

Especialización en Gerontología Comunitaria e Institucional

Módulo 10

Aspectos jurídicos y éticos del envejecimiento: derecho a la vejez

María Isolina Dabove – Rosana Di Tullio Budassi



FACULTAD DE PSICOLOGIA
UNIVERSIDAD NACIONAL
DE MAR DEL PLATA



Ministerio de
Desarrollo Social
Presidencia de la Nación
Secretaría Nacional de
Niñez, Adolescencia y Familia

Especialización en Gerontología Comunitaria e Institucional

MODULO 10: Aspectos jurídicos y éticos del envejecimiento: derecho a la vejez

Autoras:

María Isolina Dabove
Rosana Di Tullio Budassi

ISBN: 978-987-544-272-6

3° edición

Autoridades Nacionales

Presidenta de la Nación

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

Ministra de Desarrollo Social

Presidenta del Consejo Coordinador de Políticas Sociales

Dra. Alicia Kirchner

Secretario Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia

Dr. Gabriel Lerner

Directora Nacional de Políticas para Adultos Mayores

Mg. Mónica Roqué

Autoridades Universitarias

Rector de la Universidad Nacional de Mar del Plata

Lic. Francisco Morea

Decana de la Facultad de Psicología

Lic. Ana Hermosilla

Secretaria de Investigación y Postgrado

Magister Mirta Lidia Sánchez

Comité Académico

Doctora Alicia Kirchner, Ministra de Desarrollo Social de la Nación, Presidenta del Consejo Coordinador de Políticas Sociales. Miembro del Comité Académico de la Especialización en Abordaje Integral de Problemáticas Sociales en el Ámbito Comunitario de la Universidad Nacional de Lanús. Presidenta del Programa de Gestión de Transformaciones Sociales MOST de UNESCO.

Licenciada Ana Hermosilla, Decana de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Mar de Plata.

Doctor Gabriel Lerner, Secretario Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Magister Mirta Lidia Sánchez, Secretaria de Investigación y Postgrado, Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Doctora Isolina Dabove, Directora del Centro de Derecho de la Ancianidad, Universidad Nacional de Rosario. Profesora Titular de Derecho de la Ancianidad, Universidad Nacional de Rosario.

Doctor Ricardo Iacub, Profesor Regular Asociado de Psicología de la Tercera Edad y Vejez de la UBA; Investigador de la Universidad Nacional de Buenos Aires, la Universidad Nacional de Rosario y la Universidad Nacional de Mar del Plata. Profesor invitado de universidades nacionales y extranjeras.

Magíster Claudia Josefina Arias, Magíster en Psicología Social. Docente de la cátedra Estrategias Cualitativas y Cuantitativas para la Investigación Psicológica de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Investigadora Grupo "Evaluación Psicológica" Facultad de Psicología, Universidad Nacional de Mar del Plata.

Dirección

Directora de la Especialización: Magíster Mónica Laura Roqué, Directora Nacional de Políticas para Adultos Mayores de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social. Docente Experta de los cursos internacionales en Gerontología de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Profesora invitado de universidades nacionales y extranjeras.

Coordinadora Académica: Especialista Susana Ordano, Coordinadora del Área de Educación y Cultura de la Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social. Especialista en Educación de Adultos Mayores y de Educación a Distancia. Docente de la Especialización de Educación de Adultos Mayores de la Universidad Nacional de Rosario.

Subcoordinadora Académica: Magíster Claudia Josefina Arias, Magíster en Psicología Social. Docente de la cátedra Estrategias Cualitativas y Cuantitativas para la Investigación Psicológica de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Investigadora Grupo “Evaluación Psicológica” Facultad de Psicología, Universidad Nacional de Mar del Plata.

Coordinadora Operativa: Lic. María Cruz Berra, Facultad de Psicología. Universidad Nacional de Mar del Plata.

Asesora Pedagógica: Especialista Susana López. Docente de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad Nacional de Quilmes. Docente de FLACSO. Especialista de Educación a Distancia.

Coordinadora de Tutores: Licenciada Estela Machain

Tutores

Región NEA: Especialista Daniel **Sulim**; Región NOA: Especialista Adriana **Cortese**; Región Centro: Dr. Carlos **Romano**; Región Cuyo: Especialista Viviana **Lasagni**; Región Capital y Conurbano: Licenciada Susana **Rubinstein**; Región Buenos Aires Interior: Licenciada Corina **Soliveres**; Región Patagonia Norte: Licenciada María Inés **Gaviola**; Región Patagonia Sur: Especialista Jorge **Castelli**

INDICE

Introducción	9
Unidad I: Vejez y Derecho de la Vejez: ¿soy yo el guardián de mi padre?	13
A) Ancianidad y proceso de envejecimiento. Perspectiva interdisciplinaria. Tendencias Demográficas. Geriátría y la Gerontología.	13
B) Derecho de la Vejez. Concepto. Principios Generales. Razones de su configuración. Su vinculación con otras áreas del Derecho.	18
C) Historia de los derechos de las personas mayores y del Derecho de la Vejez.	25
D) Los derechos de los ancianos y el Derecho de la Vejez en el Derecho Internacional postmoderno. El proceso de especificación de los derechos humanos frente a la vejez. Hacia la Convención Internacional de Derechos Humanos de las Personas Mayores.	27
E) Los derechos constitucionales de los ancianos en Argentina.	39
Unidad II: La Persona y sus Derechos Fundamentales: capacidades y vulnerabilidad en la vejez.	43
A) Identidad y envejecimiento. Género. Vulnerabilidad y capacidades en la vejez.	43
B) Persona y Vejez. Atributos: nuevas lecturas del Nombre, Estado, Domicilio y Capacidad. Autonomía de la voluntad: restricciones y dependencia en la vejez. La problemática especial de la salud mental.	50
C) Derechos fundamentales de la persona mayor. Derechos de Autonomía, Derechos de Participación, Derechos de Prestación o de crédito. Derechos personalísimos.	63
Unidad III: Derechos Fundamentales de Autonomía: ¿a dónde irás, libertad, cuando sea viejo/a?	73
A) Habitar la vejez. Vida, Salud, asistencia sanitaria: justicia y libertad.	73
B) Integridad física y moral. Violencia y Vejez.	85
C) Libertad y comunicación. Relación entre generaciones. El papel de los medios de comunicación.	92
D) Derechos patrimoniales en la vejez. Bienes y cosas envejecidas. Casos, normas y valores. Propiedad. Consumo. Acceso al Crédito. Sucesiones.	94
E) La problemática especial de las Residencias Gerontológicas: el problema de la libertad, el lugar y el “encierro”.	101
Unidad IV: Derechos Fundamentales de Participación: en la vejez ¿”perteneceer tiene privilegios”?	111
A) Los límites a la participación: barreras, discapacidad y dependencia en la vejez.	111
B) Familias y envejecimiento multigeneracional. Matrimonio. Separación. Divorcio. Alimentos. Derecho de comunicación. Adopción y tutela.	116
C) Asociación, ocupación y trabajo en la vejez. Límites. El derecho al “esparcimiento”.	128
D) Turismo y recreación. Derecho al esparcimiento	132
E) Educar para la vejez. Universidades de la Tercera Edad. Capacitación e Inclusión Social.	133
Unidad V: Derechos Fundamentales de Prestación: ¿qué igualdad? ¿qué inclusión? ¿qué vejez?	143
A) Seguridad Social y vejez. Concepto. Perspectiva interdisciplinaria	143
B) Políticas sociales y Derecho de la Ancianidad o Derecho de la Vejez	149

Unidad VI: Sistemas de Protección y Garantías: acceso a la justicia y debida defensa ¿utopía envejecida?	169
A) Instituciones del sistema de protección.	169
B) Recursos procesales (administrativos y judiciales).	176
C) Métodos alternativos de solución de conflictos: el papel de la mediación.	182
D) El acceso a la justicia: hacia un Derecho Procesal de la Vejez	184

INTRODUCCIÓN

Entendámonos: la marginación de los viejos en una época en la que el curso histórico es cada vez más acelerado, resulta un dato de hecho, imposible de ignorar.

Norberto Bobbio¹

La vejez constituye una de las mayores preguntas que el ser humano puede llegar a formularse acerca de sí mismo y de sus circunstancias. Y, digo mayores, en el sentido de que importa todo un desafío hacerla. Significa ni más ni menos que preguntarse, desde el presente, acerca del final de la vida, con toda la carga de un pasado que ya es mayoritario. Significa interrogarse acerca del tiempo que podemos llegar a vivir, en último término. Significa, en suma, proyectar el cierre en base a un balance de conclusión vital.

Al Derecho le interesa muy especialmente el desafío que la vejez plantea puesto que, en gran medida, a él le corresponde encontrar una respuesta. A él le corresponde establecer normativamente las condiciones sociales y valorativas que deben ser respetadas en relación con los ancianos. A él le cabe reconocer al viejo en tanto sujeto. Y a él le cabe situar al anciano en un espacio y en un tiempo, comunitarios, fortaleciendo su posición frente al gobernante, frente a los demás ciudadanos, frente a lo demás y aún frente a sí mismo².

Sin embargo, en el Derecho actual el lugar de las personas mayores aparece bastante desdibujado, sobre todo, por el profundo y contradictorio silencio en el que están inmersos. Se dice, por ejemplo, que las personas -en general- cuentan con un importante caudal de derechos que todos los Estados democráticos deben garantizar si quieren ser tales, puesto que son básicos. Se habla de derechos humanos civiles y políticos; de derechos económicos, sociales y culturales; de derechos relativos al medio ambiente, a la paz y al desarrollo; y hasta de derechos de las generaciones futuras. Pero, de otro, ocurre también que todos los días se nos informa impávidamente acerca de la muerte de ancianos en espera de una plaza para ingresar en algún geriátrico. Se nos informa acerca de situaciones de abandono a las que los exponen sus propios familiares o algunos profesionales de la salud. O bien, simplemente, tenemos la "suerte" de ser testigos cotidianos de sus magros salarios, de los abusos y maltratos que reciben las personas mayores en la calle, en sus casas, en su ciudad, y hasta en las instituciones que supuestamente deberían proteger su posición.

Por desgracia, estas contradicciones no son fruto de la falta de garantías eficaces o de planteos económicos únicamente. Por desgracia, como veremos, estas contradicciones aparecen también invadiendo lo cotidiano por cuestiones jurídicas de fondo. El principal problema que se presenta en este sentido, al parecer, parte de una tensión cultural, provocada

¹ Vid BOBBIO, N.; *De senectute*, trad. Esther Benítez, Madrid, Taurus, 1997, pág. 27.

² Vid GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al Derecho*, 6º ed., 5º reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987, págs. 446 y ss.; *Justicia y Verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978.

fundamentalmente por la progresiva desintegración de la idea de comunidad en la consciencia de la vida postmoderna³. En esta tensión, dos son los factores jurídicos en juego: la igualdad y la especificidad de la vejez. La igualdad, en tanto exigencia de homogeneidad, o estandarización, necesaria para el desarrollo de la vida social⁴ y para el sostenimiento de un sistema jurídico coherente. Mas, de otro, aparece en juego la “especificidad de la vejez”, en cuanto reclamo de diferenciación valiosa y de respeto por la identidad de la persona en esta última etapa de la vida⁵. En el marco de la cultura globalizada actual, el reto jurídico y social se desprende, precisamente, de este lugar marginal al que se ven relegados los viejos, debido a nuestra incapacidad para resolver una clara contradicción: la posibilidad cierta de vivir más años y el rechazo sistemático –y ancestral– de la vejez.

Así, pues, los derechos de las personas mayores se desarrollan y se sostienen en estrecha vinculación con las diversas maneras –sociales, políticas, económicas, afectivas- en que cada cultura comprende, define y asume, finalmente, la vejez. De modo tal que si nuestra cultura admite el fenómeno del envejecimiento global en términos positivos, seguramente podremos asumir que la vejez es una etapa “de vida”. Es, en suma, una nueva oportunidad para proyectarnos y desarrollar nuestra humanidad, en comunicación con los demás y nuestras circunstancias.

El Derecho es, sin dudas, una valiosa herramienta para fortalecer esta necesaria mudanza de perspectiva. Sobre todo, cuando brinda instrumentos de fortalecimiento a los sujetos débiles del sistema, entre los cuales, todavía se encuentran las personas de edad avanzada. Este libro se propone mostrar cuáles son, precisamente, las instituciones, derechos y garantías que el Derecho Argentino pone a disposición de las personas mayores, para lograr su empoderamiento. Busca desentrañar cuál es **la condición jurídica de las personas que están situadas en el último ciclo de la vida, para poder pensar y diseñar sobre esta base, estrategias de integración social en la vejez**. Pretende contribuir, en suma, con el **Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento del año 2002**, cuando destaca que: *...la promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, es esencial para la creación de una sociedad incluyente para todas las edades, en que las personas de edad participen plenamente y sin discriminación y en condiciones de igualdad. La lucha contra la discriminación por motivos de edad y la promoción de la dignidad de las personas de edad es fundamental para asegurar el respeto que esas*

³ Respecto al concepto de comunidad ver: GOLDSCHMIDT, W.; Introducción... cit., págs. 444 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel; Derecho y Política, Buenos Aires, Depalma, 1976, págs. 103 y ss.; HELLER, Agnes; Sociología de la vida cotidiana, 3^o ed., prefacio György Luckács, trad. J.F. Yvars y E. Pérez Nadal, Barcelona, Península, 1991, págs. 67 y ss.

⁴ Entendiendo por homogeneidad vital, la calidad de pertenecer a un mismo género, en nuestro caso: a la humanidad. En este sentido puede verse el concepto descriptivo de igualdad propuesto por WILLIAMS, Bernard, La idea de igualdad, en "Conceptos morales", comp. Joel Feinberg, trad. José A. Pérez Carballo, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 267 y ss.

⁵ Vid GOLDSCHMIDT, W.; op. cit., págs. 438 y ss.; HELLER, A.; Sociología... cit., págs. 35 y ss.

*personas merecen. La promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, es importante para lograr una sociedad para todas las edades...*⁶

Ahora bien, este libro no hubiese podido concretarse sin el estímulo constante del profesor Dr. **Miguel Ángel Ciuro Caldani**, de la Universidad Nacional de Rosario, claro **precursor** del estudio de esta nueva frontera del mundo jurídico. También han sido importantes los aportes doctrinarios de la Dra. **María Josefa Méndez Costa**, profesora de la Universidad Nacional del Litoral y miembro honoraria de nuestro Centro de Investigaciones. Sin embargo, este texto no hubiese prosperado, sin el valiente **compromiso** de quienes integran el **Centro de Investigaciones en Derecho de la Vejez (CideA)** desde el año 1995. Así como tampoco hubiese sido posible, sin el desarrollo de la **Cátedra de Derecho de la Vejez**, que funciona en la Facultad de Derecho de la **Universidad Nacional de Rosario**, sin interrupción desde marzo de 2005. Quiero ampliar este agradecimiento, además, al Instituto de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad y Derecho de la Discapacidad de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN), que funciona desde el año 2007; a las Facultad de Derecho de la **Universidad de Buenos Aires** y de la **Universidad Nacional de Córdoba**, en donde también se desarrollan Cátedras de Derecho de la Vejez, desde el año 2012, y a la Universidad de Morón, por el Observatorio de Derechos Humanos de las Personas Mayores, desde marzo de 2012. Vaya entonces, mi más cálido reconocimiento para todos y cada una de estas Casas de Estudio y sus integrantes.

Por último me gustaría destacar que este texto da cuenta del trabajo interdisciplinario que venimos desarrollando desde el año 1995, tanto como del pluralismo ideológico propio del trabajo con tres Universidades distintas del país. Por ello, en este texto se encuentran representadas variadas concepciones filosóficas, al tiempo que también están presentes, las miradas de las distintas disciplinas a las que pertenecen todos los integrantes del Centro. Por eso, cada capítulo ha sido desarrollado atendiendo a los aportes de la Medicina, la Psicología, la Terapia Ocupacional, el Trabajo Social, la Arquitectura, la Economía, la Historia, la Antropología, la Ingeniería, la Comunicación Social, el Género y el Derecho. Sin embargo, por consenso, en conjunto hemos confluído en el paradigma tridimensional del Derecho y la Política, para la concreción de nuestra empresa. Estas teorías, pues, nos han permitido analizar la problemática de la vejez desde su complejidad⁷. Razón por la cual, la obra de

⁶ V. II ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO, Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento 2002, Versión oficiosa confeccionada en la Comisaría del Comité Organizador Español de la II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento a partir de la Versión Provisional no editada elaborada por la Secretaría de las Naciones Unidas, Introducción, párrafo n° 13.

⁷ En relación a la teoría trialista puede verse básicamente: GOLDSCHMIDT, Werner; Introducción Filosófica al Derecho, 6° ed., 5° reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987., págs. 30 y ss.; CIURO CALDANI; Miguel Angel; Panorama trialista de la Filosofía del Derecho en la Postmodernidad, en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, N° 20, 1997; Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho, Rosario, FIJ, 1994; La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica, Rosario, FIJ, 2000

cuenta sistemáticamente, de los aspectos normativos, sociológicos y valorativos que integran el Derecho de la Vejez y la Política Gerontológica.

Esperamos fervientemente entonces, que este texto sirva para reforzar la posición de las personas mayores *de manera integral*, a través de la promoción de la investigación, de la docencia y de la legítima defensa cotidiana, de sus derechos.

Prof. Dra. María Isolina Dabove

Investigadora del CONICET – UBA

Directora del **Centro de Investigaciones en Derecho de la Vejez**

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

Profesora de **Derecho de la Vejez**

Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

Facultad de Derecho de la Universidad Buenos Aires

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

UNIDAD I: ANCIANIDAD Y DERECHO DE LA VEJEZ

A) Ancianidad y proceso de envejecimiento. Perspectiva interdisciplinaria. Tendencias Demográficas. Geriatría y Gerontología⁸.

Introducción

En el último lustro han sucedido una serie de cambios demográficos, políticos, jurídicos y académicos que han incidido de manera altamente significativa para el hoy, llamado Derecho de la Vejez. De manera tal que no podíamos dejar de registrarlos, analizarlos y plantearlos, tal como hemos hecho en esta nueva edición.

De esta serie de cambios, en primer lugar es necesario destacar la profundización del fenómeno del **envejecimiento** poblacional ya que hoy, además de ser “**global**” es también, “**multigeneracional**”. Fenómeno complejo y curioso, del cual Argentina es incluso, partícipe (si se me permite la expresión), y cuyos rasgos están determinados por: 1) La coexistencia simultánea de cuatro o tres generaciones de personas, constitutivas de una misma familia: bisabuelos, abuelos, padres e hijos. 2) La convivencia de dos generaciones sucesivas de personas envejecidas y vinculadas por lazos de familia: hijos de sesenta y tantos años, con padres que han superado los ochenta. 3) La coincidencia de dos generaciones alternas de familia: abuelos y nietos⁹. Todo lo cual, conlleva nuevos planteos económicos, culturales y políticos, que están incidiendo en el Derecho actual y que tratamos de abordar en este texto.

Así, a las pérdidas que las personas mayores deben afrontar en el campo laboral y lucrativo por acceder al haber previsional; debe sumársele el hecho de la coexistencia de dos generaciones de beneficiarios que no llegan a cubrir sus requerimientos básicos. De modo tal que, en este contexto, poco a poco las generaciones concurrentes tejen entre ellas una compleja red distributiva de recursos, que suele trasladar en la más joven, el papel proveedor. Bisabuelos y abuelos con magras jubilaciones y pensiones. Hijos, integrados al mercado de trabajo que subsidian a sus mayores. Nietos jóvenes, que se preparan para ello, cual carrera en posta. Son todas ellas, escenas que hoy, resultan parte ineludible de nuestra vida cotidiana.

La perspectiva cultural muestra por su parte, que este envejecimiento global y multigeneracional bien puede ser entendido además, como una variante del multiculturalismo,

⁸ Colaboración de María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid

⁹ V.: DABOVE, María Isolina; Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez, en “Revista de Derecho de Familia”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 40, julio/a gusto, 2008, pp. 39-54; DI TULLIO BUDASSI, Rosana; El Derecho alimentario de los ancianos, en “Derecho de Familia”. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, N° 38, pp. 64-82.

del pluralismo político y del plurijuridismo. Toda vez que, cada generación esgrime en su haber una forma de entender la vida, códigos de convivencia y prácticas discursivas que le son propios, experiencias políticas diversas, memorias colectivas diferenciables entre sí y valores específicos. Culturas todas que, en este escenario de vejez multigeneracional, interactúan entre sí, se “arrastran” de un grupo a otro, dialogan y compiten, sedimentan y estratifican en un universo heterogéneo de significaciones, en pos de nuevos y más expansivos construcciones y reconocimientos de derechos¹⁰.

En estos años se han producido cambios jurídicos importantes. Cronológicamente hablando, los primeros cambios se han dado en el marco de los *Derechos Sociales (o de prestación)*. Luego, en el área de los *Derechos de participación* (en particular respecto de la problemática de la accesibilidad e inclusión de las personas mayores con discapacidad y en el Derecho de Familia). Pero sólo muy recientemente se llevaron a cabo reformas jurídicas relevantes que afectan la cuestión de los atributos de la persona (sobre todo, la capacidad y el nombre) y otras instituciones propias de los *Derechos de Autonomía*, núcleo central de esta nueva rama construida en base al paradigma del envejecimiento positivo. Por último, no quiero dejar de mencionar el hito que ha constituido el documento elaborado por la XV Cumbre del Poder Judicial, llamado: “Las cien reglas de acceso a la justicia de los grupos vulnerables”, puesto que allí se produce la primer toma de conciencia institucional respecto a esta temática en relación a las personas que transitan su vejez.

Los derechos de las personas mayores se desarrollan y se sostienen en estrecha vinculación con las diversas maneras en que cada cultura comprende, define y asume, finalmente, la vejez. Pero también cabe advertir que los derechos, en general, se configuran y se ejercen al propio tiempo, sobre el campo de la Política. Vale decir: sobre el escenario que articula los espacios individuales, grupales o institucionales de poder, para garantizar la convivencia.

Así, desde nuestra cultura, observamos que la conceptualización de la ancianidad se encuentra ordenada a través de una política de edades, que condiciona explícitamente, tanto la configuración de los derechos de las personas en su vejez, como su ejercicio. De modo tal que, el Derecho de la Vejez es, ni más ni menos que, una herramienta, un instrumento, construido para lograr la asunción de un poder que habilite al anciano a seguir siendo **un sujeto de derecho, con derechos**.

Por otra parte, en el Derecho de la Vejez interactúan de manera simultánea una multiplicidad de conceptualizaciones acerca de esta etapa de la vida, no siempre consistentes entre sí. Por ello, oportuno será considerar como cuestión previa al desarrollo de nuestra materia, algunas de las significaciones filosóficas que se encuentran agazapadas en estos términos, sobre la vejez y el envejecimiento.

¹⁰ V. DABOVE, M. I.; Derecho y multigeneracionismo... cit.; BOBBIO, Norberto; El tiempo de los derechos, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.

Ancianidad y proceso de envejecimiento: concepto y perspectiva interdisciplinaria¹¹.

Como ninguna otra etapa de la vida, ésta, la última, ha recibido tan diferentes denominaciones:

Ancianidad, vejez, tercera y cuarta edad, geronte, senectud, adulto mayor, edad tardía, años dorados, senilidad

Sobre estos términos, lo primero que debemos tener en cuenta, es la complejidad para conceptualizarlos. La dificultad radica en que no son palabras uniformes y sus sentidos dependen de los valores, las creencias, las expectativas, los paradigmas científicos, tecnológicos y filosóficos, que cada individuo, familia o sociedad, deposita por su intermedio.

Ahora bien, dentro de la Gerontología hay acuerdo en señalar que, con estos términos se suele designar al período de la vida comprendido entre los 60-65 años y la muerte. Sin embargo también desde aquí se advierte que, los individuos, los grupos y las comunidades, envejecen en forma compleja y diferente. De este proceso participa no sólo la genética, sino también los determinantes sociales y las circunstancias del ambiente¹². Por ello, una definición cronológica en esta materia resulta, pues, insuficiente.

*La ancianidad, no es un concepto meramente cronológico, porque no se es viejo únicamente por alcanzar una determinada edad. Como tampoco es un fenómeno unívoco. Los gerontólogos de la actualidad concuerdan en afirmar que existen diferentes grados de vejez plenamente determinables. ...Este proceso, en tanto vital, es ciertamente un proceso biológico. Mas, por tratarse en este caso de envejecimiento humano, tampoco hay que olvidar que también es un proceso histórico tanto cultural. No se es anciano sólo porque nuestro cuerpo cambie al alcanzar determinadas edades. Se es anciano, además, porque la sociedad en la que vivimos nos cataloga como tales y nos sitúa en ese papel, en función de los valores que consideran importantes. (DABOVE, María Isolina, *Los Derechos de los Ancianos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002).*

Por otra parte, desde la Gerontología se observa asimismo que, ciertos acontecimientos de la vida contribuyen decisivamente a la construcción del concepto de vejez, tal como sucede, por ejemplo, con el hecho de la jubilación. En Argentina la edad de retiro del trabajo en el

¹¹ Colaboración del Dr. Eduardo Rondelli -Médico Diplomado en Salud Pública - UNR.

¹² V. CILIA, E. y col., Crecimiento y Desarrollo del Ser Humano, OMS/OPS, t. II.

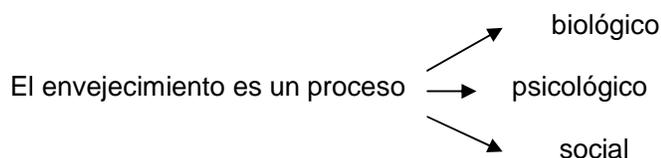
hombre es de 65 años y en la mujer, de 60. Sin embargo, según el Ministerio de Salud de la Nación, la expectativa de vida en el año 2004 para los varones fue de 68,4 años, y de 75,59 para las mujeres. Mas en los países en los cuales la jubilación resulta una utopía, se considera anciana a la persona que deviene incapaz para trabajar. En varias naciones africanas, por ejemplo, el momento en que las personas mayores dependen del apoyo familiar, constituye la base para definir la ancianidad. Como también lo es el hecho cierto de convertirse en abuelos, o perder la capacidad reproductiva, de modo tal que, en estos contextos culturales muchos son “mayores” funcionalmente, a los cuarenta o cincuenta años de edad. En contrapartida a este escenario, las características de vejez presentes en las sociedades industrializadas, son adquiridas a partir de los 80 años; por lo cual desde estas perspectivas se debilitan aun más las definiciones cronológicas.

La palabra que nos parece más acorde es la de **anciano/a**.
Otro término aceptable es el de **adulto mayor**.
De todas maneras, lo importante es lograr que las palabras no condenen a los ancianos con prejuicios estériles.

Actividad N° 1

- 1) Busque el significado etimológico de las palabras: “ancianidad, vejez, senectud y senilidad”.
- 2) Establezca las diferencias entre ellas y reflexione sobre el término que le parece más apropiado.

Perspectiva interdisciplinaria de la vejez.



De modo tal que el envejecimiento se desarrolla influenciado por los efectos del entorno, del modo y del estilo de vida y de las enfermedades. Sin embargo, la mirada hegemónica positivista de las Ciencias Médicas ha contribuido en gran medida a alimentar el

mito de la **equiparación de la vejez con la enfermedad**, tanto como ha terminado **confundiendo la medicina con la salud**. Sobre este escenario, no resulta extraño entonces que en el propio Derecho anide una visión **biomedicalizada del envejecimiento**.

*...Desde finales del siglo pasado en el mundo jurídico se ha venido asociando este carácter natural de la ancianidad con otro concepto no menos significativo: el de contingencia. Vejez contingencia que muestra la estrecha vinculación de la edad mayor con la incapacidad y con el creciente riesgo de contraer enfermedades. Pero que también ha servido para facilitar la consagración de un prejuicio naturista muy enraizado: que la vejez es, sin más, sinónimo de enfermedad. Prejuicio que, como sabemos, hoy carece de fundamento científico (DABOVE, María Isolina, *Los Derechos de los Ancianos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002).*

Disciplinas que abordan el fenómeno: la Geriatría y la Gerontología.

En la actualidad, el estudio del envejecimiento y la vejez es abordado principalmente por dos campos del conocimiento: **la geriatría y la gerontología**.

La **geriatría** según el *Diccionario terminológico de Ciencias Médicas*, es la parte de la medicina que trata de las enfermedades de la vejez. Es, por lo tanto, una especialidad médica, como es la pediatría, la cardiología¹³.

La Gerontología, en cambio, es una transdisciplina, que se ha ido configurando mediante la articulación de todas las ciencias, a fin de estudiar de manera integral la ancianidad y el proceso de envejecimiento.

Así, pues, esta disciplina estudia interdisciplinariamente, *el crecimiento, la maduración, la involución de la vida humana, como procesos que se inician en la concepción. Procesos que, en un constante movimiento de resignificación, culminan con la vejez y la muerte. Abordar el estudio del envejecimiento y la Vejez en toda su complejidad implica tener en cuenta al Hombre en su contexto Bio-Psico-Social-Cultural, así como comprender los modos particulares en que éste, en Sociedad, se vincula con el ambiente.* (POCHTAR PSZEMIAROWER, N. y PSZEMIAROWER, N., *Ancianidad y derechos humanos*, en "Geriátrica", vol. 5, Nº 2)

¹³ V. Diccionario terminológico de ciencias médicas, 13ª ed., Barcelona, Masson, 1996.

B) Derecho de la Vejez. Concepto. Razones de su configuración. Su vinculación con otras áreas del Derecho¹⁴.

El Derecho es una de las últimas disciplinas que se incorporó al campo de la Gerontología. Si bien es cierto que el Área de la Seguridad Social se ha ocupado de la problemática de la vejez desde el siglo XIX. Sin embargo, hace tan sólo unos 30 años que ha comenzado a desarrollarse un proceso de formalización de los derechos de los ancianos con carácter integral, gracias al consenso internacional¹⁵. Este fenómeno ha sido uno de los responsables de la creación de esta nueva rama, que hemos dado en llamar: **Derecho de la Vejez**.

En el Derecho actual es posible advertir que ser viejo aún significa vivir sujeto a una triple situación de debilidad:

- 1) La *dinámica jurídico social* torna vulnerable al viejo, en tanto lo estereotipa.
- 2) El *sistema normativo* lo debilita por no ofrecerle completamente un marco de protección jurídica adecuado a su naturaleza.
- 3) También lo debilitan los *valores jurídicos* imperantes, cada vez que no reconocen suficientemente a la persona anciana como fin en sí¹⁶.

Contexto sociológico-jurídico

En este contexto, ser anciano significa vivir condicionado por los factores biológicos propios de este tiempo, tanto como por el conjunto de conductas de otros individuos respecto de aquél. Esta situación ha hecho que entre anciano y sociedad se establezcan fuertes vínculos no simétricos, de desigualdad material y oposición. Y es precisamente esta falta de reciprocidad la que va a colocar al viejo en situación de inferioridad, en el lugar del débil. Su espacio en la sociedad termina siendo no correspondido y su presencia, secundaria, al otorgársele carácter residual a su participación.

Perspectiva normativa

¹⁴ Colaboración de María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid

¹⁵ V. DABOVE, M. I., Los derechos de los ancianos, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2002.

¹⁶ V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Derecho de la Vejez, en "Investigación y Docencia", N° 20, Rosario, FIJ, 1992, págs. 39 y ss.; Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Vejez, en "Investigación y Docencia", N°25, FIJ, 1995, págs. 7 y ss.

En nuestra Constitución Nacional, el reconocimiento de los derechos de la ancianidad resulta extremadamente débil. Por otra parte, entre las fuentes formales existe todavía una profunda dispersión en el reconocimiento de los derechos de los ancianos. En su mayoría, las normas vigentes abordan cuestiones previsionales y, en el plano jurisprudencial, pocos son los fallos que contemplan la situación de los mayores de manera integral. Resulta habitual en este marco, incluso, que se considere a la vejez como un concepto unívoco, sinónimo de vida devaluada¹⁷.

Dimensión valorativa del Derecho

En el marco de esta dimensión, el anciano es débil, porque aún no está suficientemente desarrollado un **criterio especial de justicia** que permita tanto protegerlo como integrarlo en la comunidad¹⁸. Los problemas de justicia suelen complicarse, además, por la oposición que surge de la necesidad de satisfacer otros valores igualmente relevantes. Así, por ejemplo, el vertiginoso avance de los conocimientos pone en crisis la idea de verdad que pueda desarrollar un anciano. Sus saberes se tornan obsoletos con progresiva rapidez y poco espacio queda entonces para la comunicación intergeneracional¹⁹. Otros conflictos jurídicos relevantes se desencadenan en torno a la justicia y la **salud**. Sabemos que a esta edad es posible padecer mayor número de enfermedades, y que nuestras posibilidades vitales útiles se van perdiendo. Por ello no será raro observar que se discrimine a una persona en el acceso a la asistencia sanitaria, en virtud de su edad.

Es pues, la complejidad de este escenario jurídico la que nos lleva a afirmar la necesidad de construir un **Derecho de la Vejez (Derecho de la Vejez)**. Nueva rama que se caracteriza tanto por la *fragilidad de sus beneficiarios*, como por su contenido *transversal* respecto de las ramas jurídicas tradicionales.

El Derecho de la Vejez se ocupa de abordar de manera integral las cuestiones jurídicas relacionadas con las personas de sesenta años o más –o bien que hayan entrado en edad

¹⁷ V. DABOVE, M. I., Los derechos... cit.

¹⁸ Ver BROCK, Dan W., Justice, Health Care and the elderly, en "Philosophy and Public Affairs", vol. 18, N° 3, Summer 1989, págs. 296 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel; Filosofía Jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad, en "Investigación y Docencia", N° 25, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 26 y ss.; ASIEL, Monique; Cuidados médicos y sanitarios, en "La tercera edad en Europa", 2ª ed., Madrid, INSERSO, 1991, págs. 83 y ss.

¹⁹ V. BEAUVOIR, Simone de, La vejez, trad. Aurora Bernárdez, 1ª ed., 1ª reimp., Barcelona, Edhasa, 1989; DABOVE, M. I., Los derechos... cit.; GLASTONBURY, Brian, Nuevas tecnologías e información para las personas mayores, en "Sociología de la vejez", Madrid, Unión Democrática de Pensionistas y Jubilados de España –UDP–, 1992, págs. 177 y ss.

jubilatoria-; en virtud de las características existenciales especiales.

*Esta nueva rama **comprende el estudio** de los derechos fundamentales de **autonomía, participación** y de **crédito**, que pueden serles atribuidos a las personas que han comenzado a transitar esta etapa de sus vidas.*

El Derecho de la Vejez se fue estructurando gracias al despliegue de tres principios básicos: *continuidad vital, privacidad y participación*

El **principio de continuidad vital** es la *manifestación específica del principio de igualdad* en la vejez. Significa admitir que *todas* las manifestaciones de la vida humana constituyen el sustrato del mundo jurídico. Implica reconocer que la vida tiene carácter pantónomo, es una totalidad dinámica. Exige del Derecho un trato igualitario para el viejo (formal y materialmente hablando), de modo tal que el conjunto de su vida –pasada, presente y por venir–, resulte valorada e incluida en sus instituciones²⁰.

Desde el **principio de privacidad**, el *envejecimiento* es un elemento constitutivo del *concepto de unicidad de la persona*. Con la privacidad se abre el camino para el sostenimiento jurídico de la autonomía, la libertad y la intimidad del anciano. Se refuerza su papel de sujeto.

Por último, cabe señalar el **principio de participación**, sin el cual no sería posible la vida comunitaria. A través del reconocimiento de este principio el diálogo intergeneracional tendrá lugar en el Derecho, se podrá rescatar la historia y la experiencia, la esperanza y los proyectos de la sociedad en general.

De todas formas, para esta disciplina consideraremos centrales también a los cinco principios propuestos por Naciones Unidas a saber: **independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad**.

Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad²¹.

Los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad fueron aprobados por resolución 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 16 de diciembre de 1991. Alientan a los Gobiernos a que introduzcan en sus programas nacionales cada vez que sea posible los principios siguientes:

²⁰ V. DABOVE, M. I., Los derechos de los ancianos... cit., págs. 434 y ss.

²¹ Puede consultarse en: <http://www.un.org/spanish/envejecimiento/principios.htm>

Independencia

1. *Las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud, adecuados, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia.*
2. *Las personas de edad deberán tener la oportunidad de trabajar o de tener acceso a otras oportunidades de generar ingresos.*
3. *Las personas de edad deberán poder participar en la determinación de cuando y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales.*
4. *Las personas de edad deberán tener acceso a programas educativos y de formación adecuados.*
5. *Las personas de edad deberán tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a la evolución de sus capacidades.*
6. *Las personas de edad deberán poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.*

Participación

7. *Las personas de edad deberán permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes.*
8. *Las personas de edad deberán poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades.*
9. *Las personas de edad deberán poder formar movimientos o asociaciones de personas de edad avanzada.*

Cuidados

10. *Las personas de edad deberán poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad.*
11. *Las personas de edad deberán tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de enfermedades.*

12. *Las personas de edad deberán tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado.*

13. *Las personas de edad deberán tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro.*

14. *Las personas de edad deberán poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.*

Autorrealización

15. *Las personas de edad deberán poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial.*

16. *Las personas de edad deberán tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad.*

Dignidad

17. *Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotación y de malos tratos físicos o mentales.*

18. *Las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.*

Razones de su configuración

El Derecho de la Vejez se fue configurando gracias al desarrollo de los **Derechos Humanos** y la **Bioética** en las décadas del cincuenta y setenta, respectivamente.

Derechos Humanos

En este campo, dos fenómenos permitirán la aparición de los derechos de la ancianidad. Por un lado, *la positivación internacional de los “derechos económicos, sociales y culturales”*, en base a los cuales se consagraron los derechos relacionados con el trabajo y la seguridad social. Mas de otro, influirá también el desarrollo de lo que Bobbio ha dado en llamar:

“*el proceso de especificación*”. Por su intermedio, se dio lugar a la formalización de un grupo de derechos humanos, caracterizados por sus sujetos titulares. Así, por ejemplo, en su seno se fueron consagrando pactos internacionales relativos a los derechos de los prisioneros de guerra, de las minorías raciales, entre otros, han sido recogidos por nuestra Constitución²².

Bioética

El Derecho de la Vejez ha podido encontrar en su haber un interesante panorama de las exigencias valorativas requeridas por la cultura de este tiempo, como puntos de partida para su legitimación. En efecto, los *principios de beneficencia y no maleficencia, el de autonomía y justicia* consagrados en la década del setenta para encauzar el despliegue biotecnológico, se han ido receptando en el ámbito jurídico para resolver conflictos relativos a nuestro objeto de estudio²³. La legislación y la jurisprudencia actual han ido adoptando para sí estos parámetros, logrando crear conciencia de la necesidad de fortalecer la posición de los ancianos *frente a los demás, frente a lo demás* –es decir, respecto a las circunstancias de pobreza y enfermedad–. E incluso, *respecto de sí mismo* –a fin de evitar los riesgos auto-aislamiento y desintegración–.

Vinculación con otras ramas del Derecho.

El campo evolutivo que vimos, permitió la consagración del primer documento jurídico referido particularmente a los derechos de los ancianos: el **Plan de Acción Internacional de Viena sobre el envejecimiento de 1982**. Veinte años después, se dará origen al segundo texto normativo importante: el **Plan de Acción de Madrid de 2002**. Estos instrumentos adquirieron únicamente calidad de fuentes formales de “espectáculo o propaganda”²⁴; pues se ocupan de consagrar recomendaciones políticas para la acción, dirigidas a los Estados parte.

En nuestro Derecho interno no se han desarrollado todavía fuentes formales suficientes para acompañar este proceso internacional de producción normativa.

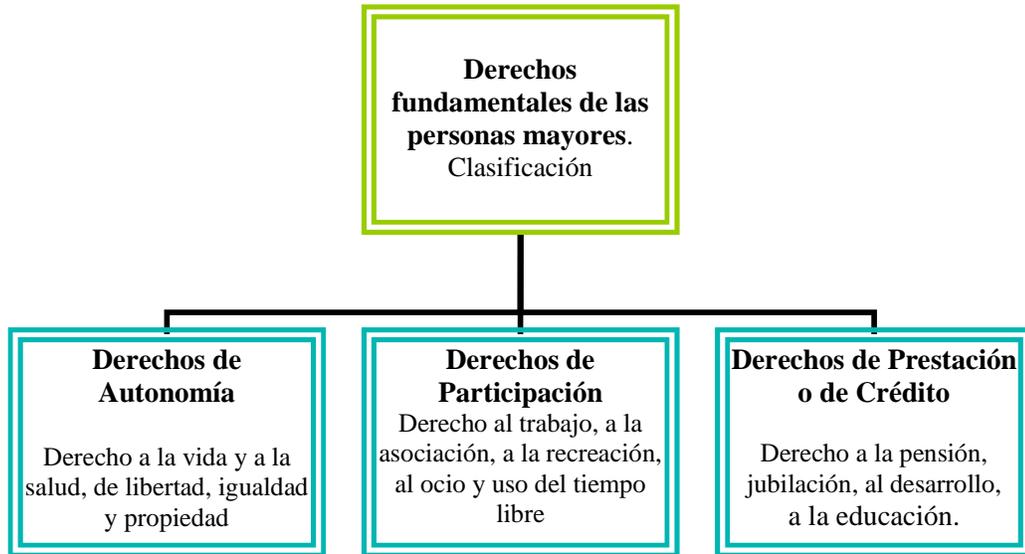
Nuestra Constitución ha consagrado tres tipos de derechos fundamentales para los ancianos. Y ello ha sido posible gracias a la incorporación constitucional de algunos de los textos internacionales mencionados. El siguiente cuadro muestra una clasificación²⁵.

²² V. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los Derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, págs. 97 y ss.

²³ V. GRACIA, Diego, *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989; DANIELS, N., *Am I... cit.*; NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989; DABOVE, M. I., *Los derechos... cit.*

²⁴ Respecto de la tipificación de las fuentes con carácter de “espectáculo o propaganda”, puede verse: CIURO CALDANI, M. Á., *Las fuentes de las normas*, en “Zeus”, t. 32, págs. D-103 y ss.; *Reflexiones sobre las fuentes del Derecho Internacional Privado*, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica de Filosofía Social”, N° 10, 1988, págs. 35 y ss.

²⁵ Para esta clasificación seguimos el criterio utilizado por el profesor Luis PRIETO SANCHÍS, en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 121 y ss.



En materia de Derecho de la Vejez rigen, al menos, dos tipos de fuentes formales. Un grupo está referido a los derechos humanos directamente aplicables por su rango constitucional.

Mientras que el segundo, se compone de documentos que funcionan más bien como criterios jurídicos de interpretación. Muchos de estos textos informan las ramas del mundo jurídico. Razón por la cual, se hace especialmente necesario el contacto del Derecho de la Vejez con instituciones propias del Derecho Constitucional, Civil, Administrativo, Comercial, Derecho Penal y Derecho Procesal, entre otras. A lo largo de todo el temario, iremos puntualizando cada una de estas relaciones.

Actividad N°2

1) Identifique los derechos fundamentales de las personas mayores que usted considere mayormente vulnerados, siguiendo el cuadro clasificatorio.

2) Mencione ejemplos y fundamente su respuesta.

Clasificación de los Derechos Fundamentales	Derechos vulnerados	Ejemplos
Derechos de Autonomía		
Derechos de Participación		

Derechos de Crédito		

C) Historia de los derechos de las personas mayores y del Derecho de la Vejez.

Edad Antigua

Cada época histórica ha debido resolver dos preguntas fundamentales en relación con la vejez. Por un lado ha tenido que saber qué lugar otorgarle al anciano en el seno de su sociedad. Y, por otro, ha debido elaborar algún concepto de vejez que identifique a las personas en cuanto tales.

Desde las primeras civilizaciones, al anciano se le ha atribuido poderes sobrehumanos, y se lo ha venerado. Pero también, simultáneamente ha sido víctima del mayor de los desprecios: se lo ha cosificado. En este marco, no ha sido infrecuente su abandono, o su directa eliminación, incluso mediante rituales sagrados²⁶.

Grecia Antigua: en la sociedad espartana el anciano era respetado, formaba parte del gobierno como miembro de la Gerusía. Era juez supremo en los procesos criminales y encargado de instruir a jóvenes y ciudadanos. En Atenas, en cambio, su condición fluctuará entre su aceptación abierta en el Areópago con Solón, y su rechazo radical, con el advenimiento de los demócratas al poder.

Junto a estas experiencias se generarán también dos posiciones filosóficas contrapuestas sobre la vejez, que incluso hoy tienen vigencia: la de Platón y la de Aristóteles. Gerontofílica la del primero, gerontofóbica la del segundo.

Roma: aquí aparece el primer libro filosófico dedicado por entero a la vejez: De senectute, de Cicerón.

Edad Media

En la **Edad Media**, la condición real del anciano no pudo encontrar un ámbito adecuado de

²⁶ Para este desarrollo se ha considerado, básicamente: BEAUVOIR, Simone de, La vejez... cit.; MINOIS, Georges, Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento, trad. Celia María Sánchez, Madrid, Nerea, 1989; ALBA, Víctor, Historia social de la vejez, Barcelona, Laertes, 1992; ARIES, Philippe, Para una historia de la vida privada, en "Historia de la vida privada. El proceso de cambio en la sociedad de los siglos XVI-XVIII", trad. M. Concepción Martín Montero, 1ª ed. 1ª reimp., Madrid, Taurus, 1992, t. 5, págs. 7 y ss.

reflexión filosófica. Con una esperanza de vida francamente estrecha, signada por guerras, epidemias, desnutrición, falta de higiene e ignorancia médica, muy pocos afortunados llegaban a la edad propecta. Sin embargo, es en este período donde aparece la institución del “retiro”, precursora de las residencias actuales, en un marco asistencial privado, prodigado por conventos y monasterios a partir del siglo VI.

Edad Moderna

Con el **Renacimiento**, sólo la juventud será exaltada como objeto de valoración plena. El anciano, “cargado de fealdad y decadencia”, quedará una vez más fuera del círculo de lo comprendido. El viejo renacentista es un ser trágico por estar ridículamente vivo. Es, pura y simplemente, la vuelta insensata a la niñez (Erasmus - Montaigne).

La **Reforma** permitirá alcanzar un acercamiento más directo al problema del anciano, al punto de haber hecho posible la elaboración de un régimen legal que le concierne: “el Derecho de Pobres Isabelino”. Esta solución se fue extendiendo al resto de los países europeos, estableciendo un sistema de socorros para pobres (léase, no sólo mendigos. También: enfermos, locos, huérfanos, viudas y viejos, en suma, los marginales). De modo que la caridad privada de los monasterios medievales fue dejando paso a un nuevo concepto de solidaridad: el de la asistencia pública positivada.

Con el **Iluminismo**, se pondrán al descubierto dos interrogantes que terminarán confabulándose contra el respeto cierto de la vejez. Por un lado, el problema de la racionalidad como enclave de la dignidad humana. Y, por otro, el concepto de trabajo, entendido no sólo como expresión económica sino principalmente como precepto moral, ético, incluso religioso. Desde estos parámetros, el viejo se convierte en un ser doblemente extraño. Extraño por anormal, y extraño por marginal.

Edad Contemporánea

Durante la **Edad Contemporánea**, estas tendencias se profundizan. El empuje demográfico iniciado con el siglo XIX, los progresos de la ciencia, en particular de la medicina; el éxodo rural a la ciudad, el proletariado y la revolución industrial, fueron socavando aquel equilibrio burgués de la modernidad, al tiempo que descubrían nuevas formas de entender la vejez. Sin embargo, con las críticas sociales del XIX, poco a poco se da a conocer la suerte de los viejos indigentes y su contraste con los de condición privilegiada. En el siglo XX, en cambio, ya encontramos esfuerzos notables por hacer crecer en la conciencia social la necesidad de resolver la problemática de los ancianos. Los avances de los conocimientos biológicos, la creación de instituciones gerontológicas y el desarrollo del constitucionalismo social, han sido en gran medida

los motores de este cambio de atención iusfilosófica.

D) Los derechos de los ancianos y el Derecho de la Vejez en el Derecho Internacional postmoderno.

El proceso de especificación de los derechos humanos frente a la vejez. Hacia la Convención Internacional y Americana de

Derechos Humanos de las Personas Mayores²⁷.

El proceso internacional de especificación de los Derechos Humanos provocó el desarrollo de dos tipos de fuentes formales aplicables en materia de Derecho de la Vejez. El *primer grupo* está referido a los catálogos de derechos humanos que pueden ser directamente aplicados por su rango constitucional. Mientras que en el *segundo segmento* se encuentran aquellos documentos que sólo sirven como principios orientadores o criterios generales de interpretación jurídica.

PRIMER GRUPO: Derechos Humanos de APLICACIÓN DIRECTA	
a) Fuentes de Derecho Internacional	<ul style="list-style-type: none"> · La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948. · Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de derechos civiles y de derechos económicos, sociales y culturales, de 1966. · La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1981 · Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2008.
b) Fuentes de Derecho Americano	<ul style="list-style-type: none"> · La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá), de 1948. · La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969/84. · El Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 1979. · El Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

²⁷ Respecto al desarrollo de los documentos internacionales puede verse también el material didáctico del Módulo 2, cit., págs. 22- 37.

	de 1979.
c) Fuentes de Derecho Interno vinculadas con la aplicación de las fuentes internacionales y americanas	<ul style="list-style-type: none"> · Ley 16.986/66 sobre Acción de Amparo (art. 43 CN). · Ley 17.454/81 sobre Acción de Amparo contra acto y omisión de un particular (art. 43 CN). · Ley 23.098/84 sobre Recurso de Hábeas Corpus (art. 43 y 18 CN). · Ley Recurso de Hábeas Data (art. 43 CN). · Ley 23592/88 sobre Derechos y garantías constitucionales. Actos discriminatorios. Sanciones para quienes los ejecuten. · Ley 26.378 del 21 de mayo de 2008, que incorpora a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad al ordenamiento normativo nacional.

Segundo grupo: PRINCIPIOS ORIENTADORES, FUENTES INTERPRETATIVAS	
a) Fuentes de Derecho Internacional	<ul style="list-style-type: none"> · Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, de 1982. · Resolución 44/76 de la Asamblea General, “Las mujeres de edad”, del 8 de diciembre de 1989 · Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad –Res. 46/91 de la Asamblea General–, de 1991. · Objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001 –Res. A/47/339 de la Asamblea General–, de 1992. · Proclamación sobre el envejecimiento –Res. 5/47/5 de la Asamblea General–, de 1992. · Informes sobre los derechos de las personas de edad en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –U.N. · Resolución 49/162: “Integración de la mujer de edad en el desarrollo”, adoptada por la Asamblea General el 9 de febrero de 1995

	<ul style="list-style-type: none"> . Observación General N° 6: “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores” (E/1996/22), . Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, de 2002. . Convención de la Haya sobre Protección Internacional de los Adultos, del año 2000. . Resolución 57/117 de la Asamblea General: “La situación de la mujer de edad en la sociedad”, del 18 de diciembre de 2002. . Decisión 26/III: “Eliminación de la discriminación de las mujeres de edad al amparo de la Convención” (A/57/38, Parte I), 7 de mayo de 2002, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer) . Declaración de Brasilia sobre el envejecimiento de diciembre de 2007. (Segunda Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos)
<p>b) Fuentes de Derecho Americano</p>	<ul style="list-style-type: none"> . Código Sanitario Panamericano de 1924. . Constitución de la Organización Panamericana de la Salud de 1947. . Recomendaciones para la Acción sobre el Envejecimiento de Bogotá, de la Conferencia Latinoamericana y del Caribe de Gerontología Bogotá, 9 al 13 de junio de 1986. . Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas Mayores en el área iberoamericana, de 1992, de la Conferencia Intergubernamental Iberoamericana sobre Políticas para Personas Ancianas y Personas Discapacitadas, Cartagena de Indias, 27 y 30 de octubre de 1992. . Declaración Gerontológica de La Habana, aprobada el 6 de mayo de 1993, por el I Seminario Internacional sobre Atención a la persona mayor en Latinoamérica: necesidades y perspectivas. . Declaración de Montreal de septiembre de 1999, de la Cuarta Conferencia mundial sobre el Envejecimiento de la Federación

	Internacional de la Vejez, .Carta de Derechos humanos de las Personas Mayores de San José de 2012, Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, 8 al 11 de mayo, "Envejecimiento, solidaridad y protección social: la hora de avanzar hacia la igualdad".
--	---

Ahora bien, una mención especial merecen en este punto, el **Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento de 1982** y el **de Madrid de 2002**. Ambos instrumentos constituyen los únicos textos internacionales específicos, que se ocupan de los derechos de los ancianos de manera integral. En este sentido hay que señalar que los Planes de acción contienen una serie de recomendaciones, dirigidas a los Estados firmantes, a fin de que éstos las ejecuten en función de sus posibilidades económicas, sociales y culturales. En los Planes están contempladas las principales problemáticas de los ancianos. Veamos brevemente, los temas que abordan cada uno de ellos.

Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento de 1982

Está estructurado en cuatro partes:

1. *Introducción*
2. *Principios* que inspiran al documento, el alcance internacional y regional, los *objetivos de desarrollo* relacionados con el bienestar de toda la población y los *objetivos humanitarios* vinculados al respeto por los derechos humanos en esta materia.
3. *Recomendaciones para la acción* propuestas en virtud de los efectos que el envejecimiento tiene en el desarrollo y las esferas de preocupación de las personas de edad. Dentro de este campo se contempla todo lo relativo a: salud y nutrición (rec. 1 a 17); la protección de los consumidores ancianos (rec. 18); vivienda y medio ambiente (rec. 19 a 24); el papel de la familia (rec. 25 a 29); el bienestar social (rec. 30 a 35); la seguridad del ingreso y empleo (rec. 36 a 43) y la educación en la vejez (rec. 44 a 50). Además, el texto hace referencia a la necesidad de implementar instrumentos que fomenten el sostenimiento de políticas y programas de acción (rec. 51 a 62).
4. *Recomendaciones para la ejecución de este Plan*. La importancia de la cooperación

internacional y regional y la necesidad de realizar exámenes y evaluaciones permanentes de su grado de aplicación.

En síntesis, el Plan de Viena establece que:

...Sus metas principales son: fortalecer la capacidad de los países para abordar de manera efectiva el envejecimiento de su población y atender a las preocupaciones y necesidades especiales de las personas de más edad, y fomentar una respuesta internacional adecuada a los problemas del envejecimiento mediante medidas para el establecimiento del nuevo orden económico internacional y el aumento de las actividades internacionales de cooperación técnica, en particular entre los propios países en desarrollo²⁸.

Y sus objetivos comprenden: Fomentar la comprensión nacional e internacional de las consecuencias económicas, sociales y culturales que el envejecimiento de la población tiene en el proceso de desarrollo;

Promover la comprensión nacional e internacional de las cuestiones humanitarias y de desarrollo relacionadas con el envejecimiento;

Proponer y estimular políticas y programas orientados a la acción y destinados a garantizar la seguridad social y económica a las personas de edad, así como darles oportunidades de contribuir al desarrollo y compartir sus beneficios;

Presentar alternativas y opciones de política que sean compatibles con los valores y metas nacionales y con los principios reconocidos internacionalmente con respecto al envejecimiento de la población y a las necesidades de las propias personas de edad; y

Alentar el desarrollo de una enseñanza, una capacitación y una investigación que respondan adecuadamente al envejecimiento de la población mundial y fomentar el intercambio internacional de aptitudes y conocimiento en esta esfera²⁹.

Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002

Este plan retoma algunas cuestiones señaladas por el documento anterior y amplía otras. Así, por ejemplo, en el texto se vuelve a resaltar la necesidad de desarrollar políticas sociales y jurídicas que asuman de manera plena las cuestiones derivadas de los cambios demográficos.

²⁸ V. Plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento, Asamblea Mundial Sobre el Envejecimiento. Viena, 26 julio a 6 de agosto de 1982, en <http://200.29.21.4/~gerontol/postnuke/docs/planvienna.doc>, 6 de marzo de 2006.

²⁹ Idem.

Plantea varios temas centrales, vinculados a los objetivos que a continuación se detallan:

a) *La plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas de edad.*

b) *El envejecimiento en condiciones de seguridad, lo que entraña reafirmar el objetivo de la eliminación de la pobreza en la vejez sobre la base de los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad.*

c) *La habilitación de las personas de edad para que participen plena y eficazmente en la vida económica, política y social de sus sociedades, incluso mediante trabajo remunerado o voluntario.*

d) *Las oportunidades de desarrollo, realización personal y bienestar del individuo en todo el curso de su vida, incluso a una edad avanzada, por ejemplo, mediante la posibilidad de acceso al aprendizaje durante toda la vida y la participación en la comunidad, al tiempo que se reconoce que las personas de edad no constituyen un grupo homogéneo.*

e) *La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, así como de sus derechos civiles y políticos, y la eliminación de todas las formas de violencia y discriminación contra las personas de edad.*

f) *El compromiso de reafirmar la igualdad de los sexos en las personas de edad, entre otras cosas, mediante la eliminación de la discriminación por motivos de sexo.*

g) *El reconocimiento de la importancia decisiva que tienen para el desarrollo social las familias y la interdependencia, la solidaridad y la reciprocidad entre las generaciones.*

h) *La atención de la salud, el apoyo y la protección social de las personas de edad, incluidos los cuidados de la salud preventivos y de rehabilitación.*

i) *La promoción de una asociación entre el gobierno, a todos sus niveles, la sociedad civil, el sector privado y las propias personas de edad en el proceso de transformar el Plan de Acción en medidas prácticas.*

j) *La utilización de las investigaciones y los conocimientos científicos y el aprovechamiento del potencial de la tecnología para considerar, entre otras cosas, las consecuencias individuales, sociales y sanitarias del envejecimiento, en particular en los países en desarrollo.*

k) *El reconocimiento de la situación de las personas de edad pertenecientes a poblaciones indígenas, sus circunstancias singulares y la necesidad de encontrar medios de que tengan una voz eficaz en las decisiones que les afectan directamente.*

El documento propone la implementación de programas de acción, con arreglo a tres orientaciones prioritarias: *las personas de edad y el desarrollo; el fomento de la salud y el bienestar hasta llegada la vejez y la creación de entornos propicios y favorables.*

En la *primera orientación* se tiene en cuenta, de modo especial: 1. La participación activa en la sociedad y en el desarrollo. 2. El empleo y el envejecimiento de la fuerza de trabajo. 3. El desarrollo rural, migración y urbanización. 4. El acceso al conocimiento, la educación y la capacitación. 5. La solidaridad intergeneracional. 6. La erradicación de la pobreza. 7. La seguridad de los ingresos, protección social y prevención de la pobreza. 8. Las situaciones de emergencia.

En la *orientación prioritaria referida al fomento de la salud y el bienestar en la vejez* se contempla: 1. El fomento de la salud y el bienestar durante toda la vida. 2. El acceso universal y equitativo a los servicios de atención de la salud. 3. Las personas de edad y el VIH/SIDA. 4. La capacitación de los proveedores de servicios de salud y de los profesionales de la salud. 5. Las necesidades relacionadas con la salud mental de las personas de edad. 6. Las personas de edad y las discapacidades.

En la *orientación vinculada con la creación de un entorno propicio y favorable* se aborda la cuestión de: 1. La vivienda y las condiciones de vida. 2. La asistencia y apoyo a las personas que prestan asistencia. 3. El abandono, maltrato y violencia. Además, como en el plan anterior, éste prevé una sección destinada a la *aplicación y seguimiento* del programa, con medidas destinadas al plano nacional e internacional y a la supervisión, examen y actualización en el plano mundial.

Además, en este plano, también contamos con los Principios de Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad, texto adoptado en diciembre de 1991 por resolución 46/91 de la Asamblea general de Naciones Unidas, referenciados en el punto anterior.

Hacia la Convención Internacional y Americana de Derechos Humanos de las Personas Mayores³⁰

En el año 2003, la Primer Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe inició la tarea de construcción de un espacio institucional, para debatir la necesidad de elaboración y el contenido de una Convención Internacional de Derechos Humanos para las Personas de Edad. A partir de ese momento, los países de la región - particularmente, Argentina, Brasil y Chile-, se han puesto a trabajar, intentando generar vías

³⁰ Colaboración de María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid y Nicolás Giraudo Esquivó –Especialista en Derecho de Familia – UNC.

democráticas e incluyentes de participación. Durante los años transcurridos desde entonces, han intervenido en este proceso: Gobiernos de la región, Organismos de Derechos Humanos –ONU, CELADE, CEPAL, OEA-, Universidades (en cuyo marco el Centro de Investigaciones en Derecho de la Vejez de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, tuvo participación) y ONGs vinculadas a la vejez, tal como es el caso de INPEA -International Network for the Prevention of Elder Abuse- o Help Age, entre otras.

Así, pues, desde entonces se fueron plasmando una serie de documentos, entre los cuales cabe destacar la **Declaración de Brasilia**, del 6 de diciembre de **2007**; plataforma política jurídica necesaria para impulsar la elaboración de la Convención en el seno de Naciones Unidas. En cuyo marco los Estados participantes asumieron que: el compromiso de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad, trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las personas de edad para hacer efectivos sus derechos. e ...impulsar la elaboración de una Convención sobre los derechos humanos de las personas de edad en el seno de Naciones Unidas

Las Reuniones de Seguimiento de la Declaración desarrolladas desde entonces en Argentina, Chile, Brasil y Costa Rica, por otra parte, posibilitaron la identificación de algunos principios valorativos de la futura Convención. De ellos se destacan: la dignidad, independencia, libertad y autonomía de la persona mayor. La igualdad y no discriminación. La participación e inclusión social de los mayores. La solidaridad entre generaciones.

Sobre esta plataforma general, el 21 de diciembre de 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la **Resolución 65/182**, decide establecer un **Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento (Open Ended Working Group on Ageing)**, *...en el que puedan participar todos los Estados miembros de Naciones Unidas, con el propósito de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas de edad examinando el marco internacional vigente en materia de derechos humanos de las personas de edad y determinando sus posibles deficiencias y la mejor forma de subsanarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas, y solicita al Secretario General que preste a ese grupo de trabajo todo el apoyo necesario, dentro de los límites de los recursos existentes, mientras dure su mandato...*(art. 28 - Res. 65/182)

Los **Grupos de Trabajo** han llevado a cabo ya tres Sesiones en la sede de Naciones Unidas –Nueva York-. La primera se realizó en abril del año 2011. Como resultado de esta tarea se han elaborado diversos informes en los cuales se da cuenta del panorama evolutivo de los derechos humanos de las personas mayores en cada uno de los países participantes, así como también se han podido establecer puntos de partida mínimos y comunes a considerar en una futura Convención Internacional de Derechos Humanos de las personas de edad. Las sesiones

del Grupo de Trabajo son presididas por nuestro País y en todas ellas asisten:

- Representantes de Estados Miembros de las Naciones Unidas.
- Representantes de organizaciones del sistema de las Naciones Unidas
- Observadores de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales

El temario de trabajo está referido al marco internacional vigente de los derechos humanos de las personas de edad y la detección de las deficiencias existentes a nivel internacional. Así, bajo esta problemática, se debatió sobre la situación actual de los derechos humanos de las personas de edad. Se trató el marco internacional actual sobre los derechos humanos de las personas de edad. Se analizó el marco, medidas y mecanismos regionales de derechos Humanos. Así como también se trabajó sobre la detección de deficiencias y medidas para corregirlas.

Fruto de esta labor inicial, ha sido la elaboración de un primer Informe que contiene una serie de propuestas de trabajo, de las cuales cabe destacar:

- *La necesidad de elaborar una nueva convención internacional sobre los derechos humanos de las personas de edad.*
- *El establecimiento de un nuevo relator especial o experto independiente para estudiar e informar sobre la situación de las personas de edad y hacer recomendaciones sobre la mejor forma de tratar la cuestión*
- *Seguimiento más eficaz del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento a nivel mundial, particularmente en el segundo examen y evaluación del Plan*
- *Aplicación más eficaz de los instrumentos que ya existen, entre ellos los instrumentos internacionales de derechos humanos y los principios y planes de acción de las Naciones Unidas*
- *Incorporación de las cuestiones relacionadas con las personas de edad en la labor de los mecanismos actuales de derechos humanos y en las políticas y programas a nivel nacional*
- *Encargar estudios sobre diversas cuestiones relacionadas con los derechos humanos de las personas de edad*
- *Fortalecer la reunión, el desglose y la actualización de datos nacionales, incluso con mejores sistemas de estadísticas y el uso de indicadores y puntos de referencia de derechos humanos*
- *Fomentar la presentación de nuevas observaciones generales por los órganos de tratados que todavía no hubieran tratado suficientemente la cuestión de las personas de edad*
- *Fortalecer los mecanismos de seguimiento nacionales (incluidos los servicios de atención y en esferas privadas y públicas)*

- *El fortalecimiento de las asociaciones y mejor coordinación entre las delegaciones, las comisiones regionales, las instituciones nacionales de derechos humanos, los organismos de las Naciones Unidas y las organizaciones de la sociedad civil que aportan contribuciones y asesoramiento de expertos.*

- *La creación de una base de datos de coordinadores nacionales para los derechos humanos de las personas de edad a fin de reunir y difundir información sobre la labor del Grupo de Trabajo*

- *La necesidad de apoyar la participación de personas de edad y sus organizaciones en la labor del Grupo de Trabajo los servicios de atención y en esferas privadas y públicas)*

Por otra parte, es importante destacar el desarrollo del proceso simultáneo de elaboración de la **Convención Americana de Derechos Humanos de las Personas Mayores, en el seno de la OEA (Organización de Estados Americanos)**. Un precedente importante de este avance regional ha sido, sin dudas, la aprobación de la **Carta de derechos humanos de las personas mayores de San José de Costa Rica** y las reuniones de discusión de la futura Convención, de las cuales se han logrado acuerdos fundamentales en torno a su contenido. En el año **2012**, los países miembros de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) aprobaron en Costa Rica la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores. El documento es el resultado final de la tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, que se realizó del 8 al 11 de mayo.

En la Carta de San José los representantes gubernamentales reafirmaron su compromiso expresado en la Declaración de Brasilia de trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las personas mayores para hacer efectivos sus derechos. Pero además, respaldaron la labor del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas de composición abierta sobre el envejecimiento y el Grupo de Trabajo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), los delegados exhortaron a estudiar la viabilidad de una convención internacional y otra interamericana de los derechos de las personas mayores, y la posibilidad de designar un relator especial encargado de velar por la promoción y protección de los derechos humanos de este colectivo etéreo.

Asimismo, los Estados se comprometieron a reforzar la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional mediante un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos, la adopción de leyes especiales de protección, la atención prioritaria a las personas mayores en la tramitación de procesos administrativos y judiciales, así como en los beneficios y prestaciones que brinda el Estado. También buscarán desarrollar políticas públicas y programas dirigidos a aumentar la conciencia sobre los derechos de las personas mayores y su participación en organizaciones de la sociedad civil y en los consejos.

Los países acordaron además, mejorar los sistemas de protección social para que

respondan efectivamente a las necesidades de las personas mayores, por medio de la universalización del derecho a la seguridad social y a la salud, así como la creación de los servicios sociales necesarios para brindarles cuidado, promoviendo a la vez su independencia, autonomía y dignidad. De manera especial en la Carta los delegados hicieron hincapié en las obligaciones que tienen los Estados para erradicar las múltiples formas de discriminación que afectan a las personas mayores, con especial énfasis en la discriminación basada en el género y entregar asistencia prioritaria y preferencial a las personas mayores en situaciones de emergencia o desastres naturales. Los representantes de los países decidieron renombrar la conferencia, para que pase a llamarse conferencia regional intergubernamental.

Como puede advertirse del recorrido efectuado en esta temática, la Comunidad Internacional y Regional, en particular Latinoamérica y el Caribe, se están haciendo eco del fenómeno del envejecimiento global y de la necesidad de contar con un instrumento jurídico específico que contribuya al empoderamiento político y social de las personas de edad avanzada en el mundo. La elaboración de la Convención Internacional de Derechos Humanos de las Personas Mayores será, sin dudas, un hito significativo para la consolidación del Derecho de la Vejez, como nueva especialidad -o rama- del mundo jurídico.

Desde el campo del **Derecho Internacional Privado**, por su parte, no podemos dejar de señalar algunos aspectos vinculados con la **Convención Internacional de Protección de Adultos de La Haya del 2002**, por su importancia como fuente aplicable al Derecho Interno. Al respecto, dispone:

Artículo 1:

1. *El presente Convenio se aplicará, en situaciones internacionales, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses.*

2. *Tiene por objeto son:*

a) *determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto;*

b) *determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia;*

c) *determinar la ley aplicable a la representación del adulto;*

d) *asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados Contratantes;*

e) *establecer entre las autoridades de los Estados Contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio.*

Artículo 2

1. *A efectos del presente Convenio, un adulto es una persona que haya alcanzado la edad de 18 años.*
2. *El Convenio se aplicará también a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de 18 años cuando se adoptaron dichas medidas³¹.*

Los fenómenos de integración y el Derecho de la Vejez

El Derecho Regional desarrollado por los fenómenos de integración económica y política de los últimos cincuenta años, también ha dado lugar a una serie de fuentes formales significativas para nuestra materia. En este lugar señalaremos tan sólo los textos jurídicos más importantes vigentes en el **Mercosur** y en la **Unión Europea**.

En el ámbito del **MERCOSUR** no se vislumbra todavía una producción normativa sustentable para nuestra rama. Las fuentes formales vigentes sólo sirven de encuadre genérico de la cuestión de la ancianidad. Son pues, sólo antecedentes frágiles para nuestro tema. Por eso, vamos a recordar los textos fundacionales de este marco regional.

- Tratado de Asunción de 1991.
- Protocolo de Brasilia para la solución de controversias de 1991.
- Protocolo de Ouro Preto sobre la estructura institucional de 1994.
- Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1996.

En la órbita del **Derecho Europeo**, en cambio, sí existen numerosas fuentes que sirven de base al Derecho de la Vejez. Entre ellas pueden mencionarse:

- ✓ La Carta Social Europea de 1961³²
- ✓ Las Normas Comunitarias sobre Ancianidad: Resoluciones del Parlamento Europeo
- ✓ Recomendaciones y Decisiones del Consejo de las Comunidades Europeas³³
- ✓ La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores³⁴

³¹ Agradecemos en este punto, el asesoramiento brindado por el Dr. Alfredo Mario Soto. Para ver el texto completo puede verse: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=71, 26 de marzo de 2006.

³² Aunque es un precedente no comunitario. Allí se reconoce el derecho a la seguridad social (art. 12), a la asistencia social y médica (art. 13), al beneficio de los servicios sociales (art. 14), entre otros. En 1988 esta Carta fue completada por un protocolo adicional que sí incluye un artículo referido específicamente a la protección de las personas mayores. Lamentablemente sólo dos de los 20 Estados que han ratificado el Convenio, han expresado su voluntad de quedar obligados por este artículo. Ver Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988, y también: FUNDACION ENCUENTRO, La tercera edad en Europa. La Europa de lo social, por un mercado común de las ideas, Madrid, Servicio de Documentos de la Fundación Encuentro, 1993, Cuaderno N° 159, diciembre de 1993, págs. 11 y ss.

³³ Publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie C66 de 1982 y ss.

³⁴ La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada por el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989. En ella se declara expresamente en el apartado "Personas de edad avanzada", arts. 24 y 25, lo siguiente: De acuerdo a las modalidades de cada país:

- Al llegar a la jubilación, todo trabajador de la Comunidad Europea debe poder disfrutar de recursos que le garanticen un nivel de vida digno.

- ✓ La Declaración de Principios del Consejo de la Unión Europea y de los Ministros de Asuntos Sociales, de 6 de diciembre de 1993³⁵
- ✓ La Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de la Persona en el ámbito de Aplicación de la Biología y la Medicina del Consejo de Europa, de 1997
- ✓ La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, del 11 de noviembre de 1997³⁶
- ✓ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01)³⁷
- ✓ La Constitución Europea³⁸

E) Los derechos constitucionales de los ancianos en Argentina³⁹

Marco general

Los derechos de las personas mayores son *de segunda generación*, siendo característico de ellos un fuerte tinte *social*. Esto explica que la recepción constitucional de los mismos se haya producido recién en el siglo XX, cuando se dio la acentuación del solidarismo, en desmedro del individualismo prevaleciente hasta entonces.

Circunscribiendo el análisis al ámbito de nuestro país, puede verse que el tratamiento de la cuestión efectuado en la Constitución Nacional ha ido variando con el tiempo, mientras que en las cartas magnas provinciales también el abordaje es dispar, pero en cuanto a la materia: algunas reconocen a los ancianos una amplia gama de derechos, y otras omiten toda mención.

La Constitución Nacional

La **Constitución de 1853** no reconoció derechos especiales a los ancianos. Tampoco realizaron grandes aportes las reformas de 1860, 1866 y 1898, si bien debe reconocérsele a la primera el mérito de haber incorporado la cláusula de “derechos no enumerados” (artículo 33),

- Toda persona que haya alcanzado la edad de jubilación, pero que no tenga derecho a pensión y que no tenga otros medios de subsistencia, debe poder disfrutar de recursos suficientes y de una asistencia social y médica adaptada a sus necesidades específicas.

³⁵ Realizada con motivo de la clausura del Año Europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre las generaciones.

³⁶ V. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, del 26 de marzo de 2006

³⁷ V. ES 18.12.2000 Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364/1, en http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_es.pdf, 6 de marzo de 2006

³⁸ V. CONFERENCIA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS GOBIERNOS DE LOS ESTADOS MIEMBROS, Bruselas, 13 de octubre de 2004, (OR. fr) CIG 87/1/04 REV 1, en <http://www.constitucioneuropea.es/index35c3.html?op=doc>, 6 de marzo de 2006

³⁹ Colaboración de Mariano H. Novelli – Abogado - UNR.

que –mediante una interpretación amplia– permite la protección de grupos sociales pasibles de ser afectados en razón de su *debilidad*.

En cambio, la **Constitución de 1949** estableció un célebre “decálogo”⁴⁰, en el que se reconocían los derechos primigenios de las personas mayores: asistencia, vivienda, alimentación, vestido, cuidado de la salud física y moral, esparcimiento, trabajo, tranquilidad y respeto. Sin embargo, se perdió con la polémica derogación constitucional de 1956. Tras la reimplantación de nuestra Carta Magna de 1853 con sus tres enmiendas, llegó una **nueva reforma en 1957**, que incorporó el artículo 14 bis, contemplando algunos derechos previsionales de las personas mayores. Finalmente, en **1994**, merced al **otorgamiento de jerarquía constitucional** a distintos tratados internacionales sobre derechos humanos, se logró –por vía indirecta– ampliar el espectro de preservación de ciertos sectores sociales peculiarmente vulnerables, como el de los ancianos⁴¹.

Las constituciones provinciales

Las constituciones provinciales de nuestro se han referido a la problemática de la vejez de dos formas: o bien le han dedicado escasa atención; o bien lo han hecho con referencia al campo de la seguridad social. Así pues, los derechos “de la ancianidad” más proclamados en las leyes supremas provinciales son: a un haber jubilatorio móvil, a la protección por la familia y el Estado, a la vivienda, a la creación libre y al esparcimiento. En cambio, los menos mencionados –a pesar de su relevancia en la época actual– son el derecho al goce de la cultura, a la protección como consumidor, a la tranquilidad y al turismo.

Actividad N°3

1) Lea la Constitución de su provincia y extraiga los artículos donde se reconozcan derechos a las personas ancianas.

2) ¿Qué Principio de Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad está implícito en los artículos que ha destacado? Responda siguiendo el cuadro de referencia.

Principios de Naciones Unidas	Artículos de la Constitución Provincial
<i>Independencia</i>	

⁴⁰ Artículo 37, apartado III, de la Constitución Nacional de 1949.

⁴¹ Además del inciso 22 del artículo 75, que incorporó al “bloque de constitucionalidad” determinados ratados internacionales (más los que establezca el Congreso con mayoría calificada), también contribuyeron a mejorar la protección de los ancianos las disposiciones de los incisos 19 y 23 del mismo artículo.

<i>Participación</i>	
<i>Cuidados</i>	
<i>Autorrealización</i>	
<i>Dignidad</i>	

UNIDAD II: LA PERSONA MAYOR Y SUS DERECHOS FUNDAMENTALES: capacidades y vulnerabilidad en la vejez.

A) Identidad y envejecimiento. Género. Vulnerabilidad y capacidades en la vejez.

A.1) Tendencia demográfica⁴²

En el plano local, los estudios realizados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), muestran que nuestro país ha experimentado un considerable aumento en la

La Demografía nos muestra que las mujeres tienen una mayor expectativa de vida. A nivel mundial, ellas sobreviven a los varones entre cuatro y siete años. A causa de esta realidad, el fenómeno subyacente ha sido denominado “feminización de la vejez”.

expectativa de vida⁴³. En 2010 el censo nacional arrojó como resultado un índice de envejeciendo⁴⁴ de 40,2 por ciento⁴⁵. En cuanto a la proyección de la expectativa de vida, es claro que progresivamente irá en aumento. Según el INDEC, se prevé que en el año 2020 los hombres llegarán a alcanzar la edad promedio de 73 años y las mujeres

de 80. La proyección al año 2050 arroja por resultado que los hombres rondarán los 77 años, mientras que las mujeres podrán llegar a los 84⁴⁶.

Todas estas razones demográficas hacen que el envejecimiento aparezca como *tema primordial en la agenda pública* de los países latinoamericanos, en los años noventa. A partir de este reconocimiento, se comienza a distinguir entre la *edad social* –que alude a las actitudes y conductas adecuadas para cada edad– y la *edad fisiológica* –que refiere a las funciones orgánicas–. Dentro de la edad social se encuentra lo que denominamos “edad productiva”, que toma en cuenta el lugar que las personas ocupan en cada etapa de la vida en relación al proceso de producción. Desde este punto de vista, podemos entender la vejez como el momento en el cual se ha dejado de participar en ese proceso.

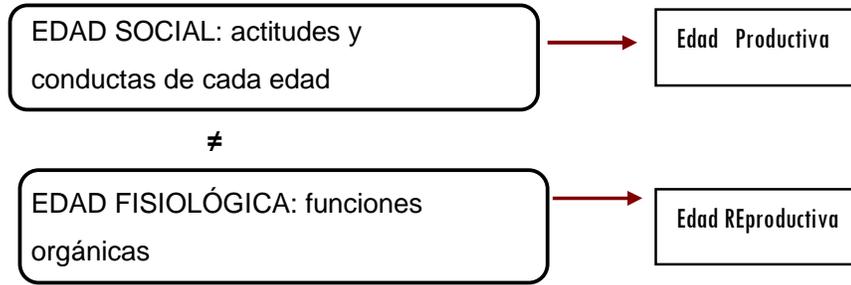
⁴² Colaboración de Cristina Cáceres –Lic. en Musicoperatía (UNR)

⁴³ Indicadores demográficos sobre envejecimiento de la población: este fenómeno demográfico presenta un particular interés en la actualidad, debido a que nuestro país es uno de los que presenta población con mayor nivel de envejecimiento de América Latina, con un 10,2% de población de 65 años y más; proporción sólo superada por Cuba y Uruguay. El proceso de envejecimiento es el resultado de un descenso sostenido de la tasa de fecundidad y del aumento de la esperanza de vida. En Argentina, a diferencia de los países de Europa, este proceso de envejecimiento se desarrolla de manera acelerada. El diagnóstico oportuno es primordial para el diseño e implementación de políticas públicas inclusivas que otorguen mejoras en la calidad de vida de esta población específica. Publicado en “Censo Nacional de población, hogares y viviendas 2010”, disponible en: http://www.censo2010.indec.gov.ar/cuadrosDefinitivos/introduccion_2912.pdf

⁴⁴ El índice de envejecimiento se calcula multiplicando la población de 65 años por 100, dividiendo dicho resultado por la población de 0 a 14 años.

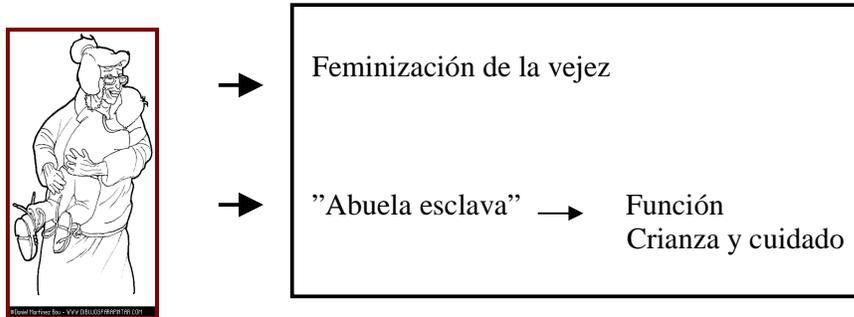
⁴⁵ Ver “Cuadro P19. Total del país. Índice de envejecimiento de la población por provincia, según censos nacionales 1970 a 2010”, publicado en “INDEC. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010”.

⁴⁶ Estimación de indicadores demográficos; Total del país. Años 1950 a 2050, Serie Análisis Demográfico N° 5, INDEC – CELADE 1995.



La “edad productiva”, que integra la edad social, toma en cuenta el lugar que las personas ocupan en cada etapa de la vida en relación al proceso de producción. Desde este punto de vista, podemos entender la vejez como el momento en el cual se ha dejado de participar en ese proceso.

Género y ancianidad



La perspectiva de género empezó a ser utilizada en la década de los sesenta, por las ciencias sociales, como categoría específica. Postula una actitud crítica⁴⁷ respecto a la condición de la mujer en lo social. Analiza los papeles que desempeñan mujeres y varones. No se trata de una perspectiva sexual, se refiere a cómo una sociedad connota lo sexual.

No obstante, Habichayn, considera que estos años que las mujeres sobreviven a los varones, en lugar de ser una regalía u obsequio de la vida son, por el contrario, años de pobreza y enfermedad y, a veces, también de soledad e institucionalización⁴⁸. Los varones, viejos y pobres, también tienen dificultades personales y constituyen un problema social, que se agudiza en las mujeres por su sobrevivencia.

Esta prolongación de la vida de las mujeres luego de la etapa reproductiva, ha dado lugar al fenómeno denominado: “hipótesis abuela”. Esta hipótesis supone que la atención de

⁴⁷ Crítica, del griego krinò: separo-juzgo.

⁴⁸ V. HABICHAYN, Hilda, Género, edad avanzada y pobreza, en “Zona Franca”, N° 14, Rosario, mayo 2005.

las abuelas a sus nietos constituye una nueva forma de reproducción. Se adjudica una vez más a las mujeres las funciones de “*crianza y cuidado*” como razón de su existencia en función de su género.

Habichayn sostiene que la condición de “*abuelas*” enfrenta a las mujeres ancianas, a situaciones de sobrecargas de preocupaciones y esfuerzos que las tensionan más allá de lo que sus fuerzas les permiten, por lo cual se las denomina “*las abuelas esclavas del siglo XXI*”⁴⁹.

“Una abuela esclava se genera con el paso de los años y el estrés familiar progresivo, en mujeres adultas con obligaciones de ama de casa voluntariamente asumidas, que además, por razones educacionales y psicológicas, tienen acentuados sentimientos de orden, responsabilidad, dignidad y pudor”. (Guijarro Morales, 1993)

Estas descripciones pueden aplicarse también a la vida cotidiana de los países latinoamericanos. Las abuelas de los países pobres deben continuar atendiendo a su familia y, además, ayudar a sus hijos e hijas en el cuidado de los nietos.

No obstante este fenómeno propio de la postmodernidad, cabe reconocer que las relaciones de las abuelas y los abuelos con sus nietas y nietos también pueden ser muy gratificantes y enriquecedoras para ambas partes. Siempre y cuando, las tareas y las responsabilidades no sobrepasen las fuerzas de las personas mayores, ya que pueden dejar de ser una fuente de satisfacción para convertirse en pesadas obligaciones.

A.2) La construcción de la identidad en la vejez

La persona, como entidad dinámica –bio-psico-social y espiritual– adquiere y consolida su identidad, en las interacciones sociales. Es decir, mediante los vínculos que establece en primer lugar, con quienes desarrollan las funciones paterna y materna; y, a través del tiempo, con el mundo que la rodea.

La identidad es, por ello, una operación en virtud de la cual se construye el sujeto humano como persona. Actualmente se considera a la identidad como un concepto dinámico, plástico. En su configuración influyen diversos factores: el contexto sociocultural, el sector de pertenencia social, la edad, el género, la educación, el desempeño de roles, entre otros. Lo que nos enseñan, así como las actividades cotidianas de la vida que asumimos, solidifican nuestra “*realidad*”. Así, la persona –o sea la máscara que mostramos al mundo desde la más tierna

⁴⁹ V. GUIJARRO MORALES, Antonio, El síndrome de la abuela esclava: pandemia del siglo XXI, España, 1993.

infancia–, se desarrolla a partir de nuestra progresiva formación y experiencia.

Ahora bien, la identidad no es un fenómeno unívoco e individual. En ella se incluyen distintas manifestaciones identitarias que confluyen, no obstante, en un mismo sujeto. En este sentido, será igualmente pertinente decir que un hombre es varón, tanto como viejo, argentino, de clase media, casado, abogado, socialista, padre de varios hijos; o que es una persona sensible, que le gusta pintar, etc. Y todas estas facetas nos estarán hablando de su “identidad”. Las experiencias, conflictos y frustraciones propias del trayecto vital, ofrecen condiciones reguladoras de estos aspectos de la identidad, conforme las formas de resolución que asuma cada persona.

Por lo tanto, la identidad no coincide con una esencia fija e inmutable, ni está solventada solamente por un rol determinado. Visión que devendría en un esencialismo determinista, que despojaría la humanidad polifacética de mujeres y varones.

El concepto de ciudadanía también integra la problemática de la identidad. Sin embargo, para la persona anciana éste funciona de manera ambivalente. Como sabemos, de un lado, hace referencia a una noción que parece universal e igualitaria. Mas de otro, no es neutral, desde el punto de vista étnico, social o de género.

Como se verá más adelante, en nuestra sociedad de tradición occidental, los ancianos y las ancianas se encuentran limitados en su ejercicio ciudadano, por su debilidad económica y política. Un ejemplo de esta afirmación, lo constituye el desastre climático que provocó la inundación del 2005 en Nueva Orleans. Solamente tuvieron los medios disponibles para autoevacuarse, las personas blancas de clase media. Recién posteriormente, se escucharon los reclamos de los damnificados pobres, viejos y negros.

A.3) El derecho humano a la identidad en la vejez, a través del nombre⁵⁰

Desde el punto de vista jurídico, la identidad es un derecho humano estrechamente vinculado al nombre. De manera tal que, si bien en este libro se abordará más adelante todo lo relativo a los atributos de la personalidad de los cuales el nombre forma parte, ahora nos referiremos sólo a esta especial vinculación. Así pues, desde este punto de vista en particular, el nombre puede ser considerado un dispositivo que el Derecho reconoce para todas las personas en igualdad de condiciones, a través del cual los sujetos de derecho expresan su identidad de la manera más clara y plena a su alcance. El nombre es, en suma, una “marca de distintividad personal” cuya violación implica la anulación más radical de la identidad, única e

⁵⁰ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi –Abogada – UNR - y María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid

irrepetible, de cada sujeto de derecho, que suele ser frecuente en la vejez. Por ello, el binomio “identidad-nombre” constituye un rasgo complejo y fundamental que, por suerte, cuenta con protección jurídica fuerte, de corte constitucional. Entre otros, cabe recordar:

- Constitución Nacional, artículos 19, 33 y 75, inciso 22.
- Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 7 y 8.
- Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, artículo 18.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.
- Ley N° 26.061, sobre protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, artículo 11.
- Ley N° 18.248 y sus modificatorias (Ley del Nombre de las personas naturales).
- Ley N° 26.743, sobre Identidad de Género.

En el Derecho, la identidad admite una distinción entre su faz estática y su faz dinámica⁵¹. Así, la dimensión estática refiere a la individualización de cada persona, que la distingue de los demás seres humanos por una serie de signos externos, como la filiación, el nombre, datos respectivos a su nacimiento, todo lo cual conforma el perfil estático referido a la identificación y que están destinados a no modificarse sustancialmente en el tiempo. En cambio, la dimensión dinámica se constituye por el conjunto de atributos y características, cambiantes en el tiempo. Entre ellas se encuentran las intelectuales, morales, culturales, religiosas, profesionales, políticas, las cuales permiten diferenciar al sujeto en sociedad.

El derecho a la identidad incluye el derecho a conocer los orígenes, a establecer vínculos filiales, a la documentación personal, a vivir en familia, a la identidad sexual y el **derecho al nombre**.

La **ley N° 18.248**, que regula el nombre de las personas naturales o físicas, data del año 1969. Ha sido modificada por las leyes 19.134, 23.162, 23.264, 23.515 y finalmente por la ley 26.618 que recepta el matrimonio entre personas del mismo sexo. Esta última se proyecta a la regulación del apellido en las filiaciones por naturaleza y en las adoptivas y a la opción de utilizar el apellido del otro cónyuge en los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo, manteniéndose los preceptos ya vigentes en todo lo demás. Esta ley ha recibido críticas pues, si bien por un lado asegura el ejercicio de iguales derechos a las personas homosexuales, se ha perdido la oportunidad de equiparar los derechos de la mujer que contrae un matrimonio heterosexual en cuanto sigue en pie un ordenamiento jurídico que la discrimina en cuanto al

⁵¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 113 y ss.

apellido matrimonial, como así también en lo referente al apellido de los hijos matrimoniales⁵².

En lo relativo al **apellido de los hijos** la ley distingue: a) los hijos de cónyuges de diferente sexo llevarán en primer término el apellido paterno. A pedido de los progenitores podrá llevar el compuesto del padre o añadirse el de la madre. Podemos advertir, en este punto, que se ha perdido la oportunidad de regular también para las parejas heterosexuales la opción de elegir el apellido que llevarán sus hijos.; b) hijos de cónyuges de igual sexo, llevarán el primer apellido de alguno de ellos. A pedido de los cónyuges podrá llevar el compuesto del cónyuge del cual tenga el primer apellido o añadirse el del otro cónyuge. A falta de acuerdo los apellidos se ordenarán alfabéticamente. Todos los hijos llevarán el apellido designado para el primero de ellos.

Al momento de regular el **apellido de los cónyuges**, si se trata de una pareja heterosexual la ley mantuvo el régimen imperante, en tanto es optativo para la mujer casada la utilización del apellido del cónyuge precedido por la preposición “de”. En cambio, si los cónyuges son del mismo sexo, es optativo para cada uno de ellos la utilización del apellido del otro cónyuge precedido de la preposición “de”. Observamos pues que mientras que en los matrimonios homosexuales existe una igualdad entre los cónyuges en cuanto a la adición del apellido del otro consorte, la norma ha preferido mantener el régimen tradicional en el caso de del matrimonio heterosexual, puesto que no es optativo para el hombre usar el apellido de su esposa.

Finalmente debemos referirnos a la **Ley de Identidad de Género Nº 26.743** - complementaria de la Ley Nº 18.248-, que reconoce a toda persona el derecho a ser tratada de acuerdo a su identidad de género, como así también a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto del nombre de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada -artículo 1-.

Para hacer efectivo este derecho, la ley prevé el derecho de toda persona a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida -artículo 3-. La norma aclara además, que en todos los casos será relevante el número de documento nacional de identidad de la persona, por sobre el nombre de pila o apariencia morfológica de la persona.

A fin de garantizar la confidencialidad de este trámite, la ley prescribe que sólo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada, no dándose a publicidad la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización de titular de los datos - artículo 9-.

⁵² GOGGI, Carlos, Matrimonio igualitario y el apellido de las personas (Las desigualdades subsisten, entre otras cuestiones), en La Ley Sup. Esp. Matrimonio Civil 2010 (agosto), 01/08/2010, pág. 37

Al principio de este apartado decíamos que el derecho a la identidad y el derecho al nombre se vinculan de manera inexorable. Ejemplo de esta afirmación lo encontramos en la Ley Nº 26.743, respetuosa del derecho humano a la identidad en su faz dinámica pues la *identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, traspasando el presente existencial, se proyecta al futuro*⁵³.

La identidad nace con la persona, se construye a través del tiempo, permite a cada ser humano desarrollarse en su individualidad. La filiación es un aspecto integrante de la dimensión estática. Es la que otorga a cada persona su nombre y apellido. La búsqueda de esta identidad biológica –dimensión estática-, no prescribe por el paso del tiempo. Aún en la vejez este reclamo identitario debe ser oído y respetado. Así fue proclamado por la Corte Europea de Derechos del Hombre, Tercera Sección, en fecha 13 de Julio de 2006, en la causa "M.A.J. C/Suiza"⁵⁴. El reclamante, Sr. Andreas J. nace el 26 de julio de 1939 fruto de una relación extramatrimonial. El 30 de enero de 1948, el Tribunal de 1º instancia de Ginebra rechaza la acción de declaración de paternidad y, ante la falta de la vía recursiva, la sentencia devino definitiva. En 1958, el demandante, que había sido ubicado en otra familia, reencuentra a su madre, quien le revela la identidad de su padre. Andreas J. afirma haber tenido contactos regulares con su padre y haber recibido regalos de su parte, así como una suma de dinero mensual hasta su mayoría de edad. Sin embargo, el presunto padre se sustrajo en todo momento a someterse a la pericial biológica para confirmar la existencia o no de nexo biológico.

El 6 de mayo de 1999, el requirente plantea una demanda en revisión del pronunciamiento del 30 de enero de 1948, ante el Tribunal de 1º instancia de la República y Cantón de Ginebra. En el marco de este proceso de revisión, solicita una prueba de ADN a practicarse sobre el cadáver del padre alegado, medida a la cual se opuso firmemente la familia del difunto. El 22 de diciembre de 1999, el Tribunal Federal decide rechazar el recurso de Andreas J. argumentando que *"El derecho de conocer a sus padres está generalmente ligado a ser criado por ellos. A la edad de 60 años, el recurrente ha podido construir su personalidad y llevar una gran parte de su existencia sin sufrir atentados a su salud física o psíquica médicamente constatadas, derivado de la incertidumbre sobre su ascendencia... Del otro lado, si comprendemos las razones de piedad familiar que se opone a la exhumación de cadáver del difunto (A.H.), los íntimos no hacen valer ningún motivo religioso o filosófico en apoyo a su posición... De todos modos, en el balance de intereses divergentes, el rechazo de la demanda de pericia puede ser confirmada, porque a toda falta de incidente de derecho civil, el recurrente no establece haber padecido un sufrimiento suficientemente grave ... para*

⁵³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, op. cit, pág 131 y ss.

⁵⁴ "Jäggi c. Suisse", no 58757/00, arrêt du 13 juillet 2006, CEDH 2006-X.

justificar la medida probatoria pretendida. Esto último parece excesivo a la mirada del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta las circunstancias propias del recurrente que no permitieron decir que su personalidad o su equilibrio psíquico serían gravemente amenazados por la incertidumbre que puede todavía subsistir en cuanto a su ascendencia...".

El requirente se queja de no haber podido efectuar la pericia de ADN sobre la persona del difunto con el objeto de determinar la existencia o no de nexo biológico. Sostiene que fueron violados sus derechos conforme lo previsto en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁵⁵. En función de esto, el Tribunal debe determinar si el derecho que hace valer el demandante se encuentra comprendido en el concepto marco de "respeto de la vida privada y familiar". Así, el tribunal Federal entendió que no se vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por comprender que este precepto no comportaría una obligación positiva absoluta a cargo del Estado. Sostiene que es contrario a la seguridad jurídica, volver al planteo de una cuestión cuya decisión judicial ha adquirido efecto de cosa juzgada en el año 1948. Ante esta resolución, el Sr. Andreas J. plantea un reclamo ante la Corte Europea, donde finalmente obtiene una sentencia favorable. La Corte determinó que si bien el requirente tiene la edad de 67 años y pudo construir su personalidad a pesar de la incertidumbre respecto a su vínculo paterno filial, el interés de todo individuo de conocer su ascendencia no cesa con el paso del tiempo. Pruebas de ello lo demuestra el deseo mantenido durante toda su vida de alcanzar la certeza de este vínculo. Considera que este comportamiento hace suponer sufrimientos morales y psíquicos, aunque ellos no fueron constatados médicamente.

Por último, la Corte afirma que el acceso a la verdad de origen no cesa con el transcurso del tiempo, confirmando así que la construcción de la identidad es un camino que se inicia con la concepción y termina con la muerte, siendo el primer eslabón de esta cadena la verdad biológica⁵⁶. Claro ejemplo lo advertimos en el fallo comentado, donde se reconoció este derecho a una persona que reclamó durante más de cincuenta años su derecho a la filiación biológica, haciéndose efectivo su derecho ya en la edad avanzada.

B) Persona y Vejez. Atributos: nuevas lecturas del Nombre, Estado, Domicilio y Capacidad. Autonomía de la voluntad: restricciones y dependencia en la vejez. La

⁵⁵ Art. 8 Convención Europea de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. No puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, por tanto, esa injerencia es prohibida por la ley, y ella constituye una medida que, en la sociedad democrática, es necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, al bienestar económico del país, a la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, a la protección de la salud y la moral, y a la protección de los derechos y libertades del otro".

⁵⁶ Puede ampliarse el comentario de este fallo consultando: KRASNOW, Adriana N., Corte Europea de Derechos del Hombre, Tercera Sección, 13 de julio de 2006, "M.A.J. C/Suiza" - El derecho de acceso a la verdad biológica no tiene límite en el tiempo, en La Ley 2007-A, 443 y ss.

problemática especial de la salud mental⁵⁷

Los comienzos del año 2010 deparó para el Derecho Argentino toda una serie de reformas legislativas, que se caracterizó por un alto respaldo social, ductilidad y coherencia con los contextos plurales valorativos expresados por consensos largamente anhelados por la mayoría de la población, que solo pudieron plasmarse en este tiempo. Entre estos cambios, un lugar de importancia lo ocupan las modificaciones producidas en materia de atributos de la personalidad. En particular, el cambio de edad para adquirir la capacidad plena (los 18 años, desde le 2010)⁵⁸, las nuevas formas de comprender y hacer funcionar las restricciones a la capacidad, tanto en los juicios de interdicción como en los de inhabilitación. Restricciones a la capacidad de obrar que, a partir de la Ley 26.657 de Salud Mental, vigente desde diciembre de 2010⁵⁹, deben ser en ambos casos (insania e inhabilitación), específicamente determinadas en la sentencia por el juez de la causa, por un plazo de tres años, sometido a renovación judicial, ad infinitum, según los casos (art. 152ter del CC)⁶⁰. Así como también, destacado y necesario - a mi juicio-, han sido las modificaciones referidas al nombre, a fin de dar respuesta justa a la problemática de la identidad de género, para el caso de las personas físicas que requieran un cambio en este sentido, fundado en la fuerte disociación entre el cuerpo biológicamente concebido y la estructura psíquica constituida (Ley 26.743, de mayo de 2012)⁶¹.

Como se comprenderá, estas cuestiones no son menores en relación a la vejez. Los atributos, como sabemos, constituyen un dispositivo central para el ejercicio de las instituciones que componen, precisamente, el concepto mismo de “persona” e identidad jurídica. Al tiempo que, estas reformas posibilitan una apertura más cómoda para la incorporación del paradigma de la gerontología actual, positiva y pluralista, legitimada en el principio de la igualdad y la no discriminación, base de los derechos humanos de este tiempo, sobre los cuales hemos sistematizado nuestra rama, el Derecho de la Vejez.

Concepto

Los atributos de la persona son aquellas calidades inherentes al sujeto de derecho, inseparables de él, sin las cuales no se puede concebir la personalidad jurídica.

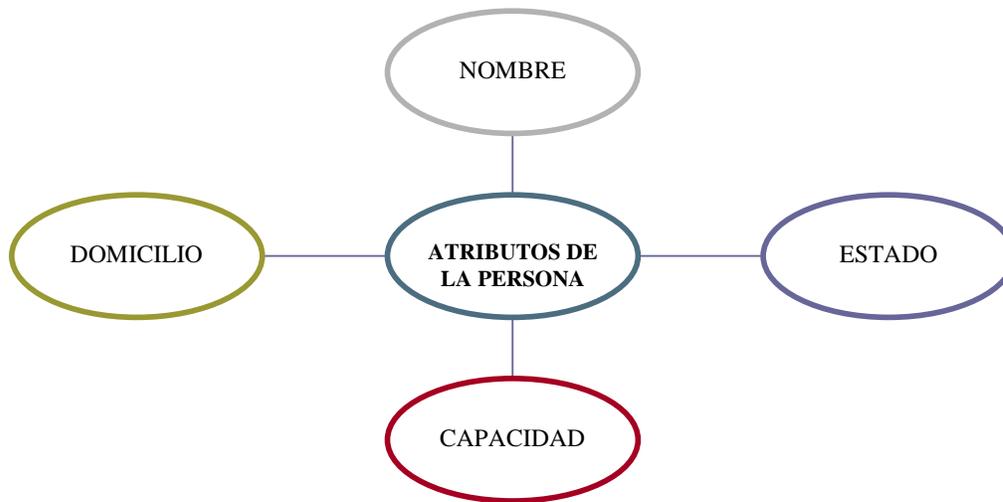
⁵⁷ Colaboración de María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid y Diego Ferioli - Abogado - UNC

⁵⁸ Ley 26.579 de Mayoría de Edad a los 18 años. Modifica Código Civil, Sancionada: Diciembre 2 de 2009

⁵⁹ Ver el texto legal en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>

⁶⁰ Artículo 152 ter del Código Civil, modificado por la Ley 26.657: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible

⁶¹ Ver el texto completo en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=8FF96CB18411CCF19CD349B97C06FC0C?id=197860>



Caracteres

Los atributos presentan los siguientes caracteres comunes:

- a) *necesidad*: no puede haber persona alguna que no los tenga,
- b) *unidad*: cada persona sólo puede tener un atributo del mismo orden,
- c) *inalienabilidad*: la persona no puede transferir algún atributo suyo a otra y además, los atributos no están en el comercio, han sido establecido imperativamente por una razón de bien común,
- d) *imprescriptibilidad*: no se ganan ni se pierden por el transcurso del tiempo⁶².

ATRIBUTOS:

⇒ **Nombre**

El nombre es *la designación exclusiva que corresponde a cada persona*⁶³. Permite por sí solo, o con otras circunstancias, la identificación de cada persona en relación con las demás⁶⁴. Se compone del prenombre (o nombre de pila) y del apellido (que es la designación común a los miembros de una familia).

La **ley 18.248/69**⁶⁵ regula el nombre de las personas naturales o físicas. Respecto de este atributo, y la significación que adquiere en la vejez, remitimos a lo dicho en la Unidad II punto A.3.

⁶² V. LLAMBÍAS, J.J.; op.cit., pág. 262.

⁶³ Idem.

⁶⁴ V. LLAMBÍAS, J.J.; op. cit., pág. 263.

⁶⁵ Modificada por las leyes 23.162, 23.264 y 23.515

⇒ **Estado**

El estado es el conjunto de calidades que configuran la capacidad de una persona y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos⁶⁶.

El estado puede apreciarse desde tres puntos de vista:

a) con relación a las personas consideradas en sí mismas: se puede ser, por ej., hombre o mujer, sano o demente, médico u obrero;

b) con relación a la familia: una persona puede ser casada o soltera, viuda o divorciada, padre o hijo, pariente, etc.;

c) con relación a la sociedad: nacional o extranjero⁶⁷.

El decreto-ley 8.204/63 reguló todo lo concerniente al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Al estudiar este atributo debemos considerar la posesión de estado.

ESTADO ≠ POSESIÓN DE ESTADO

La posesión de estado se da cuando una persona goza de determinado estado de familia, con independencia del título sobre ese estado⁶⁸. Generalmente, quien ejerce posesión de estado tiene también título a ese estado (por ej. el esposo que ha contraído matrimonio inscripto en el Registro civil tiene título de estado y que cohabita con su mujer tiene posesión del estado de marido), pero pueden estar separados el título de estado y la posesión (vg. el padre que vive con el hijo extramatrimonial, o le proporciona lo necesario para su subsistencia pero no lo reconoce formalmente)⁶⁹.

La posesión de estado tiene importancia, con respecto a los ancianos, en diversos supuestos:

1) *En la reclamación del estado de esposo*, ya que el art. 197 C.C., 2ª parte, establece que “la posesión de estado no puede ser invocada por los esposos ni por tercero como prueba suficiente cuando se tratare de establecer el estado de casados o de reclamar los efectos

⁶⁶ V. BORDA, G.; op. cit., pág. 217.

⁶⁷ V. BORDA, G.; op. cit., págs. 217-218.

⁶⁸ V. LLAMBÍAS, J.J.; op. cit., pág. 321.

⁶⁹ V. LLAMBÍAS, J.J., págs. 321-322.

civiles del matrimonio. Cuando hay posesión de estado y existe el acta de celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su existencia”.

2) *En la reclamación del estado de hijo extramatrimonial*, en virtud del art. 256 que dispone que “la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario sobre el nexo biológico”.

3) *En materia previsional*, dado que el art. 53 de la ley 24.241/93 establece que “en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:...h) la conviviente; i) el conviviente...”.

4) *En el supuesto contemplado por el art. 3573 C.C. (texto ordenado por la ley 17.711/68) que dispone que la sucesión deferida al viudo o viuda... no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho.*

⇒ **Capacidad**

La **capacidad** es un atributo de la personalidad. Por su intermedio el Derecho reconoce formalmente las facultades reales de comprensión, decisión y acción de un ser humano, útiles para la preservación de la esfera de libertad, necesaria para el desarrollo de sus planes de vida. La capacidad es por ello, condición necesaria y fundamento de la autonomía de la voluntad de toda persona que actúe en el campo jurídico.

La capacidad es la *aptitud de todas las personas (físicas y jurídicas) para adquirir derechos y contraer obligaciones.*

El Derecho reconoce dos tipos de capacidad:

Capacidad de Derecho ⇒ aptitud de la persona **para ser titular** de derechos y obligaciones.

Capacidad de Hecho ⇒ aptitud de la persona **para ejercer** derechos y contraer obligaciones

por sí mismo⁷⁰.

En este trabajo sólo nos vamos a referir a la **capacidad de las personas físicas**. Al respecto el **artículo 52 del Código Civil** establece que *las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones...*⁷¹.

La capacidad es un atributo que las personas físicas adquieren de manera gradual. Para el Derecho Argentino, sólo **las personas que han alcanzado la edad de 18 años, son plenamente capaces –de derecho y de hecho-** (art. 126 y 128 C.C.)⁷².

De estas reglas se infieren varias consecuencias importantes:

- 1) La capacidad se establece por **ley**.
- 2) Una vez adquirida, **no se pierde**. **Sólo circunstancias graves**, que estudiaremos seguidamente, pueden dar lugar al establecimiento de restricciones que pesen sobre ella.
- 3) Para el Derecho hay dos tipos de sujetos: **personas capaces o personas incapaces**.
- 4) Existen dos tipos de incapacidades, según el Código Civil: **Incapacidades de hecho e Incapacidades de derecho**.
- 5) Las **incapacidades de hecho** puede ser, a su vez, **absolutas** (art. 54 CC) o **relativas** (art. 55 CC)⁷³. Las **incapacidades de derecho**, en cambio, **sólo pueden ser relativas**.
- 6) En nuestro país, una vez adquirida la capacidad es la regla y la incapacidad, una excepción.

**No olvidar que a partir de los 18 años, todas las personas SON CAPACES.
Una vez adquirida, no existen restricciones a la capacidad vinculadas con la edad.**

⁷⁰ V. BORDA, G.; op. cit., págs. 230-232.

⁷¹ El artículo se refiere a la capacidad jurídica o de derecho. Con respecto a ésta no se concibe una incapacidad jurídica absoluta, pues sería incompatible con la personalidad jurídica.

⁷² Artículos reformados por la Ley 26.579 de diciembre de 2009, cuya entrada en vigencia se produjo el 1 de enero de 2010.

⁷³ El artículo alude a la incapacidad de hecho. La distinción entre incapacidad de hecho absoluta (total) y relativa que se efectúa en el sistema del Código Civil (arts. 54 y 55) ha sido criticada por numerosos autores, ya que los enumerados como incapaces de hecho absolutos tienen capacidad de obrar para algunos actos, aunque excepcionalmente. V. TOBIAS, José W., La inhabilitación judicial en el derecho civil, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1992, págs. 17 y 18.

Incapacidad

En el marco del Derecho de la Vejez, sólo interesa estudiar las incapacidades de hecho previstas en el artículo 141 del Código Civil. Este tipo de incapacidad se despliega en tres planos vinculados entre sí: el fáctico, el normativo y el valorativo.

Art. 141 del CC: *Se declaran incapaces por demencia, las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.*

- Desde la *dimensión fáctica o material*: la incapacidad constituye un desequilibrio psíquico y/o cognitivo grave, que trae como consecuencia la pérdida del ejercicio de la autonomía y su reemplazo por la voluntad del “curador” –su representante legal-.
- En el *plano normativo*, la incapacidad se constituye por **interdicción judicial**. Es decir, sólo un juez puede establecerla por sentencia, en el marco de un juicio de insania.
- En la *dimensión valorativa*, la incapacidad denota un desequilibrio psíquico y/o cognitivo grave, que pone en riesgo a la persona que lo padece, a sus relaciones con los otros y a su patrimonio.

Requisitos Sustanciales

1) existencia de enfermedad menta

2) enfermedad sea habitual o permanente.

Arts. 145 y 146 del C.C.)⁷⁴

3) enfermedad que incida en la vida de relación y prive a la persona del gobierno de su persona y bienes.

4) que no se presenten condiciones negativas para efectuar la declaración

DECLARACIÓN DE INTERDICCIÓN

⁷⁴ V. LLAMBÍAS, J.J, op. cit., págs. 441 y ss.

Requisitos
Formales

- 1) instancia de parte legítima
- 2) examen previo de facultativos
- 3) verificación de la enfermedad por sentencia de juez competente

El fundamento de la incapacidad o interdicción se halla en la necesidad de **proteger al sujeto inepto para dirigir su persona y sus bienes**, protección que se obtiene con la incapacidad que se le atribuye y la designación de un curador⁷⁵.

Un anciano puede ser declarado incapaz de hecho -quedar interdicto por demencia- judicialmente, si por causa de enfermedad mental grave y habitual no tiene aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Si este estado se corrobora durante el juicio de insania se declarará a la persona “incapaz” y, seguidamente se le designará un representante legal que sustituya su voluntad.

Según la jurisprudencia:

**...la edad avanzada sólo puede ser tomada en consideración para poder declarar legalmente la interdicción de un ser humano, cuando opera como antecedente etiológico de una alienación mental (demencia senil), vale decir, como causa de ese estado de trastorno integral y persistente de las funciones psíquicas*

(Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario, Sala I, 14 de junio de 1967 -B., J., insania-, en “La Ley.”, T. 127)

**...procede declarar la insania si el denunciado, de acuerdo con la pericia, padece de demencia senil con carácter de progresiva y definitiva, no siendo la edad elemento de juicio primordial desde que los peritos no la invocan como tal, pues se ha establecido que la misma está unida a un proceso arterioesclerótico que ha producido un estado de inconsciencia y de incapacidad para desenvolverse con pleno conocimiento y que configura el cuadro senil. (Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario, Sala II, 8 de julio de 1966 -Z., N. insania-, en “La Ley”, T. 124.).*

⁷⁵ V. LLAMBÍAS, J.J.; op. cit., pág. 436.

Inhabilitación

El Derecho Argentino contempla también la posibilidad de acudir a otra figura que protege la autonomía de la voluntad de las personas que padecen alguna **disminución de sus facultades** que, sin ser grave, pone en riesgo su persona o patrimonio. Este instituto es la **inhabilitación**, y fue introducido en 1968 a nuestro Código Civil, por la Ley 17.711.

Artículo 152 bis del CC:

Podrá inhabilitarse judicialmente:

- 1) *A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio;*
- 2) *A los disminuidos en sus facultades, cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio*
- 3) *A quienes por la prodigalidad de los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.*

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente, las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso

Los ancianos pueden quedar comprendidos también en el artículo 152 bis que prevé la inhabilitación judicial. La inhabilitación, puede ser comprendida de manera tridimensional.

- Desde el *punto de vista material*, habrá **inhabilitación** toda vez que en una persona padezca cualquiera de las situaciones previstas en el artículo transcrito.
- Desde la *dimensión normativa*, esta figura sólo se constituye mediante un juicio de inhabilitación.

- Desde la *perspectiva valorativa*, la inhabilitación permite proteger al anciano que la padece y reforzar su esfera de libertad mediante la designación de un curador. Este representante legal no supe la voluntad del inhabilitado –como sí ocurre en la incapacidad-. Para que el inhabilitado pueda realizar los actos de disposición y de administración que se hubieran establecido en la sentencia, se requiere el “asentimiento” de su curador. Para todos los demás actos de la vida civil, el inhabilitado mantiene su capacidad de obrar⁷⁶.

El inhabilitado es capaz, pero con capacidad de obrar restringida.

Según nuestra jurisprudencia:

...las dolencias y afecciones propias de la edad avanzada, no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil. De ser ello así, todo anciano se encontraría en la situación aludida, o la ley habría contemplado límites de edad máxima para la capacidad plena. Ni la arterioesclerosis evolutiva, ni el deterioro en la memoria reciente, son elementos computables cuando una abundante prueba testifical y el propio curador provisorio, están dando cuenta de una satisfactoria personalidad, acorde con la edad y con la naturaleza de las actividades que desarrolla el accionado

(Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná, Sala 2ª, 16-6-77, C., F.; C., G. A.; C. de L., R. M. y C., A. J. c/ C., P. R. s/ Declaración de inhabilitación judicial)⁷⁷.

...el legislador no ha incluido en el art. 152 bis inc. 2º del Cód. Civil ...a los ancianos, simples senectos, aún cuando tengan algunas de sus facultades disminuidas por comparación con las del adulto y ello les ocasione determinadas dificultades en su vida personal, profesional o de negocios. Es que si se admitiera la inhabilitación de los simples senectos, resultaría afectada la seguridad jurídica de vastos sectores de personas en materia tan importante como es su propia capacidad...

(La Cámara no se pronunció sobre el fondo, por haber fallecido la denunciada durante el trámite en la alzada. Cámara Nacional Civil, Sala G, diciembre 4-980 - M. P. de V., M.)⁷⁸.

⁷⁶ V. LLAMBÍAS, J.J., con la colaboración de P. RAFFO BENEGAS y otros... ; op. cit., pág. 325; TOBÍAS, José W., La inhabilitación judicial en el derecho civil, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 355. Se transcribe sobre inhabilitación judicial, el punto III de la ponencia de la autora, GONEM MACHELLO de GANDOLFO, Graciela N., Los ancianos y el ingreso a una institución geriátrica, publicada en el “Libro de Ponencias de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Rosario, 2003”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni - El Derecho, 2003, t. II, págs. 180-182

⁷⁷ V. “Zeus”, t.12, J-116, N° 1892.

La Ley Nacional de Salud Mental (Nº 26.657)

La tendencia de la legislación contemporánea es *preservar, en lo posible, la autodeterminación de las personas con discapacidad. Ello conduce a la sustitución de los regímenes de compartimentos estancos capaces/incapaces por otros que administren graduaciones de la incapacidad, de modo que la persona con discapacidad pueda mantener cierto grado de autodeterminación, dependiendo de la menor o mayor gravedad de su estado*⁷⁹. En este sentido, la Ley Nacional de Salud Mental⁸⁰, ha marcado un hito en materia de incapacidad, amoldándose al nuevo paradigma previsto en la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad⁸¹, que adopta el modelo “social de discapacidad” que sustituye al “modelo médico o rehabilitador”⁸². La Ley de Salud Mental, en consonancia con la Convención citada, incorpora un modelo de abordaje interdisciplinario, pues reconoce a la salud mental como un *proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona*⁸³. Establece que se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas, no siendo posible hacer un diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de:... b) *Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona.*

En un todo de acuerdo con estos postulados, el nuevo art. 152 ter del Código Civil, introducido por la Ley 26.657, prevé un límite temporal a las declaraciones de inhabilitación o incapacidad. Así, las sentencias que declaren la incapacidad de una persona tendrán validez por el el lapso de tres años. En cuanto al dictamen pericial, se corre de la hegemonía médica para dar paso a un examen interdisciplinario del presunto incapaz, siendo así coherente con la concepción social de la discapacidad. Además, la sentencia deberá especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor

⁷⁸ V. “L.L.”, t. 1981-B, págs. 24-25.

⁷⁹ RIVERA, Julio C. ; HOOFT, Irene, La nueva ley 26657 de Salud Mental, en SJA 25/5/2011.

⁸⁰ Adla, LXXI-A, 16

⁸¹ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue ratificada por nuestro país mediante la Ley Nº 26.378.

⁸² La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar...en: ROCA TRIAS, Encarnación, Análisis de los requisitos para declarar la incapacidad de una persona y repaso a la legislación internacional en la materia, en “Revista de Derecho de Familia”, Nº 46, enero-marzo 2010, Valladolid, Lex Nova, pág. 114.

⁸³ Art. 3 de la Ley 26.657

posible. Ello no hace más que reconocer el carácter gradual de la incapacidad a la vez que comprende que toda persona que sufre alteraciones psíquicas, continúa manteniendo espacios sanos, que merecen ser protegidos y estimulados. Más aún si estamos en presencia de ancianos que padecen trastornos cognitivos que no configuran una incapacidad total.

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

Antes de finalizar este apartado, no podemos dejar de mencionar el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación⁸⁴, en lo concerniente al tema de nuestro estudio. En los fundamentos del Proyecto se destaca, en materia de capacidad: a) la adecuación a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad; b) la recepción del paradigma de la ley 26.657; c) quienes son los legitimados para iniciar estos procesos; d) las facultades y deberes judiciales y el régimen de la prueba; e) nuevas figuras como las redes de apoyo, priorizando los aspectos personales, sociales y familiares de estas personas por sobre los aspectos patrimoniales; f) la incorporación de normas sobre la internación para evitar abusos o extralimitaciones en la práctica; g) finalmente, la figura de los inhabilitados se reserva para el supuesto de prodigalidad, que se regulará apuntando a la protección del interés patrimonial familiar.

Nos parece interesante resaltar que en el artículo 35 del proyecto se establece la obligatoriedad de la entrevista personal del juez con el interesado, previo a dictar sentencia o cualquier medida provisional que restrinja su capacidad. También debe destacarse que el artículo 36 prevé que en la sentencia deberá determinarse la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos. En cuanto a la vigencia temporal de la sentencia, se reafirma lo prescripto en el artículo 152 ter actual, pues se establece que la sentencia de incapacidad o restricción parcial deberá ser revisada transcurridos tres años desde su dictado (art. 40 del proyecto).

En síntesis:

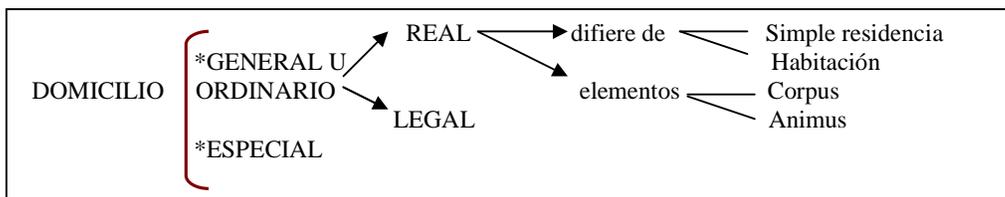
- * La vejez **no es** una enfermedad.
- * Los ancianos, **por el sólo hecho de su edad**, no pueden ser declarados incapaces o inhabilitados.
- * Como cualquier persona, requieren de una **sentencia judicial** que declare su incapacidad o Inhabilidad.

⁸⁴ En referencia a este tema, recomendamos leer: FERNANDEZ, Silvia, Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela, en "Revista de Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", Nº 52, Abeledo Perrot, págs. 211-241.

⇒ **Domicilio**

El domicilio es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de determinados efectos jurídicos⁸⁵.

El domicilio resulta importante a los fines de: 1) determinar la ley aplicable; 2) establecer la competencia de los jueces o autoridades administrativas; 3) indicar el lugar donde se han de realizar válidamente las notificaciones a la persona; 4) fijar el lugar del cumplimiento de las obligaciones⁸⁶.



El **domicilio general** es el que se aplica al conjunto de los derechos y obligaciones de una persona y puede subdividirse en real y legal.

El **domicilio especial** es un domicilio de excepción y se aplica únicamente a ciertas relaciones jurídicas determinadas en cada caso particular⁸⁷. Son domicilios especiales: el convencional o de elección, el domicilio procesal (constituido en juicio), el domicilio comercial y el domicilio de las sucursales⁸⁸.

El **domicilio real** es el lugar de la residencia permanente de la persona con la intención de establecer allí el asiento de su actividad⁸⁹. El domicilio real debe diferenciarse de la simple residencia, que implica la permanencia en un lugar con carácter temporario y sin ánimo de vivir allí⁹⁰ y de la habitación, que es la permanencia accidental en un sitio determinado⁹¹.

El domicilio real surge de la integración de:

- Un elemento material u objetivo -“**corpus**”-, constituido por la residencia efectiva de la persona en un lugar
- Un elemento intencional o subjetivo -“**animus**”-, que consiste en la intención de permanecer en el lugar y de constituir allí el centro de los afectos e intereses por tiempo indefinido, aunque

⁸⁵ V. BORDA, G.; Manual... cit., pág. 199. Puede v. asimismo, LLAMBÍAS, J.J.; Tratado... cit., págs. 533 y ss., y RIVERA, J.C.; op. cit., págs. 633 y ss.

⁸⁶ V. LLAMBÍAS, J.J.; Tratado... cit., pág. 537.

⁸⁷ V. BORDA, G.; Manual... cit., pág. 200.

⁸⁸ V. LLAMBÍAS, J.J.; Tratado... cit., pág. 564.

⁸⁹ V. LLAMBÍAS, J.J.; op. cit., pág. 557.

⁹⁰ V. BORDA, G.; Manual... cit., pág. 200.

⁹¹ Idem.

no sea para siempre⁹².

El mantenimiento del domicilio real se produce por la subsistencia de uno solo de los elementos constitutivos. El artículo 99 Código Civil dispone que el *domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, o de no adoptar otro*, lo que se denomina “animus manendi” – intención de permanecer en un lugar a pesar de ausencias transitorias⁹³. Asimismo, se conserva el domicilio real si no se traslada efectivamente la residencia a otro lugar, aunque la persona haya elegido una nueva morada como sede de sus actividades⁹⁴.

La extinción del domicilio real se produce cuando la persona constituye un nuevo domicilio, sea real o legal.

En un caso del año 1979, y a fin de determinar la competencia en la sucesión de un anciano que vivía en un Geriátrico, la Cámara resolvió que: *para que la residencia sea atributiva de domicilio ha de estar presidida por el ánimo del interesado y éste consiste en la intención de permanecer en el lugar constituyendo allí el centro de los afectos e intereses... Como bien lo destaca el Fiscal de Cámara, ese ‘animus’ no puede presumirse en una persona anciana que se traslada a un hogar... por razones derivadas de la etapa de la vida en que se encuentra. No existe en este caso la intención de permanecer, requisito exigido por el art. 97 del Cód.Civil...* (Cámara Nacional Civil Sala F, 24 de julio de 1979 -Panno, Jorge, sucesión.-, en “La Ley”, T 1991 D).

C) Derechos fundamentales de la persona mayor.

Derechos de Autonomía, Derechos de Participación, Derechos de Prestación o de crédito. Derechos personalísimos.

*Consideraciones preliminares*⁹⁵

Los derechos fundamentales constituyen una categoría central en el marco del nuevo modelo de Estado: El Estado Constitucional de Derecho. Así, desde la Filosofía Jurídica y Política, este Estado Constitucional de Derecho es conceptualizado como un nuevo modelo de organización política y jurídica que, en cuanto tal, tiene incidencia directa sobre la idea de

⁹² V. LLAMBÍAS, J.J.; Tratado... cit., págs. 558-559. Puede verse asimismo: CIFUENTES, Elementos de derecho civil. Parte general, 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 153.

⁹³ V. LLAMBÍAS, J.J.; Tratado... cit., pág. 561.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Colaboración de María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid

ciudadanía. Guastini caracteriza este modelo con siete propiedades. 1) La existencia de una Constitución que incorpora explícitamente los derechos fundamentales; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) su “sobreinterpretación” (se interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); 5) la interpretación adecuada de las leyes; 6) la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que incluye el control constitucional sobre la discrecionalidad política del legislador⁹⁶

Por otra parte, cabe observar también que los derechos fundamentales incorporan a la Constitución, *medios de fortalecimiento* para los sujetos frágilmente situados en el sistema⁹⁷. De modo tal que, por su intermedio, de un lado se han positivado instituciones, principios y reglas que amplían 1) la autonomía personal; y 2) debilitan la intervención estatal, por la división y descentralización de su poder. Más por otra parte, se ofrecen derechos y garantías que protegen al individuo frente a variadas contingencias (enfermedad, niñez, vejez, discapacidad, desempleo, pobreza, ignorancia, etc.). Así, la vigencia de los derechos económicos sociales y culturales; y de los derechos fundamentales vinculados a la paz y al desarrollo. Las nuevas fronteras del mundo jurídico vinculadas al bioderecho y al derecho ambiental, el derecho de la niñez, de la discapacidad, el derecho de la educación y de la ciencia; o el derecho del arte y, por supuesto, al Derecho de la Vejez. Todas ellas, pues, dan cuenta de esta nueva realidad jurídica que condiciona, en nuestro caso, la posición política y jurídica de las personas de edad. Desde este nuevo paradigma, pues, la construcción jurídica de un Derecho de la Vejez basados en el paradigma de los derechos humanos exige satisfacer varias condiciones. Algunas son conceptuales, otras, empíricas y, hay también otras que son valorativas.

Desde el punto de vista conceptual, la mirada de los derechos fundamentales de las personas mayores supone la demarcación de la vejez, en tanto fenómeno complejo psico-biológico, histórico y cultural⁹⁸ Supone su calificación lingüística en términos claros y correspondientes con la realidad de la vejez: compleja, polisémicas, rica. En nada, bipolar, de modo que nos lleve a pensar en ella o bien, para sacralizarla bajo la asociación a la idea de “sabiduría”; o bien, a negarla, bajo la máscara de la fealdad o la inutilidad. La demarcación iusfundamental de la ancianidad impone la necesidad de evitar el uso de eufemismos que maquillan y/o esconden la especificidad de esta etapa de la vida. En ese sentido, a mi juicio resultan sospechosos de discriminaciones negativas el empleo de expresiones tales como “tercera o cuarta edad, años dorados”, entre muchos otros. Si, como dice AUSTIN, *hacemos*

⁹⁶ V. GUASTINI, Ricardo; Estudios de teoría constitucional, México, Fontamara, 2004; ALEXY, Robert; Teoría de los derechos fundamentales, Traducc. E. GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001; CARBONELL, Miguel ed.; Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta, 2007

⁹⁷ V. GOLDSCHMIDT, Werner; Introducción Filosófica al Derecho, 6ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Depalma, 1986

⁹⁸ V. DABOVE, M. I.; Los derechos de los ancianos... cit.

*cosas con palabras*⁹⁹, urge entonces, hacer una revisión de la terminología habitualmente empleada para referirnos a esta etapa vital para evitar prejuicios negativos, tanto como la uniformidad totalitaria del lenguaje.

Por otra parte, la construcción de los derechos fundamentales de las personas mayores en el plano empírico reclama además, de un explícito reconocimiento jurídico integral de esta última etapa de la vida. Este reconocimiento debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, no basta con elaborar legislación específica en este campo. Se requiere, además, del desarrollo de una nueva conciencia social que valore a la vejez en todas sus posibilidades de proyección vital. En suma, los derechos humanos exigen un reconocimiento eficaz del “empoderamiento” de las personas de edad. Empoderamiento que implica el respeto real a la autonomía y capacidad de los ancianos, como principio y fin del modelo de Estado neoconstitucional. Por ello, la carencia de respuestas a esta problemática no hace otra cosa que acrecentar todo tipo de fenómenos de discriminación negativa y prejuicios contra la vejez que, empobrecen incluso, la vida de la sociedad en su conjunto¹⁰⁰.

El reconocimiento de los derechos fundamentales para la vejez requiere, asimismo, la generación de herramientas y caminos democráticos y jurídicos para hacer sustentable el sentido de pertenencia de las personas de edad, en sus familias, en sus comunidades, en su cultura. La pertenencia, como señala WALZER, es un elemento central para el logro eficaz de la inclusión y la participación social de las personas en su vejez¹⁰¹. La pertenencia, permite asumirse como parte, como parcela de una comunidad. Potencia y posibilita la construcción de vínculos y redes que contribuyen a mejorar la calidad de vida de todos los relacionados entre sí. Da significación cultural a la dimensión biológica y demográfica de la vejez y habilita la configuración de una subjetividad o identidad sana y proclive al reconocimiento de las relaciones sociales con sentido de justicia¹⁰². En suma, demarcando el territorio simbólico de la vejez, reconociendo su capital social e incentivando su sentido de pertenencia al grupo, será posible instalar las bases para el nuevo modelo de ciudadanía que el neoconstitucionalismo y los derechos humanos reclaman como base de una política y un derecho que consideren al ser humano un fin en sí.

⁹⁹ V. AUSTIN, John L; *Cómo hacer cosas con palabras*. (Santiago de Chile, Escuela de Filosofía Universidad ARCIS), 1955: Disponible en: [fecha de consulta: 19 noviembre de 2012] <<http://www.seminariodefiliosofiadelderecho.com/BIBLIOTECA/A/austincomohacercosasconpalabras.pdf> >

¹⁰⁰ V. IACUB, Ricardo; *El empoderamiento: hacia la reconstrucción individual y colectiva de la identidad de los mayores*, material de la Cátedra de Psicología de la Tercera Edad y Vejez, Buenos Aires, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, 2010; ARIAS, Claudia Josefina; POSADA, M. C. y CASTAÑEIRAS, C. E.; “¿Las fortalezas personales se incrementan en la vejez? Reflexiones acerca del capital psíquico”, en: *Desafíos y logros frente al bien estar en el envejecimiento*. VIII Jornadas de Psicología de la tercera edad, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp.31-39.

¹⁰¹ V. WALZER, Michel; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Traducc. Heriberto RUBIO, México, Fondo de Cultura Económica, 1993

¹⁰² V. DABOVE, M. I.; *Los derechos de los ancianos...* cit.

El Estado Constitucional de Derecho actual, la vigencia universalizada de los derechos humanos, la economía postmoderna, el propio envejecimiento global, las sociedades y los nuevos tipos de familias, devenidos ahora multigeneracionales, todo ello, impone la necesidad de **construir** un modelo de Derecho de la Vejez superador del impuesto por el paradigma asistencial que aún parece estar vigentes. A mi entender, este modelo debería priorizar el carácter iusfundamental de la problemática de la responsabilidad jurídica estatal, social y familiar, respecto de la vejez. De manera tal que es por esta razón que hemos considerado como base de esta nueva rama, la clasificación de los derechos humanos propuesta por el profesor Luis Prieto Sanchís, en “derechos de autonomía, de participación y sociales o de prestación”. A ello le incorporamos todo lo relativo al sistema de protección y garantías constitucionales e internacionales en materia de derechos humanos, aplicables a las problemáticas vinculadas a al vejez. Con esta tipología logramos disolver las estériles -a nuestro juicio-, discusiones en torno a la existencia de derechos que “no cuestan” (las libertades y los derechos civiles y políticos), versus los derechos que “cuestan” (los derechos económicos, sociales y culturales). Ya que, estamos convencidos de que no hay Derecho que no se desarrolle en base a algún sistema económico eficaz, no Economía que no requiera del Derecho para encontrar un cauce productivo racional, sustentable y humanista.

Las páginas que siguen están destinadas al desarrollo de estos temas, aunque desde este espacio, bregamos por sostener una mirada constructivista, no ontológica de los derechos humanos, tanto como de la propia comprensión vejez misma.

Derechos Humanos y Derechos Personalísimos. Introducción¹⁰³

Los ancianos tienen los mismos derechos que corresponden a todos los seres humanos. Todas las personas están investidas de derechos personales o humanos, que están por encima de la realidad social que se denomina “derecho” (en singular)¹⁰⁴.

*Los derechos humanos son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personeidad de su sujeto, o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personeidad y de los que se es titular los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aún cuando éste los niegue*¹⁰⁵.

Al aludir a derechos humanos se hace referencia a derechos subjetivos, a derechos

¹⁰³ Colaboración de Graciela N. Gonem Machello de Gandolfo –Abogada – UNR-

¹⁰⁴ Puede verse: HERRENDORF, Daniel y BIDART CAMPOS, Germán J., Principios de Derechos Humanos y Garantías, Buenos Aires, Ediar, 1991, págs. 66 y 67.

¹⁰⁵ V. MASSINI CORREAS, Carlos I., Filosofía del Derecho. El Derecho y los Derechos Humanos, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pág. 102.

cuyo titular o sujeto activo es el hombre, la persona, el ser humano¹⁰⁶.

Para la concepción realista clásica, que compartimos, *los derechos naturales, humanos o 'morales', no son sino la proyección jurídica de las exigencias que plantea la normatividad ética acerca de la realización o actualización social de los bienes humanos básicos*¹⁰⁷.

Todos los derechos humanos remiten a la dignidad personal, *el derecho a la dignidad se manifiesta en todos los otros, o es compartido por éstos, en mayor o menor grado según su índole y contenido*¹⁰⁸.

Se suele decir que los derechos humanos son *ambivalentes* porque “valen” ante dos sujetos (el estado y los otros hombres), o bifrontes porque tienen dos frentes ante los cuales son oponibles y se hacen valer¹⁰⁹.

Una parte considerable de la doctrina denomina a los derechos humanos, una vez constitucionalizados, derechos fundamentales¹¹⁰. Generalmente, los derechos constitucionales coinciden con los derechos humanos. Mas puede ocurrir que una constitución no contenga algunos derechos humanos o que los rechace¹¹¹.

b) Algunas clasificaciones de los derechos humanos

Históricamente, se distinguen los derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación.

En nuestra Constitución, los derechos de primera generación se reflejan en los artículos 14 a 18. Los de segunda generación se hallan consagrados en el art. 14 bis agregado por la reforma de 1957. Muchos de los derechos de tercera generación se consideran captados principalmente por el art. 33 (cláusula de los derechos no enumerados). Después de la reforma de 1994, algunos de los derechos de esta generación fueron establecidos de modo directo. Así por ejemplo, el art. 41, preservación del medio ambiente, el art. 42, derechos del consumidor y del usuario, o por vía de *recepción* al otorgar jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc.22, a derechos enunciados en declaraciones o convenios internacionales¹¹².

¹⁰⁶ V. HERRENDORF, D. y BIDART CAMPOS, G., op. cit., pág. 102.

¹⁰⁷ V. MASSINI CORREAS, Carlos, El concepto de Derechos Humanos: dos modelos de comprensión y fundamentación, en “E.D.”, t. 180, pág. 1335.

¹⁰⁸ V. BIDART CAMPOS, Germán, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma Constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1995, t. III, pág. 413.

¹⁰⁹ V. HERRENDORF, D. y BIDART CAMPOS, G., op. cit., pág. 103.

¹¹⁰ V. BENVENUTI, José Manuel, El diseño de los derechos humanos en el fin de siglo, en el Libro de Ponencias del Congreso Internacional “La Persona y el Derecho en el fin de siglo”, Santa Fe, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1996, pág. 384, nota 5. Asimismo, HERRENDORF, D. y BIDART CAMPOS, G., op. cit., pág. 131; PUCCINELLI, Oscar Raúl, Derechos humanos y Sida, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 198.

¹¹¹ V. SAGUÉS, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 226.

¹¹² Las declaraciones y tratados gozan de esa jerarquía sin estar incorporados a la constitución, y fuera de su texto, forman parte del denominado bloque de constitucionalidad federal. V. BIDART CAMPOS, G.; Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino... cit., t. VI, pág. 555.

El profesor español Luis Prieto Sanchís, los agrupa teniendo en cuenta el modo de ejercicio de los derechos y el contenido de la obligación. Desde este enfoque, los derechos fundamentales se distinguen como: *derechos de autonomía, derechos de participación y derechos prestacionales o de crédito*¹¹³.

Los **derechos de autonomía** tienen por finalidad garantizar un ámbito de inmunidad y no sujeción para la persona. Su satisfacción exige una conducta pasiva y de no interferencia por parte de los sujetos obligados. Es decir, se configuran como obligaciones negativas o de abstención, aunque con frecuencia el ejercicio de estos derechos da lugar a otras obligaciones secundarias que pueden tener un carácter positivo¹¹⁴.

La categoría de los **derechos de participación** está formada por el grupo de derechos que tradicionalmente se califican de participación o políticos y, además, por el derecho a la jurisdicción. Es decir, a obtener la tutela de derechos e intereses legítimos¹¹⁵.

Los **derechos prestacionales o de crédito** son aquellos cuya satisfacción se resuelve de un modo directo e inmediato en prestaciones de bienes o servicios¹¹⁶.

Con respecto a los derechos de los ancianos, en nuestra Constitución Nacional¹¹⁷ se mencionan como ejemplos de los derechos de autonomía los siguientes. El derecho a la vida (art. 29, art. 33), a la calidad de vida (art. 41), a la integridad física, psíquica y moral (art. 33), a la igualdad, (arts. 15, 16 y 75 inc. 23), a la libertad física (art. 14), a la libertad de expresión (arts. 14 y 32), a la seguridad (art. 19), al honor (art. 29), a la intimidad (arts. 18 y 19), a la imagen propia (art. 33), a practicar culto (art. 14), a casarse (art. 20), a la propiedad privada (art. 17), a la inviolabilidad del domicilio (art. 18), a la inviolabilidad de la correspondencia (art. 18), el derecho de reunión (art. 33), de asociación (art. 14). A ellos hay que sumarle los derechos implícitos del art. 33.

Entre los derechos de participación se pueden enumerar, entre otros: el derecho de peticionar a las autoridades (art. 14) el derecho de sufragio (art. 37), el derecho de iniciativa

¹¹³ V. PIETRO SANCHÍS, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid, Debate, 1990, págs. 129 y ss.

¹¹⁴ V. PRIETO SANCHÍS, L.; op. cit., pág. 133.

¹¹⁵ V. PRIETO SANCHÍS, L.; op. cit., pág. 132.

¹¹⁶ V. PRIETO SANCHÍS, L.; op. cit., pág. 137.

¹¹⁷ Sobre los derechos implícitos, puede v. BIDART CAMPOS, G.; Manual de la Constitución... cit., t. II, págs. 101 y ss.

popular de leyes (art. 39), el derecho a participar en la seguridad social (art. 14 bis), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 33)¹¹⁸.

Derechos prestacionales o de crédito, en cambio, son: el derecho a la seguridad social (art. 14 bis), derecho a jubilaciones y pensiones móviles (art. 14 bis), el derecho a la educación (art. 14), el derecho a trabajar, jornada limitada, descanso, vacaciones pagadas y una retribución justa (art. 14 y 14 bis), derecho a la protección de la salud (art. 33, art. 42), derecho a la cultura (art. 33), a un ambiente sano (art. 41), el derecho a una vivienda digna (art. 14 bis), los derechos de los consumidores y usuarios (art. 42).

Nuestra Carta Magna no consagra expresamente los derechos de los ancianos.

Sin embargo, la Constitución de 1949 en el Capítulo III, art. 3, III, contemplaba los derechos de los ancianos. A saber: el derecho a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física, al cuidado de la salud moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad y al respeto¹¹⁹.

La reforma de 1994 introdujo las llamadas medidas de acción positiva.

En diversas Constituciones Provinciales se hace referencia a la protección de la ancianidad y a los derechos de esta etapa.

Derechos personalísimos: concepto, caracteres, fundamento y clasificación

Derechos personalísimos: definidos por Cifuentes como *derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical*¹²⁰.

¹¹⁸ Según Bidart Campos, este derecho abarca el derecho a la jurisdicción, al debido proceso y a la sentencia justa. V. BIDART CAMPOS, G.; Manual de la Constitución... cit., t. II, pág. 112.

¹¹⁹ La Constitución española reconoce específicamente, a favor de los ancianos en el contexto de su ordenamiento normativo, los derechos subjetivos siguientes: el derecho a obtener una pensión adecuada, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la cultura, y el derecho al ocio (arts. 41, 49 y 50). Sobre el tema puede v. el completo estudio que efectúa DABOVE CARAMUTO, María Isolina, Los Derechos de los Ancianos, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2002, págs. 361 y ss.

¹²⁰ V. CIFUENTES, Santos, Derechos personalísimos, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 200. GHERSI no coincide en algunos aspectos con la definición transcrita, ya que considera que los derechos personalísimos también se relacionan con cuestiones exteriores, y establece una división básica entre derechos personalísimos absolutos –que son ejercitados desde la persona, por sí y sin necesidad de intervención de otro u otros (personas o Estado)– y derechos personalísimos relativos –que necesitan de aquella intervención para hacer posible su ejercicio–. V. GHERSI, Carlos A., Los derechos personalísimos en la posmodernidad, en “Derechos y Garantías en el siglo XXI”, obra colectiva dirigida por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LÓPEZ CABANA, Roberto M., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pág. 170. Por otra parte, para algunos autores los derechos personalísimos son un sector de los derechos humanos, opinión que no comparte CIFUENTES ya que sostiene que si bien en los derechos humanos puede haber puntos de contacto muy cercanos y de igualdad, los derechos personalísimos pertenecen al orden privado, son derechos reconocidos como una especie de derechos que tienen protección civil, mientras que en el campo de los derechos humanos se abarcan derechos y obligaciones que enraizan en las libertades públicas, pueden considerarse derechos públicos subjetivos y se constitucionalizan, aunque este enfoque actualmente debe

Los derechos personalísimos se caracterizan por ser innatos, vitalicios, necesarios, esenciales, de objeto interior, inherentes, extrapatrimoniales, relativamente indisponibles, absolutos, privados y autónomos¹²¹.

Se pueden agrupar teniendo en cuenta *la integridad física, la libertad y la integridad espiritual*¹²².

En la *integridad física* se comprende a la *vida, la salud*, así como el destino del *cadáver*¹²³.

Otro derecho correlativo al derecho de vivir, el derecho de morir en dignidad¹²⁴.

La *libertad*, en el campo privado, tiene muchas derivaciones que se relacionan con el movimiento, la expresión de las ideas, la realización de actos jurídicos, la utilización de la fuerza física y espiritual¹²⁵.

La *integridad espiritual* abarca el *honor, la imagen, la identidad, y la intimidad*¹²⁶.

Todos los derechos personalísimos se fundan en el reconocimiento de la dignidad que corresponde a cada ser humano por su sola condición de tal.

Ekmekdjian expresa que, en sentido amplio, “dignidad” es el valor esencial que sirve de fundamento a todos los derechos individuales. Pero, en sentido restringido, el derecho a la dignidad es el derecho que tiene todo hombre de reclamar el respeto de sus semejantes a causa de su condición humana¹²⁷.

completarse porque la proyección de los derechos humanos o fundamentales comprende ámbitos más completos, teniendo en cuenta la tutela integral de la persona y los derechos humanos tienen como sujeto pasivo no sólo a los poderes públicos, sino que también son oponibles ante los demás hombres. V. CIFUENTES, S.; op. cit., págs. 225 y ss. El autor reconoce que la reforma de la Constitución Nacional llevada a cabo en 1994, en el art. 75 inc. 22 incorporó al derecho interno con la misma jerarquía de la Constitución instrumentos internacionales sobre derechos humanos y especialmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hay personalísimos, completándose así vacíos de nuestro orden jurídico. V. CIFUENTES, S., op. cit., pág. 227.

¹²¹ V. CIFUENTES, S., op. cit., pág. 175.

¹²² V. CIFUENTES, S., op. cit., pág. 229.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Puede verse NICOLAU, Noemí, El derecho de morir en dignidad: un derecho personalísimo, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Nº 9, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1987, págs. 45 y ss.

¹²⁵ V. CIFUENTES, S., op. cit., pág. 229.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ V. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, El derecho a la dignidad y el orden jerárquico de los derechos individuales en los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos aprobados por la ley 23.313, en “E.D.”, t. 119, págs. 937-938. Puede verse asimismo, SAGUÉS, N.P., op. cit., págs. 278 y 279. Sobre la dignidad y los ancianos puede v. GONEM MACHELLO DE GANDOLFO, Graciela N., Consideraciones sobre el Derecho Civil, los derechos de la personalidad, la dignidad humana y los ancianos, en “L.L.”, Suplemento Actualidad, de 9 de febrero de 1999, págs. 3-4.

Con respecto al *derecho a la identidad personal*¹²⁸, recordamos que la identidad comprende dos aspectos. La identidad estática: el nombre y la imagen y la identidad dinámica, que se manifiesta a través de la proyección social de la personalidad¹²⁹.

Si bien en la ancianidad, como en las otras etapas de la existencia hay que constituir y asumir la propia identidad personal¹³⁰, creemos que en el tiempo en que vivimos se dificulta a las personas de edad el reestructurarla. La vejez *conlleva la posibilidad de crecimiento y desarrollo de la identidad, el logro de la integridad*¹³¹, pero actualmente muchos consideran a las personas de edad como víctimas de la inevitable decadencia de los hombres, más próximos a la muerte que a la vida, una especie de desecho que la naturaleza no tardará en descartar¹³².

Ha predominado y aún predomina una idea peyorativa de la vejez que se identifica con deterioro, decadencia.

El **Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento**, *ut supra* mencionado, en la Recomendación 50, dispone que *en los casos en que existan estereotipos relativos a las personas de edad, los medios de comunicación, las instituciones educacionales, los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales y los propios senescentes deberán desplegar esfuerzos tendientes a superar esa imagen estereotipada que presenta a las personas de edad como individuos que padecen siempre de problemas físicos y psicológicos que son incapaces de funcionar independientemente y que no desempeñan ningún papel ni tienen ningún valor en la sociedad. Estos esfuerzos son necesarios para lograr una sociedad que permita la integración de las personas de edad.*

Asimismo, en el **Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento**, entre las Recomendaciones de la Orientación Prioritaria III, Cuestión 4, sobre imágenes del envejecimiento, se menciona que *...la concentración de la atención pública en la magnitud y el costo de los servicios de atención a la salud, las pensiones y otros servicios ha promovido una imagen negativa del envejecimiento. Las imágenes que destacan el atractivo, la diversidad y la creatividad de las personas de edad y su contribución vital a la sociedad deben competir con ella por despertar la atención del público. Las mujeres de edad se ven particularmente afectadas por los estereotipos engañosos y negativos: en lugar de representarlas de manera que reflejen sus aportaciones, sus puntos fuertes, su inventiva y sus calidades humanas,*

¹²⁸ En el presente punto se amplía, la comunicación Los ancianos y el Derecho a la Identidad Personal, presentada por la autora al Congreso Internacional "La Persona y el Derecho en el fin de siglo", realizado en Santa Fe, los días 24, 25 y 26 de octubre de 1996 y se plantea un tema para futuras investigaciones.

¹²⁹ V. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, 1992, pág. 243. Puede verse, asimismo, CABRERA, Delma B. y CODEGLIA, Luis María, Responsabilidad por violación del derecho a la identidad, en la obra dirigida por ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto M., La Responsabilidad, en Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 116.

¹³⁰ V. HERCE, J.M., Vejez y crisis de identidad, en "Geriatría..." cit., vol. I (3), 1991, pág. 328.

¹³¹ V. HERCE, J.M., op. cit., pág. 329.

¹³² V. GARCÍA PINTOS, Claudio C., El círculo de la vejez. Sobre la psicología normal de la persona que envejece, Buenos Aires - Rosario, Almagesto - Fundación Ross, 1993, pág. 395.

suelen ser representadas como débiles y dependientes, lo que refuerza las prácticas excluyentes a nivel nacional y local.

La imagen puede constituirse en un medio empleado para atribuir a la persona una identidad que no le corresponde¹³³.

El predominio de estereotipos negativos daña a las personas de edad en el plano espiritual y en el de las conductas. No pudiendo, por ello, integrarse, ni participar de la vida laboral y social de la comunidad¹³⁴. Creemos que el Derecho debe tutelar a las personas y reconocer el derecho a la identidad de los ancianos como grupo, ya que por su intermedio puede contribuirse más eficazmente a su protección.

¹³³ Puede verse: FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., op. cit., pág. 142. Puede v. asimismo, LORENZETTI, Ricardo Luis, Constitucionalización del derecho civil y derecho a la identidad personal en la doctrina de la Corte Suprema, en "L.L.", t. 1993-D, págs. 678 y ss.

¹³⁴ Según BELL, en E.E.U.U., en la televisión los estereotipos positivos –al lado de los anteriores estereotipos negativos– son prominentes y existe un mejoramiento de las calidades... la gente anciana está presentada con un aspecto más positivo de lo que fue en el pasado; no obstante según el autor se necesita ver más personajes ancianos en la televisión, aspectos más divertidos y extendidos en todas las comunidades, interactuando con personas de todas las edades y de todas las condiciones. BELL, John, En busca de un discurso sobre la ancianidad: La vejez en la televisión, en "Geriatría Práctica" cit., vol. IV, Nº 3, 1994, pág. 30.

Unidad III: Derechos Fundamentales de Autonomía:

¿a dónde irás, libertad, cuando sea viejo/a?

A) *Habitar la vejez. Vida, Salud, asistencia sanitaria: justicia y libertad.*

Introducción¹³⁵

Sin lugar a dudas, abordar el tema del derecho a la vida, a la salud y a la calidad de vida ha constituido siempre todo un desafío, habida cuenta de la significación fundamental que este problema supone para el ser humano. Las distintas concepciones adoptadas respecto de la vida y la salud han incidido siempre de manera radical a la hora de conformar determinada organización social, política y jurídica. Cada civilización, cada cultura, cada pueblo y cada individuo, ha configurado “su identidad” a partir de ellas. Y, en gran medida, sus cambios han ido siguiendo el compás de los distintos paradigmas vitales dados. De un modo u otro, estas preguntas siempre han formado parte del sistema básico de preferencias socialmente admitidas, puesto que de su satisfacción ha dependido siempre la posibilidad de realizar cualquier aspiración o deseo, considerado valioso por una persona, o comunidad, determinada.

La historia de la humanidad da cuenta de este devenir multívoco en torno a estos bienes puestos en lugares simbólicos ética y jurídicamente relevantes. Sin embargo, desde la mirada de la Gerontología actual, me permito señalar que, la vida y la salud son bienes de confines relativos, aun cuando están vinculados al *principio bioético del bienestar*. Alcance relativo que se traduce, a su vez, en la necesidad axiológica de reconocer en él, otros dos principios orientadores básicos, condicionados entre sí:

- 1) El deber de proteger la vida, con preferencia a la salud –en aras de preservar la mayor cantidad de vidas posibles (criterio cuantitativo)
- 2) Pero esta protección al mismo tiempo, sólo podría ser aplicable, en la medida en que redunde en una mayor calidad de vida para la persona en cuestión, traducibles en términos de salud.

Así, pues, del juego de estos principios bien cabe admitir, a la manera Alexyana, que podemos llegar soluciones muy diversas referidas a casos concretos, siempre difíciles. En esta materia se trata, en suma, de un problema de ponderación de derechos fundamentales, que nos obliga a maximizar su aplicación, aún cuando ello implique el sacrificio de alguno para

¹³⁵ Colaboración de María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid

lograr el menor mal posible para la situación en particular¹³⁶.

Las reformas legislativas recientes, tanto como la evolución jurisprudencial en la materia, nos dan cuenta de los obstáculos, disensos y nudos valorativos por los cuales se requiere transitar, cada vez que estamos frente a estos bienes que han sido definidos como “prius”, base fundante, de todo sistema jurídico que se precie de humanista. En relación a la vejez, los debates más importantes esta materia están vinculados a los límites a la autonomía de la voluntad, provocados por las situaciones grises del discernimiento debido a la presencia de intervalos no lúcidos, no siempre en aumento (de modo tal que desencadenen necesariamente en algún deterioro cognitivo grave que de lugar a la restricción judicial de la capacidad). Pero también, respecto de la posibilidad de decidir de antemano, incluso, el fin de nuestras vidas (llamada, muerte digna), en condiciones de enfermedades terminales irreversibles que atenten, además, con los valores de la persona padeciente.

Las palabras que siguen se refieren a estas cuestiones y allí podrán advertir más concretamente la diversidad de perspectivas en la materia. Pluralismo siempre sano para el desarrollo de un Derecho de la Vejez, abierto y multicultural.

A.1) *Derecho a vida, a la salud y a la asistencia sanitaria*¹³⁷

El **derecho a la vida** constituye uno de los derechos humanos más vivamente reconocido por las normativas nacionales, regionales, e internacionales, aunque no siempre ha tenido el mismo alcance. Así por ejemplo, la historia de la humanidad muestra que en todas las culturas siempre ha habido principios y reglas encargados de establecer algún marco de protección en su favor. Sin embargo mucho es lo que se ha discutido, y actualmente se debate, en torno a la determinación de su origen y de su conclusión. Como sabemos, en la actualidad, el desarrollo de la biotecnología nos ha permitido expandir tanto las vías de inicio de la vida, como las posibilidades de su fin. Las técnicas de fertilización asistida, verbigracia, han habilitado vías para la maternidad y paternidad no dadas en el mundo natural. En tanto que, a través de la farmacología, la tecnología aplicada a terapias de enfermedades crónicas y/o terminales, verbigracia, se han abierto oportunidades para retrasar la muerte, como también al propio tiempo se ha dado lugar al riesgo de caer en situaciones de encarnizamiento terapéutico.

En nuestro país, el derecho a la vida cuenta con un claro reconocimiento constitucional, gracias a la incorporación de las Declaraciones, Tratados y Convenciones de Derechos

¹³⁶ V. DABOVE, María Isolina; El derecho a la vida y a la salud: ¿qué vida? ¿Qué salud? ¿qué derecho?, trabajo inédito, elaborado en el marco del Doctorado en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, en junio de 1994.

¹³⁷ Colaboración de Graciela Gonem Machello de Gandolfo –Abogada – UNR-

Humanos en el art. 75 inc. 22. C.N., con la reforma de 1994. No obstante esta reciente consagración iusfundamental, cabe señalar también que el derecho a la vida cuenta con una larga tradición de reconocimiento normativo en todas las especialidades jurídicas. Dos de las áreas claramente avocadas a su reconocimiento son sin dudas, el campo del Derecho Civil y el del Derecho Penal. El Derecho Civil establece las normas referidas al inicio y el fin de la vida respecto de las personas físicas, que funcionan como principios estructurantes del sistema. En cambio, el Derecho Penal se refiere a la vida por su calidad de bien jurídico fundamental, merecedor de una decidida protección.

En la vejez el derecho a la vida adquiere especial significación, en particular, respecto de las situaciones vinculadas con el fin de vida. Argentina no cuenta con una legislación que habilite la posibilidad de realizar prácticas de *eutanasia*. De modo tal que en nuestro país, su desarrollo todavía da lugar a la incriminación penal por la comisión del delito de homicidio, o bien, por el de instigación al suicidio.

El **derecho a la salud**, por su parte, exige la abstención de daño, tanto como el desarrollo de prestaciones favorables de dar y de hacer. Razón por la cual, nadie tiene derecho a perjudicar la salud de otro. Pero, al propio tiempo, cada uno tiene derecho a cuidarla, acudiendo a las prestaciones médicas que elijamos, dentro del marco de posibilidades jurídicamente establecidas por el Derecho Sanitario. En la actualidad, la doctrina y la jurisprudencia consideran que el derecho a la salud incluye: el consentimiento informado; es decir, el derecho del paciente a recibir información clara, precisa y pertinente del profesional actuante a fin de que ambos puedan acordar los pasos a seguir. Abarca el derecho del paciente a negarse a someterse a ciertas terapias que considere riesgosas, violatorias de sus principios o creencias (cirugías riesgosas, amputación de miembros, transfusiones de sangre, prolongación artificial o mortificante de la vida en situaciones próximas a la muerte, etc.). Pero también, contiene el derecho del profesional a invocar la objeción de conciencia, a fin de evitar realizar actos sanitarios contrarios a su ideología.

La ancianidad es una etapa de la vida especialmente propensa al padecimiento de situaciones que afectan su salud y el ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria correspondiente. En Argentina, la acción de amparo constituye la vía judicial pertinente para lograr la remoción rápida de los obstáculos vinculados al disfrute de este derecho. Así, por ejemplo, toda vez que se acciona contra alguna obra social que deniega al afiliado la prestación de servicios médicos, de los remedios necesarios, de camas para internación o de asistentes domiciliarios.

A.2) Derecho a la integridad física y moral¹³⁸

La palabra integridad significa *aquello a que no falta ninguna de sus partes*¹³⁹; es decir, aquello que en sí mismo implica una unidad completa.

El derecho a la integridad personal es aquel que se deriva del derecho humano fundamental a la vida y, por consiguiente, a su debido respeto y desenvolvimiento saludable. Como recordábamos en el apartado anterior, el criterio supremo de justicia es permitir que cada hombre tenga el espacio suficiente para desarrollar su proyecto vital. Mas ello implica reconocer el derecho a la protección de la persona en todas sus dimensiones, comprendiendo tanto su integridad física, como su integridad moral, psíquica o espiritual.

Desde esta perspectiva, la **integridad física** comprende la preservación de la vida del cuerpo de la persona real, lo que implica también la conservación de su salud. Por ello, este derecho a la integridad del cuerpo físico -compuesto de partes, tejidos, miembros, órganos y sistemas- exige la protección contra todo daño que pueda efectiva o eventualmente infligirse contra cualquier persona.

La **integridad moral, psíquica o espiritual**, por su parte, puede ser entendida como el *conjunto de las facultades del espíritu*¹⁴⁰. Comprende el mantenimiento de todas las destrezas motoras, intelectuales y emocionales. Por ello, el derecho a la integridad moral o psíquica también requiere mantener indemne estas aptitudes contra cualquier daño que, como en el caso anterior, pudiera recaer sobre efectiva o eventualmente sobre cualquier persona.

Del plano normativo cabe destacar, que el derecho a la integridad personal ha tomado sustancia en el plano legislativo internacional, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 5). También ha sido tratado en los Convenios de Ginebra de 1949 sobre conflictos armados y pueden rastrearse antecedentes de su reconocimiento, en el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg del año 1945.

En nuestro sistema jurídico, el derecho a la integridad personal encuentra eco en los Tratados, Pactos y Convenciones incorporados a nuestro bloque constitucional mediante la reforma de 1994, en el art. 75 inc. 22. Concretamente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7), la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (artículo 5) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el espíritu general de su redacción. Pero también recordemos que, en la propia Constitución Nacional de 1853 ya lo encontramos reseñado en el art. 18, cuando establece que quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas,

¹³⁸ Colaboración de Marianela Fernández Oliva –Abogada – UNR-

¹³⁹ V. Diccionario Enciclopédico Salvat, Barcelona, Salvat, 1987, Pág. 2082.

¹⁴⁰ V. Diccionario... cit., pág. 2599.

toda especie de tormento y los azotes.

Por otra parte, cabe recordar que, a partir de 1988 se encuentra vigente en el Derecho Argentino una ley nacional, destinada a sancionar la ejecución de Actos Discriminatorios. Se trata de la **Ley 23.592**, modificada por la **24.782**. Es muy breve en su articulación, apenas cuenta con 4 o 5 apartados y su contenido principal puede verse sintetizado en el **1º**. Allí se señala que:

*Art. 1: Quien **arbitrariamente** impida, obstruya, restrinja o de algún modo **menoscabe el pleno ejercicio** sobre bases **igualitarias** de los **derechos y garantías fundamentales** reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a **dejar sin efecto el acto discriminatorio** o cesar en su realización y a **reparar el daño moral y material** ocasionados.*

*A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por **motivos** tales como **raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos**¹⁴¹.*

La persona mayor, como cualquier ser humano, puede ser sujeto pasivo de ataques a su integridad personal. Muchas de ellos son, incluso, encuadrables en actos discriminatorios personal su persona. Pero al hecho de que le es pasible, como a todos, de sufrir este tipo de agresiones, va unida su especial situación de vulnerabilidad social y jurídica. Es por eso que no es ocioso considerar, en qué forma y con qué consecuencias impacta, la violación de la integridad personal de un viejo.

La forma quizá más evidente y pasible de descalificación social y legal es el daño sobre la integridad física. Muchos de ellos se derivan de los prejuicios que subsisten contra la vejez y de conductas delictivas tales como: robos, malos tratos, lesiones, homicidios.

Pero existen otras formas, más sutiles de violación de estos derechos. Aquellas que son silenciosos fantasmas, muchas veces impunes, y que fundan los mismos códigos de la sociedad en su conjunto. Acicalados métodos de discriminación de mercado, que absorben a los viejos como categoría de consumo. La violencia opera, principalmente, a través de la manipulación, que es un mecanismo psicológico de control. El maltrato se instala primeramente a través del lenguaje. Así, se recurre a diminutivos, a un lenguaje infantil, o imperativo. O se utiliza un vocabulario ambiguo, entre protector-paternal y controlador¹⁴². También, la manipulación viene dada por lo que DABOVE ha definido como la “teoría de los hechos

¹⁴¹ V. DABOVE, M.I., Discriminación y ancianidad. Reflexiones filosóficas en torno al sistema jurídico argentino, trabajo de investigación inédito, Rosario, 2005.

¹⁴² DABOVE, María Isolina, Violencia y ancianidad, en “Revista Doctrina Judicial” – La Ley -, Año XV, Nº 34, Buenos Aires, 25 de agosto de 1999, pág. 1165.

consumados¹⁴³. A la persona mayor se le presentan las situaciones ya resueltas, a las que no puede oponerse. Entonces, nos encontraremos con casos de ventas de bienes del viejo sin su consentimiento, el ingreso a una institución geriátrica recurriendo a maniobras de presión psicológica, por dar sólo algunos ejemplos.

Actividad N° 4

Análisis de un fallo

- Analice el siguiente extracto de un fallo teniendo en cuenta:

a- Tribunal que emite la sentencia

b- Autor del delito

c- Víctima

d- Artículos del Código Penal que configuran la conducta delictiva

e- Circunstancias que tuvo en cuenta el Tribunal para condenar al autor

- Realice una reflexión en torno al resultado del caso

FALLO: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala 7ª

Buenos Aires, 30 de noviembre de 2006

La Cámara recibe las actuaciones con motivo del recurso de apelación deducido por la defensa contra la resolución del tribunal inferior que dispuso el procesamiento con prisión preventiva de Rolando Alberto Vicente al considerarlo autor penalmente responsable del delito de abandono de persona agravado (artículo 106, primero y segundo párrafo y 107 del Código Penal).

Se le atribuye al nombrado el haber abandonado a su suerte a su progenitora, Elsa Beatriz Castellano, de 64 años de edad, quien residía en el inmueble sito en la avenida Borrego 663, piso 3º, departamento 21 de esta ciudad y era incapaz de valerse por sí misma, debido a que padecía diversos padecimientos físicos: cáncer, diabetes, presión arterial, deterioro cognitivo e infección urinaria.

Esta omisión de Vicente -quien por el vínculo filial tenía el deber de cuidar de su progenitora-

¹⁴³ ibidem

se exteriorizó cuando los vecinos de Castellano, el 20 de mayo de 2005, solicitaron la intervención policial y del "SAME", lo que concluyó con la internación de la víctima en el "Hospital Tornu".

Una testigo manifestó que el desamparo se originó hace tres años y que el imputado sólo visitaba a su madre con el fin de solicitarle dinero, razón por la cual Castellano era ayudada por los vecinos, todo lo cual la llevó a una decadencia tanto física como material.

La Cámara entendió que los elementos probatorios permiten afirmar que la conducta omisiva de Vicente merece ser encuadrada en lo dispuesto en el art. 106, segundo párrafo, agravado por las circunstancias del art. 107, del Código Penal, ya que se encuentra acreditado que pese a ser el único hijo de la víctima y al notorio estado físico de deterioro de Castellano, debido a las enfermedades que padecía, la habría abandonado a su suerte, lo que incrementó las propias dolencias y provocó otros graves daños a su salud.

En nada modifica el cuadro analizado la circunstancia de que la víctima haya sido socorrida en carias oportunidades por sus vecinos. En primer lugar, tal situación no aventó el peligro corrido por la víctima, tal como señalaron los propios vecinos, pues sus propias limitaciones económicas se lo impedían. Por lo demás, la relación paterno-filial, como fuente de la posición de garante, trae consigo, en lo que interesa al supuesto del *sub examen*, la obligación de no provocar en los padres incapaces por sí mismos -tal el caso de Castellano-, las consecuencias descriptas en el art. 106 del código sustantivo.

Por tanto, la Cámara concluye que debe confirmarse el fallo de primera instancia que declara a Vicente autor penalmente responsable del delito de abandono de persona agravado (artículo 106, primero y segundo párrafo y 107 del Código Penal).

A.3) Proyección penal de estos derechos¹⁴⁴

Abandono de personas

Una figura penal vinculada con estos derechos es el **abandono de persona**. Desde el punto de vista penal, el derecho a la salud debe ser garantizado por quien tenga la posición de garante, sea éste un familiar, o bien el Estado. De modo que su incumplimiento, puede dar lugar al delito de abandono de persona. En la ancianidad este abandono puede ser efectuado

¹⁴⁴ Colaboración de Adolfo Prunotto Laborde –Doctor en Derecho – UNR-

por los familiares a cargo; o bien, por personal de un geriátrico.

La exposición a peligro por abandono o desamparo, está regulada en el Código Penal:

Artículo 106 primer párrafo: *El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años.*

Para que se configure el delito deben darse conjuntamente los siguientes requisitos:

- ✓ El autor debe tener una *posición de garante* -obligación que puede nacer de la ley, como por ejemplo los deberes de cuidado, auxilio y alimento, de los padres a los hijos y viceversa¹⁴⁵, de los esposos entre sí¹⁴⁶, o deberes que derivan de una aceptación voluntaria del actor por un contrato u obligación, por ejemplo el guardavidas, la niñera, el guía de montaña-
- ✓ La víctima deberá ser una persona que gozaba de una situación de protección por parte del garante o que el autor incapacitó – por ejemplo, el caso en que el autor accidentó a la víctima-
- ✓ En ambos supuestos debe darse la **situación de peligro concreto** para la vida o la salud de la víctima.

Circunstancias agravantes de la pena (Artículo 106 2º Párrafo, y Artículo 107):

- ⇒ Que como consecuencia del abandono resultare un *grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, o la muerte.*
- ⇒ Que el hecho delictivo *fuese cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquellos, o por el cónyuge.*

Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

La obligación alimentaria comprende no sólo los alimentos, sino la salud, el alojamiento y otros derechos del anciano. La ley nº 13.944 incorpora al Código Penal figuras delictivas como consecuencia del incumplimiento de los deberes y obligaciones entre parientes, en lo que respecta al aporte para la subsistencia.

¹⁴⁵ Arts. 265/7 Código Civil, 18 y 20 ley 19.134 y 2 ley 13.944.

¹⁴⁶ Art. 108 Código Civil.

En el artículo 1º impone pena a *los padres que aún sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o más si estuviere impedido.*

Por su parte el artículo 2º extiende la disposición a:

- a) *El hijo, con respecto de los padres impedidos*
- b) *El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviera impedido; y al adoptado con respecto al adoptante impedido.*
- c) *El tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallare bajo su tutela, guarda o curatela.*
- d) *El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa.*

Éstos delitos pueden denunciarse ante : * Seccional Policial

*** Fiscalía**

Pueden ser denunciados: * por **cualquier persona** que tome conocimiento de los mismos, salvo el supuesto del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando se trata del cónyuge (solamente el cónyuge afectado puede denunciar el delito).

La protección de la vida en el Derecho Penal¹⁴⁷

En el Código Penal, la vida está protegida a través de las figuras del Libro Segundo, Capítulos I y III, del Código Penal. En primer lugar, se considera el homicidio simple (art. 79). Luego, se regula el homicidio calificado por el vínculo, en el artículo 80 inciso primero, aplicable en el caso que los parientes allí contemplados asesinaran a un anciano.

Homicidio por Piedad y Eutanasia: dos prismas y un mismo objeto

Homicidio por Piedad

Según la perspectiva bioética actual el homicidio por piedad o eutanasia puede ser definida como el *proceso de anticipar la muerte de una persona que padece una enfermedad*

¹⁴⁷ Colaboración de Marianela Fernández Oliva, Adolfo Prunotto Laborde y María Isolina Dabove

*irreversible y que, por su causa, vive en condiciones vitales muy precarias, en el plano físico, psíquico y moral, que pueden ser clasificadas como indignas de su humanidad*¹⁴⁸.

Según la perspectiva bioética actual la eutanasia puede ser definida como el *proceso de anticipar la muerte de una persona que padece una enfermedad irreversible y que, por su causa, vive en condiciones vitales muy precarias, en el plano físico, psíquico y moral, que pueden ser clasificadas como indignas de su humanidad*¹⁴⁹. Este proceso de aceleración del fallecimiento del enfermo terminal se genera a partir de la presencia de dos elementos: 1) La ayuda -por acción u omisión- de terceras personas, sin las cuales no podría producirse el deceso. 2) El cumplimiento de una finalidad: hacer el bien al paciente moribundo, liberándolo -al decir del profesor **PECES BARBA**- *del dolor y de sufrimientos y dificultades que resultan extremas e insuperables* (encarnizamiento terapéutico)¹⁵⁰.

La eutanasia también puede ser categorizada como voluntaria, involuntaria y no voluntaria; o bien como eutanasia activa y pasiva¹⁵¹. En la **eutanasia voluntaria**, el proceso de aceleración de la muerte se lleva a cabo *a petición de la persona que se va a morir*¹⁵². Mientras que, la **eutanasia involuntaria** se desarrolla cuando *la persona a quien se da muerte tiene capacidad para consentir en su propia muerte, pero no lo hace; ya sea porque no se le pregunta, o porque se le pregunta y escoge seguir viviendo*¹⁵³. En los casos de eutanasia **no voluntaria**, nos encontramos con que el paciente no es capaz de comprender la elección entre la vida y la muerte encontrándose pues, imposibilitado para consentir. Tal sería el caso de pacientes que presentan graves trastornos psicofísicos que afectan su estado de entendimiento¹⁵⁴.

La **eutanasia** es **activa** cuando la muerte se produce por el obrar directo de un tercero, verbigracia, administrando alguna droga letal (eutanasia propiamente dicha). Se la considera **pasiva**, en cambio, cuando se da por terminado el uso de cualquier medio excepcional empleado con el objeto de mantener con vida a una persona en estado vegetativo. -por ejemplo, desconectando el respirador- (ortotanasia)¹⁵⁵.

Actualmente, existen países que han establecido atenuantes al homicidio cuando éste se practica por piedad y otras que han despenalizado la práctica eutanásica cuando ésta se llevare a cabo bajo ciertos criterios estrictamente establecidos en la ley. Podemos citar como

¹⁴⁸ V. PECES BARBA, Gregorio; La Eutanasia desde la Filosofía del Derecho, en "Problemas de la Eutanasia", coord. por Francisco Javier Ansuátegui Roig, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, 1999, págs. 17 y ss.

¹⁴⁹ V. PECES BARBA, Gregorio; La Eutanasia desde la Filosofía del Derecho, en "Problemas de la Eutanasia", coord. por Francisco Javier Ansuátegui Roig, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - Dykinson, 1999, págs. 17 y ss.

¹⁵⁰ V. PECES BARBA, G.; op. cit.

¹⁵¹ V. SINGER, Peter; Ética práctica, 3º ed., trad. Marta I. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1991, págs. 161 y ss.

¹⁵² V. SINGER, P.; op. cit., pág. 162. Y también: MEDINA, Graciela y LEAL DE IBARRA, Javier; El derecho a una muerte digna, en Jurisprudencia Argentina (JA), 1997, T. I, págs 925 y ss.

¹⁵³ V. SINGER, P.; op. cit., pág. 163; MEDINA, G y LEAL DE IBARRA, J; op cit., págs 925 y ss.

¹⁵⁴ Ibidem, pág. 164

¹⁵⁵ V. FERNANDEZ GARCIA, E.; Dignidad humana y Eutanasia, en "Problemas de la Eutanasia... cit.", págs. 34 y ss.

ejemplo las legislaciones de Holanda, Bélgica, España, Noruega, El Salvador, Bolivia, Paraguay, Perú, Colombia, entre otros.

La eutanasia no cuenta con un régimen legal especial en nuestro país. Por ende, su concreción implica la responsabilidad penal para aquel que la ejecute. Aún cuando se cuente con el consentimiento de la persona solicitante. La figura aplicable es el delito de instigación o ayuda al suicidio del art. 83 del C.P.; o bien, el delito de homicidio del 79 C.P.¹⁵⁶

En Argentina, la eutanasia no cuenta con un régimen legal integral. El 9 de Mayo de 2012 fue sancionada la Ley N° 26.742¹⁵⁷, llamada de *“muerte digna”*, que significó una modificación significativa a la Ley N° 26.529 de octubre de 2009, de los Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Aunque esta nueva norma implique una ampliación de los derechos de las personas en el caso de su muerte, es importante señalar que la misma no consagra la práctica de la eutanasia.

La Ley 26529 y su modificatoria, consagran que los pacientes tienen derecho a aceptar o rechazar terapias y/o procedimientos médicos, cuando presente *una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación*. Asimismo, se establece que *toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes*.

Modificaciones introducidas a la Ley 26.529, por la Ley 26742:

- *Artículo 2, inciso (e) autonomía de la voluntad: Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal*

¹⁵⁶ V. DABOVE, M.I.; *Perspectiva...* cit.

¹⁵⁷ Colaboración de Marianela Fernández Oliva

irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

- Artículo 5: Definición. Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

a) Su estado de salud;

b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c) Los beneficios esperados del procedimiento;

d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicio en relación con el procedimiento propuesto;

f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento

- Artículo 6: Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

- *Artículo 4, inciso (f): en el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.*

- *Artículo 10: Revocabilidad. La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica. Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.*

Resulta de particular importancia para nuestra materia, lo dispuestos en relación a las Directivas Anticipadas:

- *Artículo 11: Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.*

- *Incorporación del Artículo 11 (bis): Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma.*

B) Integridad física y moral. Violencia y Vejez.¹⁵⁸

La violencia es un fenómeno social que ha estado presente en las comunidades desde tiempos remotos. En su diario desarrollo, el hombre suele enfrentar situaciones violentas, ya

¹⁵⁸ Colaboración de Vanesa Barnett –Abogada – UNR-

sea en el ámbito laboral, social o político e incluso, en el familiar¹⁵⁹. El Consejo de Europa considera violenta *toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psíquica o, incluso la libertad de otro de los miembros de la misma familia que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad*¹⁶⁰.

A través de la historia, la familia ha sido considerada como una esfera cerrada, que importaba la discusión privada de sus asuntos y por ende, la resolución de los mismos dentro de sus murallas. Esta concepción, sin embargo, ha ido variando, dándose paso a la discusión abierta de los comportamientos violentos que en ella se producen. Así, pues, dentro de estos parámetros, cualquiera sea su nivel social, los individuos más propensos a ser receptores de la violencia son los niños, las mujeres y los ancianos. En este último caso en particular, las causales de violencia más frecuentes se vinculan con la personalidad del agresor, el contexto familiar, el nivel socio-cultural y educativo y el bagaje de experiencias de cada uno de sus integrantes. Pero, el punto neurálgico de la problemática de la violencia en la vejez es, sin duda, la valoración negativa que la sociedad toda tiene, desde larga data, de los gerontes.

En la actualidad, los datos demográficos revelan que la calidad de vida de los ancianos se ve afectada porque padecen una alta dependencia económica –falta de ingresos personales–; carencia de vivienda propia y dependencia emocional. Todo ello hace de estos sujetos, una población especialmente vulnerables a las situaciones de abuso y maltrato cotidiano.

Sara Noemí Cadoche ha sostenido sobre esta materia que: *Diversas pueden ser las formas de manifestarse la violencia sobre el anciano: física, psíquica, económica, tanto por actos positivos como por la negligencia, el abandono, la falta de preocupación por sus necesidades, no tener en cuenta a sus inquietudes, sus opiniones, es especial sobre quien lo va a cuidar –cuando está en condiciones mentales de decidirlo– o presionarlo para que cambie de casa (por ejemplo, para que se vaya a la casa del hijo, provocando una situación que pasa de ser idílica a conflictiva al verse “agregado” en otro hogar que es conducido por otros)*¹⁶¹. Por ello, importante será que la legislación vigente sea interpretada y aplicada, en atención a la especial situación de padecimientos que pesa sistemáticamente sobre este sector de la población.

En apartados anteriores hemos visto que la Constitución Nacional menciona de manera específica a los ancianos en el artículo 75, inciso 23, únicamente. Luego, su protección queda

¹⁵⁹ V. PÁRRAGA de ESPARZA, Marisela, Violencia doméstica: maltrato marital, consideraciones generales, en “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas”, Maracaibo, Enero-Diciembre 1994, pág. 55.

¹⁶⁰ V. DUTTO, Ricardo, Violencia Familiar o Doméstica, en “Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la Provincia de Santa Fe”, N° 31, Santa Fe, Jurídica Panamericana, 1997, pág. 159.

¹⁶¹ V. CADOCHÉ, Sara N, Violencia hacia los ancianos, en “Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia”, Buenos Aires, Lexis-Nexis Abeledo-Perrot, 2003, t. 24, págs. 26-28.

comprendida en las normas generales sobre los derechos de los habitantes, y la *protección integral de la familia*, de los artículos 14 y 14 bis. Respecto a la violencia, en Argentina rigen dos tipos de normas: una nacional y otra, provincial. La ley nacional 24.417 sólo describe la situación de violencia, las personas intervinientes y brinda una serie de pautas procesales a seguir cuando la violencia ya ha sido ejercida. A nivel provincial, las constituciones más antiguas no han mencionado el problema (Entre Ríos, Misiones, y Neuquén), excepción a esto es la constitución de Santa Fe de 1962 que brinda en su artículo 23 especial protección a la ancianidad. Además, nuestra provincia cuenta con la ley 11.529 que refiere a la cuestión¹⁶².

Algunos de los cuerpos legales mencionados, colocan a la persona mayor junto a los incapaces y niños. Cuestión que nos induce a pensar que la persona mayor es equiparada al incapaz. En este sentido, enormes son los vacíos legales que encontramos en lo que respecta al tratamiento de la violencia familiar en los ancianos. De allí se deriva la necesidad de considerar a los ancianos, sujetos de derecho plenos y, como tales, pertenecientes a un grupo separado de los niños, o de quienes han sido declarados judicialmente incapaces y, merecedores de tratamiento legal específico.

Así, la ley nacional N° 24.417 sólo menciona a la persona mayor en el art. 2º. En cambio, la ley provincial N° 11.529 de Violencia Familiar, si bien en forma expresa no habla de ancianos, permite inferir que se encuentran comprendidos dentro del núcleo familiar considerado. Al respecto, el artículo 1º sostiene: *A los efectos de esta ley, entendiéndose por tal surgido del matrimonio o uniones de hecho, sean convivientes o no, comprendiendo ascendientes, descendientes y colaterales*¹⁶³. Sobre el tema la Dra. Dabove ha señalado que: *...La ley provincial parece contar con una redacción un poco más prudente y feliz -que la nacional-, pues se dirige a todas aquellas personas que sufrieren lesiones o malos tratos físicos o psíquicos por parte de algún integrante del grupo familiar (art. 1º, ley 11.529), sin hacer mayores distinciones. Y más adelante agrega que, la violencia en los viejos es tratada en relación directa y estrecha con la problemática de los niños, al punto de llegar a disolverse en el concepto mismo de minoridad*¹⁶⁴.

B.1) Ley nacional de protección contra la violencia familiar¹⁶⁵

La ley nacional N° 24.417 de "Protección contra la Violencia Familiar"¹⁶⁶ fue sancionada el 7 de diciembre de 1994, y publicada el 3 de enero de 1995, siendo reglamentada por medio

¹⁶² V. CADOCHÉ, S. N., op. cit., pág. 95.

¹⁶³ Ver el texto completo de estas leyes.

¹⁶⁴ V. DABOVE, María Isolina, Violencia y ancianidad, Sugerencias para la Reforma de Leyes, DJ, 1999-2, Pág. 1170 y ss.

¹⁶⁵ Colaboración de Pablo Lanza –Doctor en Derecho – UNR- y Rosana G. Di Tullio Budassi –Abogada – UNR-

¹⁶⁶ V. "A.D.L.A.", t. 1995-A, pág. 9.

del decreto N° 235/1996, del 8 de marzo de 1996¹⁶⁷.

Como antecedentes de esta legislación puede decirse que la violencia familiar se encontraba ya tratada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención sobre la Eliminación de todo tipo de Discriminación contra la Mujer (ley N° 23.179), en la Convención de los Derechos del Niño (ley N° 23.849), y en las Recomendaciones del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente¹⁶⁸.

Un antecedente directo de la ley nacional fue la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como «Convención de Belem do Pará » suscripta por nuestro país en el año 1994. Esta Convención refiere a la protección de la mujer ante la violencia dentro de la familia o por parte de la comunidad.

En este entramado, la ley 24.417 no trata en forma expresa la problemática de la violencia familiar que puedan sufrir las personas mayores. Por eso, creemos que en forma desafortunada en el art. 2º, se los equipara a los menores, incapaces y discapacitados.

Este tratamiento no es apropiado, atento a las distintas problemáticas existentes en materia de menores, incapaces y discapacitados, que no son las de los ancianos. En lo que sí debemos estar de acuerdo es que todos ellos –incluidos los ancianos– conforman grupos vulnerables.

Decreto nacional N° 235/1996

El decreto 235/1996 se dicta a fin de implementar un sistema que permita la plena aplicación de la Ley 24.417. En este texto se establece que, previo a la decisión sobre las medidas cautelares que podrá tomar, el juez deberá contar con el pertinente apoyo técnico, que le permitirá abordar en forma más precisa, la situación concreta de violencia familiar. Ello, debido a que no se pueden establecer parámetros comunes en estas situaciones.

Además, se observa que para complementar la actividad jurisdiccional, el decreto ordena la creación de un Cuerpo Policial Especializado, dentro de la Policía Federal Argentina y de un Registro de ONGs. Todos ellos afines a esta temática y habilitados para brindar asesoramiento jurídico gratuito y recibir denuncias por agresor y víctima.

Actividad N°5

1) Lea y analice la ley de protección sobre violencia familiar correspondiente a su

¹⁶⁷ V. Lexis N° 05678.

¹⁶⁸ V. "Antecedentes Parlamentarios", t. 1997-A.

provincia.

2) ¿La ley hace un tratamiento específico de la violencia ejercida sobre personas ancianas?

3) ¿Qué tipo de sanción establece la ley para el agresor?

4) ¿La ley crea organismos especializados para de tratar estas cuestiones?

B.2) Proyección en el Derecho Penal¹⁶⁹

Sabemos que, respecto a la violencia familiar de los ancianos, suelen configurarse dos tipos de situaciones: Supuestos de agresión física y moral con consecuencias leves para la persona y los casos graves.

Para las conductas violentas graves es posible reconocer algunos tipos penales, aplicables a la problemática de la ancianidad. A modo enunciativo podemos mencionar: las lesiones graves y gravísimas, el abuso sexual, la coacción, las amenazas y el homicidio, entre otras. Sin lugar a dudas, sobre ellas sí deberá intervenir el Derecho Penal, simplemente porque son delitos perseguibles de oficio.

Violencia familiar y obligación de denunciar

Respecto a la violencia familiar y la obligación de denunciar, no deben olvidarse las disposiciones de la ley nacional 24.417. En particular, porque en su artículo 2º dispone: *Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, **ancianos**, o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o el ministerio público. También estarán obligados a efectuar la denuncia los **servicios asistenciales, sociales** o educativos, **públicos o privados**, los profesionales de la salud y todo funcionario público en razón de su labor. El menor o incapaz puede directamente poner en conocimiento de los hechos al ministerio público.*

Entendemos que, en caso de que el personal de un geriátrico tome conocimiento de alguna situación de violencia que se ejerza sobre algunos de sus residentes -por ejemplo durante una visita o una salida-, de acuerdo a lo normado por la ley tiene obligación de denunciar el hecho.

Violencia familiar y abuso sexual

¹⁶⁹ Colaboración de Adolfo Prunotto Laborde – Doctor el Derecho – UNR -

Respecto a la violencia familiar y el abuso sexual de los ancianos, en el año 1999 se dictó la ley 25.087 que sanciona los delitos contra la integridad sexual. Con ella se *incorporaron nuevas figuras: se tipifica la conducta de quien ‘abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo (...) cuando mediar (...) abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder...’ (art. 2º), agravándose la pena cuando fuere cometido por un descendiente o por quien estuviere ‘encargado (...) de la guarda’ o cuidado de la víctima (art. 2º inc. b). Tipifica también la conducta de quienes, siendo ‘...descendientes (...) afines en línea recta (...) curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de (...) autoridad, de poder, de confianza (...) cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este Título serán reprimidos con la pena de los autores’ (art. 13).*

Razón por la cual, debe enfatizarse que los ancianos –tanto por los actos cometidos contra ellos por sus descendientes como por sus cuidadores– son alcanzados así por la *protección especial de esta ley*¹⁷⁰. En suma, los ancianos pueden ser sujetos pasivos de estos ilícitos. Sobre todo porque, como ya vimos, su vulnerabilidad económica, afectiva, biológica y social, los convierten en víctimas potenciales de violencia familiar.

Violencia familiar y lesiones

En principio, para que proceda una investigación penal por lesiones –culposas o dolosas–, se necesita que la víctima –el anciano– manifieste en forma expresa su deseo de “instar la acción penal”. Si bien no debemos olvidar que el art. 72 del Código Penal establece también una excepción a esta exigencia: la existencia de *razones de seguridad e interés público*, que permitirían la intervención de oficio, mediante la actuación del fiscal como titular de la acción.

El tipo penal de las lesiones protege, en efecto, *la integridad corporal y la salud de la persona humana, incluyendo tanto el aspecto anatómico, como el fisiológico, incluyendo la salud física y psíquica*. Dos clases de lesiones pueden, pues, configurarse. Aquellas que provocan daño en el cuerpo. Es decir, alguna alteración en la estructura física del organismo, ya sea por medio de lesiones internas (rupturas de órganos o tejidos), o por medio de lesiones externas (cortaduras visibles, mutilaciones, contusiones, quemaduras, manchas, pigmentaciones en la piel), de fácil constatación. Pero distinto es el caso cuando nos encontramos con un daño en la salud, que abarca la salud psíquica de la víctima. Su demostración y constatación no es del todo fácil y/o accesible dentro del proceso penal, lo que no nos permitiría tener por acreditado el daño y, por consiguiente, no obtendríamos una condena. En estos casos, la pericial psicológica constituye una prueba relevante para acreditar este tipo de lesiones.

¹⁷⁰ V. CADOUCHE, S. N., op. cit., págs. 99-100.

Violencia familiar y omisión impropia

Las distintas conductas ilícitas que pueden sufrir los ancianos cuando se encuentran internados en un hospital, geriátrico, hogar, o en situaciones similares, hace que debamos estudiar también la “omisión impropia”.

En lo que respecta al “autor”, éste adquiere una gran importancia en los tipos omisivos, originando la clasificación en “tipos de omisión propia y tipos de omisión impropia”. Al respecto, Zaffaroni establece que: *Se llaman omisiones impropias o tipos de omisión impropia a aquellos en que el autor sólo puede ser quien se encuentra dentro de un limitado círculo (delicta propria) que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo*¹⁷¹.

Por otra parte, hay que destacar que en la omisión impropia, la posición en que debe hallarse el autor, se denomina “posición de garante”. Posición que pesa sobre la persona que tiene a su cargo un especial deber de garantía sobre la vida o bienes de otra. Esta posición puede provenir de la ley, de un contrato o de la conducta anterior del sujeto. En lo que respecta a los ancianos, la posición de garante más frecuente, por la vía del deber legal, incluye a los descendientes, hijos y demás parientes, que están a cargo de su cuidado y atención. La posición de garante originada por un contrato, en cambio, da origen para una de las partes, a la obligación de garantía respecto de la otra. Ello sucede, por ejemplo, entre la enfermera y/o el médico respecto del anciano al que asisten; o los dependientes que trabajan en un geriátrico, respecto de los ancianos allí alojados.

B.3) Violencia familiar y mediación

Cuando analizamos la ley nacional N° 24.417 decíamos que, por el artículo 5, el Juez deberá convocar a las partes y al Ministerio Público a una Audiencia de Mediación, dentro de las 48 hs. de adoptadas las medidas precautorias. Es en esa instancia cuando el Juez debe instar al grupo familiar a programas educativos o terapéuticos.

Dada pues, la complejidad de la violencia en la ancianidad, no tenemos que olvidarnos que lo más importante es contar primero, con medios y mecanismos que ayuden a la prevención y luego, con herramientas que ayuden al Juez para “intentar” resolver el problema de violencia intrafamiliar. El recurso a los equipos interdisciplinarios y a los Comité de Bioética pueden contribuir, sin duda, a cumplir con estos cometidos.

¹⁷¹ V. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar, pág. 454

C) Libertad y comunicación. Relación entre generaciones. El papel de los medios de comunicación¹⁷².

La libertad y la comunicación son esenciales en el ser humano, cualquiera sea su edad. Pero con mayor razón deben ser protegidas en los ancianos, ya que constituyen un segmento poblacional pocas veces escuchado en nuestra cultura. La historia y la literatura muestran, además, numerosas situaciones de incomunicación entre las generaciones¹⁷³.

En nuestro tiempo, los medios de comunicación despliegan una influencia decisiva en la vida cotidiana de todas las personas. Mas, en los ancianos, estos funcionan muchas veces como instrumentos de discriminación. Sin embargo, también vale destacar que los medios de comunicación pueden cumplir un papel importante, cuando son utilizados para informar y educar a la población en relación a sus derechos. Respecto de los ancianos ello sucede, por ejemplo, cada vez que se sirven para pensar su problemática, se los noticia sobre el cobro de jubilaciones y pensiones; cuando se refieren al ejercicio de sus derechos; o bien, al difundir los lugares a los ellos pueden acudir en busca de asesoramientos adecuados.

C.1) Derechos referidos a la libertad

En apartados anteriores hemos visto que la libertad es un bien jurídico, consagrado por nuestra Constitución y por las Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos incorporados en el 1994 (*texto constitucional enriquecido*).

En relación a los ancianos cabe inferir que toda acción destinada a impedir que éstos salgan de su casa o de un geriátrico **sin que medie una orden judicial que se los impida**, constituye sin más, delito de privación ilegítima de libertad. Para restringir la libertad ambulatoria de cualquier persona debe existir, pues, una disposición emanada de autoridad competente. Por suerte, la jurisprudencia nacional ha ido acompañando este criterio mediante acertadas decisiones

En un fallo se sostuvo que:

...el padre del demandante, en todo momento *había ejercido la libertad de entrar y de salir solo del establecimiento*; sin contar con la ayuda de ningún familiar y sin objeción alguna de su hijo, quien interpuso la demanda. Por ello, la Cámara expresó también, que *el señor Fabrykant no*

¹⁷² Colaboración de Adolfo Prunotto Laborde – Doctor el Derecho – UNR -
¹⁷³ V. DABOVE, M.I.; Los derechos... cit., págs. 115 y ss.

era un paciente o un enfermo, sino un anciano que, con los achaques propios de su edad, estaba en condiciones de mantener a los 90 años, los atributos de su libertad ambulatoria. Una interpretación distinta de la cláusula en cuestión, importaría consagrar, para una persona no incapacitada, una privación ilegítima de la libertad que no es tolerada tanto por la Constitución Nacional (art. 14) como por la Declaración Americana de los Derechos del Hombre –Bogotá 1948-, por la Declaración Universal de Derechos Humanos –1948- y por la Convención Americana sobre Derechos humanos (art. 22.1) que tienen también jerarquía constitucional (art. 75.22 CN)

(Cámara Nacional Civil y Comercial Fed., Sala 1ª, Jaime contra PAMI y otro sobre Daños y Perjuicios, 10/10/1996, en “Jurisprudencia Argentina - CD”, Documento N° 75326)

En otro fallo se dijo que:

...la internación en un geriátrico, mediante engaño, con orden de impedir a la internada comunicación con familiares, constituye privación ilegal de la libertad...

(Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 5 - Pelaez, Cecilia I. y otro contra Establecimiento Geriátrico - 21 de noviembre de 1997, en “Jurisprudencia Argentina - CD”, Documento N° 12.361)

Ahora bien, por supuesto que junto a la libertad de circulación, cabe reconocer la vigencia de algunas restricciones al ejercicio de este derecho. Pero éstas deben ser razonables, adecuadas y pertinentes al caso. Así, por ejemplo, si en un geriátrico el reglamento estableciera horarios para la entrada y salida de sus residentes, los mismos deberán ser respetados.

C.2) Derechos referidos a la comunicación

Los derechos referidos a la comunicación tienen directa relación con los principios constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio. El principio del *debido proceso*, comprende:

- a) derecho a ser oído,

- b) derecho a ofrecer pruebas,
- c) derecho a controlar la prueba,
- d) posibilidad de alegar y
- e) posibilidad de recurrir.

Por su parte, el principio de defensa en juicio garantiza a la persona el libre ejercicio de su defensa, pudiendo elegir el profesional de su confianza o defenderse personalmente, y comunicarse libremente con su defensor en todo momento (Artículo 18 Constitución Nacional).

D) Derechos patrimoniales en la vejez. Bienes y cosas envejecidas. Casos, normas y valores. Propiedad. Consumo. Acceso al Crédito. Sucesiones¹⁷⁴.

El derecho de propiedad es un derecho real complejo, que supone una relación de disposición, uso y goce en favor de una persona, sobre los bienes y cosas que están dentro de su patrimonio. Para su plena configuración, este derecho requiere el cumplimiento de dos condiciones: 1- Acreditar el dominio (titularidad o nuda propiedad) de la persona sobre la cosa o bien, objeto de la relación (lo cual le permitirá, entre otras posibilidades, vender, alquilar, hipotecar ese bien).; 2- Ejercer la posesión sobre ese bien del cual se es titular. Es decir, es necesario que la persona haga un uso y goce efectivo del objeto de dominio.

En la ancianidad, el derecho de propiedad requiere especial atención, debido a la frecuente desprotección de los adultos mayores ante las demandas abusivas de familiares y amigos.

La **Constitución Nacional** consagra la protección de éste derecho en los siguientes artículos:

Artículo 14: *Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos....usar y disponer de su propiedad...*

Artículo 14 bis: *El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social...En especial la ley establecerá ...la defensa del bien de familia...y el acceso a una vivienda digna....*

Artículo 17: *La propiedad es inviolable.*

Nuestro Código Civil, por su parte define a la propiedad en el artículo 2506 como el

¹⁷⁴ Colaboración de María Elena Vitale –Abogada – UNR- , Rosana G. Di Tullio Budassi –Abogada – UNR- y María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid

derecho.. *en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.*

Lo sustancial del derecho de propiedad es, por tanto, la facultad de gozar de la cosa ampliamente. Ya sea, para usar de ella como vivienda, para obtener de ella los frutos que produce; o bien para disponer de la cosa: enajenarla, alquilarla o gravarla.

En este sentido, creemos que el derecho de propiedad de los ancianos puede muy bien ser entendido como la facultad de ocupar, vivir y disponer del fruto de sus afanes. Su derecho a no ser postergado dentro de su propia casa, a no ser despojado ilegítimamente de ella.

D.1) Derecho a la vivienda

A nuestro juicio, el derecho a la vivienda está estrechamente vinculado al derecho de propiedad, aunque históricamente se lo asocie con el desarrollo de los derechos económicos sociales y culturales. El derecho a la vivienda está referido a la construcción del espacio de vida personal sobre el cual una persona ejerce su poder, su señorío, su libertad.

La **Constitución Nacional** consagra la protección de éste derecho en los siguientes artículos:

Artículo 14 bis: *El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social...En especial la ley establecerá ...la defensa del bien de familia...y el acceso a una vivienda digna....*

En el “Plan de acción internacional de Viena sobre el envejecimiento”, la recomendación 19 señala:

...Debe considerarse que la vivienda destinada a los ancianos es algo más que un mero albergue. Además del significado material, tiene un significado sociológico y social que debe tomarse en consideración. A fin de liberar a las personas de edad de la dependencia de otras personas, las políticas nacionales en materia de vivienda deben perseguir los siguientes objetivos:

- 1- que las personas de edad permanezcan en sus propios hogares, mientras sea posible*
- 2- adaptación edilicia de las viviendas, para facilitar su vida cotidiana.*

Derecho de habitación viudal

El derecho de habitación viudal ha sido incorporado a nuestro Código Civil por la reforma de 1974.

Artículo 3573 bis del CC: *Si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiere constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias.*

Este derecho permite al cónyuge supérstite permanecer en el hogar conyugal, si se cumplan las siguientes condiciones:

- a- Que el fallecido hubiere dejado un solo inmueble habitable, integrante del acervo sucesorio.**
- b- Que en el inmueble se hubiese constituido el hogar conyugal.**
- c- Que el valor del inmueble no exceda el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas Bien de Familia.**

Este derecho debe ser invocado expresamente por el cónyuge supérstite. De manera tal que debe oponer su derecho al de los coherederos y legatarios.

Para que esta invocación sea oportuna, debe realizarse en el marco del proceso sucesorio, en la etapa anterior al consentimiento de cualquier acto que sea incompatible con la conservación del mismo. Así, por ejemplo, este derecho deberá invocarse antes de consentir la partición, o la venta o la adjudicación en plena propiedad del bien en cuestión, a los herederos.

El derecho de habitación viudal se extingue: 1) por muerte del cónyuge supérstite, 2) si se le da a la vivienda un destino distinto, 3) si contrae nuevas nupcias.

Merece destacarse que el Proyecto de Código Civil y Comercial amplía este derecho a los convivientes, en el caso de que el supérstite carezca de vivienda o de bienes que le aseguren el acceso a ésta:

Artículo 527: El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

D.2) Otras instituciones. Renta vitalicia. Usufructo.

Renta Vitalicia

El contrato de renta vitalicia cumple una importante función social, de suma utilidad para el respeto del derecho de propiedad de los ancianos. En efecto, a través de esta institución es posible asegurar este derecho a quienes, siendo titulares de una propiedad, les resulta difícil de mantener por recibir una jubilación o pensión insuficiente, o bien porque sufren privaciones para hacer frente a los impuestos correspondientes. Esta figura requiere de una especial confianza, que deriva de la propia naturaleza del contrato, o de la intención de las partes.

El conocimiento y aplicación del artículo 2070 C.C., sin duda, puede aliviar situaciones de apremios económicos a los ancianos. De la lectura de este artículo, se desprende que para la constitución de este contrato, se requieren dos partes: el acreedor y el deudor.

El acreedor de la renta -el beneficiario-, se obliga a entregar al deudor, un capital, dinero u otros bienes muebles o inmuebles. A cambio de lo cual, el deudor de la renta, contrae el compromiso de pagarle una renta de por vida, en el momento convenido, mientras dure la vida del acreedor. Así, pues es de destacar que este contrato es de carácter aleatorio, ya que las ventajas y desventajas que para las partes supone, dependen de la duración de la vida del acreedor. Cabe aclarar que si el bien dado por el acreedor se trata de la casa en donde habita, sólo transmitirá la *nuda propiedad*. Conservando sobre el inmueble el *usufructo*, situación que se mantendrá hasta su muerte.

Ante la *falta de pago de la renta*, el acreedor tiene derecho a reclamar su pago o pedir la resolución del contrato.

La *renta se extingue* con la muerte del acreedor.

Vistas las características y beneficios de este instituto, podemos concluir que la renta que perciba a cambio el anciano, unida al beneficio previsional, le permitirá acceder a un nivel de vida más digno.

Usufructo

El artículo 2807 del Código civil dispone que el usufructo: *es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia.*

El usufructo es una institución que se deriva históricamente del derecho de propiedad, toda vez que este derecho se configura sobre la base del instituto de la posesión. El usufructo se asimila a la propiedad, en el hecho de que el usufructuario se comporta como el propietario respecto de la cosa, es decir: usa y goza de la misma. Pero se distingue de ella, toda vez que el propietario posee el dominio sobre el bien, pudiendo, por tanto, disponer del mismo (vender, alquilar, hipotecar). Así, pues, en el usufructo, el derecho de propiedad se desdobra, de modo tal que una será la persona titular de la nuda propiedad (vale decir, detentará el dominio pudiendo, por ende disponer del bien); pero otra será quien detente el uso y goce de la cosa o bien, objeto de posesión.

En la actualidad el uso de esta figura ha crecido enormemente entre los ancianos, debido a su vinculación con la donación. En efecto, la **donación con reserva de usufructo** permite resolver en vida, el destino de los bienes que, de otro modo, hubiesen formado parte del acervo hereditario. Resulta frecuente que las personas de edad hagan transmisión de la propiedad de inmuebles, o de bienes productivos económicamente, a algunos familiares. Pero a cambio, el anciano establece como condición, la reserva del derecho a usar y gozar de la cosa, hasta su muerte. Por este medio, entonces, la nuda propiedad queda en manos de los donatarios –quienes reciben el bien donado-, pudiendo disponer libremente de la misma, siempre y cuando se respete el usufructo en cabeza del donante¹⁷⁵.

D.3) Consumo y acceso al crédito

Derecho al consumo en la vejez

La problemática del consumo y del acceso al crédito ha sido, sin duda, una de las que más ha crecido en los últimos años. Pero, en relación a la ancianidad, ella adquiere una connotación especial. Sabemos que las necesidades de consumo están estrechamente vinculadas a los medios económicos con que cuente una persona. Por ello cabe inferir que, en la actualidad, el anciano es proclive a consumir de forma habitual, productos y servicios a los cuales en otra época de la vida no tenía acceso.

¹⁷⁵ V. MARIANI DE VIDAL, Marina, Curso de derechos reales, 4ªed., Buenos Aires, Zavalía, 1997, T. I.

El Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, en la Recomendación 18, señala que los gobiernos deberán:

A- garantizar que los alimentos, enseres domésticos, las instalaciones y los equipos cumplan normas de seguridad que tengan en cuenta la vulnerabilidad de las personas de edad.

B- Promover el uso prudente de los medicamentos, los productos químicos que se utilizan en el hogar y otros productos, exigiendo que los fabricantes coloquen en esos productos advertencias y las instrucciones necesarias para su empleo.

C- Poner al alcance de las personas de edad fármacos, audífonos, prótesis dentales, anteojos otras prótesis, para que puedan continuar una vida activa e independiente.

D- Limitar la publicidad intensiva y otras técnicas de venta destinadas fundamentalmente a explotar los escasos recursos de las personas de edad.

En nuestro país, el derecho del consumidor cuenta con un claro respaldo constitucional toda vez que el art. 42 hace referencia explícita a esta problemática. Sin embargo, la primera **Ley de Defensa del Consumidor (24.240)** argentina es del año 1993; es decir, se promulgó un año antes de la reforma de nuestra Carta Magna. En el año 2008 fue su última reforma (Ley 24.999) dando lugar de una manera más explícita a mecanismos de protección de los consumidores en el ámbito de la salud.

Ahora bien, aunque la Ley trata a los consumidores como iguales, es preciso resaltar que existen diversos factores que conllevan a contemplar las particularidades en los sujetos contratantes, motivados en razones de justicia. Desde esta perspectiva vale señalar que los ancianos suelen ser víctimas frecuentes de situaciones de abuso en su faz de sujetos consumidores de bienes o servicios. Así, por ejemplo, la práctica jurídica demuestra que los cambios en las formas de las contrataciones, sumadas a las nuevas prácticas publicitarias, que muchas veces resultan engañosas, o tal vez, son simplemente incompletas; favorecen a que el anciano se vea envuelto en una relación, cuyo objeto y forma de celebración del contrato, distan de lo que figuraba en apariencias; o son muy diversas a sus costumbres.

Acceso al crédito

En Argentina, las posibilidades que se proporcionan al anciano para que acceda al

crédito son sumamente escasas. Las instituciones bancarias- habitualmente proveedoras de crédito- tienen como único fin lograr ganancias, sin correr ningún tipo de riesgo. Es decir, entendido éste no como falta de garantía o de pago, sino como el no logro de toda la actividad proyectada. Las disposiciones administrativas del Banco Central son las que permiten que el otorgamiento de créditos a las personas de edad avanzadas. Son ellas, pues, las que establecen los requisitos mínimos a cumplimentar, en el mercado bancario. Frente a este panorama, resulta injusto advertir que, aún cuando exista la posibilidad de colocar bienes inmuebles en garantía –hipoteca-; la edad avanzada, sigue siendo una traba infranqueable para el reconocimiento de créditos de alto monto.

D.4) Derechos sucesorios, testamentos y legados

Otro de los caminos por el cual una persona puede disponer de sus bienes, está comprendido en los llamados derechos sucesorios. En efecto, en nuestro sistema jurídico, el derecho de propiedad no se extingue con la muerte de una persona. Continúa en la persona del heredero del causante –sujeto fallecido-. En este caso, la sucesión se denomina “mortis causa”.

Según el **artículo 3279 del Código Civil**: *es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla...*

Esta sucesión puede ser universal o particular. Es **universal**, cuando se transmite al sucesor el patrimonio en su conjunto o una parte alícuota (porción hereditaria). Es **particular**, cuando se transmiten uno o varios objetos determinados, mediante legado.

Para su configuración, la sucesión mortis causa requiere la existencia de:

- a) persona fallecida (causante)
- b) los llamados a suceder, por voluntad del causante o por disposición de la ley. Los sucesores a título universal, se denominan “herederos” y si lo fueran a título particular, “legatarios”
- c) el conjunto de bienes, que componen el patrimonio del causante (acervo hereditario).

La ley fija un orden de parientes con derecho a suceder, cada uno de los cuales desplaza al

siguiente. A este régimen se lo denomina, orden de preferencia.

El Código Civil, además, distingue dos tipos de sucesiones: la legítima y la testamentaria. La **sucesión es legítima**, cuando sólo es deferida por la ley y **testamentaria** cuando lo es por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Puede también deferirse la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte, y en otra por disposición de la ley (artículo 3280 del CC).

A través del derecho sucesorio, el Estado interviene en defensa del patrimonio del causante y su familia. Pero también, garantiza un espacio de libertad y autonomía, gracias al reconocimiento del derecho a testar. Desde esta perspectiva, el anciano bien puede ver beneficiada su capacidad de decisión, en la medida en que ejerza legalmente el derecho a disponer su patrimonio por testamentos y legados de bienes en particular¹⁷⁶.

E) La problemática especial de las Residencias Gerontológicas: el problema de la libertad, el lugar y el “encierro”.¹⁷⁷

En la actualidad, el Geriátrico constituye una alternativa adoptada por la sociedad, la familia y el Estado como respuesta considerada eficaz, frente a la necesidad de alojamiento y asistencia médica que requieren, en ciertos casos, los ancianos. Siguiendo a *Anne Marie Guillemard* podríamos decir que en principio, los Geriátricos constituyen estructuras de acogida, gracias a las cuales las personas de edad avanzada pueden abandonar su domicilio de manera provisional o definitiva para ingresar en instituciones colectivas o semicolectivas. En este marco, las residencias pueden ser definidas, entonces, como “viviendas especiales”, en tanto en cuanto su diseño y su dinámica deben responder a las características específicas de la persona anciana, quien será la beneficiaria directa del servicio de residencia¹⁷⁸.

Desde el Derecho Civil y su jurisprudencia, el vínculo que se establece entre institución y anciano residente, en virtud de la prestación de este servicio social, será calificado como **relación jurídica contractual** (contrato atípico o de hospedaje). Al hilo de estas ideas, es posible sostener entonces que, los Geriátricos, constituyen un tipo de servicio social particular, por su carácter contractual respecto de las partes vinculadas con su funcionamiento. En general, en nuestro Derecho se ha reconocido que estamos frente a un tipo institucional que tiene a su cargo el cumplimiento de una función que reviste **interés legítimo para toda la**

¹⁷⁶ V. ALTERINI, Atilio y LOMBARDI, César, Derecho Privado, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, t. II; BORDA, Guillermo A., Manual de Sucesiones, 8ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, ZANONI, Eduardo A., Derecho de Familia, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, T. II.

¹⁷⁷ Colaboración de María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid - y Mariana Isern – Doctora en Derecho – Mediadora - UNR.

¹⁷⁸ V. GUILLEMARD, Anne Marie, Análisis de las políticas de vejez en Europa, Madrid, INSERSO, 1992, págs. 35 y ss.

comunidad.

En síntesis:

- Primero, los Geriátricos argentinos se organizan y funcionan en base a la figura jurídica de los “servicios sociales”. Éstos pueden ser brindados tanto por personas de derecho público como por personas de derecho privado.
- Segundo, en ambos casos, las instituciones gerontológicas deben sujetarse a normas administrativas y a los controles de policía respectivos.
- Tercero, no obstante la vigencia de las mismas, creemos que sus postulados no logran satisfacer la vigencia plena de los derechos y obligaciones de las partes vinculadas por la residencia, poniendo en riesgo de manera especial, la condición jurídica de los ancianos que allí habitan. Las normas sólo contienen referencias procedimentales y edilicias, pero nada dicen acerca de los derechos y garantías fundamentales de sus moradores.

E.1) Historia

Las primeras experiencias de internación de ancianos, se remontan al siglo VI, durante los comienzos de la **Edad Media**. Al abrigo de los conventos y monasterios cristianos, la idea del “retiro” fue cobrando vida entre los ancianos con mayores recursos económicos. En el convento éstos podían encontrar la paz y el descanso, puesto que se trataba de un sitio seguro, pensándose a la vejez como etapa de preparación para la muerte, como proceso de despegue de todo lo terreno, como tránsito al más allá.

Se aseguraban cierto grado de asistencia médica, de ayuda para los quehaceres domésticos –comida, aseo, orden–, la compañía, nuevos caminos ocupacionales, y guía espiritual; todo ello de manera permanente por el resto de los días ¹⁷⁹.

Con el tiempo (s. VIII - XII), la práctica del “retiro” se populariza, generando dos sistemas de acogida: el monacal y el régimen de pensionado. En el primero, el anciano aceptaba participar completamente de la vida religiosa. Asumía los oficios de la comunidad y vivía como un monje. En el segundo, la persona se hacía acreedora de un derecho a habitación, cuidados y alimentos, distinto de los que se establecían para el régimen de vida conventual, pues su vida no se confundía con la del monasterio.

¹⁷⁹ V. MINOIS, George, Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento, trad. Celia María Sánchez, Madrid, Nerea, 1989, págs. 186 y ss.; PATLAGEAN, Evelyne, Bizancio. Siglos X-XII. El espacio privado, en “Historia de la Vida Privada”, 1ª ed., 1ª reimp., ed. dirigida por Philippe Ariès y George Duby, trad. Francisco Pérez Gutiérrez, Madrid, Taurus, 1992, t. 2, págs. 169 y ss. y 195 y ss.

De todas formas, y fuera cual fuera el camino escogido por el interesado, la comunidad eclesiástica fijaba las condiciones de la residencia por contrato, con cada anciano.

Durante la **Edad Moderna**, se produce un proceso de laicización del concepto de “caridad”, propio del despliegue antropocéntrico de la época, que generará innegables consecuencias en el tema que nos ocupa. Entre ellas, se desarrollará el Derecho de Pobres isabelino en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII, el cual poco a poco se hará extensivo al resto de los países de cultura occidental¹⁸⁰.

Asimismo, cabe destacar que, mediante este régimen jurídico, se permitió establecer un complejo sistema de ayuda para pobres –entre ellos, muchos serán ancianos–, estructurado en base a contribuciones proporcionales obligatorias de los ciudadanos¹⁸¹. Dentro de este esquema de trabajo, es bueno recordar también que el Poor Law funcionó en torno a dos cuestiones: A) la categorización de los pobres en tres clases: los aptos para trabajar; los desvalidos y ancianos; y los niños. B) Y la actuación estatal, a través de las parroquias, los jueces de paz condales y los inspectores de pobres, como órgano de ejecución y control¹⁸².

Con la categorización se “ordenaba” la asistencia según el perfil de cada indigente, evitando el ejercicio de una “nociva caridad indiscriminada”, según creían. En tanto que, gracias a la gestión pública, surgirán tres tipos de viviendas institucionalizadas para mendigos: las house of correction o work-house, para los categorizados “aptos para el trabajo”; las casa cunas o asilos, para “niños”; y los hospicios/asilos o alms-house para los “ancianos y desvalidos”, primer antecedente directo de las residencias gerontológicas actuales¹⁸³.

Durante los inicios de la **Edad Contemporánea**, la cuestión del lugar de los ancianos se resolverá en el marco de los recursos habilitados por el Estado liberal. Básicamente, se recurrirá al aporte de las sociedades de beneficencia y organismos de socorro, que comienzan a multiplicarse a partir del siglo XIX. Este tipo de institución permitirá instaurar sistemas formalizados de ayuda privada, con fuerte impacto en la comunidad. Desde ella, se impulsará

¹⁸⁰ A partir del Statute of 1531 de Enrique VIII, toda una serie de disposiciones normativas se sucederán en favor del reconocimiento de la responsabilidad pública respecto de los marginados, entre ellos los ancianos. Le seguirán, el Statute of Artificers de 1562, el Statute of Apprentices de 1563, la ley de 1572, la ley de 1576, el Act for the Relieve of the Poor de 1598. Este proceso culminará con la Poor Law Act of 1601, vigente hasta 1948, tan sólo modificada por la Poor Law Amendment Act de 1834. Desde 1948 rige esta materia la National Assistance Act. Al respecto puede verse: MOIX MARTINEZ, M., Bienestar Social, 2ª ed., Madrid, Trivium, 1986, págs. 91 y ss.; ALBA, Víctor, Historia social de la vejez, Barcelona, Laertes, 1992, págs. 66 y ss.; GARCÉS FERRER, Jordi; Administración Social Pública. Bases para el estudio de los Servicios Sociales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, págs. 38 y ss.

¹⁸¹ V. LEBRUN, François, Las reformas: devociones comunitarias y piedad personal, en “Historia de la vida privada. El proceso de cambio en la sociedad de los siglos XVI-XVIII”, ed. dirigida por Philippe ARIES y Georges DUBY, 1ª ed., 1ª reimp., trad. M. Concepción Martín Montero, Madrid, Taurus, 1992, t. 5, págs. 71 y ss.; TREVELYAN, G. M., Historia Social de Inglaterra, trad. Adolfo Alvarez Buylla, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, pág. 127.

¹⁸² Incluso se imponía a cada parroquia la obligación de llevar al día un Registro de pobres a fin de hacer más fácil el control. Al respecto ver: TREVELYAN, G. M., op. cit., págs. 114 y ss.; MOIX MARTINEZ, M., op. cit., págs. 99 y ss.; GARCÉS FERRER, op. cit.; ALBA, V., op. cit.; BRAUDEL, Fernand, Las civilizaciones actuales. Estudio de Historia Económica y Social, 1ª ed., 8ª reimp., trad. J. Gómez y Mendoza y Gonzalo Anes, Madrid, Tecnos, 1986, págs. 87 y ss.

¹⁸³ V. DABOVE, M. I., Los derechos de los ancianos, Buenos Aires - Madrid, Ciudad Argentina, 2002, págs. 219 y ss.; TREVELYAN, G.M., op. cit., págs. 114 y ss.; MOIX MARTINEZ, M., op. cit., págs. 99 y ss.; GARCÉS FERRER, op. cit.; ALBA, V., op. cit.; BRAUDEL, F., op. cit., págs. 87 y ss.

la construcción de hogares y hospitales destinados a la protección de los más indigentes; entre ellos, de los viejos marginados. En general, las entidades de ayuda social eran fundadas por damas de la alta burguesía, con el objeto de recaudar dinero para auxiliar a los más desamparados. Frecuente resultaba entonces, que su patrimonio proviniera tanto de instituciones de la ciudad, incluso de municipalidades y conventos locales, como de los aportes efectuados a título personal. Otras veces, se organizaban también fiestas populares, con muy buenos resultados económicos y sociales. Este fue el modo de operar de muchas Sociedades para mujeres ancianas o inválidas, o de los Asilos de mendigos y dementes de occidente¹⁸⁴.

En esta centuria se edifican, “hospitales-casas” para ancianos. Sobre este cambio de significación influyó, sin duda, la consagración de los primeros avances científicos en materia de Geriátrica. Recordemos en este sentido, los valiosos aportes de Adolph Quetelet y Francis Galton en relación al proceso de envejecimiento, que abren nuevos campos de investigación en la materia¹⁸⁵.

El diseño y la expansión de los Geriátricos actuales, por su parte, se deben a una compleja red de factores diversos, estrechamente vinculados entre sí. Uno de ellos es el factor demográfico, relacionado al aumento de la esperanza de vida y a los cambios en las pirámides de población que se producen desde el siglo XX. Otro, está referido a las modificaciones materiales y culturales acaecidas en la estructura familiar. En tanto que, asociados con éstos, cabe mencionar también el impacto de los avances científico-tecnológicos, sin los cuales no hubiese sido posible mejorar la calidad de vida y extender el fenómeno de envejecimiento. Ahora bien, no obstante lo reseñado, la historia del siglo XX nos indica que, estas instituciones a su vez florecieron a partir del cese de las guerras mundiales y del despliegue del constitucionalismo social. Este paradigma iusfilosófico, además, abrió las puertas a un tipo de organización política particular, la del **Estado de Bienestar**, cuya vigencia se extendió desde la segunda mitad del siglo XX, por casi treinta años (1950-1970). Desde este marco cultural e institucional: se identificó al anciano como un “sujeto incapaz”, e integrante de una clase social específica: la “clase pasiva”; el envejecimiento poblacional fue admitido como un “riesgo nuevo”, dando lugar a la generación de una nueva rama del Derecho: la Seguridad Social y la responsabilidad pública en esta materia fue incuestionable, al punto de que sólo tuvo vigencia el sistema de jubilaciones y pensiones estatal.

Con el final de los regímenes totalitarios y de la guerra fría¹⁸⁶, junto al desarrollo de los fenómenos de integración y del capitalismo financiero globalizador de los ochenta, se consolidó

¹⁸⁴ V. HALL, Catherine, Sweet home, en “Historia de la vida privada. La revolución francesa y el asentamiento de la sociedad burguesa”, 1ª ed., 1ª reimp., Madrid, Taurus, 1991, t. 7, págs. 76 y ss.

¹⁸⁵ De Adolph QUETELET cabe citar: Sur l’homme et le développement de ses facultés, publicada en 1835. Y de Francis GALTON, Hereditary genius: An inquiry into its laws and consequences, editada en 1869.

¹⁸⁶ Desde la derrota del nazismo, del fascismo y del franquismo español hasta la caída del muro de Berlín y el advenimiento de la perestroika, que hace caer el autoritarismo de la izquierda stalinista, restando los regímenes autoritarios de Cuba, China y algunos fundamentalismos político-religiosos.

un nuevo modelo de organización iuspolítica: la del **Estado Democrático Constitucional**, también llamado “Estado subsidiario”¹⁸⁷. Desde este paradigma, los sistemas políticos europeos y norteamericanos pusieron de relieve la necesidad de aceptar otros postulados básicos, en tanto garantías mínimas de convivencia legítima, nacional e internacional: la vigencia formal y material de la democracia; el respeto cierto de los derechos humanos en todos los ámbitos; la devaluación del papel del poder legislativo y de la ley como fuente ineludible y cierta de los derechos; y la privatización de algunas funciones del Estado, como por ejemplo las referidas a los servicios de agua, gas, luz, telecomunicaciones, jubilaciones, mantenimiento de caminos, salud y educación, entre otros. Las nuevas tareas del Estado relacionadas con la gestión de grandes servicios, o con la satisfacción de derechos sociales – señala el profesor *Luis Prieto Sanchís*–, ya no son tareas del Estado legislativo, simplemente son ejecutadas por la Administración, ...requieren una amplia discrecionalidad, si se quiere técnica, por parte de esta última; y, ...cuando exigen la mediación de una ley, precisamente obligan a éste –al legislador– a abandonar los rasgos de generalidad y abstracción...¹⁸⁸ Así es cómo llegamos a la caracterización actual de los geriátricos, que como veremos a continuación, pueden ser clasificados de diversa manera de acuerdo al carácter de los prestadores, al ámbito territorial que abarcan y a los servicios que ofrecen.

E.2) Normativa vigente

Los geriátricos de la actualidad constituyen instituciones sumamente complejas, puesto que su configuración y funcionamiento atraviesa transversalmente todo el Derecho. En este sentido, cabe destacarse que las residencias para mayores son objeto de regulación por parte del Derecho Administrativo tanto como del resto de las ramas del Derecho.

Ahora bien, no obstante esta pluralidad de matices normativos, o quizás, debido a ella, los geriátricos argentinos no cuentan con una **fuentes formal nacional** que contemple de manera específica y homogénea su organización y funcionamiento¹⁸⁹.

Por ello, creemos que en esta materia nos encontramos frente a **un caso particular de laguna o carencia normativa**, producida por defecto y por exceso.

Por defecto, ya que hasta el momento no contamos con una ley nacional sobre Geriátricos.

¹⁸⁷ Al respecto puede verse: CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, págs. 123 y ss.; SOBRE CASAS, Roberto Pablo, *Los nuevos paradigmas: regulación y mercado. Contenido y régimen jurídico del servicio público*, en “Libro de Ponencias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, noviembre de 1999, págs. 132 y ss.; PUIG, Carlos M., *La impronta de Burdeos y la subsidiariedad del Estado*, en prensa; ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989.

¹⁸⁸ V. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, págs. 17, 18 y 19.

¹⁸⁹ V. DABOVE, M. I., *Derecho de la Vejez y Bioética en las Instituciones Geriátricas*, en “Libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. III, págs. 221 y ss.

Por exceso, toda vez que un número demasiado nutrido de decretos, ordenanzas, circulares y en el mejor de los casos leyes, referidos a estas instituciones, rigen con contenidos ambivalentes o contradictorios. La Nación, las Provincias y Municipalidades poseen, en términos generales, *facultades concurrentes* para actuar en materia de Geriátricos.

Las “normas de fondo” sobre el tema deberían ser de competencia nacional, en función de los derechos fundamentales que se ponen en juego dentro de las instituciones gerontológicas, en particular, referidos a los ancianos. Las “normas procedimentales”, en cambio, deben continuar en manos de las provincias y municipios, sobre todo, con vistas a establecer mecanismos eficaces de control.

Procedamos al reconocimiento de las fuentes formales con las que contamos en el ámbito nacional. hay que señalar que, el **artículo 75** y sus **incs. 22 y 23** de la **Constitución Nacional**, deben integrarse con los Derechos y Garantías contenidos en la primera parte de nuestra Carta Magna. En este sentido y citando únicamente los más importantes para nuestro tema, merecen ser destacados: los derechos fundamentales de libertad, igualdad y propiedad, en particular, respecto a los artículos **14; 15; 16; 17;18;19; 20 y 33**. Los derechos sociales del artículo **14 bis**. El derecho a la seguridad social, especialmente: a la jubilación, pensión, al acceso a una vivienda digna. El derecho al trabajo.

Nótese también que a través del inc. 22, se recepcionan **fuentes del Derecho Internacional** referidas a Derechos Humanos, que resultan directamente aplicables a las personas de edad, pues, las normas derivadas de estos instrumentos legales gozan de jerarquía superior a las leyes nacionales, según lo dispuesto desde 1994 en nuestra Constitución.

El panorama normativo se “completa”, acudiendo a las legislaciones de las respectivas provincias y municipalidades donde se radican los geriátricos.

E.3) Derechos y obligaciones en los geriátricos

De la conjunción de la normativa constitucional y civil, podemos subrayar que los ancianos institucionalizados conservan plenamente todos los derechos reconocidos por nuestras leyes. Por su parte, los geriátricos están obligados a prestar los servicios mínimos. Sin pretender realizar una enumeración taxativa, podemos enumerar los principales:

Derechos

- ⇒ a la intimidad
- ⇒ a la libertad (de circulación, de expresión)

⇒ a profesar su religión –por ende a tener una asistencia religiosa-.

Obligaciones

⇒ Ofrecer un ambiente familiar

⇒ Brindar servicio médico.

⇒ Brindar los alimentos y actividades recreativas.

Actividad N°6

1) Investigue cuál es la normativa vigente en su provincia y en su municipio referida a habilitación y funcionamiento de instituciones geriátricas.

2) Elija una de esas normativas y rellene el siguiente cuadro con los derechos y obligaciones que se desprenden de ella:

En cuanto al Ingreso:

Institución

Obligaciones:

Derechos:

Ancianos Residentes

Obligaciones:

Derechos

Familiares de los residentes

Obligaciones:

Derechos:

En cuanto a la Estadía

<i>Institución</i> <u>Obligaciones:</u>
<u>Derechos:</u>
<i>Ancianos Residentes</i> <u>Obligaciones:</u>
<u>Derechos:</u>
<i>Familiares de los residentes</i> <u>Obligaciones:</u>
<u>Derechos:</u>

En cuanto al Egreso:

<i>Institución</i> <u>Obligaciones:</u>
<u>Derechos:</u>
<i>Ancianos Residentes</i> <u>Obligaciones:</u>
<u>Derechos:</u>

Familiares de los residentes

Obligaciones:

Derechos:

Unidad IV: Derechos Fundamentales de Participación.

En la vejez ¿"pertener tener privilegios"?

A) Los límites a la participación: barreras, discapacidad y dependencia en la vejez.¹⁹⁰

La discapacidad constituye una de las problemáticas cuyo reconocimiento legal más ha crecido en el mundo jurídico de este tiempo. Así como también vale observar que este desarrollo jurídico ha podido producirse en virtud de los profundos cambios generados en nuestra cultura respecto a la significación de la discapacidad, tal como ya se ha estudiado en el Módulo 9 de esta Carrera, referido a la "Fragilidad, Discapacidad y Vejez".



Derecho a la accesibilidad

Aunque sabemos que la ancianidad, por sí sola no es sinónimo de discapacidad, las estadísticas demográficas muestran también el mayor riesgo que tienen las personas de edad, de padecerla¹⁹¹. En este apartado haremos un breve repaso de la consideración jurídica de la temática de la discapacidad, a la luz de las particularidades que se expresan en el marco del propio proceso de envejecimiento.

A.1) Personas con discapacidad. Definición y Clasificación¹⁹²

Como ya ha sido estudiado, en relación a las personas con discapacidad se han elaborado una serie de definiciones, acordes con la perspectiva filosófica que cada cultura ha ido adoptando acerca de este fenómeno. Así, por ejemplo, el **Programa de Acción Mundial para Personas con Discapacidad** nos recuerda que la Organización Mundial de la Salud establece la distinción entre *deficiencia*, *discapacidad* y *minusvalía*.

Deficiencia: Toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica

¹⁹⁰ Colaboración del Dr. Alejandro Palermo Romera – Abogado Especialista en Derecho de Seguro - UCA.

¹⁹¹ ROQUÉ, M. y FASSIO, A.; Gerontología Comunitaria e Institucional, Módulo 2, Mar del Plata, SENAF/MDSN y Fac. de Psicología/UNM del PL, 2010, págs. 67 y ss. TERZAGHI, M.C. y otros, Fragilidad, Discapacidad y Vejez, Módulo 9, Mar del Plata, SENAF/MDSN y Fac. de Psicología/UNM del PL, 2010, págs. 14 y ss.; 22 y ss.

¹⁹² A fin de ampliar conceptos sobre este apartado, remitimos a lo estudiado en el Módulo 9 Fragilidad, discapacidad y vejez, oportunamente citado.

o *anatómica*¹⁹³.

*Discapacidad: Toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano*¹⁹⁴.

*Minusvalía: Una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales)*¹⁹⁵.

La minusvalía se determina, por consiguiente, en función de la relación entre las personas con discapacidad y su ambiente. Se pone de manifiesto cuando dichas personas se enfrentan a barreras culturales, físicas o sociales, que les impiden el acceso a los diversos sistemas sociales que sí están disponibles para los demás ciudadanos. La minusvalía es, por tanto, la pérdida o la limitación de las oportunidades de participar en la vida de la comunidad en igualdad con los demás¹⁹⁶.

Por su parte, las **Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad** expresan:

*Con la palabra "discapacidad" se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio*¹⁹⁷.

*Minusvalía es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra "minusvalía" describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad*¹⁹⁸.

Por último, recordemos que la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** (ONU), del año 2006, en su artículo 1° señala que: *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su*

¹⁹³ V. ANDER-EGG, Ezequiel y AGUILAR, María José, *Propuestas de Acción Mundial para las Personas con discapacidad*, Buenos Aires, Lumen, abril 1995, pág. 17.

¹⁹⁴ V. ANDER-EGG, E. y AGUILAR, M. J., op. cit., pág. 18.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ Ibídem.

¹⁹⁷ V. Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, comentadas por CASADO, Demetrio, Buenos Aires, Lumen, 1996, pág. 20.

¹⁹⁸ V. CASADO, D.; op. cit., pág. 20 y ss..

participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En Argentina, esta Convención ha sido incorporada mediante la **Ley 26.378**, de junio de 2008.

Sin embargo, en la década del 90, nuestro país ya había puesto en marcha diversas normativas referidas a los derechos de las personas con discapacidad, en las cuales también se sustentan diversas definiciones en torno a esta problemática. Así, por ejemplo, en el art. 2 de la **ley 22431** puede leerse que: *A los efectos de esta Ley, se considera Discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.*

Asimismo, a lo largo del tiempo, la discapacidad ha sido clasificada de muy diversas maneras. Sin embargo, Ester Labatón, entiende que la distinción más aceptable, *por considerar que abarca en forma bastante amplia esta problemática, es la que agrupa en cuatro ramas distintas y bien diferenciadas las mismas y que son: mental, sensorial, motora y visceral*¹⁹⁹.

Discapacidad Mental es la que sufre toda persona que tiene una disminución de sus facultades mentales o intelectuales.²⁰⁰

Discapacidad Sensorial es la privación o disminución de alguno de los sentidos (vista, oído, habla, etc.), haciendo que a pesar de tener una total autonomía de su cuerpo, se torna dificultosa su relación con el exterior por la dependencia que en algunos casos pueden crearse.²⁰¹

Discapacidad Motora es la disminución motriz que le impide a la persona usar su cuerpo con total autonomía.²⁰²

Discapacidad Visceral es tal vez la menos conocida, y es la que debido a alguna deficiencia en su aparato físico le ocasiona la imposibilidad de desarrollar sus capacidades con total normalidad, por ejemplo: el diabético o el cardíaco.²⁰³

A.2) Barreras. Definición y clasificación.

Uno de los problemas más graves con los que debe enfrentarse todos los días una persona con discapacidad lo constituye, sin lugar a dudas, la existencia de “barreras” que dificultan plenamente sus posibilidades de desarrollo vital y el ejercicio de sus derechos. Una *barrera es todo obstáculo material o inmaterial, que impide o dificulta a una persona el pleno*

¹⁹⁹ V. LABATÓN, Ester A., Discapacidad, derechos y deberes, Buenos Aires, Centro Norte, abril 1995, pág. 20.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ V. LABATÓN, E. A., op. cit., págs. 20-21.

²⁰² Idem.

²⁰³ Ibidem.

ejercicio y goce de sus derechos y libertades, colocándolo en situación de desventaja con el resto de su medio social.

Las barreras pueden ser:

1. físicas;
2. tecnológicas;
3. de comunicación y
4. sociales y/o culturales.

Las **Barreras físicas** son obstáculos materiales, que impiden o dificultan a una persona el libre desplazamiento, acceso y utilización de lugares y/o servicios públicos y/o privados de acceso público o privado, haciendo difícil, cuando no imposible la vida en relación.

A su vez, las barreras físicas pueden subclasificarse, en *barreras urbanísticas*, *barreras arquitectónicas* y *barreras en los transportes*, según el esquema de la ley 24314 -que en este punto modifica a la ley 22431-.

La **ley 24314** de “Accesibilidad a personas con movilidad reducida”, define las subclases de barreras físicas en los siguientes términos:

El artículo 20 dice...*Entiéndase por **barreras físicas urbanas** las existentes en las vías y espacios libres públicos, a cuya supresión se tenderá por el cumplimiento de los siguientes criterios:...*

El artículo 21 señala que por **barreras arquitectónicas** debe entenderse: *las existentes en los edificios de uso público, sea su propiedad pública o privada, y en los edificios de vivienda: a cuya supresión se tenderá por la observancia de los criterios contenidos en el presente artículo.*

El artículo 22 establece que por **barreras en los transportes** debe entenderse: *...aquellas existentes en el acceso y utilización de los medios de transporte público terrestres, aéreos y acuáticos de corta, media y larga distancia, y aquellas que dificulten el uso de medios propios de transporte por las personas con movilidad reducida; a cuya supresión se tenderá por observancia de los siguientes criterios..”*

Las **barreras tecnológicas** son los impedimentos o dificultades en la utilización y correcto aprovechamiento de los medios técnicos y tecnológicos. Muchas de estas barreras aparecen por desconocimiento de la existencia o uso de la tecnología disponible, restringiendo el desarrollo de su autonomía.

Las **barreras en la comunicación** son aquellos obstáculos que impiden o dificultan a la persona, el correcto entendimiento con sus congéneres.

Las **barreras sociales o culturales**, en cambio, son las que traban la integración de la persona a su comunidad, sintiéndose muchas veces discriminada en razón de su situación.

En suma, la problemática de las barreras es, en verdad, compleja y requiere de un profundo tratamiento integral. Al Derecho de este tiempo le cabe el compromiso de asumir el desafío de la accesibilidad, si quiere lograr el respeto de todas las personas como fines en sí mismos y su inclusión social.

A.3) Legislación vigente

Hasta la reforma del año 1994, la Constitución Nacional no hacía referencia alguna a las personas con discapacidad. Pero es partir de ella, que se las incluye en el artículo 75 inciso 23. Así, entre las atribuciones del Congreso, se encuentra reconocida su facultad para dictar medidas que garanticen la igualdad de oportunidad para los grupos vulnerables. Entre ellos: mujeres; niños, discapacitados y ancianos.

A nivel nacional, la **ley 22431** introduce el *Sistema Integral de Protección a las Personas con Discapacidad*. En ella se abordan las cuestiones de salud y rehabilitación; la educación de la persona con discapacidad, sea esta común o especial. Pero también, el aspecto laboral, imponiendo al Estado cubrir al menos el 4% de los puestos de trabajo con empleados discapacitados. En tanto, al sector privado le otorga diversos beneficios para que incorporen personal con discapacidad. Por último, trata la cuestión referida a la seguridad social, así como toda la problemática de las barreras arquitectónicas.

En materia de *jubilaciones y pensiones*, la **ley 20475** establece un régimen especial para los trabajadores con *discapacidad*. Este sistema les permite acceder a la jubilación ordinaria, a los 45 años de edad y con 20 años de aportes. O bien, acreditando haber trabajado los últimos 10 años, en situación de discapacidad. Por su parte, la **ley 20888** regula el mismo *régimen para las personas ciegas*. Aunque, en este caso, la percepción del haber jubilatorio no es incompatible con cualquier otro ingreso que pueda tener.

Otra normativa a destacar en este campo es la **ley 24901**. Esta fuente organiza el *Sistema Integrado de Prestaciones de Salud y Rehabilitación a favor de las Personas con Discapacidad*. La ley impone a las obras sociales, que se hagan cargo de brindar a las personas con discapacidad, las prestaciones y rehabilitaciones que demanden. Así como también obliga al Estado a otorgarlas, en caso de carencia de cobertura social. Por tanto, por ley, se deben cubrir los tratamientos médicos y de rehabilitación; la faz educativa; los

transportes en caso de ser necesarios para el traslado de la persona a los lugares de rehabilitación y/o educación, entre otras obligaciones.

Actividad N°7

- 1) Mencione ejemplos de los distintos tipos de barreras tratados en este texto.**
- 2) Lea la Constitución de su provincia. ¿Existe algún artículo que proteja los derechos de las personas con discapacidad?**
- 3) Averigüe qué leyes están vigentes sobre discapacidad en su provincia y qué barreras se consideran en las mismas.**

B) Familias y envejecimiento multigeneracional.

Matrimonio. Separación. Divorcio. Alimentos. Derecho de comunicación. Adopción y tutela²⁰⁴

Consideraciones preliminares

La familia cumple una función social trascendental, que amerita ser definida como una institución compleja y tridimensional. Así, podemos ver a la familia como el conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco, con o sin convivencia, ni sujeción a autoridad familiar²⁰⁵, integrada esa unión por relaciones sociales y para cumplimiento de sus fines, descriptos por normas positivas. Uno de los valores más importantes de la familia, es la preservación de la vida humana en todos sus despliegues, incluyendo la posibilidad de su propagación, ya sea mediante la procreación natural o asistida; o bien, por vía de la adopción.

Actualmente, la realidad postmoderna nos ha puesto ante nuevas formas de organización familiar. Junto al modelo tradicional de familia heterosexual, conviven otros, tales como por ejemplo: las familias monoparentales, las familias constituidas por parejas del mismo sexo, las familias ensambladas y las familias multigeneracionales. Así como también cabe advertir los profundos cambios que se han ido produciendo durante las últimas décadas, en las funciones esperadas y ejercidas por sus miembros. Todo ello coloca a las personas mayores ante nuevos roles y desafíos, para los cuales no siempre el Derecho brinda herramientas de fortalecimiento y protección.

²⁰⁴ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi – Abogada – UNR -

²⁰⁵ V. MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. 1, pag. 23

B.1) Derecho a la sexualidad

Un derecho subjetivo que se desprende de la dimensión afectiva de la persona, sin duda, lo constituye el **derecho a la sexualidad**. En la vejez, la protección del ejercicio de este derecho adquiere vital importancia. Desafortunadamente, la cultura postmoderna aún no ha podido despojarse de los prejuicios que existen respecto a la sexualidad en la vejez. En nuestro tiempo, subsisten *una serie de discursos sociales sumamente arraigados, especialmente a nivel estético, que todavía colisionan con la nueva concepción de los viejos como sujetos de deseo*²⁰⁶. La vida cotidiana nos muestra frecuentes situaciones en las cuales los ancianos se ven impedidos de ejercer su sexualidad, atentando por ello, contra su integridad. Sin embargo, como señala **Iacub**, en este tiempo se están llevando a cabo *una serie de investigaciones y nuevas lecturas científicas que están favoreciendo la inscripción de los viejos como sujetos sexuados*²⁰⁷.

B.2) Derecho de las personas mayores al matrimonio. Oposición matrimonial.

Matrimonio mortis causa. Convivencia de pareja²⁰⁸.

Matrimonio

El *matrimonio* es un acto jurídico familiar, siendo sus elementos esenciales la **ausencia de impedimentos** y el **consentimiento**. Como sabemos, el 15 de julio de 2010 nuestro Congreso Nacional aprobó la modificación al Código Civil en esta materia²⁰⁹, dejando sin efecto el requisito de diversidad de sexos de los contrayentes -como elemento esencial-para poder celebrar válidamente el acto jurídico del matrimonio. Argentina ha sido el primer país latinoamericano en consagrar formalmente esta figura.

Los *impedimentos* son hechos o situaciones que obstan a la celebración del matrimonio. Se encuentran taxativamente enumerados, no pudiendo ser ampliados por vía interpretativa.

El Código Civil reconoce la existencia de *impedimentos impeditivos*, que no traen como consecuencia la nulidad, sino sanciones de tipo administrativas. Pero también, de *impedimentos dirimentes* (artículo 166 del Código Civil), que son aquellos cuya violación habilita el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio.

²⁰⁶ V. IACUB, Ricardo, Lo mejor sería vivir una vejez divertida más que saludable, artículo publicado el 12 de marzo de 2006 en "Clarín". V. <http://www.clarin.com/suplementos/zona/2006/03/12/z-03815.htm>. Sobre este tema también puede consultarse: IACUB, R., Erótica y vejez. Perspectivas de Occidente, Buenos Aires, Paidós, 2006

²⁰⁷ V. IACUB, R., Lo mejor sería... cit.

²⁰⁸ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi – Abogada – UNR -

²⁰⁹ Ley N° 26.618, conocida como "Ley de matrimonio igualitario".

Son impedimentos dirimentes:

- la consanguinidad entre ascendientes y descendientes, y entre hermanos y medio hermanos.
- La afinidad en línea recta en todos los grados.
- la vinculación familiar nacida de la adopción.
- La falta de edad legal (18 años)²¹⁰. Respecto a las personas mayores cabe destacar que **no existe edad máxima para contraer matrimonio**.
- Ligamen
- Crimen, *haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges*. En este caso, la ley contempla la situación desde el punto de vista del tercero y no del viudo o viuda.
- Privación de la razón: cuyo fundamento es proteger al privado de razón que ha otorgado un acto jurídico de tal relevancia y proteger también al sano que ha contraído matrimonio con un enfermo no sabiéndolo, siempre que esa enfermedad sea permanente.
- Sordomudez: supuesto, en verdad, de inexistencia de matrimonio por falta de consentimiento, en el caso de la persona sordomuda que no pueda darse a entender.

El Código Civil admite la posibilidad de deducir **oposición matrimonial**²¹¹ fundada en la existencia de alguno de los impedimentos mencionados. Esa oposición podrá ejercerla alguna de las personas autorizadas por la ley: 1) cónyuge de la persona que quiere contraer matrimonio; 2) los ascendientes, descendientes o hermanos de cualquiera de los futuros esposos; 3) el adoptante y el adoptado en adopción simple; 4) tutores o curadores y 5) el Ministerio Público cuando tenga conocimiento de alguno de estos impedimentos²¹².

La existencia del matrimonio requiere también la expresión del *consentimiento*. Este debe manifestarse externamente, mediante la declaración de cada uno de los contrayentes, de querer unirse en matrimonio.

Recordemos....

No existen edades máximas para contraer matrimonio.

Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio, una vez llegada a la edad legal, siempre y cuando no exista alguno de los impedimentos previstos en el Código

²¹⁰ La ley 26.579 (B.O. 22 de diciembre de 2009) reforma el Código Civil en lo respectivo a mayoría de edad, estableciendo que la misma se alcanza al cumplir la edad de dieciocho años.

²¹¹ Art. 176 Código Civil.

²¹² Art. 177 Código Civil.

Civil, como por ejemplo, encontrarse privado de la razón, pues se requiere ser capaz para celebrar tal acto. De modo tal que ninguna oposición va a prosperar jurídicamente, si están cumplimentados los elementos esenciales establecidos en la ley.

El Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, recoge esta concepción al rechazar la oposición matrimonial entablada por un hijo respecto del matrimonio de su padre -86 años- con una mujer -46 años- fundada en la notable diferencia de edad de los contrayentes, en la supuesta debilidad mental de su progenitor y en el riesgo de que se produzcan con este hecho, perjuicios económicos en su patrimonio. Así, el Tribunal, no habiendo corroborado obstáculo alguno en la capacidad del demandado, señaló que: *En referencia a la diferencia etárea y al posible abuso económico, u otra situación de violencia moral invocada, la legislación nacional y la internacional expresamente incorporada a la Constitución Nacional –art. 75 inc. 22-, no fijan topes en cuanto a edades máximas para contraer matrimonio y tampoco ponen obstáculos a las nupcias la excesiva diferencia de edad, aún cuando pueda atropellar el sentido común*²¹³.

Matrimonio mortis causa

El matrimonio mortis causa, también llamado *matrimonio in extremis*, es aquel que se celebra estando uno de los cónyuges gravemente enfermo; siendo esta enfermedad la causal de su muerte, poco tiempo después. El efecto de este tipo de matrimonio lo encontramos en el art. 3573 del Código Civil. Allí se prevé, que la sucesión deferida al viudo o viuda no tendrá lugar cuando, hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes. Como única *excepción*, se reconoce validez al matrimonio celebrado para regularizar una unión de hecho. El fin de la norma es evitar matrimonios que busquen captar herencias.

En la vejez, es frecuente que las parejas que han tenido comunidad de vida decidan formalizar esa unión a través del matrimonio, sobre todo cuando uno de los convivientes se encuentra enfermo. Es una forma de garantizarle al supérstite los derechos sucesorios. En éstos casos, según lo visto, estaríamos ante el caso excepcional de la ley, que tendría por válido ese *matrimonio in extremis* cuyo fin fue la regularización de una situación de hecho.

Unión convivencial

La convivencia de pareja es la situación de hecho en que se encuentra una pareja que hace vida marital, sin estar unida en matrimonio. Muchas parejas de ancianos pueden verse

²¹³ Trib. Col. Flia. N° 5, Rosario (SF), 19/06/09; T., J.L. c/ T., S.O. s/ Oposición celebración de matrimonio, en "Zeus", Rosario, 20 de julio 2009, N° 12, Tomo 110 pág. 632-635.

encuadrados en este supuesto, razón por la cual se hace relevante su tratamiento. Para que esta situación de hecho configure una unión convivencial, ésta debe ser estable y permanente, excluyéndose por ello, las uniones transitorias.

Si bien el Código Civil no contempla esta situación en forma específica y diferenciada, lo cierto es que se le reconocen algunos efectos jurídicos. Ejemplo de ello lo constituye la validación del *matrimonio mortis causa*, cuando éste se hubiese celebrado con el fin de regularizar una situación de hecho. Otra consecuencia es la presunción de paternidad del hombre que convivía con la madre del niño, al momento de la concepción (artículo 257).

La *Ley de Locaciones Urbanas* permite al conviviente del arrendatario fallecido -o que haya abandonado la locación-, continuar con el arrendamiento hasta el vencimiento del contrato.

Por otra parte, en el *orden previsional*, se reconoce derecho de pensión al conviviente del fallecido. Asimismo, la Ley 23.660 incluye al conviviente como beneficiario de la obra social. La jurisprudencia, además, ha amparado esta figura ampliando sus efectos. Así, por ejemplo, ha reconocido legitimidad al conviviente para reclamar el daño moral, derivado de la muerte de su pareja por un hecho ilícito²¹⁴.

El Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 contempla un piso mínimo de protección para las uniones convivenciales.

B.3) Derecho de Alimentos. Normativa civil y penal.

*Normativa Civil*²¹⁵.

El artículo 266 del Código Civil establece la obligación genérica de cuidados que pesa sobre los hijos, respecto de sus padres. Los hijos deben proporcionarles cuidados en su ancianidad y en caso de enfermedad o demencia, proveer a sus necesidades. Obligación que se extiende en favor de los demás ascendientes –abuelos, bisabuelos-.

Una forma de atender a esas necesidades es a través del aporte de alimentos en favor del familiar. Se entiende por **alimentos** el conjunto de medios materiales necesarios para la existencia física de las personas, y en ciertos casos, también para su instrucción y educación. No puede darse un concepto general debido a las diferentes fuentes de la obligación

²¹⁴ V. CApel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, 23-11-04, R. S. E. c/ B., E. y A. A. A. C/ B. E. y otra, en "Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia", Lexis-Nexis, 2005, t. II, pág. 77 y ss.; C. Nac. Civ. en pleno, 4/4/95, Fernández, M. C. y otro c/ El Puente S.A.T. y otros, en "J.A.", t. 1995-II, pág. 201.

²¹⁵ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi – Abogada – UNR -

alimentaria²¹⁶.

La obligación de prestarse **alimentos entre parientes** reconoce su fuente en la ley. El artículo 372, prevé que comprende todo aquello que resulte necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y lo necesario para la atención en las enfermedades. La doctrina ha interpretado que se consideran incluidos los gastos ordinarios –de subsistencia, habitación y vestuario– y los extraordinarios –de atención médica, farmacológica, etc.–, los funerarios por sepelio del alimentado, gastos de mudanza, material de estudio y litis expensas. Como así también, se ha dicho que este derecho abarca la satisfacción de las necesidades morales y culturales.

La obligación alimentaria puede ser satisfecha de dos maneras: a) en dinero a través de la entrega de una pensión; o b) en especie, mediante el alojamiento del alimentado en casa del alimentante, suministro de víveres, vestimenta, etc.

En este marco, las personas mayores pueden ocupar tanto el lugar de demandado como el de demandante, en el cumplimiento de la obligación de alimentos. Así, el artículo 367 prevé el deber subsidiario de los abuelos de cubrir las necesidades alimentarias de sus nietos menores de edad. Obligación ésta, que ha sido además ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia²¹⁷. En tanto, el mismo artículo dispone también la obligación alimentaria entre parientes por consanguinidad -ascendientes y descendientes; hermanos y medio hermanos- y la existente entre parientes por afinidad, vinculados en primer grado -nuera y yerno respecto de sus suegros y viceversa- (artículo 368).

Por su parte, el artículo 370 señala que: *El pariente que pida alimentos, debe probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiere reducido a tal estado.* En la práctica judicial, también se requiere la posibilidad económica del pariente a quien los alimentos se solicitan. Es decir, que disponga de medios que superen la atención de sus propias necesidades elementales para poder hacer efectiva la obligación entre parientes.

De la búsqueda de jurisprudencia publicada, surge que los jueces no han tenido demasiadas oportunidades de expedirse respecto de juicios de alimentos entablados por padres contra sus hijos, o por abuelos contra sus nietos. Esta realidad jurisprudencial, lejos de ser reflejo de una adecuada comunicación y solidaridad de los descendientes para con sus ascendientes, deja entrever la vulnerabilidad del anciano ante la inasistencia de sus familiares. La persona mayor ve en el reclamo judicial, el camino a un **mayor distanciamiento** de esos

²¹⁶ Las fuentes de la obligación alimentaria son: la ley, la convención o contrato, y el testamento

²¹⁷ La obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos es de carácter subsidiario. Por consiguiente, la madre de los menores debe justificar que el padre de ellos –principal obligado– se ve imposibilitado de cumplir con su deber y, además, la insuficiencia de sus propios recursos o imposibilidad de procurárselos para poder dirigir su reclamo contra aquéllos, C. Nac. Civ., Sala F, 7-12-84 - S., V. c/B. S., K. y otra, en “ZEUS”, 41, Sección Reseñas (nº 6936), R-14.

familiares que no lo asisten voluntariamente. Al tiempo que el proceso judicial se presenta también como una barrera en sí misma.

Hechos:

La acción de alimentos fue entablada por una anciana en contra de su hija y su yerno. El tribunal de primera instancia resuelve establecer una cuota alimentaria a cargo de los demandados. Contra esta sentencia recurren ambas partes. Los demandados esgrimen que la actora no ha demostrado fehacientemente encontrarse en estado de indigencia, si no, por el contrario, se ha acreditado que goza de una jubilación y pensión, goza de los servicios del PAMI, es propietaria de una cuenta bancaria y del inmueble donde habita. En base a estos argumentos solicitan al Tribunal que revoque la sentencia. En tanto que la anciana reclama la insuficiencia del monto establecido para la cuota.

Sentencia de la Cámara:

Para estimar la petición de los demandados, la Cámara realiza un exhaustivo análisis de la situación económica de la alimentada y su estado de salud, a fin de ponderar si la misma puede afrontar su manutención. Visto esto, señala que probada la situación patrimonial de la anciana, el caudal económico de ésta sólo alcanza para hacer frente a las erogaciones que hacen a la vivienda, alimentación, vestuario y atención médica. Pero dadas las condiciones de salud y avanzada edad, la reclamante requiere de la asistencia de una empleada al menos medio día, gasto que no le es posible encarar por sus propios medios.

Motivado en lo precedente es que el Tribunal rechaza los agravios de los demandados. Y en cuanto a las quejas de la anciana, respecto del monto de la cuota que fijara el a quo, se resuelve que la misma deberá actualizarse mes a mes por el índice de precios del consumidor de la ciudad de Córdoba, a fin de que sea suficiente para abonar los servicios de una asistente de medio día.

Fallo de la Cámara Civil y Comercial Sala 1 de Córdoba, de fecha 20 de marzo de 1990 - "M. de H., L. c/ H. de F., C. D.", publicada en La Ley (LL), t. 1990-C, pág. 710.

Del análisis del fallo de la Cámara 1a Civil y Comercial de Córdoba, podemos afirmar que allí donde el amor y la solidaridad espontánea han declinado, se impone el valor **salud y la cooperación** forzadas. La Cámara hace lugar al reclamo efectuado por la anciana contra su

hija y su yerno para obtener una prestación de alimentos, ante la insuficiencia de sus recursos para contratar los servicios de una persona que la asista. La anciana reclama lo imprescindible para hacer posible su continuidad en su hogar, debido al quebrantamiento de su autovalidez. A nuestro entender, los jueces meritaron de manera amplia el contenido de la prestación alimentaria. Pues, si bien la reclamante poseía bienes que contribuían a su sustento, su necesidad pasaba por la *carencia de los mismos para solventar la contratación de una persona que la asista*. Con gran acierto, la Cámara interpretó que esa petición era viable. Aquí se advierte la importancia de estas interpretaciones respecto del contenido de los alimentos. La obligación del pago de una asistente se hizo eco del respeto a la **autonomía de la voluntad** de la peticionante, quien deseaba continuar habitando su casa. Desoír este reclamo hubiese quizás significado, el replanteo de la mujer anciana de continuar viviendo en su hogar, u optar por el ingreso a un geriátrico, debido a su invalidez.

Por último, cabe destacar que en no pocos casos, la persona mayor se ve inducida a ingresar a una institución geriátrica por diversos motivos. Uno de ellos es la carencia de medios económicos suficientes para poder seguir haciendo frente a los gastos que supone el mantenimiento de su hogar. Otro, lo constituye la falta de los afectos, sostén ante el progresivo desgaste físico que la vejez supone. De allí, reiteramos, la importancia que estas decisiones judiciales tienen para el Derecho de la Vejez.

Normativa penal²¹⁸

A fin de reforzar la protección efectiva de las normas civiles en materia de alimentos, el derecho penal ha recurrido a la tipificación de ciertas conductas que sancionan penalmente a quienes incumplan sus deberes alimentarios.

En ese sentido, la **Ley 13944 sobre “Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”**, que es una ley penal especial, tipifica una gran variedad de conductas en sus artículos 1, 2 y 2 bis.

El artículo 1, cuya pena de multa fue actualizada por ley 24286, dispone: *Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido.*

Por su parte, el artículo 2 establece: *En las mismas penas del artículo anterior incurrirán, en caso de substraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aun sin mediar sentencia civil:*

a) *El hijo, con respecto a los padres impedidos;*

b) *El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si*

²¹⁸ Colaboración del Dr. Ricardo Farsaci – Abogado - UNR.

estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido;

c) El tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela;

d) El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa.

Puede apreciarse que el dispositivo apunta a una equiparación de escalas penales para los sujetos que enumera, en caso de que éstos incurran en la acción tipificada en el artículo 1.

En ninguno de los casos planteados por los artículos 1 y 2 se incluye la posibilidad de que tengan responsabilidad penal los abuelos respecto a sus nietos o viceversa. El incumplimiento alimentario de los abuelos hacia sus nietos o viceversa no tiene sanción penal.

El artículo 2 bis, que fuera incorporado por la ley 24.029, dice: *Será reprimido con la pena de uno a seis años de prisión, el que con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare, o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de dichas obligaciones.*

El tipo penal del artículo 2 bis configura el delito de insolvencia fraudulenta destinada a eludir una obligación alimentaria.

B.4) Derecho de comunicación²¹⁹

El Código Civil establece en su artículo 376 bis, el deber de permitir la visita de parientes que, según el artículo 367, se deban recíprocamente alimentos.

Esta obligación pesa sobre los padres, tutores o curadores de menores o incapaces y sobre aquellos que tengan a su cuidado personas mayores de edad, enfermas o imposibilitadas.

Existe abundante jurisprudencia avalando este derecho, en casos planteados por abuelos privados del derecho de visitar a sus nietos. A modo ejemplificativo exponremos un extracto de sentencia en éste sentido.

²¹⁹ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi – Abogada - (UNR)

En un fallo se ha dicho:

*Corresponde establecer un régimen de visitas provisorio cuando concurre el presupuesto de la verosimilitud del derecho invocado, en el caso, por un abuelo en tanto el derecho que le asiste a los ascendientes de visitar a sus nietos resulta de lo dispuesto por el art. 376 bis del Cód. Civil y de la conveniencia de **mantener la solidaridad familiar, los vínculos afectivos y patrimonio cultural familiar**, atendiendo además que fomentar las relaciones afectivas entre nieto y abuelo redundará en beneficio del menor siendo el interés de éste último el que debe tenerse en cuenta para resolver la cuestión.*

(Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Morón, Sala II, 19/06/1997 - D. de N., G. c/ V., en "La Ley Buenos Aires", t. 1998, págs. 401 y ss.)

En base a éste mismo artículo 367 bis, también es posible entablar alguna acción contra la persona encargada del cuidado de un anciano, sea pariente o no de éste, que le impida ser visitado por sus familiares. Veamos, a modo de ejemplo, el resumen de un fallo:

- ❖ ***B.T. y D. G. interponen acción de amparo contra P. G., P. M. y las autoridades del hogar de ancianos "San Camilo" para que el tribunal revoque la decisión de la demandadas de no permitirles ejercer el derecho de visitar, mantener relaciones de amistad, culturales y sociales con la Sra. Cristina A. de G., de noventa y cinco años de edad, internada en el geriátrico contra su expresa voluntad, según así lo afirman.***
- ❖ ***Refieren que las autoridades, empleadas y enfermeras de dicho instituto mediante una lista de exclusión, arbitraria e ilegalmente, las discriminan prohibiéndoles visitar a la anciana y solicitan que se ordene el cese de dichos actos, estableciéndose un régimen de visitas.***
- ❖ ***La Cámara declara inadmisibile la acción de amparo por existir otros medios legales para resolver el conflicto.***

(Cámara Civil y Comercial de Concordia (E.R.) Sala 3ª. 18.08.99. T. de B. y D. Garat c/P., G.; P., M. y Residencia u Hogar de Ancianos "San Camilo" - Acción de amparo. Colección Zeus –18 de abril de 2005 Nº 12641

B.5) Tutela y adopción en la vejez²²⁰

Tutela

La tutela es el derecho que la ley confiere a alguien, para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad y, para representarlo en los actos de la vida civil (artículo 377 del Código Civil). Los hijos menores quedan sujetos a tutela cuando los padres son incapaces, están privados de la patria potestad, o hayan sido suspendidos en su ejercicio (artículo 264 bis).

El Código Civil reconoce distintas **clases de tutela**:

- **tutela otorgada por los padres**, sea por testamento o por escritura pública (artículos 383 a 388)
- **tutela legal**, que corresponde solo a los abuelos, tíos, hermanos o medios hermanos. (artículos 389, 390 y 391)
- **tutela dativa**, otorgada por el juez sobre los menores cuyos padres no hayan nombrado tutor ni tengan parientes (artículo 392).

En este marco, queda claro que los abuelos pueden ser tutores de sus nietos por cualquiera de las fuentes comentadas. Es común que los abuelos que quedan al cuidado de sus nietos por abandono de los padres, vean la conveniencia de transparentar ésa situación ante la justicia solicitando para ello la tutela de los niños. Otras veces, existen circunstancias que ameritan que los niños no permanezcan con sus progenitores, siendo conveniente buscar otro entorno familiar para su cuidado y crianza, otorgándose judicialmente la tutela a los abuelos.

Así, la justicia ha expresado que:

Corresponde otorgar la guarda y tutela especial en favor de la abuela paterna respecto de sus nietos si la madre de éstos actualmente convive con otro hombre y no asiste ni ayuda económicamente a los menores . (Tribunal Colegiado de Familia N° 5 Rosario, 04/04/97 - M., S. R. c/ S., G. N. s/ Guarda y tenencia, en “Zeus”, t. 75, págs. J-130 y ss.)

²²⁰ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi – Abogada (UNR)

Adopción

La **ley 24.779** del año 1997 inserta en la normativa del Código Civil, la regulación del instituto a partir del artículo 311. Esta se enmarca en los preceptos de la Convención de los Derechos del Niño, que garantiza entre otros, el derecho a la identidad y el estándar del interés superior del niño.

Si bien esta ley no conceptualiza a la adopción, podemos definirla como el *acto jurídico en virtud del cual la ley permite que la voluntad de los particulares cree relaciones análogas a las de la filiación legítima entre personas extrañas entre sí*²²¹. En vista de la finalidad de este instituto, puede entenderse también como *un medio de prevención del abandono*, ya que al otorgarle al niño una filiación jurídica, lo dota de un ámbito familiar donde desarrollarse.

En cuanto a los requisitos para ser adoptante, el artículo 315 dispone como edad mínima del adoptante 30 años. Si fuese un matrimonio el que pretende adoptar, deberá acreditar más de tres años de casados o la imposibilidad de uno o de ambos para procrear, en este caso se prescinde del plazo antedicho. Y debe demostrarse como mínimo cinco años de residencia en el país. Este artículo, establece además la **prohibición de adoptar los ascendientes a sus descendientes** o un hermano a sus hermanos o medios hermanos.

Según el artículo 315 C.C.: las personas ancianas podrían postularse para adoptar a un niño que se encuentre en condiciones de adoptabilidad (no estar sujeto a patria potestad o encontrarse en estado de abandono). Ello es así, puesto que **no se prevén edades máximas para ser adoptante.**

No obstante hay que tener en cuenta, que el juez de la causa realizará una valoración de las circunstancias económicas y personales del postulante para determinar la conveniencia en otorgar dicha adopción.

Asimismo, del artículo 315 surge que **los abuelos no pueden adoptar a sus nietos.** Esta prohibición responde a la falta de necesidad de crear un vínculo legal por medio de la adopción entre el nieto y su abuelo. Toda vez que ese lazo ya existe en la realidad biológica. Es así que este niño no se encuentra en situación de desamparo, pues existe un familiar (en lo

²²¹ DABOVE, María Isolina y KRASNOW, Adriana, Los abuelos y la adopción en el Derecho Argentino, en "Bioética y Bioderecho", N° 7, Rosario, FIJ, 2003, págs. 45-70.

comentado, el o los abuelos), que puede brindarle la protección imprescindible a su condición de menor mediante otro instituto que ya comentamos, que es la tutela.

Además, de permitirse esa yuxtaposición de roles, *se vería afectado el derecho a la identidad del niño, como así también su contenido emocional, sentido de respeto y obediencia, e incluso la ubicación ante el grupo social de los sujetos de dichos vínculos familiares...* Al niño lo afectaría la tan irregular situación de tener que considerar reunidos en una misma persona a su padre y a su hermano²²² o abuelo.

El interés superior del niño encuentra protección cuando se mantienen inalterables los vínculos que hacen a la identidad. El derecho de identidad del abuelo también se pone en juego en este entramado jurídico. Con la prohibición, la norma pretende reforzar el vínculo sanguíneo que ya existe y es relevante como vehículo de realización personal e intergeneracional²²³.

C) Asociación, ocupación y trabajo en la vejez. Límites. El derecho al “esparcimiento”²²⁴

Podemos definir a la asociación como un conjunto de personas que se reúne para la consecución de un fin predeterminado. Es el ente resultante de un acto constitutivo de naturaleza especial, independiente en su existencia del cambio de personas integrantes, que gira bajo una denominación propia y cuya administración corresponde a sus miembros.²²⁵

Ocupación

La ocupación no necesariamente debe ser asociada al trabajo. El hombre se ocupa y distribuye su tiempo de modo distinto, en distintas esferas y en quehaceres diversos. El hombre, según la clasificación del uso del tiempo que realiza Staffan B. Linder²²⁶, puede ocuparse en tareas que hacen a la *productividad* y se vinculen con sus ingresos, actividades relacionadas a su *cuidado y mantenimiento de sus bienes* de consumo, actividades de *consumo*, actividades relacionadas al *cultivo de la mente y espíritu*.

²²² V. BOSSERT, Gustavo, Adopción y legitimación adoptiva, Buenos Aires, Astrea, pág. 58.

²²³ DABOVE, María Isolina y KRASNOW, Adriana, Los abuelos y la adopción en el Derecho Argentino, en Revista "Bioética y Bioderecho", N° 7, Rosario, FIJ, 2003.

²²⁴ Colaboración de María Angélica Spósito – Abogada - UNR.

²²⁵ V. GARRONE, José Alberto, Diccionario Manual Jurídico, 2ª reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pág. 95.

²²⁶ V. LINDER, Staffan B., La acosada clase ociosa, Sudamericana, 1983, págs. 32-35.

Trabajo

En sentido amplio, el trabajo humano puede definirse como *toda actividad realizada por el hombre, con su esfuerzo físico o intelectual, que produce bienes y servicios y que tiene por objeto convertir las cosas, es decir transformar la realidad*. En cambio, dentro del Derecho Laboral, el concepto de trabajo es más restringido y refiere a *toda actividad lícita prestada a otro –empleador– a cambio de una remuneración*.²²⁷

Es necesario destacar que cuando hablamos de perspectiva de género *nos estamos refiriendo de modo fundamental al enfoque de una construcción social pero que se asienta sobre una condición biológica: el sexo*.

Las ocupaciones y los trabajos desarrollados por los hombres y las mujeres al igual que las asociaciones que constituyen, desde antaño han estado marcadas por el sexo de los sujetos y se encuentran asociados históricamente a un reparto diferencial del poder social en beneficio de los varones que afecta a las mujeres oprimiéndolas y discriminándolas.

La participación femenina en la vida social y política es menor y generalmente no corresponde a funciones que integren procesos de decisión. La división social en ámbitos domésticos o privado y público, así como la atribución de roles y responsabilidades de acuerdo al sexo en estos espacios, han colocado a las mujeres en inferioridad respecto de los varones. Lo expresado a dado lugar a que exista menor remuneración para las mujeres en lo público y un cese de actividades anticipado, cuestión que no se da en el ámbito privado ya que ***las mujeres siguen desarrollando los cuidados de salud de los miembros de la familia y las tareas del hogar a pesar de su avanzada edad***.

C.1) Derecho de asociación.

La naturaleza social del hombre determina que, paralelamente a la actividad individual en procura de fines propios, exista en él una tendencia a asociarse con objetivos útiles. Para la realización de esos objetivos se presenta en el derecho el problema de dar forma jurídica a las agrupaciones humanas, otorgar a sus bienes un sentido social y asegurar su estabilidad, funcionamiento y continuidad. A estos entes se los denomina ***personas de existencia ideal o personas jurídicas, colectivas o morales***, por oposición a las personas naturales o físicas.

El derecho de asociación se encuentra reconocido y protegido en nuestra **Constitución Nacional**:

²²⁷ V. GRISOLIA, Julio Armando, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 6ª ed., Buenos Aires, LexisNexis-Depalma, 2002, pág 1.

Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber:...de asociarse con fines útiles.

Clubes y Centros de Jubilados

Tanto los Clubes como los Centros de Jubilados, generalmente son producto de la asociación de personas. Suelen adquirir forma de asociaciones o simples asociaciones, contempladas las primeras en el art. 33, apartado 2, inc. 1 del Código Civil y las segundas en el art. 46 del mismo cuerpo legal. También suelen adquirir la forma de sociedades o fundaciones, pero no es habitual el uso de estas figuras.

Es importante citar que los Clubes tienen como principal objetivo promover o difundir, generalmente, actividades deportivas o recreativas de algún tipo y/o literarias. Se integran con ciudadanos que desarrollan o han desarrollado distintas actividades laborales.

Los Centros de Jubilados generalmente nacen de la asociación de jubilados que desarrollaban algún oficio o trabajo en idéntico rubro (por ejemplo, metalúrgicos, ex empleados del estado, etc.) y sus fines suelen ser recreativos.

C.2) Derecho a la ocupación y al trabajo en la ancianidad. Límites.

La ocupación, desde el comienzo de los tiempos, ha tenido un papel fundamental en la vida de los hombres y mujeres ya que ha permitido el desarrollo físico, intelectual como espiritual de los sujetos. El derecho a la ocupación es ejercido a través de las actividades lúdicas, de descanso, y productivas. Estos trabajos, juegos y actividades de automantenimiento son realizados por individuos de una manera única y propia basadas en sus creencias y preferencias, los tipos de experiencias que hayan tenido, su ambiente y los modelos de conductas específicos que hayan adquirido a lo largo del tiempo.

La salud se promocionaba desde antaño, a través de la ocupación. Los griegos utilizaron las canciones, la música y la literatura como un medio terapéutico.

La ocupación es, según los padres de la Terapia Ocupacional *...tan necesaria para la vida como el comer o el beber. Todo ser humano debe tener ocupación física y mental. Todos han de tener ocupaciones en las que participar, estas son necesarias, más aun, cuando la vocación está apagada o es poco grata. Los cuerpos, las mentes y las almas enfermas pueden*

*sanar a través de la ocupación...*²²⁸.

El derecho a la ocupación se ve intervenido por influencia del espacio vital, cultural y el ambiente humano y no humano en sus tres áreas de desempeño: Actividades de automantenimiento (A.V.D.), actividades lúdicas / de esparcimiento y actividades de trabajo o laborales.²²⁹

Dentro de las actividades que ocupan al hombre encontramos las referidas al trabajo, entendido como, *toda actividad lícita prestada a otro –empleador– a cambio de una remuneración*. El ejercicio del derecho al trabajo, que permite al hombre la adquisición de bienes para su subsistencia, es en la vejez reemplazado por el derecho a una jubilación digna, ambos reconocidos en nuestra Carta Magna:

Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita...

Artículo 14 bis: El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes....El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial la ley establecerá:...jubilaciones y pensiones móviles...

Límites

Un límite al derecho de trabajar lo constituye, muchas veces, la edad. Los ancianos por las contingencias que trae aparejada la propia vejez, comúnmente no se encuentran en condiciones de continuar desarrollando las actividades laborales que desempeñaban años atrás. Es por eso que dentro de la Seguridad Social se busca cubrir esta contingencia con el otorgamiento de lo que denominamos jubilación ordinaria.

No obstante, debemos considerar que la mayor expectativa de vida, sumada a los avances médicos y tecnológicos que optimizan generalmente la calidad de vida de muchos adultos mayores, hacen que éstos deseen mantenerse en actividad laboral más allá de la edad jubilatoria, o de los topes impuestos por reglamentaciones propias de ciertas actividades profesionales. En este sentido, la justicia ha debido intervenir ante demandas de ancianos que pretendían seguir trabajando, encontrándose con trabas a este derecho. A modo de ejemplo

²²⁸ V. DUNTON, Willians Rush, Jr, Reconstruction Therapy, 1919, cit. por GIOVAGNOLI, Dora, Instituciones Geriátricas y Salud, trabajo inédito.

²²⁹ V. HOPKINS, Helen y SMITH, Helen, Uso de la actividad y análisis de la actividad en terapia ocupacional, 1998.

podemos citar el siguiente fallo:

“El artículo 32 inciso 1 del decreto ley 9020/78, en cuanto dispone como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales la edad de 75 años, establece una presunción iuris et de iure de que quienes alcanzan dicha edad se encuentran incapacitados para ejercer funciones notariales, resultando arbitrario debido a su generalidad y a su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de jerarquía constitucional.”

(Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/11/2002, causa Franco, en La Ley 2003-B-pág. 286 y ss.)

D) Turismo y recreación. Derecho al esparcimiento.

Turismo

Se denomina Turismo, al complejo de actividades originadas por el desplazamiento temporáneo y voluntario del hombre fuera de su lugar de residencia habitual, sin incorporarse al mercado de trabajo del lugar de destino.

Recreación

Entendemos por recreación al conjunto de actividades no lucrativas que el hombre realiza en su tiempo libre, dentro del lugar o zona de residencia habitual. La actividad recreativa puede llevarse a cabo en un destino turístico, pero será recreacionista, cuando se regrese en el día a la residencia habitual.

Derecho al esparcimiento

Todo hombre tiene *derecho al esparcimiento*, es decir, al uso de su tiempo, con el fin de evadirse de las actividades de la rutina cotidiana, de las exigencias cada vez mayores de eficiencia y eficacia de perfeccionamiento a que nos somete el tiempo de trabajo. Es de destacar que el esparcimiento posible para un individuo, se encuentra condicionado por factores históricos, sociales y económicos.

Al hablar de *ocio* nos referimos al tiempo libre o tiempo no utilizado para el trabajo. Básicamente, el ocio, supone la búsqueda de bienestar, no importa la actividad que se realice. Por lo dicho es al mismo tiempo, un fenómeno social y una actividad individual, dimensiones que se entrecruzan, entre otras razones, debido al condicionamiento que la actual cultura de masa impone a esta porción de tiempo en el habitante de los países industrializados, y por otro lado, porque, en tanto práctica individual, dota al individuo de un sentimiento de libertad.



Derecho al esparcimiento

El derecho al *descanso* que sigue a la jornada de trabajo, recién se materializa para las grandes masas, luego de la II Guerra Mundial. Allí se comienza a reconocer el derecho de vacaciones pagas y reducción de las horas de trabajo. Hoy si bien se tiende a disminuir el tiempo de trabajo, gran parte de la población mundial no puede realizar actividades turísticas ya que se encuentra condicionada, tanto por factores socios económicos como de accesibilidad.

Desde la Seguridad Social, la Jubilación tiene como fin permitirle al anciano, retirarse de las actividades productivas que le generan un salario, sin perder ingresos. Este beneficio persigue que los ancianos, luego de una vida dedicada al trabajo, gocen de tiempo para el descanso y la diversión. En definitiva, que ejerzan su derecho al ocio.

E) Educar para la vejez. Universidades de la Tercera Edad. Capacitación e Inclusión Social²³⁰

E.1) El derecho a la educación en la vejez.

El derecho de las personas mayores a acceder a la educación, fue plasmado en diferentes documentos internacionales²³¹, entre los cuales destacamos las recomendaciones²³²

²³⁰ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi- Abogada – UNR-

²³¹ Podemos mencionar a título ejemplificativo: Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento (26 de julio a 6 de agosto de 1982, Viena, Austria): Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, Naciones Unidas, Nueva York, 1983; Observación General Nro.6 (1995) “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad”, Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Consejo Económico y Social, 24 de noviembre de 1995; Declaración de Quebec sobre la solidaridad intergeneracional, mayo de 1999 - Quebec, Organización de las Naciones Unidas; Declaración de Brasilia, dictada en la Segunda Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos, 6 de diciembre de 2007: “Recomendación 18. Impulsamos el acceso a la educación continuada y permanente a lo largo de toda la vida y a todos los niveles.”.

²³² En la órbita internacional, aún hoy no se cuenta con tratados que se hagan eco de la protección de los derechos de los ancianos. Sólo existen planes o recomendaciones que carecen de fuerza vinculante para los Estados suscriptores. Aunque debemos reconocer que son una fuente importante a tener en cuenta por los Estados al momento de diseñar políticas o legislaciones a favor de la población adulta.

del *Plan de Acción Internacional sobre Envejecimiento de Madrid del año 2002*²³³. Uno de los ejes del Plan de Madrid apunta a las “personas de edad y el desarrollo”. Es decir, se piensa a la persona mayor mayor como un sujeto pleno de derechos, participe del desarrollo, con igualdad de oportunidades para -entre otras cosas-, acceder al conocimiento y a la educación permanente²³⁴, excluyendo cualquier tipo de discriminación²³⁵.

El **derecho a la educación** y a la **cultura** también han sido contemplados en los *Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad*²³⁶. Entre ellos, encontramos dos que están íntimamente relacionados a nuestro tema. Uno de ellos refiere al Principio de Independencia, que señala: “4. *Las personas de edad deberán tener acceso a programas educativos y de formación adecuados*”. En tanto que el Principio de Autorrealización expresa: 15. *Las personas de edad deberán poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial*. 16. *Las personas de edad deberán tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos de la sociedad*.

Ambos documentos internacionales han proclamado la necesidad del reconocimiento y potencialización del acceso de los adultos mayores a la educación y la cultura. Aunque es pertinente recordar que estos documentos contienen recomendaciones que carecen de fuerza vinculante para los Estados suscriptores²³⁷.

En este marco, no podemos dejar de referirnos a la **solidaridad intergeneracional**, ideal consagrado en la *Declaración de Quebec sobre la Solidaridad Intergeneracional*²³⁸, y

²³³ SEGUNDA ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO (8 al 12 de abril de 2002, Madrid, España), Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, [http:// www.madrid2002-envejecimiento.org/](http://www.madrid2002-envejecimiento.org/)

²³⁴ Cuestión 4: Acceso al conocimiento, la educación y la capacitación. 41. Objetivo 1: Igualdad de oportunidades durante toda la vida en materia de educación permanente, capacitación y readiestramiento, así como de orientación profesional y acceso a servicios de colocación laboral.

²³⁵ En términos generales, las recomendaciones del Plan versa sobre: salud y nutrición; protección de los ancianos consumidores, vivienda y medio ambiente; la familia; bienestar social; seguridad del ingreso y empleo; educación; fomento de políticas y programas.

²³⁶ Aprobado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1991 (Resolución 46/91). Los principios contemplados en éste documento son: Independencia, Participación, Cuidados, Autorrealización y Dignidad.

²³⁷ ...El proceso internacional de especificación de los Derechos Humanos provocó el desarrollo de dos tipos de fuentes formales aplicables en materia de Derecho de la Vejez. El primer grupo está referido a los catálogos de derechos humanos que pueden ser directamente aplicados por su rango constitucional. Mientras que en el segundo segmento se encuentran aquellos documentos que sólo sirven como principios orientadores o criterios generales de interpretación jurídica....Tal es el caso de los Planes sobre Envejecimiento (Viena, 1982 y Madrid 2002) y demás documentos de ONU referidos al envejecimiento. Ver DABOVE CARAMUTO, Isolina; PRUNOTTO LABORDE, Adolfo (Dir.), *Derecho de la Vejez. Perspectiva Interdisciplinaria*, Rosario, Juris, 2006.

²³⁸ Naciones Unidas, mayo de 1999. Transcribimos a modo ilustrativo los artículos que consideramos íntimamente relacionados al tema en estudio: Artículo 1: Todas las personas están llamadas a vivir de acuerdo con valores humanos fundamentales, como el reconocimiento y el respeto del ser humano dentro de sus múltiples dimensiones y en su propio desarrollo, de conformidad con las responsabilidades sociales que requiera la solidaridad intergeneracional.

Artículo 6: Las personas de edad avanzada, que representan una memoria viva, tienen el deber de conservar el patrimonio cultural y transmitirlo, por todos los medios de comunicación que estén a su disposición, a las otras generaciones; éstas, a su vez, contribuirán a proteger y desarrollar dicho patrimonio. Las diversas instituciones, como la familia, las instituciones docentes, los medios de comunicación y las empresas, deberán contribuir al desarrollo y a la transmisión de dicho patrimonio cultural.

Artículo 7: Los gobiernos, los grupos de presión y la sociedad en general deberán fomentar la concertación de las generaciones, con vistas a desarrollar el sentimiento de pertenencia a su colectividad. Todas las generaciones tienen el deber de propiciar las interacciones sociales para crear y mantener sólidos lazos intergeneracionales.

también en el *Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*²³⁹.

En el derecho interno argentino, el Derecho a la Educación ha sido consagrado en forma genérica en nuestra *Carta Magna*²⁴⁰, en el artículo 14 que contempla el derecho de todos los habitantes de la nación a “enseñar y aprender”. No existe una enunciación específica respecto del derecho a la educación permanente o a la educación a lo largo de la vida. En este punto debemos recordar que merced a la reforma constitucional del año 1994, se incorporan a la Constitución Nacional varias convenciones de Derechos Humanos, donde encontraremos un tratamiento específico del derecho a la educación²⁴¹.

E. 2) Educar para la vejez. La educación intergeneracional.

La participación de los mayores en actividades educativas intergeneracionales supone un gran abanico de posibilidades y beneficios que redundan en mayor **integración** del sujeto en la sociedad en general, y particularmente en el entorno familiar.

En un mundo como el actual, tan variante respecto de los roles sociales y familiares, sumado al avance tecnológico y la vertiginosidad de la mutación de los conocimientos, no es extraño que la persona mayor vaya quedando al margen de estos cambios. Pues, es innegable que la aceleración de la historia ha hecho que la experiencia de los ancianos se torne “disvaliosa”²⁴².

Así, la brecha generacional se va ampliando, segregando al adulto mayor a un espacio devaluado. Es que en la actualidad, según parámetros utilitaristas, el viejo ya no es sinónimo

²³⁹ 42. La solidaridad entre las generaciones a todos los niveles -las familias, las comunidades y las naciones- es fundamental para el logro de una sociedad para todas las edades. 43. A nivel de la familia y la comunidad, los vínculos intergeneracionales pueden ser valiosos para todos.

²⁴⁰ Respecto del tratamiento constitucional nacional y provincial de los derechos de los ancianos puede consultarse: NOVELLI, Mariano, *Los Derechos Constitucionales de los Ancianos en Argentina*, Buenos Aires, Dunken – Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 2006.

²⁴¹ a) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948): - Art. XII: Toda persona tiene derecho a la educación...; b) Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): - Art. 26.1: Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita...; c) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica - 1969): - Art. 26: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias...para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la carta de la Organización de los Estados Americanos...; d) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): - Art. 13.1: Los Estados Partes...reconocen el derecho de toda persona a la educación....- Art. 13.2: Los Estados Partes ... reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria. - Art. 15.1: Los Estados Partes...reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar de la vida cultural. b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.; e) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1967): Art. 5: En conformidad con las obligaciones fundamentales los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona, particularmente en el goce de los siguientes derechos: e.V) El derecho a la educación y a la formación profesional.; f) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979): - Art. 10: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, con el fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación...

²⁴² CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Derecho de la Ancianidad*, en “Investigación y Docencia”, N° 20, Rosario, FIJ, 1992, Pág. 38.

de transmisión de su **sabiduría**. Los avances tecnológicos van tornando obsoletos y carentes de significado los conocimientos y saberes de la persona mayor. La vejez ha dejado de ser fuente de **verdad**²⁴³.

En este sentido, podemos afirmar que la construcción de las familias no es ajena a estos cambios. Hasta no hace mucho tiempo, era frecuente la convivencia de varias generaciones donde la solidaridad familiar se vivía en la convivencia hogareña. Estos hogares multigeneracionales están en vías de extinción²⁴⁴. Una consecuencia de la fragmentación de residencias suele ser la exclusión del diálogo intergeneracional²⁴⁵.

El **multigeneracionismo** puede entenderse como una variante del multiculturalismo. Pues cada generación *esgrime una forma de entender la vida, códigos de convivencia y prácticas discursivas que les son propios...memorias colectivas diferenciables entre sí y valores específicos*²⁴⁶.

Frente a este escenario, podemos encontrar en la educación una vía de interacción e integración²⁴⁷ de los adultos mayores en el entorno familiar y social. *La educación, sin límites temporales ni espaciales, se convierte en una dimensión de la vida misma. En la educación está implicada la familia, el mundo laboral, las instituciones culturales, los medios de comunicación... Son espacios educativos complementarios, que permiten el tránsito de unos a otros*²⁴⁸.

La educación parece ocupar un papel relevante a la hora de lograr una mayor adaptación de los ancianos a los procesos acelerados de cambio, propios de la cultura postmoderna. En este orden de ideas, consideramos que los programas educativos destinados a esta franja poblacional, deberán considerar los beneficios del encuentro intergeneracional.

²⁴³ DABOVE, María Isolina, Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad, en "Jurisprudencia Argentina - Número Especial: Bioética", Pedro F. Hooft (Coord.), Noviembre 1 de 2000, N° 6218, Buenos Aires, Pág. 22.

²⁴⁴ Puede ampliarse este tema consultando: DI TULLIO BUDASSI, Rosana G., El derecho alimentario de los ancianos, en "Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 38 Noviembre/diciembre 2007, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Págs. 65-82.

²⁴⁵ FANZOLATO, Eduardo Ignacio, Los ancianos y la solidaridad familiar en el siglo XXI, en "Revista de la Facultad, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Volumen 4 N° 2, Córdoba, Nu eva Serie, 1996, Pág. 25.

²⁴⁶ DABOVE, María Isolina, Derecho y multigeneracionismo: O los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez, en "Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia", N° 40, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 40.

²⁴⁷ A inserção dos idosos nos programas de educação permanente permite o processo de ressignificação das experiências de vida anteriores à velhice e, principalmente, das vivências experimentadas e sentidas durante o envelhecimento que ora floresce. Assim, o entendimento do envelhecer assume um significado diferente, onde as participantes do estudo fazem referência a um rejuvenescimento, que pode ser muito bem compreendido como uma renovação do próprio projeto de vida, dos ideais, das perspectivas e expectativas. É, na verdade, um rever de sonhos e objetivos, o assumir um compromisso consigo mesmo e com a vida em busca da felicidade. En WEBBER, Francieli - SEDREZ CELICH, Kátia Lilian, As contribuições da universidade aberta para a terceira idade no envelhecimento saudável, en "Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento", Porto Alegre, Vol. 12, 2007, Págs. 127-142.

²⁴⁸ BEDMAR MORENO, Matías, La educación intergeneracional encierra un tesoro, en "La educación intergeneracional: un nuevo ámbito educativo", Matías Bedmar Moreno e Inmaculada Montero García (Coord.), Dykinson, 2003, Pág. 65.

La **educación intergeneracional** aparece como un modo de unificar potencialidades de los jóvenes y adultos, otro camino de compromiso cívico amparado por la perspectiva educativa y social²⁴⁹.

E.3) Programas intergeneracionales e inclusión social.

Los programas intergeneracionales sirven, por un lado, para construir **vínculos** significativos que ponen en contacto a las personas de distintas edades y proporcionan a los mayores un medio de transmisión de la cultura y las tradiciones a las nuevas generaciones, a la vez que mejoran la manera que tienen las personas mayores de percibirse a sí mismas. Y, por el otro, también los jóvenes encuentran beneficios en la interacción intergeneracional. Pues los jóvenes ganan conocimiento y **aprecio por la vejez** frente a la que disminuyen su temor. Además, se benefician de la relación intergeneracional con personas de otros grupos de edad diferentes al suyo que pueden proporcionarles guía, consejo, sabiduría, apoyo y amistad²⁵⁰.

Así, los programas intergeneracionales pueden ser el vehículo para alcanzar la **inclusión social** y combatir el “edaísmo”, los mitos y prejuicios que rondan en torno a esta etapa vital como, por ejemplo, la idea de que las personas mayores ya nada pueden aprender ni transmitir.

La historia oral, la sabiduría y los conocimientos basados en la experiencia que aportan las personas mayores en sus barrios y pueblos proporcionan estabilidad a las generaciones siguientes. A su vez, las generaciones más jóvenes brindan nuevas perspectivas, que son expresión de esperanza en el futuro²⁵¹. Esto supone la presencia de la **reciprocidad**. Si no tenemos en cuenta esta noción –existente en todo el ciclo vital-, no podremos plasmar una práctica intergeneracional de calidad.

En este sentido, debemos comprender que todas las personas dan y reciben durante su vida, y que todas las generaciones son valiosas y pueden contribuir a la vida de la comunidad. Los programas intergeneracionales no deben estar sólo al servicio de la población anciana, sino **a favor de todas las edades**. Pues, recordemos que uno de sus fines consiste en el beneficio de todos los participantes. Niños, jóvenes, adultos y ancianos participantes de los programas intergeneracionales deben obtener el beneficio de haber compartido con el otro. Ello supone que cada participante tanto tiene para dar, para brindar al otro, como para recibir. De lo contrario -si solo vemos a estos programas como pertenecientes al dominio de los especialistas

²⁴⁹ BEDMAR MORENO, Matías, FRESNEDA LOPEZ, María Dolores, MUÑOZ LOPEZ, Juana, Gerontagogía. Educación en personas mayores, Editorial Universidad Granada, Págs. 145 y 146.

²⁵⁰ PIZANO, Sacramento, KAPLAN, Matthew, Los beneficios de los programas intergeneracionales, en “Programas Intergeneracionales. Hacia una Sociedad para Todas las Edades”, Colección estudios sociales N° 23, Mariano Sánchez (Dir.), Barcelona, Fundación La Caixa, 2007, Pág. 73

²⁵¹ BUTTS, Donna M., Programas intergeneracionales e inclusión social de las personas mayores, en “Programas Intergeneracionales. Hacia una Sociedad para Todas las Edades”, Colección estudios sociales N° 23, Mariano Sánchez (Dir.), Barcelona, Fundación La Caixa, 2007, Pág. 103

en envejecimiento-, *podría perpetuar la creencia de que los mayores son solamente receptores de servicios y cuidados, pero no contribuyen a ellos*²⁵².

Puede concluirse que el acceso a la educación implica, por un lado, el derecho de las personas mayores a beneficiarse de los programas educativos y por el otro, el aprovechamiento de los conocimientos y experiencias de los mayores a favor de las generaciones más jóvenes²⁵³. Además, el trabajo con las generaciones más jóvenes respecto a la temática de la vejez, contribuirá a descalificar los prejuicios y mitos que acompañan a esta etapa de la vida. Ello, seguramente, redundará en un mayor compromiso y respeto de los jóvenes hacia los ancianos, que bien podría traducirse en el respeto de su autonomía de la voluntad, de su esfera de libertad, la permanencia en su hogar, la asistencia voluntaria en lo que requiera su subsistencia sin tener que recurrir a la justicia para lograrlo.

Actividad N°8

Lea la entrevista y, siguiendo el cuestionario guía, repase lo visto en ésta unidad.

Cuestionario guía:

- 1) ¿Qué ejemplos de discriminación se dan en la entrevista?**
- 2) ¿Qué ejemplos da la entrevistada respecto de la integración de los ancianos a la sociedad?**
- 3) ¿Cómo ve a la ancianidad? Da algún concepto de ancianidad?**
- 4) ¿Qué opina respecto de la asimilación de la ancianidad con la discapacidad o enfermedad?**
- 5) ¿Qué ejemplos encuentra referidos a la vulnerabilidad de los ancianos?**

ENTREVISTA A ALCIRA BONILLA, FILOSOFA Publicada en "Clarín", 4 de marzo 2007.-

"En nuestra sociedad no existe una cultura de la vejez"

Aun cuando se alarga la expectativa de vida y aumenta el número de ancianos, subsisten

²⁵² Ídem.

²⁵³ En las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se presentó una ponencia donde se proponía difundir las Recomendaciones y los Principios referidos a la educación, entre ellos: "c) Considerar el derecho a la educación en dos sentidos distintos y complementarios: uno referido al 'derecho de las personas de edad a beneficiarse de los programas educativos' y el otro relacionado con el 'aprovechamiento de los conocimientos y de la experiencia de las personas de edad a favor de las generaciones más jóvenes'", de acuerdo con lo establecido en la Observación General Nro.6 (1995) "Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas de Edad", ver GONEM MACHELLO de GANDOLFO, Graciela N., Algunas consideraciones sobre la educación como derecho humano y la ancianidad, en "Libro de Ponencias de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Buenos Aires, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Facultad de Derecho, T. II, 2007, Págs. 655-662

prejuicios que llevan a considerar la vejez como sinónimo de discapacidad o ausencia de derechos.

Por Claudio Martyniuk.

En la sociedad del espectáculo en la que vivimos, los ancianos parecen estar de más, sin lugar. Sin embargo, la historia enseña que no siempre recibieron este trato indigno. ¿Por qué los ancianos están marginados y desvalorizados en nuestra sociedad?

—Por primera vez en la historia del mundo coexisten de modo natural y espontáneo cuatro generaciones. La amplitud del cuidado y de la medicina actuales hacen posible que padres, hijos, abuelos y bisabuelos convivan, y eso se daba solamente de modo excepcional en otras épocas. Esto significa que hay un aumento constante del número proporcional de adultos mayores. Esto también tiene que ver con la disminución de la natalidad, a punto tal que en algunos países europeos hay una pirámide de población invertida. Para nuestro país, hay una previsión de un 18% de personas de tercera edad para dentro de 10 años. Por otro lado, no es igual la proporción entre adultos mayores varones y adultos mayores mujeres; por ahora hay una proporción mayoritaria de mujeres en edad avanzada, aunque las patologías que afectan a los varones ahora están afectando cada vez en mayor medida a las mujeres que han ingresado en el mundo del trabajo y en profesiones que han sido antes típicamente masculinas. Si el escenario es tal, tenemos que pensar por qué en nuestra sociedad no existe una cultura de la vejez o está tan poco desarrollada todavía.

Las marcas del paso del tiempo no son idénticas en las diferentes personas. ¿Acaso todos los ancianos son iguales?

—No, de ninguna manera. Simone de Beauvoir señaló que los viejos con medios económicos y bien ubicados socialmente no son viejos, porque siguen integrados a la sociedad. El resto queda abandonado, como residuo. Pero de a poco, y contra esta exclusión, se va formando una cultura de la ancianidad que es la que vemos en las asociaciones de jubilados y en otro tipo de agrupamientos que cada vez más, por suerte, se van generando en nuestras sociedades.

Pero la vejez es temida.

—Hay una perspectiva en aumento que no toma al envejecimiento como un fenómeno natural de la vida, una etapa de ella, sino que la toma como una enfermedad. Por supuesto que hay enfermedades características en las distintas etapas de la vida de los seres humanos, y también la vejez tiene las suyas. Pero la vejez por sí misma no es una enfermedad, y si nosotros la medicalizamos y nos fijamos solamente en esos aspectos, no podemos forjar una cultura de la vejez y de la ancianidad, ni les podemos dar a los adultos mayores un lugar de reconocimiento en nuestras sociedades.

¿El lugar que hoy ocupa la juventud afecta a los ancianos?

—En el imaginario social está instalado un enaltecimiento de la juventud. Si nosotros vemos las propagandas, los discursos y los programas de los medios, nos damos cuenta de que los modelos son jóvenes e incluso cada vez más jóvenes. Eso significa que no hay un lugar para las personas ancianas y que además se produce un fenómeno que podríamos llamar "edaísmo" —utilizando una construcción parecida a la de sexismo, racismo, etc.—, es decir una discriminación social de las personas ancianas. Y además, también, hay una supervivencia de patrones sexistas.

¿Las mujeres ancianas son más discriminadas?

—Exacto. La vigencia del sistema sexo-género hace que en las mujeres mayores se produzca una doble exclusión: la exclusión por edad y la exclusión por género. Yo creo, como dijo Simone de Beauvoir, en su famoso ensayo de 1970 *La vejez*, que "la vejez sólo puede ser entendida en totalidad, dado que no es un hecho biológico, sino un hecho cultural". Esta es la perspectiva desde donde tendríamos que mirar para entender este fenómeno.

¿Me equivoco o esa ausencia de cultura de la ancianidad nos hace asimilar vejez con discapacidad?

—En la lógica de la sociedad contemporánea con respecto a los ancianos hay una confusión entre independencia y autonomía. Se piensa que las personas que sufren algún tipo de discapacidad, algún tipo de disminución de sus fuerzas físicas, son personas que tienen disminuidas también su capacidad moral, su poder de decisión y su capacidad de asumir derechos. Me parece que esta gran confusión que se suscita respecto de los ancianos de manera muy fuerte aparece también frente a otras personas.

¿Por ejemplo?

—Las feministas ya hace bastante tiempo señalaron los rasgos discriminatorios de la sociedad con respecto a las mujeres. Los niños también son afectados, aunque exista una muy positiva convención internacional sobre sus derechos. Y es notoria la discriminación respecto de las personas discapacitadas o con capacidades diferentes. Habría que decir que en este momento uno de los grandes problemas de las sociedades contemporáneas es la discriminación de los inmigrantes, sobre todo de aquellos que no tiene los rasgos étnicos, lingüísticos, religiosos de las llamadas sociedades de acogida. Este mecanismo de inclusión/exclusión se da en todas las sociedades, lo que pasa es que en este momento tiene características particulares —más fuertes— respecto de algunos grupos. Y en estos grupos sobresalen, desgraciadamente, las personas ancianas y los migrantes, cierto tipo de enfermos y casi todas las personas con capacidades especiales.

¿Cómo puede subsanarse este trato humillante?

—Hay que contribuir a pensar a estas personas como sujetos morales y por lo tanto dotados de autonomía y derechos.

Pocos se atreverían a rechazar la teoría. Pero, ¿cómo hacer efectivo su respeto?

—Pensemos en una distinción que hace Paul Ricoeur respecto de la autonomía considerada, por un lado, como un dato y, por el otro, como lo que se desea. La autonomía es la capacidad y la posibilidad de ejercicio del derecho, pero es también algo que hay que conquistar. En este sentido, Ricoeur define la autonomía como un triple poder: el poder de hablar, de obrar sobre los hechos y de construir de manera coherente la propia historia. De esta manera, autonomía no estaría referida solamente a personas individuales, sino también a lo que podríamos llamar sujetos grupales, como pueden ser los ancianos o los grupos de migrantes.

Usted los define claramente como vulnerables. ¿Cuáles serían las fuentes de esa fragilidad?

—La vulnerabilidad o fragilidad puede ser producto del azar; de las circunstancias en las que una persona o grupo se desarrolla. O puede ser también infligida por la sociedad en la que estas personas o grupo se encuentran. Entonces, a cada nivel de autonomía correspondería un nivel de vulnerabilidad o fragilidad. Por ejemplo, a la autonomía del decir o del hablar correspondería obviamente la imposibilidad física, la prohibición o la descalificación y desvalorización de determinados discursos.

Esto parece darse con frecuencia en el caso de los ancianos: su voz se escucha poco.

—En el caso de los ancianos esto es muy claro: cuando una persona anciana capaz va a una visita al médico acompañada por otra persona, normalmente el médico se dirige al acompañante y no a la persona anciana, aunque la persona anciana tenga un desarrollo intelectual superior al de su acompañante. Es que hay un discurso desvalorizado a priori, desconsiderado, que es el del anciano. Lo mismo sucede con el discurso de otros grupos igualmente vulnerables. A mí me ha pasado, trabajando con personal de salud que atiende a inmigrantes, escucharlos afirmar que los migrantes "no saben hablar". Yo les digo a los miembros del equipo de salud que no, que para los migrantes quienes no saben hablar son ellos, porque no hablan, por ejemplo, coreano. Todo depende de la perspectiva y el lugar que tengamos para observar y actuar. Hay discursos desvalorizantes por razones sociales, históricas, económicas. En otro nivel, la posibilidad de obrar sobre las cosas o sobre las personas, depende de las limitaciones y capacidades. Y por fin, volviendo a Ricoeur, sobre la posibilidad de construir de manera coherente la propia historia, me parece que es necesario contribuir a las reconstrucciones que llevan a la recuperación de identidades de personas y

grupos.

Unidad V: Derechos Fundamentales de Prestación: ¿qué igualdad? ¿qué inclusión? ¿qué vejez?

A) Seguridad Social y vejez. Concepto. Perspectiva interdisciplinaria

Palabras preliminares²⁵⁴

En los últimos años, la Seguridad Social argentina ha experimentado cambios sustanciales en su estructura y funcionamiento que han permitido generar algunos efectos beneficiosos para el Derecho de la Vejez. Así, es importante destacar la clara presencia de la Corte Suprema de la Nación en sus sostenidas decisiones favorables a los derechos de las personas mayores en materia previsional, tanto como en sus pedidos reiterados y públicos de cumplimiento pleno de sus fallos²⁵⁵, hacia el Poder Administrador²⁵⁶. En este sentido es menester resaltar la impronta que tuvieron (y tienen aún) los famosos casos “Badaro” (del 08/08/2006 y del 26/11/2007) y “Elliff” (del 13/08/2009), entre otros, de la Corte, que dieron lugar a la puesta en marcha de la Ley nacional 26.417, de Movilidad Jubilatoria vigente hacia finales de octubre de 2008.

Todo este conjunto de factores hizo posible, asimismo, otros cambios legislativos sustanciales, tales como la eliminación del Régimen de Capitalización (AFJP) y la “publicización” del sistema previsional. Es decir, la vuelta al sistema estatal de reparto de jubilaciones y pensiones a través del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), entrado en vigencia a partir del 1° de enero de 2009, y la ampliación de la cobertura previsional a las amas de casa y empleadas domésticas, entre otros, *en cumplimiento del mandato previsto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional que expresa “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable”²⁵⁷*. Este capítulo está destinado al desarrollo de una mirada panorámica en esta materia.

²⁵⁴ Colaboración de María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid -

²⁵⁵ V. <http://www.anses.gob.ar/>

²⁵⁶ V. La Corte falló contra la Anses y destrabó los juicios de los jubilados. El tribunal puso freno a las maniobras que utiliza el Gobierno para dilatar los pagos; fuertes críticas: <http://www.lanacion.com.ar/1533472-la-corte-fallo-contra-la-anses-y-destrabo-los-juicios-de-los-jubilados>; y también ver el documento del ANSES en el que informa que, dentro de los plazos procesales establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), dio cumplimiento al requerimiento efectuado por el máximo tribunal mediante resolución de fecha 24 de mayo de 2011, en los autos caratulados “Defensor del Pueblo de la Nación c/ el Estado Nacional s/ sumarísimo (Expte. D.45 XI. Recurso de hecho). En: <http://www.anses.gob.ar/noticia/anses-dio-cumplimiento-al-pedido-de-informes-de-la-corte-suprema-269>

²⁵⁷ V. <http://www.anses.gob.ar/jubilados-pensionados-2>

Derecho Previsional y Seguridad Social²⁵⁸

El Derecho Previsional se ocupa de cubrir las contingencias de vejez, invalidez y muerte, otorgando prestaciones formales de acuerdo a las necesidades acreditadas, de modo tal que con ellas, se restablezca un estado de justicia social –igualdad en la diferencia-.

Las **contingencias** son las circunstancias de la vida de una persona, que hacen que disminuya la capacidad de ingreso en forma total o parcial. Estas, pueden afectar a la persona individualmente o al conjunto de los derechohabientes. En estos casos, la ley otorga a modo de protección o cobertura estas prestaciones, dentro de los principios de la seguridad social que descartan un origen contractual.

La seguridad social se encuentra garantizada en la Constitución Nacional. El artículo 14 bis de la Constitución nos dice que el estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tienen carácter de integral e irrenunciable.

En Argentina, la Seguridad Social y el Derecho Previsional se caracterizan por ser: derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; son integrales, irrenunciables, solidarios, federales y de prestación única. Tienen carácter **integral** ya que, la cobertura de las necesidades pretende ser amplia, y en la Constitución no están explícitamente determinadas. Se trata pues, de derechos fundamentales que tiene el formato de los principios jurídicos generales. La Seguridad Social y el Derecho Previsional es **irrenunciable**, porque en la Constitución expresamente se excluye la posibilidad de negociar su configuración. Es decir, todos los ciudadanos estamos incluidos dentro del sistema de la seguridad social, sin admitirse voluntad en contrario. Es **solidario**, ya que funciona a través de la asunción de un pacto intergeneracional, donde los activos de hoy financian las prestaciones de los pasivos con los que conviven, también hoy.

Nuestro sistema previsional tiene **carácter federal** Ello significa que, al respetarse las autonomías provinciales y municipales, trae como consecuencia la coexistencia de diversos regímenes, en estos tres niveles: nacional, provincial y municipal. Así, encontramos distintas cajas: ANSeS; la Caja de Jubilaciones y Pensiones de la Pcia. de Santa Fe; Instituto de Previsión social de la Caja Municipal de Rosario; por dar algunos ejemplos.

²⁵⁸ Colaboración del Dr. Alejandro Palermo Romera – Abogado Especialista en Derecho de Seguro - UCA.- Christian González D'Alenssandro –Abogado- Master en Derecho de la Seguridad Social – Universidad de Morón- Alexandra Biasutti - Abogada- Master en Derecho de la Seguridad Social - PUCA

El carácter federal de nuestro régimen también se halla plasmado en la Constitución Nacional. En efecto, cuando nuestra Ley Fundamental señala que, *la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma republicana, representativa y federal*, no hace otra cosa que reconocer la autonomía de las provincias y su responsabilidad para administrar y crear su propio sistema previsional. Así, en la realidad, junto a ANSeS (Administración Nacional de Seguridad Social), conviven de manera legal y legítima las diferentes cajas de cada provincia y las de sus municipios. Por otra parte, este panorama se completa con la vigencia de otras Cajas Previsionales, igualmente independientes y particulares: las Cajas Profesionales, de las Fuerzas Armadas; de Organismos de Seguridad; de Bancos Provinciales o del Personal Policial Provincial.

Ahora bien, no obstante esa diversidad de Cajas, nuestra Seguridad Social funciona a través de la aplicación del principio general de la **prestación única**. El 9 de diciembre de 2008, **la Ley 26.425 crea, precisamente, el Sistema Integrado Previsional Argentino – SIPA-**, que restaura el sistema solidario de reparto único, acorde con el art. 14.bis de nuestra Constitución y elimina el sistema de capitalización anterior (AFJP). El Decreto 2099/08 reglamenta esta ley, así como también es importante mencionar el Decreto 2103/08 que modifica el Decreto 897/07 en relación al Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino y el Decreto 2104/08, que dispone que todas las personas quedan incluidas en el SIPA.

Así pues, a partir de esta unificación, los aportes que una misma persona haya realizado (aún cuando éstos hayan sido hechos en distintas Cajas estatales -Nación, Provincia y Municipio-), todos ellos **se acumulan para otorgar un solo beneficio previsional**. Este principio, sin embargo tiene una excepción: el de las Cajas Profesionales. Así, por ejemplo, si un profesional que trabajó en relación de dependencia aportando a ANSeS y, al mismo tiempo, realizó aportes en su Caja Profesional; cumplidos los requisitos legales de ambos sistemas, tendrá derecho a la acumulación de los dos beneficios previsionales: una jubilación nacional y otra como profesional.

Prestaciones básicas con aportes: Clases



⇒ **Jubilación ordinaria**

Para acceder a la *jubilación ordinaria* (ya sea en el marco de una relación de dependencia o bien, en virtud de aportes realizados al régimen de autónomos);

Ley 26.425 establece los siguientes requisitos:

- Edad: 60 años para la mujer y 65 para el hombre
- Servicios: 30 años acreditados
- Aportes: 30 años acreditados

La Ley no exige que la persona se encuentre en actividad al momento de cumplir la edad establecida para acceder al beneficio previsional. Por ello si una persona cumple los 30 años de actividad y de aportes, antes de la edad requerida, puede dejar de trabajar y esperar ese tiempo restante sin hacer aportes, porque ya cumplió con lo determinado normativamente.

⇒ **Jubilación por edad avanzada**

La *jubilación por edad avanzada* es la prestación que se otorga a las personas mayores de 70 años, sin hacer distinciones de sexo o género. Dado que esta prestación se otorga ante casos de grave desprotección derivadas de la mayor edad, la Ley sólo exige acreditar haber realizado al menos, 10 años de aportes. De estos 10 años, 5 deben haber sido realizados dentro de los últimos 8 años previos al cese laboral.

⇒ **Retiro transitorio por invalidez**

La *prestación de retiro transitorio por invalidez* se otorga a las personas que tengan una incapacidad, física o mental, en forma total. De modo tal que, la persona que la pretenda

deberá acreditar un porcentaje de incapacidad superior al 66% de la T.O. determinado por la Comisión Médica local. No se exige, sin embargo, que al momento de la discapacidad el trabajador esté en actividad. Se exige un mínimo de aportes pero, no se requiere edad mínima para su otorgamiento. Así por ejemplo, si una persona trabajó un mes y durante ese tiempo, sufre un accidente laboral que le crea una incapacidad, le corresponde cobrar un retiro transitorio por invalidez. Este beneficio continuará siendo transitorio por 3 años a partir de su otorgamiento, a la espera de la revisión legalmente establecida como condición para su transformación en permanente. Si luego de la revisión se acredita que el beneficiario está en condiciones de trabajar, cae la prestación. Si se considera que sigue la transitoriedad, se puede extender por 2 años más, pero tiene que someterse a un nuevo examen al finalizar ese lapso de tiempo. Si en esta oportunidad se evalúa que la incapacidad continúa, se transforma en definitiva.

⇒ **Pensiones**

Las *pensiones* pueden ser solicitadas por los siguientes beneficiarios:

- cónyuges
- concubinos
- hijos menores de 18 años solteros
- hijos con discapacidad sin límite de edad

En los casos de hijos con discapacidad, los mismos deben serlo al momento del fallecimiento del padre o al momento de cumplir los 18 años. Pero si por ejemplo el hijo no sufre ninguna discapacidad y el padre muere cuando tiene 10 años, obtendrá su pensión por hijo menor hasta los 18 años. Una vez que llega a esa edad, tiene que probar que al momento de cumplir los 18 años adquirió la incapacidad. Ahora, si el hijo sufre alguna discapacidad después de ser mayor de 18 años y con posterioridad a la muerte del padre, no percibe la pensión por hijo discapacitado.

Prestaciones extraordinarias sin aportes debidamente acreditados:



1. Prestación anticipada y Jubilación para las ama de casa

En diciembre de 2004 se dicta la **Ley N° 25.994** que crea la **Prestación Anticipada**. Esta ley prevé que quienes teniendo la edad cumplida; pero no tengan los 30 años de aporte requeridos en el sistema ordinario, podrán completar los años faltantes acogiéndose al pago de una moratoria previsional, que se irá descontando proporcionalmente de los haberes que perciban simultáneamente.

Posteriormente, el **Decreto 1454/2005** permitió incluir también en este Régimen, a **quienes nunca hayan aportado** al sistema previsional. En este caso, las personas solicitantes deben inscribirse como aportantes autónomos y luego, solicitar el plan de facilidades de pago. A este beneficio se lo llama **“Jubilación para las ama de casa”**, por la importante cantidad de mujeres que se encuentran en esta situación.

2. Pensiones no contributivas

Argentina universalizó el beneficio de las pensiones no contributivas a la vejez a personas de 70 o más años -incluidos aquellos mayores de 70 años que viven en residencias dependientes del Estado- sin cobertura de la seguridad social y que no posean bienes, ingresos o recursos de cualquier tipo que permitan su subsistencia.

Este beneficio es otorgado a través de la Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. De esta forma, nuestro país debe ser incluido dentro del grupo de países en desarrollo que han introducido “pensiones sociales”, garantizado un ingreso mínimo a las personas de edad²⁵⁹.

El monto mínimo percibido es el equivalente al 70% del Haber Mínimo Previsional, por lo tanto están sujetas a los aumentos dispuestos por Ley 26.417 de Movilidad Jubilatoria, en los

²⁵⁹ Este tema ya ha sido tratado en el Módulo 2 “Gerontología Comunitaria e Institucional”, al cual remitimos.

meses de marzo y setiembre de cada año. Actualmente el monto es de \$579,06[1] y para los residentes de zona sur (provincias de La Pampa, Neuquén , Río Negro, Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego y Partido de Carmen de Patagones de la Provincia de Buenos Aires) se agrega un 40% adicional por Zona Austral. Los beneficiarios cobran la pensión a través de las entidades bancarias más cercanas a su domicilio, autorizadas por el Banco Central. En los lugares que carecen de dichas entidades se utiliza para el pago el Correo Oficial.

Actividad N°9

Resuelva el caso siguiente:

Usted debe asesorar a una persona que necesita informarse sobre la posibilidad de acceder a un beneficio previsional. El Sr. Juan le relata que tiene actualmente 66 años, ha prestado servicios con aportes en una empresa privada durante 31 años. Cesó en esa actividad hace 4 años, no aportando más al sistema de reparto desde entonces. El Sr. Juan quiere saber si puede acceder a algún beneficio previsional, y de ser así, a cuál de ellos.

B) Políticas sociales y Derecho de la Ancianidad o Derecho de la Vejez²⁶⁰

El tema de la ciudadanía viene ocupando un lugar privilegiado en las investigaciones y debates de los estudiosos de las ciencias sociales en estos últimos quince años. Como señalan algunos autores²⁶¹, el concepto de ciudadanía ha experimentado una “verdadera explosión” en los años noventa como resultado de una serie de hechos políticos, económicos y culturales que le asignan un interés particular.

Su centralidad, desde el punto de vista teórico, obedece por un lado a que se ha convertido en una categoría sustantiva para el análisis y explicación de numerosos fenómenos actuales, tanto nacionales como internacionales, que configuran un nuevo escenario. Por otro lado, las democracias actuales tienen al menos dos asignaturas pendientes con la ciudadanía: la efectiva realización de los derechos formalmente reconocidos y la construcción de una comunidad política que permita el desarrollo de las diferencias.

Este trabajo se propone presentar algunas reflexiones en torno a la salud en la tercera edad, en el tiempo actual y desde el campo de la ciudadanía. Utilizamos la ciudadanía como

²⁶⁰ Colaboración de Silvia Levín – Doctora en Ciencias Sociales – UNR -

²⁶¹ V. KYMLICKA, W. y NORMAN, Wayne, El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía, en “Agora. Cuaderno de Estudios Políticos”, año 3, N° 7, Buenos Aires, invierno de 1997.

perspectiva de análisis, a fin de inscribir en ese marco los problemas que hacen a la salud en la ancianidad. Nos interesa en particular mostrar que las acciones en salud, según se trate de estrategias asistenciales o políticas sociales, producen una relación distinta entre Estado y Sociedad que se traduce en la obtención de beneficios en carácter de subsidios o de derechos de ciudadanía respectivamente. Es decir, según la naturaleza de la acción política en salud los ancianos pueden constituirse en objeto de las estrategias asistenciales, y acceder discrecionalmente a los beneficios. O bien, en sujetos de derechos de las políticas sociales y acceder como ciudadanos a esos beneficios.

Una vasta literatura producida sobre la ciudadanía permite identificar distintas líneas de pensamiento. Ellas reflejan diferentes tradiciones conceptuales y, se distinguen fundamentalmente, por los componentes que tienen en cuenta cada una para definirla, o bien el énfasis que le ponen a esos componentes en relación a los demás. No vamos a desarrollar aquí todas esas líneas conceptuales, en tanto no constituye la ciudadanía en sí misma nuestro eje de atención sino el modo que ofrece para analizar los problemas. Sólo tomaremos de todas esas tradiciones, los elementos comunes que la mayoría considera que están presentes a la hora de conceptualizarla.

Así como los derechos pueden ser de diverso orden, o pueden abarcar distintas esferas de la vida (social, política, civil, económica, cultural), también se reconocen en la teoría de la ciudadanía esas esferas que constituyen la ciudadanía política, ciudadanía social, ciudadanía cultural y hasta ciudadanía económica. En realidad no son esferas autónomas, a pesar de su especificidad, sino interdependientes. No puede existir una sin la otra, se complementan. Por ejemplo, la temática que nos ocupa –salud en la ancianidad– se sitúa en la esfera de la ciudadanía social porque el eje de análisis es la salud, un derecho social. Nuestras reflexiones se van a centrar, entonces, en la perspectiva de la ciudadanía social.

La ciudadanía social expresa un vínculo público de integración entre Estado y sociedad, nace a partir del reconocimiento de derechos y deberes en la comunidad política. Se ejercita a través de políticas de Estado que permiten traducir en beneficios concretos ese vínculo. Esta noción reúne los componentes centrales que la mayoría de la literatura reconoce que deben estar presentes para definir la ciudadanía, estos son: vínculo público, integración social, derechos y deberes y políticas de Estado. Veamos qué significan cada uno de estos elementos.

La idea de *vínculo público* indica un compromiso, una especie de “contrato” entre el Estado y los sujetos que pertenecen a una sociedad determinada y, a través de ese compromiso, se reconoce el status de ciudadano. Es de carácter público fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque los ciudadanos pueden hacer valer ese vínculo en todos los aspectos de la vida en sociedad (político, social, cultural, civil), es decir trasciende la vida

privada para habilitar actuaciones de manera legítima en la vida cívica. En segundo lugar, porque es necesario articular el interés general con los intereses particulares a fin de concretar las aspiraciones ciudadanas del conjunto en un marco democrático. Este vínculo público se consolida a partir de dos dimensiones de actuación del Estado: la jurídica y la política. Cada una de ellas se viabiliza a través dos instrumentos institucionales centrales: los derechos, y las políticas de Estado (políticas públicas, entre ellas las políticas sociales) respectivamente.

Cuando nos referimos a *integración social*, partimos de un interrogante ¿cómo se construye en una sociedad ese vínculo? Se trata de pensar cuáles son los elementos centrales en torno a los cuales los ciudadanos adoptan un posicionamiento social con cierto grado de permanencia. Es decir, de qué manera se sienten partícipes del proceso de producción, adquisición y circulación de bienes y servicios en una sociedad. Los supuestos constitutivos del bienestar, en un régimen de Estado de bienestar han sido los aportes provenientes del trabajo, la familia y la política social pública²⁶². La protección social, en la mayoría de los países, se organiza en base al trabajo. Es éste el eje en función del cual se ingresa a los circuitos de protección social, a los beneficios.

El trabajo reúne una serie de valores que garantizan la integración plena en sociedad: posee valor material (salario); valor social (utilidad social por desarrollar una actividad productiva) y valor simbólico (reconocimiento público). Estos tres elementos son los que asignan un posicionamiento social con cierto grado de permanencia. Ahora bien la integración no es una situación estática, sino por el contrario es dinámica, cambiante. Por ello se pueden distinguir situaciones intermedias entre quienes están integrados y quienes no lo están, como por ejemplo los sectores vulnerables. Es decir, aquellos sectores sociales que no han logrado sostener alguno o algunos de los componentes que hacen a la integración social. En esta franja, a nuestro entender, están situados en términos de ciudadanía la mayor parte de los sujetos que componen la tercera edad.

Siguiendo ésta línea de reflexión, nos preguntamos ¿porqué la integración en sociedad de los ancianos es hoy vulnerable? ¿Por qué son destinatarios de acciones asistenciales y no de políticas sociales? ¿Qué razones pueden explicar la ausencia de políticas que restituyan la ciudadanía social a la tercera edad? Consideramos que en la última década se ha instaurado un modelo político y económico de orden neoliberal que se asienta sobre valores particulares - selectivos-, que han logrado desplazar los valores tradicionales del Estado social e incluso liberal. Se trata del individualismo, el exacerbado utilitarismo economicista, el eficientismo, el lucro, la ganancia, el rol subsidiario y prescindente del Estado en materia de políticas sociales. En ésta lógica, quienes no puedan reunir las aspiraciones valorables para el modelo, las que

²⁶² V. ESPING-ANDERSEN, Gösta, ¿Burócratas o arquitectos? La reestructuración del estado benefactor en Europa, en ULRICH, Beck y otros, Presente y futuro del Estado de Bienestar: el debate europeo, Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente de la Nación, Secretaría de Tercera Edad y Acción Social, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2001.

los hace útiles socialmente, son “descartables”: los pobres, los vulnerables. En definitiva, son los sujetos considerados incapaces de adaptarse a las nuevas condiciones y exigencias de la economía globalizada: la competitividad, la productividad y la ganancia a nivel internacional. La ambición de concretar la denominada “sociedad de los dos tercios”²⁶³ de alguna manera sintetiza la filosofía del modelo neoliberal. Tanto la carencia de una política previsional, que brinde los beneficios sociales que hacen a calidad de vida de ciudadanos y ciudadanas, como la ausencia de valores y principios que sustenten un posicionamiento ético y político ante la problemática de la vejez, expresan la intencionalidad prescindente del Estado en el modelo vigente.

B.1) Concepto e historia. Vejez y pobreza

Los *derechos* son facultades que el Estado reconoce jurídicamente a ciudadanos y ciudadanas, a través de la normativa vigente, para que al ser ejercitados les garantice su integración en la comunidad política de pertenencia -la sociedad-. Es decir que esos derechos están expresando los parámetros de convivencia aceptados en una sociedad en un momento histórico determinado. Dicen lo que está permitido y lo que no está permitido jurídicamente, para que los sujetos de una comunidad sean parte de ella, sean “ciudadanos/as”. Otorgan legitimidad para “ser” “existir” y “vivir”, para alcanzar los atributos de ciudadanía. Al mismo tiempo que otorgan facultades, exigen cumplir *obligaciones* tales como: pagar impuestos, votar, enviar los niños al colegio, etc. Por tanto, expresan una relación interdependiente entre el Estado -que otorga facultades- y Sociedad -cumple obligaciones- en su funcionamiento. A través de ese reconocimiento jurídico de derechos y exigencia de obligaciones, el Estado regula la convivencia social.

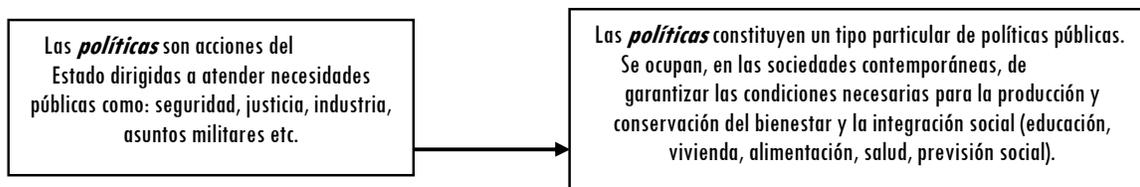
Se supone que al reconocer derechos el Estado está reconociendo necesidades cívicas. Pero además de necesidades, los derechos, a nuestro modo de ver, reúnen expectativas cívicas. Es decir, aspiraciones de cambio de posicionamiento –social, político, económico, cultural– que todo ciudadano o ciudadana tiene en la medida que las sociedades y la vida evoluciona, cambia. De allí, el carácter dinámico que caracteriza a los derechos, en particular, sociales. Como señala Bobbio²⁶⁴, los derechos sociales se multiplican, las sociedades tienen nuevas aspiraciones y exigen el reconocimiento de nuevas atribuciones.

Las políticas, por su parte, son instrumentos del Estado que expresan decisiones de gobierno para atender las demandas (necesidades, expectativas) ciudadanas. Las *políticas*

²⁶³ La literatura sintetizó en esa frase la ambición neoliberal que consiste en que sólo dos tercios de la población tiene utilidad económica y social y por tanto justifica que vivan en sociedad, el tercio restante no es valorado en esos términos por tanto es desplazado de los parámetros de convivencia social.

²⁶⁴ V. BOBBIO Norberto, *El Tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Sistema, 1991.

públicas son, entonces, acciones del Estado dirigidas a atender necesidades públicas como: seguridad, justicia, industria, asuntos militares etc. En este campo se sitúan las *políticas sociales*, que constituyen un tipo particular de políticas públicas. Son aquéllas que se ocupan, en las sociedades contemporáneas, de garantizar las condiciones necesarias para la producción y conservación del bienestar y la integración social (educación, vivienda, alimentación, salud, previsión social).



Es decir, mediante esta actividad del Estado se organiza la protección social de manera de producir los recursos que garantizan la existencia de la sociedad como tal. Esas políticas, como actividad del Estado, surgen como resultado de un proceso de elaboración y estructuración que se cristaliza en una ley. Es la ley la que estructura las políticas de Estado y, en consecuencia, la política social en todos sus aspectos (políticos, administrativos, financieros, operativos, estructurales, institucionales, etc.). De tal manera que en esa estructuración se define el contenido de los derechos -los beneficios-, y se ponen en funcionamiento los derechos sociales, al traducir las demandas en prestaciones concretas para sus beneficiarios. Permiten visualizar la medida real y efectiva de los derechos sociales.

Ahora bien, existen distintos modelos de protección social, que están directamente vinculados a los modelos de Estado vigentes en cada período histórico (liberal, intervencionista o de bienestar, neoliberal). Esos modelos de Estados van a determinar: distintos tipos de acciones o intervenciones en la esfera social; diferentes relaciones entre Estado y sociedad; diferentes resultados en términos de integración social y calidad de vida de la población. En definitiva, una ciudadanía social de distinta intensidad o alcance.

Históricamente se reconocen dos estilos de intervención predominantes: las políticas sociales y las estrategias o programas asistenciales. Ya nos hemos referido, en páginas anteriores, a la definición de políticas sociales, lo que nos interesa ahora es detenernos en algunas de sus particularidades: cómo se accede, qué beneficios otorga, qué nivel de integración social garantiza, con qué recursos se atienden, etc. Es decir, describir aquellos aspectos que hacen a su funcionamiento y a sus consecuencias en términos de integración. Pretendemos, en definitiva, analizar si efectivamente esas intervenciones del Estado logran

“dar vida” a los derechos –como señala Ferrajoli²⁶⁵– que es una de las finalidades centrales de las políticas públicas.

Las políticas sociales están dirigidas a toda la población integrada, es decir, a quienes tienen trabajo formal y sus beneficios se extienden a la familia del trabajador o trabajadora. Por ejemplo son políticas sociales: la política previsional, la política de salud pública, la política de seguridad social, la política de educación, etc. De todas ellas la única de acceso universal, no condicionada a la situación de trabajo, es la política educativa. Los beneficios se otorgan en carácter de derechos porque las políticas sociales surgen de una ley del Estado. Por tanto, se proponen brindar las condiciones para el ejercicio de la ciudadanía y contribuyen a la integración social. Es decir otorgan los recursos de bienestar necesarios para vivir en sociedad.

La ley institucionaliza la política, la estructura en el ámbito del Estado, estableciendo sus objetivos, destinatarios, autoridad de aplicación, prestaciones, financiamiento, requisitos para su acceso, etc. Esta institucionalización le otorga carácter estable, por tanto no se improvisan las acciones, ni los beneficios que se otorgan, ni actúan en zonas inciertas. Por estas mismas características es mucho menos probable que sean objeto de clientelismo o manipulación política mediante un uso discrecional del poder.

Las estrategias -o programas- asistenciales, no llegan a constituir políticas -en términos conceptuales-. Es por eso que recurrimos a esa denominación a efectos de diferenciarlas, aunque en el lenguaje común suelen denominarse políticas asistenciales. Están dirigidas a individuos que no están integrados -pobreza extrema-, o bien, a aquellos sectores sociales que padecen de un déficit de integración, es decir, son vulnerables. Están en riesgo por no tener trabajo, o por tener trabajo precario, o de bajos ingresos, o enfrentar problemas sociales de diversa índole que les impide desarrollar una vida digna. Esas estrategias parten, en su accionar, del supuesto de la “inutilidad social”. Se dirigen específicamente hacia los sujetos que no pueden por sí mismos resolver sus problemas de integración. Se proponen, entonces, brindarles algunos beneficios básicos para contribuir a su sobrevivencia pero no se proponen reinsertarlos en sociedad. Requieren constatar el déficit de integración para poder ser beneficiario y obtener un subsidio asistencial. Es decir, actúan cuando y donde los derechos sociales básicos se han perdido en su totalidad, o bien en parte. Una vez comprobada la situación de pobreza extrema o de vulnerabilidad, por ejemplo, los sujetos se constituyen en beneficiarios de la asistencia y reciben planes alimentarios -bolsones de comida-, atención en salud, ayuda escolar, acceden a planes laborales, etc.

Ahora bien, no todos los sujetos en esas condiciones en nuestro país son beneficiarios de asistencia social. Ni aún quienes acceden al beneficio, reciben toda la ayuda que necesitan para vivir. Tanto una situación como la otra están determinadas por los recursos financieros

²⁶⁵ V. FERRAJOLI, Luigi, El garantismo y la filosofía del Derecho, N° 15, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 2000.

existentes destinados a esas estrategias. También por la coyuntura política del país, por el financiamiento internacional orientado a esas acciones, por la solidaridad de la sociedad, etc. Tampoco es finalidad de la asistencia social brindar cobertura a todos quienes la necesitan, porque su propósito principal es el control social, es decir la contención de la sociedad para evitar conflictos, no la satisfacción plena de las carencias ni tampoco la resolución de los problemas que dan origen a esa situación.

La lógica política e institucional de esta estrategia de intervención cambia, entonces, la naturaleza de la relación entre el Estado y los ciudadanos, desaparece el vínculo jurídico -al cual hicimos referencia en páginas anteriores-, que expresan los derechos sociales y en su reemplazo se otorgan beneficios o subsidios. De allí que el acceso a los beneficios asistenciales depende exclusivamente de actos discrecionales del Estado, de la voluntad política de los gobernantes de turno. No tienen un fundamento jurídico que legitime su reclamo, ante la pérdida del beneficio o el acceso al mismo. Son proclives al clientelismo y a la manipulación política. Obedece a lo que se denomina una lógica de discriminación positiva, es decir se orientan las acciones exclusivamente hacia sectores sociales determinados – focalizados, con la finalidad de asistirlos en su problemática. Los beneficios se otorgan en carácter de subsidios o ayudas sociales -no de derechos- porque surgen de acciones no institucionalizadas; pues no nacen de una ley del Estado sino generalmente de Decretos, y por tanto no son permanentes. Si no son derechos, no pueden ser reclamados si se pierde el beneficio. Las estrategias asistenciales no contribuyen a la integración social ni a la ciudadanía.

Los distintos tipos de Estado -intervencionista, liberal o neoliberal-, al definir los modos de intervención social le asignan a cada estilo de acciones -sociales o asistenciales-, un peso diferencial acorde a la agenda pública del Estado. Pero históricamente, siempre coexistieron estas dos modalidades. Así, el Estado intervencionista en nuestro país se ha caracterizado por desarrollar un modelo de intervención social asentado fundamentalmente en el desarrollo de las políticas sociales, adjudicando a las estrategias asistenciales un rol secundario. El Estado liberal combinó políticas sociales y programas asistenciales, adjudicando el mismo espacio a ambos estilos de acciones en su estilo de intervención social. El Estado neoliberal, en cambio, desarrolla un modelo de intervención social que se asienta principalmente en programas asistenciales, adjudicando a las políticas sociales un espacio residual, secundario. Incluso las políticas sociales existentes durante el neoliberalismo en su mayoría se privatizan o bien pierden eficacia debido a restricciones presupuestarias que obligan a reducir la cobertura y calidad de los beneficios. Este marco de reflexión nos permite, entonces, identificar una estrecha relación entre Estado, derechos y políticas. De manera que podemos entender que los cambios producidos en las relaciones entre Estado y sociedad pueden alterar significativamente la esfera de los derechos y de las políticas. Lo cual que repercute de manera directa en la calidad de vida de la población, en el alcance de la ciudadanía social.

B. 2) Ciudadanía, derechos y políticas en la vejez: el problema del asistencialismo

La ciudadanía como supuesto jurídico político igualitario propio del Estado moderno, constituyó la mediación más importante en la reconstitución de la sociedad sobre la base de la integración social. Esta mediación, y las instituciones a que dio origen, conformaron un modelo de Estado, llamado Estado social o Estado de bienestar, donde las instituciones estatales y sociales se sintetizan en un formato complejo a veces indiferenciado. Se definió entonces un formato de ciudadanía incluyente sobre la base de principios rectores del orden político y social que permitieron la convivencia democrática. Esos principios aceptados como incluyentes a la vez designan lo que es excluyente en términos de integración colectiva. Esos criterios que permitieron la definición de un modelo cívico inclusivo son cuestionados hoy por nuevos actores y demandas diferenciadas y, en consecuencia, se le exige a la democracia y a la ciudadanía la capacidad de tolerar el conflicto y encauzarlo sobre la base de nuevos principios de organización o bien de una nueva relación entre los componentes constitutivos de la ciudadanía. Se trata en definitiva de discutir qué formato deberá adoptar la ciudadanía en el espacio político común para garantizar la inclusividad democrática pero en un escenario de heterogeneidad donde los supuestos de homogeneidad inclusiva –del Estado intervencionista– han perdido consenso y el disenso se disputa en antagonismos: universalidad/particularidad; igualdad/diferencia.

El problema de fondo que se discute es la capacidad de tolerancia que tienen tanto la “universalidad” como la “igualdad” para reconocer y otorgar valor a la diferencia. Ya se trate de diferentes culturas o bien diferencias de raza, sexo, edad, roles, especificidades, etc. No sólo se pretende que puedan sobrevivir y se declamen tales afirmaciones, sino que se reconozca su igual valor como meta legítima de las políticas sociales.

A partir de ésta aspiración, y luego de una larga evolución y desarrollo de la teoría de la ciudadanía que como tal la podemos ubicar a mediados del Siglo XX, 1950 Marshall, es sumamente complejo entender hoy la sociedad sin advertir las diferencias, las reivindicaciones particulares que expresan intereses y necesidades divergentes pero que sin embargo deben convivir en un universo común. ¿Cómo resolver la necesaria articulación entre universalidad y particularidad? La universalidad ya no resulta ser un valor que exprese y a la vez contenga las aspiraciones reales de la humanidad en éste siglo aunque sí lo fue en otras épocas.

Daniel Bell nos explica con claridad, en el marco de las contradicciones culturales del capitalismo, las razones por las cuales los modelos de Estado de bienestar con tal de alcanzar la igualdad de oportunidades en los ámbitos más relevantes de la sociedad –salud, educación, alimentación, etc.–, genera una forma de cultura pública política que promueve la formación de identidades colectivas. La búsqueda de la igualdad social promueve una

cultura homogénea que no atiende las particularidades o diferencias. En este sentido, podríamos pensar que una vez garantizados los derechos sociales básicos durante la vigencia de modelos de estado intervencionistas, se comienza a reclamar la aceptación y respeto de la diferencia en el plano cultural y político a fin de recuperar identidades y necesidades que habían sido desdibujadas.

Bobbio advierte que la dinámica particular de los derechos sociales produce un proceso de multiplicación, es decir su evolución y desarrollo permanente generan cambios. Esa ampliación se produce como resultado de la interacción con los derechos del hombre y de la sociedad. Los derechos se multiplican por tres razones fundamentales: porque aparecen nuevos bienes que es necesario tutelar (por ejemplo, el patrimonio histórico de la humanidad, el medio ambiente); porque aparecen sujetos distintos del hombre o la mujer en su singularidad sino nombrados en función de roles o especificidades (derechos de la madre, derechos de los ancianos, derechos de los niños, derechos de género); porque no sólo existen sujetos individuales portadores de derechos sino también sujetos colectivos (comunidades indígenas, comunidades religiosas, comunidades sexuales, etc.).

Los derechos sociales pertenecen a una esfera de derechos cuya realización no depende de un problema filosófico, ni jurídico, ni moral sino de un cierto desarrollo de la sociedad. Es decir, la garantía y protección de los derechos sociales es tanto un asunto político como una cuestión jurídica, en tanto la asignación del gasto social del Estado no depende sólo del reconocimiento que se haga de los derechos sociales, sino fundamentalmente de decisiones políticas de los gobernantes.

Ciudadanía, políticas sociales y salud en la vejez

Los ancianos son sujetos de derechos de ciudadanía que se encuentran en una situación de transición entre los parámetros de inclusión del Estado social -trabajo que los habilita a protecciones en el presente-, y los nuevos parámetros socio culturales que reclaman nuevas esferas de derechos a fin de lograr el reconocimiento de sus particularidades. Sin embargo, consideramos que la ciudadanía en la tercera edad se ve interferida en su desarrollo por distintos procesos. En primer lugar, situamos a la ancianidad como una particularidad, “unicidad” que debe ser atendida en el marco de la igualdad que es inherente a la ciudadanía. Pero al referirnos a igualdad nos referimos a la idea de igualdad compleja -siguiendo a Walzer- en la comunidad política, esto es *igualdad de oportunidades y de trato en la diferencia*. Implica reconocer las reivindicaciones y singularidades de los sujetos y los grupos en el espacio público.

En este sentido, Iris Marion Young propone la categoría de “ciudadanía diferenciada” para expresar el reconocimiento de las reivindicaciones grupales y políticas diferenciadas a través de fondos públicos para atender las demandas singulares. La idea es construir una

comunidad política y de sentidos a partir de reivindicaciones particulares. Estas serían reivindicaciones de inclusión más que aspiraciones de gobierno.

En segundo lugar, como consecuencia del modelo de Estado predominante las políticas sociales en general -entre ellas, las de salud-, han adquirido un carácter residual, secundario y/o subsidiario. Así, las acciones asistenciales absorben prácticamente casi todo el escenario de lo social. En términos de resultados esto implica que las necesidades básicas, que eran atendidas por las políticas sociales tradicionales no estén satisfechas para gran parte de la población. En consecuencia, los derechos involucrados en las políticas sociales, entre ellas las dirigidas a la ancianidad, se han restringido y en muchos casos se han perdido. Los sujetos ancianos son atendidos, casi exclusivamente, desde la lógica de la asistencia. Y, muchas veces desprovistos de legitimidad en sus reclamos, caen en la dependencia de la caridad. Sus demandas perdieron la entidad de derechos y sus reclamos parecen no constituir un acto de justicia sino de caridad.

La política social de salud funciona con la lógica de una política social residual. Es decir, es sostenida para atender las demandas de sectores pobres o vulnerables de la población; aquellos que no pueden recurrir al mercado para encontrar allí las respuestas a sus demandas de atención. La idea de mercado -asociado a lucro, ganancia, renta-, se ha instalado con fuerza en todo el escenario de lo social pero en salud se puede visualizar aún con más precisión. Esta noción supone desplazar el sentido y valor de los derechos -responsabilidad pública social-, por la de beneficio personal -lucro-, o por la de ganancia. En este sentido, si nos detenemos en la población de los adultos mayores, ella misma ha definido un mercado de atención sumamente rentable que involucra: institucionalización, indumentaria, recursos humanos, farmacología, tratamientos especializados. En definitiva, la población anciana se ha transformado de sujeto de derechos en objeto de consumo comercial. Hay un desplazamiento del objeto de interés y del impacto de la política. La estrategia de mercantilización de la protección social responde a intereses económicos que desplazan el contenido social de la cobertura.

Otra de las tendencias en salud es la consideración de la persona mayor como sujeto pasivo, dependiente, sólo objeto de atención sin capacidad de decisión. Esta actitud, tan consustanciada en la práctica sanitaria actual, también condice con la valoración social del adulto mayor: un sujeto que no está en condiciones de ejercer sus derechos de manera autónoma, sólo posee *facultades asistidas*. En síntesis, le estamos negando su entidad como persona no sólo en términos jurídicos -lo privamos de derechos-, sino incluso civiles -identidad, asociatividad, transitar libremente-, y políticos -participación-. Le estamos restringiendo, de hecho, su esfera de libertad y autodeterminación.

En tercer lugar, desde la sociedad no hay un reconocimiento público suficiente,

acompañado de valoración social acerca del sentido y entidad de la vejez como proceso fundamentalmente cultural. La vejez no tiene asignado un espacio de *utilidad social*. Por tanto, las dificultades para el desarrollo de ésta problemática son mucho más de carácter socio-cultural que jurídico o político. Los valores y principios instaurados en la última década, y que impregnan las decisiones y actitudes cotidianas, se preocupan mucho más por alterar ese proceso cultural de valoración que contribuir a su desarrollo. La prueba es que los ancianos son objeto de políticas y actitudes excluyentes.

Consecuente con los comportamientos culturales y con los condicionantes del contexto, los sujetos de la tercera edad necesitan reafirmar su ciudadanía en esa etapa de la vida. La vejez se asocia a dependencia, pérdida de autonomía, pérdida de libertad, pérdida de autoestima. Es decir, aquellos elementos que hacen a la naturaleza de los derechos parecen desaparecer no en las formulaciones jurídicas pero sí en las prácticas políticas referidas a la tercera edad. ¿Cuál es la razón de este cambio de hecho? En nuestra opinión, una de las dificultades es la *ausencia de reconocimiento público de la vejez* como problema de la sociedad y considerado, en cambio, como problema privado, que debe ser resuelto en el ámbito de la familia. Hay un proceso de reindividualización de la responsabilidad social, instalado por el neoliberalismo y aún presente como resabio del modelo.

En síntesis, toda política de salud para la tercera edad en el siglo XXI debería constituir una opción de ciudadanía, no de asistencia social. Para ello es menester: que toda acción se enmarque en un proceso de integración social. Es decir, es preciso entender a la salud como un estado de bienestar que deriva del hecho de que todos puedan gozar de los bienes del Estado. La asistencia social, de cualquier tipo que sea, no responde a la lógica de los derechos, se contradice con su espíritu, es propia de actos de voluntad discrecionales. Debe prevalecer la concepción del adulto mayor como sujeto activo de derechos, que permite actuar en situaciones que puedan resultar invalidantes para los sujetos, con la finalidad de promover una vejez exitosa. Por último, mejorar la calidad de vida de los ancianos en el marco del bienestar general de la población no sólo contribuye a evitar la pérdida de su autonomía, sino también a promover el crecimiento de una sociedad ética que asume públicamente, la responsabilidad que le cabe en todas las etapas de la vida de sus miembros.

Buenos indicadores de esta nueva perspectiva de las políticas sociales son, sin duda, los dos Planes Internacionales de Acción sobre el Envejecimiento, el de Viena y el de Madrid, ya mencionados. En 1982, el Plan de Viena, señalaba en sus Recomendaciones generales en materia de política:

j. Las políticas y medidas destinadas a beneficiar a los senescentes deben brindar a las personas de edad oportunidades para satisfacer su necesidad de realización personal que, en el sentido más amplio, puede definirse como la que se alcanza mediante el logro de los

objetivos, las aspiraciones personales y la realización de las posibilidades. Es importante que las políticas y programas destinados a los senescentes promuevan oportunidades de expresión en diversas funciones que resulten estimulantes para su propia personalidad y que supongan a su vez una aportación a la familia y la comunidad. Los principales medios que procuran una satisfacción personal a las personas de edad son los siguientes: la participación ininterrumpida en la familia y el sistema de parentesco, los servicios voluntarios a la comunidad, el crecimiento continuo mediante el aprendizaje escolar y no escolar, la expresión personal por medio del arte y la artesanía, la participación en organizaciones de la comunidad y organizaciones de personas de edad, las actividades religiosas, el esparcimiento y los viajes, el trabajo del tiempo parcial y la participación que, como ciudadanos informados, pueden tener en el proceso político

266

El Plan de Madrid del año 2002, por su parte, recalca aún más la exigencia de asegurar:

a) La plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas de edad.

b) El envejecimiento en condiciones de seguridad, lo que entraña reafirmar el objetivo de la eliminación de la pobreza en la vejez sobre la base de los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad.

c) La habilitación de las personas de edad para que participen plena y eficazmente en la vida económica, política y social de sus sociedades, incluso mediante trabajo remunerado o voluntario.

d) Las oportunidades de desarrollo, realización personal y bienestar del individuo en todo el curso de su vida, incluso a una edad avanzada, por ejemplo, mediante la posibilidad de acceso al aprendizaje durante toda la vida y la participación en la comunidad, al tiempo que se reconoce que las personas de edad no constituyen un grupo homogéneo.

*e) La garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, así como de sus derechos civiles y políticos, y la eliminación de todas las formas de violencia y discriminación contra las personas de edad*²⁶⁷.

B.3) Redes de contención social. Asistentes gerontológicos y/o cuidadores de las personas mayores. Voluntariado y ONG. Ley 25.855²⁶⁸

²⁶⁶ V. Plan de Acción de Viena sobre el Envejecimiento... cit., recomendación 31.

²⁶⁷ V. Plan de Acción de Madrid... cit, apartado 12.

²⁶⁸ Colaboración de María Isolina Dabove – Doctora en Derecho – UNR – U. Carlos III Madrid -. Agradezco la ayuda brindada por las Licenciadas en Trabajo Social Adriana Lombardo, Natalia Scolich y Ester Tatiana Masferrer, para la confección de esta sección

Otro campo interesante para el análisis de las políticas sociales lo constituye el amplio marco de actividad desplegada por las llamadas “redes de contención social”. En efecto, desde los años setenta, el mundo ha sido testigo y beneficiario de numerosos programas de ayuda para ancianos, provenientes de personas que brindan su tiempo de manera voluntaria e independiente de la acción estatal. Países como Holanda, Suecia, Italia, España, Estados Unidos y Canadá han sido muy prolíficos en la generación de este fenómeno social. A tal punto que, con el paso del tiempo, estas redes de contención se fueron transformando en organismos institucionalizados bajo la figura de las ONG.

En nuestro país, este fenómeno dio lugar a la promulgación de una ley especial, referida al voluntariado social, a su promoción y al establecimiento de los derechos y obligaciones de los voluntarios. Esta ley es la 25.855 y entró en vigencia en enero del 2004. Transcribimos de este texto, los artículos principales²⁶⁹.

Ley Nacional 25.855: Voluntariado social ²⁷⁰

Art. 3.- Son voluntarios sociales las personas físicas que desarrollan, por su libre determinación, de un modo gratuito, altruista y solidario tareas de interés general en dichas organizaciones, sin recibir por ello remuneración, salario, ni contraprestación económica alguna.

No estarán comprendidas en la presente ley las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad y aquellas actividades cuya realización no surja de una libre elección o tenga origen en una obligación legal o deber jurídico.

Art. 4.- La prestación de servicios por parte del voluntario no podrá reemplazar al trabajo remunerado y se presume ajena al ámbito de la relación laboral y de la previsión social. Debe tener, carácter gratuito, sin perjuicio del derecho al reembolso previsto en el art. 6, inc. e) de la presente ley.

Art. 5.- Se entienden por actividades de bien común y de interés general a las asistenciales, de servicios sociales, cívicas, educativas, culturales, científicas, deportivas, sanitarias, de cooperación al desarrollo, de defensa del medio ambiente o cualquier otra de naturaleza semejante. Esta enunciación no tiene carácter taxativo.

Art. 6.- Los voluntarios tendrán los siguientes derechos:

²⁶⁹ Recomendamos la lectura completa del texto.

²⁷⁰ Sancionada el 4/12/2003; promulgada el 7/1/2004; publicada el 8/1/2004. Vetada parcialmente por el decreto 17/2004.

- a) *Recibir información sobre los objetivos y actividades de la organización;*
- b) *Recibir capacitación para el cumplimiento de su actividad;*
- c) *Ser registrados en oportunidad del alta y baja de la organización, conforme lo determine la reglamentación;*
- d) *Disponer de una identificación que acredite de su condición de voluntario;*
- e) *Obtener reembolsos de gastos ocasionados en el desempeño de la actividad, cuando la organización lo establezca de manera previa y en forma expresa. Estos reembolsos en ningún caso serán considerados remuneración;*
- h) *Que la actividad prestada como voluntario se considere como antecedente para cubrir vacantes en el Estado nacional en los términos del art. 11 de esta ley.*

Art. 7.- *Los voluntarios sociales están obligados, a:*

- a) *Obrar con la debida diligencia en el desarrollo de sus actividades aceptando los fines y objetivos de la organización;*
- b) *Respetar los derechos de los beneficiarios de los programas en que desarrollan sus actividades;*
- c) *Guardar la debida confidencialidad de la información recibida en el curso de las actividades realizadas, cuando la difusión lesione derechos personales;*
- d) *Participar en la capacitación que realice la organización con el objeto de mejorar la calidad en el desempeño de las actividades;*
- e) *Abstenerse de recibir cualquier tipo de contraprestación económica por parte de los beneficiarios de sus actividades;*
- f) *Utilizar adecuadamente la acreditación y distintivos de la organización*²⁷¹.

Por último cabe destacar que, en Argentina, estas redes de contención social provocaron la aparición de la figura de los *cuidadores de ancianos y asistentes gerontológicos*. La relación jurídica de cuidadores y ancianos hasta ahora, no ha sido debidamente tratada por el Derecho. Razón por la cual cabe inferir que este vínculo se encuadra en la locación de servicios (CC); o bien, en el contrato laboral. Todo depende de las condiciones de la contratación y de la presencia o ausencia de dependencia jurídica, que las partes establezcan

²⁷¹ Para profundizar sobre la Ley de Voluntariado Social, v. SABSAY, Daniel Alberto, Comentarios a la ley 25.855 sobre voluntariado social, en "L.L.", t. 2004-B, ps. 1418 y ss.; SANCHEZ, Martín A. y LORDI, Fernando F., La nueva Ley de Voluntariado. Su aplicación en instituciones pertenecientes a la Iglesia Católica, en "La Ley", Suplemento Actualidad, 17 de marzo de 2005, págs. 1 y ss.

entre sí²⁷².

B.4) Políticas sociales y medidas de acción afirmativa o de discriminación inversa²⁷³

La acción positiva puede definirse como *estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permiten contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales*²⁷⁴. Asimismo, se entiende por acciones positivas las *medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad, sobre todo mediante las desigualdades de hecho*²⁷⁵.

Con respecto a la terminología existen diversas expresiones que para algunos son análogas, refiriéndose indistintamente a las acciones afirmativas o positivas o a supuestos de discriminación inversa y otros las distinguen²⁷⁶. Se suele hablar, asimismo de “discriminación inversa o benigna”, “discriminación favorable”, “adversa”, “cuotas benignas”²⁷⁷, “justas discriminaciones”²⁷⁸.

Para algunos autores, las acciones afirmativas, están destinadas a combatir las discriminaciones directas, y las acciones positivas son *acciones orientadas a combatir las discriminaciones indirectas que no resultan necesariamente de actitudes discriminatorias adoptadas intencionalmente o no por un empleador en particular, sino que provienen principalmente de discriminaciones sociales*²⁷⁹.

Otros autores destacan que la acción afirmativa *implica un trato preferencial a ciertos grupos tradicionalmente desaventajados, para equiparar esa desigualdad histórica, elevándolos*

²⁷² En este sentido, v. fallo “Páez, Marina A. v. Branciforti de Alderete, Isabel”, C. Trab. Tucumán, sala 4ª, 12/08/2004, en “Lexis”, Nº 70014030.

²⁷³ Colaboración de Graciela N. Gonem Machello de Gandolfo – Abogada – UNR -

En el desarrollo de este tema se sigue el trabajo de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Las acciones positivas en la Reforma Constitucional (art. 75 inc. 23 C.N.), publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y en versión electrónica, editado por la Asociación de Abogados de Buenos Aires en <http://www.aaba.org.ar>, 26 de agosto de 2004.

²⁷⁴ Concepto emanado del Comité para la igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa, transcrito por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., pág. 9. Asimismo, esta definición puede verse en: Obra de la Convención Nacional Constituyente, Ministerio de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, La Ley, 1995, t. III, pág. 2761.

²⁷⁵ V. REY MARTÍNEZ, Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pág. 85, cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., pág. 9, quien aclara que el autor se refiere únicamente a las acciones positivas en beneficio de la mujer.

²⁷⁶ V. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., págs. 11 y 12.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ V. GEROSA LEWIS, Ricardo T., El derecho a la igualdad de derechos. Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la Constitución de la Provincia de Chubut, en “LLPatagonia”, 2004 (abril), 23/04/2004, pág. 143 y ss. El autor considera incorrecta las denominaciones “discriminación inversa”, “justas discriminaciones” porque la discriminación consiste en un tratamiento arbitrario, o sea, irrazonable, mientras que las medidas de acción positiva no tienen por objeto efectuar distinciones injustas sino que pretenden corregir ciertas deficiencias que se presentan en la vida real, ya que sostiene que el término en sentido jurídico corresponde a la segunda acepción que brinda el Diccionario de la Real Academia Española dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.

²⁷⁹ V. COMISIÓN de la MUJER, Mujer y Empleo, Valencia, Femp, 1989, pág. 29, cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., pág. 12.

a una igualdad real de oportunidades, aunque parezca quebrarse la igualdad formal.// Cuando la acción afirmativa implique algún tipo de clasificación 'sospechosa' (por sexo, raza, color de piel, religión, idioma, etc.) puede convertirse en discriminación inversa²⁸⁰.

La doctrina de la acción afirmativa ha postulado políticas de discriminación inversa, esto es, de protección a minorías discriminadas; una de esas vías de tutela consiste en la instrumentación de cuotas o cupos benignos²⁸¹.

Los elementos de la acción positiva son los siguientes: 1) la medida se refiere a un tipo de desigualdad por rasgos que tienen una doble cualidad: a) son transparentes y no pueden modificarse para las personas que los llevan y b) son estimados por la sociedad, no necesariamente, pero sí de modo tendencial o general, en forma negativa, sólo minusvaloradora, o también despectiva y hasta estigmatizadora; y 2) se producen en una situación de especial escasez, como ocurre con los puestos de trabajo, plazas universitarias, viviendas, etc., lo que produce que el beneficio de algunas personas, tenga como contrapartida un evidente perjuicio a otras²⁸².

En la doctrina se destaca que para que las acciones positivas tengan validez se requiere que exista un obstáculo de hecho que se oponga a la realización de la igualdad de oportunidades (la discriminación debe intentar compensar la marginación de las personas a quienes pretenden beneficiar la acción positiva, o favorecer el cambio de los estereotipos sociales injustos o inconvenientes); las acciones deben estar motivadas y el obstáculo de hecho adecuadamente probado; tiene que haber proporcionalidad (el fin buscado no puede lograrse mediante otro medio menos agresivo); deben ser transitorias y reversibles; e incidir, fundamentalmente, en las causas y no en los resultados (deben igualar en el punto de partida)²⁸³. Asimismo, deben respetar los usos y costumbres, lengua y cultura de los grupos minoritarios²⁸⁴.

Algunos autores distinguen las acciones positivas de las políticas de diferenciación legal para la igualdad. Las acciones positivas imponen medidas diferenciadoras directamente dirigidas a privilegiar a ciertos grupos minoritarios, o considerados como si fuesen minorías, por ej., en el tema que abordamos, la concesión de viviendas a bajo precio a personas ancianas²⁸⁵.

Las políticas de diferenciación legal para la igualdad son frecuentes en las sociedades

²⁸⁰ V. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. IV, pág. 634.

²⁸¹ V. SAGÜÉS, Néstor Pedro, Elementos de Derecho Constitucional, 3ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, t. II, pág. 551.

²⁸² V. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., pág. 13.

²⁸³ V. KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., págs.22 a 24.

²⁸⁴ LEONARDI de HERBÓN, Hebe Mabel, La Constitución Nacional y la Discriminación (La discriminación, la acción positiva y el derecho privado), en la obra dirigida por BUERES, Alberto Jesús y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, "Responsabilidad por daños en el tercer milenio", Bs.As., Abeledo-Perrot, 1997, pág. 315.

²⁸⁵ Puede v. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., pág. 13 y RUIZ MIGUEL, Alfonso, Discriminación inversa e igualdad, en "Derechos Humanos. Textos y Casos Prácticos", Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 169, cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., pág. 13.

actuales. Su exclusión o rechazo no aparece como un problema constitucional sino sólo como una cuestión de oportunidad o conveniencia política, por la escasez de recursos y la prioridad conferida a una u otra política, vg., rampas seguras para personas con discapacidad en lugares públicos, becas para estudiantes económicamente necesitados, la atribución de cargas fiscales desiguales según los ingresos, exenciones en bienes de primera necesidad²⁸⁶.

Consagradas las acciones positivas en el artículo 75 inciso 23 del texto constitucional, se destacó por algunos autores que *...el inciso 23 es uno de los más sugestivos e innovadores al menos respecto de la 'letra' de la constitución documental...*²⁸⁷ y en él se marca una tendencia indudable de constitucionalismo social²⁸⁸. Se afirma *...la vertiente social que supera los formalismos de una libertad, de una igualdad y de unos derechos que en la vigencia sociológica no son los mismos para todos, porque muchos no logran acceder, mediante un efectivo bienestar general, a su goce y a su disfrute*²⁸⁹. Estas medidas de acción positiva merecen considerarse expresión de un liberalismo en solidaridad social, es decir un estado social y democrático de derecho que asuma el deber de promover los derechos personales²⁹⁰.

Asimismo, se manifestó que *la esencia de la norma es altamente positiva dado que despeja expresamente la posibilidad constitucional de las acciones positivas y establece la igualdad real de posibilidades y de trato*²⁹¹.

Además, se expresó que estas acciones que tendían a desigualar para igualar, procuraban ubicar a todos en el mismo punto de partida, única forma de lograr la igualdad sustancial²⁹².

Promulgado ya, el nuevo texto se ha sostenido que el inciso 23 es un inciso total y absolutamente innecesario que agrega más texto por el texto mismo, que son suficientes los artículos 14, 14 bis, 20, 25, y 33 de la Constitución y que el legislador está obligado a dictar las normas que hagan realidad los derechos en ellos consagrados expresamente y los implícitos del artículo 33; con estas enumeraciones parecen crearse categorías de habitantes, no teniendo ninguna protección o una mínima protección las que no están incluidas en ellas²⁹³.

Las acciones positivas son un mandato dirigido al Congreso, pero pueden constituir

²⁸⁶ Puede verse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., págs. 12-13. La autora cita a BARBAROSCH, Eduardo, La igualdad real de oportunidad en la reforma de la constitución nacional, en la obra colectiva coordinada por BIDART CAMPOS, Germán J. y SANDLER, Héctor Raúl, "Estudios sobre la reforma constitucional de 1994", Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 93, autor que destaca la importancia de la igualdad de oportunidades en la educación y que el legislador puede asegurar la igualdad real de oportunidades con las redistribuciones mediante impuestos.

²⁸⁷ V. BIDART CAMPOS, G., Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino. La Reforma Constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. VI, pág. 377.

²⁸⁸ V. BIDART CAMPOS, G., op. cit., pág. 378.

²⁸⁹ V. BIDART CAMPOS, G., op. cit., pág. 379.

²⁹⁰ *Ibidem*. El autor remite a su obra La re-creación del liberalismo, Buenos Aires, Ediar, 1982. Otras opiniones doctrinarias a favor de la nueva norma pueden v. en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., pág. 39.

²⁹¹ V. COLAUTTI, Carlos E., Derechos Humanos Constitucionales, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, pág. 31.

²⁹² V. CULLEN, Iván, en *Obra de la Convención Nacional...*, op. cit., t. VI, pág. 6045.

²⁹³ V. DALMAZZO, Omar Antonio, Manual de Derecho Constitucional, Buenos Aires, Presidencia de la Nación, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional Browniano, 1998, págs. 737-738

pautas que también deben influir y orientar en la interpretación judicial de las causas que deben resolver los tribunales²⁹⁴.

Con respecto al tema en estudio, recordamos que en el Programa local sobre el Envejecimiento en los años 90 -adaptado al Informe del Secretario General titulado *Cuestión del envejecimiento (A/45/420)*, del 10 de octubre de 1990- se propusieron iniciativas que podrían tomarse como preparación para el Año Internacional de las Personas de Edad que se estableció para 1999. Entre ellas se menciona, con relación a las universidades, universidades abiertas, universidades de la tercera edad, los colegios de enseñanza superior de la comunidad y los colegios de segunda enseñanza, según corresponda, *ampliar la enseñanza para las personas de edad por conducto de la habilitación para ellas de un número de plazas en los cursos regulares a tasas reducidas o gratuitamente.*

En la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012), *se asume el compromiso de adoptar medidas de acción afirmativa que complementen el ordenamiento jurídico y que promuevan la integración social y el desarrollo de las personas mayores (6.d).*

Asimismo, en nuestro país el Proyecto de Ley sobre Protección Integral de los Adultos Mayores, de los Senadores Carlos A. Reutemann y Roxana Latorre (Expediente N° 1217)²⁹⁵ que ingresó al Senado el 5 de mayo de 2005, estableció, en el Capítulo II titulado *Funciones del Estado*, art.8º, que *son funciones del Estado nacional: Propiciar medidas de acción positiva que garanticen a los adultos mayores la igualdad de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de sus derechos basadas en principios de solidaridad intergeneracional y de igualdad de derechos para varones y mujeres.*

En el Capítulo III sobre los *Alcances de las políticas públicas*, al aludir a *Vivienda y medio ambiente*, dispuso en el art. 11 que *las políticas públicas que se dicten en materia de vivienda y medio ambiente contemplarán:...// El otorgamiento de subsidios o compensaciones específicas a la cobertura parcial o total del pago de servicios públicos e impuestos inmobiliarios de adultos mayores con ingresos jubilatorios y de pensiones de las menores escalas salariales, correspondientes a la vivienda que habitan.// La vigencia de un cupo del diez por ciento (10%) en la adjudicación de viviendas correspondientes a planes financiados con recursos públicos para los adultos mayores que no la posean y que tengan haberes mínimos o reducidos.// En el caso de adultos mayores sin ingresos suficientes y con necesidades básicas insatisfechas, se preverán medidas que permitan su digno alojamiento en viviendas adjudicadas bajo la modalidad del comodato. // El acceso al crédito para la adquisición, ampliación o refacción de viviendas, fijándose condiciones de reintegro que tengan*

²⁹⁴ BIDART CAMPOS, G., Una cita omitida de la constitución reformada en dos sentencias de la Corte Suprema?, en ED, t.166, pág. 36. En el mismo sentido, KEMELMAJER de CARLUCCI, op. cit., pág. 43.

²⁹⁵ <http://reutemann.senado.gov.ar/web/comisiones/ExpeComi.php?origen=S&tipo=PL>, 16 de junio de 2005.

como tope de cuota el veinte por ciento (20%) de los haberes del adulto mayor o del grupo familiar al que pertenece.// El fomento de diseños adecuados en entornos apropiados y la implementación de viviendas compartidas por adultos mayores, con la respectiva asistencia y seguimiento profesional.

Quienes son partidarios de las acciones positivas, coinciden en que son sólo una posibilidad entre otras políticas que tienden a la igualdad e integración social, y que no son un remedio infalible contra todos los males. Dependen de las características de cada Estado, y se trata de políticas limitadas que deben programarse y aplicarse con prudencia sólo en sectores estratégicos²⁹⁶.

Existe en nuestro país, en la actualidad un régimen injusto con relación a los ancianos y es necesario remover dichas injusticias, existe un deber de alterar el régimen. Como se trata de injusticias que afectan el bien terrenal, se impone el deber de abolirlas, pero bajo la condición de que esa abolición no produzca mayor daño que su padecimiento.

La igualdad, que supone el respeto de las diferencias personales, se lesiona cuando se efectúan discriminaciones injustas; éstas se producen cuando se coloca a la persona, en nuestro caso anciana, en una situación de inferioridad, que daña su dignidad²⁹⁷. Asimismo, la igualdad se afecta cuando la discriminación injusta se basa en la atribución de una identidad incorrecta, deformada o exagerada, que a la vez atenta contra la verdad personal²⁹⁸.

En relación con la justicia y el Derecho Natural recordamos que el Derecho Natural postula que todo hombre es libre y debe ser reconocido como tal y respetado en su libertad²⁹⁹. A la vez, restringe la libertad humana en un doble aspecto: por un lado, la limita en su alcance - la libertad no es absoluta-, y por el otro, la subordina a pautas teleológicas³⁰⁰.

El goce y ejercicio de los derechos, que las medidas de acción positiva procuran, "nos pone en libertad para discurrir, elegir, valorar; en definitiva para emprender nuestro propio destino"³⁰¹.

En cuanto a la justicia y el bien común compartimos el enfoque escolástico, según el cual el bien común es un bien humano que la persona no puede obtener mediante su esfuerzo individual y consiste en una perfección cualitativamente distinta del bien singular³⁰². *El bien*

²⁹⁶ V. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. cit., pág. 19.

²⁹⁷ Sobre discriminaciones injustas puede v. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Marta, Daños derivados de discriminaciones injustas, en la obra de KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (directora) y PARELLADA, Carlos (coordinador), "Derecho de Daños", 2ª parte, Bs. As., La Rocca, 1996, pág. 140.

²⁹⁸ V. ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., op. cit., pág. 141.

²⁹⁹ V. TOSTI, Silvia Ana, La personalización del individuo como principio supremo de Justicia, en "Aequitas, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador", Bs. As., 2da. etapa, N°. I, pág., 164

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ V. ARMAGNAGUE, Juan Fernando, El poder legislativo en la Reforma Constitucional, en la obra de SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. y otros, "La Reforma Constitucional interpretada", Bs. As., Depalma, 1995, pág. 269.

³⁰² V. TALE, Camilo, El pensamiento Filosófico-Jurídico de Werner Goldschmidt (Exposición y Comentario), en "Prudentia Iuris", N° 38, agosto 1995, pág. 122.

común es el '*bonum communiter conferens*' (bien que se confiere de modo general), es el '*bonum in quo omnes participant*', (bien en que todos participan)³⁰³. Seguimos una posición conciliatoria entre el bien común y el bien personal. Adherimos a la fórmula propuesta por Derisi *ni bien personal sin bien común, ni bien común sin bien personal*³⁰⁴.

El interés de las personas de edad coexiste con el de la comunidad toda. Una comunidad en donde la vejez no tiene un sentido propio y la posibilidad de realizar ese sentido está construida en falso, la protección del débil importa la protección del fuerte mismo³⁰⁵. Las situaciones de marginación e injusticia que sufren los ancianos requieren de acciones positivas.

Aunque defendemos la institución en estudio, se considera conveniente la diagramación de políticas sociales que hagan desaparecer las especiales situaciones de escasez. Se debe dar prioridad a políticas sociales que permitan la concreción de los proyectos de todos los sectores sociales.

Actividad Nº 10

- 1) ¿Qué experiencias de voluntariado conoce? ¿Cuáles son sus objetivos y a su juicio, qué importancia social tienen?**
- 2) ¿Qué políticas de acción afirmativas deberían ser desarrolladas en su región? ¿Por qué?**

³⁰³ V. GRANERIS, Giuseppe, Contribución tomista a la filosofía del derecho, trad. Celina Ana Lértora Mendoza, 2º. edic., Bs. As., Universitaria de Bs. As., 1977, pág. 181.

³⁰⁴ V. DERISI, Octavio, citado por TORRES LACROZE, Federico A. en su prólogo a GRANERIS, op. cit., pág. XIV.

³⁰⁵ V. GUARDINI, Romano, La aceptación de sí mismo. Las edades de la vida, trad. José María Valverde, 4º. edic., Madrid, Cristiandad, 1977, págs. 145 y 114.

**Unidad VI: Sistemas de Protección y Garantías: acceso a la justicia y debida defensa
¿utopía envejecida?**

A) Instituciones del sistema de protección³⁰⁶

A.1) Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados

El 13 de mayo de 1971, a través de la ley 19.032, se crea el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, en un intento por dar respuesta a la falta de atención médica y social por parte de sus obras sociales de origen. Se prevé como objeto principal la prestación, por sí o por intermedio de terceros, a los jubilados y pensionados del régimen nacional de previsión y a su grupo familiar primario, de servicios médicos asistenciales destinados al fomento, protección y recuperación de la salud.

Se lo denomina comúnmente PAMI, debido a que el Instituto contó, como centro de su accionar, con el llamado Programa de Atención Médica Integral (PAMI), que en sus primeros años funcionó para los afiliados domiciliados en la Capital Federal. Con los años, la sigla PAMI se convirtió en el ícono que identificó a la obra social de los jubilados y pensionados. Actualmente la sigla hace referencia a la expresión “Por una Argentina con Mayores Integrados”, dando cuenta del salto producido desde la mirada médica geriátrica a la Gerontología sobre la vejez

El origen de sus aportes provenientes de los propios jubilados y de los trabajadores en actividad, definió su naturaleza jurídica y la Procuración General del Tesoro señaló que el Instituto es persona de derecho público no estatal.

A.2) Defensoría del Pueblo

El objetivo primordial de este organismo es la protección de los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la Administración Pública -nacional o provincial-, y sus agentes, que impliquen un ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, incausado, gravemente inconveniente, inoportuno de sus funciones, o configuren una desviación de poder. Asimismo, tiene a su cargo la defensa de los intereses difusos o derechos colectivos de la comunidad -de la salud pública, de la calidad de vida, de los consumidores, de la prevención y conservación del medio

³⁰⁶ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi – Abogada – UNR -

ambiente, de la preservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, entre otros- tutelados por la Constitución nacional y provincial.

El Defensor del Pueblo no está sujeto a mandato imperativo alguno, no recibe instrucciones de ninguna autoridad y desempeña sus funciones con autonomía y según su criterio.

Sin perjuicio de presentar la denuncia de hechos delictuales, básicamente el Defensor del Pueblo efectúa recomendaciones a los funcionarios, propone la modificación de normas legales, efectúa críticas y amonestaciones y hace pública su labor a través de informes.

En el ámbito nacional se crea este organismo por Ley N° 24.284 y en la Provincia de Santa Fe nace por Ley N° 10.396. Según lo previsto en ambas normativas, las quejas deben ser presentadas en forma escrita, contener nombre, apellido y domicilio y estar firmadas, en general, por el damnificado, o por un representante en los casos de que aquel se encontrara incapacitado. En el escrito debe detallarse la naturaleza del problema y las instancias posteriores al mismo, como reclamos y respuestas recibidas. Debe ser presentada en el plazo máximo de un año calendario de ocurrido el hecho, acto u omisión motivo de la queja y acompañar fotocopias de todos los comprobantes relacionados. La queja puede presentarse personalmente o por correo postal o electrónico, a la sede central de la Institución (en ciudad de Buenos Aires, para el caso de recurrir ante el Defensor Nacional; o en ciudad de Santa Fe cuando la queja se dirija al Defensor Provincial), o a sus respectivas delegaciones. En Rosario, las delegaciones de ambos defensores se encuentran en calle Pasaje Álvarez 1516.

Las actuaciones frente al Defensor son gratuitas y no requieren de la asistencia o patrocinio de un abogado.

Recibido el reclamo, se le enviará al presentante una nota donde se le informará el número de actuación y el área que llevará adelante el trámite.

La Defensoría del Pueblo rechazará la queja cuando ésta sea anónima, carente de fundamento o éstos sean triviales. También cuando se advierta mala fe o conlleve perjuicio al legítimo derecho de una tercera persona o cuando se trate de una causa pendiente de resolución administrativa o judicial. Debe tenerse en cuenta que una vez iniciada la actuación ante la Defensoría, si el quejoso interpusiera paralelamente acción judicial, el Defensor del Pueblo suspenderá su actuación

Está legitimado para presentar la queja todo ciudadano o grupos de personas y/o instituciones, naturales o jurídicas. No es impedimento para ello su nacionalidad, residencia, sexo, edad, incapacidad legal, internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o poder público.

Admitida la queja el Defensor del Pueblo promoverá la oportuna investigación formando

expedientes sin fórmulas rituales, en el que constarán los antecedentes y las pruebas adoptadas. El organismo puede formular con motivo de sus investigaciones, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y funcionales, y propuestas para la adopción de nuevas medidas. Si formuladas las recomendaciones, dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada, o ésta no informe al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, éste puede poner en conocimiento del Ministro del área, o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas. Si tampoco obtiene una justificación adecuada, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud.

Debe destacarse que la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires cuenta con un Área de Tercera Edad. Allí se reciben quejas de vecinos que peticionan sobre la efectividad de derechos que les corresponden y que son sistemáticamente cercenados, como ocurre con el derecho a la salud y a la seguridad social.

Para garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías de los adultos mayores, el Área trabaja a través de dos vías: la asistencia cotidiana, inmediata e individual de cada caso; y las tareas dirigidas a garantizar el correcto funcionamiento del sistema de Seguridad Social y de los distintos programas correspondientes a esa población.

A.3) Secretaria Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia

Por Decreto Nacional N° 1606/90 se creó el Consejo Nacional del Menor y la Familia, en jurisdicción del Ministerio de Salud y Acción Social y bajo dependencia directa del ministro del área. Este organismo tenía a su cargo las funciones que incumben al Estado nacional en materia de promoción y protección integral de la minoridad y la familia, cuyas funciones principales consisten en planificar, organizar y ejecutar la política de promoción integral de la minoridad y la familia; adoptar las medidas necesarias para contribuir a la consolidación de la familia, orientándola y apoyándola; y proveer a la protección integral de los menores, personas discapacitadas y ancianos, que se encuentren en estado de abandono o peligro moral o material, mediante los tratamientos que estime convenientes. Para tales fines, coordinaba servicios y programas para la asistencia, promoción y atención de los ancianos, en especial de aquellos que carezcan de cobertura previsional. Tenía como objetivo la integración familiar y comunitaria, y la realización de actividades deportivas, culturales, recreativas y solidarias que permitan el pleno desarrollo de la personalidad y la dignificación de la situación de la persona mayor. En el año 2001 se dictó el Decreto N° 295/20 01 que cambió la denominación de

“Consejo Nacional del Menor y Familia” por la de “Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia”. E año 20, se deroga la Ley N° 10.903 conocida como “Patronato de Menores” y los decretos nacionales 1606/1990 y sus modificatorias (Ley N° 26.061) y crea la actual **Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF)**, que funciona en el marco del **Ministerio de Desarrollo Social de la Nación**. La misión primaria de la SENAF consiste en la promoción de políticas de infancia y adolescencia como inversión social prioritaria, y asistencia integral de las personas con necesidades especiales, permitiendo el restablecimiento de sus potencialidades y su funcionamiento autónomo, así como la de los adultos mayores, facilitándoles una calidad de vida que corresponda a sus necesidades y estimulando, particularmente, la continuidad de su rol social como ciudadanos activos y útiles. El Organismo promueve, asimismo, las instancias alternativas a la institucionalización de las personas mayores y el resguardo de su calidad de vida, a través de la Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores (DINAPAM).

A.4) Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores³⁰⁷

En el año 2004 se dicta el decreto nacional N° 373³⁰⁸ que aprueba la estructura organizativa del Ministerio de Desarrollo Social. Por el mismo se traslada al Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y la Familia a la ***Dirección Nacional de Políticas de Adultos Mayores***, organismo que funciona en la órbita del Ministerio citado.

Sus objetivos tienden a promover la integración familiar valorizando el rol de los mayores; propiciar el envejecimiento activo, productivo y saludable; garantizar una adecuada calidad de servicio en las distintos niveles de atención (familiar, cuidados domiciliarios, centros de día, hogares, etc.); desarrollar nuevas tecnologías en políticas sociales para los mayores; difundir la temática de los adultos mayores a nivel nacional; promover la participación, la inserción social y el empoderamiento de los adultos mayores y propiciar espacios de encuentros intergeneracionales.

Actualmente desarrolla los siguientes proyectos³⁰⁹:

Consejo Federal de Adultos Mayores

Registro Nacional de Organizaciones de Adultos Mayores (RENOAM):

Programa Nacional de Cuidados Domiciliarios

³⁰⁷ Colaboración de Ricardo Iacub –Doctor en Psicología - UBA

³⁰⁸ Decreto 373/04, art. 3.– “Transfiérese la Dirección Nacional de Políticas de Adultos Mayores de la ex Secretaría de Desarrollo Humano y Familia del Ministerio de Desarrollo Social, con todas sus competencias, como asimismo con el correspondiente cargo de director nacional, función ejecutiva nivel I, al Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo descentralizado que funciona en la órbita del Ministerio de Desarrollo Social”.

³⁰⁹ Para mayor información puede consultarse: <http://www.desarrollosocial.gov.ar/adultosmayores/156>

Curso para Responsables de Residencias y Centros de Día para Adultos Mayores.
Programa Nacional de Voluntariado

La Experiencia Cuenta

Programa de Promoción del Buen Trato hacia los Adultos Mayores

Educación para adultos mayores

Carrera de Especialización en Gerontología Comunitaria e Institucional

Residencias para adultos mayores

A.5) Organismos de Defensa al Consumidor³¹⁰

Las asociaciones de usuarios y consumidores son entidades intermedias, apartidarias, cuya finalidad consiste en la defensa, información y educación del consumidor. Según lo prescripto por la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor (con las modificaciones introducidas por las leyes 24.568, 24.787 y 24.999), *tienen por función primordial alertar al público sobre abusos y prácticas desleales en los contratos de consumo, instruir a usuarios y consumidores, recabar y tramitar sus reclamos, brindarles asesoramiento y, en determinados supuestos, representar sus intereses en sede administrativa y/o judicial³¹¹.*

Puede advertirse el carácter tuitivo que tiene el denominado Derecho del Consumidor puesto que su fin principal es la protección del consumidor. El legislador ha visualizado que en la relación de consumo el sujeto débil es el consumidor, por no gozar de plena libertad en la misma.

Si bien la ley trata a los consumidores como iguales, es preciso resaltar que existen diversos factores que conllevan a que, en razón de justicia, se contemplen las particularidades en los sujetos contratantes. Esto nos hace pensar en la frecuencia con que los ancianos pueden verse afectados en su faz de sujetos consumidores de bienes o servicios. Los cambios en las formas de contrataciones, sumada a las publicidades engañosas, o tal vez, simplemente incompletas, favorecen a que la persona mayor se vea envuelta en una relación, cuyo objeto y forma de celebración del contrato, disten de lo que figuraba en apariencias.

Es por ello que las asociaciones de consumidores se presentan como instituciones de gran ayuda para quienes se sienten presa de un contrato que evidencie un abuso en contra del sujeto débil de la relación. El artículo 55 de la Ley 24240 legitima a estas asociaciones para

³¹⁰ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi –Abogada – UNR -

³¹¹ V. CICERO, Nidia K., Las asociaciones de usuarios y los servicios públicos: ¿el artículo 42 de la Constitución es sólo una frase bonita?, en "J.A.", t. 1999-II, pág. 963.

accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores. Podrán, además, promover los reclamos de los consumidores de bienes y servicios ante los fabricantes, productores, comerciantes, intermediarios o prestadores de servicios que correspondan, que se deriven del incumplimiento de la presente ley (artículo 58).

Para ello, el consumidor deberá petitionar el reclamo ante la asociación correspondiente adjuntando la documentación e información que obre en su poder. Una vez formalizado el reclamo, la entidad invitará a las partes a las reuniones que considere oportunas, con el objetivo de intentar una solución al conflicto planteado a través de un acuerdo satisfactorio. En esta instancia, la función de las asociaciones de consumidores es estrictamente conciliatoria y extrajudicial, su función se limita a facilitar el acercamiento entre las partes (según artículo 58).

Cabe añadir que en la reforma a la Constitución Nacional del año 1994 se incorpora el artículo 42 que autoriza a las entidades representativas de consumidores y usuarios para interponer acciones de amparo. Para ello se exige que la asociación peticionante propenda a alguno de los fines que describe en el artículo 43 *-actuar contra todo tipo de discriminación, defender los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor y los derechos de incidencia colectiva en general-*, y que se encuentren registradas conforme a la ley. *La jurisprudencia posterior a la reforma ha ido reconociendo la aptitud de las asociaciones para proteger derechos de incidencia colectiva en sede judicial, no sólo por medio de la acción de amparo, sino también por intermedio de una acción meramente declarativa de inconstitucionalidad e inclusive de un juicio sumario*³¹²⁻³¹³. Las medidas autosatisfactivas³¹⁴ también son pensadas como una vía idónea para la defensa del derecho de los consumidores y usuarios³¹⁵.

A.6) Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación

Este organismo descentralizado de la Administración Pública Nacional funciona en jurisdicción del Ministerio de Salud de la Nación³¹⁶. Tiene por función regular las obras sociales,

³¹² Idem.

³¹³ V. Consumidores libres v. Telefónica de Argentina y otro, C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, 17/10/97, en "L.L.", t. 1997-F, pág. 273.

³¹⁴ Se trata de un requerimiento urgente formulado a órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable: no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar... V. PEYRANO, Jorge W., La medida autosatisfactiva: Forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución, en "J.A.", número especial: medida autosatisfactiva, dir. Ricardo Estévez Boero, coord. Jorge W. Peyrano, N°6100, Buenos Aires, 1998, pág s. 1-7.

³¹⁵ V. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La tutela del consumidor y de la víctima en el derecho de daños a través de la medida autosatisfactiva, en "J.A.", número especial: medida autosatisfactiva, cit., págs. 60-66.

³¹⁶ Para mayor información consultar: <http://www.sssalud.gov.ar/index/home.php>

mutuales y empresas de medicina prepaga del Sistema Nacional del Seguro de Salud, a fin de *asegurar el cumplimiento de las políticas del área para la promoción, preservación y recuperación de la salud de la población y la efectiva realización del derecho a gozar las prestaciones de salud establecidas en la legislación*³¹⁷.

Ante la Superintendencia podrán plantearse todos los reclamos relativos a falta de cobertura prestacional o por discapacidad por parte del ente prestador, como así también todo aumento de la cuota prepaga, o la negativa de afiliación entre otras.

Los reclamos pueden canalizarse de forma personal, por vía telefónica o por escrito ante la autoridad central ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también en las delegaciones presentes en todas las provincias.

A.7) Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)

El Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) es un organismo descentralizado creado en el año 1995 por la Ley N° 24.515³¹⁸.

Desde el mes de marzo de 2005, por Decreto Presidencial N° 184, se ubicó en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. El organismo cuenta con delegaciones en todas las provincias.

Las acciones del INADI están dirigidas a todas aquellas personas cuyos derechos se ven afectados al ser discriminadas por su origen étnico o su nacionalidad, por sus opiniones políticas o sus creencias religiosas, por su género o identidad sexual, por tener alguna discapacidad o enfermedad, por su edad o por su aspecto físico. Sus funciones se orientan a garantizar para esas personas los mismos derechos y garantías de los que goza el conjunto de la sociedad, es decir, un trato igualitario.

Entre sus objetivos podemos resaltar la difusión de los principios normados en la Constitución Nacional, tratados internacionales en materia de derechos humanos, normas concordantes y complementarias y la Ley N° 23.592 sobre Actos Discriminatorios, el diseño de campañas educativas y comunicacionales tendientes a la valorización del pluralismo social y cultural, y a la eliminación de actitudes discriminatorias, xenófobas o racistas y la recepción de denuncias sobre conductas discriminatorias, xenófobas y racista.

³¹⁷ Manual del Beneficiario de Obras Sociales, Buenos Aires, 2011, Superintendencia de Servicios de Salud, pag. 11.

³¹⁸ Para ampliar información sobre el organismo se recomienda consultar la página institucional: <http://inadi.gob.ar/institucional/>

B) Recursos procesales (administrativos y judiciales).

B.1) Recursos administrativos³¹⁹

Tanto los ancianos en su calidad de ciudadanos, como las instituciones encargadas de su asistencia, gozan de los mismos derechos ante el poder administrador. Es decir, pueden interponer todos los recursos administrativos pertinentes a los derechos en conflicto.

Así, pues, no hay una regulación específica que contemple los derechos de los ancianos frente al poder administrador. Por ello, es de desear que esta situación sea contemplada en una futura reforma al Código de Procedimientos Administrativos, atento que los ancianos no tienen las mismas expectativas de vida que el resto de los ciudadanos.

Si bien existen como hemos visto, regulaciones nacionales, provinciales y municipales respecto a los geriátricos, en general las mismas se manejan con los recursos habituales en esta materia.

El *recurso administrativo* consiste en una impugnación que se dirige a obtener del órgano emisor del acto la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado³²⁰.

Cualquier persona que goce de capacidad de obrar puede presentarse ante la autoridad administrativa y hacer uso de esta facultad de recurrir.

El particular debe tener legitimidad para promover el recurso, la cual surge de la invocación de un derecho subjetivo o de un interés legítimo.

La interposición del recurso requiere que se indique el acto que se pretende impugnar con el fin de que el mismo sea revocado, modificado o derogado. Debe ser presentado por escrito y contener los datos y firma del presentante o su apoderado.

El *recurso de reconsideración*, es aquel que se presenta ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo que se pretende revocar derogar o modificar por contrario imperio³²¹. Se caracteriza por ser ordinario y optativo, pues el impugnante no está obligado a deducirlo para agotar la instancia administrativa. Tampoco es un presupuesto para la procedencia de otros recursos nuevos ante la administración.

El *recurso jerárquico* es aquél que el particular promueve ante el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución que se impugna. Sólo procede contra actos de carácter definitivos y contra aquellos que sin ser definitivos impiden la tramitación del recurso o la petición del administrado³²², como por ejemplo autos interlocutorios o de mero trámite que

³¹⁹ Colaboración de Rosana G. Di Tullio Budassi – Abogada – UNR -

³²⁰ V. ESCOLA, Héctor J., Tratado General de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, 1993, pág. 254.

³²¹ V. CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2002, t. II, pág. 589.

³²² V. CASSAGNE, J. C., op. cit., pág. 604.

imposibilitan proseguir el procedimiento.

Existen otras vías administrativas que no constituyen técnicamente un recurso, una de ellas es la *queja*. Consiste en una presentación que tiene por fin corregir defectos de trámite, incumplimiento de plazos legales o reglamentarios. Se efectúa ante el superior jerárquico inmediato, a efectos de que éste disponga las medidas necesarias para subsanar las anomalías acaecidas en las actuaciones³²³.

En este caso, el administrado aquí no pretende la impugnación del acto, sino corregir los defectos del mismo a la vez que hace también posible que el particular obtenga un remedio ante la mora de la administración, en dictar el acto pertinente. Es necesario dejar en claro que independientemente de esta vía, el afectado puede poner en funcionamiento el silencio - denegatoria tácita-, o el amparo judicial por mora de la administración pública. La Reglamentación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos dispone que debe presentarse ante el superior jerárquico inmediato, quien resolverá en base al informe que solicite al inferior.

B.2) Recursos judiciales: procesales constitucionales, procesales civiles, procesales penales³²⁴

Los recursos judiciales en materia constitucional, procesal civil y procesal penal, y en lo referente a la ancianidad, son los mismos que posee toda persona.

El término recurso será entendido aquí en sentido amplio, como medio de impugnación con el cual se pretende atacar un acto judicial -decreto, auto, resolución, sentencia, dictado en un proceso ya iniciado. Se debe interponer ante el juez de esa causa o ante un tribunal superior, a fin de que ese acto judicial sea modificado.

En tal sentido, y sin ingresar en las cuestiones que atañen a las disquisiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre sus naturalezas jurídicas -demanda, acción, remedio, recurso, proceso impugnativo, etc.-, el sujeto dispondrá de los siguientes recursos: aclaratoria, reposición, apelación, queja, nulidad, inaplicabilidad de la doctrina legal, revisión, casación, inconstitucionalidad, extraordinario, etc. También tendrá a su alcance al amparo y el habeas corpus.

La *aclaratoria* consiste en la solicitud que el recurrente hace al juez que dictó el acto procesal, para que aclare el mismo. Ello por entender que tiene alguna omisión, contradicción, ambigüedad u oscuridad.

³²³ V. CASSAGNE, J. C., op. cit., pág. 615.

³²⁴ Colaboración de Ricardo Farsaci – Abogado – UNR -

La *reposición o revocatoria* se plantea ante el mismo juez o tribunal del cual emanó el acto impugnado, a fin de lograr su modificación, y siempre que contra ese acto no corresponda interponer otro recurso.

La *apelación* apunta a que la parte no conforme con una resolución judicial de primera instancia -juez a quo-, pueda lograr que un tribunal superior -tribunal ad quem-, examine esa causa tanto en los aspectos de hecho como de derecho. Aunque el nuevo estudio del caso se limitará a los aspectos que esa parte puntualice específicamente en su expresión de agravios. El tribunal decidirá si confirma, modifica o revoca la resolución apelada. Cualquiera de las partes puede apelar, indicando los puntos de la resolución con los cuales discrepa.

La *queja* se presenta en los casos en los cuales el juez ante el cual se presenta la apelación, deniega a la parte ese recurso y, con ello, la posibilidad de acceder ante el tribunal superior. La parte puede presentarse ante el tribunal superior mediante la queja. El superior decidirá sobre la admisibilidad de la apelación que denegó el juez de primera instancia -queja por apelación denegada-. Por otra parte, la queja por retardo de justicia se presenta en los casos en los cuales el juez deja transcurrir los plazos sin pronunciar la resolución que corresponda.

El recurso de *nulidad* procede contra las resoluciones pronunciadas con violencia u omisión de las formas procesales que tengan prevista esa penalidad, o que asuman carácter sustancial. Se encuentra implícito en el de apelación (ver artículos 360/2 C.P.C.C.S.F.).

El denominado recurso de *inaplicabilidad de la doctrina legal*, está previsto con esa denominación en los artículos 479 y ss. del C.P.P.S.F. y sin esa denominación en el artículo 375 y conchs. del C.P.C.C.S.F. -ambos en concordancia con la Ley Orgánica del Poder Judicial de Santa Fe N° 10.160, que prevé los tribunales pleno y plenario-. Permite convocar a tribunal pleno o plenario, según el caso, en los casos en que se hayan producido resoluciones contradictorias, a fin de unificar la jurisprudencia.

El tribunal pleno consiste en la reunión de todos los magistrados que integran una Cámara de Apelaciones -por ejemplo, los 12 vocales de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, compuesta por 4 Salas de 3 vocales cada una-.

El tribunal plenario consiste en que se reúnan todos los magistrados que integran las Cámaras de Apelaciones de toda la provincia -por ejemplo, en Santa Fe hay 5 circunscripciones, con una Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial en cada una; por tanto, se reunirán todos los vocales de las 5 Cámaras de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la provincia-.

Tanto el pleno como el plenario emiten una resolución por mayoría que será obligatoria. En el pleno, será obligatoria para esa circunscripción, es decir, para todos los vocales de esa

Cámara de Apelaciones y para todos los jueces inferiores. En el plenario, será obligatoria para las 5 circunscripciones, esto es, para todos los vocales de las 5 Cámaras de Apelaciones y para todos los jueces inferiores.

Estos acuerdos plenos y plenarios son muy criticados por su inconstitucionalidad ya que, entre otras tantas críticas, se menciona que es una invasión del Poder Judicial sobre funciones del Legislativo, ya que la postura adoptada en la resolución plena o plenaria obliga como la ley misma a los jueces que en el futuro deban resolver esa cuestión. Los acuerdos plenos y plenarios no siguen el procedimiento constitucional para la sanción de las leyes, no se promulgan, no se publican en el Boletín Oficial, etc.

La *revisión*, pretende atacar una resolución judicial firme con autoridad de cosa juzgada. De allí la excepcionalidad de este recurso, limitado a ciertas situaciones en los códigos de procedimiento -por ejemplo, C.P.P.S.F., artículo 489 y ss.). Fundamentalmente se abre esta vía cuando, luego de que la sentencia adquirió fuerza de cosa juzgada, se descubren circunstancias o sobrevienen hechos nuevos que alteran la esencia de esa sentencia, su motivación, etc. Un ejemplo sería aquella sentencia que se fundó en un documento que luego fue declarado falso en otro proceso, e la aparición posterior de documentos que desvirtúan la prueba en la cual se apoyó la sentencia, etc.).

El recurso de *casación*, limitado a las cuestiones de derecho, permite a la parte presentarse ante el tribunal de casación para que determine si ha existido en la causa una ilegalidad en materia de procedimiento -error in procedendo-, o en materia de fondo -error in iudicando-. Su efecto puede ser la anulación del pronunciamiento recurrido, a fin de que se retome la causa pero aplicando correctamente la norma procesal que no había sido respetada -cuestiones de forma-. O también, de que se dicte una nueva sentencia -cuestiones de fondo-. En el Poder Judicial de la Nación está prevista una Cámara Nacional de Casación Penal, la cual ha desnaturalizado al recurso de casación convirtiéndolo, en la práctica, en algo similar a una nueva apelación, ya que ingresa en análisis de derecho pero también de hecho. En esa desvirtuación también ha participado la Corte Suprema de Justicia de la Nación debido a su crisis, su lentitud y su volumen de casos.

El recurso de *inconstitucionalidad*, previsto a nivel provincial en la ley 7.055 y a nivel nacional en la ley 48 (artículo. 14 y ss.), permite ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia provincial y luego ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en todo asunto en el cual se cuestione la validez, congruencia o inteligencia de una norma o de una sentencia que contradiga algún precepto de una norma de rango jurídico superior.

El recurso *extraordinario* comprende el estudio de las cuestiones legales de procedimiento y las relativas a la legalidad de la resolución impugnada. Se limita a las cuestiones de derecho, al encuadramiento jurídico, pero no se ingresa al análisis de cuestiones

de hecho de esa causa. Es un recurso que sólo pueden interponerse por motivos específicamente previstos en las normas.

El *amparo*, es el mecanismo de garantía de los derechos constitucionales. Por medio del mismo, una persona, por sí o por intermedio de un tercero, puede encargar a un juez la protección de un derecho constitucional que considere amenazado o afectado por actos de la autoridad o de particulares.

Ha sido previsto expresamente en la Constitución Nacional reformada en 1994, que incorporó el artículo 43. La doctrina entiende que esta norma debe considerarse operativa aunque una ley proceda a su reglamentación. La claridad del texto constitucional no debería ser restringida por la norma reglamentaria.

Pueden interponer el amparo el mismo afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que protejan derechos colectivos -por ejemplo, intereses difusos-.

El amparo que se presente a un juez será viable solamente cuando no exista otro medio judicial más idóneo -otra vía judicial prevista en la ley procesal-. Si hay otro medio judicial más apto deberá ser utilizado porque el amparo no puede sustituirlo.

¿Cómo se evalúa qué otro medio judicial es más idóneo? Se atenderá a cada caso, teniendo en cuenta qué vía procesal se dispone, su rapidez y celeridad, etc. No es una cuestión que dependa de la voluntad del actor sino de la determinación de que esa pretensión, en el caso concreto, requiere un trámite eficaz y abreviado para amparar el derecho constitucional que se considera amenazado o afectado.

Para su procedencia, debe existir una restricción ilegítima de algún derecho constitucional, que ocasione un daño que se tornaría grave e irreparable si se recurre a los procedimientos judiciales comunes. No debe limitarse el amparo fundándose en que esté previsto un trámite administrativo previo, ya que el artículo 43 exige que no haya otro medio “judicial” más idóneo.

El artículo 43 es un indicador del garantismo de la Constitución Nacional, debido a que regula un sistema de protección de todos los derechos constitucionales, alojados en la Constitución, en tratados internacionales.

El juez del amparo puede restablecer el derecho afectado e, incluso, declarar la inconstitucionalidad de la norma que originó la afectación a un derecho constitucional de la persona.

El *habeas corpus* es el mecanismo de garantía de la libertad de las personas. Por medio de éste, el afectado, por sí o por intermedio de un tercero, encarga a un juez la protección de su libertad personal contra privaciones de la libertad dispuestas por la autoridad. Opera como control judicial de legalidad de la privación de la libertad ambulatoria, o de las

condiciones en las cuales la misma se cumple.

Quedan abarcados tanto los supuestos de detención ilegal -la detención se produce contra lo legalmente establecido-, como cuanto los casos de detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales.

Es un mecanismo procesal cuyos antecedentes históricos más relevantes se encuentran en el juicio de manifestación instituido en Aragón en el año 1428 y, en el sistema anglosajón, la Carta Magna de 1215, que limitó al poder real en cuanto a la libertad individual de las personas, la Petición de Derechos de 1628, que lo mencionó y las Actas de Habeas Corpus de 1640 y 1679, que lo regularon más específicamente.

Es un procedimiento que pretende la inmediata puesta a disposición judicial de la persona detenida. Obtenida la comparecencia personal del detenido ante el juez, ello permite al sujeto oponerse a las causas de la privación de su libertad o a las condiciones en las cuales la misma se desenvuelve. En este sentido, el juez deberá resolver acerca de su legalidad o ilegalidad y determinar si la misma debe dejarse sin efecto o mantenerse.

En nuestro ordenamiento, a nivel constitucional, el artículo 18 garantiza la libertad personal y, al mismo tiempo, impone los recaudos previos y necesarios que habrán de respetarse para privar de su libertad a una persona. Incluso extiende la protección a las personas privadas de su libertad, en los casos de medidas o condiciones de detención que las mortifiquen más allá de lo que la ley exija.

De principal importancia es el artículo 43 constitucional, incorporado en la reforma de 1994, que incluye el habeas corpus al disponer en su cuarto párrafo *...Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio...*

Por su parte, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional nos coloca ante lo dispuesto por algunos tratados internacionales: **A) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, artículo XXV denominado "Derecho de protección contra la detención arbitraria", que en su parte pertinente dispone: *...Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes... Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad...* **B) Declaración Universal de Derechos Humanos** que, si bien no reguló explícitamente el procedimiento de habeas corpus, garantiza la libertad a través de sus artículos 1, 3, 8 y 9. **C)**

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 7, llamado “Derecho a la libertad personal”, del cual recomendamos su lectura completa pero fundamentalmente su punto 6. **D) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, artículo 9.

En el orden nacional rige la **ley 23.098** (B.O.: 25/10/1984) que regula el habeas corpus de modo amplio, y dispone que ella tiene *vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el tribunal que la aplique. Sin embargo ello no obstará a la aplicación de las constituciones de Provincia o leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que las mismas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere esta ley.*

C) Métodos alternativos de solución de conflictos: el papel de la mediación³²⁵.

Todos los seres humanos en general, se ven sometidos a lo largo de sus vidas a conflictos de índole familiar, vecinal, laboral, etc.; algunos de los cuales llegan al Servicio de Justicia. Pero nadie ignora que el Servicio de Justicia, esta absolutamente abarrotado de causas. Muchas de las cuales no se resolverán o bien lo harán luego de largos años. Es por ello que se buscan, en el ámbito mundial, distintas soluciones. Entre ellas, la promoción del uso de medios alternativos de resolución de conflictos.

El uso de medios alternativos de resolución de conflictos, no implica que se reemplace el Servicio de Justicia, sino que se lo complemente. También sirve para que las partes del conflicto, entiendan que existen soluciones participativas, donde no pierden el protagonismo y que esas soluciones son más rápidas, mejor aceptadas por las partes y tienen un alto porcentaje de cumplimiento, dejando satisfechos a ambos contendientes y no a uno o ninguno, como en las soluciones adversariales –dictado de una sentencia por un juez–.

Resaltamos la rapidez de este tipo de alternativa, ya que los ancianos no tienen por su edad largos períodos de tiempo para esperar que la Justicia se expida en todas sus instancias; asimismo se ven profundamente afectados por la subsistencia del conflicto, máxime si es con familiares cercanos; o bien el conflicto afecta su calidad de vida, al no obtener lo que requieren, por ejemplo el reconocimiento de un medicamento o prestación por una obra social. Y, por si fuera poco, asegura al anciano el acceso al Servicio de Justicia, que esta constitucionalmente garantizado, como vimos a lo largo de esta obra.

Las soluciones a los conflictos pueden clasificarse, a su vez, en adversariales y no adversariales. Las primeras son las tradicionales, a saber: ³²⁶

³²⁵ Colaboración de Adolfo Prunotto Laborde – Doctor en Derecho – UNR -

³²⁶ V. PRUNOTTO LABORDE, A., Hacia la mediación penal. Una forma diferente de pensar los conflictos en materia penal, Rosario, Juris, 2006.

- 1) el Proceso judicial
- 2) el Arbitraje

Las no adversariales y más modernas son:

- A) la Negociación
- B) la Conciliación
- C) la Transacción
- D) la Mediación

Otras formas desarrolladas en los Estados Unidos, son compiladas por Wilde y Gaibrois, en “*distintas formas de resolución alternativas*”:

- a) *Pequeño juicio (Mini Trial)*
- b) *Juicio privado (Private Trial)*
- c) *Arbitraje como Derivado Judicial (Court Annexed Arbitration)*
- d) *Juicio por Jurado Sumario (Summary Jury Trial)*
- e) *Oyente Neutral (Neutral Listener)*
- f) *Determinaciones por Experto Neutral (Neutral Expert Factfinding)*
- g) *Decisión no obligatoria de disputas sobre patentes o secretos comerciales (Non binding ex parte adjudication of patent disputes or trade secret misappropriation)*³²⁷

Podemos definir la mediación como *un sistema voluntario de resolución de conflictos en el cual una parte se presenta ante un tercero imparcial, imparcial e independiente, que no tiene la coertio –o sea que no puede imponer su voluntad por la fuerza–, al que puede elegir, y que tras convocar a la otra parte, que VOLUNTARIAMENTE puede concurrir, intenta mediante técnicas especiales y académicamente, elaboradas que AMBAS PARTES POR SI MISMAS SOLUCIONEN SU CONFLICTO.*³²⁸

El arbitraje implica la intervención de un tercero, árbitro al que someten las partes su conflicto y que llega a una conclusión, en forma rápida, pero sin la participación de los interesados y además su laudo arbitral es obligatorio. Sigue siendo una respuesta más rápida que la del Servicio de Justicia, pero los árbitros son pagos. Por ello entendemos que quedarían

³²⁷ V. WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis, *Que es la Mediación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pág. 16.

³²⁸ V. PRUNOTTO LABORDE, A., *Hacia la mediación...* cit.

fuera de esta solución, la gran mayoría de los ancianos, con excepción de aquellos que tengan recursos económicos suficientes para asumir el costo.

La incorporación de los medios alternativos en los códigos de procedimiento, deben pensarse teniendo en cuenta que el anciano puede ser tanto víctima como imputado de un injusto y ambos casos contribuirán a mejorar su calidad de vida al lograr la superación del conflicto.

D) El acceso a la justicia: hacia un Derecho Procesal de la Vejez³²⁹

El panorama descrito con anterioridad constituye un buen punto de partida para pensar la posible construcción de un Derecho Procesal de la Ancianidad. Derecho que apele a criterios razonables para la administración de justicia y tenga en cuenta las particularidades de un tipo de ciudadano vulnerable: la persona mayor.

El actual servicio de justicia está desactualizado por ser **ineficaz**. Pero también por **no satisfacer** al hombre de este tiempo en la búsqueda de la **calidad de vida**, como se viene planteando desde la Jurisprudencia terapéutica y el Derecho Preventivo³³⁰. Un ejemplo de esta nueva mirada lo constituye el documento elaborado por la XV Cumbre Iberoamericana del Poder Judicial: “**Las 100 reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia**”, en donde por primera vez, se establecen pautas de acción en esta materia referidas a las personas de edad³³¹. Así, desde esta perspectiva se habla de un **nuevo profesional del derecho** también en el Derecho Procesal: aquel a quien ya no le basta con conocer los códigos de procedimientos sino que requiere evaluar la conveniencia de adoptar una u otra vía, ya que el marco de posibilidades se ve ampliado. Profesional que tiene que trabajar respetando los deseos del cliente para poder satisfacerlos, sin imponerle soluciones basadas en su comodidad profesional. Entonces, el sistema judicial es ineficaz y no satisface las necesidades de los usuarios en general. Ahora, pensemos cómo se incrementan estas limitaciones con el **usuario anciano**. Si bien los obstáculos con que se topan los ancianos son muchos, nos quedaremos con los más relevantes para poder dejar bosquejadas algunas posibilidades de cambio.

Con respecto a los **dispositivos técnicos procesales** que obstaculizan el acceso a la

³²⁹ Colaboración de Mariana Isern – Doctora en Derecho – UNR –

³³⁰ V.WEXLER, David, Therapeutic Jurisprudence: an overview, Disability Law Symposium Issue: Legal and Treatment Issues, en “Thomas M. Cooley Law Review”, 2000, en www.law.arizona.edu, 23 de mayo de 2005; WINICK, Bruce J., Redefining the role of the Criminal Defense Lawyer at plea bargaining and sentencing: a Therapeutic Jurisprudence/Preventive Law Model, en “Psychology, Public Policy and Law 5”, 1999.

³³¹ http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/wiki/wiki/Wiki%20General_Cumbre%20Judicial%20Iberoamericana/Regla+de+Brasilia+sobre+acceso+a+la+Justicia+de+personas+desfavorecidas

justicia de los ancianos, consideramos entre los más relevantes al factor tiempo, al monto de lo reclamado, la legitimación para reclamar y los procesos empleados para la resolución de conflictos. Otro factor obstaculizante lo hallamos en el monto de la *tasación de las causas* para ingresar en la maquinaria judicial. Esto deja fuera conflictos que el sistema considera insignificantes, pero que para la vida de un individuo pueden llegar a ser determinantes. Por ejemplo, no es rentable reclamar tan sólo el cobro de un alquiler vencido debido a la erogación que se debe efectuar al iniciar el trámite, pero ese ingreso perdido puede llegar a constituir el único sostén de un anciano que de esa forma buscó sortear las penurias de los magros haberes jubilatorios. Este escollo económico, ya ha encontrado solución real con los denominados *juzgados de pequeñas causas* con antecedentes en el vecino país del Brasil.

Por último, como ejemplos de los desajustes del engranaje judicial que requieren de observación y puesta a punto, nos encontramos con la *insatisfacción con respecto al resultado obtenido*. Es bueno preguntarse cuál es la finalidad del Poder Judicial, si el de dictar sentencias o resolver conflictos. Y también si la serie lógica del proceso judicial es adecuada para resolver todo tipo de conflictos. Los *métodos alternativos al juicio*³³² son una posibilidad válida para encarar ciertos conflictos³³³, que de otra forma rara vez deja satisfechos a los justiciables – incluso a quién sale vencedor en la litis–. Este tema en particular fue desarrollado al tratar sobre la resolución de conflictos en el ámbito penal.

Al hacer un repaso por todos los escollos señalados, se puede apreciar que algunos pueden ser salvados recurriendo a las herramientas tradicionales del Derecho Procesal con algunas variaciones, pero que otros sólo pueden ser subsanados procurando incluir una mirada multidisciplinaria o de apertura a otros tipos de conocimientos como, por ejemplo, los provenientes de la Psicología Social o la Ciencia de la Organización.

Actividad N°11

- 1) Analice el siguiente fallo de la Corte Suprema de la Nación de fecha 7 de noviembre de 2006. Autos: “Mosqueda, Sergio contra Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados sobre Acción de Amparo”.**
- 2) ¿Qué derechos se encontraban vulnerados en el caso?**
- 3) A su juicio, ¿es justa la decisión? ¿Por qué?**

³³² V. CALCATERRA, Rubén, *Mediación Estratégica*, Buenos Aires, Gedisa, 2002, pág. 299 y ss., puede verse una selección de los métodos alternativos de resolución de conflictos desarrollados en la actualidad.

³³³ Son casos típicos las causas por alimentos y régimen de visitas que perfectamente son aplicables a los ancianos.

Antecedentes:

El afectado concurre al juez de primera instancia, por vía del amparo, para reclamar diversas prácticas kinesiológicas, necesarias para tratar la discapacidad que padece a raíz de una hemiplejía derecha con secuela de A.C.V. que le impide la libre deambulaci3n debiendo movilizarse en silla de ruedas. Dicho amparo fue interpuesto contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados (PAMI), con el objeto de que se ordenara brindar la inmediata cobertura m3dica del 100 % a favor del amparista, . El juez de primera instancia rechaza la acci3n de amparo fundando su decisi3n en que la acci3n de amparo fue interpuesta fuera de t3rmino - El art3culo 2º; inciso "e", de la ley 16.986, establece que el plazo de quince d3as para interponer el recurso "se computar3a a partir de la fecha en que el afectado tom3 conocimiento cierto del hecho, acto u omisi3n que repunte violatorio de sus derechos".-

El amparista recurre esta decisi3n ante la C3mara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala 2da, quien confirma el fallo de primera instancia.

Es as3 como el afectado, haciendo uso del recurso extraordinario, llega a la Corte Suprema de Justicia de la Naci3n.

El Fallo de la Corte Suprema:

La Corte Suprema dijo que el derecho a la salud, m3xime cuando se trata de enfermedades graves, est3 íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo 3ste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constituci3n Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jur3dico y en tanto fin en s3 mismo -m3s all3 de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre car3cter instrumental.

A partir de esta premisa, es inevitable tener en cuenta que el actor es un anciano que hoy tiene 74 a3os, con discapacidad motora como consecuencia de un accidente cerebro vascular (A.C.V.) de nueve a3os de evoluci3n, que lo obliga a desplazarse en silla de ruedas, y que, seg3n sus manifestaciones, a la fecha de interposici3n del amparo, ya hac3a dos a3os que se hab3a interrumpido la rehabilitaci3n brindada a su persona por la demandada. Con tal motivo, inici3 ante la Superintendencia de Servicios de Salud el reclamo administrativo pertinente, organismo que habr3a dictado la resoluci3n 134/04 (v. fs. 13) disponiendo la cobertura total de la rehabilitaci3n solicitada, decisi3n que no habr3a

sido cumplida por el INSSJP, ante lo cual -según afirma el actor- continuó efectuando requerimientos administrativos.

La Corte Suprema consideró que el escollo que se deduce de la prescripción del artículo 2º, inciso "e", de la ley 16.986, no es insalvable en la medida en que con la acción incoada se enjuicia un hecho que no es único, ni pasado, ni un hecho consentido tácitamente. Por lo contrario, es un hecho presente, que prosigue y no fue consentido. Por tanto, se revoca la sentencia y se ordena al tribunal inferior emitir una nueva resolución en consonancia con la sentencia de la Corte Suprema.



FACULTAD DE PSICOLOGIA
UNIVERSIDAD NACIONAL
DE MAR DEL PLATA
.....



Ministerio de
Desarrollo Social
Presidencia de la Nación

Secretaría Nacional de
Niñez, Adolescencia y Familia