hasta después de su muerte para así tener la última palabra. Por lo general no retrasaría todas sus contribuciones hasta el final, debido a que debe crearse una buena imagen ante sus hijos” (Becker 1987, p. 245).

¹⁷ “El núcleo del enfoque de la capacidad no es entonces sólo lo que la persona termina por hacer, sino también lo que ella es de hecho capaz de hacer, elija o no aprovechar esa capacidad” (Sen 2010, p. 265).

¹⁸ “Dado que la persona es una unidad dialéctica de libertad y coexistencialidad, justo es aquello que le brinda un espacio de libertad para hacerse más persona, luego, garantizar el mejoramiento de la calidad de vida es justo, porque permite ‘crear un ambiente propicio para que los seres humanos disfruten de una vida prolongada, saludable y creativa’, como afirma el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo” (Nicolau 2007, p. 156).

El Proyecto de 1998 establecía una legítima de dos tercios habiendo descendientes, quedando una porción disponible al testador de un tercio; y también reducía la legítima de los ascendientes de dos tercios a un medio.

Hubo varios proyectos legislativos específicos para reformar la legítima, todos proponían eliminarla o reducirla. Propiciaban suprimir la legítima los proyectos del diputado Carlés (de 1912), del diputado Olazo (de 1922), de los diputados Bergalli y otros (de 1928), y disminuirla, los del diputado Rolón (de 1915) y del diputado Quirós (de 1922).

Actualmente hay un proyecto de ley del diputado nacional Alejandro Rossi, presentado el 30 de septiembre de 2009, que propone reducir la legítima de los descendientes a dos quintos de los bienes del testador y la de los ascendientes a un tercio¹⁹.

Los fundamentos del proyecto estriban en que el modelo de familia en el que se basó Vélez ha cambiado (nuevos tipos de familia, con parejas que no quieren tener hijos, con madres solteras, parejas informales, etc.); que la elevada restricción contradice el derecho de propiedad y el principio de libertad; que los ciudadanos transgreden la ley de diferentes modos para evitar las limitaciones a su voluntad; que disminuir la legítima sería un estímulo a la generación de riqueza; y que los jóvenes buscan independizarse a temprana edad alejando el concepto de *pater familiae*.

5.2. Derecho comparado

Los regímenes legales que admiten la libertad de testar siguen la tradición del derecho anglosajón, pero en tales sistemas simultáneamente se acuerda a determinados parientes y al cónyuge, el derecho a obtener alimentos aunque no lo hubiera estipulado así el testador. Es así en Inglaterra, por ejemplo, y entre los países latinoamericanos el sistema de México, de Honduras, de El Salvador; Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Guatemala.

El Código Civil francés establece una legítima creciente según la cantidad de descendientes, y en el caso más gravoso llega a tres cuartas partes de la sucesión; y un sistema similar –variable según el número de herederos- prevé el Código italiano y el portugués.

Otros códigos, como el argentino, fijan una porción legítima e invariable, sea cual fuera la cantidad de herederos, como el Código Civil alemán y el suizo.

La otra alternativa es la de los regímenes como el del Código Civil español que sigue la tradición del derecho castellano, llamado también sistema de mejora. El testador puede disponer libremente de un tercio, no dispone de un tercio (que se reparte entre los descendientes) y tiene capacidad de disponer acotada, con el otro tercio de su patrimonio, pudiendo solamente asignarlo a favor de alguno/s de sus descendientes (es lo que se denomina "legítima larga")²⁰. Entre los códigos civiles latinoamericanos, adoptan este sistema español el de Chile, el colombiano y el peruano (1984).

¹⁹ Transcribo el proyecto en lo pertinente: "Artículo 1º: Sustitúyanse los Arts. 3593 y 3594 del Capítulo VIII, Título X del Código Civil de la República Argentina, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

"Artículo 3593: La porción legítima de los hijos es de dos quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3570.

Artículo 3594: La legítima de los ascendientes es de un tercio de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3571".

²⁰ Es particularmente interesante la regulación del derecho aragonés, porque contempla una legítima colectiva, sólo para los descendientes, y con la libertad de distribución entre los hijos (pudiendo desheredar a cualquiera de ellos o mejorar a uno solo). El cónyuge (que no goza de legítima, como tampoco los ascendientes) tiene derecho de usufructo, y los descendientes preteridos tienen derecho alimentario sobre los herederos en proporción a los bienes recibidos por éstos.

El Código Civil boliviano de 1975 en su art. 1059 otorga una porción disponible de la quinta parte, lo que lo coloca junto con el argentino, entre las regulaciones más severas en esta materia.

Nuestro régimen de legítima tampoco discrimina entre los hijos, según sean menores (como lo hacen los sistemas que establecen obligaciones alimentarias hacia ellos) o discapacitados (como lo hace el código civil español²¹).

6. Más libertad de los ancianos es más justicia

En este último punto se proponen fundamentos para analizar la modificación del régimen de legítima, circunscribiéndolos a determinadas situaciones de personas de edad avanzada, a la luz de las exigencias de justicia del Derecho de la Ancianidad, desde algunos de los enfoques axiológicos actuales.

6.1. ¿Por qué más libertad?

Werner Goldschmidt (1996, p. 399) concibe al principio supremo de justicia como "la esfera de libertad necesaria para desarrollar la personalidad".

La legítima es una limitación a la autonomía de la voluntad fundada en razones de orden público (esto lo desarrollamos en el punto 2.4.2). Ciuro Caldani (2007, p. 25) presume que la legítima obedece al temor al abuso del derecho por parte del testador.

Sin embargo, esta limitación a la libertad de disposición es una solución que generaliza, fracciona, relegando circunstancias particulares que sólo el testador podría apreciar. Dice Ciuro Caldani (2007, p. 33) que "la sucesión testamentaria es más 'concreta', la ab intestato y la imposición de la legítima son más 'abstractas'".

Toda solución legal supone una conjetura y ante el riesgo de que una mayor libertad del testador derive en arbitrariedad y afecte la igualdad entre sus herederos, se culmina restringiendo la capacidad de aquel.

"Conviene tener en claro en beneficio de quién o quiénes se impone la legítima, si se trata de una intervención paternalista o de una mediatización del causante", advierte Ciuro Caldani (2007, p. 36).

En definitiva, la cuestión se traslada al conflicto persistente entre libertad e igualdad. Rawls (1997, p. 68-69) no ubicaría a esta libertad del testador (abarcada en la de poseer ciertos tipos de propiedad y en la libertad contractual) entre las libertades básicas que tienen prioridad sobre el segundo principio. Pero sí se admitiría introducir una desigual distribución de "libertad y oportunidad, ingreso y riqueza" si esto redundaba en una ventaja para todos.

La ventaja para todos no está –evidentemente– en ser desfavorecido por el testador en la distribución de sus bienes, sino en que también se le brindará la misma oportunidad al heredero cuando la vida lo coloque en la situación de aquel.

6.2. Libertad como capacidad

En un trabajo anterior nos interrogábamos acerca de si la calidad de vida es una condición para el desarrollo de esa personalidad o es el mismo desarrollo (Ronchetti 2007).

²¹ Dice el artículo 808 del Código Civil español: "Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos. La tercera parte restante será de libre disposición".

Entendemos que el Derecho que pretende la justicia se orienta a promover “la esfera de libertad” -en términos de Goldschmidt (1996, p. 399)- para que cada persona pueda desarrollar sus propios planes de vida (Nino 2007, p. 204) y esa esfera de libertad está integrada por las capacidades que hacen a la calidad de vida.

Para Amartya Sen la libertad debe ser vista como “la capacidad de las personas para adquirir los funcionamientos que consideran más valiosos” y el bien humano como “la expansión de estas realizaciones y capacidades” (Hernandez 2006, p. 121).

Precisa este autor que “el núcleo del enfoque de la capacidad no es entonces sólo lo que la persona realmente termina por hacer, sino también lo que ella es de hecho capaz de hacer, elija o no aprovechar esa oportunidad (Sen 2010, p. 265)²².

Sen intenta corregir los desarrollos rawlsianos de los **bienes primarios**. Estos son concebidos como “las cosas que se supone que un hombre racional (más) quiere tener ... Teniendo más de estas cosas, se les puede asegurar a los individuos en general que tendrán mayor éxito en la realización de sus intenciones y en la promoción de sus fines, cualquiera que estos fines puedan ser”, según Rawls (1997). A lo que agrega: “La idea principal es que el bien de una persona está determinado por lo que para ella es el plan de vida más racional a largo plazo, en circunstancias razonablemente favorables. Un hombre es feliz en la medida en que logra, más o menos, llevar a cabo este plan” (Rawls 1997, p. 95-96).

En cambio, Sen (2010, p. 263) entiende que “en el enfoque de la capacidad la ventaja individual se juzga según la capacidad de una persona para hacer cosas que tenga razón para valorar. Desde el punto de vista de la oportunidad, la ventaja de una persona se juzga menor que la de otra si tiene menos capacidad –menos oportunidad real- de lograr esas cosas...”.

Se afirma la diferencia cuando destaca que “el enfoque propone un cambio de énfasis que pase de la concentración en los medios de vida a la concentración en las oportunidades reales de vivir” (Sen 2010, p. 263-264).

6.3. Capacidades y calidad de vida

Hicimos mención al comienzo de este artículo, que hay distintos indicadores cuantitativos y cualitativos para mensurar la calidad de vida.

El Índice de Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo evalúa las capacidades básicas humanas en tres aspectos fundamentales: una vida larga y saludable, buenos conocimientos y un nivel de vida decoroso.

Martha Nussbaum (2007) elabora una lista propia de capacidades humanas básicas²³, de las cuales varias de ellas –a nuestro entender- están en riesgo si el anciano no tiene una mayor libertad de disposición sobre su patrimonio.

Entre estas capacidades ubica a las “emociones”, que consisten en “poder mantener relaciones afectivas con personas y objetos distintos de nosotros mismos, poder amar a aquellos que nos aman y se preocupan por nosotros, y dolernos por su ausencia (...) Que nuestro desarrollo emocional no quede bloqueado por el miedo y la ansiedad”.

²² Este aspecto lo abordamos previamente en el apartado 2.4.3.

²³ Novelli (2006, p. 34-35) propone otra lista, en este caso de derechos subjetivos, siguiendo “el desarrollo efectuado por la Dra. Gonem de Gandolfo, a partir de la clasificación que de los derechos personales ... realiza Fernandez Sabaté, quien distingue cinco tipos de derechos: a) a la existencia; b) a la consistencia; c) a la subsistencia; d) a la acrecencia; e) a la asistencia (Fernández Sabaté Edgardo, *Filosofía del Derecho*, 1984, Buenos Aires, Depalma, p. 347 y ss.)”.

La misma pertinencia alcanza la descripción de la capacidad "afiliación", que se ha de conseguir cuando "...se den las bases del autorrespeto y la no humillación, (al) ser tratado como un ser dotado de dignidad e igual valor que los demás²⁴".

Finalmente es adecuado como indicador cualitativo de la calidad de vida del anciano la capacidad "Control sobre el propio entorno... material", que la autora define de esta manera: "poder disponer de propiedades (sean mobiliarios o inmobiliarios), y ostentar los derechos de propiedad en un plano de igualdad con los demás".

La vida desprovista de alguna de estas capacidades, dice Nussbaum (2007, p. 83), "no sería una vida acorde con la dignidad humana".

6.4. Conclusión

Proponemos una modificación al régimen de legítima del derecho sucesorio argentino, en orden a la mayor autonomía de la voluntad de las personas ancianas, entendiendo que una más amplia facultad de disposición de sus bienes favorece sus capacidades para el mejoramiento de su calidad de vida.

Del repaso de las diferentes alternativas (en los proyectos de reforma o en el derecho comparado) no encontramos ninguna que formule distinciones en relación al testador, sino que lo hacen en relación a los herederos.

Cuando se trata de herederos menores o incapaces, al sujeto débil anciano que merece protección, se lo debe contrapesar con aquellos, que también son beneficiarios de un trato favorable.

Creemos que se justifica atender a las distintas situaciones.

- La situación del adulto mayor, de edad avanzada o con alguna minusvalía, sin descendientes menores o incapaces, es claramente la más sencilla. Se debería ampliar la facultad de disposición sobre sus bienes, porque no hay fundamentos del sistema (como vimos en la primera parte) que resulten afectados en la realidad actual.
- Si en la misma situación, el adulto mayor tiene hijos o nietos huérfanos, que sean menores o discapacitados, se debiera prever una mayor restricción a la legítima, en la cuantía y/o mediante un derecho a alimentos de aquellos.
- Respecto del testador que no está en la situación frágil del anciano que requiere la protección del régimen, la decisión de mantener la legítima o no, o su cuantificación, deberá tomarse teniendo en cuenta otros argumentos, no ya los que se ofrecen en esta ponencia.

Asimismo también proponemos que se revise la regulación de la incapacidad de obrar, morigerando la exigencia de la "perfecta razón" para testar, para medirla con los mismos parámetros que los que se toman en cuenta para cualquier contrato.

Especialmente ponderando que si se acentúa el orden público de garantía procedimental al consentimiento pleno se afecta al orden público de protección a la parte más débil.

Bibliografía

- Alterini, Atilio Aníbal; López Cabana, Roberto M., 1983. *La porción legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión*. Buenos Aires: La Ley 1983-D,1064.
- Azpiri, Jorge O., 2001. *Límites a la autonomía de la voluntad en el derecho sucesorio*, Buenos Aires: J.A. 2001-IV-909.

²⁴ Bien dice Llorens (2007) "La libertad, junto con su potencial ejercicio, configuran la esencia de la dignidad del hombre. Por lo tanto, se impone no restringir injustificadamente a las personas con alguna minusvalía psíquica la libertad para otorgar negocios jurídicos, si ellas gozan del discernimiento necesario para ese acto. Esta decisión importa respetar a esas personas y mejorar su calidad de vida".

- Becker, Gary, 1987. *Tratado sobre la familia*. Madrid: Alianza.
- Borda, Guillermo, 1986. *Manual de sucesiones*. 9ª ed. Buenos Aires: Perrot.
- Calo, Emanuele, 2000. *Bioética, nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- Cárdenas, Eduardo Jose; Cimadoro, Mirta; Herscovici, Pedro y Montes, Irene Beatriz, 2007. La escucha del niño en el proceso judicial de Familia. *Revista La Ley*, 26 de marzo.
- Ciuro Caldani, Miguel Angel, 2007. Aportes integrativistas al Derecho de Sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física). *Investigación y Docencia*, 40.
- Ciuro Caldani, Miguel Angel, 1996. Filosofía del orden público en la postmodernidad. *Boletín del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 21.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 1992. Derecho de la Ancianidad. *Investigación y Docencia* (Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario), 20.
- Ciuro Caldani, Miguel Angel, 1984. Ubicación de la Justicia en el mundo del valor. *En: Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, T II, 16-35.
- Dabove Caramutto, María Isolina, 2002. *Los derechos de los anciano*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dabove Caramutto, María Isolina; Prunotto Laborde, Adolfo, dir., 2006. *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*. Rosario: Juris.
- Di Pietro, Alfredo y Lapieza Elli, Angel Enrique, 1982. *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- Goldschmidt Werner, 1996. *Introducción filosófica al Derecho*. 6ª ed. Buenos Aires: Depalma.
- Hernández, Andrés, 2006. *La teoría ética de Amartya Sen*. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Llorens, Luis R., 2007. La falta o disminución del discernimiento ¿constituye una incapacidad? *Revista La Ley*, 14 de septiembre.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, 2004. *Tratado de los Contratos. Parte General*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Méndez Costa, María J., 1983. *Los ancianos en la legislación civil*. Buenos Aires: La Ley 1983-A, 312.
- Nicolau, Noemí Lidia, 2007. Significación de la metodología trialista aplicada a la construcción de las nociones jurídica (un ejemplo: el derecho a la calidad de vida). *En: Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias – Homenaje de Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, p. 147-156.
- Nino, Carlos Santiago, 2007. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- Novelli, Mariano H., 2006. *Los derechos constitucionales de los ancianos en la Argentina*. Rosario: Dunken.
- Nussbaum, Martha, 2007. *Las fronteras de la justicia, Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- Rawls, John, 1997. *Teoría de la Justicia*. México: FCE.
- Rawls, John, 2004. *La justicia como equidad: una reformulación*. Buenos Aires: Paidós.

- Ronchetti, A. Fernando, 2006. El concepto de calidad de vida como criterio de valoración en el Derecho. *Investigación y Docencia* (Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 39.
- Saggese, Federico, 2009. *El derecho a un nivel de vida adecuado*. La Plata: Librería Editora Platense.
- Sen, Amartya, 2010. *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.
- Solari, Gioele, 1946. *Filosofía del Derecho Privado – I. La idea individual*. Buenos Aires: Depalma.
- Tobías, José W., 2007. Capacidad jurídica y capacidad de obrar. *Revista La Ley*, 19 de abril.
- Tobías, José W., 1998. La enfermedad mental y su tratamiento por el derecho privado; debates y tendencias actualizadoras. En: G. Borda, dir. *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley.
- Vallet de Goytisolo, Juan B., 1981. *Estudios de Derecho Sucesorio*. Madrid: Editorial Montecorvo, Vol. III.
- Zannoni, Eduardo A., 2001. *Derecho de las sucesiones*. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, T. 2.