UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Facultad de Derecho

El derecho fundamental a la calidad de vida en las residencias para ancianos.

Un nuevo desafío del Estado Constitucional de Derecho.

TESIS DOCTORAL

Autora: **MARIANA ISERN**

Directora: **MARÍA ISOLINA DABOVE CARAMUTO**

Diciembre 2010

A Julio y Santiago, Camila, Juan e Ignacio, Pedro, Felipe y Catalina, Amelia, Franco y Victoria, Paula y Pedro, Nicolás y Matías, Pablo, Martín y Sofía, Sofía y Lorenzo, Kyria, Emma y Fay, Maika y Bellana, Filippo, Carolina, Francisco y Facundo, Ian, Ignacio, Nahuel y María Clara para que al ir aprendiendo a ser niños y niñas, varones y mujeres, no se olviden de que, si Dios quiere, algún día también serán ancianos, y que el trato justo es la mínima condición para vivir en una sociedad pacífica y en continuo desarrollo.

...Más viejos y más años de duración de la vejez: multiplicad un número por otro y obtendréis la cifra que revela la excepcional gravedad del problema...

Norberto BOBBIO[1]

[1] V. **BOBBIO, Norberto**; *De senectute*, trad. Esther BENÍTEZ, Madrid, Taurus, 1997, pág. 34.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....13
PRIMERA PARTE - La ancianidad en el Estado Constitucional de Derecho.....19
Palabras preliminares 20
Capítulo I ***La ancianidad como problema y el paradigma de la inclusión como solución*** 25
A. El problema del envejecimiento global 26
B. Exclusión e inclusión: dos paradigmas en torno a la vejez.....32
C. Los nuevos desafíos del multigeneracionismo. 51
D. El modelo jusfundamental: la respuesta incluyente del Estado Constitucional de Derecho. 64
E. Algunas conclusiones. 74
Capítulo II ***El modelo jusfundamental referido a la vejez: fuentes y pilares*** 80
A. El aporte dilemático de la Bioética.....81
1. De la Gerontología a la Bioética 81
2. De la Bioética a la Ética gerontológica 90
B. El aporte de los Derechos Humanos**.** 103
1. De los Derechos Naturales a los Derechos Humanos.....103
2. De los Derechos Humanos a los Derechos Fundamentales.....109
C. Los pilares del modelo: el Derecho de la Ancianidad y el Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos. 114
D. Algunas conclusiones. 116
Capítulo III ***El Derecho de la Ancianidad: pilar objetivo del Modelo Jusfundamental*** 121
A. Un punto de partida complejo y problemático: la calidad de vida como necesidad básica 122
1. Los vericuetos de la calidad de vida.....122
2. El carácter normativo de las necesidades básicas.....130
B. Buenas y suficientes razones en las fuentes del Derecho de la Ancianidad. 138

1. Las razones como puente tridimensional. 138

2. Las fuentes del Derecho de la Ancianidad 141

C. La gestación de sus principios constitutivos. 150

1. En busca de sus principios constitutivos 150

2. Iniciando el proceso de juridización de la vejez 158

D. Algunas conclusiones. 161

SEGUNDA PARTE - El Derecho Fundamental a la calidad de vida de los ancianos 166

Palabras preliminares 167

Capítulo I ***Los contornos sociológicos del Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos*** 171

A. Las adjudicaciones en la ancianidad 172

1. Caracterización social de la ancianidad 172

2. El anciano débil y el anciano poderoso 178

3. La calidad de vida: vida potenciada como objeto del reparto 192

4. La participación en las formas de repartir vida potenciada 197

B. El lugar del anciano en la red social: ¿Orden o desorden de los repartos? 199

C. Algunas conclusiones. 207

Capítulo II ***La justificación valorativa del Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos*** 213

A. El principio supremo de justicia en la ancianidad: el motor del desarrollo normativo requerido 214

B. Del Humanismo abstencionista al Humanismo intervencionista justificado 220

1. El *principio de continuidad vital* y el Humanismo Abstencionista 220

2. El *principio de privacidad* y el Humanismo Intervencionista Justificado 226

3. El *principio de participación* y los límites de la intervención 228

C. Los problemas de la recepción de los medios generales de protección para la calidad de vida de los ancianos 230

1. Los medios de protección a la luz de la *continuidad vital* 230

2. Los riesgos de la dependencia y las modalidades de intervención desde el principio de privacidad 233

3. Los problemas de la *participación* 236

D. La legitimidad del orden de repartos (el régimen especial de justicia) . 240

E. Algunas conclusiones 243

Capítulo III ***Hacia una construcción conjetural de los principios operativos del Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos*** 250

A. Su construcción estática: de los imperativos a las normas, de las normas a un ordenamiento normativo gerontológico. 251

B. Su construcción dinámica: el origen de los principios en el funcionamiento jurídico. 258

1. El problema del reconocimento de las normas aplicables 258

2. El aporte de la interpretación para la construcción 261

3. El papel relevante de la determinación 263

4. La elaboración de los principios operativos 280

5. La aplicación como ponderación de los principios 287

C. La relación jurídica iusfundamental de calidad de vida como producto normativo 291

1. Los sujetos de la relación jurídica: clases 291

2. Los derechos de autonomía y los derechos de participación 297

2. Las obligaciones en torno a la calidad de vida: una cadena de responsabilidades 303

D. Las modalidades de ejercicio en el ordenamiento normativo 306

1. El ejercicio de los derechos en el Modelo Jusfundamental de la vejez 306

2. Modalidades defensivas y prestacionales para el derecho a la calidad de vida 314

E.Algunas conclusiones 327

TERCERA PARTE - El Derecho Fundamental a la calidad de vida en las residencias para ancianos: un "área" testigo 341

Palabras preliminares 342

Capítulo I ***Residencias para ancianos y calidad de vida*** 346

A. Las residencias para ancianos en el contexto rosarino 347

B. Su justificación histórica: del retiro medieval a las residencias públicas y privadas de la posmodernidad 355

C. El caso particular de las residencias privadas en Rosario 364

1. Perspectiva jus-sociológica de las residencias privadas rosarinas 364

2. Su dimensión normativa 369

3. Las residencias privadas en la esfera jurídico valorativa 385

D. Algunas conclusiones 395

Capítulo II ***El derecho fundamental a la calidad de vida desde el observatorio de la mediación*** 403

A. La mediación: un buen observatorio 404

1. ¿Qúe es la mediación? ¿Por qué la mediación? 404

2. Las adjudicaciones, valores y normas en la mediación 406

B. La mediación como método de observación 420

1. Las fuentes materiales del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos: los datos de una investigación cualitativa 420

2. El recorte de la investigación 422

3. Las técnicas de recolección de datos y métodos de observación 425

C. Algunas conclusiones 428

Capítulo III ***El derecho fundamental a la calidad de vida en las residencias para ancianos: un nuevo desafío del Estado Constitucional de Derecho*** 434

A. Los problemas jussociológicos detectados en las residencias privadas rosarinas 435

B. Las encrucijadas normativas de estas problemáticas 440

C. El papel orientador de los principios del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Ponderación de un caso 449

D. Algunas conclusiones 459

CONCLUSIONES 467

BIBLIOGRAFÍA 526
ANEXOS 583
A. Experiencia en las residencias para ancianos en Rosario 584
1. Descripción del dispositivo (folletería) 584
2. Relevamiento de datos (cuestionario) 591
B. Cuadros explicativos 594
Cuadro 1 Fuentes formales del Derecho de la Ancianidad 594
Cuadro 2 Concepto de Calidad de Vida 595
Cuadro 3 Razones y fuentes del Derecho de la Ancianidad 595
Cuadro 4 Limitaciones generales y especiales de la ancianidad 596
Cuadro 5 Calidad de Vida de los Ancianos 597
Cuadro 6 Los riesgos más probables según el grado de intervención y los medios de protección requeridos por los ancianos 598
Cuadro 7 Derechos de Autonomía - Derechos de Participación 598
Cuadro 8 Modalidades de Ejercicio 599
Cuadro 9 Las Residencias en la Historia 599
Cuadro 10 Historia de las Residencias en las fuentes formales de la ciudad de Rosario 600
Cuadro 11 Fuentes formales de las Residencias Privadas (Provincia Santa Fe - Municipalidad de Rosario - Ciudad Autónoma Buenos Aires - PAMI) 601
Cuadro 12 Escuelas de Mediación 612
Cuadro 13 Comparación Guardería/Geriátrico y Residencias 613

Agradecimientos

A las Marías que hicieron posible esta tesis por medio de su amistad: María Isolina Dabove Caramuto, María Cristina Vélez de Isern y María Florencia Somaruga, compañeras y modelos de trabajo, estudio, dedicación, solidaridad, creatividad, tesón y alegría. Y aquella a quien estoy religada por nacimiento y decisión, a María Madre.

A mis compañeros del CENTRO DE INVESTIGACIONES EN DERECHO DE LA ANCIANIDAD de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, ejemplo de calidez humana en el trabajo eficiente y brillante. Mi más cálido agradecimiento a Graciela N. Gónem Machello de Gandolfo, Dora Giovagnoli, Mabel Tuccio, Rosana G. Di Tullio Budassi, María Angélica Spósito, Alejandro Palermo Romera, María Elena Vitale, Cristina Cáceres, Liliana Oliva, María Susana Di Renzo, Pablo Lanza, Natalia Scolich, Marianela Fernandez, Yamila Cohelo, Jorge Bellina Yrigoyen, Vanesa Barnett, Gianpaolo Donato Raucci, Sebastían Rositto, Paula Imhoff, Anahi Marcatelli, Viviana Silvia Benitez, Adriana Lombardo, Patricia Gutierrez, Eduardo Rondelli, Mario Elena, Adolfo Prunotto Laborde y Ricardo Iacub. Y a todos aquellos que conocí por su intermedio; muy especialmente a Edgar López, Fernanda Gómez y Pamela Churruarín con quienes formamos el equipo de trabajo que nos introdujo en las residencias.

Al Estado Argentino, que a través del CONICET (Consejo Nacional de Ciencia y Técnica) me otorgó la posibilidad de formarme en la investigación científica.

A los directivos y residentes de las instituciones en que nos permitieron realizar el trabajo de campo. Especialmente a Raúl, Saúl, Sara, José, Hulda, Mary. Y a Mimí, Cheres, Celia, Beatriz, Eva, Herminia, Walter y Élide, quienes me ayudaron a comprender la heterogeneidad de la ancianidad.

A mis alumnos y compañeros docentes de *Filosofía del Derecho cátedra C* en la Universidad Nacional de Rosario y de *Epistemología de las Ciencias Sociales. Su proyección en el Derecho* en la Universidad Nacional deI Centro de la Provincia de Buenos Aires - Azúl. Agradezco sus ideas y sugerencias; especialmente a Erika Nawojczyk, Silvina Pezzetta, Elvio Galati, Pilar Romero, Francisco Sabalúa y Dariel Barbero.

A la memoria de Pablo, un librero amigo.

A mis nuevas compañeras de trabajo en el Registro de la Propiedad Automotor N° 5, Ana, Eva, Norma, Alicia, María Isabel, Constanza, Cecilia, María Agustina y Renata quienes me toleraron en ocasiones dispersa por elucubraciones doctorales

A mis amigos, postergados injustamente.

A mi familia, cada vez más extendida en el tiempo y en el espacio: abuelas (ya bisabuelas), padres y suegros (ya abuelos), hermanos y cuñados, sobrinos e hijos.

A mi esposo Luis, compañero de viaje.

INTRODUCCIÓN

En *De Senectute* **Norberto BOBBIO** casi poéticamente describe cómo el envejecimiento se ha vuelto una alarma global. Desde las Naciones Unidas se viene multiplicando el número de ancianos por la cantidad de años de duración de la vejez, obteniendo la cifra que revela la excepcional gravedad del problema. Esta tendencia ya se pronosticaba acabada la Segunda Guerra, pero recién eclosiona en las postrimerías del siglo pasado.

En el escenario mundial, a partir de prácticas y estudios gerontológicos, se le está dando un espacio al cambio paradigmático. Se perfila una rotación con respecto al lugar del anciano en la sociedad y a su mismísima concepción como etapa vital. Los replanteos del hacer humano azuzados por los desarrollos bioéticos en la ancianidad, han conducido a una Ética del cuidado responsable. El desarrollo de los Derechos Humanos en su camino de expansión y especificación, ha reclamado reajustes a los modelos políticos en torno a las adjudicaciones de la vejez. Por ello, el Derecho todo, en estrecha vinculación con tales corrimientos, se ve cuestionado y urgido a dar respuestas acordes al convulsionado siglo XXI.

A fin de entender mejor la complejidad de este derrotero, será menester analizar previamente cada uno de los factores en juego. La PRIMERA PARTE de este trabajo, está dedicada a desentrañar las últimas movidas de fichas en el tablero senescente. Las distintas soluciones diseñadas para enfrentar el

problema del envejecimiento global se disputan un lugar en el palco juspolítico. Entre las propuestas barajadas, es la jusfundamental aquella que ha obtenido una salida airosa. Hoy vivimos en la era del Neoconstitucionalismo. Estamos experimentando las tensiones provocadas por el pasaje hacia un Estado Constitucional de Derecho. En este modelo todos los nervios jurídicos son irrigados por la fibra supralegal por medio de la danza de los derechos fundamentales.

Con su apertura axiológica y la llegada a los hechos que plantea este nuevo formato, el Modelo Jusfundamental de la Vejez cobra vida desde una concepción compleja no positivista del Derecho. En esta temática, el Trialismo se integra armónicamente con las categorías de **Robert ALEXY** en la Teoría de los derechos fundamentales. Así, pues, a partir de una vertiente constitucional tridimensional, nace el Derecho de la Ancianidad y el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, su faz subjetiva.

Luego de revisar el surgimiento y desarrollo de esta nueva rama jurídica, se pasará a una SEGUNDA PARTE, en donde se aborda el despliegue de aquel derecho fundamental. Se analizan las perspectivas desde la realidad fáctica, los principios constitutivos y los mandatos de optimización que operativiza el sistema de la vejez en el Derecho Argentino.

En la presentación de estas dimensiones jurídicas, adoptaremos un orden que, comenzando con un anclaje sociológico, es seguido por lo valorativo, para concluir con el abordaje normativo. Entendemos que esa es la secuencia sugerida por el autor trialista cuando la problemática se enfoca desde la óptica del encargado del funcionamiento jurídico en un área en continua construcción.

Esta forma de acceso nos posibilita entender que ante una realidad de impotencia gravada en cabeza del anciano, se produzca una reacción

valorativa que es captada, a su vez, por la normativa. A la luz de los principios constitutivos del Derecho de la Anciandad, el funcionamiento conjetural de las normas nos conducirá a la elaboración de sus principios operativos. Y de esta forma, contaremos con herramientas adecuadas para juzgar proporcionalmente la aplicación de las normas vigentes.

Por último, en la TERCERA PARTE, se describirán las implicancias de esta perspectiva en un área recortada, para luego poner a prueba la batería de utensilios jusfundamentales en un caso. Entendemos que las residencias privadas de la ciudad de Rosario configuran un area testigo de esta situación general. La multiplicidad de casos entrelazados que se agrupan en este territorio jurídico casi inexplorado nos dará cuenta de la repercusión local del paradigma y las posibilidades de solución que plantea el Modelo Jusfundamental.

Los debates generados en torno al ciclo "La ancianidad con los ojos del cine" nos permitieron vincular las piezas de un gran rompecabezas. En este espacio hemos tenido ocasión de participar y ser testigos de las preocupaciones cotidianas de las propias personas mayores. Al hilo de escenas, personajes y personalidades de las películas se fueron hilvanando los ejes de esta investigación. Así se revelaba un panorama paradigmática de cambio. Esa transición desde la exclusión a la inclusión se percibía en las situaciones vitales caracterizadas por los anciano, la familia y la comunidad.

En el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (2003/2009), se ha procurado continuar el desarrollo intelectual instalado en la comunidad juscientífica en torno a la problemática de la ancianidad por el maestro trialista. **Miguel Angel CIURO CALDANI** abrió la brecha filosófica, tomando la posta luego los estudios tecno-científicos realizados por **María Isolina DABOVE CARAMUTO** y el Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad. Sobre el antecedente de una

investigación efectuada en residencias públicas de la ciudad, y los planteos en torno a los derechos de los ancianos y el Derecho de la Ancianidad como rama transversal, en la presente aproximación se pretende avanzar en la configuración de su derecho subjetivo y su uso como elemento de análisis en las instituciones privadas.

La búsqueda se desarrolló al hilo de un eje central: el ejercicio de un derecho complejo. El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos comprende un haz de posiciones jurídicas. Una red de relaciones complejas tanto por la diversidad de sujetos obligados, como por la heterogeneidad de los impedimentos a la libertad de los ancianos titulares, y también compleja en consideración a la variedad de objetos a adjudicar.

Entonces, serán las formas del reparto, los medios de protección y las modalidades de ejercicio de los derechos, los impulsores de esta maquinaria teórica. En el marco de las residencias privadas de la ciudad de Rosario, entendemos que los conflictos asumen un cauce mayormente autoritario, recurriéndose a la decisión de los directivos institucionales o al consejo-ayuda de los profesionales de la salud para su abordaje. Estos métodos no resultan suficientes para garantizar el ejercicio pleno del derecho fundamental a la calidad de vida. Ello es así debido a la ineficacia de los métodos tradicionales para el reparto de los derechos de participación de la vejez, que sumado a un panorama normativo deficitario, produce situaciones de injusticia para los residentes.

En la tarea de recolección de datos, nos hemos valido de la estructura que aporta uno de los métodos alternativos de resolución de conflictos, la mediación. A partir de un dispositivo metodológico construido *ad hoc* y la triangulación con entrevistas a grupos focales formados por los residentes participantes, entrevistas en profundidad a un anciano por grupo y entrevistas semiestructuradas a los directivos de las instituciones y funcionarios públicos

que trabajan con ancianos en la ciudad de Rosario, fue posible observar en el terreno las posibilidades existentes de integrar aquel vacío jurídico, ayudando a completar, quizás, el orden de repartos, el régimen de jusicia y el orden normativo de la ancianidad.

PRIMERA PARTE

La ancianidad

en el Estado Constitucional de Derecho

La guerra del cerdo

(Argentina, 1975, Leopoldo Torre Nilsson)

I*sidoro* ***V****idal conocido en el barrio como don Isidro, desde el último lunes prácticamente no salía de la pieza ni se dejaba ver. Sin duda más de un inquilino y sobre todo las chicas del taller de costura de la sala del frente, de vez en cuando le sorprendían fuera de su refugio. Las distancias, dentro del populoso caserón, eran considerables y, para llegar al baño, había que atravesar dos patios. Confinado a su cuarto y al contiguo de su hijo Isidorito, quedó por entonces desvinculado del mundo. El muchacho, alegando sueño atrasado porque trabajaba de celador en la escuela nocturna de la calle Las Heras, solía extraviar el diario que su padre esperaba con ansiedad y persistentemente olvidaba la promesa de llevar el aparato de radio a casa del electricista.* V. **BIOY CASARES, Adolfo**; *Diario de la guerra del cerdo.*

Volver a empezar

(España, 1983, José Luis Garci)

E*l viejo profesor de la película, con 45 años de exilio en Estados Unidos, pasará unos días en Gijón, su ciudad natal, de regreso a Suecia a donde ha ido a recoger el Nobel de Literatura. Esos pocos días en la tierra que lo vió nacer serán su milagro secreto: revivir el primer amor, reencontrarse con su antiguo amigo, con sus compañeros del club de fútbol, recorrer las calles y las playas lo trasladará al muchacho que fue desde el anciano que es. En su historia se entretejerá lo de antes con lo de ahora con una perspectiva de lo que será. Sin desconocer el pasado, viviendo el presente, proyecta su futuro.* V. **FUSTER, Sergio Luis; VELÁZQUEZ, Rodolfo;** *La ancianidad en los ojos del cine,* 1° ed., Rosario, Ciudad Gótica, 2005.

PALABRAS PRELIMINARES

Las personas mayores son actualmente el grupo poblacional que está creciendo más rápidamente en todo el mundo. Para el 2050, una de cada cinco personas tendrá más de 60 años, y por primera vez en la historia ellos superarán en número a los niños. Estamos presenciando un "terremoto" demográfico. Una transición global desde altas tasas de nacimientos y muertes, a bajas tasas de fertilidad y mortalidad. Esto ha llevado a un aumento sin precedentes del número de personas mayores alrededor del mundo.

Pero el mundo en desarrollo enfrenta la dura realidad de estar envejeciendo antes de hacerse rico, con consecuencias potencialmente traumáticas para las personas mayores, sus familias y las sociedades. El hecho de que el aumento global de la "población de cabello cano" sea más rápido en el mundo en desarrollo recién está empezando a ser asimilado. El mito de que debido a la baja esperanza de vida en el mundo en desarrollo no existían poblaciones de mayores en riesgo, ha dejado de tener sustento. Sin embargo, hasta la década del ochenta, la realidad de las personas mayores ha sido omitida en los debates sociales, económicos, políticos y éticos. El derecho de los ancianos al desarrollo le es rutinariamente negado, porque el envejecimiento es considerado un interés de minorías o un caso de solicitud especial.

Si bien los ancianos son reconocidos como un grupo vulnerable, no existe una recolección de información sistemática sobre la magnitud y la naturaleza de su condición. Y atento a que la edad es una creación tanto social como física su configuración es diversa. Es así como en las poblaciones de bajos ingresos, la tercera edad está asociada con limitaciones físicas y dependencia económica; en las sociedades más prósperas, la edad cronológica regula las leyes de jubilación y la provisión de servicios públicos.

Por un lado, las investigaciones rara vez reflejan sus experiencias o inquietudes. Y por otro las discusiones sobre políticas públicas suelen girar en torno a los beneficios sociales y las pensiones de jubilación, aunque la cobertura universal de las pensiones no constituye una meta realista en la mayoría de los países en desarrollo. La atención institucional es otro tema de discusión, pero la mayoría de las personas mayores en todo el mundo permanece en casa o vive con un familiar.

Pues, nos encontramos con un panorama variopinto y con un tratamiento desarticulado.Es posible ahora tener una clara idea del desafío que enfrenta el Derecho. Es el instrumento cultural que busca incluir la diversidad de la población senescente y, a su vez, responder con flexibilidad a las distintas necesidades materiales y sociales de las ancianidades.

Movilizados por el discurso gerontológico y la preocupación planetaria con respecto al sustento del desarrollo, los gobiernos y organismos internacionales implusan lo que se ha dado en llamar un nuevo paradigma de la vejez. La concepción de anciano y su lugar en la sociedad está transitando un camino desde un *refugio* que en tanto que lo protege lo desvincula del mundo de los activos, de los jóvenes, de los incluídos, a otra mirada que promete un renacer. *Volver a empezar* a partir de la vejez, acomodando las metas y los proyectos a una situación cambiante. El trato exclusivo, en tanto que especial para esa franja etarea, con su mirada focalizada en este ser

humano, fue un logro vehiculizado por la Geriatría en el siglo XIX, pero hoy se ha tornado **excluyente**. Produce la expulsión del pasivo como miembro de la ajetreada sociedad posmoderna. En la actualidad, se procura instaurar lo **inclusivo** y lo **incluyente.** Es deseada la contribución y la participación de los mayores en la sociedad, entrelazándose en relaciones multigeneracionales más sólidas y frecuentes.

La fragilidad y la discapacidad no tienen por qué impedir que las personas mayores realicen contribuciones económicas y sociales. Si los ancianos son caracterizados como víctimas, objetos de lástima o cargas, las generaciones futuras tendrán que afrontar una existencia gris cuando lleguen a la tercera edad. Y las normas y valores reclamados para todos los otros grupos etarios dejarán de regir para ellas. Reaccionando a esta proyección se ha generado una nueva tendencia promoviendo su calidad de vida a través de los derechos. Hay que tener presente que pensar en los derechos de las personas mayores significa considerar todo el espectro de su personalidad, sus capacidades y necesidades, reconociendo como reales tanto sus contribuciones como sus vulnerabilidades.

Así, nos encontramos con nuevas exigencias éticas y distintas respuestas de los sistemas políticos que divergen entre un antes y un después del multigeneracionismo. Esta cohabitación de tres, cuatro, y hasta cinco generaciones en una misma familia, produce perplejidad en el Derecho. No solo existe mayor cantidad de sujetos, con mayores necesidades, sino que ellas también son diversas. Hay mayor cantidad y distinta cualidad de sujetos entre los cuales distribuir bienes escasos. Para el Derecho, esto no implica tan solo repartir menos entre más, sino que amerita una evaluación del impacto producido en el criterio con el cual se reparte.

Los criterios de justicia empleados hasta el presente hacen agua ante tales corrimientos conceptuales. ¿El anciano seguirá activo y participativo por

más años? ¿La identidad de la ancianidad es otra? ¿Estamos frente a un nuevo sujeto de derecho? Y con respecto a las formas de distribución justa, ¿qué hacemos con lo diverso omnipresente en la ancianidad?

En la era del Neoconstitucionalimso, el Modelo Jusfundamental de la Vejez ofrece algunas respuestas y soluciones jurídicas apropiadas para el siglo XIX. Construido con los aportes de la Bioética y de los Derechos Humanos ha forjado sus pilares sobre el Derecho de la Ancianidad, una rama jóven con efectos transversales en todo el sistema, y un derecho subjetivo fundamental que se inmiscuye en todas las relaciones jurídicas en las que los ancianos estén presentes.

Este derecho, con una gestación reciente pero un crecimiento veloz, parte de un concepto aún impreciso en el mundo jurídico local como es la calidad de vida. Superando esta dificultad construye a través de un puente tridimensional un andamiaje jurídico que se sostiene con buenas y suficientes razones materiales, normativas y valorativas. De esta forma, desde un enclave social en la impontencia gravosa y la heterogeneidad, reacciona un criterio especial de justicia que será recepcionado en el tratamiento constitucional del inciso 23 del artículo 75 de la Carta Magna.

Capítulo I

La ancianidad como problema
y
el paradigma de la inclusión como solución

A. El problema del envejecimiento global

> *En el siglo XX se produjo una revolución de la longevidad. La esperanza media de vida al nacer ha aumentado 20 años desde 1950 y llega ahora a 66 años, y se prevé que para 2050 haya aumentado 10 años más. Este triunfo demográfico y el rápido crecimiento de la población en la primera mitad del siglo XXI significan que el número de personas de más de 60 años, que era de alrededor de 600 millones en el 2000, llegará a casi 2.000 en el 2050, mientras que se proyecta un incremento mundial de la proporción del grupo de la población definido como personas de edad del 10% en 1998 al 15 % en 2025*[2]*.*

Los estudios estadísticos indican un gran crecimiento de la franja de individuos mayores de 60 años. Estas cifras por sí solas no parecen encerrar más que hechos curiosos, pero para las NACIONES UNIDAS representan un problema científico-tecnológico a escala mundial[3]. Será en el marco del Desarrollo[4] en donde se efectuará la lectura del dato estadístico y se

---

[2] V. **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, punto 2.

[3] *Aunque muchos estudios se refieren a "problema" o "crisis" del envejecimiento de la población, debería tenerse presente que una mayor longevidad es un proceso altamente deseable. Más que el envejecimiento de la población per se, son las ramificaciones económicas y sociales del proceso las que deberían considerarse como potencialmetne problemáticas.* V. **LLOYD-SHERLOCK**, **Peter**; *Ancianidad y pobreza en el mundo en desarrollo. Las villas miseria de Buenos Aires*, 2° ed, trad. Soledad Laclau, Buenos Aires, Ciepp, 1999, pág. 14. Al contrastar las lecturas de los datos estadísticos, encontramos posturas contrapuestas; por ejemplo, entre la que sostuvo la COMISIÓN DE POBLACIÓN Y DESARROLLO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS y el que, entre otros, plantea LLOYD-SHERLOCK. Ello no tiene mejor explicación que desde la Epistemología. El problema científico y el tecnológico siempre se plantean desde un marco teórico. Y en el caso del envejecimiento global señalado por las Naciones Unidas, su marco teórico está relacionado con la planificación del Desarrollo a nivel mundial. V. en este sentido, **QUIVY**, **Raymond**; **CAMPENHOUDT**, **Luc Van**; *Manual de investigación en ciencias sociales*, México, Limusa, 1999, pág. 85; **HERNANDEZ SAMPIERI**, **Roberto**; **FERNÁNDEZ-COLLADO**, **Carlos**; **BAPTISTA LUCIO**, **Pilar**; *Metodología de la investigación*, 4°, México, Mc Graw Hill, 2006, pág. 46 y 52.

[4] El concepto de desarrollo es basal para la interpretación e intervención de las NACIONES UNIDAS. Este consiste en un nuevo paradigma social, económico y político que supera la visión utilitarista y economicista del bienestar. En este sentido, democracia, derechos humanos

encontrará un problema: el **envejecimiento global**. Éste aparece al entablarse una vinculación entre las edades de la Población y la Economía de los países, señalando la influencia de la transición demográfica en el desarrollo[5]. Es así como la *Comisión de Población y Desarrollo del Consejo Económico y Social* de las Naciones Unidas ha descripto este fenómeno y ha

---

y desarrollo humano se convierten en aliados, destacando la participación activa de las personas en la construcción de las relaciones de poder y en la propagación de una ética del consenso. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, utiliza el índice de Desarrollo Humano, el cual mide los progresos generales de un país en tres dimensiones básicas del desarrollo humano: vivir una vida larga y saludable (medida por la **esperanza de vida**); tener educación (medida por la tasa de **alfabetización** de adultos y de matriculación de enseñanza primaria, secundaria y terciaria) y gozar de un nivel de vida digno (medido por el **ingreso per cápita** según paridad del poder adquisitivo). Con estos datos se elabora anualmente, desde 1990, un Informe de Desarrollo Humano. En el mismo sentido, pero con una pátina autóctona, lo encontramos en La Bisagra, instrumento que fija la posición oficial sobre Políticas Sociales. V. **KIRCHNER, Alicia M**.; *LA BISAGRA. Memoria. Verdad*. *Justicia*. *Organización Social*, Buenos Aires, Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales - Ministerio de Desarrollo Social (Poder Ejecutivo Nacional), 2007, pág. 25 Mas se pueden hacer apreciaciones criticas sobre la planificación mundial en cuanto al concepto de desarrollo - económico, político y social- desde una perspectiva tridimensional. Siguiendo a CIURO CALDANI, entendemos que el desarrollo está enclavado en la actualidad en un doble y paradójico proceso de "globalización/marginación", que afecta a la cultura, ala política y al derecho. Ver en este sentido, **CIURO CALDANI, Miguel Angel**; *Filosofía Jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad*, en "Investigación y Docencia", Nº 25, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, pág. 26 y ss.; *Filosofía del orden público en la postmodernidad*, en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 21, 1996, págs. 25 y ss. Y también ver, entre otros: **MARCUSE, Herbert**; *El hombre undimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968; **LYOTARD, Jean-François**; *La condición postmoderna*, trad. Mariano Antolín Rato, Buenos Aires, Rei, 1995; **VATTIMO, Gianni**; *La sociedad transparente*, trad. Teresa Oñate, Barcelona, Paidós Ibérica, 1990; *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura postmoderna*, trad. Alberto L. Bixio, 4º ed., Barcelona, Gedisa, 1994.

[5] *La población mundial se encuentra en medio de una transformación sin precedentes, resultado de la transición de un régimen de elevada mortalidad y fecundidad a un régimen en que la mortalidad y la fecundidad son bajas. Esta* ***transición demográfica*** *ha sido la causa del rápido crecimiento de la población mundial en el siglo XX, así como de la desaceleración de ese crecimiento y de los cambios en la distribución por edades asociados a esos sucesos. (...) los efectos de la transición demográfica en las estructuras de edad de la población pueden dividirse en* ***tres etapas bien diferenciadas****. En la* ***primera****, la distribución por edades se rejuvenece a medida que aumenta la proporción de niños. En la* ***segunda****, que es resultado de las reducciones de la fecundidad, la proporción de niños empieza a disminuir en tanto que la de adultos y personas de edad aumenta. En la* ***tercera*** *disminuyen la proporción tanto de niños como de adultos en edad de trabajar, y sólo aumenta la de personas de edad, como resultado de las reducciones a largo plazo de la fecundidad y la mortalidad.* V. **COMISIÓN DE POBLACIÓN Y DESARROLLO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS**, *La población mundial: seguimiento de la situación de las estructuras de edad de las poblaciones y sus consecuencias para el desarrollo*, Naciones Unidas, 2007, pág. 3.

aconsejado algunas medidas de política económica[6] a tener en cuenta, a fin de sacar el mayor provecho posible de esta situación.

El desarrollo y el envejecimiento mantienen una relación tensa. El envejecimiento actual de la población mundial es causado, mayormente, por los adelantos tecnológicos. Es así como, paradójicamente, en este problema mundial, las consecuencias del progreso obstaculizan la propia evolución actual y futura. El desarrollo brinda un contexto que posibilita una vida más larga, pero una población con una gran esperanza de vida, dificulta las posibilidades de expansión económica. Por esa razón, los estudios del envejecimiento en este marco creen conveniente operar modificaciones a fin de conciliar estas antípodas.

Ante un problema que afecta a toda la población, los expertos, pronostican catástrofes y sugieren el cambio programado. Esta metodología se ha empleado en otras áreas, obteniendo cambios notorios. Ante el problema energético a nivel mundial, por ejemplo, el petróleo reemplazó al carbón. Y en la medida en que resulte muy oneroso o escasee este material fósil, se recurrirá a otros productos alternativos. Estas propuestas ya están presentes, al menos, en el nivel discursivo. En el problema del envejecimiento global, consistente en el mayor número de ancianos en comparación con los nacimientos y la cantidad de adultos jóvenes activos -económica, política y socialmente-, la solución de sustitución no aparece como algo sencillo. Mas, sorprendentemente también se ha seguido ese sendero. Se ha arriesgado el reemplazo, ni más ni menos, que del propio concepto de ancianidad y el lugar

---

[6] *En la segunda etapa de la transición, el* ***consumo*** *por consumidor efectivo puede aumentar al mismo tiempo que disminuye la proporción del producto interno bruto (PIB) consumido, lo cual significa que una mayor proporción del producto nacional se puede destinar a la inversión, en lugar del consumo, sin sacrificar los niveles de vida existentes. Para obtener los beneficios que traen aparejados el primer y segundo dividendos se necesitan políticas macroeconómicas bien fundadas que promuevan el ahorro y las inversiones productivas, aumenten las oportunidades de empleo y aseguren un entorno social y económico estable que fomente un crecimiento económico sostenido y un* ***desarrollo sostenible***. V. **COMISIÓN DE POBLACIÓN Y DESARROLLO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS,** *La población mundial...*ob.cit., pág. 4.

asignado a los ancianos en la organización social. Ésta fue la conclusión a la que se arribó en las dos Asambleas Mundiales sobre el Envejecimiento, convocadas por las Naciones Unidas[7].

Los gobiernos desembarcaron en la PRIMERA ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO con muchas ansias de encontrar soluciones. El Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento, su fruto, expone sus preocupaciones y desafíos haciéndolo de forma explícita en su prólogo.

> *Reconociendo la necesidad de señalar a la atención mundial los graves problemas que aquejan a una parte cada vez mayor de la población del mundo, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió, en su resolución 33/52, de 14 de diciembre de 1978, convocar en 1982 una Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. El propósito de la Asamblea Mundial era que sirviera de foro "para iniciar un programa internacional de acción encaminado a garantizar la seguridad económica y social de las personas de edad, así como oportunidades para que esas personas contribuyeran al desarrollo de sus países". En su resolución 35/129, de 11 de diciembre de 1980, la Asamblea General manifestó además su deseo de que como resultado de la Asamblea Mundial las sociedades reaccionen más plenamente ante las consecuencias socioeconómicas del envejecimiento de las poblaciones y ante las necesidades especiales de las personas de edad.*[8]

Al apaciguarse el ímpetu inicial, los problemas económicos dieron lugar también a problemas humanitarios[9]. Es así como con un panorama que

---

[7] V. **PRIMERA ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO** - PLAN DE ACCIÓN INTERNACIONAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO (Austria - Viena, del 26 de julio al 6 de agosto de 1982), **SEGUNDA ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO** - PLAN DE ACCIÓN INTERNACIONAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO (Madrid - España, del 8 al 12 de abril de 2002).

[8] V. **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982.

[9] V. **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982. Apartado*16*. *En el presente Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento se tratan tanto los problemas que afectan a los senescentes como individuos como los problemas vinculados con el envejecimiento de la población.* Apartado*17*. *Los problemas* ***humanitarios*** *(...) son: salud y alimentación, vivienda y*

describe de forma integral la problemática de la ancianidad, se arriesgaron algunos esbozos de soluciones políticas. Con el correr de los años y la proliferación de estudios e instrumentos internacionales, se profundizará el planteo, adquiriendo cada vez mayor claridad y sistematicidad[10].

El discurso gerontológico adquiere un auditorio multisectorial -gobiernos, ONGs, científicos y técnicos- y se empieza a hablar de las tendencias del cambio mundial operadas por el envejecimiento[11]. Las proyecciones se han construido sobre el dato de una población envejecida, en donde la esperanza de vida va en aumento, manifestándose en el gran número de personas mayores viejas-viejas (*oldes-old*)[12]. Esto, junto con la disminución de la población joven, poduce un crecimiento exagerado de las enfermedades crónicas no transmisibles. Los cambios son palmarios en la estructura familiar y en los patrones de jubilación, aumentando los gastos en los sistemas de seguridad social. En suma, así es como se suceden a serie de cambios económicos, políticos y éticos con directa repercusión en el sistema jurídico.

Si bien las recomendaciones internacionales efectúan una diferencia en cuanto a las políticas a implementar en países desarrollados y países en desarrollo, el dato es coincidente: la población mundial está envejeciendo. Aunque con distintas vías para solucionarlo, el problema atañe a todos. Es así

---

medio ambiente, la familia, bienestar social, seguridad del ingreso y empleo, y educación. Apartado 18. Los problemas ***relativos al desarrollo*** *se refieren a las consecuencias socioeconómicas del envejecimiento de la población (...) sobre la producción, el consumo, el ahorro, las inversiones y, a la vez, sobre las políticas y condiciones sociales y económicas en general, especialmente en momentos en que aumenta la tasa de dependencia de las personas de edad avanzada.*

[10] Ello es posible apreciarlo, simplemente comparando los textos de la Primera y la Segunda ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO en una misma área de abordaje.

[11] V. **BUSTILLO, Cormac** (trad.); "Estudio norteamericano anuncia las nueve principales tendencias de cambio mundiales debido al envejecimiento poblacional" en *Red Latinoamericana de Gerontología*, 2007, (www.gerontologia.org - 04/04/2008).

[12] Mayores de 80 y 90 años de edad.

como se conformaron regiones para abordar su estudio e implementar los planes de acción acondicionados a las posibilidades de solución en las distintas áreas: Europa, Asia y el Pacífico, América Latina y el Caribe, Africa y Asia Occidental. En nuestra región, conformado mayormente por países en desarrollo, la alarma es significativa. De acuerdo con los estudios de NACIONES UNIDAS, *ese aumento será más notable y rápido en los países en desarrollo, en los que se prevé que la población de edad se cuadruplicará en los próximos 50 años.*[13]

Es así como la preocupación en torno al problema del envejecimiento global y el desarrollo es parte de la agenda pública también de la República **Argentina**. Podemos hablar de un país envejecido. Con datos del último Censo Nacional 2001, el INDEC[14] señala que la estructura de población argentina presenta tres rasgos salientes: predominantemente femenina, elevada proporción de personas con 65 años y más y una disminución del porcentaje de extranjeros. En Argentina, entre 1895 y 2001 el porcentaje de personas adultas mayores pasó de 2,5 al 9,9 % (3.587.6) de la población total (36.260.1). En el Boletín demográfico de la CEPAL[15] se efectúa una proyección de la población local de 60 y más. Los guarismos son los siguientes: año 1950 (1 207.2), año 1975 (2 971.0), año 2000 (4 936.4), año 2025 (7 846.4) y año 2050 (12 733.1). En resumidas cuentas, *se advierte que la población de la Argentina se encuentra atravesando un proceso de envejecimiento poblacional, con una proporción creciente de adultos mayores y una decreciente proporción de jóvenes. Esta tendencia, que se ha manifestado durante el siglo XX, se consolidó en el primer censo del presente*

[13] V. **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, punto 2.

[14] V. **INDEC**; *Aquí se cuenta - Revista informativa del Censo* 2001, Indec, N° 6, agosto 2003, pág. 3**;** *Estructura demográfica y envejecimiento poblacional en la Argentina;* **DIRECCIÓN NACIONAL DE LA TERCERA EDAD**; *Informe sobre Tercera Edad en la Argentina*, Presidencia de la Nación, 2000.

[15] V. **CEPAL-CELADE**; "América Latina y el Caribe: el envejecimiento de la población. 1950-2005" en *Boletín Demográfico,* CEPAL, Santiago de Chile, 2003; **DEL POPOLO, Fabiana**; "Los problemas en la declaración de la edad en la población adulta mayor en los censos" en *Población y Desarrollo*, N° 8, CELADE - División Población, Santiago de Chile, 2000.

siglo y, así como ocurre en muchos países del mundo, es esperable que se profundice en el futuro.[16]

Y en cuanto a la situación de la población de 65 años y más de la provincia de **Santa Fe**, en el Censo 2001, con un porcentaje del **11,6 %**[17]**,** aparece en segundo lugar, después de la ciudad de Buenos Aires[18].

B. Exclusión e inclusión: dos paradigmas en torno a la vejez.

Siguiendo a **M. I. DABOVE** en su recorrido histórico, podemos llegar a comprender la cambiante **concepción de la ancianidad**[19]. Descubrimos que desde el mundo prehistórico hasta la actualidad, en las distintas culturas, al viejo se lo ha temido, adorado o apartado. Se lo ha considerado tanto un semi-dios, como un objeto de descarte. En definitiva, no ha existido una forma homogénea en cuanto al tratamiento del ser humano anciano. Con el cometido de acercarnos a la inteligencia de su situación actual, detendremos

---

[16] V. **INDEC;** *Aquí se cuenta...*ob. cit., pág. 4.

[17] V. **INDEC***; Aquí se cuenta - Revista informativa del Censo* 2001, Indec, N° 9, noviembre 2003.

[18] *La Ciudad de Buenos Aires es la jurisdicción más envejecida de nuestro país (con un porcentaje del 17,2 % de su población de 65 y más años), donde la edad media de la población para ambos sexos es de 39 años. Al observar la pirámide de la población de la ciudad por edad y sexo se destaca un achicamiento de la base y un leve ensanchamiento de la cúspide. Este ensanchamiento se debe a la mayor proporción de mayores de 60 años que alcanzaba al 22% en el año 2001, siendo este valor diferencial por sexo debido a la mayor esperanza de vida de las mujeres.* V. **GARCÍA CONDE, Soledad** (coord.); "La situación de los adultos mayores en la Ciudad de Buenos Aires" en *Informe de Situación Social de la Ciudad de Buenos Aires*, G.C.B.A., 2003, pág. 10.

[19] V. **DABOVE CARAMUTO, María Isolina**; *Los derechos de los ancianos,* Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.pág.115 y ss; **DE BEAUVOIR, Simone**; *La vejez*, 1° ed., 1° reimpr., trad. Aurora Benárdez, Barcelona, Gallimard, 1989; **MINOIS, Georges**; *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, trad. Celia María Sánchez, Madrid, Nerea, 1989.

nuestra mirada en los dos últimos siglos del mundo occidental. Éste será el marco en el que se celebraron las Asambleas Mundiales, las cuales impulsaron una serie de modificaciones políticas y jurídicas.

En los últimos dos siglos, el concepto de ancianidad, y consecuentemente, el lugar ocupado por el anciano en la sociedad han rotado. Al día de hoy, nos encontramos en una posición diametralmente opuesta a la mantenida en el siglo XIX y principios del XX.

La edad *contemporánea*[20], buscando un trato adecuado para con los mayores, diseñó un sistema político y jurídico acorde a un paradigma signado por la **exclusividad.** Gracias a los aportes de la **Geriatría** -principalmente-, se había logrado encontrar un trato específico, separado de la condición de los otros adultos, de los niños y mendigos como se efectuaba en la *Poor Law isabelina*[21], aquel moderno instrumento de asistencia pública. El tratamiento

[20] *La Edad Contemporánea de la cultura de Occidente comienza con la Revolución Francesa. Posiblemente en nuestros días ya haya concluido, tal vez con la finalización de la Segunda Guerra Mundial (o como quizás haya sido el segundo episodio de la Gran Guerra Mundial). Tal vez, eligiendo el acontecimiento más representativo, la conclusión se haya producido con el estallido de la primera bomba atómica, lanzada en Hiroshima el 6 de agosto de 1945.* V. **CIURO CALDANI, Miguel Angel**, *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía), Tomo III: Edad Contemporánea,* Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994.

[21] En el contexto anglosajón del siglo XVI, la polémica girará en torno a un problema económico y político concreto, prioritario para la época: el problema de la mendicidad. Y, sobre él se arbitrarán medidas que afectarán la existencia de numerosos ancianos menesterosos. Entre las resoluciones adoptadas, la principal, sin duda, ha sido la estructuración de un régimen legal que se puso en marcha bajo los auspicios del Enrique VIII e Isabel I: el Derecho de Pobres. En líneas generales puede decirse que el Poor Law se estructuraba en torno a dos elementos básicos: la categorización de los pobres -verbigracia: 1) los aptos para trabajar, 2) los desvalidos, entre ellos los ancianos y 3 los niños a cargo de otra persona -; y la actuación estatal a través de las parroquias, los jueces de paz condales y los inspectores de pobres. La categorización permitía, por un lado, determinar pautas de selección necesarias para "ordenar" la asistencia, evitando el ejercicio de una "nociva caridad indiscriminada". V. **TREVEYAN, G. M**.; *Historia Social de Inglaterra*, trad. Luis Grasset, 1° ed, Barcelona, Planeta Agostini, 1985; **MOIX MARTINEZ, Manuel**; *Bienestar Social*, 2° ed, Madrid, Trivium, 1986; **GARCES FERRER, Jordi**; *Administración Social Pública. Bases para el estudio de los Servicios Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992; **ALBA, Víctor**; *Historia social de la vejez*, Barcelona, Laertes, 1992; **BRAUDEL, Fernand***; Las civilizaciones actuales. Estudio de Historia Económica y Social*, 1° ed, 8° reimp, trad. J. Gómez y Mendoza y Gonzalo Anes, Madrid, Tecnos, 1986.

exclusivo condujo a la conformación de todo un movimiento cultural de reafirmación del concepto medieval del retiro, como lugar específico de los viejos. Numerosos hospicios comienzan a crearse con este fin. O bien pabellones especiales, reservados sólo para ancianos, dentro de complejos habitacionales más amplios. Las residencias para personas de la tercera edad empiezan a aparecer como un hecho cada vez más frecuente[22].

Mas el aislamiento en pabellones especializados y asilos modelizados con patrones del retiro medieval implicó la introducción también del concepto de **exclusión**. Exclusión que se desplegaba en el plano *social*, por su nueva situación quedaban apartados de la vida cotidiana de los otros individuos con la creación de *ghetos* de protección y asistencia médica; exclusión *política*, piénsese en las implicancias de un voto facultativo en un contexto de sufragio obligatorio para los menores de 70 años; exclusión *económica*, en su carácter de ex - trabajadores quedaban sometidos a la suerte de las asignaciones presupuestarias en los rubros de jubilaciones y pensiones, el aporte de sus familiares o los beneficios de la caridad. Y también exclusión *cultural*, quedando relegados por pertenecer a otra cultura en la misma cultura, a la cultura de lo pasado. Se levanta, así, un muro de incomprensión entre generaciones.

La *posmodernidad*[23], en cambio, abre un horizonte **inclusivo**, forjado principalmente en el yunque de la **Gerontología** al abordar el estudio de la vejez como parte de un concepto más abarcativo: el *proceso de envejecimiento bio-psico-socio-cultural* que se va elaborando e internalizando por el sujeto

[22] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**.; *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 257.

[23] Algunos hacen comenzar la postmodernidad con Nietzsche, otros a partir de los años 70 del siglo XX. Acerca de la "postmodernidad" es posible tener en cuenta v. gr. **CIURO CALDANI, Miguel Angel**; **CHAUMET, Mario E**.; *Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad*, en "Investigación y Docencia", N° 21, pág. 67 y ss; **LYOTARD, Jean-Francois**; *La condición postmoderna-Informe sobre el saber*, trad. Mariano Antolín Rato, Madrid, Minuit, 1987; **ABBAGNANAO, Nicola**; *Storia della Filosofía*, vol. IV, t. II, de Giovanni Formero, Franco Restaino y Darío Antiseri, Turín, UTET, 1994.

desde la cuna. Esta visión, que vincula a las generaciones al hilo de las modificaciones y crisis vitales, postula una conducta **incluyente** del anciano en la sociedad. Esto se traducirá, a su vez, en una serie de nuevas propuestas políticas y jurídicas.

Si rastreamos los responsables de la configuración de un paradigma de tratamiento especial, descubriremos la presencia de algunos factores cuantitativos, y otros cualitativos. Se produjo un aumento considerable de la esperanza de vida, creciendo la proporción de ancianos en el mundo al disminuir las causas de mortalidad infantil, e incrementarse la población total. Siguiendo el desarrollo histórico de **DABOVE**, las causales próximas de este acrecentamiento poblacional se hallan en el éxodo del campo a la ciudad[24], en los progresos científicos y técnicos, y en el aumento de la producción de riquezas[25].

Es particularmente importante señalar el papel que jugó la **Medicina** en la determinación de las pinceladas del paradigma del siglo XIX-XX. En el campo de la salud se intensifican en forma notoria las investigaciones específicas sobre la vejez a partir de 1835. Una prueba representativa de este crecimiento la encontramos, sin duda, en la obra de **Adolph QUETELET** (1796-1874); *Sur l´homme et le développement de ses facultés*, publicada, precisamente, en aquel año. Con ella se abre, en rigor, el primer período de investigación científica específica sobre la senectud. Etapa inicial

[24] *...mientras el viejo pueda realizar su trabajo, ningún problema se plantea. Pero, incapacitado para continuar, su situación se torna cada vez más desoladora. Particularmente cercana resulta la indigencia para los sin familia. Solos, sin el apoyo directo de su prole que ha marchado a la ciudad, su debilidad se hace más trágica todavía.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 249.

[25] *Con la **revolución industrial de 1848**, un nuevo ciclo se abre en el despliegue de la vida occidental. Y, junto a él, un cúmulo de preguntas explorarán el verdadero alcance de las posibilidades manifiestas en este tiempo. Sin embargo, todas ellas convergerán hacia una misma preocupación: las condiciones materiales del trabajo asalariado. Desde diversas posiciones filosóficas, políticas y económicas, se reclamarán sistemas jurídicos capaces de frenar el avance de un capitalismo industrial alienante.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 251.

verdaderamente extensa, que concluirá hacia 1918. La obra de **Francis GALTON** (1832-1911), *Hereditary genius: An inquiry into its laws and consequences*, de 1869, constituye otro de los significativos esfuerzos gnoseológicos del momento, que es menester recordar también[26].

Esta especificidad del tratamiento, se fusiona con elementos propios de los movimientos de reorganización política, social y económica del siglo XIX, generando instrumentos políticos y jurídicos particulares. Por un lado, la Revolución Francesa[27] afirmará la idea de **igualdad** de todos los seres humanos, incluidos los ancianos y, por el otro, las revoluciones proletarias aportarán una aguda crítica social[28] que pondrá al descubierto la situación de **explotación** de los viejos.

---

[26] V. **LEHER, Ursula**; *Psicología de la senectud*, trad. Alfredo Guera Miralles, Barcelona, Herder, 1980; **GRANJEL, L. S**.; *Historia de la vejez: Gerontología. Gerocultura. Geriatría*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1991; **RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Sandalio**; *La vejez: historia y actualidad*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1989.

[27] *Con la Revolución Francesa la vida entera parece politizarse. No sólo cambia la configuración de las instituciones, todo queda trastocado a su compás. Dentro de estas premisas el anciano se verá afectado en su condición, fundamentalmente a causa de dos ejes temáticos: el* ***derecho de propiedad*** *y la* ***estructura familiar****. Desde estos parámetros, ser viejo no resultará un problema grave, siempre que se goce, en alguna medida, del derecho de propiedad. Un anciano propietario conservaba toda la autoridad que le brindaba el hecho de serlo. Incluso más, en la Francia de 1795, luego de la caída de Robespierre, se propondrá la creación de un gobierno que incluía la participación directa de personas de edad con destacada trayectoria. Pero en el espacio privado quedaban arrinconados numerosos ancianos, víctimas del olvido público. Ancianos desposeídos, ancianos sin trabajo, ancianos totalmente desprotegidos frente al régimen, frente a los demás y frente a lo demás, que seguirán luchando sólo para sobrevivir. Desde el punto de vista de la estructura familiar, la posición del anciano también se verá afectada a causa de una complejidad de razones. En primer lugar, el considerable aumento de la esperanza de vida hace que la presencia de ancianos se convierta en un hecho cada vez más frecuente. Los avances de la ciencia y de la tecnología de este siglo XIX permiten que mejore masivamente la calidad de vida entre sus pobladores. Y ello hará que un número creciente de familias tengan que enfrentarse con el problema de resolver qué lugar le darán al viejo en su seno.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**.; *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 243 y ss.

[28] *Todas las corrientes socialistas coincidirán en el diagnóstico. El capital acumulado es el producto de un enriquecimiento ilícito, descarado, sin causa moral legitimante. Es el fruto de la apropiación indebida de la fuerza productiva del trabajador. En este contexto ideológico sus críticas permitirán dar a conocer la suerte de los* ***viejos indigentes****, en contraste con los de condición privilegiada.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 250.

Es así como estas ideas tomarán forma en algunos gobiernos europeos, por medio de la instrumentalización de un *sistema de pensiones*[29]; la cual brindaba un mínimo de protección al trabajador anciano, o mejor dicho, al ex - trabajador que arriba a cierta edad. Sin embargo, estos seguros sociales, en principio, surgen a título de **concesión graciosa, de premio, de reconocimiento público por los servicios prestados al Estado**. Mas no resuelven la cuestión en términos de **derechos subjetivos**. El anciano no es aún titular pleno de derechos a causa de su condición.[30]

Algunas medidas se fueron tomando, pero no será hasta 1883 que en la Alemania de Bismarck se instaura el *primer sistema de seguros sociales*[31], destinado a otorgar una elemental protección al trabajador. Como lo señala **DABOVE**, éste será el gran salto cualitativo en la historia del reconocimiento de los derechos de los ancianos. Poco a poco, la tenue mecha de conquista se fue diseminando por los países industrializados. En la Argentina, esta situación se alcanzó hacia la década de 1950 con el reconocimiento de los movimientos obreros.

A través de este nuevo espacio, el anciano irá ganando una mayor presencia social sujeta a dos significaciones diferentes. Por un lado, su separación como objeto de estudio particular, y como ex - trabajador que recibe de los activos contribuirá a fomentar aún más su aislamiento,

---

[29] *Dentro de este orden jurídico-político, distintas **soluciones** se irán perfilando respecto a la vejez. Pero siempre regidas bajo un común denominador: la protección del anciano en tanto forme parte del sistema de producción, en tanto sea visto **en calidad de trabajador**. (...) Estos primeros signos concretos de sensibilidad pública hacia la vejez también se manifestaron dentro del sector privado. Resulta fácil constatar, durante este tiempo, la presencia de numerosas instituciones de **caridad** que se creaban con el propósito de organizar sistemas de ayuda para ancianos, particularmente indigentes.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**.; *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 251.

[30] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**.; *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 260.

[31] *Este seguro cubría esencialmente contra riesgos determinados: accidentes en el trabajo, enfermedades, ancianidad e invalidez. Y fue el resultado de una transacción entre el gobierno y el sindicalismo social. Transacción a la que Bismarck tuvo que acceder como un medio eficaz para prevenir los levantamientos proletarios que amenazaban seriamente con desestabilizar el régimen político imperante*. V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** ob. cit., pág. 253.

favoreciendo incluso su marginación. Pero, por otro, esta situación servirá, también, para comenzar a percibirlo, para empezar a valorarlo, como ser distinto del resto.[32]

Esa distinción será reencuadrada siguiendo la suerte de la **Gerontología**, área de estudio multidisciplinar que alcanzó la jerarquía de ciencia autónoma desvinculándose de la Geriatría[33]. Hacia el año 1918, se comienza un período de investigación sistemática de la vejez, siendo su núcleo el ciclo de vida. Esto es, un proceso de crecimiento, maduración e involución que se inicia con la concepción, y en un constante movimiento de resignificación, culmina con la vejez y la muerte. Aborda el estudio del envejecimiento y la vejez en toda su dinámica implicando al hombre en su contexto bio-psico-socio-cultural, y comprendiendo los modos particulares en que éste, en sociedad, se vincula con el ambiente[34].

En la actualidad, es definida como la ciencia que estudia el envejecimiento en todos sus aspectos, incluyendo las ciencias biológicas, médicas, psicológicas y sociológicas[35]. En tanto que la Geriatría es una especialidad médica que se ocupa de los aspectos clínicos, terapéuticos, preventivos y sociales, de la salud y enfermedad de los ancianos.[36] El **Derecho** es una de las últimas disciplinas en incorporarse. En efecto, el Área

---

[32] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**.; *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 257.

[33] *...Katz revisa la historia de la Gerontología, su desvinculación de la Geriatría, y sus esfuerzos por constituirse en disciplina autónoma*. V. **PINAZO HERNANDIS, Sacramento; SANCHEZ MATINEZ, Mariano** (directores), *Gerontología. Actualización, innovación y propuestas*, Parson Educación SA, Madrid, 2005, pág. 7.

[34] V. **POCHTAR PSZEMIAROWER, N. y PSZEMIAROWER, N.,** "Ancianidad y derechos humanos" en *Geriátrica*, vol. 5, Nº 2.

[35] V. **DABOVE CARAMUTO, María Isolina; PRUNOTTO LABORDE, Adolfo Benjamín José** (coord.); *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*, 1° ed, Rosario, Juris, 2006, pág. 18.

[36] V. **PRIETO RAMOS, Osvaldo y VEGA GARCÍA, Enrique**; *Temas de gerontología*, La Habana, Ed. Científica Técnica, 1996, pág. 11.

de la Seguridad Social se ha ocupado de la problemática de la vejez desde el siglo XIX; sin embargo, hace tan sólo unos 25 años que ha comenzado a desarrollarse un proceso de formalización de los derechos de los ancianos con carácter integral[37].

Este tratamiento de la vejez, alineado tras los postulados de la Gerontología, se encamina hacia una **Nueva Ética de la Ancianidad**. Este nuevo trato para con el anciano se desarolla en un contexto de estudio y práctica multidisciplinar. Dado este panorama, se aconseja ser cautelosos. Es necesario tener presente la complejidad moral de la ancianidad, para no correr el riesgo, como lo señala **Agustín MORATALLA**, de quedarse sin sujeto moral. Entre psicólogos, sociólogos, economicistas, juristas y médicos han evaluado la vida moral del mayor sólo en clave de adaptación al entorno o de integración social, de cotización o aportación económica al erario público, o en clave de cesión de voluntad a otros para que administren los últimos años de su vida[38]. Existe el peligro, derivado de la superespecialización de las disciplinas, de descomponer al sujeto moral en partes, abordándolo cada una desde una ética especial.

Es por esta razón que se ha buscado como referente común a la **Bioética**. Si bien, históricamente tuvo su origen en la investigación médica con seres humanos, se la concibe como una ética de la vida en toda su extensión, incluso de todos los seres vivos. Esto permitió salir del lugar del juicio moral desde la edad adulta (sólo jóven), y concebir una ética del cuidado responsable sin caer en el paternalismo y el asistencialismo. Permitirá enfrentar con coraje preguntas últimas, pero que hacen a la cotidianeidad del anciano: la finitud, el trabajo, la autonomía y la muerte.

---

[37] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. B. J.**; *Derecho de la Ancianidad*...ob.cit., pág. 18.

[38] V. **MORATALLA, Agustín Domingo**, "Etica y ancianidad: entre la tutela y el respeto" en *Ética y ancianidad*, Madrid, Fundación Humanismo y Democracia - Junta de Castilla-León-Universidad Pontificia Comillas, 1995, pág. 67.

Y a su vez, este cambio ético encuentra eco en el plano político. Los conceptos decimonónicos de igualdad y justicia social ahora se instrumentan en los derechos humanos, y la problemática económica en torno a la vejez presiona la implementación de acciones dinámicas sobre el particular.

De este modo, el abordaje de la temática en organismos juspolíticos internacionales se remonta a 1948, cuando la Asamblea General de las NACIONES UNIDAS aprobó la Resolución 213 (III) relativa al proyecto de declaración de los derechos de la vejez. Desde entonces, el tema ha sido estudiado de forma **indirecta** por la Asamblea y por los organismos interesados en las cuestiones sociales[39]. Entre ellos se encuentran algunos organismos especializados dependientes del Consejo Económico y Social: la **OMS** (Organización Mundial de la Salud), la **OIT** (Organización Internacional del Trabajo), y la **FAO** (Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación).

La OMS, creada en el año 1948, nació conjuntamente con la inserción política internacional de la problemática. Sus *Departamentos de Prevención de las Enfermedades No Transmisibles y el de Promoción de la Salud* jugaron un papel muy importante al intentar enfrentarse con optimismo a la realidad de las sociedades que envejecen, promoviendo un aspecto troncal del paradigma inclusivo, el concepto de envejecimiento activo y saludable[40]. Gracias a los estudios epidemiológicos regionales la ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), su brazo ejecutor en el ámbito latinoamericano y del Caribe, se ha podido tener un panorama general de la salud de los ancianos en zonas en donde escasean datos estadísticos.

---

[39] V. **OBSERVATORIO DE PERSONAS MAYORES**; "Naciones Unidas y Envejecimiento Perfiles y tendencias" en *Boletín sobre el envejecimiento*, N° 7, Imserso, marzo 2003.

[40] V. **PROGRAMA DE ENVEJECIMIENTO Y CICLO VITAL (OMS);** *Envejecimiento activo: un marco político*, trad. Dr. Pedro J. Regalado Doña, Madrid, 2002 (una contribución de la Asociación Internacional de la Seguridad Social a la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento).

La OIT se convirtió en el primer órgano especializado de la Naciones Unidas en 1946, cuya misión es bregar por la justicia social para los trabajadores. En referencia a la vejez, ha tenido una presencia continua. En 1980, dos años antes de la PRIMERA ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO, se aprobó una ***Recomendación sobre trabajadores de edad*** que tiende a proteger sus derechos en cuanto a igualdad de trato y la cobertura de sus necesidades específicas. Sus metas de creación de trabajo digno y protección social a nivel global, se encuentran plasmadas en las recomendaciones de ambas Asambleas Mundiales. Puntualmente la OIT aportó a la SEGUNDA ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO un documento troncal. En ***Una sociedad inclusiva para una población que envejece: el desafío del empleo y la protección social*** se realizan aportaciones relevantes en aspectos como la formación continua de los trabajadores mayores, el potencial de las tecnologías de información y comunicación para la población mayor, la discriminación laboral por edad y los sistemas flexibles de empleo y jubilación.

La FAO, el organismo encargado de luchar contra el hambre en el mundo, ha considerado en forma especial el envejecimiento en las zonas rurales y el estudio de las posibilidades de aprovechamiento del recurso que representan las personas de más edad para la región. Por ello, su *Departamento de Desarrollo Sostenible (DS)* se encarga de fomentar políticas, estrategias y metodologías para fomentar la participación activa de los campesinos ancianos, hombres y mujeres, en el desarrollo agrícola y rural.

Las comisiones regionales[41] y la comisión orgánica de Desarrollo Social, también dependientes del CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, tienen un rol de importancia, especialmente en cuanto al seguimiento de la aplicación

[41] **CEPA** (Comisión Económica Para África), **CEPE** (Comisión Económica Para Europa), **CEPAL** (Comisión Económica Para América Latina Y El Caribe), **CESPAP** (Comisión Económica Y Social Para Asia Y El Pacífico) Y **CESPAO** (Comisión Económica Para Asia Occidental).

de las medidas surgidas en la SEGUNDA ASAMBLEA MUNDIAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO.

En **América Latina y el Caribe,** la **CEPAL**, hizo suyo el mandato del Plan de Acción Internacional de Madrid del 2002. En el párrafo 128 se indica que corresponde a las comisiones regionales de la Naciones Unidas la responsabilidad de traducir dicho instrumento en planes de acción regionales. En cumplimiento de este acuerdo, la CEPAL y el Gobierno de Chile organizaron, en colaboración con los demás miembros del Grupo Interinstitucional sobre el Envejecimiento -el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Banco Interamericano de Desarrollo y el Programa sobre el Envejecimiento de las Naciones Unidas-, la ***Primera Conferencia Regional Intergubernamental Sobre Envejecimiento***. Ésta se llevó a cabo en Santiago de Chile en el mes de noviembre de 2003.

Desde el punto de vista político y jurídico, es relevante el instrumento de la **ESTRATEGIA REGIONAL DE IMPLEMENTACIÓN PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE DEL PLAN DE ACCIÓN INTERNACIONAL DE MADRID**, consensuado allí por los países miembros de la CEPAL en el 2003. La tarea de aplicación, seguimiento y evaluación de dicha Estrategia Regional fue asumida por el *COMITÉ ESPECIAL SOBRE POBLACIÓN Y DESARROLLO*, órgano intergubernamental de la CEPAL. Continuando con las metas regionales impuestas con respecto a este problema, en diciembre del 2007, se realizó en Brasilia 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***. Y se firmó la **DECLARACIÓN DE BRASILIA**[42], en la que se

[42] *Habiendo examinado el informe sobre la aplicación de la Estrategia regional de implementacion para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento, elaborado por la Secretaría de la Comisión Económica par América Latina y el Caribe, 1. Reafirmamos el compromiso de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad,*

reafirma el compromiso asumido en la temática por los gobiernos latinoamericanos.

Dada la envergadura y complejidad que encierra el problema del envejecimiento, la **sociedad civil**[43] no permaneció ajena, sino que tuvo su lugar de expresión y acción. En forma paralela a la reunión de gobiernos, en la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, se celebró el ***Primer Foro Mundial de ONGs sobre Envejecimiento***. Esta dinámica se siguió también en América Latina y el Caribe, con la ***Reunión Regional de la Sociedad Civil sobre Envejecimiento*** convocada por la CEPAL en el 2003 en la capital chilena. Tanto el Gobierno Argentino como algunas de las organizaciones de la sociedad civil locales en conexión con la temática, han participado, respectivamente, en las dos Conferencias Regionales -rubricando las Declaraciones-, y en la Reunión Regional de la Sociedad Civil sobre Envejecimiento.

En forma indirecta también, la temática encontró espacios en algunos programas y órganos dependientes de la ASAMBLEA GENERAL. Por ejemplo, la **FNUAP** (Fondo de Población de las Naciones Unidas), desde su objetivo ha incluido el estudio de las necesidades de la personas mayores en las sociedades menos desarrolladas. Este organismo cuenta con el Instituto de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social, que trabaja en vinculación

---

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. V. **DECLARACIÓN DE BRASILIA**, Brasilia, 4 al 6 de diciembre de 2007, pág. 2. La importancia de la Declaración de Brasilia fue reafirmada en la resolución 644 del XXXII período de sesiones de la CEPAL realizado en Santo Domingo, República Dominicana, en junio de 2008, en la cuál además se solicitó a la Secretaría de la Comisión que preste asesoramiento técnico par ala realización de reuniones de seguimiento de la Declaración de Brasilia, en particular en lo que se refiere al tema de mecanismos internacionales de protección de los derechos de las personas de edad. V. **CEPAL**; "Actividades prioritarias para el período 2008-2010, trigésimo segundo período de sesiones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)" en *Población y desarrollo*, 2008; **SIDORENKO, Alexandr**e, *International Action on ageing: human rights dimension*, Association of American Law Schools, 2008 Annual Meeting, January 2-6, New York, United States, 2008.

[43] V. **CIURO CALDANI, Miguel Angel**; "Las teorías jurídicas y la sociedad civil" en *SJA*, Buenos Aires, 14/02/2007.

con el **INIA** (Instituto Internacional sobre Envejecimiento). Desde esta órbita, el Instituto de Investigación y Capacitación **INSTRAW** (Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitaciones para la Promoción de la Mujer), ha logrado crear conciencia de los aspectos de género del envejecimiento, teniendo esta perspectiva gran acogida en las Asambleas Mundiales.

Y por último, el **DESA** (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales) está estructurado en una serie de divisiones, de las cuales dos son las que abordan temas relacionados con el envejecimiento: la *División de Política Social y Desarrollo*- la cual actúa como organismo de seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, y es sede del **PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL ENVEJECIMIENTO**- y la *División de Población*, de gran importancia a nivel estadístico.

Con todo este material de arraste, para la década del ´70, el problema del envejecimiento en Naciones Unidas se condensó por su propio peso. Había llegado la hora de abordar la temática en forma **directa,** convocándose a una Asamblea Mundial específica sobre a temática.

En 1982, se celebró en Viena, la **Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento**, acordándose entre los países participantes un PLAN DE ACCIÓN. Además de señalar la problemática en torno al desarrollo, se efectúan una serie de recomendaciones referentes a la elaboración de políticas sobre la ancianidad, en algunas esferas de preocupación de las personas ancianas: *salud y nutrición, protección de los consumidores ancianos, vivienda y medio ambiente, la familia, bienestar social, seguridad de ingreso y empleo y educación*. Veinte años después, en el 2002, se llevó a cabo la **Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento** en la capital española, reajustándose las recomendaciones para la adopción de medidas con respecto a los ancianos. En este segundo PLAN DE ACCIÓN, se girará

sobre tres ejes: *las personas de edad y el desarrollo*[44], *el fomento de la salud y el bienestar en la vejez*[45] y la *creación de un entorno propicio y favorable*[46]*.*

Al comparar los textos de ambas Asambleas Mundiales, se podría decir que la tarea de condensación se consagró en Viena pero el paradigma quedó consolidado en Madrid. Esta misma apreciación es vertida por los investigadores de la CEPAL, cuando entienden que *es importante subrayar que a partir del Plan de Acción Internacional aprobado en Madrid en el 2002, los países disponen de un* ***nuevo paradigma de la vejez y el envejecimiento****, que debe permear cada vez más los marcos legales que éstos creen o modifiquen.*[47]

Desde los crudos informes económicos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, hasta los principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad se fueron incorporando elementos a esta mirada gerontológica **inclusiva**, base del nuevo paradigma de la vejez. Este camino de consolidación es posible apreciarlo en los mismos instrumentos. Se pasará de un reinado preeminente del valor utilidad, hacia la conformación de un complejo axiológico político[48] en el cual los valores coadyuvantes a la

[44] Participación activa en la sociedad y en el desarrollo, El empleo y el envejecimiento de la fuerza de trabajo, Desarrollo rural, migración y urbanización, Acceso al conocimiento, la educación y la capacitación, Solidaridad intergeneracional, Erradicación de la Pobreza, Seguridad de los ingresos, protección social/seguridad social y prevención de la pobreza, Situaciones de emergencia.

[45] El fomento de la salud y el bienestar durante toda la vida, Acceso universal y equitativo a los servicios de atención de la salud, Las personas de edad y el VIH/SIDA, Capacitación de los proveedores de servicios de salud y de los profesionales de la salud, Necesidades relacionadas con la salud mental de las personas de edad, Las personas de edad con discapacidad.

[46] La vivienda y las condiciones de vida, Asistencia y apoyo a las personas que prestan asistencia, Abandono, maltrato y violencia, Imágenes del envejecimiento.

[47] V. **VILLARREAL MARTÍNEZ, Mónica**; "La legislación a favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe" en *Población y Desarrollo*, CELADE/CEPAL/UNFPA, n° 64, 2005, pág.48.

[48] V. **CIURO CALDANI, Miguel Ange**l; *Derecho y Política. El continente político del Derecho. Elementos básicos de una Filosofía Política Trialista,* Buenos Aires, Depalma, 1976.

convivencia tendrán mayor equilibrio. Se hace presente la justicia, al hacer mención al reparto por medio de derechos, el valor salud encuentra su lugar como primera guía del paradigma a la par de la ya atenuada utilidad, y encontrarán sitio a su vez, la verdad científica y la belleza artística. A continuación, contrastaremos algunos pasajes de los Planes de Acción de Viena y Madrid a fin de poder apreciar este pasaje axiológico.

En un primer momento, imbuidos por el acuciante problema demográfico-económico del envejecimiento global, se hace hincapié en la utilidad de la vejez para toda la sociedad. Podemos leer en el punto 22 del Plan de Viena de 1982 que *se examinarán las medidas encaminadas al* ***aprovechamiento óptimo*** *de la experiencia y los conocimientos técnicos de las personas ancianas.* Perspectiva que se clarifica al concluir la presentación de la problemática.

> *La especie humana se caracteriza por una larga infancia y una prolongada vejez. A lo largo de la historia esto ha permitido a las personas de mayor edad educar a los más jóvenes y transmitirles valores; esta función ha garantizado la supervivencia y el progreso del hombre. La presencia de los ancianos en el hogar, la vecindad y en todas las formas de vida social* ***sirve*** *aún de lección insustituible para la humanidad. No sólo a través de su vida, sino incluso a la hora de su muerte, el anciano nos da a todos una enseñanza. Merced a la pena que sufren los supervivientes, éstos llegan a comprender que los muertos siguen formando parte de la comunidad humana, con los resultados de su trabajo, las obras e instituciones que dejan tras ellos, y el recuerdo de sus palabras y actos. Esto puede estimularnos a considerar con mayor serenidad nuestra propia muerte y hacernos más plenamente conscientes de nuestras responsabilidades hacia las generaciones futuras*[49]*.*
>
> *Una vida más larga proporciona a los seres humanos la oportunidad de examinar retrospectivamente sus vidas, corregir algunos de sus errores, acercarse más a la verdad y lograr una comprensión diferente del sentido y el valor de sus acciones. Quizá sea ésta la* ***mayor contribución*** *de las personas de edad a la*

[49] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, punto 23.

> *comunidad humana. Especialmente en esta época, después de cambios sin precedentes que han afectado al género humano durante su vida, la reinterpretación de su pasado por parte de los ancianos debería ayudarnos a todos a conseguir la reorientación de la historia que urgentemente se necesita*[50]*.*

Una veintena de años después, en el PLAN DE ACCIÓN DE MADRID, la inclusión de los ancianos -social, política y económica- por medio del ejercicio de los derechos humanos parece guiar el documento. En su punto 13 encontramos 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.* Y, en el punto 11, se reproduce el lema de 1999, Año Internacional de las Personas de Edad: ***Una sociedad para todas las edades***[51]*.*

Es claro que aunque se tienda hacia una mirada incluyente en lo social y político, la perspectiva del problema económico de origen, sigue latente. *Es indispensable reconocer la capacidad de las personas de edad para hacer aportes a la sociedad no sólo tomando la iniciativa para su propio mejoramiento sino también para el perfeccionamiento de la sociedad en su conjunto. Un pensamiento progresista reclama que aprovechemos el potencial de la población que envejece como base del desarrollo futuro*[52]*.*

---

[50] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, punto 24.

[51] *El concepto de una sociedad para todas las edades, formulado como lema del Año Internacional de las Personas de Edad, que se celebró en 1999, tenía cuatro dimensiones: el desarrollo individual durante toda la vida; las relaciones multigeneracionales; la relación mutua entre el envejecimiento de la población y el desarrollo; y la situación de las personas de edad. El Año Internacional contribuyó a promover la conciencia de esos problemas, así como la investigación y la acción en materia de políticas, en todo el mundo, inclusión hecha de los esfuerzos por incorporar las cuestiones relacionadas con el envejecimiento a las actividades de todos los sectores y promover oportunidades relativas a todas las fases de la vida.* **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, punto 11. **PARDINI BICUDO VERAS, Maura**; "Cidadania para todos; uma trajetoria comum" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 9 y ss.

[52] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, punto 14 in fine.

Tras lo ya expuesto, podemos apreciar cómo en estos últimos siglos se han ido presentando diferentes respuestas y soluciones al problema de la vejez. Su enfoque muta, desde un patrón exclusivamente médico -consistente en el estudio de las patologías específicas de los ancianos con soluciones geriátricas- hacia su actual transformación gerontológica con soluciones multidisciplinares desde lo sociológico, psicológico, urbanístico, educativo, económico, político y jurídico. Al menos, es posible señalar dos posturas opuestas: una que tiende a la exclusión del anciano de la sociedad y otra, que busca las vías de su inclusión.

En el siglo **XIX y principios del XX,** se buscaba adjudicar a los ancianos descanso, retiro y atención médica especializada, traspasar las responsabilidades de las labores productivas a las nuevas generaciones, siendo merecedores de un acompañamiento suficiente a fin de lograr una muerte digna[53]. La **exclusión** resultaba lo más adecuado para la sociedad, ya que se reemplazaba la fuerza de trabajo, y para el viejo, al ser destinatario de un descanso merecido lejos de las preocupaciones de la vida cotidiana. Es así, como la Política se valió de los conocimientos de la Geriatría y de una ética asistencialista para producir instituciones jurídicas tales como *la jubilación y los asilos*. Basados éstos primero en un acto de caridad o dádiva

---

[53] V. **VALVERDE, José Antonio;** *Psicología de la Tercera Edad. Soluciones a un mundo en crisis*, Madrid, Quorum, 1986; **MONTERO GARCIA, Feliciano;** *Los seguros sociales en la España del siglo xx. Orígenes y antecedentes de la previsión social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988; **SANCHEZ VERA, Pedro** (ed.); *Sociedad y población anciana*, Murcia: Secretariado de publicaciones, Universidad de Murcia, 1993; **ZOLOTOW, David Mario;** *Los devenires de la ancianidad*, Buenos Aires, Lumen, 2002. **CALVO MELENDRO, Jesús;** *Sunamitismo,* Madrid, Anales, 1970; **COLE, Thomas R.;** *The Journez of life. A Cultural History of Aging in America,* Cambridge, Cambridge University Press, 1992. **DECALMER, Peter; GLENDENNING, Frank** (compil.); *El maltrato a las personas mayores,* trad. Sara Alonso Gómez, Buenos Aires, Paidós, 2000.; **GARCÍA SANZ, Benjamín** (coord.); *Envejecimiento en el mundo rural: problemas y soluciones,* 1° ed., Madrid, Inserso, 1997; **FRANK, Eduardo;** *Vejez, Arquitectura y Sociedad,* Buenos Aires, Paradiso, 1998; **PIPHER, Mary;** *Un país desconocido. Invitación a explorar el mundo de nuestros mayores y a acercarnos entregeneraciones,* trad. Elvira Maldonado, Buenos Aires, Norma, 2000. **HOBSBAWN,Eric;** *Historia del siglo XX,* trad. Juan Faci, Cérmen Castells y Jordi Ainaud, 6° ed., Buenos Aies, Crítica, 2005.

graciosa, para luego constituirse en un derecho de los ex-trabajadores ancianos.

Pero a fines del siglo **XX y principios del XXI**, por razones de índole económica, política y científica, los instrumentos internacionales proclaman el envejecimiento activo y saludable[54] durante el mayor tiempo posible, a fin de mantener las funciones vitales e instrumentales, promoviendo la participación activa en lo social, lo político y lo económico. Hoy, la **inclusión** es lo más adecuado, para la sociedad -existe un grave problema en el mantenimiento económico de la población inactiva en la producción de bienes y servicios- y para los ancianos -ya que repercute en una mayor calidad de vida al envejecer. En la actualidad, se aconseja pensar las políticas a tomar con respecto al bienestar de los ancianos en base a los derechos y a una ética de la responsabilidad. Por ejemplo, en las recomendaciones internacionales encontramos las instituciones de la *preparación para la jubilación*[55] y la

[54] V. **CASEY, Bernard** (Senior research fellow - London School of Economics - United Kingdom)*; Why are the older not more "active"?*, 4th Internacional Research Conference on Social Security "Social Security in a long life society", Antwerp, 5-7 May 2003; **ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**; *Envejecimiento y vida productiva: Protección Social y Sostenibilidad*, Madrid 8-12 abril, 2002 (una contribución de la Asociación Internacional de la Seguridad Social a la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento); **OMS - PROGRAMA SOBRE ENVEJECIMIENTO Y SALUD**, *Envejecimiento saludable. El envejecimiento y la actividad física en la vida diaria*, trad. Guiomar Manso de Zúñiga Spottorno (2002), Ginebra (Suiza), OMS, 1998; **SEMINARIO INTERNACIONAL CAMINO A MADRID + 5**; *Experiencias de iniciativas productivas para adultos mayores: una respuesta a la generación de ingresos*, Santiago de Chile, 19-20 Abril, 2007; **DEPARTAMENTO DE SALUD Y SERVICIOS HUMANOS - INSTITUTOS NACIONALES DE SALUD - INSTITUTO NACIONAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO***, El ejercicio y su salud. Su guía personal para mantenerse sano y fuerte*, EEUU, 2001; **PROGRAMA DE ENVEJECIMIENTO Y CICLO VITAL (OMS);** *Envejecimiento activo*..., ob. cit. **ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD- Oficina Regional de la OMS**; Actividad física para un envejecimiento activo - Guía regional par la Promoción de la Actividad Física, Washington, PAHO-OMS, 2002; **RIERA, Josep María;** *Contra la tercera edad. Por una sociedad para todas las edades,* Barcelona, Icaria, 2005; **AA.VV.;** *Todos entran. Propuesta para sociedades incluyentes,* Santa Fe de Bogotá (Colombia), Santillana,1998.

[55] V. **MORAGAS MORAGAS, Ricardo**; "Preparación para la jubilación en Europa" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991, págs. 273 y ss; **RAMIREZ IZQUIERDO, Florián;** "La cultura del ocio en la jubilación. Socialización, formación y tiempo libre. Programas de vacaciones para la Tercera Edad" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991, págs. 383 y ss; **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982. Recomendaciones generales en materia de política. Punto 31 (e) *Puesto que la mayoría de las personas pueden prever sobrevivir a la edad de su jubilación un número considerable de años, la* ***"preparación para la jubilación"*** *no debe ya concebirse como una adaptación hecha a último momento, sino que debe proponerse como consideración para toda*

organización de un *sistema integral de cuidados*[56], las cuales redimensionan las anteriores. La jubilación y los asilos (hoy, residencias para ancianos) ahora

---

la vida a partir de la edad adulta tanto a los individuos en beneficio propio como a los formuladores de políticas, las universidades, las escuelas y los centros de trabajo industrial, los medios de información y la sociedad en general. Esa preparación para la jubilación debe servir de recordatorio de que las políticas relativas al envejecimiento y a las personas de edad responden a un interés comunitario general e importante y no consisten solamente en prestar servicios a una minoría vulnerable. Por esta razón es necesaria una política general de prevención. **PLAN DE ACCIÓN MADRID**, 2002. Cuestión 2: El empleo y el envejecimiento de la fuerza de trabajo. Punto 28 (h) *Promover, según proceda, un* ***nuevo enfoque de la jubilación*** *que tenga en cuenta las necesidades del empleado, así como las del empleador, en particular aplicando el principio de las políticas y prácticas de* ***jubilación flexible*** *al tiempo que se protegen los derechos adquiridos a la pensión. Entre las posibles medidas para lograr este objetivo figuran reducir los incentivos y las presiones para una jubilación anticipada y eliminar los desincentivos para trabajar después de la edad de jubilación.* **INSERSO;** *Preparación para la jubilación (Jornadas Internacionales - 26 y 27 de noviembre 1990, Palma de Mallorca),* Madrid, UDP, 1992 **;** *El ocio en la tercera edad: programa de vacaciones,* 1° ed., Madrid, Inserso,1989.

[56] V. **GUILLEMARD, Anne Marie**, *Análisis Comparativo de las Políticas de vejez en Europa*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, 1992, pág. 35 y ss; **PLAN DE ACCION DE VIENA**, 1982 Recomendación 10 *Será preciso desarrollar al máximo en la comunidad los servicios sanitarios y conexos. Estos servicios deberán abarcar una* ***amplia gama de servicios ambulatorios****, como centros asistenciales diurnos dispensarios, hospitales diurnos atención médica y de enfermería y ayuda doméstica. Deberán brindarse siempre servicios de urgencia. El cuidado en instituciones deberá corresponder siempre a las necesidades de las personas de edad. Deberá evitarse el uso inadecuado de camas en las instalaciones destinadas al cuidado de la salud. En especial, las personas mentalmente sanas no deberán internarse en hospitales mentales. Deben prestarse servicios de examen y asesoramiento médico en clínicas geriátricas, centros e salud o locales de la comunidad donde se reúnan personas de edad. Se debe contar con la infraestructura sanitaria necesaria, así como el debido personal especializado que pueda llevar a la práctica una* ***asistencia geriátrica integral y completa****. En el caso de atención institucional,* ***deberá evitarse la alienación del senescente de la sociedad provocada por su aislamiento****, entre otras formas, alentando más la participación de miembros de al familia y de voluntarios.* Recomendación 34 *Dondequiera que sea* ***necesario o inevitable*** *proporcionar diferentes formas de atención en* ***instituciones*** *para los ancianos se deberá hacer todo lo posible para asegurar que esas personas gocen de una calidad de vida que corresponda a las condiciones que normalmente se dan en su comunidad y del pleno respeto a su dignidad, sus creencias, sus necesidades, sus intereses y su privacidad; debería estimularse a los Estados* ***a definir los criterios mínimos para asegurar una mejor calidad de la atención institucional****.* ***PLAN DE ACCIÓN DE MADRID****, 2002.* Punto 76 (e) *Promover el establecimiento y la coordinación de una* ***gama completa de servicios de atención continua****, incluidos los de prevención y promoción, atención primaria, cuidados intensivos, rehabilitación, atención de enfermedades crónicas y atención paliativa, de modo que los recursos se puedan desplegar con flexibilidad para atender a las varialbes y cambiantes necesidades de salud de las personas de edad.* Punto 76 (f) *Establecer servicios* ***gerontológicos especializados*** *y perfeccionar la coordinación de sus actividades con los servicios de* ***atención primaria de salud*** *y los servicios de* ***asistencia social.*** Punto 105 (i) *Potenciar, mediante las medidas convenientes, la* ***independencia*** *de las mujeres y hombres de edad y crear condiciones que promuevan su calidad de vida y* ***les permitan trabajar y vivir de forma independiente en su propia comunidad tanto tiempo como sea posible o como ellos deseen****.*

son conformadas como partes de todo un sistema más flexible y saludable de reacomodación del lugar del viejo en la sociedad occidental[57].

Una vez recorrido este camino de saltos históricos para el concepto de anciano y su lugar en la sociedad, empezamos a entender la magnitud de los cambios que encontramos detrás de los nuevos postulados éticos y políticos. Su repercusión en las estructuras jurídicas se produce en forma directa. La estrecha vinculación existente entre el Derecho, la Ética y la Política adquiere una claridad tal en la problemática de la vejez que casi se torna palpable[58]. Entendemos que esta fina sintonía axio-juspolítica aparece como insoslayable a la hora de entender, en toda su extensión, el fenómeno jurídico. En el Derecho de la Ancianidad, una rama en gestación, la vitalidad imbuida por estas disciplinas afines, está en plena ebullición. Sus encuadres, herramientas y soluciones se impregnan de la efervescencia de los nuevos postulados éticos y las nuevas propuestas de los modelos políticos, como veremos seguidamente.

C. Los nuevos desafíos del multigeneracionismo.

Con el fin de comprender el impacto jurídico producido por la tendencia demográfica, es preciso agregar una tercera faceta al problema del envejecimiento global, la **cultural**. Entre las generaciones se produce un fenómeno similar al descripto por el multiculturalismo[59]. Cada generación tiene

[57] V. **CASTELLS, Manuel** y **PEREZ ORTIZ, Lourdes**, con colaboración de **Anne Marie GUILLEMARD**; *Análisis de las Políticas de Vejez en España en el Contexto Europeo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales -Instituto Nacional de Servicios Sociales, INSERSO, 1992, págs. 81 y ss.

[58] V. **GUILLEMARD, A. M.**; *Análisis Comparativo...*, ob. cit., pág. 148 y ss.

[59] Respecto al multiculturalismo puede verse, entre otros: **TAYLOR;** *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1993; **KYMLICKA, Will**; *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías,* 1° ed, trad.

patrones de conducta que pueden llegar a ser muy diferentes. Las pautas culturales internalizadas por los individuos varían en el tiempo, y en una misma familia con miembros que extienden su historia y vivencias hasta los 80 o 90 años para atrás, la probabilidad de desencuentros es alta. El distanciamiento cultural aún es mayor en un siglo XX signado por los cambios vertiginosos. Es así como conviven en una misma familia y sociedad local formas de entender la vida, códigos de convivencia, prácticas discursivas y experiencias políticas diversas, memorias colectivas diferenciables entre si y valores específicos[60]. El juego de concepciones y significaciones culturales, pueden conducir al enriquecimiento mutuo, por el aprendizaje multigeneracional, o lamentablemente, dificultan el diálogo, enrareciéndose la atmósfera hasta, en algunos casos, generar conflictos familiares y comunitarios[61].

En definitiva, el fenómeno del envejecimiento global se despliega en distintas facetas: en lo poblacional[62], en lo económico[63] y en lo cultural. Este

---

Carme Castells Auleda, Buenos Aires, Paidós,1996; **BRIONES, Claudia**; *La alteridad del cuarto mundo*, Buenos Aires, Colihue, 1998; **PRIETO SANCHIS, Luis**; "Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial", en *Doxa*, Nº 15-16, 1994, págs. 367 y ss.; **GEERTZ, Clifford**; *Los usos de la diversidad*, Barcelona, Paidós, 2006; **SARTORI, Giovanni**; *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros***,** Taurus. Madrid, 2001.

[60] 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*, direct Cecilia Grosman, Lexis Nexis, 2008.

[61] V. **RODRIGUEZ CASTEDO, Angel**; "El fenómeno del envejecimiento" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991, págs. 11 y ss; **VINUESA ANGULO, Julio**; *El proceso de envejecimiento de la población en Europa y en España*; en "La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas", Madrid, INSERSO, 1991, págs. 53 y ss.; **BARASH, D. P.**; *El envejecimiento*, trad. Enrique Wulff Alonso, Barcelona, Salvat, 1994; **DE SOUZA MINAYO, María Cecilia**; "Visao antropologica do envelhecimento humano" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 47 y ss.

[62] *Desde el **punto de vista poblacional**, el multigeneracionismo se configura ante: 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 nietos.* V. **DABOVE, M. I**.*; Derecho y multigeneracionismo*...ob.cit., pág. 2.

problema del multigeneracionismo afectará a los modelos juspolíticos. Primero los deja perplejos, y luego los impulsa a la acción. Buscan un modelo adecuado a las nuevas exigencias y necesidades de la población mundial.

Así pues, este panorama muestra que no solo existe mayor cantidad de sujetos, con mayores necesidades, sino que ellas también son diversas. Hay mayor cantidad y distinta cualidad de sujetos entre los cuales distribuir bienes escasos[64]. Para el Derecho, esto no implica tan solo repartir menos entre más, sino que amerita una evaluación del impacto producido en el criterio con el cual se reparte. Es esta problemática, la de la distribución justa, la que opera como nexo vital entre la **Política** y el **Derecho**, entre teorías o modelos políticos y teorías o modelos jurídicos.

En el desarrollo teórico del profesor rosarino **Miguel Angel CIURO CALDANI**[65], el Derecho es una de las ramas de la Política, la Política Jurídica. Es aquella que persigue principalmente el **valor justicia**. Mientras que, por ejemplo, la Política Científica lo hace con la verdad, la Política Sanitaria con la salud y la Política Económica con la utilidad, sin descuidar ninguna el valor

---

[63] *En el **plano económico**, el multigeneracionismo se desenvuelve como un proceso de creciente dependencia. 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.* V. **DABOVE, M. I**.*; Derecho y multigeneracionismo*...ob.cit., pág. 3.

[64] V. **GUILLEMARD, Anne Marie**, *Análisis Comparativo...,* ob. cit., págs. 163 y ss; **AA.VV.;** *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991; **INSERSO;** *La tercera edad en España: necesidades y demandas. Un análisis de la encuesta sobre necesidades sociales y familiares de la tercera edad***,** Madrid, Inserso, 1991.; **IACUB, Ricardo**; *Proyectar la vida. El desafío de los mayores*, Buenos aires, Manantial, 2001

[65] V. **CIURO CALDANI, Miguel Ange**l; *Derecho y Política. El continente político del Derecho. Elementos básicos de una Filosofía Política Trialista,* Buenos Aires, Depalma, 1976; *Estudios de Filosofía jurídica y política I,* Rosario, FIJ, 1982*; Estudios de Filosofía jurídica y política II,* Rosario, FIJ, 1984; También se puede ver **BORON, Atilio A.** (compág.); *Teoría y filosofía política. La tradición clásica y las nuevas fronteras,* 2° ed, Buenos Aires, Clacso-Eudeba, 2001. **DABOVE, María Isolina**.; "Conexiones entre Política y Derecho: hacia una teoría del uso de las fuentes formales en la elaboración de normas" en *Investigación y Docencia*, Nº 34, Rosario, FIJ, 2001, págs. 67 y ss.

convivencia, faro que guía a la Política en general[66]. Por lo que gracias a la cohabitación de la justicia en ambas disciplinas, es posible crear un puente entre el Derecho (Política jurídica) y la Política en general. La justicia, materia prácticamente apartada del abordaje sistemático de la Ciencia Jurídica desde principios del siglo XIX, debido al imperio del positivismo jurídico y posturas antimetafísicas, encontró un aliciente en 1971. El ámbito jusfilosófico se vió reactivado sobre el particular como consecuencia de laboriosas presentaciones y refutaciones entre los autores de la Filosofía Política, a partir de la *Teoría de la justicia* de **John RAWLS**[67].

Esta teoría contractualista se erguía segura como superadora, tanto de los intuicionismos como de los utilitarismos, mas encontró una pléyade de contradictores. Basada en un Liberalismo igualitario, sus oponentes surgieron de sus propias filas y de teorías más distanciadas. Desde el Liberalismo conservador, **Robert NOZICK** intenta rebatir la afrenta igualitarista con *Anarquía, Estado y Utopía*[68]*;* y desde el contractualismo igualitarista se alzan las voces de **Ronald DWORKIN**[69] y **Amartya SEN**[70]**.** Tampoco faltaron agudas críticas desde el **MARXISMO ANALÍTICO**[71], el **COMUNITARISMO**[72],

[66]V. **CIURO CALDANI, M. A.**; *Derecho y Política...,* ob. cit. pág. 30 y ss.

[67] V. **RAWLS, John**; *Teoría de la justicia*, 2° ed, 4° reimpr, trad. María Dolores González México, Fondo de Cultura Económica, 1995. **GOMEZ ADANERO, M.; GÓMEZ GARCÍA, J. A. y otros**; *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica Jurídica*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2006, pág. 89 y ss.

[68] V. **NOZICK, Robert;** *Anarquía, Estado y utopía*, 1° ed, 1° reimpr, trad. Rolando Tamayo, Buenos Aires, Fondo de Cultura Economica, 1990.

[69] V.**DWORKIN, Ronald**, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Edit. Ariel, Barcelona, 1999; *El imperio de la justicia*, 2° ed, trad. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992.

[70] V. **SEN, Amartya**; *Equality of what?*, Tanner Lectures on Human Values, en S. Mc Murrin (compág.), Cambridge, Cambridge University Press, 1980; **NUSSBAUM, Martha C**.; *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* 1°ed, trad. Ramón Vilá Venis (Caps. I-IV) y Albino Santos Mosquera (Caps. V-VII), Buenos Aires, Paidós, 2007.

[71] V. **GARGARELLA, Roberto;** *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política,* Barcelona, Paidós, 1999; pág. 101

[72] V. **WALZER, Michael**; *Las esferas de la justicia*, 2° ed, 1° reimpr, trad. H. Rubio, México, Fondo de Cultura Económica, 2001; **KYMLICKA, Will**; *Ciudadanía multicultural. Una teoría*

el **REPUBLICANISMO**[73] y el **FEMINISMO**[74]. Es así, como esta eclosión primaveral engendró nuevos capullos adonde parecía ya un espectáculo de naturaleza muerta[75].

Es posible obtener una descripción simple pero que no escatima profundidad del panorama actual, siguiendo los trazos de la pluma de **Diego GRACIA**[76]. En la actualidad, nos encontramos con teorías, que habiendo nacido en distintas épocas históricas, hoy subsisten con mayor o menor brío. En un primer alumbramiento, el catedrático sitúa a las teorías que entienden la justicia como ***proporcionalidad natural***, entre las que ubica a los griegos antiguos PLATÓN y ARISTÓTELES, y a los católicos medievales SAN AGUSTÍN[77] y SANTO TOMÁS DE AQUINO.

En segundo lugar, hace su aparición la modernidad de J. BODIN, T. HOBBES y B. ESPINOZA, adquiriendo las teorías de la justicia una fundamentación en la ***libertad contractual***. Será la obra de John LOCKE la que producirá una intrigante bifurcación, conducente, por un lado, a las *teorías liberales* de la justicia de Adam SMITH y el posmoderno Robert NOZICK, y por

---

liberal de los derechos de las minorías, 1° ed, trad. Carme Castells Auleda, Buenos Aires, Paidós,1996.

[73] V. **GARGARELLA, Roberto;** *Las teorías de la justicia..., ob. cit.,* pág. 161

[74] V. **MACKINNON, Catharine**; *Feminism Unmodified*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

[75] V. **CIURO CALDANI, Miguel Angel;** *Metodología Dikelógica,* 1° ed, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007; **GARGARELLA, Roberto;** *Las teorías de la justicia..., ob. cit.*; **CAMPBELL, Tom**, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, trad. Alvarez, Barcelona, Gedisa, 2002; **BARBAROSCH, Eduardo;** *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea,* 1°, Buenos Aires, La Ley- UBA, 2007. **BARRY, Brian;** *Teorías de la justicia,* trad. Cecilia Hidalgo, Barcelona, Gedisa, 1995.

[76] V. **GRACIA, Diego;** *Fundamentos de Bioética,* 1° ed**,** Madrid, Eudema (Ediciones de la Universidad Complutense, S. A.), 1989.

[77] *San Agustín pertenece cronológicamente a la Edad Antigua (354-430) pero temáticamente a la Edad Media*. V. **CIURO CALDADNI, Miguel Angel**; *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía),* Tomo I, 1° ed, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, pág. 165.

el otro, a las *teorías libertarias* de J. J. ROUSSEAU y J. P. PROUDHON. El autor sitúa la postura de John RAWLS en la órbita del contractualismo, pero con aproximaciones al igualitarismo, bautizándolo como un *Socialismo liberal del bienestar*.

En cuarto lugar, se acomodan las teorías de la justicia paridas por los movimientos sociales del siglo XIX con las ideas revolucionarias de L. BLANC y C. MARX. Estas, conciben la justicia como ***igualdad social***. Y finalmente, los utilitaristas modernos, entre los que se destaca J. S. MILL; los contemporáneos, como por ejemplo J. M. KEYNES, y el posmoderno R. POSNER, fundan la justicia del reparto en la ***utilidad pública***, en la eficiencia del sistema. Este cuadro de situación, nos facilita la toma de conciencia en cuanto a la complejidad reinante en esta área teórica, con importantísimos y, en algunos casos, trágicos resultados prácticos.

Abordando ahora el tema desde su faz ética, el jusfilósofo argentino **Carlos Santiago NINO**[78] haciendo alarde de una gran capacidad explicativa, sugiere una clasificación de las *teorías de la justicia* en tanto *éticas normativas*. Antes de pasar a describirlas propiamente, las enmarca en lo que denomina *teorías metaéticas o de ética analítica*[79]. Con ello, responderá a la pregunta por el significado de lo bueno o lo justo, que luego le permitirá hacer aparecer las posibles respuestas sobre las instituciones, prácticas sociales o acciones que resulten moralmente buenas, correctas o justas, según las diversas teorías de la justicia o éticas normativas. Con ese encuadre, **NINO** agrupa, por un lado, las teorías *teleológicas* -aquellas que privilegian lo bueno sobre lo correcto-, como es el caso de la búsqueda de la perfección del hombre en **SANTO TOMÁS DE AQUINO**, o la felicidad general en el

[78] V. **NINO, Carlos Santiago;** *Introducción al análisis del derecho,* 2° ed ampliada y revisada, 10° reimpr, Buenos Aires, Astrea-Depalma, 2000.

[79] La clasificación de las teorías metaéticas la confecciona entre teorías descriptivas, no descriptivas, otras (más descriptivas que prescriptivas) y los relativismo o escepticismos éticos. V. **NINO, C. S. ;** *Introducción al análisis del derecho*...ob.cit., pág. 355 y ss.

UTILITARISMO; y por otro lado, las teorías *deontológicas o formalistas* -en las que predomina el peso de lo correcto sobre lo bueno-, como sucede en **Emmanuel KANT**, con su reino de los fines, o en **John RAWLS**, al plantear la posición originaria.

Es así, como con este magnífico escenario juspolítico comenzamos un siglo caracterizado por lo múltiple y lo diverso. Este abanico de ofertas de fundamentaciones de los sistemas jurídicos se integran, discrepan, amalgaman y se vuelven a separar en la historia viva de las instituciones jurídicas actuales. Los operadores políticos y jurídicos se nutrirán, a conciencia o no, de estas vertientes revivificadas por la polémica desatada por aquel pensador norteamericano.

Es atinado agregar, que las consideraciones sobre la justicia no es el único puente que vincula al mundo jurídico con el mundo político, contamos también con otro de gran solidez. Esta otra vía, que hermana a la Ciencia Jurídica con la Ciencia Política, se halla en el estudio del **poder**. En el reparto jurídico, como en el político, es imprescindible analizar la potencia y la impotencia de repartidores y destinatarios con el fin de tener una perspectiva real del funcionamiento de las normas y las instituciones. Y entre aquellos adjudicadores y adjudicatarios, existe un personaje, que construido por fuerzas modernas, ha ido variando su capacidad y forma de influir y decidir sobre el destino de las vidas propias y ajenas. El **Estado**, en sus múltiples manifestaciones, encarna en forma de institución jurídica una porción del poder que irá acrecentándose o disminuyendo de acuerdo con las teorías de la Justicia y del Estado que se enarbolen[80].

[80] **TRUYOL Y SERRA, Antonio;** *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado,* Madrid, Revista de Occidente, 1975; **SOLARI, Gioele**; Filosofía del Derecho Privado, Buenos Aires, Depalma, 1946.

Entonces, dado que cada teoría de la justicia se corresponde con una forma de entender el Estado, la atomización axio-juspolítica vigente opera como una reacción en cadena con un desenlace aún incierto. En el desarrollo de esta tesis intentaremos señalar solo algunos pasos que ha seguido este proceso de modificaciones axio-juspolíticas en el ámbito de la ancianidad. Ello nos permitirá evaluar los alcances de los movimientos jurídicos, algunos ya en marcha y otros en forma de proyecciones, que se operan en el sistema argentino desde la nueva rama del Derecho de la Ancianidad.

Las esferas de la justicia, las del poder y el envejecimiento global, se intersecan en el problema del multigeneracionismo. Valiéndonos del instrumento teórico brindado por la descripción del fenómeno, podemos señalar el quiebre que se produjo en las posibilidades de respuesta de los **modelos políticos** anteriores y posteriores a su manifestación. Los gobiernos y organismos internacionales necesitaron replantearse el criterio con el que se repartía a los ancianos, reconsiderando el criterio del reparto justo a la luz (o penumbra) de una condición sociológica y axiológica con nuevos ribetes. Los sistemas juspolíticos actuales, herederos de los dispuestos en el pasado, no logran contener el problema del envejecimiento global. Carecen de una solución adecuada para esta nueva situación poblacional, económica y cultural. Los sistemas se han tornado insostenibles; y como en Octavia[81], la red tiene un límite y ésta ya no resiste.

[81] *Si queréis creerme, bien. Ahora diré cómo es Octavia, ciudad telaraña. Hay un precipicio entre dos montañas abruptas: la ciudad está en el vacío, atada a las dos crestas por cuerdas y cadenas y pasarelas. Uno camina por los travesaños de madera, cuidando de no poner el pie en los intersticios, o se aferra a las mallas de una red de cáñamo. Abajo no hay nada en cientos y cientos de metros: pasa alguna nube; se entrevé más abajo el fondo del despeñadero. Ésta es la base de la ciudad: una red que sirve para pasar y para sostener. Todo lo demás, en vez de alzarse encima, cuelga hacia abajo: escalas de cuerda, hamacas, casas en forma de bolsa, percheros, terrazas como navecillas, odres de agua, piqueras de gas, asadores, cestos colgados de cordeles, montacargas, duchas, trapecios y anillas para juegos, teleféricos, lámparas, tiestos con plantas de follaje colgante. Suspendida en el abismo, la vida de los habitantes de Octavia es menos incierta que en otras ciudades. Saben que la resistencia de la red tiene un límite.* V. **CALVINO, Italo**; *Las ciudades invisibles*, Buenos Aires, Minotauro, 1974.

Como lo señalábamos más arriba, el Estado como repartidor (y destinatario) poderoso, ha ido adecuándose a los corrimientos producidos en las Teorías de la Justicia que subyacen en sus cimientos. En referencia al tratamiento de la vejez, cada forma de organización comunitaria, cada forma de entender el poder estatal, ha engendrado un modelo político particular.

La distribución de bienes entre generaciones, antes de la convivencia multigeneracional, encontró respuestas en el modelo totalitario, el abstencionista y el paternalista. Al **Modelo Totalitario** le corresponde un Estado fuerte o autoritario en el que, con el fin de garantizar la supervivencia del grupo, cada individuo ocupa un lugar y cumple una función específica. El anciano, a cambio de contención afectiva y económica, se ve sometido a un control estricto de su existencia. La respuesta del **Modelo Abstecionista** es la propia de un Estado Liberal en el que hijos y nietos quedan expresamente obligados a prestar alimentos y atención a sus mayores, siendo el socorro público una forma subsidiaria. Por lo que el futuro del anciano dependía de lo que hubiera podido hacer con su vida a lo largo de los años. El **Modelo Paternalista**, en cambio, se gestó en el seno del Estado de Bienestar. Éste, como sabemos[82], operaba sobre principios de asistencia, a través de políticas públicas constitucionalmente asumidas.

[82] Muchas son las interpretaciones que se han elaborado respecto del concepto de Estado de Bienestar o Estado Social, tanto desde el campo filosófico como jurídico, político y económico. Así por ejemplo cabe destacarse la perspectiva de Frosthoff de Wilensky y de Lebeaux. Las teorías de Marshall, Heimann y Keynes. Las de Müller, Offe, O'Connor, y las de Korpi, Ginsburgh y Gough, entre otras. Más allá del análisis puntual de cada una de las posiciones representadas por estos autores, parece interesante observar en el marco de nuestros objetivos de investigación que, como señala el profesor Contreras Peláez, el Estado de Bienestar se origina a consecuencia de un proceso histórico articulado sobre tres ejes. Se considera al individuo un sujeto incapaz de satisfacer por sí solo (o con la ayuda del entorno social más inmediato) sus necesidades básicas. Se advierte la existencia de riesgos nuevos, que no pueden ser afrontados mediante los mecanismos tradicionales de reparación basados en la responsabilidad individual. Así como también comienza a regir la convicción general de que corresponde al Estado la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos un mínimo de bienestar, y se percibe esa obligación como la condición de su legitimidad V. **CONTRERAS PELÁEZ**, **Francisco José**, *Defensa del Estado Social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996, pág. 13. **BENN, S. I.; PETERS, R. S.;** *Los principios sociales y el estado democrático,* 1° ed, Buenos Aires, Eudeba, 1984. **PAREJO ALFONSO, Luciano;** *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa,* 1°, Madrid, Civitas, 1983; **DONZIS, Rubén H. ;** *La caída del imperio. Una óptica sociológica de la crisis, pobreza y medios, del estado de*

Es posible hallar vestigios que den cuenta de este escenario variopinto de modelos juspolíticos en algunas herramientas normativas. El *Código Civil Argentino*, por ejemplo, resguarda en su articulado los postulados del Modelo Abstencionista. Sirva como muestra, la disposición sobre la adjudicación de la carga de alimentar a los parientes, entre ellos a los ascendientes ancianos[83]. El Código Civil, construido sobre ideas liberales, entiende que su destinatario es el varón autónomo, propietario o con posibilidades de serlo. Este artículo es inaplicable para la familia del anciano indigente; como muchas veces tristemente se constata en las Defensorías Judiciales que al aplicar la norma vigente, la única salida consiste en repartir miseria entre más miserables. Es que este artículo, ligeramente modificado para nuestro cometido por la Ley 23.264, no fue pensado para alcanzarlos. En la Argentina de fines del siglo XIX, los ancianos desaventajados en lo económico no tenían otra forma de subsistencia que apelar a la caridad, de las Sociedades de Beneficencia o de Entidades religiosas.

Otro es el cantar, por ejemplo, en el caso de la efímera *Constitución Argentina de 1949.* Ésta encarnaba de forma sublime al Modelo Paternalista, el cual le brindó la máxima jerarquía normativa a los Derechos de la Ancianidad[84]. En tanto el Modelo Totalitario aún se encuentra vivo en muchas

---

bienestar a la reforma del estado, Buenos Aires, Estudio; **DE CARRERAS, Francesc;** *El Estado de Derecho como sistema,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

[83] **CÓDIGO CIVIL ARGENTINO** Artículo 367 *Los parientes por consanguineidad se deben alimentos en el orden siguiente: 1° Los ascendientes y descendientes. Entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado y a igualdad de grados los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos. 2° Los hermanos y medio hermanos. La obligación alimentaria entre los parientes es recíproca*.

[84] **CONSTITUCIÓN NACIONAL 1949** *Capítulo III Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura. Artículo 37 Declárense los siguientes derechos especiales: (...) III De la ancianidad* ***1. Derecho a la Asistencia****: Todo anciano tiene derecho a su protección integral, por cuenta y cargo de su familia. En caso de desamparo, corresponde al Estado proveer dicha protección, ya sea en forma directa, o por medio de Institutos y Fundaciones creadas o que se crearen con ese fin, sin perjuicio de la subrogación del Estado o dichos institutos, para demandar a los familiares remisos y solventes los aportes correspondientes. 2.* ***Derecho a la vivienda:*** *El derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana. 3.* ***Derecho a la alimentación:*** *La alimentación sana, y adecuada a la edad y estado físico de cada uno, debe ser contemplada en forma particular. 4.* ***Derecho al vestido:*** *El vestido decoroso y apropiado al*

prácticas familiares. Por ejemplo, se considera implícita la tarea de cuidadoras de nietos entre las obligaciones de las abuelas jubiladas, o aquellas que nunca lo hicieron por permanecer en sus hogares realizando las tareas domésticas. Muchas veces, de esta forma, el afecto proporcionado hacia ellas puede llegar a confundirse con justa retribución por los servicios prestados.

Aquellos modelos construyeron sus respuestas en circunstancias demográficas distintas a las actuales; hoy, la presencia de tres o cuatro, y hasta cinco generaciones en una misma familia va a forzar la búsqueda de nuevos modelos. A través del estudio de los documentos de las ASAMBLEAS MUNDIALES SOBRE EL ENVEJECIMIENTO y de todo lo producido en su consecuencia, se pueden identificar algunos trazos de otros formatos políticos.

El **Modelo Líquido**[85], abre nuevos caminos pero, guiado por la búsqueda ansiosa de la mayor libertad para el anciano, termina por

---

clima, complementa el derecho anterior. 5. ***Derecho al cuidado de la salud física:*** *El cuidado de la salud física de los ancianos ha de ser preocupación especialísima y permanente. 6.* ***Derecho al cuidado de la salud moral:*** *Debe asegurarse el libre ejercicio de las expansiones espirituales, concordes con la moral y el culto. 7.* ***Derecho al esparcimiento:*** *Ha de reconocerse a la ancianidad el derecho de gozar mesuradamente, de un mínimo de entretenimientos para que pueda sobrellevar con satisfacción sus horas de espera. 8.* ***Derecho al trabajo:*** *Cuando el estado y condiciones lo permitan, la ocupación por medio de la laborterapia productiva ha de ser facilitada, evitándose así la disminución de la personalidad. 9. Derecho a la tranquilidad: Gozar de tranquilidad, libre de angustias y preocupaciones en los años últimos de existencia, es patrimonio del anciano. 10.* ***Derecho al respeto:*** *La ancianidad tiene derecho al respeto y la consideración de sus semejantes.*

[85] *El mundo actual parece organizarse sobre la base de vínculos sociales y familiares cambiantes, desestructurados, livianos y poco comprometidos entre sí. Bauman denominó este fenómeno: "modernidad líquida". Fenómeno caracterizado por el desarrollo de una vida líquida, hecha de tiempos, amores, identidades y comunidades en permanente fluidez.* El modelo líquido de la vejez, *por un lado, se entroniza a la autonomía de la voluntad como enclave del ejercicio de los derechos; se reconoce la necesidad de fortalecer y "empoderar" a los ancianos y se democratizan las relaciones afectivas y patrimoniales. Pero de otro, nuestro tiempo va transformando y con ello, arrasando y diluyendo, valores que antaño encontraban solidez y contención en las familias. En el modelo líquido de responsabilidad jurídica familiar, la solidaridad, el respeto, la justicia y el amor se enfrentan al mismo tiempo con el avance de otros valores, especialmente, el de la utilidad, la belleza y la salud encarnadas en la vida joven*. V. **DABOVE, M. I**.*; Derecho y multigeneracionismo*...ob.cit., pág. 13. También ver: **BAUMAN, Zygmunt**; *Trabajo, consumismo y nuevos pobres,* Barcelona, Gedisa, 2000; *La postmodernidad y sus descontentos*, Madrid, Akal, 2001; *La globalización. Consecuencias humanas,* México, Fondo de Cultura Económica, 1999; *Modernidad líquida,* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999; *La sociedad individualizada,* Madrid, Cátedra, 2001; *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil,* Madrid, Siglo XXI, 2006; *La sociedad*

desprotegerlo. Pues, al adoptar la actitud jurídica propia de un Estado ultraliberal, equipara las condiciones de todos, dejando desamparados a aquellos que requieren mayores cuidados. El **Modelo Comunitarista**[86], si bien tiene en cuenta las distintas variables de la problemática jurídica de la vejez, no logra elaborar un sistema operativo eficaz en todos los sistemas jurídicos en tanto que apela con ahínco a una visión del Estado con preocupaciones sociales, o un Estado Socialista atenuado.

En el *Plan de Acción Internacional de Viena y los Principios de Naciones Unidas sobre el envejecimiento*, la laxitud de sus requerimientos, la falta de precisión en sus repartos y la arbitraria equiparación entre generaciones, es propio del Modelo Líquido. Mientras que el *Plan de Acción de Madrid*, entiendo que es proclive a adoptar la actitud jurídica del Modelo Comunitarista. Mientras que en las ideas ya condensadas en la realidad latinoamericana de la *Estrategia Regional* y la reciente *Declaración de Brasilia,* fruto de 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*, se transparentan elementos de un modelo que **DABOVE** denomina como jusfundamental. Este modelo apela a la construcción de las respuestas a partir de los derechos con

---

sitiada. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica , 2004; *Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos,* trad. Maya y Enrique Aguiluz, México, Fondo de Cultura Económica, 2005; *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, 1º ed., 3º reimpág., trad. Pablo Hermida Lazcano, Buenos Aires, Paidós, 2005; *Identidad,* Buenos Aires, Losada, 2005; *Vida Líquida,* Buenos Aires, Paidós, 2006; *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores, Buenos Aires,* Paidós, 2007; *Vida de consumo*, trad., Mirta Rosenberg y Jaime Arrambide, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007; *Tiempos Líquidos*, Barcelona, Tusquets Editores, 2007.

[86] *En tanto que el modelo comunitarista reconoce la responsabilidad del estado, tanto como la de la sociedad y las familias, frente a los problemas que se derivan del multigeneracionismo poblacional. Apela a la implantación de criterios de acción, concordantes con los parámetros propios de la justicia distributiva. Al tiempo que exige, en suma, que se reconozca a la ancianidad como una problemática específica. Distinta de las otras etapas de la vida, necesitada de un tratamiento jurídico y político desigualitario, para el logro de un derecho justo, en tanto reparto de proporción...* V. **DABOVE, M. I.*;*** *Derecho y multigeneracionismo*...ob.cit., pág. 14).

raigambre constitucional, basados en principios aún débiles pero que buscan introducirse sentando precedentes.

Esto evoca las líneas troncales de la propuesta del Estado Constitucional de Derecho. Con este respaldo de potencia, el **Modelo Jusfundamental** delineado en los últimos instrumentos, va encontrando las posibilidades de un desarrollo jurídico sustentable. Creemos que queda firme esta tendencia en las conclusiones de la Segunda Conferencia Regional al acordar la necesidad de elaborar una *Convención de los Derechos de los Ancianos*, tarea a la que se han abocado diversos organismos de los gobiernos participantes[87].

[87] *Nos comprometemos a realizar las consultas pertinentes con nuestros gobiernos para impulsar la elaboración de una convención sobre los derechos humanos de las personas de edad en el seno de las Naciones Unidas*. (**DECLARACIÓN DE BRASILIA** punto 26) En la Argentina ha asumido tal tarea la Dirección Nacional De Políticas Para Adultos Mayores (DINAPAM) dependiente del Consejo Nacional De Niñez, Adolescencia Y Familia Del Ministerio De Desarrollo Social. La presentación de proyectos de convenciones sobre la materia en las Naciones Unidas para su aprobación, ya tiene historia. *Han existido cuatro iniciativas en relación a una declaración sobre derechos de las personas mayores presentadas formalmente o discutidas como documentos en los organismos de Naciones Unidas y sus respectivos órganos especializados. La **«Declaración de los derechos de las personas mayores»** fue presentada por Argentina en el año 1948. El documento proponía los derechos a la asistencia, a la acomodación, a los alimentos, al vestido, a la salud física y mental, a la salud moral, a la recreación, al trabajo, a la estabilidad y al respeto. Lamentablemente no hubo mayor seguimiento del tema y ni avances posteriores al respecto. En el año 1991, la Federación Internacional de la Vejez y República Dominicana presentaron la **«Declaración sobre los derechos y responsabilidades de las personas de edad»**, la cuál constituyó la base los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de edad adoptada por resolución de la Asamblea General en 1991. En el año 1999, República Dominicana presentó ante la Comisión de Desarrollo Social un proyecto de **«Declaración de Interdependencia»** en la cual se hacía un llamado a promover y respetar los vínculos existentes entre los pueblos a escala internacional como aquellos que unen a los individuos y los grupos a escala microsocial. Por último, en 1999, la American Association of Retired Persons (ARP) de Estados Unidos propuso la **«Carta por una sociedad para todas las edades»** para consideración de las Naciones Unidas a propósito del Año Internacional de las Personas de Edad. Se esperaba que esta iniciativa siguiera el mismo proceso que la propuesta promovida por la Federación Internacional de la Vejez en 1991, sin embargo no prosperó. Ninguno de las propuestas anteriormente identificadas han sido adoptadas, y sólo el proyecto de la Federación Internacional de la Vejez y República Dominicana logró avanzar hacia su constitución final como los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad. Pese al enorme valor de esta resolución, existen dificultades de poner en práctica los Principios, por ser un instrumento de carácter indicativo y no obligatorio.*

D. El modelo jusfundamental: la respuesta incluyente del Estado Constitucional de Derecho.

A fin de comprender el modelo jusfundamental y, consecuentemente, la estructura y funcionamiento del Derecho de la Ancianidad, es preciso tener presente su estrecha vinculación con el Estado Constitucional de Derecho. Luego de la Segunda Guerra Mundial, el formato del ESTADO DE DERECHO sufrió modificaciones trascendentales hasta llegar a reconstruirse, como la Europa de Posguerra, sobre un **ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**[88]. Esto no es absolutamente desconocido en la cultura jurídica occidental, el triunfante EEUU lo venía conduciendo, puertas adentro y con algunos rasgos propios, ya desde 1787.

Si buscamos las causas de este desplazamiento, nos vamos a encontrar, como en todo suceso de envergadura, con una serie de circunstancias concatenadas. Desde un análisis tridimensional se puede decir que este fenómeno complejo ha experimentado modificaciones en sus tres dimensiones jurídicas -sociológica, normológica y axiológica. Éstas, se han

[88] V. el pasaje del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho en **ZAGREBELSKY, Gustavo;** *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia,* 3° ed, Madrid, Trotta, 1999, pág. 65; **GARCÍA FIGUEROA, Alfonso;** *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pág. 59. **FERRAJOLI, Luigi; "**Pasado y futuro del estado de derecho" en *Revista internacional de filosofía política,* Nº 17, UNED, España, 2001, pág. 31 a 45. V. también **PORTANTIERO, Juan Carlos; DE IPOLA, Emilio;** *Estado y sociedad en el pensamiento clásico. Antología conceptual para el análisis comparado,* Buenos Aires, Cántaro, 1987; **DONOLO, Carlo;** *El sueño del buen gobierno. Apología del régimen democrático,* trad. Daelli, Buenos Aires,Nueva Visión, 1994; **RACIMO, Fernando M.;** *Democracia deliberativa. Teoría y crítica.,* 1° ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

afectado unas a otras, y de la retroalimentación mutua, ha germinado este fruto exótico para la cultura jurídica continental del pasado reciente.

Hablamos de cambios *sociológicos* en el peso y distribución del poder, alteraciones *normológicas* en el tipo de instrumentos empleados, y también *axiológicas*, al trocarse la relación que entabla el sistema jurídico y político con los valores. Se pasa de un sistema construido sobre la norma como regla, y en especial la ley elaborada por los legisladores, a un sistema más flexible y abierto. Éste, elabora las decisiones a través de principios, en consonancia con los valores constitucionales, interpretados y aplicados por los jueces, especialmente de los tribunales constitucionales[89].

Al CONSTITUCIONALISMO del siglo XVIII, respaldado en una carta *formal* de derechos como cúspide de la pirámide legal, regresaron los valores con mayor denuedo y sistematicidad. Recordemos que a lo largo del siglo XIX, la ley se va a ir purgando de su origen JUSNATURALISTA RACIONALISTA hasta su completa purificación en la teoría kelseniana del siglo XX[90]. Valga

---

[89] En referencia a los cambios operados, v. por ejemplo, **ALEXY, Robert;** *El concepto y la validez del derecho*, 2° ed, Barcelona, Gedisa, 1997; **CEA EGAÑA, José Luis; "**Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo 1, 2005, pág. 43 a 56; "Aproximación a la teoría constitucional contemporánea" en *Estudios constitucionales* (revista del Centro de Estudios Constitucionales), Santiago de Chile, Nº 1, 2003, pág. 35 a 60; **COMANDUCCI, Paolo; "**Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**"** en *Isonomía*, Nº 16, 2002, pág. 89 a 112; **MORESO, José Juan; "**Comanducci sobre neoconstitucionalismo" en *Isonomía*, Nº 19, 2003, pág. 267 a 282; **POZZOLO, Susana; "**Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional" en *Doxa*, Nº 21, Vol. II, 1998, págs. 339 a 353; **PRIETO SANCHÍS, Luis; "**El constitucionalismo de los derechos" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, Nº 71, 2004, pág. 47 a 72; "Tribunal constitucional y positivismo jurídico" en *Doxa* Nº 23, 2000, pág. 161 a 195; **SASTRE ARIZA, Santiago; "**Sobre el papel de la ciencia jurídica en el estado constitucional" en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Nº 35, Granada (España), Universidad de Granada, 2001, pág. 349 a 355**; DUGUIT, León;** *Las transformaciones del derecho. Público y privado.*, Buenos Aires, Heliasta, 2001; **CANARIS, Claus Wilhem,** *El sistema en la jurisprudencia,* trad. Juan Antonio García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998; **CHAUMET, Mario;** "Neoconstitucionalismo y capacitación judicial" en www.magistrados-santafe.org.ar/rosario/módulos/pdf/.../5.pdf (28/12/2009); "Las escuelas judiciales para el 'Estado constitucional (Un llamado a superar la soledad y el aislamiento judicial)" en www.justiciacordoba.gov.ar (28/12/2009).

[90] V. **KELSEN, Hans;** *Teoría pura del derecho,* 4° ed, 3° reimpr, Buenos Aires, Eudeba, 2004.

como ejemplo de esta senda, las peripecias ensayadas con el artículo 4 del Código Napoleón[91].

El constitucionalista **Ferdinand LASSALLE**,[92] en su brillante obra del siglo XIX, señala con agudeza la coexistencia de "otra" constitución paralela a la formal, la *material*; pero nunca se hubiese podido imaginar el tipo de materialización axiológica a la que harían referencia los constitucionalistas posmodernos[93]. Es que el JUSPOSITIVISMO -gobernante, reinante y profesado por siglo y medio[94]- fue una de las cabezas de la jusfilosofía que rodó conjuntamente con las de los jerarcas del nacionalsocialismo y fascismo en el Juicio de Nuremberg. Los nuevos vientos de cambio fueron recepcionados por la Constitución italiana de 1947 y la alemana del 1949[95]. Luego, la brisa llegará hasta la península ibérica, alojándose en la

[91] *...el Code civil, en su realización, se fue alejando progresivamente de su inspiración original, ilustrada e iusnaturalista, para aproximarse decididamente a la tradición jurídica francesa del Derecho romano común...Si el Código de Napoleón ha sido considerado el comienzo absoluto de una nueva tradición jurídica que sepulta completamente a la anterior, esto es debido a los primeros intérpretes, y no a los redactores del Código: es en efecto a aquéllos, y no a éstos, a quienes se debe la acogida del principio de la omnipotencia del legislador, principio que constituye, como ya se ha dicho otras veces, uno de los dogmas fundamentales del positivismo jurídico*...V. **BOBBIO, Norberto;** *Positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora,* 1° ed, 1° reimpr, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1998*,* pág. 83 y ss .

[92] V. **LASSALLE, Ferdinand**; *¿Qué es una constitución?,* Introducción de Franz Mehring, trad. W. Roces, Buenos Aires, Siglo XX, 1964.

[93]V. **CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel** (coord); *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

[94] V. **FASSÓ, Guido;** *Historia de la Filosofía del derecho. Tomo III: Siglos XIX y XX,* 3° ed, trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1983; **LARENZ, Karl;** *Metodología de la ciencia del derecho,* Barcelona, Ariel, 1994; **CASANOVAS; Pompeu; MORESO, José Juan** (eds.); *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994; **RIDDALL, J.G.;** *Teoría del derecho,* 1° ed**,** trad. TsEdi (Teleservicios Editoriales S.L.), Barcelona, Gedisa, 1999; **HERNANDEZ GIL, Antonio;** *Problemas epistomológicos de la ciencia jurídica,* 2°, Madrid, Civitas, 1981; **ISERN, Mariana**; "Las estructuras de las revoluciones científica en el Derecho. Una aproximación", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 9, 2005/6.

[95] V. **PRIETO SANCHÍS, Luis**; *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1197, pág. 15.

Constitución de 1978, y más tarde, en los países que quedaron por detrás de la cortina de hierro[96].

Como lo señala **ZAGREBELSKY**, no fue posible volver a los JUSNATURALISMOS anteriores, al subjetivista o al critiano-católico[97]. Esto es así, por un lado, debido a la desconfianza generalizada que se respiraba con respecto al Estado hegeliano - en su versión de derecha o de izquierda- y por el otro, a la robusta idea de **democracia**, siempre ligada a la opinabilidad y al contraste entre proyectos. Esto impide la afirmación total y absoluta de cualquier concepción "natural" del derecho. Por lo que los reparos planteados, tanto contra el Juspositivismo como contra el Jusnaturalismo[98], produjeron lógicamente un elemento a mitad de camino.

Esta histórica aproximación de posturas se preparó sobre la base de los derechos fundamentales, soporte en donde anidan los valores supralegales. El nuevo concierto de ideas, que incluye la faz axiológica en el Derecho, será el **JUSPOSITIVISMO INCLUYENTE.**[99] Este cambio de frente

---

[96] V. **ZAGREBELSKY, G.;** *El derecho dúctil...,* ob. cit., pág. 65. En cuanto a la proyección en América Latina y el Caribe v. **CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "**Aportes jusfilosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales de los Estados hispanoamericanos y de su aptitud para la integración" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, T. 2, pág. 725 a 739, 2007.

[97] V. **ZAGREBELSKY, G.;** *El derecho dúctil...,* ob. cit., pág. 66.

[98] La relación del Juspositivismo con los valores es contingente, en tanto que la del Jusnaturalismo es necesaria. V. **WALUCHOW, Wilfrid J.;** *Positivismo jurídico incluyente,* trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 37

[99] Una característica distintiva del **positivismo incluyente** es sostener que las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos -por ejemplo, las leyes- pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas. V. **WALUCHOW, W. J.;** *Positivismo jurídico incluyente...,*ob. cit., pág. 17. También se puede ver: **ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier;** *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación),* Madrid, Dykinson, 1996. **JIMENEZ CANO, Roberto M**; *Una metateoría del Positivismo Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 173 y ss.; **HOERSTER, Norberto**; *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1992; **GOMEZ ADANERO, Mercedes; GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio y otros**; *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica Jurídica*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2006; **CARDINAUX, Nancy; CLÉRICO, Laura; D´AURIA, Anibal** (coord.); *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional,*

no será instantáneo ni unánime, sus detractores le asignan el mote de peligroso híbrido[100]. Buscando las formas de diferenciarse, arriban al **JUSPOSITIVISMO EXCLUYENTE**[101] en dónde se mantiene la expulsión o depuración de los valores en el Derecho. Su línea demarcatoria estará en el test de identificación de las reglas de reconocimiento del sistema. El juspositivismo tradicional, el excluyente, sólo se remite al resultado de un control formal de habilitación del encargado del funcionamiento; mientras que el nuevo juspositivismo, el incluyente, realiza una evaluación doble: una formal y otra material, en tanto que adecuación a los valores constitucionales.

En cuanto a la faz *normativa*, gracias a la labor teórica y práctica de juristas y políticos de la posguerra, el lugar central de las Leyes y Códigos fue ocupado por la Constitución. Los valores implícitos en los derechos humanos fueron rescatados y constitucionalizados a través de los **derechos fundamentales**[102]. Por lo que ahora, serán éstos, positivización de los

---

argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces, Buenos Aires, UBA, 2006.

[100] *...el antipositivismo ha atacado el positivismo mediante el argumento de la injusticia en los momentos de falta de legitimidad y de totalitarismo y mediante el argumento de los principios bajo las situaciones de normalidad, más propicias para el positivismo jurídico. El argumento de la injusticia quiere garantizar un mínimo ético en todo derecho. El argumento de los principios persigue maximizar moralmente todo derecho.* V. **GARCÍA FIGUEROA, Alfonso;** *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pág. 78. También se puede ver: **GARCÍA AMADO, Juan Antonio**; "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconsitucionalismo" en *Teoría del neoconstitucionalismo*, ed. Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2007.

[101] *El positivismo excluyente de Raz, que excluye a la moral de los fundamentos lógica o conceptualmente posibles para la determinación de la existencia o el contenido del derecho válido, no es la única ni la más viable versión del positivismo.* V. **WALUCHOW, W. J.;** *Positivismo jurídico incluyente...*ob. cit. , pág. 17.

[102] V. **ALEXY, Robert;** *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. Garzon Valdes, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; **PRIETO SANCHÍS, Luis;** *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1° ed, Madrid, Debate, 1990; **PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio;** *Derecho y derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; **BOBBIO, Norberto**; *El tiempo de los derechos,* trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Fundación Sistema, 1991; **ALEXY, Robert;** *La institucionalización de la justicia,* trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodriguez, Granada, Comares, 2005; **FERRAJOLI, Luigi;** "Sobre los derechos fundamentales" en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional,* Nº 15, 2006, pág. 113 a 136; **PISARELLO, Gerardo; "**Ferrajoli y los derechos fundamentales" en *Jueces para la democracia*, Nº 41, 2001, pág. 3 a 10;

derechos humanos, los que empuñen el estandarte en lugar de las rígidas normas legales. La vieja subsunción de reglas normativas será desplazada por la ponderación de **principios**[103] más dúctiles, capaces de comprender y dar respuestas a los derechos fundamentales, de textura abierta y en un estado permanente de conflictividad.

En el Estado Constitucional de Derecho, los principios han adquirido un lugar destacado. Esta nueva jerarquización ha traído aparejado ríos de tinta, y se pueden encontrar diversas especulaciones[104]. En la actualidad, esta discusión se continúa al hilo del planteo de tres posiciones principales: la *tesis fuerte de la separación*, la *tesis de la conformidad* -o *negadora de la distinción*- y la *tesis débil*. Entre los primeros cabe mencionar a: **DWORKIN, ALEXY**[105]**, ATIENZA y RUIZ MANERO**. Exponentes de la segunda tesis son: **HERNÁNDEZ MARÍN Y PEREZ LUÑO**. En tanto, entre los últimos se destaca **HART, PRIETO SANCHÍS, BOBBIO, COMANDUCCI, GIANFORMAGGIO, GUASTINI y MORESO**[106].

Con este nuevo panorama valorativo y normativo, la tarea del **juzgador** se topará con inusuales dificultades. La inclusión de los valores constitucionales positivizados en los derechos fundamentales y ponderados

---

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J. ; *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos,* 1° ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

[103] V. **PRIETO SANCHÍS, Luis; "**Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial" en *Neoconstitucionalismo(s),* ed. Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, Ed. Trotta, Madrid, España, 2003.pág.123 a 158.

[104] V. **VIGO, Rodolfo L.;** *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial,* Buenos Aires, Depalma, 2000, **GUASTINI, Riccardo;** *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho,* trad. Jordi Ferrer i Beltrán, 1° ed, Barcelona, Gedisa, 1999, **ZAGREBELSKY, Gustavo;** *El derecho dúctil...,* ob. cit., pág. 109; **COMANDUCCI, Paolo;** *Principios jurídicos e indeterminación del derecho* en "Doxa", Nº 21, 1998, Vol. II, pág. 89 a 104; **PRIETO SANCHIS, Luis;** *Apuntes de Teoría del Derecho,* 2° ed, Madrid, Trotta, 2007.

[105] **ATIENZA, Manuel**; "Entrevista a Robert Alexy" en *Doxa*, N° 24, Universidad de Alicante, 1989.

[106] **DABOVE, M. I.; NAWOJCZYK, E.; BARBERO, D. O.;** *Werner Goldschmidt y Robert Alexy...*ob. cit., pág. 57.

por medio de principios, se ve reflejada en la decisión de los casos. Los datos de la demandante y vertiginosa *realidad social*, le exigirán al magistrado una mayor carga argumentativa[107]; la cual será proporcional a la **dificultad** presente en los **casos[108]**.

La normal tensión entre el autor y el encargado del funcionamiento de la norma, en un contexto de superabundancia normativa y pérdida de eficacia y legitimación del Derecho, produce la inclinación de la balanza hacia el platillo del decisor final de la disputa, el juez. Mientras que la figura del legislador se empequeñece por los dardos venenosos de la triple crisis del derecho -crisis de su racionalidad interna, crisis de su racionalidad objetiva y crisis de legitimación[109]- la del juez, busca redefinirse.

---

[107] Bajo el presupuesto de la triple crisis de racionalidad del derecho, constituye no sólo una tendencia doctrinal, sino una exigencia política el desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica que colme en la medida de lo posible los vacíos de racionalidad que emergen en el derecho cuando sus propias bases son puestas en duda. V. **GARCÍA FIGUEROA, Alfonso;** *Principios y positivismo jurídico...ob. cit.,* pág. 80. Por lo que nos encontramos en una etapa de reflorecimiento de las teorías de la argumentación, propias de los sofistas del siglo V aC, luego de la extinción progresiva de los tratados de retórica a fines del siglo XIX. V. **BARTHES, Roland**; Investigaciones retóricas I. La antigua retórica. Ayudamemoria, trad. Beatriz Dorriots, Barcelona, Ediciones Buenos Aires, 1982; Ver por ejemplo, **PERELMAN,Ch.; OLBRECHTS TYTECA, L.;** *Tratado de la argumentación. La Nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1990.

[108] V. **CHAUMET, Mario E**.; "Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles" en *Cartapacio*, Vol. 4, Azúl, 2003; **MEROI, Andrea; *"Iura novit curia y decisión imparcial"*** en *Ius et Praxis*, vol. 13, Nº 2, 2007, pág. 379 a 390; **ZAGREBELSKY, Gustavo**; "El juez constitucional en el siglo XXI" en *Boletín Electrónico de las Casas de la Cultura Jurídica,* Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos, Año 2, No. 3, México, 2008, pág. 9 a 19.

[109] Según el discurso de los no positivistas, se ha instalado una cierta inestabilidad en el sistema de las complejas sociedades modernas. Existe un déficit de racionalidad que perdura en los sistemas jurídicos actuales que requieren del reconocimiento de ciertos principios morales y políticos. En una sociedad tradicional la superación del déficit de racionalidad, se operaba enteramente a través de una fundamentación metafísica del ejercicio del poder; pero en una sociedad postmetafísica esto no es posible. La racionalidad comunicativa guía al sistema, produciendo la desconfianza de los ciudadanos hacia la política e incluso la **crisis del derecho, que adopta tres formas:** crisis de la racionalidad interna del derecho, que exige un esfuerzo de la ciencia de la legislación, crisis de la racionalidad objetiva del derecho, que exige mayor eficacia de los órganos de poder, y crisis de la legitimación, que exige igualdad en sentido material y no sólo soluciones adecuadas al derecho legal, reclamando corrección moral. V. **GARCÍA FIGUEROA, Alfonso;** *Principios y positivismo jurídico...ob. cit.,* pág. 80.

En el ya clásico artículo de **Francois OST**[110], se esculpe la efigie de un magistrado, que habiendo oscilado entre una postura jupiteriana y otra herculeana, encuentra su papel actual en la figura de Hermes, el mensajero de los dioses. *Siempre en movimiento, Hermes está a la vez, en el cielo, sobre la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Dios de los mercaderes, preside los intercambios, psicopompo, conecta los vivos y los muertos**,** dios de los navegantes, supera travesías desconocidas. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados.*[111]

En definitiva, en el Estado Constitucional de Derecho, enmarcado en el Juspositivimo Incluyente que apela a principios, se podría decir, que más que una norma de cierre, hoy existe un hombre de cierre. Y ese lugar central, lo ocupa el juez constitucional. **Ricardo LORENZZETTI** entiende que, llamado a decidir las complejidades del caso y del sistema, el juez requiere interpretar la realidad social asiendo una concepción del Derecho y de sistema jurídico. Serán los paradigmas[112], entonces, los que guiarán la decisión en el enjambre superpuesto, contradictorio y atiborrado de normas legales vigentes en un Estado con una tensión axiológica cambiante por los devenires democráticos.

De todo lo anterior se deriva, que en el Estado Constitucional de Derecho, el material vertido en la Constitución provoca el movimiento del

---

[110] V. **OST; Francois; *"Júpiter, Hercules, Hermes. Tres modelos de juez y de derecho",*** en *Doxa*, N° 14, 1993; V.**CHAUMET, Mario E.; MEROI, Andrea A.;** "¿Es el Derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado constitucional, principios y reglas, iura novit curiæ y garantía del contradictorio)" en *La Ley*, 18/06/2008.

[111] V. **OST; Francois; "***Júpiter, Hercules, Hermes...",* ob. cit, pág. 4.

[112] V. **LORENZETTI, Ricardo Luis**; *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos del Derecho, 1° ed,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 277 y ss Identifica seis paradigmas: el paradigma de acceso a los bienes jurídicos primarios, el paradigma protectorio, el paradigma colectivo, el paradigma consecuencialista, el paradigma del Estado de Derecho Constitucional y el paradigma ambiental.

sistema en todo su conjunto, creando Derecho a partir de los valores contenidos en los derechos fundamentales. Gracias al diálogo entablado con los valores y a su virtualidad de construir derechos fundamentales a partir de las necesidades básicas consensuadas, el **Modelo Jusfundamental de la ancianidad**, exhibe una capacidad de respuesta superior a los otros.

Sobre estas bases se construye el **Derecho de la Ancianidad**. Es así como éste ha podido captar las exigencias valorativas de una Nueva Etica de la Ancianidad y dar respuestas a los derechos de los ancianos, sin desconocer los problemas jurídicos derivados de su origen vinculado al proceso de especificación de los derechos humanos.

El Derecho de la Ancianidad en la Argentina experimenta este proceso de desarrollo transversal, a partir de su inclusión en el **artículo 75 incisos 23** de la Carta Magna. Esta rama jurídica en gestación experimenta los desajustes propios del cambio como ocurre en todo el Derecho, pero con estructuras preparadas para el cimbronazo axiopolitico. Corre la suerte de las ramificaciones más jóvenes[113], y aquéllas más próximas a la esfera constitucional. Es su elasticidad la que le permite absorber los embates de la convulsión ético-política con nuevas herramientas. Esto se traducirá en una contextura particular, con posibilidades y desafíos específicos.

En definitiva, las herramientas del **Derecho de la Ancianidad**, no hacen más que dar una respuesta técnico-científica a las exigencias valorativas y las necesidades de los ancianos señaladas por el **Modelo**

[113] Están apareciendo nuevas ramas del Derecho como por ejemplo, el Derecho de la Educación, el Derecho de la Ciencia, el Derecho de la Informática, el Derecho del Arte, el Derecho de la Salud, el Bioderecho, el Derecho de la Integración, el Derecho de la Cultura, el Derecho del Niño. Al respecto ver las comunicaciones presentadas a las "Jornadas de Teoría General del Derecho, Nuevas Fronteras de la Juricidad", Facultad de Derecho, UNR, 1995. Un resumen de las disertaciones puede hallarse en el *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 21, Rosario, Fundación para las Investigaciones jurídicas, 1996, págs. 91 y ss. Asimismo, **CIURO CALDANI, Miguel Angel**; *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia),* Rosario, FIJ, 2003.

Jusfundamental de la ancianidad. Y a su vez, a través de la reclamación de una serie de derechos fundamentales que le son atinentes a la problemática de la ancianidad, se busca dar cumplimiento efectivo a los postulados del **nuevo paradigma inclusivo de la vejez.**

En la *Estrategia regional*, el instrumento más próximo a la problemática latinoamericana, podemos ver cómo las pinceladas del paradigma van a ir buscando mecanismos adecuados con el fin de tornarse operativos. En este instrumento, sobre la base explícita de un ya constituido paradigma inclusivo[114], se apela a los elementos del Modelo Jusfundamental[115] para

---

[114] *8. Asimismo, establece orientaciones generales que fundamentan las metas, objetivos y acciones propuestas, entre ellas: a) El **envejecimiento activo**, entendido como el proceso de optimizar las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas mayores, fomenta la autoestima y la dignidad de las personas y el ejercicio pleno de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales. b) El **protagonismo de las personas mayores en el logro de su bienestar económico** supone una plena integración en el mundo laboral y el acceso a oportunidades de formación y educación continua que les permita disminuir brechas generacionales y de género. c) Una de las principales características del grupo de personas mayores es su **heterogeneidad**, determinada por diferencias de edad, género, nivel socioeconómico, etnia, condición migratoria o de desplazamiento, residencia urbana o rural, entre otras. d) Es necesario adoptar un **enfoque de ciclo de vida** y de visión prosperctiva de largo plazo, fin de entender que el envejecimiento es un proceso que se desarrolla a lo largo de toda la vida y, por lo tanto, exige considerar el efecto en la vejez de las acciones realizadas en etapas precedentes. e) La **solidaridad intergeneracional** es un valor fundamental para guiar las acciones dirigidas a las personas mayores. Se trata de avanzar hacia la construcción de una actitud de respeto, apoyo, estimulación e intercambio entre generaciones. f) La incorporación de la cuestión del envejecimiento en el **desarrollo integral** y en las políticas públicas, con la consecuente reasignación de recursos entre las generaciones, es parte de los ajustes necesarios para dar respuesta a los problemas de las sociedades demográficamente más envejecidas. En éstas se requiere un nuevo contrato social en que participe el conjunto de la sociedad, con miras a lograr la erradicación de la pobreza y una mejor calidad de vida para las personas mayores de la región.* **ESTRATEGIA REGIONAL DE IMPLEMENTACIÓN PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE DEL PLAN DE ACCIÓN INTERNACIONAL DE MADRID**, Santiago de Chile, CEPAL, 2003.

[115] *Se establece como meta general: A. **Protección de los derechos humanos** de las personas mayores y creación de las condiciones de seguridad económica, de participación social y de educación que promuevan la **satisfacción de las necesidades básicas** de las personas mayores y su **plena inclusión** en la sociedad y el desarrollo. 16. Objetivo 1: Promover los derechos humanos de las personas mayores; 46.g) Promover la inclusión, en los entes gubernamentales de derechos humanos, de un capítulo específico de derechos humanos de las personas mayores.; 32.f) Formular políticas en que se definan los cuidados que necesitan las personas mayores y los mecanismos de acceso a ellos. ; 35.a) Implementar las disposiciones legales para la apertura y el funcionamiento de los centros residenciales y la vigilancia de las condiciones de vida, derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores que residen en ellos.* **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003.

bosquejar los primeros trazos de un mecanismo apropiado de ejecución, de acuerdo a las realidades propias de cada región[116].

E. Algunas conclusiones.

El mayor número de ancianos existentes en la actualidad, en comparación con los nacimientos y la cantidad de adultos jóvenes activos -económica, política y socialmente, ha dado origen al **problema científico-tecnológico del envejecimiento global.** Esta lectura se efectúa desde la perspectiva del Desarrollo. Esta teoría sostenida por las NACIONES UNIDAS plantea un problema que requiere soluciones. Con el fin de enfrentar esta situación en forma resolutiva, los expertos han arriesgado como solución, el reemplazo del **concepto de ancianidad** y del **lugar asignado a los ancianos en la organización social**.

Es importante tener presente que a lo largo de la historia, no ha existido una forma homogénea en cuanto al tratamiento del ser humano anciano. Y en los últimos dos siglos, el concepto de ancianidad, y consecuentemente, el lugar ocupado por el anciano en la sociedad, ha rotado. Al día de hoy, nos encontramos en una posición diametralmente opuesta a la mantenida en el *siglo XIX y principios del XX*. En aquel entonces, la **exclusión** resultaba lo más adecuado, para la sociedad, ya que se reemplazaba la fuerza de trabajo, y para el viejo, al ser destinatario de un descanso merecido lejos de las preocupaciones de la vida cotidiana. Es así, como la Política se valió de los conocimientos de la Geriatría y de una ética paternalista-asistencialista para

[116] *Se establece la siguiente meta general: D. Se alienta a cada país de la región a impulsar las acciones necesarias para **lograr la plena ejecución** de esta Estrategia y establecer los mecanismos para su aplicación, seguimiento, evaluación y revisión, **de acuerdo con sus propias realidades**.* **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003.

producir instituciones jurídicas de aislamiento tales como *la jubilación y los asilos*.

Mas a *fines del siglo XX y principios del XXI*, se modificó la óptica ubicándose en una postura distinta. Por razones de índole económica, política y científica, la **inclusión** es lo más adecuado, para la sociedad -existe un grave problema en el mantenimiento económico de la población inactiva en la producción de bienes y servicios- y para los ancianos -ya que repercute en una mayor calidad de vida al envejecer. En la actualidad, se aconseja pensar las políticas a tomar con respecto al bienestar de los ancianos en base a los derechos y una ética del cuidado responsable. Por ejemplo, en las recomendaciones internacionales encontramos las instituciones de la *preparación para la jubilación* y la organización de un *sistema integral de cuidados*, las cuales completan las anteriores de la jubilación y los asilos (hoy, residencias para ancianos).

Este tratamiento de la vejez, es parte de todo un sistema más flexible y "saludable" de reacomodación del lugar del viejo en la sociedad occidental, que alineado tras los postulados de la Gerontología, fueron absorbidos por las NACIONES UNIDAS a través de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Este recorrido condujo a una **Nueva Ética de la Ancianidad** que, ante desajustes por su fuente multidisciplinar, encontró un referente común en la **Bioética**.

Y a su vez, este cambio ético halló eco en el plano político. Los conceptos decimonónicos de igualdad y justicia social ahora se instrumentan en los **derechos humanos**, y la problemática económica en torno a la vejez presiona la implementación de acciones dinámicas sobre el particular. Las NACIONES UNIDAS, institución de la política internacional de Posguerras, ha abordado el tratamiento de la vejez como área de estudio desde 1948. Lo ha hecho, en forma *indirecta*, a través de la investigación y la elaboración de

propuestas de acción desde sus diversos organismos, y más adelante, en forma *directa*, en las ASAMBLEAS MUNDIALES SOBRE EL ENVEJECIMIENTO, en Viena (1982) y Madrid (2002).

Las novedosas ideas se fueron condensando, hasta consolidarse en un **nuevo paradigma de la vejez y del envejecimiento** en el PLAN DE ACCIÓN INTERNACIONAL aprobado en MADRID en el 2002. A partir de ahí, los países disponen de una serie de nuevos postulados ético-políticos para encarar el problema del envejecimiento poblacional. Es esta perspectiva inclusiva la que se va permeando, cada vez más, en los marcos legales que se crean o modifican.

Mas, a fin de comprender el **impacto jurídico** producido por la tendencia demográfica, y las ideas ético-políticas que se receptaron consecuentemente, es preciso agregar una tercera faceta al problema del envejecimiento global, la cultural. Éste se despliega, entonces, en lo *poblacional,* lo *económico* y lo *cultural*, comprendiéndose como el problema del **multigeneracionismo**. Valiéndonos de este instrumento teórico podemos señalar el quiebre que se ha producido en las posibilidades de respuesta de los **modelos políticos** ante este problema a escala mundial.

La distribución de bienes entre generaciones, antes de la convivencia multigeneracional, encontró respuestas en los modelos totalitario, abstencionista y paternalista. Al **Modelo Totalitario** le corresponde un Estado fuerte o autoritario en el que, con el fin de garantizar la supervivencia del grupo, cada individuo ocupa un lugar y cumple una función específica. El anciano, a cambio de contención afectiva y económica, se ve sometido a un control estricto de su existencia. La respuesta del **Modelo Abstecionista** es la propia de un Estado Liberal en el que hijos y nietos quedan expresamente obligados a prestar alimentos y atención a sus mayores, siendo el socorro público una forma subsidiaria. El **Modelo Paternalista**, en cambio, se gestó

en el seno del Estado de Bienestar, el cual operaba sobre principios de asistencia a través de políticas públicas constitucionalmente asumidas.

Aquellos modelos construyeron sus respuestas en circunstancias demográficas distintas a las actuales. Hoy, la presencia de tres o cuatro, y hasta cinco, generaciones en una misma familia, va a forzar la búsqueda de nuevas soluciones. El **Modelo Líquido**, abre nuevos caminos, pero guiado por la búsqueda ansiosa de la mayor libertad para el anciano, termina por desprotegerlo, al adoptar la actitud jurídica propia de un Estado ultraliberal. El **Modelo Comunitarista**, si bien tiene en cuenta las distintas variables de la problemática jurídica de la vejez, no logra elaborar un sistema operativo eficaz más allá de un Estado con preocupaciones sociales, o un Estado Socialista atenuado. Esto lo podemos llegar a ver reflejado en los instrumentos jurídicos.

En el *Plan de Acción Internacional de Viena y los Principios de Naciones Unidas sobre el envejecimiento*, la laxitud de sus requerimientos, la falta de precisión en sus repartos y la arbitraria equiparación entre generaciones, es propio del **Modelo Líquido**. Mientras que el *Plan de Acción de Madrid*, entiendo que es proclive a adoptar la actitud jurídica del **Modelo Comunitarista**.

En tanto que en las ideas, ya condensadas en la realidad latinoamericana de la *Estrategia Regional* y la reciente *Declaración de Brasilia,* fruto de 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*, se transparentan elementos de un **Modelo Jusfundamental.** Un modelo que apela a la construcción de las respuestas a partir de los derechos con raigambre constitucional, emula la propuesta del Estado Constitucional de Derecho.

Con el fin de comprender el Modelo Jusfundamental y, consecuentemente, la estructura y funcionamiento del Derecho de la Ancianidad - su sistema operativo, es preciso tener presente su estrecha vinculación con el **Estado Constitucional de Derecho,** modelo de Estado construido sobre las ruinas de la Segunda Guerra Mundial. La conmoción axiojuspolítica de la posguerra, operó grandes cambios en el Estado de Derecho, produciendo su pasaje hacia esta tipología estatal.

En ese viraje podemos señalar cambios *sociológicos* en el peso y distribución del poder, alteraciones *normológicas* en el tipo de instrumentos empleados, y también *axiológicas*, al trocarse la relación que entabla el sistema jurídico y político con los valores. Se pasa de un sistema construido sobre la norma como regla, y en especial la ley elaborada por los legisladores, a un sistema más flexible y abierto. Éste, elabora las decisiones a través de principios, en consonancia con los valores constitucionales, interpretados y aplicados por los jueces, especialmente de los tribunales constitucionales.

Es así como los valores implícitos en las múltiples cartas de Derechos Humanos, que se fueron sucediendo progresivamente al avanzar el siglo XX, fueron rescatados y constitucionalizados a través de los **derechos fundamentales**. Por lo que ahora, serán éstos, positivización de los derechos humanos, los que empuñan el estandarte en lugar de las rígidas normas legales. La vieja subsunción de reglas normativas será desplazada por la ponderación de principios, de textura abierta y en estado permanente de conflictividad.

Así, en el Estado Constitucional de Derecho, el material vertido en la Constitución provoca el movimiento del sistema en todo su conjunto, crea Derecho a partir de los valores contenidos en los derechos fundamentales. Por lo que gracias al diálogo que entabla con los valores y a su virtualidad de construir derechos fundamentales a partir de las necesidades básicas

consensuadas, el Modelo Jusfundamental de la Ancianidad, exhibe una capacidad de respuesta superior a los otros.

De esta forma, sobre las bases de este modelo, se fue construyendo un Derecho de la Ancianidad, que ha podido captar las exigencias valorativas de la Nueva Etica de la Ancianidad y dar respuestas a los derechos de los ancianos, sin desconocer los problemas jurídicos derivados del proceso de especificación de los Derechos Humanos. El Derecho de la Ancianidad en la Argentina, experimenta este proceso de desarrollo transversal a partir de su inclusión en el **artículo 75 inciso 23** de la Carta Magna. Por lo que desde allí, se ha venido -lenta y trabajosamente- integrando elementos que colaboran en la tarea de definir los contornos del **derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos**, pilar de esta nueva rama jurídica.

Capítulo II

El modelo jusfundamental referido a la vejez: fuentes y pilares

A. El aporte dilemático de la Bioética

1. De la Gerontología a la Bioética

El nuevo paradigma inclusivo de la ancianidad recibe los beneficios y dificultades de lo multidisciplinar[117]. Es que la Gerontología[118] se ha constituido por medio de diversas disciplinas nucleadas sólo por una temática en común: el viejo, la vejez y el envejecimiento. Será una constante la vinculación, Irá variando el peso e influencia entre lo biológico, lo psicológico y lo social[119], pero su origen y desarrollo ha sido siempre esencialmente desde distintas miradas tecno-científicas[120].

---

[117] Este tipo de abordaje coincide cronológicamente con el surgimiento de los estudios de área que también tienen un abordaje multidisciplinar. V.**TORRES RIVERA**, **Lina M.** (ed.); *Ciencias sociales. Sociedad y cultura contemporáneas,* 2°, México, Thomson Learning, 2001, pág. 17.

[118] Etimológicamente, la palabra Gerontología, procede del término griego geron, gerontos/es o los más viejos o los más notables del pueblo griego; a este término se une el término logos, logia o tratado, grupo de conocedores. Por ello, la gerontología se define como "ciencia que trata de la vejez", y así también se recoge en el diccionario de la **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**.

[119] *Desde la constitución de la International Association of Gerontology -IAG- quedan claramente agrupados e incorporados al marco referencial del pensamiento gerontológico tres campos diferentes, pero con objetivos comunes: el* ***clínico*** *(asistencial), el* ***biológico*** *(investigación tisular, celular y molecular) y el* ***social*** *(cuestiones psico-sociales individuales y colectivas). Hacia la década de 1970 "toma mayor evidencia el interés hacia todas las áreas que se relacionan con el envejecimiento; entonces la gerontología subsume a la geriatría. Los primeros programas de educación en gerontología y de formación de técnicos en ella, tanto en el campo social como en otros, se inician en Estados Unidos, en las universidades de Michigan y Duke, en 1950 y 1955, respectivamente. Si bien Miles, en 1928, había creado un instituto dedicado a investigar el envejecimiento en la Universidad de California, este centro no tuvo en cuenta las tareas docentes*. V. **PAOLA, Jorge P., PENAS, Liliana, FERNÁNDEZ, María del Pilar, PÉREZ, Ofelia, MARTÍNEZ, Laura, DEMARCO, Mónica**; *Construyendo el Trabajo Social con Adultos Mayores. Realidad y análisis de los Centros de Día,* 1°, Buenos Aires, Espacio, 2003, pág. 14 y ss; **MIRANDA, Jesús**; "Aportaciones sociológicas a la gerontología y geriatría" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991, págs. 245 y ss; **CACHIONI, Meire; AGUILAR, Luis Enrique;** "O envolvimento da universidade em relacao ao tema velhice: a palabra de coordenadores de programas" en *Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento*, Vol. I, Porto Alegre, 1999, pág. 237 y ss.

Las tres especialidades gerontológicas fundamentales, la **Bio**gerontología, la **Psico**gerontología y la Gerontología **social**[121], se han ido decantando por el enfoque **interdisciplinar crítico**. Este factor enriquece su mirada y sus posibilidades prácticas, pero dificulta su avance teórico homogéneo. Esto, por ejemplo, se aprecia en la sucesión de enfoques. Se hace referencia a la Gerontología, a la Nueva Gerontología, e incluso, algunos ya hablan de una Postgerontología[122], a medida que se van ajustando y reajustando los enlaces e intercambios entre las disciplinas que la conforman, especificando su objeto de estudio.

A pesar de esta paleta de colores diversos, es incuestionable la existencia de algunas sólidas líneas comunes que guían la investigación básica y aplicada. La Gerontología tiene un doble objetivo. Desde un punto de vista cuantitativo, radica en la prolongación de la vida -dar más años a la vida o retardar la muerte, y desde un punto de vista cualitativo, mejorar la calidad de vida de las personas mayores -dar más vida a los años[123].

En ese marco encontramos conocimientos básicos sobre Biología, Psicología y relaciones sociales. En cuanto a lo **biológico,** se refiere a la investigación sobre los cambios que con la edad y el paso del tiempo se

---

120 Recordemos que el Derecho es una de las últimas disciplinas en arribar al puerto gerontológico. La influencia de la Gerontología en el Derecho ha sido, más bien en forma mediata, ya que todos estos postulados fueron recepcionados en los debates e instrumentos de las Asambleas Mundiales sobre el Envejecimiento (1982-2002) que luego, como ya se señalara, procuran encontrar un asidero jurídico en los países firmantes.

121 Mal llamada, a veces, Sociología de la vejez. V. **PINAZO HERNANDIS, S.; SANCHEZ MATINEZ, M.** (direc.), *Gerontología*..., ob.cit.,pág. 7.

122 V. **IACUB, Ricardo**; "La Postgerontología: hacia un renovado estudio de la gerontología" *en Revista Latinoamericana de Psicología*, volumen 34, 2002, Números 1-2 155-157, Bogotá, Colombia; "Estéticas de la existencia: ¿La vida es bella en la vejez?" en *Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento,* Buenos Aires, Eudeba, 2009, págs. 13-30; **LESSA, Aída; SIRLIN, Claudia; TUZZO, Rosario;** "Aportes de la estrategia a un trabajo interdisciplinario en Gerontología" en *Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, págs. 131-146.

123 V. **DE BEAUVOIR, Simone**; *La vejez*, 1° ed., 1° reimpr., trad. Aurora Benárdez, Barcelona, Gallimard, 1989.

producen en los distintos sistemas biológicos del organismo. En lo **psicológico,** se refiere al estudio de los cambios que el paso del tiempo producen en las funciones de atención, percepción, aprendizaje, memoria, afectividad y personalidad. Y en lo **social,** a la búsqueda de los cambios en los roles sociales, el intercambio y la estructura social, y los emergentes culturales que contribuyen en el crecimiento o declive. En definitiva, este nuevo enfoque de una vieja temática es una reflexión *existencial* -pertenece a lo humano en cuanto tal-; *colectiva* -en los fenómenos demográficos de los dos últimos siglos, envejece también la sociedad y no solo el individuo y, esencialmente *multidisciplinar*[124].

Dado este contexto, la búsqueda de criterios unificadores siempre estuvo presente. Al intentar iluminar la cada vez más extendida práctica profesional desde consideraciones éticas, encontraron inconvenientes para congeniar diversas miradas reduccionistas. Entre psicólogos, sociólogos, economistas, juristas y médicos han evaluado la vida moral del mayor solo en clave de adaptación al entorno o de integración social, de cotización o aportación económica al erario público, o en clave de cesión de voluntad a otros para que administren los últimos años de su vida[125]. Derivado de la superespecialización de las disciplinas, existe el peligro de descomponer al sujeto moral en partes, abordándolo cada una desde una ética profesional especial. Como lo señala **Agustín MORATALLA**, fue necesario buscar como referente común a la **Bioética**, ética de la vida, para captar la complejidad moral de la ancianidad y no correr el riesgo de quedarse sin sujeto moral.

La Bioética es una nueva rama, o nuevo enfoque, de la Ética. Esta disciplina filosófica posibilita la reflexión crítica sobre los valores y principios

[124] V. **LAFOREEST, J**.; *Introducción a la gerontología. El arte de envejecer*, Barcelona, Herder, 1991; **MORAGAS, R.** ; "Gerontología, profesiones, y enfoque interdisciplinario" en *Revista Española de Geritaría y Gerontología*, N° 27, 1992; **STREJILEVICH, Leonardo;** *Gerontología social,* Buenos Aires, Dunken, 2004.

[125] V. **MORATALLA, A. D.**, "Etica y ancianidad...", ob. cit., pág. 67.

que guían nuestras decisiones y comportamientos[126]. En cuanto a la palabra Bioética, se trata de un difundido neologismo acuñado en 1971 por **Van Rensselaer POTTER** en su libro *Bioethics: bridge to the future*[127], en donde acierta al combinar el conocimiento biológico con el de los valores humanos. El término rápidamente ganó prestigio y difusión mediática[128], gracias a su capacidad de sugerir un nuevo foco. Una forma alternativa de reunir a las disciplinas y contar con un nuevo foro.

El objetivo de la Bioética, tal como la "fundaron" el Hastings Center y el Instituto Kennedy, fue animar al debate y el diálogo interdisciplinar entre la Medicina, la Filosofía y la Ética, y supuso una notable renovación de la Ética médica tradicional. La prestigiosa *Encyclopedia of Bioethics*, coordinada por **Warren REICH**[129], la define como *el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y del cuidado sanitario, en cuanto que tal conducta se examina a la luz de los valores y de los principios morales*. En la actualidad, abarca no solo los aspectos tradicionales de la Ética Médica, sino que incluye a la Ética Ambiental, teniendo ingerencia en los debates sobre los derechos de las generaciones futuras y el desarrollo sostenible.

Los avances descomunales de la tecnología de los últimos 50 años, aplicados especialmente en el área de la salud[130], permitieron prolongar la vida por medios artificiales, e intervenir en el curso natural de los procesos

---

[126] V. **AA.VV.;** *Bioética y Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003; **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída**; "Las relaciones entre la bioética y el derecho. Sus repercusiones para la genética humana" en *Genética y Derecho Penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*, coord. Carlos María Romeo Casanoba, 2001, pags. 17-48.

[127] V. **POTTER, Van Rensselaer**; *Bioethics: Bridge to the future*, New Jersey, Prentice Hall, 1971

[128] En 1972 André Hellegers crea el *Instituto Kennedy de Bioética*, en la Universidad Georgetown (en Washington DC), siendo esta la primera vez que una institución académica recurre al nuevo término.

[129] V. **REICH, Warren** (coord); *Encyclopedia of Bioethics*, New York, Free Press, 1978

[130] Se ha ido de la medicalización de la vida a la juridización de la salud y la vida.

biológicos en una medida antes impensada. Estos sucesos, primero, inspiraron sentimientos de: exaltación, júbilo, sorpresa, duda, y hasta, horror. Mas luego, lo emocional cuajó en cuestionamientos éticos especialmente sobre las prácticas tecnológicas en las investigaciones con sujetos humanos. A través de la mirada de la Bioética se cuestionan, así, intervenciones de la ambivalente tecnología de la vida y de la muerte. Y de esta forma, lo que comenzó con planteos críticos hacia la investigación y la práctica médica, se extendió a los problemas de la *vida* y de la *muerte* en forma genérica.

Si nos preguntamos por el origen de esta posmoderna Bio-ética, vamos a encontrar una serie de paradojas creadas por el propio avance de la Medicina y el uso cada vez más extendido de las nuevas tecnologías biomédicas. El progreso científico pensado para el bien de la humanidad, ahora puede conducir a la degradación y eliminación de sus miembros "prescindibles" o "desechables", y en algunos casos, al exterminio. Con este panorama dramático de fondo, se sale al encuentro de una nueva racionalidad ética que pueda hacer frente a las problemáticas producidas por los vertiginosos avances tecnológicos desde un paradigma de revalorización de la persona humana. La búsqueda de un trato respetuoso de la persona es jalonado por la dinámica de los derechos humanos, y en el área específica de la salud, se focaliza en la revalorización del lugar del paciente.

El Código de Nuremberg, elaborado en el calor abrumante de los horrores de la Segunda Guerra Mundial en 1948, ya había advertido sobre los peligros derivados de la investigación experimental con sujetos humanos; mas en los Estados Unidos, no se tomó real conciencia de ello hasta arribar a los años sesenta[131]. La sociedad norteamericana se conmocionó al constatar que esos riesgos también atañían a los sistemas democráticos.

[131] Los Estados Unidos es el lugar de procedencia de la Bioética, aunque luego se globalizara rápidamente, al menos entre los países industrializados.

En 1972, ante el *shockeante* y difundido caso Tuskegee[132], el Congreso de los Estados Unidos establece la *Comisión Nacional para la Protección de los sujetos humanos en el campo de las Ciencias Biomédicas y del Comportamiento*. Y en 1978 la Comisión publica el afamado **INFORME BELMONT**[133]. Ahí se diseñan directrices para la protección de los individuos que participen como sujetos de experimentación en Biomedicina.

Mientras tanto, dentro de las filas del cuerpo médico, la temática ya se había instalado. Se hallaban urgidos por definiciones[134] que les permitieran continuar con las investigaciones en un marco jurídico apacible, y así evitar la constante amenaza judicial. Tal inquietud no fue infundada; en 1975 **Karen Ann Quinlan**[135] entra en coma irreversible y queda en estado vegetativo persistente. Los padres piden la suspensión del respirador artificial para que pueda morir en paz. Tras una denegación judicial, hay un recurso, y el Tribunal Supremo de Nueva Jersey autoriza la desconexión sobre la base del *derecho a una muerte digna y en paz*. Se reconocía por primera vez que la propia tecnología de soporte vital planteaba la cuestión sobre la eticidad de mantener

---

[132] Un estudio hasta entonces secreto, en el que 400 individuos de raza negra habían dejado de ser tratados contra la sífilis (a pesar de que ya existían tratamientos eficaces) con objeto de estudiar la evolución "natural" de la enfermedad.

[133] **INFORME BELMONT** - **Principios éticos y pautas para la protección de los seres humanos en la investigación**, Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, 1979.

[134] Por ejemplo, a partir de 1967, con los primeros trasplantes de corazón, se plantea el problema de cómo definir la muerte clínica. En 1968 la facultad de medicina de la Universidad de Harvard publica un artículo donde plantea el nuevo criterio basado en la muerte cerebral.

[135] En abril de 1975, la joven Karen A. Quinlan (29 de marzo de 1954 - 11 de junio de 1985)comenzó una dieta estricta para poder usar un vestido que había comprado recientemente para lucir en una fiesta. El 15 de abril, no habiendo comido nada, excepto unas rebanadas de pan, en un período de 48 horas, asistió a una fiesta en casa de un amigo. Durante el transcurso de la fiesta, tras consumir una sobredosis alcohol y Valium (un tranquilizante), Quinlan dijo a sus amigos que se sentía mareada, y fue a recostarse en la cama de su amigo. Más tarde fue encontrada por los que asistieron a la fiesta, inconsciente y sin respirar. Sufrió daño cerebral irreversible por experimentar una anoxia prolongada por falla del Sistema Autónomo y carencia respiratoria; fue puesta en un respirador artificial en el hospital. Sin embargo, el daño cerebral era tal que quedó en estado vegetativo. No se precisó la causa de la falla respiratoria, aunque su madre dijo que la suposición del médico fue que se quedó dormida o inconsciente y se ahogó con su propio vómito. Esto pudo haber sucedido por la combinación de alcohol, tranquilizantes y la autoimpuesta privación de comida.

en estado vegetativo a individuos que nunca volverían a tener una vida consciente.

Desde el punto de vista de la relevancia jurídica, también se puede señalar que entre las recomendaciones del Tribunal Supremo se encontraba la de la creación de *Comités de Ética Hospitalarios* capaces de enfrentarse a este tipo de conflictos, apelando a la urgencia y especificidad en la temática. De esta forma, se creaba una especie de foro bioético consensual de prejuzgamiento, que evitaba la congestión de los tribunales en casos de difícil y, a veces, tardía solución. Así, atento a la conformación de los Comités de Etica Hospitalarios, y en consonancia con una inserción interdisciplinaria y laica, se sentaron las nuevas bases de una **racionalidad ética**, distinta a la imperante en los ordenamientos jurídicos vigentes, los códigos profesionales particulares y los patrones religiosos.

En referencia a esta nueva racionalidad, se pueden señalar dos tendencias que se fueron abriendo camino: una tradición **norteamericana**, y otra **continental europea**. La Bioética fue forjada en sus primeros años casi exclusivamente en territorio americano. Allí, aunque algunos de los más importantes bioeticistas eran teólogos o creyentes, enseguida los análisis dejaron de lado la religión, para centrarse en una Bioética laica que pudiera ser operativa en un mundo pluralista. El discurso se sustentaba principalmente en los derechos cívicos, el pluralismo ideológico y se buscaba una estrategia consensual ante un panorama de diversidad cultural. Ello supuso que la Bioética norteamericana hablara un lenguaje de "regulaciones" y "directrices" capaz de enfrentarse a temas complejos. Sin afán de fundamentación común se concentra en los consensos sobre temas concretos, conforme se fueran planteando. Sin embargo, recientemente están tomando consciencia de los límites y aporías de un enfoque demasiado escorado hacia los derechos individuales y se intenta introducir cuestiones de justicia distributiva. Hoy se

busca superar la finalidad de mera armonía, concientes de poseer una dimensión "profética" en el planteo de dudas a ciertos presupuestos no debidamente elaborados en las sociedades avanzadas.

Dentro de esta tradición, uno de los textos más influyentes es el de **T.L. BEAUCHAMP y J.F. CHILDRESS**[136], cuya primera edición data de 1979. Esta obra constituye las bases de la Bioética más difundida, comprendida mayormente por esta corriente anglosajona[137]. Como lo anticipábamos, ésta ha logrado elaborar tres *criterios orientativos* para la resolución de los casos bioéticos: el **principio de autonomía,** el **principio de beneficencia** y el **principio de justicia**.

El principio de respeto por las personas[138] incorpora, al menos dos convicciones éticas. Por un lado, los individuos deberían ser tratados como entes que pueden autorregularse, y por otro, las personas cuya autonomía está

[136] V. **BEAUCHAMP, T.L., J.F. CHILDRESS**; *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Masson, 1999.

[137] *Podrá advertirse sin dificultad que las diferentes concepciones religiosas, filosóficas, antropológicas, éticas y político-jurídicas harán eclosión cuando se trata del abordaje bioético. Variadas son las corrientes de la bioética. Hay, entre otras, bioéticas con tendencias pragmáticas y utilitaristas, que fundamentan sus juicios en balances de perjuicios y beneficios sin aceptar principios o normas universales; bioéticas con aproximaciones kantianas, asentadas sobre imperativos categóricos de la razón práctica, principios de razón autónomos, abstractos, formales y universales; bioéticas críticas, que desde posiciones de izquierda plantean una bioética que sea denuncia de la opresión a que consideran sometidas personas o grupos en relación con su vida sexual y reproductiva. Desde luego que hay también una bioética católica,* la cual expone sucintamente el autor en esta obra. Bajo el título de *Otros "principios" de la bioética enumera un primer principio o principio general (toda persona interviniente en una práctica biomédica, cualquiera que ella sea, debe obrar respetando siempre las exigencias de la ley natural en torno a la vida humana, la salud y la sexualidad.) Principios derivados (1. Dignidad, 2. Defensa de la vida, 3. Relación médico-paciente signada por la empatía y la confianza, 4. Identidad, 5. Justicia) y Principios de resolución ante situaciones de conflicto (1. Principio de lo intrínsecamente malo, 2. Principio del mal menor, 3. Principio de la acción de doble efecto o voluntario indirecto, 4. Proporcionalidad de medios, 5. Objeción de conciencia)*. V. **MORELLI, Mariano G**.; "Los <principios de la Bioética>. Análisis Crítico" en *Libro de comunicaciones de la VII Jornadas Argentinas de Bioética y Jornadas Latinoamericanas de Bioética,* comp P. F. Hooft, E. Chaparro, H. Salvador, Rosario, Suarez, 2001, pág. 319.

[138] Luego traducido como autonomía.

disminuida deben ser objeto de protección. Para el principio de beneficencia[139], se han formulado dos reglas: no hacer daño, y extremar los posibles beneficios, minimizando los posibles riesgos. Mientras que el principio de justicia se refiere a los criterios empleados en la distribución de los riesgos y beneficios, esto es, tratar a los iguales igualitariamente en la asignación de los recursos. En caso de conflictos entre algunos de estos principios, habrá que ver cuál de ellos tiene prioridad, lo que se suele decidir en función de las consecuencias. El principio de beneficencia va unido al de autonomía, matizado por el principio de justicia, para compensar las desigualdades introducidas por los dos anteriores.

Esta concepción sólo se apoya sobre valores ampliamente compartidos culturalmente por la sociedad americana, en cambio, la *tradición europea continental* ha estado más influida por los intentos de fundamentación apelando a principios absolutos. Sobre el imperativo categórico kantiano se generan las obligaciones morales absolutas: la **no maleficencia** y la **justicia,** que regulan el **bien común.** En caso de conflicto, jerárquicamente son superiores al de autonomía, que se refiere al **bien particular** de cada individuo. Según el bioeticista español **Diego GRACIA**, los cuatro principios se ordenan en dos niveles. En el primero se ubican los principios de no maleficencia y justicia. Es una *ética de mínimos*, en el que se nos puede obligar desde fuera, generando deberes negativos transitivos[140]. En el segundo nivel, aparecen la autonomía y la beneficencia. Esta *ética de máximos*, se relaciona con el proyecto vital que cada persona libremente escoge en la búsqueda de la felicidad y de la plasmación de sus propios valores. Una Ética consistente en obligaciones "imperfectas", en tanto que me puedo exigir a mí, mas no puedo imponer a los demás.

De esta forma, la Bioética puede ser un procedimiento fundamentado para tomar decisiones en los ámbitos conflictivos de la Biomedicina. Según el

[139] El *bonum facere,* hacer el bien.

[140] Lo que no se debe hacer a otros.

autor, se basa en buena parte en principios éticos generales y en Declaraciones de Derechos Humanos. Al ser ampliamente compartidos, suministran un marco sólido de referencia para discutir racionalmente la rica casuística que plantean los avances tecnológicos en su interacción con la vida.

En suma, en ambas tradiciones, los interrogantes dilemáticos de la Bioética dan cabida al planteo de un **nuevo Humanismo**, el cual no puede dejar de tener en cuenta al hombre de fin de siglo, simultaneamente acuciado y salvado por la tecnología.

2. De la Bioética a la Ética gerontológica

Las tecnologías aplicadas a la prolongación de la vida y a la calidad de la vida, tuvieron una influencia directa en la vida anciana; y consecuentemente, en el problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo. El aporte de la Bioética le brindó a esta área de estudio el soporte unificador necesario en la práctica gerontológica multidisciplinar; pero a su vez, la profundización en el conocimiento de la condición anciana desafió los fundamentos de la Bioética más difundida[141].

Este enfoque implicó un cambio en la *Ética médica tradicional*. **Diego GRACIA**[142] encuentra en el origen de esa ética profesional una estructura conformada con rasgos artistocráticos, juveniles, saludables y paternalistas.

[141] **IACUB, Ricardo**; "Ética y Demencia" en *El fantasma de la Vejez* , ed. Salvarezza. Buenos Aires, Teckné, 1995; “Historia del discurso psicoanalítico sobre la vejez: la regresión” en *Revista Tiempo el Portal de la Psicogerontología*, N ° 7, Abril, 2001.

[142] V. **GRACIA, D.**; *Fundamentos de Bioética*..., ob. cit., pág. 29 y ss; **CALLAHAN, Daniel**; *Setting limits: medical goals in an aging society*, New York, Simon and Schuster, 1987.

Es **aristocrática**[143], en el doble sentido de la expresión: que se hereda de padres a hijos y que conlleva una lata posición económica y social: Es **juvenil**, en tanto que solo los jóvenes son sujetos éticos. Es **saludable**[144], atento a que sólo los sanos pueden ser buenos. Y su **paternalismo** consiste en que el médico conoce mejor que el paciente lo que es bueno para él.

En la relación médico-paciente, el enfermo debía luchar con el médico en contra de la enfermedad. Si bien el médico ordenaba darle al paciente todo aquello que podía serle grato o apetecible, al paciente no le estaba permitido opinar sobre las cuestiones tocantes al tratamiento médico. El galeno no sólo aconseja sino que también decide en su nombre, ya que la costumbre (la mala costumbre) es causa de enfermedad. Éstos son los elementos básicos que fundamentan el paternalismo en la relación médico-paciente, aunque se pueden señalar algunos matices, entre un paternalismo carismático-persuasivo del *Juramento Hipocrático*[145], y el paternalismo burocrático del *Código de Ética Médica de Thomas Percival* de 1803. Éste último representa los cánones de la Medicina Occidental hasta los primeros planteos bioéticos de mediados del siglo XX.

En Grecia, la Medicina tenía la jerarquía aristocrática del sacerdocio, el médico era considerado como un salvador. Su autoridad le venía dada por su rol mediador entre dioses y hombres que se basaba en una sabiduría curativa. Ejercía un paternalismo moral, no violento, el cual se contrapondrá al

---

[143] *El aristócrata es por naturaleza bueno, y por eso está "más allá del bien y del mal", a diferencia del plebeyo, que siempre estará más acá del bien y del mal, y que por tanto nunca dejará de ser "malo". La aristocracia no es sólo un valor social y político, sino también biológico (sangre azul, salud) y moral. El noble griego vive su rango social como una cualidad inherente a su condición natural. Hay hombres de "buena condición" y otros de "mala condición".* V. **GRACIA, D**.; *Fundamentos de Bioética*..., ob. cit., pág.31.

[144] *La salud es el equilibrio de las cualidades (eukrasía), en tanto que la enfermedad es el predominio (dysjrasía) de una o varias sobre las demás. El desequilibrio, el predominio, es causa de enfermedad, de fealdad y, en último extremo, también de maldad.* V. **PLATÓN**, *Diálogos*, Vol. VI, Madrid, Gredos, 2003

[145] Durante muchos siglos, prácticamente desde el siglo I d.C. hasta el XVIII, se tuvo ante el texto del Juramento Hipocrático una actitud ahistórica y venerativa.

paternalismo configurado en la modernidad. A fin de absorber los cambios propios del liberalismo económico, éste último se constituyó como un paternalismo burocrático, jurídico, que no excluía hasta cierto punto la violencia legal. Es así como la autoridad moral del médico medieval progresivamente fue sustituida por una autoridad legal.

A partir del desarrollo capitalista, el *medicus gratiosus* de la antigüedad y edad media fue reemplazado por el *medicus políticus*, adquiriendo la medicina un estatuto profesional. Ante el panorama de liberalización económica, las profesiones asumieron una estrategia inversa a los oficios. Mientras que éstos se abrían, abandonando la inmutabilidad de las corporaciones medievales, las profesiones empleaban tácticas de cierre y monopolización[146]. Se crean, en consecuencia, cuerpos médicos que deciden qué es la medicina y combaten con denuedo las prácticas que se apartan de la ortodoxia.

Pero en el siglo XX, el liberalismo político anunció su llegada a las cerradas filas del cuerpo médico. En 1962, en Seattle se decidió crear un Comité de legos -desplazando a médicos y a juristas- para decidir qué pacientes se beneficiarían en forma preferente de la entonces reciente máquina de hemodiálisis. La novedad de este hecho estriba precisamente en que las respuestas a intrincados interrogantes sobre la legitimidad de la discriminación tecnosanitaria no recayeran sobre la élite médica ni sobre los paladines de la justicia, sino que una representación de la comunidad tomaría su lugar. Esta situación redimensiona la relación médico-paciente, se incluyen ahora elementos extraños que ponen en **crisis al viejo paternalismo médico**.

---

[146] Siguiendo a Weber, Berlant ha caracterizado al proceso de monopolización: 1) creación de mercaderías, la asistencia médica, 2) quien dice cuándo un servicio es correcto es el monopolio y no el cliente 3) provocación de escasez 4) prohibición de la libre concurrencia 5) restricción del número de miembros 6) eliminación de la competencia externa 7) capacidad de fijar honorarios 8) unificación de precios 9) eliminación de la competencia interna por un reglamento jurídico y 10) desarrollo de la solidaridad y la cooperación dentro del grupo a través de las normas de ética y etiqueta. V. **GRACIA, D**.; *Fundamentos de Bioética*..., ob. cit., pág. 87.

La Bioética norteamericana carcome las bases del paternalismo. Sus postulados se ensamblaron muy bien con la ola de liberalismo político dominante en las elites educadas que reconocían como propio el lenguaje de derechos y libertades individuales en una economía de mercado. La tradición utilitarista centrada en los derechos individuales establece la **preeminencia de la autonomía**. Los conflictos tienden a ser resueltos recurriendo al método del "observador ideal" desarrollado por **John RAWLS** en la *Teoría de la Justicia*, que tiene como presupuesto al sujeto autónomo. Este ser libre puede decidir por sí mismo qué es lo mejor para su vida, y para su salud. Es que si no estuviese velado por el manto de ignorancia, su conciencia podría elegir sin dificultades la mejor acción para encontrar su propio bienestar[147].

Es así como el desafío que plantea la condición anciana a la Bioética se encamina a reconsiderar el drástico tránsito de un paternalismo secular a un individualismo recientemente introducido en la relación médico-paciente. Y, por otro lado, la antigua tradición de asociar anciano con enfermo, concepto arrastrado desde la Grecia antigua, ahora tambalea ante los estudios gerontológicos que presentan a una ancianidad heterogénea. Ésta presenta los modos de envejecer saludablemente, los cuales distan de aquellos de la vejez patológica. Esta disciplina hará hincapié más en los cuidados, en el acompañamiento y en la búsqueda del *confort*, que en el acceso a sofisticados tratamientos de última generación.

---

147 V. **CAMPS, Victoria;** *Historia de la ética,* Tomo 3 "La ética contemporánea", 2° ed, Barcelona, Crítica, 2003, pág. 582; **BUNGE, Mario;** *Ética, ciencia y técnica,* 1° ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1996; **MAINETTI, J. A.;** "Bioética en el umbral del nuevo milenio: el paradigma biético de la medicina" en *Bioética desde América Latina,* Año I, N° 2, UNR, Rosario, 2001; **LOLAS STEPKE, Fernando;** *Bioética y Antropología Médica,* Santiago de Chile, Mediterraneo, 2003; **MACINTYRE, Alasdair;** *Historia de la ética,* trad. Roberto Juan Walton, 1° ed., 6° reimpr., Buenos Aires, Paidós, 1998; **HOOFT P. F.; CHAPARRO, E.; SALVADOR H**.(comp.); *Libro de comunicaciones de la VII Jornadas Argentinas de Bioética y Jornadas Latinoamericanas de Bioética,* Rosario, Suarez, 2001.

En Grecia, la eternidad era entendida como perenne juventud, desde la época arcaica se aprecia una valoración religiosa de la juventud[148]. Este culto a lo lozano se basa en el hecho de la naturalidad del joven. El **niño** no es un ser plenamente "natural", en él aún no ha finalizado el proceso de generación, y el **viejo** tampoco, ya ha comenzado su proceso de corrupción. Tanto a niños como a ancianos hay que verlos como desvalidos e imperfectos, tanto en el cuerpo como en el alma. Son sujetos a los cuales hay que cuidar.

Son paradigmáticos los pensamientos de los grandes filósofos griegos con respecto a la ancianidad. Sócrates, en el diálogo platónico *Carníades*, hace coincidir el concepto de juventud con el de belleza; Platón, considera que los ancianos ya no pueden aprender, mientras que Artistóteles, excluye tanto a niños como a ancianos de la forma más exquisita de la relación humana: la amistad. Ni la infancia ni la vejez son edades propias para la justicia, los niños suelen basar la amistad en el placer, y los ancianos en el interés. Solo en la madurez se dan las condiciones adecuadas al nacimiento de la amistad verdadera[149].

Así, según los cánones de la Medicina Tradicional que asocia la **ancianidad** con la **enfermedad[150]**, no le queda otro camino al anciano que ser paciente de un paternalismo médico. O a lo sumo, merecedor de un paternalismo juvenil. Al decir de Percival, el médico dirá la verdad al enfermo siempre, salvo en aquellos casos de pronóstico infausto, es decir, en las enfermedades graves o mortales. En tales situaciones, se lo comunicará a los parientes y allegados, encargados, a su vez, de trasmitirlo al enfermo. No es

---

[148] V. **JAEGER, Werne**; *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 2°ed., 5° reimpr., trad. Goas, México, Fondo de Cultura Económica, 1980; **KITTO, H.D. F**.; *Los griegos*, 12° ed., trad. D.L. Garasa, Buenos Aires, Eudeba, 1980.

[149] **PLATÓN**; Diálogos, vol. I, Madrid, Gredos, 2003; **ARISTÓTELES**; *Ética a Nicómaco,* Edición bilingüe y trad. M. Araujo y J. Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959

[150] V. **IMBAULT-HUART, Marie-José**; "La viellesse: état pathologique ou ultime equilibrie de vie?" en *Asclepio*, vol. XXXV, 1983, págs. 301 y ss; **KILBER, J. K**.; "Age criteria in medicine" en *Archives International of Medicine*, N° 149 (23), 1989, págs. 43 y ss.

un niño, pero tampoco un ser adulto. Similar a un adolescente, el paciente es capaz para ciertas cosas, pero no para decidir las cuestiones fundamentales de su vida[151].

En cambio, veremos el esfuerzo que imprime la posmoderna Gerontología para remar contracorriente al intentar sostener una **ética saludable de la ancianidad**. Así se escribe de nuevo, contraponiendo lo natural y normal de un envejecimiento saludable con una excepcional, y muchs veces evitable, ancianidad patológica. Éstos postulados éticos redundarán, ni más ni menos que en diferentes situaciones jurídicas para unos y otros.

Si bien la actitud del médico hipocrático es claramente **paternalista,** en el sentido de que considera a los enfermos como incapacitados morales y, por tanto, como personas que no pueden ni deben decidir sobre su propia enfermedad, existe otra faceta. Una faz que quizá conviniera denominar **maternal o maternalista**. Es el exquisito cuidado para hacer soportable, llevadera y hasta grata la enfermedad[152]. La condición anciana, sin excluir las intervenciones curativas, va a profundizar los alcances del servicio del cuidado, reforzando la función maternalista del médico hipocrático. Reevaluando sus criterios éticos, ahora hablará de una **ética del cuidado responsable[153]**.

La novedad gerontológica determina una ética de la responsabilidad y del cuidado[154]. Sus postulados giran, por un lado, en relación a la prevención, anticipación y previsión; y por el otro, en torno a la responsabilidad compartida

[151] V. **GRACIA, D**.; *Fundamentos de Bioética*..., ob. cit., pág. 91

[152] V. **GRACIA, D**.; *Fundamentos de Bioética*..., ob. cit., pág. 43

[153] V. **GUILLEMARD, A. M.**, *Análisis Comparativo...*, ob.cit., págs. 163 y ss.

[154] V. **GRACIA, D**.; *Fundamentos de Bioética*..., ob. cit., pág.. 84

entre el profesional y el paciente. Es que éste requiere información adecuada y suficiente a fin de tomar las riendas del autocuidado y poder prestar su colaboración[155]. Así, la **Nueva Etica de la Ancianidad** planteará desafíos a la Bioética general[156].

Es posible pensar en un cúmulo de preguntas en torno al modelo con el cual se suministra a los ancianos lo necesario para lograr su bienestar[157]. Los cuestionamientos dilemáticos se van a ir articulando y conformarán un sistema de inquietantes demandas con respecto a la capacidad del anciano para decidir por sí mismo, a los encargados de su cuidado, al tipo de necesidad efectivamente experimentada, a la forma de satisfacerlas y al grado de intervención que sea necesaria.

Dado que por debajo de estos cuestionamientos existenciales subyacen problemáticas filosóficas, la comprensión de la ancianidad puede ser un buen índice para medir la mayoría de edad de un sistema moral y sacar a la luz sus contradicciones[158]. Esos nudos filosóficos que se ponen en primera fila al referirnos a la ancianidad anidan en torno a temas cruciales, como indudablemente lo son, la finitud, el trabajo, la autonomía y la muerte.

En cuanto a la **finitud**, con cierta fina ironía, **MORATALLA** dice que no tenían que llegar ni la filosofía existencial, ni la hermenéutica, para recordarnos que la vida es tiempo, pero que de ello no somos plenamente

---

155 V. **GRACIA, D**.; *Fundamentos de Bioética*..., ob. cit., pág.. 85

156 V. **TÓTORA, Silvana**; *Apontamentos para uma ética do envelhecimento*, en "Revista Kairós: Gerontología", Año 1, Vol. 11, Nº 1, Sao Pablo, PUC SP, 2008, págs. 21-38; **MIRANDA, Jesús**; "Aportaciones sociológicas a la gerontología y geriatría" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991, págs. 245 y ss; **VILLANI, Fábio Luiz**; "Os aspectos éticos que envolvem a educacao na terceira idade" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 59 y ss.

157 **AA.VV**; *Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

158 V. **GRACIA, D**.; *Fundamentos de Bioética*..., ob. cit., pág. 93

conscientes cuando nos desarrollamos, sino que al marchar hacia la línea final. La vida se acaba[159]. Es decir, cuando volvemos sobre nosotros mismos, cuando nuestra vida nos increpa. La ancianidad es una etapa vital cernida por los límites. La nueva ética de la ancianidad no le da la espalda a esta situación, por el contrario, sostiene que será más adulto quien hace más fecundas sus limitaciones[160]. Por lo que al ser la ancianidad el período de la involución física, será bueno para el anciano no desconocerlas o negarlas, sino asumirlas a fin de reencauzar, o reeducar, sus posibilidades.

Con respecto al **trabajo**, la nueva ética posee elementos de crítica a los conceptos manejados por la sociedad actual. Se valora a las personas por el trabajo que realizan, estimándolas inútiles si no están ocupadas en forma convencional. Considera que se confunde, de esta forma, vida activa con vida productiva y el obrar con el hacer. La novedad gerontológica estima que una vejez óptima requerirá de un hacer, mayormente en el ámbito psicológico. Pues, en tanto que es el discernimiento de lo esencial aquello que hace a la vejez fecunda y flexible[161]. Por lo que su hacer, determinará -en cierta forma- su ser[162].

El problema filosófico de la **autonomía** nos conduce hacia el problema ético del cuidado. No desconoce las posibles limitaciones que acechan la libertad del anciano, pero sostiene que, a pesar de ser una libertad más

---

159 *_Hoy un hombre a los 70 no es un viejo, métaselo en la cabeza, don Eloy. La ley dijo setenta como pudo decir noventa. El retiro es un premio. Hoy un hombre a los setenta no es un viejo. Usted ahora podrá dedicar su tiempo a lo que le plazca...*

_...de todas maneras-dijo el viejo Eloy- a mí me ha salido la hoja roja en el librillo de papel de fumar...Quedan cinco hojas, Gil, convénzase. V. **DELIBES, Miguel**; *La hoja roja*, 12° ed., Barcelona, Destino, 1993, págs. 20 y 21.

160 V. **MORATALLA, A. D**.; *Ética y ancianidad...*, ob. cit.. *pág.* 74

161 V. **MORATALLA, A. D**.; *Ética y ancianidad...*, ob. cit..*pág.* 75

162 V. **DABOVE, María Isolina**; *El Derecho a la vida y a la salud: ¿qué vida? ¿qué salud?*, Universidad Carlos III de Madrid, Curso de Doctorado en Derechos Fundamentales (1993-1994), monografía materia Bioética y Derechos Humanos (profesor Dr. Diego Gracia Guillén), Madrid, 1994, s/p.

condicionada[163], es libertad y debe ser protegida y mantenida al extremo. **MASIÁ**[164] entiende que, en realidad, *tenemos que hablar de auto-hetero-nomía si queremos hacer justicia a la alteridad constitutiva del sujeto*. Con esto se busca resaltar la superficialidad del individualismo, más cercano a la retórica comercial que a las necesidades reales de todo ser humano[165].

Y por último, tampoco se puede dar la espalda a la problemática de la **muerte**. Finitud que se encara como optimización de lo inevitable, aceptación de la soledad y, a veces, obligación de rehacer toda la vida[166]. Ante las distintas actitudes frente a ella: miedo, aprecio sereno, desprecio estoico o esperanza, la nueva ética plantea una muerte personal, una muerte propia o muerte digna. Con estos términos se expresa la necesidad que tenemos de que la muerte sea una ejercitación de la libertad, un acto biográfico con el cual responder a un hecho biológico.

En fin, cuando hablamos de anciano nos estamos refiriendo a un sujeto que se sabe finito y que ya no podrá desconocer la existencia de la muerte. Se trata de un hombre, o una mujer, que en un período histórico de transición paradigmático vive en un marco de incertidumbre. Ya no sabrá qué lugar ocupa en la sociedad, qué lugar tiene con respecto a la ocupación productiva y recreativa, y no tendrá certeza de su capacidad de autonormarse[167].

---

[163] *Una ética de la ancianidad no tiene por qué dejar de ser una ética de la autonomía a pesar de que la libertad del anciano sea una libertad más condicionada, bien por la gravedad del cuerpo, bien por la dependencia de otros.* V. **MORATALLA, A. D**.; *Ética y ancianidad...*, ob. cit., pág. 74.

[164] V. **MASIÁ, J**.; *Bioética y antropología*, Ediciones Universidad P. Comillas, Madrid, 1998; **GARCÍA FÉREZ, José;** "Bioética y Personas Mayores" en *Informes Portal Mayores,* N° 4, 2003.

[165] V. **MORATALLA, A. D**.; *Ética y ancianidad...*, ob. cit., pág.74.

[166] V. **MORATALLA, A. D**.; *Ética y ancianidad...*, ob. cit., pág.79.

[167] V. **SHAKESPEARE, William** ; *El Rey Lear*, trad. Luis Astrana Marín, 14° ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1988.

Esta danza del drama filosófico se traslada a las problemáticas éticas surgidas de la práctica cada vez más expandida del cuidado de los ancianos. Así nos encontramos con una expansión exponencial de las incertidumbres en la vida anciana, que afecta no solo a ellos mismos, sino a aquellos próximos a su cuidado, a la sociedad toda y a los Estados.

¿Qué necesitan los ancianos? ¿Qué necesitan los ancianos para **vivir bien**? ¿Qué grado de participación debe tener el propio anciano en la determinación de sus necesidades y deseos? ¿Esos deseos se constituyen con la jerarquía de últimos deseos? ¿Qué grado de proyección puede tener un plan de vida en los últimos años? ¿La asistencia médica es suficiente para lograr la preciada calidad de vida en la ancianidad? ¿El ingreso involuntario a una residencia gerontológica-geriátrica puede ser una necesidad imperiosa? ¿En qué casos? ¿En qué medida puede ser necesaria la presencia de lo social, lo relacional y lo cultural en la vida de los últimos años?¿Es su deber ético el de la adaptación? ¿Adaptarse a una nueva situación económica? ¿Adaptarse a una nueva situación relacional? ¿Adaptarse a una nuevo entorno? ¿Adaptarse a nuevas reglas de juego? ¿Es la tarea principal del anciano prepararse para la muerte? Y si lo fuera, ¿de qué forma? ¿Qué necesitan los ancianos para **morir bien**? ¿Qué es una buena calidad de vida? ¿Qué es una buena calidad de muerte? ¿Morir rodeado de los afectos? ¿Morir con la asistencia médica adecuada a su disposición? ¿Morir con auxilios técnicos que eliminen en lo posible el dolor y el sufrimiento? ¿Morir de muerte natural? ¿Provocar la muerte? ¿Morir en una institución? ¿Morir en su hogar? ¿Morir pudiendo aceptar la muerte como parte de la condición humana? ¿Combatirla hasta el final con todos los instrumentos tecnológicos a disposición?

¿Quién es el anciano? ¿Es un enfermo? ¿Es un enfermo crónico? ¿Es un enfermo terminal? ¿Es un incapaz de valerse por sí mismo? ¿Es un ser indigno de confianza? ¿Es incapaz de cumplir eficazmente alguna tarea de valía? ¿Es lo que fue? ¿Es un ex - trabajador?, ¿Es un ex - profesional?, ¿Es

un ex - ciudadano? ¿Puede ser la vejez un criterio de exclusión y de despido laboral? ¿Es posible determinar caracteres generales de la ancianidad sin caer en la arbitrariedad? Con un modelo bioético que se esfuerza por apartarse del viejo paternalismo médico, ¿cómo se toman las decisiones subrogadas en los casos de carecer de voluntad suficiente como para consentir informadamente los tratamientos y sistemas de cuidados? ¿Cómo se confecciona un consentimiento informado válido en la ancianidad? ¿Cuál es la tarea principal del anciano? ¿Es la memoria colectiva viva? ¿Es el referente social? ¿Es el relator de historias pasadas? ¿Es el aglutinador de la familia dispersa? ¿Es una carga familiar? ¿Es una carga sanitaria? ¿Es una carga económica?

¿Se cura la ancianidad? ¿Se deben curar todas las enfermedades en la ancianidad? ¿Los tratamientos deben respetar algún límite ético? **¿Se cuida a la ancianidad?**

¿Quién cuida a los ancianos? ¿La **familia**? ¿Qué familia? ¿Qué deberes y obligaciones morales tiene la familia? ¿Deben dar alimento? ¿Deben dar cariño? ¿Hasta dónde tienen responsabilidad moral los hijos? ¿Y los nietos? ¿Y los bisnietos? ¿Y los sobrinos? ¿Y el **Estado**? ¿Qué Estado? ¿Cómo se deben repartir los bienes escasos entre las generaciones? ¿Cómo se deben repartir los fondos entre recursos preventivos, formativos y asistenciales? ¿Y la **sociedad**? ¿Representan un gasto o una inversión los servicios destinados a los mayores? Y en la **comunidad**, ¿qué alcance debemos darle a la solidaridad intergeneracional y a la responsabilidad interpersonal? ¿Es el **propio anciano** el que se debe cuidar? ¿Es el propio anciano el que debe anticiparse a estados de disminución de sus facultades?

¿Qué es cuidar a un anciano? ¿Acompañamiento? ¿Sustitución? ¿Quién debe tomar las decisiones subrogadas? ¿Quién controla la moralidad de dichas decisiones? ¿Quién designa al representante legal y la

responsabilidad moral del mismo? ¿Es siempre necesaria la figura del representante legal? ¿Se debe imponer? ¿Se deben respetar siempre las directrices anticipadas y testamentos vitales?

¿Quién cuida a los que cuidan? El cuidado de los ancianos en la reciente historia ha pasado del ámbito privado de la familia o colaboradores cercanos que se esmeraban en algunos casos más que en otros para satisfacer sus necesidades al ámbito público de las especialidades médicas por carencias familiares -de tiempo, espacio y conocimientos. ¿Hoy deben volver al círculo íntimo? ¿Hoy deben coordinarse las tareas entre los implicados? ¿En qué medida se requiere la participación externa? ¿En qué medida la proximidad familiar es insustituíble?

¿Cómo curar? ¿Cómo cuidar? ¿A todos los ancianos hay que cuidarlos? ¿El autocuidado es un derecho o una obligación? ¿Al cuidarlos se debe respetar su voluntad? ¿En qué medida? ¿Con qué límites? ¿Se debe dejar participar a los ancianos en las decisiones? ¿Deben ser comunicados los diagnósticos en todos los casos? ¿Hay una especificidad en el tratamiento de ancianos? ¿Hay una especificidad en el cuidado de ancianos? ¿Es lo mismo cuidar niños que ancianos? ¿Es lo mismo cuidar enfermos que ancianos? ¿Es la ancianidad tema de promoción? ¿Y de prevención? ¿Qué deben saber aquellos que asuman la tarea de cuidarlos? En cuanto a los problemas éticos clínico-asistenciales: ¿Se deben utilizar restricciones físicas o farmacológicas? ¿Se deben utilizar sondajes nasogástricos? ¿Cuáles son los recaudos en cuanto al pudor del anciano incontinente? ¿Cómo deben ser los cuidados en la fase terminal de la enfermedad?

¿Se debe intervenir en la vida de los ancianos? ¿Qué es intervenir? ¿Es preciso intervenir en la vida de todos los ancianos? ¿Todas las intervenciones son necesariamente buenas? ¿Se debe esperar la solicitud del propio anciano antes de intervenir? ¿La intervención está condicionada a

algún factor? Pensar en limitar la intervención implica poner un freno al paternalismo médico tradicional, pero también reflexionar sobre la obligación de intervenir desafía a la bioética sentada en demasía sobre el sillón de la autonomía. Obliga al individualismo a correrse en algunos casos de dependencia. ¿Debe haber algún grado de intervención en las acciones de autocuidado que efectúa el propio anciano? ¿Se requiere inventar un nuevo tipo de paternalismo para el cuidado especializado de los dependientes? ¿La intimidad y la privacidad se deben respetar siempre? ¿Cómo se compatibilizan con las avasallantes biotecnologías y la cohabitación en las instituciones totales? ¿Cómo deslindar las aguas entre intervención forzada, violencia, maltrato y abuso? ¿Qué es el maltrato físico en ancianos? ¿Qué es el maltrato psicológico? ¿Se lo debe mantener alejado de los problemas familiares, sociales y mundiales? ¿Cuándo la falta de vigilancia solícita constituye abandono o negligencia? ¿Cuál es el límite de la intensidad del tratamiento médico? ¿Cuándo estamos ante un mero encarnecimiento terapéutico?

Estas preguntas nos despiertan a la complejidad de la problemática de la vejez en su faz ética, lo cual redundará en desafíos políticos y jurídicos. El Modelo Jusfundamental de la vejez lo asumirá manejando las herramientas de los derechos humanos. *En el campo de los **Derechos Humanos**, 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, de los niños, de los enfermos, de las*

mujeres y de los consumidores, entre otros, que incluso, han sido recogidos por nuestra Constitución.[168]

B. El aporte de los Derechos Humanos.

1. De los Derechos Naturales a los Derechos Humanos

Se puede señalar una continuidad histórica que entrelaza a los conceptos de **derecho natural, derecho humano** y **derecho fundamental.** Las campanas de los derechos humanos y los derechos fundamentales replican en forma acompasada en el Modelo Jusfundamental de la vejez[169]. Siguiendo las ingeniosas categorías del profesor rosarino **CIURO CALDANI** podemos decir que cumplen funciones complementarias en la dinámica juspolítica actual. Los artefactos culturales llamados derechos humanos se constituyen como la actual *justicia de llegada* de occidente, mientras que los derechos fundamentales se conforman como una *justicia procedimental* -eje del sistema del Estado Constitucional de Derecho[170].

[168] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. B. J.;** *Derecho de la Ancianidad...,* ob. cit.,pág. 24.

[169] V. **CASSESE, Antonio;** *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo,* Pentimalli Melacrino y Ribera de Madariaga, 1°ed., Barcelona, Ariel,1991; **MUGUERZA, Javier;** *El fundamento de los derecho humanos,* 1°ed., Madrid, Debate, 1989.; **LAPORTA, F. J. y GARZÓN VALDÉS, E. ;** *El Derecho, la Justicia,* Madrid, Trotta, 1996.; **LÓPEZ GARCÍA, J. A. Y DEL REAL, T. A. ;** *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho,* Madrid, Dykinson, 2000.; **AA.VV.;** *Direitos Humanos: a promesa do século XXI,* Oporto, ELSA, 1997.; **FRAIÑAS DULCE, María José;** *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmodern",* Madrid, Dykinson, 1997.; **LERNER, Natán;** *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación,* México, CNDH, 1991.; **RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda;** *Igualdad y discriminación,* Madrid, Tecnos, 1986.; **ARA PINILLA, Ignacio;** *Las transformaciones de los derechos humanos,* Madrid, Tecnos, 1990.; **DE CASTRO CID, Benito;** *Los derechos económicos, sociales y culturales,* León, Univ León, 1993.

[170] V. **CIURO CALDANI, Miguel Angel***;* "Hacia una comprensión dinámica de la Justicia (Justicia y Progreso)" en *ED*, N° 123, 1987, pág. 715.

A fin de comprender el alcance y funcionamiento de los Derechos Fundamentales, médula flexible del Derecho actual, es provechoso rastrear su genealogía a través de su largo recorrido histórico hasta arribar a su inteligencia actual. De esta forma nos acercamos a sus antepasados conceptuales, y el contexto socio-político de su nacimiento.

Las ideas de dignidad, libertad e igualdad se encuentran en la historia de las ideas antes del Renacimiento, pero no se formularán como derechos hasta la batahola del mundo moderno[171]. Es así como, si bien en los filósofos postsocráticos menores se encuentra el origen intelectual del Derecho Natural, como ley que gobierna todo con perfecto equilibrio, no fue concebido entonces con el formato que adquirirá más adelante el concepto de derecho subjetivo moderno. Desde luego, es esta influencia estoica, presente en el **derecho romano**, la que retarda su aparición en la Historia del Derecho.[172]

Recién en el **siglo XII,** en la escuela de Boloña, se gestará la primera teoría moderna de los derechos basada en la noción de derechos *pasivos* o pretensiones, esto es, derechos contra alguien. Luego, el debate eclesiástico

---

[171] V. **PECES BARBA, Gregorio;** *Los valores superiores,* 1° ed., 1° reimpr, Madrid, Tecnos, 1986.; **CARRIÓ, Genaro R. ;** *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot,1990.; **FERNANDEZ, Eusebio;** *Teoría de la justicia y derechos humanos,* 1°ed. ,1° reimpr., Madrid, Debate, 1984; **SUPIOT, Alain;** *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho,* trad.Silvio Mattoni, 1° ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2007 (Capítulo 6. Vincular la humanidad: el buen uso de los Derechos Humanos.) **PEREZ LUÑO, Antonio Enrique;** "Concepto y concepción delos derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)" en *Doxa*, N° 4, 1987; **VERNENGO, Roberto J.;**"Los derechos humanos como razones morales justificatorias" en *Doxa*, N ° 7, 1990; **TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando;** "Derechos Humanos y la Teoría de derechos. Un criterio" en *Doxa*, N° 9, 1991; **RUBIO CARRACEDO, José;** "¿Derechos Humanos o Derechos liberales?" en *Doxa*, N° 21, tomo II,1998; **BULYGIN, Eugenio;** "Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos" en *Doxa*, N ° 4,1987; **LAPORTA, Francisco;** "Sobre el concepto de Derechos Humanos" en *Doxa*, N ° 4,1987; **GARGARELLA, Roberto; "**Primeros auntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales? en *Jueces para la democracia*, 31/05/2007.

[172] V. **FASSÓ, Guido;** *Historia de la Filosofía del derecho. Tomo III: Siglos XIX y XX,* 3° ed, trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1983.

planteado en torno a la cuestión de si el hombre tiene un *dominio natural* sobre sus posesiones hará germinar la reconceptualización jurídica en un terreno de discusión entre franciscanos y dominicanos sobre la legitimidad de la propiedad privada. En esta peregrinación jusfilosófica medieval, también los derechos humanos tienen una deuda con **Jean GERSON** por su *teoría de los derechos naturales como derechos activos*. Al formular la distinción entre *ius y lex*, concibió los derechos de todos los hombres como facultades o poderes derivados de la voluntad de Dios. Posteriormente, a partir del **renacimiento**, este concepto se esforzará por desprenderse de su atavío religioso y metafísico. Es durante el siglo XVIII que se arribará a esta meta haciendo uso de la razón abstracta, e inaugurándose, así, el siglo XIX y la Ciencia Jurídica[173].

El terreno del almácigo del *pensamiento contractualista* del siglo XVII fue preparado por **Francois CONNAN** al sugerir que el *ius naturale* había regido cuando el hombre estaba solo en el mundo y que el *ius gentium* apareció cuando los hombres comenzaron a interactuar. Esto les permitió a los **humanistas modernos** asignar a los derechos naturales una validez acotada a las condiciones del estado de naturaleza. Mientras esto sucedía en el pensamiento mayoritariamente protestante, fruto de la aún reciente Reforma; contemporáneamente, en la España católica los teólogos tenían una nueva ocasión para el desvelo. La América descubierta había sido heredada con poblaciones de aborígenes no cristianizados, pero quizá cristianizables. Así, se fogonea el discurso con la pluma del dominicano **Francisco DE VITORIA**, quien critica la legitimidad moral de la esclavitud reavivando la idea tomista de *lex*, mientras que **Francisco SUAREZ**[174] hace su defensa del dominio natural

[173] V. **ISERN, Mariana**; "Las estructuras de las revoluciones científica en el Derecho. Una aproximación" en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 9, 2005/6.

[174] Éste autor es esencial en el tránsito hacia la formulación lockeana de los derechos humanos. En Suarez la individualidad personal alcanza un elevado rango físico y metafísico dentro de lo que es el pensamiento escolástico o tradicional. La expresión de ese máximo rango metafísico va a tener lugar sobre todo en el orden político y moral. La comunidad política no tiene subsistencialidad física, como los cuerpos estrictamente naturales, sino sólo moral. Su base está en el <pacto político>, realizado explícita o tácitamente por todos sus miembros. En ese pacto los miembros de la comunidad entregan el poder al gobernante para que él consiga el <bien común>. Una vez entregada esta potestad al gobernante, los miembros de la

del hombre sobre su libertad, proveyendo una clara definición de *ius* como facultad moral.[175]

Y los frutos no tardaron en llegar en las obras **contractualistas** de **Hugo GROCIO**, **Thomas HOBBES** y **John SELDEN** quienes utilizan el concepto de derechos naturales para justificar las políticas marítimas de Holanda, la monarquía absoluta, y la posición inglesa sobre el dominio de los mares. Luego de una larga historia al servicio de la justificación de la legitimidad de instituciones cuestionadas –propiedad privada, esclavitud y dominio de los mares-, aparecerán en el horizonte algunos elementos históricos que poseerán suficiente fuerza de choque como para transformar el enfoque. El concepto de derechos naturales encuentra ahora una función revolucionaria en la teoría liberal de **John LOCKE.** A partir de ese momento estarán dirigidos a justificar la revolución de 1688[176].

El contexto **económico, social**[177]**, cultural**[178] **y político**[179] de la aparición de los derechos naturales racionalistas dejará su huella. Marcará los

comunidad no pueden retirar su otorgamiento, siempre y cuando el príncipe procure con denuedo la consecución del bien común. V. **GRACIA, D.;** *Fundamentos de Bioética...,*ob. cit., pág. 105.

[175] V. **SPECTOR, Horacio**; "Filosofía de los derechos humanos" en *Isonomía,* N° 15, 2001.

[176] En la teoría liberal del contrato social las personas, al pasar a la sociedad civil, no renuncian a los derechos que tenían en el estado de naturaleza, sino que asignan al Estado facultades para la protección de esos derechos. En esta nueva función, la teoría de los derechos naturales sirvió par criticar el orden social existente y su tono fue revolucionario. La doctrina fue expresada con un tono similar en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos, en la Declaración de Derechos de la Constitución norteamericana y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia.

[177] El cambio en la situación **económica** y **social**, con la aparición de un sistema económico, que en su evolución será el sistema capitalista, con la aparición de la burguesía como clase individualista y en ascenso frente al enmarcamiento de los hombres en los gremios, en las corporaciones, propio de la Edad Media, impulsará la iniciativa individual, el protagonismo de la persona. El hombre se liberará del status y se relacionará en la sociedad como individuo libre frente a otros hombres libres, comerciantes, profesionales, artistas, con la competencia como criterio. Entre las consecuencias directas de esa situación aparecen los derechos del individuo, del burgués, necesarios para romper esas trabas y para afianzar su protagonismo.

[178] El auge de la ciencia fortalecerá la confianza en la razón frente a la autoridad y la confianza en el dominio progresivo de la naturaleza. Los hombres serán los auténticos protagonistas de

rasgos generales de su evolución desde el momento en que se incorporan por primera vez al Derecho Positivo en Gran Bretaña con la revolución liberal del siglo XVII, en la Norteamérica del siglo XVIII y en Francia de 1789. En una amalgama compuesta por sistema capitalista, burguesía, Estado Moderno, individualismo, racionalismo, secularización, humanismo y protestantismo se formarán los colores primarios del nuevo marco juspolítico que sostiene el cuadro de los derechos naturales positivizados, antecesores directos de los derechos humanos. En este nuevo orden, los derechos naturales colaborarán en la formación de un sistema jurídico basado en la ley del Parlamento. Mas estos derechos positivos, luego de absorber y nutrirse de sus raíces, se cristalizarán perdiendo toda fibra axiológica durante siglo y medio[180].

---

la historia. La secularización supone un alejamiento de la **cultura** eclesiástica donde a la autoridad de la Edad Media se contrapone la soberanía de la razón. La garantía que Dios representaba en el orden medieval desaparece con el proceso de secularización y habrá que buscar unas garantías de orden que sustituyan a las anteriores, que habrá que encontrar en la misma naturaleza humana: es el orden del individualismo, de los derechos fundamentales. El interés por la naturaleza y el racionalismo, como plena confianza en el valor de la razón como instrumento de conocimiento, para dominar la naturaleza y para descubrir sus regularidades y sus leyes, tanto en el campo de la naturaleza física como de la sociedad, serán los instrumentos para la elaboración de la filosofía de los derechos humanos. V. **PECES BARBA MARTINEZ, G.;** *Derecho y derechos fundamentales...,* ob. cit., pág. 101.

[179] En el ámbito **político**, las estructuras plurales del poder político medieval son sustituidas por el Estado como forma del poder, racional, centralizado y burocrático, que no reconoce superior y que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima. La soberanía como concepto identificador de ese poder, como poder absoluto y perpetuo de la república (Bodino), tendrá a partir de ese momento como primera función la producción del Derecho, que será así un instrumentum regni para acabar con los poderes medievales. Los derechos humanos serán un límite al poder del Estado para garantizar un ámbito de autonomía y de libertad al individuo burgués.

[180] V. **BIDART CAMPOS, Germán J.;** *Casos de derechos humanos,* Buenos Aires, Ediar, 1997; *Constitución y Derechos Humanos. Su reciprocidad simétrica.,* Buenos Aires, Ediar, 1991; *La interpretación del sistema de derechos humanos,* Buenos Aires, Ediar, 1994; *Teoría general de los derechos humanos,* Buenos Aires, Astrea, 1991; **COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ);** *Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos,* Lima, CAJ, 2003; **COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ);** *Seminario sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* Bogotá (Colombia), CIJ, 1996; **GORDILLO, Agustín** (ed.); *Derechos Humanos. Doctrina, casos y materiales. Parte General.,* 2°ed., 1° reimpr., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997; **HERRENDORF, Daniel;***Los derechos humanos ante la justicia. Garantía de la libertad innominada,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; **HITTERS, Juan Carlos;** *Derecho Internacional de los derechos humanos (tomos I y II),* Buenos Aires, Ediar, 1991.

Hasta acá, tenemos el derrotero de los derechos naturales. Han aparecido como noción jurídica en la Escuela de Boloña y son prestados al lenguaje filosófico-político en los debates sobre la pobreza entre franciscanos y dominicanos, la esclavitud, el dominio de los mares y los nuevos territorios, la legitimidad de la monarquía absoluta, y sus límites ante las potestades del Parlamento. Tras corto tiempo de descrédito a fines del siglo XIX y primeras décadas del XX, los **derechos naturales**, ahora en la forma de **derechos humanos**, regresan al pensamiento jurídico para justificar decisiones judiciales no avaladas por las normas del derecho positivo.[181]

Luego de la **Segunda Guerra Mundial**, la doctrina de los derechos naturales, remozados como derechos humanos, fue el único instrumento disponible para criticar un orden jurídico groseramente inmoral según criterios internacionales[182] y juzgar a sus autoridades por actos legalmente admitidos. El principio *nullum crimen sine lege* asociado a la idea de debido proceso, puede tener efectos contraproducentes cuando se trata de castigar la violación de actos aberrantes para la condición humana, pero absolutamente legales según su sistema de origen. La doctrina de los derechos humanos permite neutralizar estos desajustes luego de la caída del régimen asignándoles la jerarquía de derechos en forma independiente del otorgamiento por parte de algún Estado en particular. Es que se encuentran adheridos a la persona de forma inalienable, imprescriptible e inderogable[183].

El pasaje de los derechos naturales a los derechos humanos posibilitó desconectar la idea de derechos del hombre de sus viejas implicancias ontológicas y metaéticas, acentuando el proceso de secularización que ya estaba implícito en el cambio desde el concepto de ley natural al de derechos naturales. En tanto que también asume el papel de principio de legitimidad

[181] V. **SPECTOR, H.**; "Filosofía de los derechos...", ob. cit., pág. 12

[182] V. **RADBRUCH, Gustav,** *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999.

[183] V. **LAPORTA, F. J. y GARZÓN VALDÉS, E. ;** *El Derecho...,* ob. cit., pág. 66 y ss.

supraestatal, colaborando en la tarea de alcanzar estándares compartidos en la comunidad internacional. Es así como se puede decir, entonces, que asumieron el rol de *justicia de llegada* del occidente democrático constitucional. Esa es la meta hacia la cual convergen las estrategias juspolíticas posteriores al holocausto de mediados del siglo XX.

2. De los Derechos Humanos a los Derechos Fundamentales

Los derechos humanos son los encargados de vehiculizar el tránsito del Estado de Derecho liberal al Estado Constitucional de Derecho. Los grandes valores del Derecho Natural racionalista de los siglos XVII y XVIII - con especial énfasis en el derecho de propiedad y en la libertad individual- sirven para cerrar un ciclo cultural. En las revoluciones liberales, fueron el ariete poderoso que ayudara a la burguesía a derribar la vieja e inservible Monarquía absoluta. Ésto se refleja en el nuevo Derecho positivo del Estado Liberal que funda al constitucionalismo y a la era de la codificación decimonónica. Mas luego, el iusnaturalismo queda vacío; la burguesía deja de impulsarlo[184]. De esta forma se pasa de los derechos naturales esculpidos en la razón del hombre a los derechos del hombre plasmados en las constituciones de los Estados Contemporáneos.

En cuanto al vocablo derechos humanos, aquellos autores que se abocan seriamente a su tratamiento, siempre se encuentran ante la trabajosa tarea de determinar su alcance. Esto se acrecienta por su gran contenido emotivo y la multivocidad reinante en el terreno político y jurídico. A lo largo de la Historia a este término se le ha asociado varias categorías lingüísticas, con connotaciones jurídicas diversas.

---

[184] V. **PECES BARBA MARTINEZ, G.;** *Derecho y derechos fundamentales...,* ob. cit., pág. 203/4.

Antonio Enrique PEREZ LUÑO, en una obra de consulta forzada, nos brinda un programa de la situación. Fueron acuñados como **derechos naturales[185], derechos fundamentales[186], derechos subjetivos[187], derechos públicos subjetivos[188], derechos individuales[189]** y, también, **libertades públicas[190]**. A este listado, es posible agregarle el de **derechos morales** como queda planteado por **Ronald DWORKIN** en *Los derechos en serio[191]*. En este sentido a **Carlos S. NINO**, *admite que los derechos humanos derivan de principios morales, o más precisamente, de un sistema de principios morales,* en tanto que requieren de principios acerca del bien de los individuos y acerca de la distribución de ese bien[192].

---

185 Por ejemplo, Thomas PAINE tiene a considerar que los derechos humanos constituyen la conjunción de los derechos naturales, aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir, y los derechos civiles, aquellos que le corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad. V. **PEREZ LUÑO, A. E.;** *Derechos Humanos...,* ob. cit., pág. 30)

186 El término derechos fundamentales, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

187 Esta figura a sido objeto de abierta impugnación por parte del realismo escandinavo y la doctrina kelseniana, pero autores de la jerarquía de Alexy, le han dado nuevas posibilidades de existencia.

188 La categoría de los derechos públicos subjetivos fue elaborada por la dogmática alemana del derecho público de finales del siglo XIX. (...) El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho ha determinado un progresivo abandono de esta categoría, en la que con razón se vio un producto de la ideología individualista liberal a favor de la noción más amplia de los derechos fundamentales. V. **PEREZ LUÑO, A. E.;** *Derechos Humanos...,* ob. cit., pág. 33.

189 Los derechos individuales corresponden a las Civil Liberties o a los Civil Rights de la tradición anglosajona. En Francia esta terminolo´gia se impone a lo largo del siglo XIX, y a principios de nuestro siglo se emplea en sentido análogo a la noción alemana de los derechos públicos subjetivos. V. **PEREZ LUÑO, A. E.;** *Derechos Humanos...,* ob. cit., pág. 35.

190 El término libertades públicas, libertés publiques, aparece en Francia a finales del siglo XVIII y expresamente es empleado en el artículo 9 de la Constitución de 1793. V. **PEREZ LUÑO, A. E.;** *Derechos Humanos...,* ob. cit., pág. 48.

191 V. **DWORKIN, Ronald**, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Edit. Ariel, Barcelona, 1999.

192 Entiende que *las funciones sociales de la moral es un hecho social aparentemente establecido, ningún sistema jurídico puede preservarse sólo sobre la base del temor al empleo de la coacción y sin la creencia, difundida entre buena parte de los súbditos y de los mismos funcionarios, en la legitimidad moral de los órganos del sistema.* V. **NINO, Carlos Santiago;**

En fin, como se aprecia en esta apretada enumeración el terreno es fértil para el debate y aún para los desacuerdos. Por lo que, una vez situados en la complejidad de la temática, **PEREZ LUÑO** opta por esbozar una definición con carácter explicativo para zanjar las diferencias y posibles equívocos. Pone de relieve el empleo de esta expresión tanto en la teoría jurídica y política de nuestro tiempo. Busca la máxima claridad y rigor a partir de los usos más representativos del término, entendiendo que *los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*[193]*.* En definitiva, los derechos fundamentales serán aquellos derechos humanos reconocidos positivamente. Esto no hace más que condensar la marcada tendencia de reservar la denominación **derechos humanos** para el plano de las declaraciones y convenciones internacionales, siendo la de **derechos fundamentales** la más usual para designar a los derechos humanos positivados en el nivel interno[194].

Ahora bien, veremos como funciona la complementariedad de estos derechos en el **Estado Constitucional de Derecho**. La convulsión axiológica que se experimenta es provocada por la explosión nuclear de los derechos

---

Ética y Derecho Humanos. Un ensayo de fundamentación, 2° ed ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989, pág. 100.

[193] V. **PEREZ LUÑO, A. E.;** *Derechos Humanos...,* ob. cit., pág. 48

[194] **PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio;** *Curso de derechos fundamentales (I),* Madrid, Eudema, 1991.; **PRIETO SANCHÍS, Luis;** *Estudios sobre derechos fundamentales,* 1° ed., Madrid, Debate, 1990.; **PECES-BARBA, Gregorio y FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio;** *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la modernidad. Siglos XVI y XVII,* Madrid, Dykinson, 1998; *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución,* Madrid, Dykinson, 2001**;** *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen II: La filosofía de los derechos fundamentales,* Madrid, Dykinson, 2001.**;** *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen III: El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema,* Madrid, Dykinson, 2001. **ARANGO, Rodolfo;** *El concepto de derechos sociales fundamentales,* 1° ed., Buenos Aires, Legis, 2005.

humanos, que primero crecerán en número, para luego seguir aumentando en un proceso de especificación tópica y subjetiva[195]. Los derechos humanos en una carrera frenética se multiplicán en generaciones y cambian su fisonomía anterior. Verbigracia, ya no solo se yerguen contra el poder público, sino también contra los particulares. No solo pueden ser esgrimidos por los ciudadanos (y ahora también ciudadanas), sino también por todos los seres humanos, aún los representantes de las generaciones futuras; e incluso, se llega por esta vía a la defensa de los animales y todos los seres vivos no humanos[196].

En tanto que, cuando en las puertas de los sistemas constitucionales se agolpan las exigencias valorativas buscando ser reconocidas y satisfechas, se recurre a la figura de los **derechos fundamentales**. Así, pues, llamados a la obra, éstos cumplirán la función de ordenar el riquísimo caos efervescente de

.[195] *Los derechos siguen desde su formación inicial para limitar al poder absoluto, tres grandes procesos, de positivación, de generalización y de internacionalización, a los que añadirá un cuarto al que llama de especificación. Lo define como el paso del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, en la especificidad de sus diferentes status sociales, tomando en consideración criterios distintos de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas. (...) Este proceso de especificación, en mi opinión y en relación a los titulares, conduce a los derechos de la mujer, a los derechos del niño, a los derechos del minusválido, pero también a los derechos del consumidor y del usuario, donde la especificidad deriva de la situación de inferioridad en la que se encuentran hombres y ciudadanos en determinadas relaciones. También creo que se puede hablar de especificación por los contenidos, en lo que Vasak llama nueva generación de los derechos, refiriéndose a los derechos al medio ambiente, al desarrollo, a la integridad genética o a la paz, planteados en los últimos años.* V. **BOBBIO, N.**; *El tiempo de los derechos, ob. cit.,* pág. 10. Ver también sobre el particular: **PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; "**Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales" *en La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor* Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, Tomo IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, México, Trotta, 2008; **NASH ROJAS, Claudio;** "Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros" en *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)*, N° 67, 2005.**FERNANDEZ SOLA, Natividad** (coord.); *Unión europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional,* Madrid, Dykinson. **GOMEZ ADANERO, M.; GÓMEZ GARCÍA, J. A. y otros**; *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica Jurídica*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2006, pág. 109 y ss.

[196] V. **ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier;** *Poder, ordenamiento jurídico, derechos,* Madrid, Dykinson, 1997.; **RETORTILLO BAQUER, Sebastián Martín;** *Derechos fundamentales y constitución,* 1° ed., 1° reimpr., Madrid, Civitas, 1988.; **CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José;** *Derechos sociales: teoría e ideología,* Madrid, Tecnos, 1994.; **HEPPLE,Bob y SZYSZCZAK, Erika M.;** *Discrimination: The limits of Law,* NY, Mansell, 1992.; **PECES BARBA, Gregorio;** *Escritos sobre derechos fundamentales,* Madrid, Eudema, 1988.

reclamos justos, o al menos, justificables. Apelando a los argumentos razonables, podrá superar el debate entre el iusnaturalismo y iuspositivismo en el tratamiento del derecho justo[197]; y así, finalmente, se tornan operativos los resucitados derechos naturales.

Podemos decir, siguiendo el razonamiento de **PECES BARBA**, que en el funcionamiento de los sistemas jurídicos se percibe la realidad dualista de éstos dispositivos, en tanto que filosofía de los derechos fundamentales y Derecho positivo. Los problemas de fundamentación se sitúan en la filosofía de los derechos fundamentales con una repercusión importante en el tema del poder.[198] Y el paso de una dimensión a otra se vale de un conjunto de instituciones, operadores jurídicos y ciudadanos muñidos de la capacidad de usar y aplicar el Derecho[199].

---

[197] *Los derechos fundamentales, desde el punto de vista con que se abordan aquí, suponen un cauce para tratar correctamente los problemas del Derecho justo. No es casual que se afirme reiteradamente que son el Derecho natural del tiempo actual. Sin embargo, esa referencia no parece pertinente, aunque lo es que se han convertido en los criterios de valoración del Derecho Positivo. Frente al reduccionismo iusnaturalista –la validez se reduce a justicia y al positivista –la teoría formalista de la justicia que reduce su justicia a validez (Bobbio), los derechos fundamentales poseen una dimensión ética, que se convierte en eficaz con su incorporación al Derecho positivo con la intermediación del poder, que asume los mismo valores que los derechos representan y por esa razón impulsa su positivación.* V. **PECES BARBA MARTINEZ, G.;** *Derecho y derechos* ..., ob. cit., pág. 31.

[198] V. **PECES BARBA MARTINEZ, G.;** *Derecho y derechos ...,* ob. cit., pág. 340.

[199] Siguiendo a Hesse y Frosini, se puede hablar de la conciencia constitucional, consistente en el esfuerzo, compromiso y la convicción no sólo de todas las disciplinas jurídicas, sino de todos los ciudadanos por hacer de la normativa constitucional experiencia tangible en la vida cotidiana V. **PEREZ LUÑO, Antonio Enrique;** *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* 5° ed, Madrid, Tecnos, 1995, pág. 16.

C. Los pilares del modelo: el Derecho de la Ancianidad y el Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos.

El Modelo Jusfundamental de la vejez va a abandonar la situación de no derecho, ese ámbito de la discrecionalidad gubernamental, en el que estuvo cómodamente alojada la temática de la ancianidad en el último siglo y medio. Busca regir los movimientos del anciano desde y a través de los derechos, desde y a través del **derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos**. De esta forma este derecho fundamental, médula del **Derecho de la Ancianidad**, es el encargado de ensamblar las piezas candentes de la Nueva (Bio) Ética de la Ancianidad con la férrea tradición de los Derechos Humanos.

El Modelo Jusfundamental, construido sobre los cimientos del Estado Constitucional de Derecho, se abre así a las exigencias valorativas a través de un Iuspositivismo Incluyente, sin despegarse de las necesidades básicas de los ancianos en una realidad marcada por lo heterogéneo. Es posible decir que en *Ética y derecho humanos*, **NINO** produce un viraje en el Juspostivismo local hacia la dimensión ética y política del fenómeno jurídico. Una muerte temprana nos dejó sin el hombre y sin el jurista. A pesar de tan lamentable suceso sus simientes germinaron en el escenario jurídico argentino[200]. En un primer momento, éstas elucubraciones encontraron un apretado rechazo en las filas juspostivistas, mas con este corrimiento axiológico no hacía otra cosa que adelantarse a su tiempo. Se aproximaba al formato que adoptaría la nueva versión incluyente. Teniendo plena conciencia del carácter exploratorio del tema en la Filosofía Analítica[201] -corriente a la que él pertenecía- se

[200] V. **GUIBOURG, Ricardo;** *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral,*1° ed, México, Fontamara, 1997 Si bien el estudio de la Ética y la Política es de gran utilidad, es un estudio por fuera del objeto del Derecho.

[201] *Si bien la filosofía analítica ha hecho en los últimos años notables progresos en el área moral y política - que había quedado antes un tanto rezagada frente a otras áreas filosóficas-, esos progresos implican avanzar a tientas en un territorio inseguro e ignoto, al que sólo*

introdujo en las complejidades del discurso moral subyacente al de los derechos humanos. Entiende que éstos, uno de los más grandes inventos de nuestra civilización, son artefactos imprescindibles para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza a la vida humana: su mediatización.

A nivel local, es justamente en esta sintonía en la que se empezó a pensar a la condición jurídica del anciano y su lugar en la sociedad. Ésta problemática jurídica fue instalada en la comunidad juscientífica rosarina y argentina por el maestro trialista **Miguel Angel CIURO CALDANI**[202]. En el marco del *Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* de la *Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, el 21 de junio de 1995 creó el *Área de Derecho de la Ancianidad*[203], quedando organizada bajo la coordinación de la **María Isolina DABOVE CARAMUTO**. El 13 de diciembre de 2001 el Area tomó jerarquía de instituto de investigación interdisciplinario y autónomo, adoptando el nombre de: **Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad**[204]. Construido con sus bases en una investigación doctoral, hasta la fecha, es el único instituto jurídico universitario abocado a esta temática con exclusividad, en Argentina, Latinoamérica y Europa. Desde sus orígenes, ha logrado levantar un puente intelectual entre España y Argentina gracias a *Los Derechos de los Ancianos*[205]*.* Es así como ha ido generando actividades de investigación, docencia y extensión, produciendo frutos científicos colectivos e individuales en un marco teórico tridimensional.

---

habían accedido previamente, salvo por algunos precursores lejanos, filósofos que estaban munidos de armamento teórico sustancialmente diferente. V. **NINO, C. S.;** *Ética y Derecho Humanos...,* ob. cit., pág. 7.

[202] V. **CIURO CALDANI, Miguel Angel**; "Derecho de la Ancianidad" en *Investigación y Docencia*, N° 12, Rosario, 1992; "Comparación jusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad en *Investigación y Docencia* N° 25, Rosario, 1995.

[203] **RESOLUCIÓN Nº 263/95** Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario

[204] **RESOLUCIÓN Nº656/01** Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario

[205] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. B. J.;** *Derecho de la Ancianidad...,* ob. cit.

Desde el paradigma iusfilosófico trialista que tomo como referencia, se afirma que el Derecho es un fenómeno complejo, constituido por adjudicaciones, normas y valores. Estamos frente a un campo homogéneo tejido con componentes heterogéneos[206]. Es un todo, un sistema, resultante de relaciones establecidas entre elementos específicos, por sus propiedades, y determinados por sus funciones[207].

Este concepto de Derecho, en consonancia con un Modelo Jusfundamental, ha logrado vehiculizar la integración de los datos de la Gerontología y los valores de la Nueva Ética de la Ancianidad dando respuestas a los desafíos planteados por los Derechos Humanos. De esta forma, a pesar de la dispersión de los preceptos legales sobre el particular, se fue construyendo tridimensionalmente una nueva rama del Mundo Jurídico a partir de las necesidades de los ancianos y las exigencias valorativas. a pesar de la dispersión de los preceptos legales sobre el particular.

D. Algunas conclusiones.

El nuevo paradigma inclusivo de la ancianidad recibe los beneficios y dificultades de lo multidisciplinar. Es que la **Gerontología** se ha constituido por medio de diversas disciplinas nucleadas sólo por una temática en común: el viejo, la vejez y el envejecimiento. Dado este contexto, la búsqueda de criterios unificadores siempre estuvo presente. Mas al intentar iluminar la cada vez más extendida práctica profesional desde consideraciones éticas, se

[206] V. **LEWIN, Roger**; *Complejidad. El caos como generador del orden*, trad. J.G. López Giux, Barcelona, Tusquet, 1995; **MORIN, Edgar** ; *Introducción al pensamiento complejo*, 1º ed., 9º reimp., trad. M Pakman, Barcelo, Gedisa, 2007.

encontraron con inconvenientes para congeniar diversas miradas reduccionistas.

Entre psicólogos, sociólogos, economistas, juristas y médicos han evaluado la vida moral del mayor sólo en clave de adaptación al entorno o de integración social, de cotización o aportación económica al erario público, o en clave de cesión de voluntad a otros para que administren los últimos años de su vida. Derivado de la superespecialización, existe el peligro de descomponer al sujeto moral en partes, abordándolo cada disciplina desde una ética profesional especial. Como bien lo señala **Agustín MORATALLA**, fue necesario buscar como referente común a la **Bioética**, ética de la vida, para captar la complejidad moral de la ancianidad sin correr el riesgo de quedarse sin sujeto moral.

En la Bioética encontramos dos tradiciones, la norteamerica y la continental. Si bien hay divergencias, en ambas los interrogantes dilemáticos dan cabida al planteo de un **nuevo Humanismo**. Un sistema ético que no puede dejar de tener en cuenta al hombre de fin de siglo, simultaneamente acuciado y salvado por la tecnología.

Esta aparatología aplicada a la prolongación de la vida y a la búsqueda de su mayor calidad, tuvieron una influencia directa en la vida anciana; consecuentemente en el problema del envejecimiento global y el

---

[207] V. **GRÜN, Ernesto**; *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Buenos Aires, 2004.

multigeneracionismo. Pero es preciso señalar que entre Bioética y Ética de la Ancianidad podemos señalar una retroalimentación. El aporte de la Bioética le brindó a esta área de estudio un soporte unificador; pero a su vez, la profundización en el conocimiento de la condición anciana desafió los fundamentos de la Bioética más difundida y de la Ética Médica tradicional sobre la que ella descansa.

Es que en el origen de esa ética profesional existe una estructura conformada con rasgos artistocráticos, juveniles, saludables y paternalistas. Es aristocrática, en el doble sentido de la expresión: que se hereda de padres a hijos y que conlleva una lata posición económica y social; es juvenil, en tanto que sólo los jóvenes son sujetos éticos; es saludable, atento a que sólo los sanos pueden ser buenos. Y su paternalismo consiste en que el médico conoce mejor que el paciente lo que es bueno para él.

Esa actitud claramente **paternalista** del médico hipocrático considera a los enfermos como incapacitados morales y, por tanto, como personas que no pueden ni deben decidir sobre su propia enfermedad. Ahora bien, como se asociaba el concepto de ancianidad con el de enfermedad, al anciano no le quedaba otro lugar que ser paciente de un paternalismo médico; estructura de poder que se replicaba, a su vez, en el sistema económico, político, cultural y jurídico.

Mas, aquel tratamiento hipocrático también tenía otra faceta, que quizá conviniera denominar **maternal o maternalista**. Consiste en el exquisito cuidado para hacer soportable, llevadera y hasta grata la enfermedad. Es la condición anciana, la que sin excluir las intervenciones curativas, va a profundizar los alcances del servicio del cuidado. Refuerza la función maternalista del médico, y en el ámbito gerontológico la reevaluación de sus criterios lo conducirá a una **ética del cuidado responsable**.

En tanto que en el plano político, la temática irá al compás de los Derechos Humanos. Acompañando su proceso de especificación, el trato justo en la diversidad será el *leit motiv* del Derecho de la Ancianidad. Pues, esta nueva rama jurídica ha absorbido elementos axiológicos de la Bioética, estructurándose con los formatos y desarrollos que sufrieran los derechos del hombre durante la segunda mitad del siglo XX.

Si buscamos precisar los conceptos veremos que el de **Derechos Humanos** y **Derechos Fundamentales** están íntimamente vinculados, como también lo han estado históricamente con el de **Derechos Naturales**. En la dinámica juspolítica posmoderna éstos juegan papeles complementarios**.** Así, encontramos, por un lado, a los Derechos Humanos que se constituyen como la actual *justicia de llegada* de occidente, y por otro, a los Derechos Fundamentales, su *justicia procedimental*, eje del sistema del Estado Constitucional de Derecho.

Gracias a este juego jurídico el Modelo Jusfundamental de la Vejez podrá abandonar el ámbito de la discrecionalidad gubernamental, lugar en el que estuvo cómodamente alojada la temática de la ancianidad en el último siglo y medio. Este Modelo busca regir los movimientos del anciano desde y a través de los derechos, desde y a través el **derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos**. Es así como este derecho fundamental, médula del Derecho de la Ancianidad, es el encargado de ensamblar las piezas candentes de la Nueva (Bio) Ética de la Ancianidad con la férrea tradición de los Derechos Humanos. Construido sobre los cimientos del Estado Constitucional de Derecho, se abre a las exigencias valorativas a través de un Iuspositivismo Incluyente, sin despegarse de las necesidades básicas de los ancianos, en una realidad marcada por lo heterogéneo.

En consonancia con las apetencias jusfundamentales, asidos de un concepto de Derecho complejo -que vincula las adjudicaciones, las normas y los valores- se ha logrado vehiculizar la integración de los datos de la Gerontología, los valores de la Nueva Ética de la Ancianidad, para dar respuestas a los desafíos planteados por los Derechos Humanos. De esta forma se va construyendo una nueva rama del Mundo Jurídico a partir de las necesidades de los ancianos y las exigencias valorativas, a pesar de la dispersión de los preceptos legales sobre el particular.

Capítulo III

El Derecho de la Ancianidad: pilar objetivo del Modelo Jusfundamental

A. Un punto de partida complejo y problemático: la calidad de vida como necesidad básica

1. Los vericuetos de la calidad de vida

El interés por la Calidad de Vida ha existido desde **tiempos inmemorables**; pero la aparición del concepto como tal y la preocupación por la evaluación sistemática y científica del mismo, es relativamente reciente. En un primer momento, la expresión Calidad de Vida aparece en los debates públicos en torno al medio ambiente y al deterioro de las condiciones de vida urbana. Durante la **década del 50 y a comienzos de los 60**, el creciente interés por conocer el bienestar humano y la preocupación por las consecuencias de la industrialización de la sociedad hacen surgir la necesidad de medir esta realidad a través de datos objetivos. Así como es como se inicia el desarrollo de los indicadores sociales, esos instrumentos estadísticos que permiten cuantificar datos y hechos. En un primer momento, hacen referencia a las condiciones *objetivas* de tipo económico y social, para luego mutar y contemplar elementos *subjetivos*[208].

El desarrollo y perfeccionamiento de los indicadores sociales, a **mediados de los 70 y comienzos de los 80**, provocará el proceso de diferenciación entre éstos y la Calidad de Vida. La expresión comienza a definirse como concepto integrador que comprende todas las áreas de la vida y hace referencia tanto a condiciones objetivas como a componentes subjetivos.

[208] V. **NUSSBAUM, Matha C.; SEN, Amartya** (comps.); *The Quality of Life,* Oxford, Clarendon Press, 1993.

En la actualidad, ello se refleja en los diversos modelos conceptuales que hacen referencia a la Calidad de Vida. A saber:

> *...como la calidad de las condiciones de vida de una persona (a), como la satisfacción experimentada por la persona con dichas condiciones vitales (b), como la combinación de componentes objetivos y subjetivos, es decir, Calida de Vida definida como la calidad de las condiciones de vida de una persona junto a la satisfacción que ésta experimenta (c) y, por último, como la combinación de las condiciones de vida y la satisfacción personal ponderadas por la escala de valores, aspiraciones y expectativas personales (d).* [209]

A pesar de que el interés por la calidad de la vida, en tanto felicidad, es un tema frecuente desde tiempos inmemoriales, y las primeras reflexiones sobre el particular las encontramos en los filósofos griegos; es recién a partir de la década de 1950 que se empezó a utilizar este término como un indicador científico y tecnológico. Este instrumento estadístico ha ido sufriendo modificaciones debido a su empleo en distintos ámbitos y tipos de investigaciones[210]. Principalmente, es aplicado en el área de la Economía, de la Salud, de la Educación, de la Política y en el mundo de los servicios en general. Mas su uso en el ámbito jurídico, es conflictivo[211].

---

[209] *La inclusión del término en la primera revista monográfica de EE UU, "Social Indicators Research", en 1974 y en "Sociological Abstracts" en 1979, contribuirá a su difusión teórica y metodológica, convirtiéndose la década de los 80 en la del despegue definitivo de la investigación en torno al término.Transcurridos **20 años**, aún existe una falta de consenso sobre la definición del constructo y su evaluación.* V. **GOMEZ, María; SABEH, Eliana N**.; "Calidad de vida. Evolución del concepto y su influencia en la investigación y la práctica" en Revista del Instituto de Integración en la Comunidad (INICO), Universidad de Salamanca (España), www.usal.es/~inico/investigación/invesinico/calidad (03/03/2008)**; DYER, Christopher;** *Niveles de vida en la Baja Edad Media. Cambios sociales en Inglaterra c. 1200-1520,* trad. Maiona Vilalta, Barcelona, Crítica, 1991. **TONON, Graciela;** *Calidad de vida y desgaste profesional. Una mirada del síndrome de burnout,* 1° ed., Buenos Aires, Espacio, 2003; **OBLITAS, Luis A.** (coord.); *Psicología de la salud y calidad de vida,* México, Thomson Learning, 2004.

[210] Su mayor alteración se ha operado al pasar de investigaciones cuantitativas a cualitativas, o mixtas, e incorporar elementos subjetivos.

[211] V. **PODETTI, Humberto A**.; *Política social*, Bs. As., Astrea, 1982.

El profesor **Eduardo RONDELLI**[212] en una atinada síntesis nos detalla su evolución. En un primer momento, el indicador se asocia a la Economía tomando el término de **renta per cápita** para cuantificar la participación del individuo en el Producto Bruto Interno (PBI). Con posterioridad, se busca agregarle elementos que den cuenta del grado de desarrollo socio-cultural del individuo, denominándolo **nivel de vida**. Con el advenimiento del Estado de Bienestar, se busca estudiar el grado de **bienestar social** de la persona. Y por último, se le ha agregado una escala de valores post-materiales designándolo como **calidad de vida** propiamente dicha[213].

En resumidas cuentas, repasando este breve recorrido por la evolución histórica del concepto de calidad de vida y su situación actual, ha ido variando, en gran medida, gracias a la incorporación de componentes. Desde un origen económico, se agregaron miradas culturales, jurídicas, psicológicas y políticas. Dado que cada elemento hace referencia a un tipo de inclusión del individuo en su entorno, se explica su uso asiduo en el nuevo paradigma de la vejez. Con este indicador es posible marcar los distintos grados de **inclusión** de una persona.

---

[212] Ver **CUADRO N° 2** Concepto de Calidad de Vida (elaborado por Eduardo Rondelli)

[213] *Los primeros intentos se hicieron buscando su fundamentación en la economía, y entonces aplicó la **"renta per capita" o el PBI**. Sin embargo, el desarrollo de un país está más allá de los indicadores económicos, entonces surgió el concepto de **nivel de vida (o standart de vida**) en un intento de agregar a los indicadores económicos algunos indicadores de desarrollo socio-cultural. De allí surgen los NBI que propugna la ONU en 1954. A todo esto, ya desde mucho antes, se hablaba de bienestar social a punto tal que en 1787 la Constitución norteamericana de Filadelfia dice "promover el bienestar general" pero no fue hasta cien años después con Bismark que aparecen las primeras manifestaciones del estado de bienestar. El concepto de **bienestar social** se refiere entonces al orden social para promover la satisfacción de las necesidades individuales que son compartidas así como también las pluripersonales. Aquí aparecen entonces los derechos humanos, los derechos de la ancianidad, etc. Estos factores (de bienestar social) por ser una realidad externa son apreciables por los demás, son más objetivos porque se refieren a condiciones y circunstancias de una realidad social y se parte de unas mínimas que son indispensables. (...) Hoy se toma como concepto de "**calidad de vida**" al bienestar social incorporando la nueva escala de valores "post-materiales" que son fundamentalmente tres: participación, autorealización y protección ambiental.* V. **AA.VV**.; *Salud en la Tercera Edad y Calidad de Vida*, Vol. 4, Núm. 1, Año 2002.

La riqueza que presenta el término calidad de vida gracias a su complejidad adquirida, muchas veces reverbera en una mayor dificultad en las aplicaciones prácticas. En el ámbito jurídico, lamentablemente, en torno al mismo muchas veces reina la confusión. Se emplea para situaciones dispares. En la doctrina, jurisprudencia y legislación argentina, el concepto de calidad de vida, en general, es un tema novedoso y aún incierto[214] y lejos está de valorase en forma especial la calidad de vida de los ancianos.

En la *Doctrina* se lo asocia al concepto de **bienestar**[215] y **pobreza**[216]. También se lo encuentra en conexión con el **daño al proyecto de vida**[217]. Y en otro sentido, se lo emplea al referirse a la situación de los **discapacitados**[218]**.** Un tercer grupo muy nutrido, encuentra en este concepto,

---

214 V. **RONCHETTI, Fernando**; "El concepto de calidad de vida como criterio de valoración en el Derecho" en *Investigación y Docencia*, N°39, pág. 97; **AA.VV.;** *Calidad de vida y derecho,* La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N. de la Plata), 1993; **GHERSI, Carlos A.** (coord.); *Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona,* Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 1997; **ALBANESE, Susana;** "El amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida" en *La Ley,* Doctrina, N° 77, 1991.

215 Por ejemplo, v. **BOTASSI, Carlos A**.; "Vivienda, salud y educación.Derechos del ciudadano y deber del Estado*"* en *JA* 2007-III-1444.

216 Por ejemplo, v. **GIALDINO, Rolando E**.; "La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos" en *JA* 2003-I-1079; **GHERSI, Carlos A**.; "Proceso de cuantificación de daños. Los conceptos de calidad de vida y pobreza" en *SJA* 3/10/2007; **ALBANESE, Susana**; "Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida" en *JA* 2002-IV-473.

217 Por ejemplo, v. **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**; "El daño al proyecto de vida" en *Derecho PUC* (revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica), N° 50, Lima, diciembre 1996.

218 Por ejemplo, v. **FERREIRA, Isabel**; "Derechos humanos y discapacidad: legitimación activa de la Defensoría del Pueble de la Ciudad de Buenos Aires en materia de discapacidad y derecho a la accesibilidad" en JA 2002-II-1405; **ROSALES, Pablo O**.; "La discapacidad en las leyes 22431 y 24901 y modificatorias: la persona con discapacidad como sujeto de derecho", en JA 2002-II-1411; **VILLAVERDE, María S**.; "La respuesta judicial a las personas con discapacidad (El señorío de la llamada del otro a mi responsabilidad respecto a él)" en JA 2002-II-1421; **ALBANESE, Susana**; "Las personas con discapacidad (Algunas regulaciones del derecho internacional)" en JA 2002-II-1386.

una buena herramienta **bioética[219].** Incluso, es empleado también como criterio de determinación de la calidad del **servicio de salud[220]**.

En cuanto a la *jurisprudencia,* encontramos el término asociado mayormente al de **pobreza[221]** como un criterio de evaluación de las condiciones de vida. También en referencia a las nuevas ramas jurídicas del **Bioderecho**[222], en conexión con la Bioética, y el **Derecho Ambiental[223]**, a fin de determinar los daños ocasionados. La diversidad en el tratamiento es muy marcada al recorrer los diferentes ámbitos de juzgamiento. En los tribunales *Civiles y Comerciales,* el concepto es utilizado en la determinación de daños y perjuicios, especialmente asociado al daño moral y al daño al proyecto de vida. En el ámbito *Contencioso Administrativo* es empleado como mecanismo de dignificación del hombre, extrayéndolo de las condiciones de pobreza. Mientras que en los juzgados de *Familia* se recurre al concepto de calidad de vida principalmente con el fin de contemplar la faz emocional del ser humano. Y por último, existe un caso curioso en un juzgado en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, en el cual en torno a los fallos del magistrado **HOOFT** se ha conformando una especie de fuero *Bioético*, en el cual el

---

[219] Por ejemplo, v. **HIRUELA, Omar F.; HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María del Pilar**; "El denominado *testamento vital* y derecho de morir dignamente" en JA 2004-IV-1111; **MACHADO PELLONI, Fernando M**.; "El médico, el paciente y el derecho a una muerte digna (Introducción a un análisis liberal-restrictivo)" en JA 1999 - III- 792; **MACKINSON, Gladys J.**; "Sobre la dignidad y la calidad de vida" en JA 1999-IV-927; **MEDINA, Graciela; WINOGRAD, Carolina**; "El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte (El caso de Ms. B.)" en JA 2002-II-979; **BÍSCARO, Beatriz; SANTANGELO, María V**.; "El derecho a que se respete la dignidad del paciente. Solicitud de los progenitores." en JA 2007-II-468; **MORELLO, Augusto M. ; MORELLO, Guillermo C.**; "Las directivas anticipadas en un fallo notable" en JA 2005-IV-458.

[220] Por ejemplo, v. **TRAVIESO, Juan Antonio**; "Derecho a la salud y calidad de vida jurídica" en La Ley Litoral - 2001, pág. 257.

[221] Por ejemplo, v. Corte Suprema, Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional y Provincia de Chaco, 18/09/2007; Corte Suprema, Ramos, Marta R. Y otros v. Provincia de Buenos Aires y otros, 12/03/2002; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3°, B., H. E. V. Empresa Líneas Marítimas Argentinas S. A., 17/07/2003.

[222] Por ejemplo, v. Juzg. Crim. Y Corr. Transición Mar del Plata, N° 1, H. R. A. s/amparo, 10/05/2004; Juzg. Familia Niñez y Adolescencia Neuquén N° 2, N.N., 20/03/2006.

[223] Por ejemplo, v. C. Fed. La Plata, sala 3°, Mazzeo, Alicia S. v. YPF S.A., 30/06/2003.

concepto de calidad de vida es ampliamente usado en referencia al último período de la vida y al de la muerte digna.

En el ámbito *legislativo,* la presencia aún es más difusa que en la doctrina y jurisprudencia. Si bien se ha empezado a apelar a este término en leyes dictadas en las últimas décadas, su contenido es sumamente abierto e impreciso. Así encontramos en la Constitución Nacional el artículo 75 inciso 2[224] sobre las atribuciones del Congreso que, al determinar criterios de distribución de recursos, lo asocia a los conceptos de **desarrollo e igualdad de oportunidades**. En el Proyecto del Código Civil de 1998 es considerado como un **derecho personalísimo**; con esta misma orientación es empleado por los motores de búsqueda de las empresas proveedoras de información jurídica. **Noemí NICOLAU** nos informa que *en los últimos tiempos se han dictado varias leyes que aluden a la calidad de vida, aunque sea de manera marginal, pero en ninguna de ellas se intenta definirlo. Pueden citarse, por ejemplo, el artículo 63 de la Ley 24.051 de Residuos peligrosos; los artículos 52 y 89 de la Ley 26.206 de Educación Nacional y el artículo 8 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.*[225] Efectuada una búsqueda sistemática, se ha hallado la vinculación de este término con diversas problemáticas. A saber: **medio ambiente** (por ejemplo, Ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, y la Ley 26.338 de Agua Potable y Desagües Cloacales, ambas del 2007), **educación** (la ya citada Ley 26.206 del 2006), **actividad científica** (por ejemplo, Ley 24.512 Convenio de Cooperación científica con el Gobierno de Jamaica de 1995), **discapacidad** (por ejemplo, Ley 25.643 sobre

[224] **CONSITUCIÓN NACIONAL** Artículo 2 *La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, **calidad de vida** e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.*

[225] V. **NICOLAU, Noemí L**.; "Significación de la metodología trialista aplicada a la construcción de las nociones jurídicas. (Un ejemplo: el derecho a la calidad de vida)" en *Dos Filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, coord. Miguel Angel Ciuro Caldani, 1°, Rosario, FIJ, 2007, pág. 153.

turismo accesible para personas discapacitadas del 2002 y la Ley 25.280 que ratifica la Convención sobre discriminación de personas con discapacidad del 2000), **trabajo** (por ejemplo, la Ley 24700 sobre el régimen de contrato de trabajo del 1996), **niñez y adolescencia** (por ejemplo, Ley 24.628 modificatoria del convenio con el banco interamericano de desarrollo de 1996 y la ya citada Ley 26061 de 2005), **jubilaciones y pensiones** (por ejemplo, Ley 25615 sobre el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados del 2002) y **ancianidad** en forma genérica (por ejemplo, la Ley 24.658 que ratifica el Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996).

En fin, en el ámbito jurídico nacional, el término es empleado en sus múltiples acepciones: como renta per cápita, nivel de vida, bienestar social y el más reciente de calidad de vida, sin adquirir preponderancia ninguno de ellos. Todo dependerá, en gran medida, del ámbito en el que se lo emplee. A la sazón, a la manera de un concepto camaleón, adopta el contenido en referencia al contexto en el cual es utilizado.

Mas el concepto de calidad de vida es insoslayable a la hora de tratar con el derecho fundamental de la ancianidad. La calidad de vida es aquello que se debe dar a los ancianos o aquello que se desea alcanzar[226]. Todas las adjudicaciones parten y vuelven a él, en tanto objeto de reparto y meta deseable. Pero a pesar de presentarse como un material sumamente escurridizo, en referencia a los ancianos, existe un área de consenso. Tanto la bibliografía gerontológica como los instrumentos internacionales son contestes al brindar un alto grado de definición[227]. En el área en estudio, el uso coincide

[226] V. **GARCÍA CONDE, Soledad** (coord.); *La situación de los adultos mayores en la Ciudad de Buenos Aires* en "Informe de Situación Social de la Ciudad de Buenos Aires", G.C.B.A., 2003, pág. 37**; LOLAS, Fernando;**"Estudio cualitativo de la calidad de vida en el senescente. Una propuesta metodológica." en *Vertex*, N° 29, Rev. Argentina de psiquiatría, Vol. VIII, 1997.

[227] V. **AA.VV**; *Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2009; **CRUZ RODRIGUES, Patricia; BARROS CONCEICAO ANDRADE, Shirley; MANCUSSI**

con el último desarrollo del concepto de calidad de vida empleado en las investigaciones multidisciplinarias.

Los expertos en Gerontología han logrado asignarle un contenido con alto grado de consenso. Éste incluye elementos objetivos y subjetivos articulados en torno al concepto de **envejecimiento óptimo**.

> *Existen tres tipos de envejecimiento: el envejecimiento normal, el patológico y el envejecimiento **óptimo o satisfactorio**. El envejecimiento satisfactorio lo obtienen aquellas personas mayores que favorecen la promoción de su salud (física y psicológica), fomentando su autonomía, mediante la práctica de ejercicio físico o el entrenamiento de sus capacidades cognitivas, mejorando su autoestima, manteniendo hábitos de vida saludables, etc., de forma que eviten, en la medida de lo posible la dependencia y el aislamiento con el establecimiento, por ejemplo de redes sociales. La puesta en práctica de estos aspectos influirá, como consecuencia, de forma positiva en su **calidad de vida** haciendo posible que se encuentren en las mejores condiciones físicas, psicológicas y sociales, experimentando por tanto, un envejecimiento óptimo[228].*

Como adelantábamos, ese mismo consenso está presente en los *instrumentos internacionales*. Esta coincidencia no es sorprendente dado que los documentos se han basado en los postulados de la Nueva Ética Gerontológica al tejer sus recomendaciones y directrices. Ello es posible apreciarlo simplemente recorriendo sus índices y acápites principales. Es que la técnica legislativa empleada en la redacción de estos documentos ha organizado su contenido a partir de los elementos clave que constituyen el concepto de calidad de vida de los ancianos.

El concepto de calidad de vida de los ancianos ha sufrido muy pocos cambios sustanciales en el transcurso de su corta pero ajetreada historia

---

E FARO, Ana Cristina; "Envelhecimento, sesualidade e qualidade de vida: revisao da literatura" en *Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento*, Vol. I, Porto Alegre, 1999, pág. 205 y ss.

[228] V. **LOSADA, A.**; *Edadismo: consecuencias de los estereotipos, del prejuicio y la discriminación en la atención a las personas mayores. Algunas pautas para la intervención*, Madrid, Portal Mayores (Imserso), 2004.

internacional. Sus movimientos solo se circunscriben a una cada vez más delineada consideración de sus elementos constitutivos, brindando mayor certeza con respecto a las necesidades básicas de los ancianos. Será en torno a estas necesidades que se irán creando diversos productos normativos.

En definitiva, a la luz de la Nueva Ética de la Ancianidad, en los instrumentos internacionales han logrado identificar una serie de necesidades básicas de los ancianos que conforman el sustrato y presupuesto del derecho fundamental a la calidad de vida de los mismos. Ahora nos resta esclarecer de que manera las necesidades básicas adquieren *status* jurídico.

2. El carácter normativo de las necesidades básicas

Nos encontramos con muchas vejeces; mas a la luz lo inclusivo, aquello que necesitan los ancianos tiene patrones comunes. El empuje del cambio paradigmático se viene operando desde hace ya más de treinta años por dos vías. Por un lado, intermediado por la labor cotidiana de los profesionales gerontológicos insertos en las instituciones, y por otro, a través de la recepción por parte de algunos dirigentes, de las recomendaciones acordadas en los instrumentos internacionales. Uno y otro cauce, coinciden plenamente en lo que entienden como necesidades básicas de los ancianos, objeto repartidero de las adjudicaciones justas[229]. Cotando, así, con un alto grado de consenso en el nivel científico-tecnológico y el político, es oportuno preguntarse por la función que cumplen en el Derecho ese puñado de necesidades básicas.

---

[229] V. **GUILLEMARD, Anne Marie**, *Análisis Comparativo de las Políticas de vejez en Europa*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, 1992; **AA.VV.;** *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991; **INSERSO;** *La tercera edad en España: necesidades y demandas. Un análisis de la encuesta sobre necesidades sociales y familiares de la tercera edad***,** Madrid, Inserso, 1991; **IACUB, Ricardo**; *Proyectar la vida. El desafío de los mayores*, Buenos aires, Manantial, 2001; *Erótica y vejez. Perspectivas de occidente*; Buenos Aires, Paidós, 2006

En el Estado Constitucional de Derecho, roca angular del Modelo Jusfundamental, las necesidades básicas fundan a los derechos humanos[230], obrando como argamasa en la construcción jurídica. Si bien autores destacados, tales como **Norberto BOBBIO** y **Victoria CAMPS** le niegan importancia a la fundamentación de los derechos humanos[231], un nutrido grupo lo cree necesario, al menos desde un punto de vista práctico[232]. Se sostiene que, al decidir en la cotidianeidad jurídica en un sistema democrático, tarde o temprano será ineludible fundamentar, dar razones de lo resuelto. Por lo que desde un punto de vista práctico, la fundamentación de los derechos humanos aparece como necesaria.

Ahora bien, concentrándonos en la problemática de la normatividad de las necesidades básicas, se destacan en el horizonte múltiples formas de vinculación entre las necesidades y el orden normativo. Corriendo el riesgo de la simplificación, presentamos cuatro teorías. La conexión puede ser entendida, por la fusión existente entre hecho y valor -aquellas que parten de un modelo antropológico verdadero y bueno. O bien, por el puente construido entre el hecho y el valor, -en tanto condiciones mínimas de un planteo moral. Por otra parte, también existen posturas que consideran que la vinculación es estrictamente instrumental. Y finalmente, están aquellas que consideran las

---

230 Somos conscientes que la fundamentación de los derechos humanos a partir de las necesidades básicas es una entre tantas, y junto con la autora no desconocemos que tanto el término derechos humanos como necesidades básicas, no solo son conceptualmente imprecisos sino que tienen una fuerte carga emotiva. Por lo que pone en claro los límites conceptuales del término, asignándole tres notas distintivas. La noción de sufrimiento o daño concurre junto con la insoslayabilidad y ausencia de una situación alternativa o, imposibilidad de una situación futura sustitutoria, de acuerdo con una previsión lo más realista posible. Es esta intersección la que remite a la idea de un bien no negociable, o de una situación en circunstancias no negociables que no permiten una alternativa real.

231 V. **PRIETO SANCHÍS, Luis;** *Estudios sobre derechos...*, ob.cit., pág. 17.

232 *Los problemas de orden justificatorio se ponen de relieve, como piedra de toque de los derechos humanos, en todo lo relativo a su aplicación, interpretación o la toma de una decisión desde alguno de esos derechos y, no digamos ya cuando estamos ante un conflicto entre algunos de ellos, porque a estos efectos los criterios relevantes no son tanto los derechos en sí cuanto la justificación racional de la decisión y, en ese sentido lo que cuenta son los criterios de fundamentación.* V.**AÑÓN ROIG, M. J.;** *Necesidades y derechos...* ob.cit., pág. 262.

necesidades como razones prima facie en la justificación de las decisiones. Repasaremos brevemente cada una adelantando nuestra adhesión a aquella que recurre a la carga argumentativa, a las razones suficientes o buenas razones que fundan derechos.

a) Tanto en **ARISTÓTELES**[233], como en **E. FROMM**[234] y **A. MASLOW**[235] las necesidades producen Derecho a través de la **fusión existente entre hecho y valor**. Si bien estos autores se diferencian notoriamente en cuanto a las consecuencias de sus sistemas, todos parten de un modelo antropológico verdadero y bueno.

> *...se puede explicar y apelar a las necesidades humanas de un modo fructífero, solo frente a una creencia básica sobre la naturaleza humana común y naturalezas individuales especificas que contienen ciertas capacidades potenciales inherentes (como algo distinto de meras posibilidades), cuyo desarrollo implica la satisfacción de necesidades. Precisamente, la consideración de dicha relación y la conceptualización de la naturaleza humana como a priori ontológico es lo que ha llevado a un buen número de autores a sostener que las necesidades permiten establecer el salto entre ser y deber ser, que resulta posible moverse desde enunciados de hecho a enunciados prescriptivos, y apoyan los primeros enunciados en necesidades."*[236] *"De acuerdo a tales presupuestos concluyen que en las necesidades se produce una fusión entre hecho y valor. Es decir, que el conocimiento sobre las necesidades capacita para establecer valores que tienen una validez objetiva.*[237]

Esta forma de entender la vinculación entre las necesidades y el Derecho, se podría sintetizar por medio de un razonamiento tridimensional. El

---

233 V. **ARISTÓTELES**, *Ética a Nicómaco,* Edición bilingüe y trad. M. Araujo y J. Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959; *Metafísica*, Edición bilingüe de V. García Yebra, Madrid, Gredos, 1970.

234 V. **FROMM, Erich**; *Ética y psicoanálisis*, trad. Heriberto F. Morck, México, FCE, 1953; *La condición humana actual,* trad. G. Steenks, Barcelona, Paidós, 1981; *Marx y su concepto del hombre*, trad. Julieta Campos, México, FCE, 1978.

235 *V.* ***MASLOW, Abraham****; Motivation and Personality*, New York, Harper, 1954; "A theory of Human Motivation" en *Psichological Review*, vol. 50, 1943, págs. 370-396.

236 V. **AÑÓN ROIG, M. J.;** *Necesidades y derechos...* ob.cit., pág. 204.

237 V. **AÑÓN ROIG, M. J**.; *Necesidades y derechos...* ob.cit., pág., 206.

individuo para realizarse como persona necesita ciertos bienes (hecho). Como es bueno realizarse como persona, también lo será el satisfacer esas necesidades (valor). Por lo que las normas justas deben satisfacer, o facilitar la satisfacción, de ciertas necesidades que pueden ser comprendidas en un *listado con determinado contenido* (normas).

b) En tanto que en autores como **C. S. NINO**[238], **M. BUNGE**[239] y **J. RAWLS**[240] el concepto de necesidades, juega el papel de **puente entre el hecho y el valor,** conformando de esta forma al sujeto moral.

> *Esta consideración permite establecer una especie de **límite inferior del orden moral** cuyo criterio básico giraría en torno a un prejuicio a favor de la pervivencia del agente humano, es decir, a favor de mantener aquellas condiciones que son necesarias para que el ser humano pueda realmente actuar como agente y, en este sentido ser sujeto de la moral. En un sentido similar, Carlos S. Nino sostiene que las necesidades categóricas pueden identificarse con aquellos estados de cosas que **son prerrequisitos de la autonomía personal**, entendida como libre aceptación de principios para guiar la propia conducta, por tanto donde el sujeto no se identifica con un sistema de fines que predeterminan su forma de vida.*[241]

También aquí puede pensarse en un razonamiento tridimensional. Para ser un sujeto moral se necesita un mínimo de autonomía, una esfera en la

---

238 V. **NINO, Carlos Santiago**; *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; *Introducción Filosófica a la Acción Humana*, Buenos Aires, Eudisa, 1987; "Autonomía y necesidades básicas" en *Doxa*, N° 7, 1990, págs. 21-34; "Sobre los derechos morales" en *Doxa*, N° 7, 1990, págs. 311-325.

239 V **BUNGE, Mario**; *Treatise on Basic Philosophy*, Vol. 8: *Ethics*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1989; *La investigación científica*, trad. Manuel Sacristán, Barcelona/Caracas/México, Ariel, 1976.

240 V. **RAWLS, John**; *Teoría de la justicia*..., ob. cit., *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. Miguel Angel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986; *Sobre las libertades*, trad. J. Vigil Rubio, Barcelona, Paidós, 1990.

241 V. **AÑÓN ROIG, M. J.;** *Necesidades y derechos*... ob.cit., pág. 209.

cual sea libre de otro y de la autoridad (hecho). Como es buena[242] la existencia de sujetos morales, es bueno satisfacer las necesidades relacionadas con la pervivencia de la autonomía (valor). Las normas justas deben satisfacer, o facilitar la satisfacción de las necesidades relacionadas con la pervivencia de la autonomía, que mayormente son de carácter *procedimental* (normas). Sobre esa plataforma, por ejemplo, **NINO** propone los principios de autonomía, de inviolabilidad y dignidad de la persona, poniendo un límite al perfeccionismo, al utilitarismo y al determinismo normativo[243].

c) Los autores que sostienen una posición **instrumentalista**, desconocen la existencia de fines últimos valiosos *a priori*, como sí lo hacen los del primer grupo. Constantemente evitan caer en la falacia naturalista, en tanto que no puede desprenderse del ser ningún deber ser. Por lo que estiman que algo puede ser necesario para acceder -instrumental- a un fin determinado, pero nada asegura que esos fines sean buenos *a priori*. Esta desvinculación de los fines *a priori* produce una ausencia de jerarquía objetiva de necesidades, dependiendo solo de cada sujeto. Consideran que no hay nexo lógico entre lo que el sujeto dice necesitar y lo que efectivamente necesita. En definitiva, dado que son instrumentales, siempre es posible preguntarse por qué o para qué ante la descripción de una necesidad. Si afirmo que necesito algo pero no expreso para qué, ello sería tan sólo un anhelo o un deseo pero nunca una necesidad.

> *...es posible afirmar que los hombres necesitan determinadas cosas en el plano de los hechos y esto puede no ser deseable en el plano moral. La presunción de que una necesidad, una vez establecida, debe ser satisfecha, tiene su origen en la confusión*

[242] *...calificamos algo como bueno porque es objeto de nuestras necesidades y pretensiones y no al contrario, esto es, que algo es objeto de una necesidad humana porque lo hemos juzgado como bueno.* V. **AÑÓN ROIG, M. J.;** *Necesidades y derechos...* ob.cit., pág. 216.

[243] V. **NINO, C. S.;** *Ética y Derecho Humanos...,* ob. cit., págs. 49 y ss.

entre las exigencias que comportan y la utilización que puede hacerse de ellas con carácter normativo.[244]

En el terreno jurídico, es así como algunos autores, como **A. WHITE**[245] y **R. FITZGERALD**[246], le niegan capacidad normativa a las necesidades.O a lo sumo, como es el caso de **P. W. TAYLOR**[247] quien le asigna el peso de una normatividad débil, en tanto que meras recomendaciones para la acción[248]. Mas G. **THOMSON**[249], aún alineado en esta postura, considera que esta visión es incompleta ya que no tiene en cuenta a la necesidad práctica. El concepto de necesidades hace referencia a situaciones o estados de cosas que proveen al sujeto de razones para la acción y en este sentido son normativas. La determinación del concepto no puede quedar limitada a la capacidad de cada sujeto para dar razones de sus propias necesidades, sino que éstas contienen **algún elemento objetivable**[250]. Justamente, desde esta fisura a la postura instrumentalista que plantea este autor, es de donde parte el desarrollo que hacen aquellos que consideran las necesidades como razones suficientes o buenas razones con capacidad normativa.

d) En esta última posición que presentamos, sin negar la falacia naturalista, en tanto salto lógico de los hechos a los valores, se considera viable argumentar al respecto. Al moverse en el plano de la razón práctica, se pueden dar **razones**, mejores y peores. De esta forma, se torna posible así, jerarquizar las necesidades.

---

[244] V. ***AÑÓN ROIG, M. J.;*** *Necesidades y derechos.*.., ob.cit., pág. 232.

[245] V. ***WHITE, Alan R****.; Modal Thinking*, Oxford, Blackwell, 1971; *Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1974; *La Filosofía de la Acción*, trad. Sonia Block, México, FCE, 1976.

[246] V. ***FITZGERALD, Ross***; *Human Needs and Politics*, Sidney, Pergamon Press, 1977.

[247] V. ***TAYLOR, Paul W****.;* "Need Statements" in *Analysis*, N° 19-20, 1959-1960, págs. 106-111.

[248] V. **AÑÓN ROIG, M. J.;** *Necesidades y derechos.*.. ob.cit., pág. 223.

[249] V. ***THOMSON, Garret***; Needs, London, Routledge and Kegan Paul, 1987.

[250] V. **AÑÓN ROIG, M. J.;** *Necesidades y derechos.*.. ob.cit., pág. 232.

> *Existe un puente de orden **práctico** entre el mundo de los hechos y de los valores. Se trata, pues, de situar el problema en el marco de las razones que es posible aducir en una argumentación, de forma que pueda aceptarse una conclusión que en algunos supuestos puede ser prescriptiva**[251]**.*

Las necesidades pueden ser consideradas como razones *prima facie*[252], "buenas" razones. Aunque no sean ni concluyentes, ni absolutas su "bondad" dependerá de probar que se trata de una razón *suficiente* para la acción que exige. En fin, éstas buenas razones lo serían tanto para guiar la **conducta individual** como para formularlas como **principios generales de acción**[253].

Y en referencia al específico concepto de necesidades fundamentales, encontramos que *el catálogo de necesidades que se podría determinar es nuclear y mínimo, pero también es básico; no es una condición, no es una realidad causal respecto de otros fines ulteriores y más importantes, es algo que merece una valoración por sí mismo.* Desde este baluarte fundante, se concentra el esfuerzo teórico en la justificación de la universalización de un

---

[251] *...las necesidades nos proporcionan, fundamentalmente, argumentos para apoyar razones que parecen mejores o más fuertes que otras, cuando queremos exigir la satisfacción de las mismas. Este orden de cuestiones, esto es, si las necesidades dan lugar a "buenas razones" o razones suficientes para exigir su satisfacción y, de otro lado, si la exigencia de satisfacción de necesidades humanas básicas es una razón suficiente para la persecución de objetivos o fines ulteriores, en nuestro caso, el reconocimiento de derechos, es el objetivo de nuestro examen. Las necesidades establecen de este modo una relación de nuestro discurso con el ámbito de la razón práctica, que constituye, a su vez, el marco donde cabe plantearse el problema de la fundamentación de los derechos. Por ello he tratado de explicar cómo es posible que una vez se ha demostrado la existencia de una necesidad, pueda argumentarse consistentemente que constituye una buena razón para su satisfacción.* V. **AÑÓN ROIG, M. J**.; *Necesidades y derechos...* ob.cit., pág. *268.*

[252] Las razones prima facie, en la Filosofía del Derecho de j. Raz, son aquellas que por sí mismas bastan para determinar la orientación que se ha de dar a una acción, siempre que no concurran otras razones que superen o cancelen la validez de la misma, pero teniendo en cuenta la posibilidad de que puede haber otros elementos de juicio que se dirijan contra tal razón o contra su realización. De modo una razón prima facie es una razón que no es ni concluyente ni absoluta. *V.* ***RAZ, Josep****;* Razón práctica y normas*, trad. J. Ruiz Manero, 2° ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991;* Razonamiento práctico*, trad. J. T. Utrilla, México, FCE, 1978;* ***MACCORMICK, Neil****;* Derecho Legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, trad. M. D. González Soler, Madrid, Tecnos, 1990.*

[253] V. **AÑÓN ROIG, M. J**.; *Necesidades y derechos...* ob.cit., pág.249.

catálogo de derechos fundamentales. En nuestro caso particular, serán los elementos del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos.

En cuanto a la justificación de la fórmula universal, se puede hablar de un modelo *externalista*, en donde el valor pertenece a la realidad externa y objetiva con respecto al sujeto y éste lo que hace es descubrirlo y reconococerlo, o de un modelo *internalista*, en donde el valor depende de las preferencias de un sujeto. Convencidos, como lo está **J. C. BAYÓN**[254] de que cualquier tipo de razones justificativas que se tengan en cuenta, incluidas las morales, son internas al sujeto, se propone utilizar un modelo de justificación intermedio, el ***intesubjetivista***. La referencia objetivable se encontraría, por lo tanto, en el procedimiento y en los sujetos que intervienen en dicho consenso.

> *...para hacer valer universalmente una razón no es preciso que se sostenga que es una razón que tendría cualquier individuo que se halle en cualquier situación o en cualesquiera circunstancia, sino que es una que tendrá cualquier individuo que se encuentre en una determinada situación o en unas determinadas circunstancias descritas en términos genéricos*[255]*.*

En la temática que nos compete, se han dado **razones suficientes** por medio de procesos con alto grado de universalización en los que participaron los representantes de los Estados y expertos en la materia. Esto permitiría sostener la generalización de un reducido catálogo de necesidades básicas que tendría cualquier individuo que se encontrara atravesando la última etapa vital del ser humano: la ancianidad. Es así como estas buenas razones obrarán como principios generales de acción en el ámbito jurídico, normativando las necesidades básicas de los ancianos.

---

[254] *V.* ***BAYÓN, Juan Carlos****;* La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; "Razones y reglas: sobre el concepto de razón excluyente de Josep Raz" en* Doxa*, N° 10, 1991, págs. 25-66.*

[255] V. ***BAYÓN, J. C.****;* La normatividad del Derecho..., *ob.cit., pág.199.*

Con el fin de esclarecer aún más este panorama, podemos agregar, que cada forma de vincular las necesidades con el orden normativo nos reenvía a *un modo de entender el Derecho*, a un marco teórico determinado. La postura que fusiona el hecho con el valor, es propia del *Jusnaturalismo tradicional*; mientras que aquella que entroniza la autonomía del sujeto, se emparenta con el *Jusnaturalismo racionalista*. El *Juspositivismo excluyente* se trasluce en el tratamiento instrumental de la vinculación. En tanto que son los *Juspositivismos incluyentes, Integrativismos y Tridimensionalismos* los que se desarrollan más cómodamente en referencia a las razones justificatorias de las decisiones. En la Teoría Trialista del Derecho, las necesidades operan como **razones de la acción, como razones del reparto justo.** Estas razones operan en forma constructiva vinculando las dimensiones jurídicas social, normativa y valorativa del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos.

B. Buenas y suficientes razones en las fuentes del Derecho de la Ancianidad.

1. Las razones como puente tridimensional.

Las razones de la acción en el Trialismo tradicional residen en la dimensión sociológica, mas es posible pensar, sin resquebrajamientos a las razones como un elemento que nos permite saltar de una dimensión a otra. **Werner GOLDSCHMIDT**[256] entiende que al adjudicar potencia e impotencia es preciso conocer las razones del reparto. Hay que tener en cuenta las **razones sociales**, esto es, aquello que la comunidad estima valioso, digno de ser repetido; las **razones alegadas**, argumentos que muchas veces solo

[256] V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 57.

constituyen meros pretextos, y también los **móviles** de los protagonistas de la acción. Claro está que lo crucial para el Derecho se encuentra en la determinación de las razones sociales, y las alegadas, en tanto que los móviles son propios de la personalidad y pertenecen al campo de la Psicología. Al Derecho le compete el valor social de las acciones de los sujetos, y su justificación por medio de argumentaciones; el motivo -íntimo y último- mora en su conciencia (o inconsciencia).

Ahora bien, en una tendencia de crecimiento y actualización de la teoría, **DABOVE** logra expandirla, sin desvirtuarla, señalando su **función constructiva**[257]. Primero, aún en la dimensión sociológica, plantea un aditamento a la categoría de las *razones materiales*, enriqueciéndola con una faz objetiva y otra subjetiva. En cuanto a lo *objetivo*, esto se refiere a la causa eficiente, al consenso, y la faz *subjetiva* a los criterios explicativos. Algunos de alcance *social* -los contenidos ideológicos de la comunidad- y otros de alcance *individual* -las explicaciones que dan de los repartos los propios protagonistas.

Mas su lectura va más allá, describe un **puente tridimensional** a través de las razones. Esta conexión se produce al impactar las razones materiales en las otras dos dimensiones. La diferencia relevante es la manifestación producida por el impacto de la razón material en la norma. En nuestro caso, ese factor con suficiente envergadura como para ser merecedora de una normativa específica será la ancianidad. Así aparecen las *razones lógico-normativas* en la construcción del Derecho. Y, a su vez, al producirse el impacto de la razón material en la dimensión dikelógica, la razón valorativa se presenta como un requerimiento especial de justicia.

---

[257] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**. ; *Los derechos de los ancianos...,* ob.cit., pág. 443 y ss; "Razones jusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad" en *JA* N° especial Bioética, pág. 17-23, Buenos Aires, 2000.

De esta forma, armados con estas categorías contamos con un puente socio-normo-axiológico inigualable para la elaboración de una nueva rama jurídica, respetuosa de la realidad social, la normatividad local y la carga valorativa demandante. Con referencia a la temática de la ancianidad, en el Derecho local, existen buenas y suficientes razones materiales, normativas y valorativas como para elaborar un Derecho de la Ancianidad sobre el soporte de un derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Un cúmulo de razones materiales, objetivas y subjetivas, han impactado en las dimensiones jurídicas produciendo una diferencia relevante a nivel constitucional y un requerimiento especial de justicia iluminado por los principios de continuidad vital, privacidad y participación.

A continuación, veremos que a pesar de existir una diferencia relevante que mora en el inciso 23 del artículo 75 del texto constitucional reformado, las fuentes formales nacionales, provinciales y locales aún no han sido suficientemente desplegadas en esa dirección, presentando ribetes deficitarios. Existe *un compromiso entre hechos y valores, entre una realidad social nominada -los ancianos- y exigencias de justicia consensuadas,* hay una *expresión jurídica de una voluntad política dirigida a promover la dignificación de la vejez*[258]; pero aún ese compromiso no ha sido receptado por los preceptos legales con fidelidad y exactitud. Las normas aplicables en este territorio temático sufren de dispersión, carencias, condicionamientos y derivaciones. Por lo tanto, a la hora de buscar el Derecho de la Ancianidad, necesitamos hacer un repaso por todos los tipos de fuentes[259], fortaleciendo el

[258] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos de los ancianos...,* ob.cit., pág. 338

[259] A fin de analizar las fuentes del Derecho de la Ancianidad, nos valdremos de la clasificación trialista de las mismas. Existen fuentes reales, formales y materiales, y fuentes de conocimiento. *Hay que distinguir entre las fuentes reales y las fuentes de conocimiento de las normas. Quien consulta las primeras adquiere un conocimiento directo de ellas, mientras que quien liba en las segundas, no obtiene sino un conocimiento derivado. Las normas describen los repartos. Por consiguiente, las fuentes reales de las normas se encuentran irremediablemente en los mimos repartos. Lo que pasa es que algunas veces la descripción no está hecha, y debe desprenderse, por ende, del reparto en la misma oportunidad en que la necesitamos; se habla en este supuesto de "fuentes materiales". En otros casos, la autodescripción que de los repartos hacen los propios repartidores, se encuentra preestablecida, y es, por consiguiente, utilizable para quien busca la norma; en esta hipótesis*

salto de las fuentes formales a las materiales, y con especial atención a las fuentes de conocimiento, pioneras en la constitución de esta nueva rama jurídica.

2. Las fuentes del Derecho de la Ancianidad

Siguiendo categorías alexyanas, podemos decir que en el Derecho de la Ancianidad nos vamos a encontrar con normativa **directamente estatuida en preceptos legales** y con buenas razones - fácticas, valorativas y lógicas - que fundamentan normas **adscriptas**[260]. Valiéndonos del término *hard law - instrumentos vinculantes-* y *soft law -derecho indicativo-*[261] , podemos describir esta peculiar situación jurídica. Existe una serie de instrumentos directamente aplicables, cuya vinculación jurídica no es cuestionada, y otras fuentes que

se habla de "fuentes formales". V. **GOLDSCHMIDT, Werner**; *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 216.

[260] Entiende Alexy que las normas de los derechos fundamentales, además de encontrarse en las disposiciones directamente estatuidas por la Constitución, se hallan en los enunciados normativos adscriptos indirectamente Éstos mantienen con las primeras una relación de precisión y fundamentación. Su adscripción radica, entonces, en la posibilidad de brindar una fundamentación jusfundamental correcta sobre ellas, esto es, dar buenas razones. V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 70.

[261] *In considering the body of law that affects the rights of older persons there are essentially two categories: 'soft law' geared to the protection of rights which includes documents such as the Madrid Plan of Action on Ageing (etc.) and 'hard law' which refers to statues and conventions which link nationally and internationally and carries with it expectations of implementation and accountability. In "soft law" there is quite a comprehensive treatment of issues and strategies but the discourse is not couched in legal terms and the flow of power is generally 'top-down'. Also, no sanctions for non-performance or infringements are attached, making the documents appear inept when compared with hard law. Despite this, soft law is quite specific and people usually abide by it in practice. Soft law is effective in capturing the vulnerability of persons in conflict, yet 'age' was not an issue on any agenda until the 1960's. In "hard law" the primary responsibility rests with the state to respect human rights; protect individuals and groups; and to fulfill on positive action. State responsibility includes resourcing the implementation and administration of law and in many cases new law requires both paradigm and attitudinal shifts which can be resource intensive to achieve. Therefore policy tradeoffs relate to obligations for states to expend resources and make policy in the most efficacious way.* V. **REPORT OF THE EXPERT GROUP MEETING "RIGHTS OF OLDER PERSONS",** 5-9 May 2009, Germany.

sirven como principios orientadores o criterios generales de interpretación jurídica.

En el nivel *internacional*, se presenta una trama normativa constituida por instrumentos con formatos jurídicos de baja densidad vinculatoria, recomendaciones, principios de interpretación, modelos jurídicos, cartas de intenciones y planes de acción[262]. Es así, como se recurre a la normativa general de los derechos humanos a fin de paliar esta deficiencia. No es extraño constatar que esta última no contempla las zonas principales de afectación del anciano, por lo que de esta manera, lo que gana en fuerza, lo pierde en precisión.

En el caso del derecho en estudio, en el entramado argentino, nos vamos a encontrar con un panorama notable, el cual se configura a partir de un ***hard law* general**, aplicable a todos los seres humanos, y un ***soft law* específico**, en cuanto a la temática de la ancianidad. Las normas directamente estatuidas por la constitución en el artículo 75 inciso 22, *hard law*, están conformadas por instrumentos internacionales y regionales sobre derechos humanos en general. Son especialmente relevantes para la materia: los **Pactos Internacionales** de Derechos Humanos, de derechos civiles y de derechos económicos, sociales y culturales (1966), la **Convención Americana** sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969/1984) y su Protocolo facultativo sobre derechos económicos, sociales y culturales (**Protocolo de San Salvador**, 1999) - todos instrumentos ratificados por el gobierno argentino y constitucionalizados directamente desde 1994.

Pero contamos también con un nutrido compendio de directrices sobre las necesidades especiales de los ancianos, que si bien son consideradas *soft law* ingresan al sistema nacional en forma indirecta, como principios orientadores y criterios de interpretación que producen una sólida

[262] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos de los ancianos...*, ob.cit., pág. 336.

fundamentación de las normas adscriptas. En este sentido son especialmente importantes: la interpretación del Pacto efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales volcada en la **Observación General N° 6** (1995)[263], los **Planes de Acción Internacional sobre el envejecimiento** - Viena y Madrid, los **Principios de las Naciones Unidas** a favor de las personas de edad (1991), la **Estrategia Regional** de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid (CEPAL-CELADE, 2003) y la **Declaración de Brasilia** (2007).

Ahora se nos presentan con mayor claridad las razones del éxito del Modelo Jusfundamental en esta materia. En una situación en que los preceptos legales aplicables se ven afectados por diversos inconvenientes, el derecho fundamental dará sentido a la normativa dispersa, y contenido en las áreas en donde existan lagunas. Más adelante, al identificar los principios operativos del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, veremos cómo el déficit local de las fuentes formales de origen autoritario se completa con la frondosidad internacional de las fuentes formales de origen autónomo.

En cuanto a los inconvenientes normativos, se padece de un fenómeno de **doble carencia**, por defecto y por exceso. Las carencias normativas **por defecto** se presentan al existir escasos supuestos reglados, y con respecto a la carencia **por exceso**, se ocasiona por la dispersión normativa. Existe gran cantidad -demasiada, tal vez- de reglas administrativas que buscan soluciones

---

[263] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha ido delimitando en sus observaciones generales algunos de los derechos y obligaciones derivados del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque estos documentos no tienen un carácter vinculante, ofrecen una interpretación general sobre los derechos económicos, sociales y culturales que ha contribuido a la definición de estos derechos y que ayudan en gran medida a comprenderlos adecuadamente. En el caso de las personas mayores, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preparó la Observación general N° 6 en el año 1995, que fue particularmente importante dado que a diferencia de lo que ocurre respecto de otros grupos sociales, no existe una estandarización de los derechos de las personas mayores, ni tampoco existen acuerdos de supervisión vinculantes ligados a esta esfera a nivel mundial.

para problemas puntuales, lo cual crea incoherencias y superposiciones. No existe un tratamiento integral ni planificado de la temática, limitándose a resolver problemas coyunturales.

El Derecho de la Ancianidad, hasta la fecha, no cuenta con una fuente formal nacional que lo contemple de manera específica. El desarrollo principal de esta temática, de hecho, ha sido librado a las provincias y a las municipalidades, quienes sí han generado un abultado despliegue normativo al respecto. Sin embargo, esta producción legislativa tan profusa, lejos de aclarar el panorama jurídico, lo ha complicado aún más en tanto que estas normas no han sido desarrolladas con carácter sistemático. La vigencia de un número demasiado nutrido de decretos, ordenanzas, circulares y en el mejor de los casos leyes referidos a esta temática que sólo rigen en el ámbito provincial o municipal dejan a la ancianidad presa de un fenómeno de multinormatividad. Y a la hora de su funcionamiento, genera situaciones de insuficiencia por superposiciones temáticas, competenciales, temporales y reales de las regulaciones."[264]

Otro de sus déficits radica en la **posición condicionada** de su normativa.[265]. La norma constitucional que contempla la problemática de la vejez, artículo 75 inciso 23, tiene como destinatario al legislador. Pareciera que para el juzgador[266] son simplemente criterios de interpretación. Es así como su aplicación se ve diferida, a la espera de la actuación legislativa. Mas esta particularidad es superada por el juego de la ponderación de los

---

[264] V. **DABOVE, M.I.;** "Derecho de la ancianidad y Bioética en las instituciones geriátricas" en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.

[265] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**., *Los derechos de los ancianos...,* ob. cit., pág.359

[266] V. **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída**; "Las acciones positivas" en *Jueces para la democracia*, N° 4, 2001, pág. 68.

principios operativos del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos con que cuenta un juez en un modelo jusfundamental[267].

Y a su vez, es una normativa **derivada**[268]. Las normas existentes tienen su origen en otras ramas jurídicas. Por ejemplo, el caso de la Seguridad Social en donde la categoría anciano queda solapada tras la de ex - trabajador, indigente, o determinada por la vinculación familiar (padre, madre, tíos, hermanos, etc). Las cuestiones son tratadas de forma parcializada, lo cual atrasa la adecuada resolución de los casos; quedando, muchas veces, obstaculizados.

El panorama con respecto a las **fuentes formales[269]** del Derecho de la Ancianidad con referencia a los repartos autoritarios, es pobre. Se cuenta con los incisos 22 y 23 del artículo 75 de la Constitución Nacional[270]. En el ámbito provincial, algunas Constituciones receptan su problemática, mas la de Santa Fe lo hace de forma muy generalizada[271]. No existe legislación integral a nivel

---

[267] *Como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende , desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitucón.* V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág.496.

[268] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**., *Los derechos de los ancianos...,* ob. cit., pág. 319.

[269] Ver **CUADRO N° 1** Fuentes Formales del Derecho de la Ancianidad

[270] V. **QUIROGA LAVIÉ, H.; BENEDETTI, M. A; CENICACELAYA, M. De las N.;** *Derecho constitucional argentino,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001; **AA.VV.;** *La Reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la comisión de redacción con la colaboración del Dr. Jorge Mosset Iturraspe,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni,1994.

[271] **Ciudad Autónoma de Buenos Aires** art. 41, Personas mayores; **Catamarca** art. 65, V, De la ancianidad; **La Rioja** art. 37, Protección de la ancianidad; **San Juan**, art. 57, Protección a la ancianidad; **San Luis** art. 51, De la tercera edad; **Mendoza** art. 8, generalizado a todos los habitantes de la Provincia; **Salta** art. 34, De la ancianidad; **Jujuy** art. 49, Protección a las personas de edad avanzada; **Buenos Aires** arts. 9 y 10, generalizado; **Córdoba** art. 28, De la Ancianidad; art. 55. Seguro Social; **Chaco** art. 32, Protección de la familia; **Río Negro** art. 35, Derechos de la Tercera Edad; **Chubut** art. 54, Sistema de seguridad; **Santa Cruz** art. 55, Régimen de Seguridad Social; **Misiones** art. 37, Protección Familia, Ancianidad, Minoridad; **Tierra del Fuego** art. 21, De la Ancianidad; **Santa Fe** art. 7, Defensa de la vida, el honor y la dignidad (general para todas las personas humanas) y art. 21 Seguridad Social; **Tucumán** art.

nacional[272], a pesar de haberse presentado varios proyectos sobre la temática[273]. La situación en el orden provincial es disimil. En algunas provincias argentinas, ya hay legislación[274]; pero en otras, aún está retrasada, como es el caso de Santa Fe. Es destacable la regulación constitucional de la ciudad autónoma de Buenos Aires, la cual le asigna un lugar a la vejez en su artículo 41 [275].

---

35 inc. 6, Tercera Edad; **Entre Ríos** art. 42 inc. b), Ref. Seguros y Socorro Mutuo a la vejez; **Corrientes** art. 29, Derechos No Enumerados; **Santiago del Estero** art. 27, Seguridad Social; **Neuquén**, art. 63 Derechos No Enumerados; **La Pampa**, s/n. **(NOVELLI, Mariano**; *Los derechos constitucionales de los ancianos en la Argentina*, 1° ed, Rosario, FIJ/DUNKEN, 2006).

[272] *Las personas mayores en Argentina no cuentan con una ley nacional específica que provea atención integral y que sustente derechos fundamentales. Sin embargo, existen cuatro leyes nacionales que las refieren directamente: la N° 25.724, Programa de Nutrición y Alimentación Nacional, la N° 21.074 de Subsidios y Asignaciones Familiares, la N° 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar y la Ley N° 24.734, sobre el Derecho al uso de los servicios del sistema de cobertura médica a beneficiarios de pensiones a la vejez* V. **VILLARREAL MARTÍNEZ, Mónica**; "La legislación a favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe" en *Población y desarrollo*, N° 64, CELADE-CEPAL-UNFPA Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2005, pág. 18; **HUENCHUAN NAVARRO, Sandra**; "Marco legal y de políticas a favor de las personas mayores" en América Latina en *Población y desarrollo*, N° 51, CELADE-CEPAL-UNFPA (Naciones Unidas), Santiago de Chile, 2004.

[273] Por ejemplo, PROYECTO DE LEY NACIONAL DE LOS ADULTOS MAYORES **D-0468/2000**; PROYECTO DE LEY **S-1.138/2004** que implementa el Programa Nacional "Todos por la tercera edad"; PROYECTO DE LEY **D-4873/2004** de Creación de la Comisión Nacional por los Derechos de la Cuarta Edad Dependiente; PROYECTO DE LEY ESPECIAL DEL ANCIANO **D-0006/2005**; PROYECTO DE LEY **S-3717/2006** de Creación de la figura del Defensor de los Derechos de las y los Adultos Mayores; PROYECTO DE LEY DE ADULTOS MAYORES **S-1044/2006** reproduce al **S-2014/2002**; PROYECTO DE LEY **S-295/2006** reproduce al **S-1771/2004** de Promoción y Protección Integral de Adultos Mayores; PROYECTO DE LEY **S-3681/2007** de Creación del Instituto Nacional de Investigación del Envejecimiento Humano; PROYECTO DE LEY **S-1217/2005** de los Derechos de los adultos mayores.

[274] Por ejemplo, **LEY 4964** - Provincia de **CHACO** - **2001** - *Promoción, ayuda y protección de las personas de la Tercera Edad*; **LEY 3920** (Modif. LEY 4311) - Provincia de **MISIONES** - **2007** - *Derechos de la Ancianidad*.

[275] **CONSTITUCIÓN CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES.** Artículo 41 *La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias. Para ello desarrolla políticas sociales que atienden sus necesidades específicas y elevan su calidad de vida; las ampara frente a situaciones de desprotección y brinda adecuado apoyo al grupo familiar para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia; promueve alternativas a la institucionalización*. V. **QUIROGA LAVIÉ, Humberto;** *Constitución de la ciudad de Buenos Aires comentada,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996.

La situación con respecto a las fuentes formales basadas en repartos autónomos, es otra. Existe un grupo nutrido y en crecimiento de instrumentos a nivel mundial y regional en los cuales se aborda la temática en forma integral y sistemática[276]. Dado su compromiso político fuerte sobre una base científico-tecnológica consensuada[277], es imposible desconocerlos a la hora de elaborar un Derecho de la Ancianidad, tanto como lo es desconocer la rúbrica de los signatarios de los Estados, o la voluntad latinoamericana de obtener una Convención sobre los Derechos de los Adultos Mayores instada por los gobiernos y ONGs en la Declaración de Brasilia.

La elaboración **jurisprudencial**[278] en referencia a la ancianidad, al menos en el caso argentino, es también escasa. Existen pocos casos y aquellos que se plantean no superan los peldaños judiciales inferiores. A su vez, acorde al fenómeno de la normatividad derivada, los objetos a que hacen referencia también están sujetos a la dinámica de otras ramas jurídicas. Los fallos no logran adquirir un grado de generalización que permita captar fielmente la situación de los ancianos en forma integral, haciendo referencia sólo a algún tipo de anciano, o acontecimiento puntual, sin aportar elementos que ayuden a la construcción de una categoría general de ancianidad y su apropiada regulación.

En suma, las situación normativa se ve dificultada por su doble carencia -por defecto y por exceso-, por sus condicionamientos y derivaciones. Por lo

[276] Su baja densidad vinculatoria, es suplida por vía fundamental al ingresar como normas adscriptas. En estos instrumentos existe una autodescripción de los repartos, en donde están identificados los sujetos, objetos y modalidades de ejercicio del derecho subjetivo a la calidad de vidad de los ancianos.

[277] **INFORME DE RELATORÍA**. Punto 59. *La relatora presentó un informe oral en el que señaló la significativa representatividad de la Conferencia y recordó brevemente su desarrollo. (...) Citó la disposición de los representantes de las redes intergubernamentales, los organismos de cooperación internacional y las organizaciones de la sociedad civil a seguir colaborando con los países para implementar la Estrategia acordada en el grupo de redacción y aprobada en la Conferencia.* **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003

[278] La jurisprudencia es tanto fuente material como formal. Aunque en nuestro sistema jurídico su lugar como fuente formal es secundario, es innegable su gran peso material.

que en esta área jurídica son especialmente relevantes los datos que nos pueda brindar todo el concierto de fuentes normativas.

Es así como el salto a las **fuentes materiales** se presenta como un imperativo. Dado que éstas se encuentran en cada circunstancia en donde se reparta a un anciano o el anciano reparta a los otros, su dispersión nos obliga a efectuar un recorte del universo a investigar. En la presente tesis los elementos empleados se circunscriben a los datos provenientes del trabajo de campo realizado por la tesista con la invaluable ayuda de algunos colaboradores. La búsqueda se efectuó en dos direcciones. Por un lado, se entrevistaron a funcionarios de instituciones públicas. Entendimos que contaban con relevancia para la temática, la **Dirección Provincial de Adultos Mayores** (**Delegación zona sur 2° circunscripción)**[279], la **Dirección Municipal de Políticas de Adultos y Adultos Mayores**[280], la **Dirección General de Auditoría Médica (Nodo Rosario)**, la **Defensoría del Pueblo de la Provincial de Santa Fe** y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados **"Policlínico PAMI II" (Delegación Rosario)**. En el ámbito privado, se dispuso una práctica en algunas residencias para ancianos de la ciudad. De esta forma se barajaron con algunos elementos que dan cuenta directa de los mismos repartos, enriqueciendo con tintes locales los datos de las fuentes formales y de conocimiento.

Y con respecto a las **fuentes de conocimiento**, la elaboración doctrinal en el área específica del Derecho de la Ancianidad encabezada por *Derechos*

---

[279] Repartición dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provicia de Santa Fe. Anteriormente denominada Dirección Provincial de la Tercera Edad - Secretaría de Estado de Promoción Comunitaria.

[280] Repartición dependiente de la Subsecretaría de Acción Social - Secretaría de Promoción Social de la Municipalidad de Rosario. Anteriormente denominada Dirección de Gerontología. Hoy se encuentra dirigiendo las actividades de la Escuela Municipal de Gerontologia "Dr. M. Berezovsky" y el Programa de asistencia e intervención directa (PAID).

de los Ancianos[281] ha ido adquiriendo cada vez mayor solidez y sistematicidad. Por ejemplo, las obras colectivas como *Derecho de la Ancianidad*[282] y *Derecho en los Geriátricos*[283] que condensa la labor científica y técnica del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad.

El abordaje jurídico de la problemática del envejecimiento ha ido adquiriendo espacios[284] de la mano de reconocidos autores del mundo jurídico. Por ejemplo, ya en el año 1983 el cimentero artículo *Los ancianos en la legislación civil* de **María Josefa MENDEZ COSTA**[285], y aquel otro de **Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI** *Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un Derecho de la Ancianidad?*[286] fueron señalando problemas y vacíos jurídicos. Y en la órbita neoconstitucionalista, ha aparecido recientemente *La protección constitucional especial: niños, adolescentes y ancianos* de **Nestor SAGüES**[287].

---

[281] V. **DABOVE CARAMUTO, María Isolina**; *Los derechos de los ancianos,* Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002

[282] V. **DABOVE CARAMUTO, María Isolina; PRUNOTTO LABORDE, Adolfo Benjamín José** (direc.); *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*, 1° ed, Rosario, Juris, 2006

[283] V. **DABOVE CARAMUTO, María Isolina** (coord.); *Derecho en los Geriátricos. Una aproximación interdisciplinaria*, Rosario, Juris, 2009 (en prensa).

[284] V. **FROLIK, L. y KAPLAN, R**.; *Elder Law in a nutshell*, 3º ed., St. Paul, Thomson West, 2003; **AA.VV;** *La protección de las personas mayores*, dir. Carlos Lasarte Alvarez, Madrid, Tecnos, 2007; **GODINHO, Robson Renault**; *A protecao processual dos Direitos dos Idosos,* Río de Janeiro, Lumen Juris, 2007; **POCHTAR, N**ora (Psicóloga); **PSZEMIAROWER, Santiago** (Médico Geriatra) "Ponencia Adultos Mayores - Derechos Humanos - Avances y Desafíos" en la *Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH)* Comisión Los Adultos Mayores y sus Derechos, 2007; **TOMASELLO, Andrés**; "Los derechos de la ancianidad", "Los Derechos de la Tercera Edad ¿Qué son los derechos de los Ancianos?" en portal www.gerontovida.org.ar (22/05/08); **ORIA, Jorge Luis**; "Los presupuestos de la inhabilitación de los ancianos" en *Rev. La Ley*, T. B, 1975.

[285] V. **MENDEZ COSTA, María Josefa**; *"Los ancianos en la legislación civil"* en LL, t.1983-A, págs. 318 y ss

[286] V. **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída**; "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un Derecho de la Ancianidad?" en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, ppág. 37-68, 2006.

[287] V. **SAGüES, Nestor; "***La protección constitucional especial: niños, adolescentes y ancianos" en La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor*

En definitiva, tras este recorrido de reconocimiento las fuentes de normativas se entenderá el peso que se le ha asignado a las fuentes de conocimiento, a las materiales y a las formales de repartos autónomos en la construcción del Derecho de la Ancianidad y del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, pilares del Modelo Jusfundamental de la Vejez[288].

C. La gestación de sus principios constitutivos.

1. En busca de sus principios constitutivos

A penas unos años atrás, el área de estudio de la ancianidad era jurídicamente embrionaria. Valiéndonos de los conceptos del Derecho de **K. L. A. HART[289],** se podría llegar a decir que el Derecho de la Ancianidad pasó rápidamente de una situación primitiva con escasas reglas primarias a organizarse jurídicamente adquiriendo reglas secundarias.

En el consabido sistema jurídico del maestro inglés, se señalan algunos elementos que operan como un *standard* mínimo que marca el grado de desarrollo jurídico de una sociedad. En las **comunidades primitivas,** la ligazón social se logra sobre la base de reglas **primarias** de obligación. Por un lado, éstas se configuran buscando restringir, de alguna manera, el libre uso

Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, Tomo IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, México, Trotta, 2008

288 Ver **CUADRO N° 3** Razones y fuentes del Derecho de la Ancianidad

289 V. **HART, H. L. A**.; *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998; **DABOVE, María Isolina**; "El concepto de Derecho en la Teoría de H. L. A. Hart. Perspectiva tridimensional" en *Investigación y Docencia* N° 36, FIJ, Rosario, 2003, pág. 33-53

de la violencia, el robo y el engaño; y por el otro lado, imponen a los individuos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común. Sólo una pequeña comunidad estréchamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, puede vivir con buen resultado según tal régimen primario de reglas no oficiales. Pero al crecer, o diversificarse culturalmente, la sociedad requiere de reglas de organización jurídica más sofisticadas.

Continúa HART, las **sociedades con un mínimo de organización jurídica** necesitan contar con instrumentos que les permitan resolver algunos problemas cruciales de la vida jurídica: la incerteza, la inamovilidad o la ineficiencia de sus reglas. Sin elementos que identifiquen las normas consideradas válidas no se formará un sistema, sino que simplemente aparecerá como un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común, excepto que son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. Sin instrumentos que capten el crecimiento y declinación de los procesos jurídicos, no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las reglas antiguas o introduciendo nuevas. Y si se careciera de un órgano que condujera la difusa presión social para el cumplimieto de las reglas, su aplicación estaría librada a los individuos afectados o al grupo en su conjunto, tornando ilusorio el ejercicio del derecho. Atento a tales defectos, el autor indica los tres remedios que se han empleado a lo largo de la Historia del Derecho para darle cohesión jurídica a un grupo social. Son las **reglas secundarias** que posibilitan sortear aquellos obstáculos; son las reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación.

Ahora bien, estos conceptos nos permiten ilustrar el estado jurídico del sector del Derecho que aborda la temática de la ancianidad, y comprender su

proceso de gestación. Este ámbito parece encontrarse en el tránsito de una sociedad primitiva a una organizada. Poco tiempo atrás, se carecía de reglas de reconocimiento que permitieran determinar las normas que regulan la condición del anciano, y no existían mecanismos para resolver las dudas sobre interpretación y aplicación. Además, se contaba con un proceso de cambio lento y no premeditado. Se habían producido ensayos inorgánicos y esporádicos, generalmente, con la jerarquía de programas *ad hoc* a fin de paliar una situación de necesidad puntual, profundizando su carácter estático. Y, en abultamiento de esta condición primitiva, las regulaciones carecían de un sistema eficaz para hacer cumplir las reglas, y asumían el papel de meras normas espectáculo y principios éticos de una multidisciplina, siendo su presión social muy difusa.

Podemos afirmar que sólo existían normas primarias de obligación, en tanto que restringían el libre uso de la violencia. Es de destacar que la mayoría de los fallos que se encontraban en relación a los ancianos giraban en torno a los malos tratos o hechos delictivos. Las normas, dispersas en el ordenamiento jurídico, solo imponían algunos deberes a la vida común. El deber genérico de no dañar a los ancianos o el deber, también genérico, de proveerles alimentos en caso de necesitarlo, o el deber conyugal que les permitiría conservar la vivienda en caso de viudez; todos derechos receptados por el Código Civil en forma tangencial.

La sociedad argentina vivía de acuerdo con esas reglas dentro de la comunidad de la familia o grupo social menor en tanto estaban unidos por lazos fuertes. Pero en el ámbito público, la presión social era menor, tendiendo a desaparecer. El lugar de la obligación aún quedaba circunscripto al ámbito familiar. Y era ésta la única exigida. En tanto esta célula primaria se ausentaba, escasamente aparecían sustituciones. Y es fácil entender que estas reglas no conformaban un sistema un compendio de imperativos o pautas de conductas separadas e inorgánicas.

Es por eso que se puede decir que el Derecho de la Ancianidad se desarrolla velozmente al impulso jusfundamental. Antes de 1994 solo existían normas primarias constituidas sobre la base de costumbres. Costumbres que, a su vez, se procuraban cambiar desde la lógica científico-técnológica de la Gerontología. Informaban solo deberes sin potestades que permitieran intervenir activamente en la construcción del ámbito normativo, adaptándose de ese modo a las necesidades sociales en constante mutación.

Ante este territorio inexplorado jurídicamente, las primeras aproximaciones e intentos de un cimiento de reglas secundarias se efectuaron apelando al rico aporte de la Bioética. El material del **BioDerecho**[290] ha sido de gran utilidad para el Derecho de la Ancianidad. Extrapolándose algunos conceptos desde esa rama, también en formación, se obtuvieron algunos resultados interesantes, al menos para un planteo preliminar[291].

Los avances tecnológicos ocupan un lugar destacado en la prolongación artificial de la esperanza de vida, y promete serlo aún más extendiendo la vida y la misma ancianidad[292]. En el plano médico, esta circunstancia repercutió en el tratamiento que se confiere a la salud del anciano. Somos testigos de la ampliación de las posibilidades fácticas de emplear en forma cotidiana medios que otrora resultaban extraordinarios, dando una nueva dimensión a los riesgos y a las posibilidades. Por ejemplo,

---

[290] V. la revista *Bioética y Bioderecho*, Centro de investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Area Bioética y Bioderecho, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas; **BROEKMAN, Jan;** *Bioética con rasgos jurídicos,* Madrid, Dilex, 1999.

[291] V. **DABOVE, María Isolina**; "La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho" en *Bioética y Bioderecho*, N° 1°, Rosario, FIJ, 1996; **DABOVE, María Isolina**; "Derecho de la Ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas" en *Separata de Homenaje a Vélez Sarfield*, tomo III, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000; **DABOVE, María Isolina**; "Consentimiento informado y derecho de la Ancianidad en los geriátricos actuales" *en Libro de Comunicaciones. VII Jornadas Argentinas de Bioética y Jornadas Latinoamericanas de Bioética*, Mar del Plata, Suarez, 2001.

[292] Por el fenómeno de medicalización de la ancianidad, *la esperanza media de vida al nacer ha aumentado 20 años desde 1950 y llega ahora a 66 años, y se prevé que para 2050 haya aumentado 10 años más*. **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982.

hoy nos encontramos con operaciones rutinarias de cadera y cataratas en personas de más de 90 años, mientras que antes se prefería evitar el riesgo por las altas probabilidades de sufrir un daño en los mayores de 80 años.

Cambió el sentido de lo extraordinario y también el tipo de cuidado. Éste pasó a manos profesionales, en forma total o complementándose con el cuidado proporcionado por familiares o allegados. Así es como la ética médica maternalista del cuidado jugará un papel destacado en la vejez. Y en el plano juspolítico, los planteos bioéticos repercutieron en el equilibrio que se mantenía con las otras franjas etáreas en la asignación de recursos. Por ejemplo, el conflicto que se genera por la urgencia en la elección entre el caso de un niño o un anciano en cuanto a la prioridad en la atención médica en establecimientos públicos, ya no es inusual.

A fin de comprender el efecto dinamizante de este nuevo horizonte jurídico, que tanta influencia ha tenido en el Derecho de la Ancianidad, es posible recurrir a tres interrogantes sugeridos por la Declaración de la Unesco en Varna (Bulgaria).

El primer interrogante[293] plantea la conveniencia en realizar cuanto la técnica permite. Este enfoque nos conduce al concepto de persona humana y, consecuentemente, al concepto de ser humano anciano. Y al empleo de las técnicas de prolongación de la vida en un nuevo Humanismo, que al mismo tiempo salva y condena al sujeto anciano. En el segundo[294], se interroga sobre las metas que deben guiar a las técnicas fijando la disyuntiva entre la mera utilidad o la mejora de las condiciones de existencia. Esto nos conduce a los fines últimos del hombre y de la sociedad y, en el caso de la ancianidad, al sostén del paradigma inclusivo que implica una tensión entre generaciones al procurar el desarrollo armónico tanto del anciano como de la sociedad. Y en el

[293] *¿Es conveniente realizar cuanto la técnica permite?*

[294] *¿Hablamos de "utilidad" o de mejora de las condiciones de existencia?*

planteo de los límites[295], el Derecho de la Ancianidad ejerce un papel indelegable, siendo un instrumento idóneo para fijar una cota en las adjudicaciones.

Este acercamiento entre estas ramas transversales del Derecho se produce en los niveles de metas y herramientas. **Pedro HOOFT**[296] construyó el Bioderecho sobre la base de un Estado Social y Democrático de Derecho, los derechos humanos y una nueva juridicidad. No se basa con exclusividad en los bienes patrimoniales, sino que cuenta con una fuerte presencia de los personalísimos. Esta perspectiva es notoriamente coincidente con la adoptada por los impulsores del Derecho de la Ancianidad en Argentina. Ello se aprecia en los tipos de problemas asumidos y las soluciones adoptadas desde una mirada tridimensional.

Ambos entienden que para abordar estos problemas en forma acabada y resolutiva, es preciso tener presente tanto los hechos biológicos, como los medios instrumentales y una faz axiológica. En el Bioderecho y en el Derecho de la Ancianidad, los hechos presentan ribetes extraordinarios, elementos que no encajan fácilmente en la generalidad típica, constituyéndose como casos difíciles. Los casos límite abundan en el bioderecho: embriones congelados que, perdiendo a uno de sus progenitores, podrían llegar a ocupar el lugar de herederos individuos que se niegan a recibir tratamientos médicos ordinarios a pesar de correr riesgo su salud y sus vidas, sujetos que han modificado su anatomía genital y desean ser reconocidos con otro género en la documentación nacional, etc. En el caso de la ancianidad, encontramos casos de ancianos sumamente postrados desde un punto de vista físico, dependientes de otros para sus actividades de la vida diaria, pero lúcidos, esto es, jurídicamente sanos ; o sujetos privados de su libertad (casi en forma

---

[295] *¿Hasta dónde se puede llegar con respecto a lo técnicamente posible?*

[296] V. **HOOFT, Pedro Federico**; *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, Buenos Aires, Depalma, 1999, pág. XV.

voluntaria) pero que cuentan con un gran peculio y lucidez intelectual. Estos hechos, los bioéticos y los de la ancianidad, no dejarán de azuzar con planteos inquietantes a los sistemas jurídicos existentes, sobre capacidad, incapacidad, límites contractuales y relaciones familiares.

Con respecto a los medios instrumentales del Bioderecho, nos encontramos con el pasaje de un sistema de normas codificadas a otro de principios[297]. No es extraño tampoco que, en el área de la ancianidad los primeros intentos de sentar pautas hayan sido a través de este mismo formato[298], apelado a los principios bioéticos de autonomía, beneficencia y justicia, debido a la comprensión que logran del nuevo paradigma inclusivo.

En el Derecho de la Ancianidad, la capacidad de **autonormarse** ocupa un lugar de privilegio. Busca alejar las prácticas paternalistas, propias del paradigma anterior, aunque sin desproteger a aquellos que tienen su capacidad disminuida. En cuanto a la **beneficencia**, también es importante el empeño puesto no tan solo en evitar la violencia contra los ancianos, sino en procurar su bienestar, entendido como calidad de vida. Mas, el punto neurálgico está representado por el principio de **justicia**: ¿con qué criterio operar a fin de brindar autonomía y bienestar a los ancianos sin tornar

---

[297] *...la singular relevancia que tiene en el devenir humano la solución dada a tema como el aborto, la eutanasia, el transplante de órganos, la experimentación con seres humanos, la reproducción, entre otros, movió a los norteamericanos a buscar algún punto de encuentro, a buscar principios éticos comunes que sirvan como base para la reflexión bioética.* En 1974, por decisión del Congreso norteamericano fue creada la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*. Surgió así el Belmont Report, subtitulado Ethical Principes and Guidelines for Research Involving Human Subjects (Principios éticos y guías para la investigación vinculada con sujetos humanos), y que tendría una importancia fundamental en el desarrollo bioético occidental. El informe recuerda que a partir de los Juicios de Guerra de Nuremberg, se fue extendiendo la tendencia a elaborar códigos de conducta biomédica; pero estima que estos códigos, consistentes en reglas, resultan frecuentemente inadecuados para enfrentar situaciones comlejas, entran con frecuencia en conflicto, y son difíciles de interpretar y aplicar. Por eso prefiere enunciar "principios", que van a proveer la base a partir de la cual reglas más específicas podrán ser formuladas, criticadas e interpretadas*. V. **MORELLI, Mariano G**.; *Los <principios de la Bioética>*...ob.cit. pág. 320.

[298] **PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS A FAVOR DE LAS PERSONAS DE EDAD**, Resolucuón 46/1991 -Asamblea General de las Naciones Unidas.

injustamente gravada la libertad del resto de la sociedad? Esta será, por lo tanto, la preocupación principal del sistema operativo del modelo jusfundamental.

Dada esta estrecha vinculación fue posible iluminar las prácticas cotidianas en torno al viejo y a la vejez[299] apelando al empleo de los principios bioéticos. Es posible analizar los conflictos bioéticos en torno a cuestionamientos que aparentan ser nimios, pero que nos dan pautas sobre el engranaje adjudicatorio que subyace en las prácticas gerontológicas.

El empleo de los principios bioéticos nos brindarán orden en los interrogantes en cuanto, por ejemplo, a la utilización de la sal en las residencias para ancianos ¿Se debe dejar (o poner) el salero en la mesa de las residencias para ancianos? Veamos cómo al ponerse en conflicto los principios bioéticos de autonomía, beneficencia y justicia, éstos nos alumbran la situación de los ancianos residentes. ¿Hasta qué punto no es contrario al principio de autonomía imponer una prescripción alimentaria a quien no lo desea? ¿Se debe respetar el derecho de autoregularse que tiene el individuo anciano en cuanto a la ingesta de cualquier alimento aunque pueda perjudicar su salud? ¿cómo juega la responsabilidad de los profesionales y de la empresa geriátrica en esta acción u omisión? Esto nuevamente nos conduce a preguntas básicas en torno al concepto de anciano y su lugar en la sociedad: ¿qué es un anciano? ¿desde cuándo se es anciano? ¿qué derechos y obligaciones tiene? ¿Qué es una residencia para ancianos? ¿Quién ingresa a estas instituciones? ¿Quién debería hacerlo y quién no?

Con el fin de dar luz a estos interrogantes propios de la cotidianeidad de la práctica gerontológica, el Derecho de la Ancianidad ha construido un sistema operativo acorde a un modelo jusfundamental. Por lo que, para

[299] Cierto que esta práctica no escapa a la conflictividad propia del empleo de principios en general, y en particular de la aplicación de los principios bioéticos**.** V. **HOOFT, P. F.**; *Bioética y Derechos*..., ob. cit., pág. 8.

responder tanto a la pregunta sobre la sal en la mesa de las residencias como al de cualquier otro conflicto gerontológico, serán de gran utilidad los principios bioéticos, antecesores de sus principios constitutivos y operativos que funcionan como máximas de optimización en un reparto justo.

Y por último, en este juego de las coincidencias, podemos observar que el Derecho de la Ancianidad no solo se aproxima al BioDerecho a través de su dimensión sociológica y normativa, sino también lo hace desde el sistema de valores. Ambos hacen referencia a una vida con calidad, y no tan solo a la cantidad de la misma. Asume como meta a la calidad de vida. Es así como se preguntan hasta qué punto la *utilidad* es un valor coadyuvante al de *justicia* en un complejo axiológico ligado tanto a los bienes patrimoniales como a los personalísimos en la búsqueda de la calidad de la vida del hombre.

En conclusión, si bien se echó mano de los principios bioéticos que han obrado de material aglutinante de la problemática ética de la vejez, la conformación definitiva del Derecho de la Ancianidad se produjo al identificarse sus propios principios constitutivos, sus reglas de reconocimiento harteanas.

2. Iniciando el proceso de juridización de la vejez

El proceso de juridización del área de la vejez ha comenzado a partir del hallazgo de los principios constitutivos de esta nueva rama jurídica. En *Derechos de los Ancianos*, **DABOVE** ha logrado encontrar tres elementos de justicia, construidos a partir de los valores igualdad, unicidad y comunidad, que comprenden en forma cabal y unificada la condición anciana. Los

principios de **continuidad vital[300], privacidad[301] y participación[302]** receptan los postulados gerontológicos en forma integrada. Consideran la dimensión del envejecimiento en tanto proceso que dura toda la vida (**enfoque de ciclo vital**), en el que se presentan tantas formas de envejecer como personas (**heterogeniedad**), y que procura la interacción entre las múltiples generaciones (**solidaridad intergeneracional**), los elementos basales del paradigma inclusivo. Así, se constituyen como los primeros elementos de cohesión de un sistema jurídico embrionario. Estos principios rectores del Derecho de la Ancianidad han sido altamente provechosos para re-pensar a las instituciones jurídicas a la luz de la nueva mirada de la vejez[303].

---

[300] *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. Que es una totalidad dinámica, que va más allá de los fraccionamientos estancos que producen la consideración de la existencia en términos de niñez, juventud, adultez o vejez. Así, el principio de continuidad requiere que la vida de una persona sea aprehendida de manera holística, acorde con la complejidad de su desarrollo. 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 instituciones.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. B. J.** (direc.); *Derecho de la Ancianidad...*ob.cit., pág. 23.

[301] *Desde el **principio de privacidad**, en cambio, podemos observar que 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 viejo. Se refuerza el papel de sujeto de cada anciano. Se protege, como expresa Fromm, el concepto de yoidad, el sentido de ser en el mundo, desde una subjetividad particular Hay muchos tipos de ancianidad. La Gerontología suele clasificarla en cohortes de diez años entre sí. Por ello se habla de tercera, cuarta y quinta edad, haciendo referencia a las personas de 60 a 70 años, de 70 a 80 y de 80 a más edad. Pero además, la ancianidad se distingue por su género.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. B. J.** (direc.); *Derecho de la Ancianidad...*ob.cit., pág. 23.

[302] *Por último, cabe señalar que el Derecho de la Ancianidad se construye con el recurso al **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.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. B. J.** (direc.); *Derecho de la Ancianidad...*ob.cit., pág. 23.

[303] V. **DABOVE, María Isolina;** "Violencia y ancianidad" en *Doctrina Judicial –La Ley* - Año XV, Nº 34, Bs. As., 25 de agosto de 2000, págs. 1165 – 1172; "Fines, fronteras y funciones del Derecho ante el espejo del Quijote cervantino. Reflexiones en torno a un caso paradigmático del Derecho de la Ancianidad." en *Cartapacio,* Azul (Provincia de Buenos Aires), N° 7, 2004; "La Problemática de la Vejez en el Derecho Argentino: razones para la construcción del Derecho de la Ancianidad" en *Estudos Interdisciplinares sobre o envelhecimento*, Porto Alegre, v.13, nº1, p.7-26, 2008; **DABOVE, María Isolina; DI TULLIO BUDASSI Rosana G.; MARCATELLI, Anahí;** "Aspectos Jurídicos y Éticos del Envejecimiento: derecho de la ancianidad" en *Carrera de Especialización en Gerontología Comunitaria*, Buenos Aires, Presidencia de la Nación.

Estos principios constitutivos e interpretativos informan al Derecho de la Ancianidad y su derecho fundamental, cumpliendo la función de las reglas de reconocimiento harteanas. Nuestra tarea se concentrará en identificar y describir los **principios operativos** del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, reglas de cambio y adjudicación que le dan movilidad y eficacia.

Seguidamente, pasaremos al tratamiento en particular de cada una de las dimensiones jurídicas del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Adoptaremos un orden de presentación comenzando por lo social, que seguirá por lo valorativo, para concluir con el abordaje normológico. Es el orden sugerido por el autor trialista cuando la problemática se enfoca desde la óptica del operador jurídico en un área en construcción[304].

Ministerio de Desarrollo Social. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y Universidad Nacional de Mar del Plata. Facultad de Psicología, 2007; **DABOVE, María Isolina; GONEM MACHELLO, Graciela N.; NAWOJCZYK Érika, NOVELLI Mariano H., PRUNOTTO, Mariana E. y RODRIGO Fernando M.** ; "Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos" en *La Ley*, año LXXIII, nº 118, viernes 20 de junio de 2008. **DABOVE, María Isolina; DI TULLIO BUDASSI Rosana G.; SPÓSITO María Angélica;** "La ancianidad y la salud mental. El régimen legal argentino sobre incapacidad y necesidad de reformas" en *Memorias del II Congreso Iberoamericano y I Congreso Uruguayo de Psicogerontología*, Montevideo, Universidad de la República del Uruguay, 2007, págs. 533 a 541. **DABOVE, María Isolina; PALERMO ROMERA, Alejandro;** "Impacto socioeducativo de la discapacidad en el ámbito Universitario. Bases iusfilosóficas para el desarrollo de un proyecto de investigación" en *Revista Electrónica de Bioética*, nº 4, www.aabioetica.org, 15-11-07. Asociación Argentina de Bioética, 2007.

[304] El orden temporal y lógico de llevarse a efecto los análisis de las tres dimensiones, en materias abstractas el de normológico, sociológico y dikelógico, contemplando un caso o una colectividad de casos, es menester empezar con la realidad social, luego los métodos y normas que le conciernen, y por último, preguntar por la justicia de las soluciones. En cambio, para el operador jurídico que elabora normas se invertirían los aspectos resultando el orden de sociológico, dikelógico y normológico, secuencia que hemos adoptado en la presente tesis. V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica ..., ob. cit.,* pág. 36.

D. Algunas conclusiones.

A la hora de hablar del derecho fundamental de la ancianidad es insoslayable hacer mención del concepto de calidad de vida Hay referencias a él en tanto objeto de reparto como meta deseable. Todas las adjudicaciones parten y vuelven a su regazo. En el ámbito jurídico nacional, el término es empleado en sus múltiples acepciones: como renta per cápita, nivel de vida, bienestar social y el más reciente de calidad de vida propiamentedicha, sin adquirir preponderancia ninguno de ellos. Todo dependerá, en gran medida, del ámbito en el que se lo emplee. A la sazón, a la manera de un concepto camaleón, adopta el contenido en referencia al contexto en el cual es utilizado. A pesar que en general se presenta como un material sumamente complejo, en cuanto a los ancianos, se puede decir que existe un área de consenso.

Nos encontramos con muchas vejeces, pero a la luz de un paradigma inclusivo, lo que necesitan los ancianos tiene patrones comunes. El empuje del cambio paradigmático se viene operando desde hace ya más de treinta años por dos vías. Por un lado, por medio de la labor cotidiana de los profesionales gerontológicos insertos en las instituciones, y por el otro, a través de la recepción por parte de algunos directivos de las recomendaciones acordadas en los instrumentos internacionales. Una y otra, coinciden plenamente en lo que entienden como **necesidades básicas de los ancianos**, objeto repartidero de las adjudicaciones justas para con ellos. Se cuenta, así, con un alto grado de consenso, tanto en el nivel científico-tecnológico como político.

Existen diversas formas en que se vinculan las necesidades con el orden normativo, y cada una nos reenvía a *un modo de entender el Derecho.* Esa conexión o bien se presenta como una fusión entre hecho y valor -

aquellas que parten de un modelo antropológico verdadero y bueno-, o bien como un puente entre el hecho y el valor -en tanto que condiciones mínimas de un planteo moral. También existen posturas que consideran que la vinculación es estrictamente instrumental. Y por último, se sitúan aquellas que meritúan las necesidades como razones prima facie en la justificación de las decisiones.

En cuanto a las teorías generales del Derecho, la postura desplegada en primer lugar es propia del *Jusnaturalismo tradicional*, mientras que aquella que entroniza la autonomía del sujeto, se emparenta con el *Jusnaturalismo racionalista*. El *Juspositivismo excluyente* se trasluce en el tratamiento instrumental de la vinculación; siendo los *Juspositivismos incluyentes, Integrativismos y Tridimensionalismos* los que se desarrollan más cómodamente en referencia a las razones justificatorias de las decisiones.

En la Teoría Trialista del Derecho, que se toma de marco de esta investigación, las necesidades operan como razones de la acción, como razones del reparto justo**.** Este elemento opera en forma constructiva vinculando las tres dimensiones jurídicas: la social, la normativa y la valorativa. Es posible pensar a las razones como un elemento que nos permite saltar de una dimensión a otra. Este puente tridimensional se produce al impactar las razones materiales en las otras dos dimensiones. El impacto de la razón material en la norma, se evidencia en la consideración de un factor, en nuestro caso la ancianidad, como una **diferencia relevante**. Esto es, con suficiente envergadura como para ser merecedora de una normativa específica. Podemos hablar de esta forma de *razones lógico-normativas* en la construcción del Derecho. Y, a su vez, al producirse el impacto de la razón material en la dimensión dikelógica, la razón valorativa aparece como un **requerimiento especial de justicia**.

En cuanto a las fuentes del Derecho de la Ancianidad nos vamos a encontrar con alguna normativa directamente estatuida en preceptos legales y con buenas razones - fácticas, valorativas y lógicas - que fundamentan normas adscriptas. El *hard law -instrumentos vinculantes-* y *soft law -derecho indicativo-* , buscan describir esta peculiar situación jurídica. Existe una serie de instrumentos directamente aplicables, cuya vinculación jurídica no es cuestionada, y otras fuentes que sirven sólo como principios orientadores o criterios generales de interpretación jurídica. En el caso del derecho en estudio, en el entramado argentino, nos vamos a encontrar con un panorama notable, el cual se configura a partir de un ***hard law* general**, aplicable a todos los seres humanos, y un ***soft law* específico**, en cuanto a la temática de la ancianidad.

La situación normativa se ve dificultada por una doble carencia -por defecto y por exceso-, por sus condicionamientos y derivaciones. Por lo que en esta área jurídica son especialmente relevantes los datos que nos puedan brindar todo el concierto de fuentes normativas. En la construcción del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, médula del Derecho de la Ancianidad, el peso que se le ha asignado a las fuentes de conocimiento, a las materiales y a las formales de repartos autónomos en comparación con las fuentes formales de repartos autoritarios, es cardinal.

En el Derecho local, existen buenas razones como para elaborar un Derecho de la Ancianidad sobre el soporte de un derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Existe un cúmulo de razones materiales, objetivas y subjetivas, que impactaron en las dimensiones jurídicas produciendo una diferencia relevante a nivel constitucional, en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, y un requerimiento especial de justicia iluminado por los principios de continuidad vital, privacidad y participación.

A penas unos años atrás, el área de estudio de la ancianidad era jurídicamente embrionaria. Valiéndonos de los conceptos de **K. L. A. HART**

intentaremos ilustrarlo. Este ámbito jurídico parece encontrarse en el tránsito de una sociedad primitiva a una organizada. Recientemente, se carecía de reglas de reconocimiento que permitieran determinar las normas que regulaban la condición del anciano, y no existían mecanismos para resolver las dudas sobre interpretación y aplicación. Además, se contaba con un proceso de cambio lento y no premeditado. Se han producido ensayos inorgánicos y esporádicos; generalmente, con la jerarquía de programas *ad hoc* a fin de paliar una situación de necesidad puntual, lo cual profundiza su carácter estático.

Y, en abultamiento de esta condición primitiva, las regulaciones carecían de un sistema eficaz para hacer cumplir las reglas, en tanto que los principios éticos tenían una presión social muy difusa. Podemos afirmar que sólo se hallaban normas primarias de obligación, en tanto reglas que restringían el libre uso de la violencia. La sociedad argentina vivía de acuerdo con esas reglas, dentro de la comunidad de la familia o grupo social menor; pero en el ámbito público, la presión social era menor, tendiendo a desaparecer. El lugar de la obligación aún quedaba circunscripto al ámbito familiar, y al ausentarse, escasamente existían sustituciones.

Ante este territorio inexplorado jurídicamente, las primeras aproximaciones e intentos de un cimiento de reglas secundarias se efectuó apelando al rico aporte de la Bioética. Si bien el material del BioDerecho ha sido de gran utilidad para el Derecho de la Ancianidad, el proceso de juridización del área de la vejez ha comenzado a partir del hallazgo de los principios constitutivos de esta nueva rama jurídica.

En *Derechos de los Ancianos*, **DABOVE** logra encontrar tres elementos de justicia que comprenden en forma cabal y unificada la condición anciana. Los principios de **continuidad vital**, **privacidad** y **participación**, receptan los postulados gerontológicos en forma integrada. Toma en consideración a los

pilares del paradigma inclusivo: envejecimiento en tanto proceso que dura toda la vida (**enfoque de ciclo vital**), en el que se presentan tantas formas de envejecer como personas (**heterogeniedad**), procurando la interacción entre las múltiples generaciones (**solidaridad intergeneracional**). De esta forma, se constituyen como los primeros elementos de cohesión.

Estos principios constitutivos e interpretativos informan al Derecho de la Ancianidad y su derecho fundamental, cumpliendo la función de las reglas de reconocimiento harteanas. Nuestra tarea se concentra, ahora, en identificar y describir los **principios operativos** del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, reglas de cambio y adjudicación que le dan movilidad y eficacia al Derecho de la Ancianidad. Pasemos a considerar, pues los despliegues sociológicos, normológicos y valorativos de este derecho fundamental.

SEGUNDA PARTE

El Derecho Fundamental a la calidad de vida de los ancianos

Lugares comunes

(Argentina/España, 2002, Adolfo Aristarain)

Federico **L**uppi interpreta a un profesor universitario jubilado de prepo que deambula de aquí para allá casi sin saber a dónde escapar. Todos los espacios habituales de referencia se fueron cerrando. Allá no es lo mismo que acá, como le dice a su hijo, porque esa quinta en las sierras de Córdoba tal vez sea un último manotaza de ahogado por aferrarse a algún lugar, a algo, cuando ya todos nuestros "lugares comunes" nos son clausurados impiadosamente. (Comentario de la autora en referencia a la proyección del Ciclo de Cine-Debate "La ancianidad con los ojos del cine")

Vivir

(Japón, 1952, Akira Kurosawa)

La proximidad de la muerte redimensiona la vida. La conciencia de la finitud puede ser un camino para construir una nueva. El protagonista siente que aún le queda tanto por hacer, siente que ha vivido tan poco. Se queda pensativo, no triste. Él no ha pasado de ser una tuerca más en un gigantesco engranaje; pero ahora se tropieza por casualidad con una petición archivada. Los habitantes de un barrio pobre persiguen el sueño de convertir un solar abandonado en campo de juego para niños. Decide ayudarlos. (Comentario de la autora en referencia a la proyección del Ciclo de Cine-Debate "La ancianidad con los ojos del cine")

PALABRAS PRELIMINARES

El **derecho fundamental a la calidad de vida** le permite al anciano salir de los *"lugares comunes"* de la historia que termina, para comprender la riqueza de un *vivir* que recomienza con calidad. En una rama jóven y en crecimiento, como es el caso del Derecho de la Ancianidad, no es posible desdeñar ninguna de las miradas tridimensionales sin riesgo a empobrecer drásticamente la apreciación de la realidad jurídica.

Su dimensión *sociológica* nos sitúa en su realidad fáctica. La ancianidad es vivida y temida como un complejo de adjudicaciones de **impotencia gravosa**, biológica y cultural. Pareciera que o bien la huida -postergándola, combatiéndola, ocultándola- o bien la resignación, fueran las únicas alternativas imaginables frente a semejante desventaja. Distinto a como pudo haber sido en otras épocas o lo es en otras culturas, en nuestra sociedad, la ancianidad no es motivo de privilegios ni de premios. No es algo a lo cual se desee acceder, menos aún, antes de tiempo. La ancianidad es una pesada mochila sobre los hombros de todos los ancianos, y una sombra tenebrosa sobre aquellos que tienen una alta probabilidad de llegar a serlo. Si bien existe ese peso genérico de la ancianidad en tanto adjudicación, los datos de las investigaciones gerontológicas demuestran que no todos los ancianos tienen las mismas posibilidades de hacer frente a semejante carga. En la sociedad encontramos **algunos ancianos más débiles y otros más poderosos**,

ancianos que son meros destinatarios, y otros, que aún en su vejez, reparten potencia e impotencia a los demás.

A nivel *valorativo*, se ha producido una reacción ante este panorama gravoso. El paradigma de la inclusión, receptado por el Modelo Jusfundamental de la vejez, presenta una lógica que apuntala la autonomía del sujeto anciano impidiendo la intervención injustificada de terceros en su esfera de libertad. Se elabora así, un criterio especial de justicia de la ancianidad, que se configura teniendo en cuenta el grado de dependencia del sujeto. Solo la necesidad de ser socorrido por un otro abre paso a las incursiones en el ámbito de la autonormativización.

El paradigma inclusivo impacta directamente en la dimensión valorativa del Derecho de la Ancianidad enarbolando una serie de postulados encapsulados en los **principios constitutivos**. Éstos buscan apuntalar la autonomía de los sujetos ancianos, sin desconocer la necesidad de ayuda de terceros que efectivamente requieren algunos ancianos. Es así como, debido a un *requerimiento especial de justicia* que contempla la situación del poderoso y la del débil desde lo sociológico, el Régimen de Justicia de la ancianidad se presenta de forma gradual. Se despliega por medio de una lógica que va desde un **Humanismo abstencionista** -equiparable al esgrimido para todos los ciudadanos- hasta un **Humanismo intervencionista justificado**. Justificado sólo, y hasta la medida, de la dependencia sufrida por el sujeto en el caso concreto. En definitiva, mediante el influjo provocado por el nuevo paradigma de la vejez, se producirán una serie de conductas de reacción que tomarán forma normativa a través del derecho subjetivo jusfundamental a la calidad de vida de los ancianos.

En lo *normativo*, este derecho fundamental se ve desprovisto de un articulado completo a nivel nacional; mas a partir de su presencia constitucional es posible conjeturar como lo haría un operador jurídico atento a un modelo

jusfundamental. Así, se obtienen los elementos necesarios para la ponderación de los **principios operativos** de este derecho subjetivo. Y, de esta forma, los conceptos y materializaciones de este producto normativo se enfrentan al desafío de describir la situación del anciano -tanto del débil como del poderoso- e integrar los valores especialmente configurados a partir de la Nueva Ética de la Ancianidad.

En definitiva, en estos capítulos veremos cómo en el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, las lógicas de la dimensión normativa y valorativa se conjugan con el fin de lograr contrarrestar la impotencia gravosa que implica la ancianidad en nuestra sociedad occidental actual.

Capítulo I

Los contornos sociológicos del Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos

A. Las adjudicaciones en la ancianidad

1. Caracterización social de la ancianidad

Desde la perspectiva de la teoría trialista que tomamos como referencia, la realidad social del Derecho se configura sobre una célula básica, las adjudicaciones de potencia e impotencia. Son hechos, que resultan relevantes para el mundo jurídico por su afectación a la vida del hombre. En ellas, un lugar importante lo ocupan los *repartos*, las adjudicaciones que provienen de personas determinadas[305]. Las situaciones, en cambio, hacen referencia a las *distribuciones* que son causadas por la *naturaleza*, el *azar* o las llamadas *fuerzas humanas difusas*[306]. Ya se trate de repartos, ya de distribuciones, lo cierto es que de ambos surgirá un cambio real en el estado de cosas anterior. Cambio que se traduce en el intercambio, flujo o conquista

[305] ....se destacan en primerísimo lugar aquellas adjudicaciones de potencia e impotencia que promueve el hombre; las llamamos "repartos". A su lado, se hallan aquellas adjudicaciones que son llevadas a cabo por fuerzas extrahumanas y las cuales bautizamos "distribuciones". Éstas interesan en tanto en cuanto aplicadas sobre hombres, son o toleradas por éstos pacientemente o enfrentadas con medidas determinadas. En otras palabras, las distribuciones no provocan o provocan repartos. V. ***GOLDSCHMIDT, W.;*** Introducción filosófica *..., ob. cit.,* pág. 48

[306] Las distribuciones tienen, como los repartos, una fuerza adjudicataria. Pero a diferencia de aquéllos, ésta no consiste en hombres actuales identificables, sino en fuerzas de tipo diferente. En aspecto positivo, se puede afirmar que las distribuciones o se deben a fuerzas de la naturaleza (por ejemplo, una inundación) o al azar (por ejemplo, el hallazgo de un tesoro oculto) o a influencias humanas difusas (por ejemplo, la contaminación del aire). V. ***GOLDSCHMIDT, W.;*** Introducción filosófica *..., ob. cit.,* pág. 78

eficaz de ventajas o desventajas -*potencia o impotencia*-, para el desarrollo de la vida[307].

El análisis sociológico del fenómeno de la ancianidad en el mundo jurídico, nos da como saldo un entretejido de adjudicaciones con diverso origen. La condición anciana es fruto de situaciones y acciones originadas tanto en **distribuciones** como en repartos. En esta temática, se puede decir que la **naturaleza** y el **azar** juegan un papel tan relevante como las adjudicaciones provenientes de las **influencias humanas difusas** y los **repartos**.

A fin de sostener esta perspectiva de análisis, es significativa la comparación entre las cifras de la ancianidad manejadas en los países desarrollados y el tercer mundo. Al medir las diferencias en el envejecimiento de la población en los continentes, el europeo y el africano por ejemplo[308], los resultados de la aplicación del índice de la esperanza de vida, nos permiten comprender cómo el acceso a la ancianidad y las condiciones de esta última, son fruto en mayor medida del tratamiento que ha tenido la población en cuanto a los repartos, que a condicionamientos de origen biológico.

Es que la frase de cuño gerontológico ***Se envejece como se ha vivido***, también es perfectamente aplicable a la situación jurídica de la población. Los repartos realizados a lo largo de la vida van a determinar el tipo y condiciones

---

[307] V. **DABOVE, María Isolina**; "Argumentación jurídica y eficacia normativa: una mirada desde el paradigma de la Complejidad" en *Argumentación en el proceso de producción y aplicación del derecho: su relación con la eficacia normativa***,** *coord.* Nancy Cardinaux y Jan Sieckmann, Oñati, Dykinson, 2008 (en prensa).

[308] *En Asia y en América Latina la proporción del grupo clasificado como personas de edad aumentará del 8% al 15 % entre 1998 y 2025, mientras que en Africa se prevé que esa proporción aumente sólo del 5% al 6% durante ese período, y que después se duplique para el año 2050. En Africa subsahariana, donde se sigue luchando contra la pandemia del VIH/SIDA y las dificultades económicas y sociales, el porcentaje llegará a la mitad de ese nivel. En Europa y América del Norte, entre 1998 y 2025 la proporción de población clasificada como personas de edad aumentará del 20% al 28% y del 16% al 26%, respectivamente.* **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, punto 2.

de las vejeces de los ciudadanos. Todo lo que de y reciba el niño, el jóven y el adulto influirá en las potencialidades y limitaciones con que se encuentre en su vejez. Es así como, en nuestra sociedad actual, la herencia cultural, política, económica y ética se conjuga con la genética, dando como resultado, una ancianidad sinónimo de **impotencia gravosa**.

Esa desventaja, gravada en cabeza del anciano, se cimenta por una limitación implícita en la condición anciana de origen biológico, pero también lo es desde un punto de vista cultural. Pues, basados en los prejuicios, los repartos razonados no hacen más que mantener o replicar aquellas limitaciones en la vida anciana.

El anciano se enfrenta a **impotencias biológicas** provenientes de adjudicaciones de *la naturaleza y el azar*. Todo ser humano en un cierto punto de su existencia deja de crecer y empieza a decrecer. Como una flor que se marchita aparecen los efectos biológicos de la ancianidad. En este proceso de transformación el anciano atraviesa una serie de *cambios*. Cambios morfológicos (pérdida de la masa ósea, redistribución del tejido adiposo, debilitamiento de la piel), cambios en los mecanismos reguladores o de control (disminución de la capacidad de termorregulación) y cambios en el funcionamiento de los distintos aparatos del cuerpo humano (urinario, nervioso central, de transmisión nuerohormonal, endocrino, hematológico y los órganos de los sentidos)[309]. A pesar de variar de un sujeto a otro su velocidad y profundidad de los mismos, en lo físico el cambio siempre será declinatorio.

[309] V. **RODRIGUEZ CASTEDO, Angel**; "El fenómeno del envejecimiento" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991, págs. 11 y ss; **VINUESA ANGULO, Julio**; *El proceso de envejecimiento de la población en Europa y en España*; en "La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas", Madrid, INSERSO, 1991, págs. 53 y ss; **BARASH, D. P.**; *El envejecimiento*, trad. Enrique Wulff Alonso, Barcelona, Salvat, 1994; **DE SOUZA MINAYO, María Cecilia**; "Visao antropologica do envelhecimento humano" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 47 y ss; **DABOVE CARAMUTO, M. I**.; *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 93.

Este declinar no autoriza a excluir a la ancianidad de su estatuto de vida normal. Es una realidad insoslayable de la condición humana, con sus luces y sombras, y no puede ser tratada como una patología a superar como actualmente se pretende a partir del desarrollo de algunas tecnologías experimentales[310]. Desde un punto de vista netamente biológico, produce una serie de limitantes; pero sigue siendo parte de la vida del hombre, el último recorrido antes de la inexorable muerte. Estos datos de la realidad no podrán ser desconocidos por un derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos que se esfuerce por evitar su miopía que recorta los hechos a un formato manejable. La genética no solo nos hace envejecer condicionando nuestros proyectos de vida en forma general, sino que también estará presente en las potencialidades y limitantes que presente cada ancianidad; influirá en las posibilidades de un envejecimiento saludable o patológico. Es así como la genética humana opera en forma general, como límite para todos los ancianos, y de manera específica, en los casos de predisposición patológica del anciano. En fin, lo biológico en la vejez ocupa un lugar de importancia, pero no es el único factor que influirá en su consideración como impotencia gravosa. Existen, asimismo, otros límites que operan de forma casi invisible, pero con graves consecuencias para el ejercicio de los derechos de los ancianos.

El anciano sufre discriminaciones basadas en *prejuicios* que asocian la idea de vejez con desvalores. Estos preconceptos originados por *influencias humanas difusas* carcomen las relaciones intersubjetivas produciendo **impotencias culturales,** aún donde no existen límites biológicos específicos. A veces es trabajoso determinar sus contornos, están tan internalizados y diseminados, que en ocasiones, es dificil identificarlos si se desconoce la realidad gerontológica.

[310] Los científicos del Colegio de Medicina Albert Einstein, en Estados Unidos, dicen que los judíos askenazíes centenarios tienen un gen mutante. En su estudio, encontraron que 86 personas muy ancianas y sus hijos tenían altos niveles de telomerase, que protege el ADN. **LA CAPITAL 17-11-09** "Los judíos askenazíes muestran la clave genética de la longevidad".

Tan hondo han calado en la corteza social, que su extirpación requiere de una cirugía mayor. Por ejemplo, en numerosas investigaciones de mercado, han podido detectarse al menos seis grandes estereotipos de vejez. Estos resultan significativos no sólo porque funcionan como condicionantes de la acción empresarial, sino también porque pueden observarse en la mayoría de las relaciones cotidianas de las que participan personas mayores. Aún, cuando se sabe que no se sostienen empíricamente. Así, por ejemplo, se cree que: "Las personas que han cumplido 65 años son viejos", "la mayoría de los ancianos tiene mala salud", "el rendimiento intelectual de un anciano no es comparable al de una persona joven", "las personas mayores son improductivas", "Los ancianos no son ni se sienten atractivos", o bien, "todos los ancianos se parecen".[311]

Debido a este panorama generalizado, es constante el esfuerzo por tratar de desacreditar cada uno de estos dichos con datos científicos. Por ejemplo, en un trabajo de la OPS se señalan los seis mitos más recurrentes sobre la ancianidad[312], y se procede a probar su falacia por medio de pruebas estadísticas. Ese frente de lucha se ha tornado una temática recurrente en todos los documentos internacionales, desde Viena hasta la Estrategia Regional. La tenacidad se funda en el perjuicio ocasionado por estos constructos sociales. Causa serias dificultades en la adopción de una representación social positiva de la vejez siendo ocasión de obstáculos reales en el quehacer cotidiano de los ancianos.

---

311 V. **INSERSO;** *La tercera edad en España: necesidades y demandas. Un análisis de la encuesta sobre necesidades sociales y familiares de la tercera edad***,** Madrid, Inserso, 1991, pág. 11.

312 *"La mayoría de las personas de edad viven en países desarrollados", "Todos los adultos mayores se asemejan", "El hombre y la mujer envejecen de la misma forma", "Las personas de edad son frágiles", "Los mayores de edad no tienen nada que aportar", "Las personas de edad son una carga para la sociedad". V.* **ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD** - OPAS, "Sigamos activos para envejecer bien" en *Boletín de la Organización Panamericana de la Salud*, 1999.

A esta consideración de la ancianidad como impotencia gravosa, no solo concurren la Genética y los prejuicios sino que los repartos la refuerzan manteniendo o replicando aquellos límites de origen biológico y cultural. Pues existe gran cantidad de **impotencias de origen normativo**. Sus razones no se vinculan a límites biológicos específicos, sino que, en gran medida a razones de macroeconomía fuertemente apuntaladas por los prejuicios. Estas limitaciones de origen normativo plasman los criterios de justicia adoptados por la sociedad a fin de regular las relaciones interpersonales de toda la comunidad materializando los valores vigentes.

Por ejemplo, la jubilación se efectúa con el fin de renovar el plantel laboral y dar cabida a los más jóvenes. No hay una evaluación de las capacidades biológicas o psicológicas de cada individuo en particular, sino que se toma al dato etareo como determinante. Son irrelevantes las pruebas sobre la fortaleza o idoneidad del individuo en concreto. También encontramos este fenómeno en la práctica de las empresas de salud pre-paga que aumentan progresivamente -de acuerdo a la edad del cliente- el importe a abonar en concepto de pago anticipado de los servicios de salud. Y, superado un límite de edad[313], no aceptan su afiliación. Se basan en las mayores probabilidades que tienen los ancianos en general de hacer uso del sistema de salud en comparación con un joven promedio. Para estas empresas es irrelevante el estado de salud actual de la persona ni su historia clínica. En el primer caso, la norma hace viable el prejuicio sobre la improductividad y la incapacidad de aporte de los mayores; en tanto que en el segundo caso, se hace eco del prejuicio sobre su fragilidad, salud inestable, o enfermedad, de todos los ancianos del colectivo ancianos.

Mayormente estos límites son originados por repartos autoritarios captados por medio de normas generales, como es el caso de la jubilación; pero en algunos casos, se efectúa a través de repartos autónomos, o (seudo)

[313] Generalmente después de los 50/60 años.

autónomos. Ese es el caso de la prohibición dispuesta por los reglamentos internos de las empresas de salud prepagas y cajas profesionales; se impide la afiliación de los sujetos que superen cierta edad, que ronda los 54 años. También es cotidiana la firma de contratos o acuerdos autolimitantes por parte de los ancianos beneficiando, generalmente, a sus familiares. A pesar de ser válidos, es sospechosa su legitimidad en muchos casos.

Como lo adelantábamos, esta impotencia no la viven de igual forma todos los ancianos. Los débiles no cuentan con las mismas herramientas que los poderosos para hacer frente a esta impotencia gravosa limitación en lo biológico y cultural, que a su vez, es mantenida o replicada por las normas.

2. El anciano débil y el anciano poderoso

De acuerdo a los estudios gerontológicos**,** no existe una sola forma de envejecer, en cada persona adquiere rasgos propios. Es así como se habla de la gran **heterogeneidad** al envejecer[314]. Se basa en causas diversas: sexo,

[314] El envejecimiento es un proceso dinámico, el ritmo al que envejece cada persona es heterogéneo. A medida que se envejece las personas tienden a ser más distintas unas de otras en el funcionamiento psicológico, fisiológico o social, debido entre otras cosas a factores biológicos (genéticos, hereditarios) o biográficos, como por ejemplo, el estilo de vida (actual y pasado) a lo largo del ciclo vital. De manera que, las personas mayores presentan más diferencias entre sí que una muestra comparable de personas más jóvenes. Y, además, los cambios que se producen asociados al envejecimiento no tienen porqué aparecer en el mismo momento y grado en todas las personas mayores (por ejemplo, las diferencias en el encanecimiento del pelo). Del mismo modo se producen cambios en una determinada función, conducta, capacidad, habilidad psicológica o fisiológica (como por ejemplo la movilidad) esto no significa que se tengan que producir, necesariamente, cambios en otras (como por ejemplo, la capacidad cognitiva), demostrándose que los diferentes sistemas del cuerpo de una persona también envejecen a un ritmo distinto. Más aún, incluso para un mismo tipo de función o sistema, el envejecimiento puede mantener patrones diferenciales para subfunciones diferentes -por ejemplo, memoria e inteligencia. V. **LOSADA**, **A.**; *Edadismo*...ob. cit.; *Es un error, cometido a veces a conciencia o cuando menos dejándose llevar por el prejuicio, considerar que todas las personas mayores, por el mero hecho de superar los 65 años, son semejantes entre sí. (...) Es nuestro objetivo provocar la consideración diversa de estas personas, acorde con la realidad social que las define. Cuatro variables pueden bastarnos para ello (sexo, edad, estado civil y nivel educativo), aunque por supuesto cabrían añadirse muchas más (nivel de ingresos, formas de convivencia, estado de salud, ideología política, práctica religiosa, etc.)* V. **PINAZO HERNANDIS, S.; SANCHEZ MATINEZ, M.** (direc.), *Gerontología*..., ob.cit.,pág. 56.

estado civil, nivel educativo, nivel de ingresos, formas de convivencia, estado de salud, ideología política, práctica religiosa, etc. Es imposible hablar de un "anciano tipo"[315], lo cual trae complicaciones a la hora de captar esta problemática por parte del mundo jurídico. ¿Cómo adjudicar con justicia a un sujeto tan diverso, tan heterogéneo?[316]

Las diversas limitaciones con que se puede encontrar el anciano impactarán en el criterio a emplear para lograr un reparto justo. Por lo que a fin de aproximarnos a una consideración adecuada de la ancianidad desde el punto de vista del Derecho, veremos luego la necesidad de adoptar algún criterio diferenciador, que capte esta heterogeneidad. Veremos como el planteo de una clasificación es reclamada en una búsqueda sincera de un trato justo; ya que como bien dice **WALZER**, la justicia es, más que la igualación, el arte de la diferenciación[317]. En definitiva, la heterogeniedad fáctica plantea la necesidad de una diferenciación valorativa -un criterio especial de justicia - que impactará en lo normativo captádose como una clasificación de los ancianos dependientes en miras a la recepción de ayuda de terceros.

Ahora bien, como primera aproximación a este mundo de lo heterogéneo, vamos a valernos de una terminología ampliamente utilizada en

---

[315] *Los encargados de formular políticas y estrategias nacionales para la aplicación del Plan de Acción deberán reconocer que las personas de edad* ***no constituyen un grupo homogéneo****, y tener en cuenta las grandes diferencias entre las personas mayores en las diversas etapas de su vida, así como sus correspondientes necesidades*. **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, punto 89 *...una de las principales características del grupo de personas mayores es su* ***heterogeneidad****, determinada por diferencias de edad, género, nivel socioeconómico, etnia, condición migratoria o de desplazamiento, residencia urbana o rural, entre otras.* **ESTRATEGIA REGIONAL**, punto 8.

[316] V. **SAGRERA, Martín**; *El edadismo. Contra "jóvenes" y "viejos". La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992; **GELEHRTER DA COSTA LOPES, Ruth**; "Diversidades na velhice: reflexoes" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 87 y ss.

[317] V. **WALZER, M.**; *Las esferas...,* ob.cit., pág.1.

el ámbito gerontológico: el envejecimiento **normal** y el envejecimiento **patológico**[318].

En cuanto a la ancianidad **normal**, se identifica con un sujeto autónomo que solo sufre los límites generales, biológicos y culturales. Éstos le ocasionan algunos inconvenientes o barreras, sin llegar a necesitar de otros en forma continua. Tengamos presente, en nuestra sociedad, el mero dato de la edadfunciona como un factor limitante. Los más fuertes, en su físico, psiquis, medios económicos e inserción socio-cultural, pueden llegar a superarlas por sí mismos; pero el anciano *promedio* ve afectada su libertad de forma insuperable.

Es difundido el prejuicio que conecta en forma directa a la ancianidad con lo **patológico**. Mas no es atinada esa generalización, sin apartarse en forma drástica de la realidad. Curiosamente, a pesar del preconcepto generalizado que vincula a la ancianidad con la discapacidad, su tratamiento en conjunto es algo novedoso en el plano de la investigación. Los datos actuales evidencian un ensachamiento de la población anciana-discapacitada, fenómeno al cual se lo ha denominado emergencia silenciosa[319]. Por un lado,

---

[318] El envejecimiento **normal**, o primario, implica una serie de cambios graduales biológicos, psicológicos y sociales asociados a la edad, que son intrínsecos e inevitables, y que ocurren como consecuencia del paso del tiempo (por ejemplo, el encanecimiento del pelo). Debe diferenciarse del envejecimiento **patológico**. Este se refiere a los cambios que se producen como consecuencia de enfermedades, malos hábitos, etc., y, que no forman parte del envejecimiento normal (por ejemplo, cataratas, enfermedad de Alzheimer) y que, en algunos casos pueden prevenirse o son reversibles. El envejecimiento **óptimo** es el que tendría lugar en las mejores condiciones posibles (físicas, psicológicas, sociales). Es el envejecimiento deseable por todas las personas ya que implica pocas pérdidas o ninguna e incluye una baja probabilidad de presencia de enfermedades. El envejecimiento **satisfactorio** lo obtienen aquellas personas mayores que favorecen la promoción de su salud (física y psicológica), fomentando su autonomía, mediante la práctica de ejercicio físico o el entrenamiento de sus capacidades cognitivas, mejorando su autoestima, manteniendo hábitos de vida saludables, etc., de forma que eviten, en la medida de lo posible la dependencia y el aislamiento. V. **LOSADA**, A.; *Edadismo*...ob. cit..

[319]*Cuando en los ámbitos científicos o institucionales se habla de discapacidad se relaciona de inmediato este término con otros como prevención, atención temprana, integración educativa, laboral, accesibilidad, rehabilitación, etc. Todos estos ámbitos de investigación o intervención evocan, en cuanto a sus destinatarios se refiere, la figura de personas que tienen necesidades especiales durante la infancia, en la juventud o en la vida adulta. Muy pocas veces se relaciona*

las personas con discapacidad arriban a la vejez en mayor proporción que antes, y por el otro, existe un nutrido grupo etareo en crecimiento, el de los *viejos-viejos*[320]. Ellos presentan una mayor propensión a padecer enfermedades discapacitantes. Ambos grupos quedan expuestos a las causales de la dependencia. Estos datos clarifican la diversidad de su situación. Sólo los ancianos que sufren afecciones, en lo físico, psíquico, o psicológico, lo sitúan en una posición dependiente. Sólo en este punto es donde se intersecan las esferas de la ancianidad con las de la enfermedad y la discapacidad.

Es importante insistir sobre el punto; si bien coinciden en algunos casos, no existe una relación directa entre ancianidad y **dependencia**. Existe una abultada franja de ancianos **autónomos**. Así lo sustentan todo un grupo de investigaciones sobre las diversas causales de dependencia refuerzan el concepto de ancianidad normal; y lo alejan del prejuicio generalizado de la ancianidad como patología, lo cual evoca reminiscencias de la ética griega antigua.

---

la discapacidad con el envejecimiento. Sin duda esta insuficiencia se explica porque, hasta hace pocos años, la esperanza de vida de las personas afectadas por deficiencias estaban bastante por debajo de la media de la población general. Es decir, no solían llegar a la vejez. Pero los avances e innovaciones en las ciencias de la salud, el desarrollo de más apoyos y recursos, la mayor accesibilidad para la integración social y la mejora, en fin , de las condiciones de vida han originado el incremento progresivo del número de personas con discapacidad que llegan a alcanzar edades avanzadas y que, en consecuencia, presentan un conjunto de nuevas necesidades que vienen a modificar su situación anterior, añadiendo complejidades y cambios devenidos de su proceso de envejecimiento. Nos encontramos, pues, ante una nueva realidad que constituye una ***emergencia silenciosa****, como lo ha denominado el Comité de Rehabilitación e Integración de las Personas con Discapacidad del Consejo de Europa*. V. **RODRIGUEZ RODRIGUEZ**, **Pilar**; "El envejecimiento de las personas con discapacidad" -Crónica del Congreso Internacional "Discapacidad y envejecimiento"-, Oviedo (España), 2001, pág. 1. *El hecho de incluir o no a las personas de edad avanzada influye en la determinación del número de afectados por discapacidades en el mundo. Así ocurre que, según el Programa de Acción Mundial, dos tercios de la población de impedidos son -en algunos países- personas de edad, y en la mayoría de tales países, el número de éstas va en incremento. Su incapacidad se origina en procesos de artritis, apoplejía, males cardíacos, deterioro del oído y de la vista* V. **KRAUT, Alfredo Jorge**; *Los derechos de los pacientes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997,pág. 269.

[320] Superan los 80 y 90 años de edad.

En Argentina, el grupo de **ancianos con discapacidad** asciende a un **% 14** (entre 65-74 años) y **% 21** (75 y más años)[321]. Aquellas enfermedades que disminuyen en forma significativa las funciones vitales de los ancianos, no son privativas de este colectivo, ni extensivas a todo el universo de ancianos. Tampoco es posible generalizar la condición patológica en relación a las habilidades cognitivas del sujeto, ya que éstas no se deterioran en forma pareja, e incluso, pueden llegar a mejorar[322]. De la misma forma, **Miguel KRASSOIEVITCH**[323] al tratar los trastornos delirantes en el anciano, no deja dudas en cada paso de su desarrollo, de la situación de patología de esta afectación en la vejez. Ergo, no puede ser considerada en ningún caso como parte del proceso de envejecimiento normal[324].

Por lo tanto, si efectuáramos una clasificación entre los tipos de limitaciones, podríamos determinar unas que son padecidas por toda la

[321] Según datos de la **PRIMERA ENCUESTA NACIONAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD 2002-2003 - COMPLEMENTARIA CENSO 2001**.

[322] Junto a estas diferencias intraindividuales (entre las distintas habilidades de una misma persona), también es necesario tener en cuenta las diferencias interindividuales: así, encontramos personas mayores con un funcionamiento cognitivo excelente hasta edades muy avanzadas, lo que les permite seguir implicadas en tareas complejas y de alto nivel sin advertir ningún tipo de deterioro, frente a otros mayores que, por el contrario, muestran un decremento temprano de sus habilidades cognitivas. De hecho, ésta es una de las constataciones habituales de la investigación en Geriatría: los hallazgos en las esferas fisiológica y psicológica muestran una variabilidad que aumenta en paralelo con la edad de los sujetos observados (a mayor edad, mayor variabilidad entre sujetos); ello hace enormemente difícil describir a un "anciano típico", también desde el punto de vista cognitivo. V. **POUSADA FERNANDEZ, Modesta; DE LA FUENTE ARNANZ, Javier**; "Envejecimiento y cambio cognitivo" en *Gerontología...* direc. Pinazo Hernandis, S.; Sanchez Martinez, M., ob. cit., pág.185. Y ver **OUANONO, Daniel Néstor Martín;** Sordera, Buenos Aires, Dunken, 2006.

[323] V. **POUSADA FERNANDEZ, Modesta; DE LA FUENTE ARNANZ, Javier**; "Trastornos delirantes en el anciano" en *La vejez. Una mirada gerontológica actual,* compág. Leopoldo Salvarezza, 1° ed, 2° reimpr, Buenos Aires, Paidos, 2005, pág. 191; **LURIA; A. R. ;** *El hombre con su mundo destrozado,* trad. Floreal Mazía, 1° ed., Barcelona, Granica, 1973. **OMS;** *Problemas de salud mental del envejecimiento y la vejez,* Buenos Aires, Cuadernos de Asistencia Social,1964.

[324] Se ha ido conformando un área de investigación que sobreentendiendo que no es posible identificar ancianidad y patología en forma genérica, por ejemplo en el área de las discapacidades, se pueden nombrar los congresos internacionales que se fueron desarrollando desde el 2001, y que el más reciente es **III CONGRESO INTERNACIONAL "DISCAPACIDAD Y ENVEJECIMIENTO: DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y ENFERMEDAD MENTAL"** (Gijón, 2007).

población anciana, lo cual se identifica, mayormente, con el concepto de envejecimiento normal. Y otras, que solo afectan a algunos ancianos. Esta situación en algún punto se equipara al concepto de envejecimiento patológico, superándolo.

Es destacable a la relevancia jurídica de estas limitaciones. Por un lado, la homogeneidad en cuanto a las limitaciones generales, biológicas y culturales, que sufren los ancianos, tanto débiles como poderosos. Y por el otro, la heterogeneidad en las limitaciones específicas patológicas en lo físico, psíquico y psicológico, sociales y económicas. Éstas circunstancias que nos habilitan a pensar en una concepto *jurídico* que diferencie entre un anciano autónomo y otro dependiente en miras a un reparto justo.

C. GARCÍA PINTOS[325] apuntala, desde lo psicológico el concepto jurídico de anciano autónomo; lo diferencia del anciano dependiente. Este autor presenta la importancia de la decisión que se enfrenta durante el proceso de envejecimiento, entre actitudes que llevan a la declinación y la muerte, y aquellas que permiten aventurarse a proyectar nuevamente la vida asumiendo los cambios. El círculo de la vejez, que se corresponde con el desarrollo de un envejecimiento *normal*, comprende seis etapas: **la conmoción, la negación, el fastidio, la depresión, la aceptación y la prospectiva**[326]. Ahora bien, la elección entre dejarse caer o aventurarse a saltar hacia el "nuevo mundo", depende de varios factores, pero

[325] V. **GARCÍA PINTOS, Claudio**; *El círculo de la vejez. Sobre la psicología normal de la persona que envejece,* Buenos Aires, Almagesto-Fundación Ross, 1993, pág. 28; **VILLARREAL, Benicio;** *Adultos mayores, pensamientos y vida,* Buenos Aires, Dunken, 2004.

[326] C*omienza con la conmoción y hasta el tercer momento, es decir el fastidio, pareciera ser que la vida sigue sin acusar la necesidad de cambiar o modificar la actitud ante el nuevo status evolutivo. Cuando la toma de conciencia de que el ingreso a la vejez es un movimiento imposible de detener ni postergar, cuando la verdad evolutiva se impone, se presenta la depresión y con ella la primera curva vertical dentro del esquema. El humor cae hasta el momento de la aceptación. Una vez superada la depresión inicial, el individuo acepta que es viejo y a partir de allí se da una especie de estabilización del humor y de ánimo ante la vida. Y el círculo se cierra cuando la prospectiva o la perspectiva de una mejor vida a partir de un cambio positivo de actitud se vislumbra como una posibilidad cierta*. V. **GARCÍA PINTOS,C**.; *El círculo...*,ob. cit., pág. 34.

fundamentalmente de cómo se ha vivido hasta llegar a la vejez[327]. Es claro, entonces, que tampoco es directa la relación entre ancianidad y dependencia psicológica. Ésta podrá existir en tanto no se resuelva bien la crisis vital consustancial al envejecer. Mas en un proceso de envejecimiento normal la persona sale fortalecida al superar esta nueva etapa crítica de la vida.

Pues, mirando la realidad a los ojos, no es posible generalizar sobre la situación patológica de los ancianos; pero tampoco sobre su autonomía. En los casos de dependencia, a las barreras generales de la ancianidad, se le agregan las ocasionadas por el grado de limitación, física, psíquica o psicológica que presenta el anciano en particular. Así la dependencia ocasionará una necesidad extra, que repercute en una ayuda específica brindada por un tercero. Pero la dependencia se manifiesta de distintas formas y grados, por lo que la ayuda requerida también estará marcada por la **diversidad** y la **gradualidad.** Y en ocasiones, por la **reversibilidad**; algunas son pasajeras, con la ayuda suficiente y adecuada, el anciano puede retornar a su condición autónoma. La precisión en los datos de la dependencia es esencial a la hora de pensar un sistema jurídico adecuado a la condición anciana.

Desde un modelo jusfundamental, el concepto de dependencia superará el médico de envejecimiento patológico, al necesitar incluir otros aspectos que lo conduzcan más allá de la vinculación entre ancianidad y enfermedad. Al menos en América Latina y Argentina, al pensar en limitaciones y dependencia con respecto a terceros, es necesario hablar de la que sufre una buena parte de la población anciana: la pobreza y la marginación.

Los ancianos argentinos de 1990 nacieron en uno de los países más prósperos del mundo, un país que había disfrutado de medio siglo de

---

[327] V. **GARCÍA PINTOS,C**.; *El círculo...,*ob. cit., pág. 28.

crecimiento económico rápido y sostenido, y cuyo pronóstico para el futuro parecía brillante. Las experiencias de Buenos Aires, tanto en lo referente al envejecimiento poblacional como a la evolución de los asentamientos en villas miserias, no se ajustan a las de la mayoría de las otras grandes ciudades latinoamericanas. Esto refleja principalmente las particularidades de la historia social y económica de Argentina: el prolongado período de crecimiento antes de 1930 y el subsiguiente deterioro.

El acelerado envejecimiento demográfico se debió, en gran parte, al impacto a largo plazo de la inmigración transatlántica. El ímpetu demográfico fue posteriormente sustentado por niveles relativamente elevados de riqueza y un rápido cambio socioeconómico; mas la contracción del sector del trabajo formal y la caída en los salarios reales redujeron la capacidad de los miembros de la familia de brindar apoyo económico a los ancianos. La creciente pobreza y miseria constituyeron una presión adicional sobre el sistema de seguridad social intensificando las fuentes de conflicto intergeneracional[328].

La situación de pobreza en la vejez involucra a ancianos que siempre vivieron en ese contexto y a aquellos que se fueron empobreciendo. Durante su proceso de envejecimiento fueron perdiendo bienes y servicios, relaciones y contención. Si bien algunos reciben algún tipo de ayuda o asistencia social por parte de organismos gubernamentales y no gubernamentales, y otros han podido construir redes de apoyo e intercambio, eso no alcanza para cubrir sus necesidades básicas; y menos áun para tener una vida digna.

---

[328] V. **LLOYD-SHERLOCK, Peter**; *Ancianidad y pobreza en el mundo en desarrollo. Las villas miseria de Buenos Aires*, trad. Soledad Laclau, 2°, Buenos Aires, Ciepp, 1999; **BELLINA YRIGOYEN, Jorge;** *La Economía Política de los fondos de pensión,* Rosario, UCEL, 2004; Tres ensayos sobre la Ancianidad: Derechos Humanos y Escasez de Recursos, Significados de Vejez y Asignación de Recursos, Rosario, UNR Editora, 2009; **CASTRO GUTIERREZ, Alvaro; "**Tercera Edad y seguridad social en América" *en Estudios de la seguridad social, Buenos Aires, N° 75, 1994.* **WILBERS, Joachim; "**Situación económica de las personas mayores" en AA.VV. *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

Lamentablemente, no sólo deben soportar la situación de pobreza, de miseria en algunos casos, sino que la dependencia económica y socio-cultural es la causa de la institucionalización de los ancianos más allá de lo necesario[329]. Muchas veces los, ancianos autoválidos terminan sus días en el Hospital Geriátrico Provincial de Rosario, o en los Hogares de Mayores debido a la imposibilidad de procurarse otro alojamiento, o de regresar a su hogar al rehabilitarse.

Estas multiformes razones materiales que nos hablan de la autonomía y de la dependencia de los ancianos impactarán en la faz normativa y valorativa sentando las bases de una clasificación de los ancianos. Ésta captará las limitaciones generales y especiales a fin de no cometer una doble injusticia: o bien, **sobreproteger** al anciano -económicamente independiente, sano e inserto socio-culturalmente-, o bien, **descuidar** al anciano que sufre alguna patología, pobreza o marginación.

Los términos envejecimiento normal y patológico han sido de gran ayuda para introducirnos en la comprensión de las categorías de anciano autónomo y anciano dependiente; pero, a fin de comprenderlo cabalmente, también podemos traer a colación otras manifestaciones de este fenómeno. La heterogeneidad en el envejecimiento también se ve reflejada en la cuota de poder con que cuenta el anciano en su vida de relación. Ello quedó evidenciado, por ejemplo, en las razones materiales subjetivas sociales incrustadas en los debates y en los implícitos del tratamiento que mereció la temática de la ancianidad por los constituyentes reformadores de 1994. Encontramos que hay alusiones, al menos, a dos tipos de ancianos: unos, repartidores, y otros, recipiendarios; **algunos poderosos, y otros débiles**. Si bien sobre ambos pende la misma espada de Damocles, el prejuicio que

[329] V. **LUDI, María del Carmen**; *Envejecer en un contexto de (des) protección. Claves problemáticas para pensar la intervención social*, 1° ed, Buenos Aires, Espacio, 2005, pág. 107; **GASCÓN, Silvia**; "Vejez y pobreza en Argentina" en *[i]salud*, Buenos Aires, ISALUD, 2007.

asocia a la ancianidad como sinónimo de discapacidad o debilidad[330], cada grupo cuenta con herrramientas muy distintas para combatirla.

Abocados a la tarea, hubo menester de esfuerzo para descubrir las razones de los constituyentes en referencia a la ancianidad. Ella se vio continuamente eclipsada por el debate sobre las atribuciones del Consejo de la Magistratura, los límites habilitados por las Coincidencias Básicas[331] y el derecho a la vida, o la permisión del aborto. Hurgando entre los proyectos presentados[332] y los debates parlamentarios[333], encontramos elementos en referencia a la ancianidad en derredor a dos **incisos controvertidos**: el 23 del artículo 75 (nuevo) y el 4 del artículo 99 (que modifica al inciso 5 del artículo

[330] *CABALLERO MARTIN _Señor presidente: durante el debate sostuvimos que la posición sustentada por los señores convencionales Alfonsín y Corach hacía bien a la salud de la República, pero para que todos gocemos de ella-sobre todo el Poder Judicial- debemos hablar con precisión*. (hace referencia al debate en la Comisión Redactora y la precisión en cuanto al momento en que se opera la vigencia de la cláusula transitoria que habilita la "mayoría de edad avanzada") 19 de agosto inc 4
Sra. COLOMBO_...junto a los ancianos, que transitan una etapa de vida en la que se producen procesos involutivos de las funciones vitales...(...)...que las mujeres estemos dispuestas aceptar que se nos equipare con sectores que atraviesan etapas de la vida caracterizadas por la inmadurez o por la involución, más allá del profundo respeto que siento por los ancianos. En esta misma asamblea constituyente hay respetabilísimos y brillantes convencionales que podrían ser considerados ancianos. 19 de agosto artículo 76 inciso 23
SR. MARCONE_ Señora presidenta: le daría todas la interrupciones que me solicitara, pero soy un anciano y ya mis neuronas están fatigadas; si me interrumpen, me hacen perder la ilación de mi discurso. (unos minutos después de lo anterior...supongo que fue en sorna, aprovechó el prejuicio en su favor)

[331] Especialmente en referencia a la extensión del principio de igualdad del vedado artículo 16 *Sr. ALASINO_En realidad, lo que estamos tratando de hacer en este inciso es agregarle un contenido distinto al viejo derecho de igualdad de la Constitución Nacional* 19 agosto inc 23

[332] Proyecto N° 72 presentado por el convencional HERNANDEZ, Proyecto N° 182 presentado por el convencional CAFIERO, Proyecto N° 210 presentado por el convencional LUCERO, Proyecto N° 364 presentado por el convencional ZAFFARONI, Proyecto N° 572 presentado por el convencional CONESA RUIZ, Proyecto N° 873 presentado por el convencional ALASINO, Proyecto N° 1003 presentado por el convencional VÁSQUEZ, Proyecto N° 1024 presentado por el convencional ALBAMONTE, Proyecto N° 1427 presentado por el convencional POSE, Proyecto N° 1509 presentado por el convencional KANMERATH, Proyecto N° 1543 presentado por el convencional CULLEN.

[333] Aprovecho para agradecer el material brindado y la oportunidad de familiarizarme con la técnica legislativa y el análisis del discurso parlamentario con las docentes del seminario "Derecho y Lingüística" de la Facultad de Derecho - UNR (2001/2004) Lic. Graciela ALVAREZ - Ab.Araceli DIAZ.

86 del texto de 1853[334]). Si bien su contenido es dispar, fueron tratados curiosamente el mismo día.

En el inciso 23 se discutió la inclusión de las políticas de acción positiva, medidas de discriminación inversa, en aras de un principio de igualdad material. En el inciso 4[335] no se debatió, mas se modificó, ni más ni menos, que el criterio sobre la permanencia de los magistrados superiores en sus cargos arribados a la ancianidad. Este peculiar inciso, va a producir la presentación de una causa judicial por un miembro en ejercicio de la mismísima Corte Suprema de Justicia de la Nación. Éste trascendió como el resonado **caso Fayt[336]**. Allí se ventiló la normativa constitucional introducida al inciso 4. En cuanto al mantenimiento de los supremos magistrados en sus cargos, se adicionaba un elemento etáreo al criterio de la idoneidad vigente. Los argumentos esgrimidos en la lid judicial, rondaron en torno al ataque perpetrado al sistema republicano de gobierno por vía de la reforma constitucional al ingresar ilegítimamente la inestabilidad en la afamada independencia judicial. Entendemos, que desde el Derecho de la Ancianidad, existe una razón más para fallar a favor del magistrado.

---

334 Debate del 19 de agosto de 1994. Sesión 3° Reunión 34° . Orden del día 14 Caducidad del nombramiento de los magistrados por razones de edad.

335 Modificación del inciso 5 del articulo 86. Atrículo 99 El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: inciso 4 *Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto. Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la* ***idoneidad*** *de los candidatos. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a calquiera de esos magistrados, una vez que* ***cumplan la edad de setenta y cinco años****. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán* ***por cinco años****, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.*

336 V. **HERNANDEZ, Antonio María (h);** *El caso "Fayt" y sus implicaciones constitucionales*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.

Si bien en este movimiento existieron claros intereses políticos por detrás, ellos contaron con el respaldo de un sólido prejuicio: la chochez[337]. Los estudios gerontológicos hoy nos indican que esto no consiste más que en el mito conforme al cual el ser humano a cierta edad se pone gagá, achacoso, se desvanece su capacidad de razonar, perdiendo su idoneidad *ipso jure*[338], o volviéndose inepto *iure tantum*, ya que debe probar su aptitud cada 5 años, o cada año en el caso de muchos docentes universitarios.

Mientras que en aquél caso del inciso 4 hay un anciano que debe probar la pervivencia de su autonomía; la razón que impulsó la inclusión de los ancianos en el inciso 23[339] fue otra, su *vulnerabilidad*. Llegados a este punto

---

[337] **Chochez**: f. Despect. Cualidad de chocho // 2. Dicho o hecho de persona que chochea. **Chochear** (*De chocho*) intr. Tener debilitadas las facultades mentales por efecto de la edad. (Diccionario de la Lengua Española, 21°).

[338] Sólo se encuentran comentarios tangenciales, ya que no se abrió el debate sobre el particular por estar incluido en el cuestionado paquete de coincidencias básicas. *LOPEZ DE ZAVALÍA_ Pienso que el tema de la habilitación es indiscutible. Todos lo sabe y, si alguien siguiera afirmando que este tema no está habilitado, pues revisemos todas las sanciones que hemos dado con ese criterio terrible de encontrar un texto que literalmente diga que tal tema está habilitado y también, por ejemplo, que estamos habilitados para sacar jueces de la Corte, fijando 75 años como máximo. (Aplausos)* 19 de agosto en el tratamiento del art. 75 inc 23
BAVA_ Debo hacer referencia -y también criticarlo- al inciso 4° del artículo 86, que establece que los magistrados no podrán exceder los 75 años de edad. En una época como ésta, en que la medicina ha avanzado tanto que hay mucha gente joven a los 80 años, parece realmente inexplicable que de nuevo por un negocio circunstancial -como es quitar del medio al doctor Levene o algún otro magistrado que esté molestando por allí- se introduzca nada menos que en la Constitución Nacional una cláusula de este tipo, más propia seguramente de algún código. (Aplausos) Nadie puede asegurar que una persona por el solo hecho de llegar a los 75 años, que ni siquiera es una edad demasiado avanzada en nuestro tiempo, se vea disminuida en sus facultades psíquicas de tal modo que le impida dictar sentencias a conciencia. Esto nos parece otro disparate propio de esta manera de legislar que apuna al tratamiento de asuntos coyunturales. ¡Qué triste, señor presidente! Esta es una cláusula inaudita para un cuerpo normativo como es la Constitución Nacional. Repudiamos enérgicamente que se establezca esta cláusula porque resulta lesiva a al dignidad de la magistratura. El magistrado es en principio inamovible, y sólo cesa en sus funciones por enfermedad, juicio político o muerte. Evidentemente es necesario que de una vez se diga la verdad...
_Una señora convencional dice algo que no alcanza a ser registrado.
BAVA_ No, señora convencional. No vengo a hacer ninguna revolución aquí.
PRESIDENTE_Ruego al señor convencional dirigirse a la Presidencia y ceñirse al tema en debate. (el inc. 23).

[339] V. Inserción solicitada por el Sr. Convencional Repetto sobre "Derecho de la Ancianidad y Régimen Federal". Documento elaborado pro la Comisión de Expertos Gerontólogos de la Universidad Nacional de Rosario conjuntamente con la Comisión Nacional de Gerontología Social (CONAGES-ONG-Naciones Unidas) Solicitada en sesión plenaria número 22.

nos invaden dudas sobre los límites y el alcance de esta situación. No es claro cual es el factor debilitante que ocasiona un trato diferencial. Recordemos el concepto de heterogeneidad que acompaña a toda la temática de la vejez desde los estudios gerontológicos. Nos preguntamos si en las razones normativas, las que crearon esta diferencia relevante, tenían en miras a todos los ancianos, o solo a los dependientes. Y si fuera de esa forma, tampoco está claro el tipo de dependencia de que se trata. ¿Acaso se está haciendo referencia a la dependencia en lo económico? ¿en lo sociocultural? ¿o alude a los ancianos discapacitados? Más adelante, al efectuar el tratamiento de la dimensión normativa del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, veremos cómo esta indeterminación será completada a través de las normas jusfundamentales adscriptas.

En definitiva, estos incisos están haciendo referencia a sujetos ancianos que ocupan **lugares marcadamente distintos en la sociedad**. Uno es un sujeto poderoso, aún en su vejez, por lo que se precisó echar mano de un prejuicio muy generalizado para intentar debilitarlo. Mientras que en el otro, el destinatario es un sujeto intrínsecamente débil -pareciera que en todos los aspectos, al no especificarse- el cual necesita de una discriminación inversa para poder acceder a un trato digno.

En el próximo capítulo veremos cómo, a la luz de los principios de continuidad vital, privacidad y participación, el inciso 23 produce una discriminación injusta. Planteando una solución igualitarista ofrece una solución arbitraria que no contempla en forma integral a las diversas condiciones de los ancianos[340]. Providencialmente, el cuestionado inciso 4 habilita las vías para encontrar elementos de contraste, de equilibrio, a fin de no perder el norte jurídico en la temática y caer en la sensiblería, desconociendo los datos sociológicos.

[340] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos de los ancianos...,*ob. cit., pág. 467.

A todos, poderosos y débiles, el factor edad los alcanza y puede ser utilizado para perjudicarlos. Ambos poseen distintas herramientas para protegerse, y ello no puede pasar inadvertido para el Derecho de la Ancianidad. Más allá de las especificidades, estas razones por detrás del reparto en el debate constitucional nos brindan un norte claro, la heterogeneidad sociológica; y nos permiten comprender el doble papel que juegan los ancianos en el modelo jusfundamental: adjudican y se les adjudica, son tanto repartidores como recipiendarios.

Podemos señalar una tercera manifestación de la heterogeniedad: los vocablos adjudicados al mentar a ese grupo etareo[341]. Por ejemplo, tanto en las ordenanzas de la municipalidad de Rosario, como en el discurso de los funcionarios entrevistados, se percibe una notoria diferencia entre los términos y potencialidades asignadas. Al referirse a los **ancianos no institucionalizados,** se emplea el término "adulto mayor", quien es el destinatario de talleres ofertados desde la Dirección de Gerontología y de otras actividades masivas como las Olimpíadas de Adultos Mayores. En tanto que el término "paciente" o "internado" es el elegido a los fines de referirse a los **ancianos institucionalizados**, quienes caen sin más bajo un paradigma médico asistencialista.

En resumidas cuentas, en miras a una adjudicación justa de la calidad de vida, el derecho fundamental necesitará tener presente la diversidad de la

[341] En la teoría y en la práctica multidisciplinar de la temática de la ancianidad se debate sobre el término ha asignarle a los individuos que superan los 60 años de edad. En los instrumentos internacionales se los denomina **adultos mayores** o **personas de edad**. DABOVE, luego de efectuar un estudio etimológico, opta por el vocablo **anciano** (*será anciana la persona que cuenta con un "antes" de peso, con un pasado mayoritario, que respalda lo poco que vendrá)*. Cosidera que este es el concepto más neutral, ya que sólo destaca la relación del ser humano con el tiempo, sin aditivos peyorativos, enaltecedores, ni eufemismos que ocultan la realidad. *Algunos de ellos expresan claramente la relación entre vejez y decrecimiento, como sucede con el término **viejo** y sus derivados **vejete** o **vejestorio**, por ejemplo. Otros, por el contrario, parecen mostrar la idea de que la vejez es, no obstante, crecimiento.* En el término **mayor, señor, senil o senescencia** está presente la idea de dominio, de autoridad, o de relación de poder, que conllevaba socialmente el hecho de ser viejo. V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos de los ancianos...,*ob. cit., pág. 103.

vejez. Heterogeneidad que se manifiesta como envejecimiento normal y patológico, en la debilidad y en el poderío. Existe una dicotomía bien marcada de la cual tampoco escapan en el lenguaje.[342].

3. La calidad de vida: vida potenciada como objeto del reparto

Basados en las investigaciones de **DABOVE** y su equipo en *Derecho en los Geriátricos*[343], y las efectuadas para esta tesis, podemos sostener sin temor a equivocarnos que en la sociedad existe una clara confusión con respecto a aquello que se le debe dar a los ancianos. Esto trae como resultado, la adjudicación de elementos muy diversos. Entendemos que con referencia al objeto del reparto es en donde más se evidencia el estado de tránsito en que nos encontramos, entre un paradigma de exclusión y otro inclusivo. ¿Acaso lo que le dábamos a nuestros mayores cuando niños, es lo que necesitan nuestros padres?, ¿es tal vez lo que vamos a necesitar nosotros en nuestra vejez próxima? En definitiva, ¿qué es lo que necesita un anciano?, ¿qué es lo que potencia su vida?

Conscientes de introducir temas de cuño axiológico, abordaremos el asunto de la calidad de vida en tanto objeto de reparto y meta en forma conjunta. Están tan entrelazados sus alcances en los criterios adjudicatarios vigentes que uno solo se entiende al comprender su otra faceta, y viceversa. Lo que se le da a los ancianos actualmente, reiteramos, varía acorde al paradigma que sustente quien adjudica en cada caso.

---

[342] Ver **CUADRO N° 4** Limitaciones generales y especiales de la ancianidad.

[343] *V.* ***DABOVE CARAMUTO, M. I****.* (coord.); *Derecho en los Geriátricos...ob.cit.* Informe elaborado en el marco del Proyecto Básico de Investigación y Extensión universitaria denominado: **Derecho de la Ancianidad en las Instituciones Geriátricas. Perspectiva interdisciplinaria**, aprobado por resoluciones del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario Nº: 288/2001 y 297/2002, cuyo trabajo de campo fue realizado en el lapso comprendido entre setiembre de 1997 a abril de 2001, en las instalaciones del Hospital Geriátrico Provincial de Rosario en compañías de T. O. Dora Giovagnoli y Antrop. Mabel Tuccio.

Pasemos a explicarnos. En la temática de la ancianidad se pueden apreciar con nitidez las consecuencias que trae aparejada la idea de desarrollo en el Derecho. Con la expansión de la ciencia y de la técnica han aumentado los objetos **repartibles**[344], esto es, aquello que puede ser repartido; en tanto que con la propagación de los derechos humanos han aumentado los objetos **repartideros**[345], aquellos objetos que deben ser repartidos. Por lo que si buscamos respuestas para las inquietudes sobre el objeto del reparto del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, algunas las encontraremos en los resultados de las investigaciones gerontológicas, en tanto que otras, en los tinos filosóficos que fundamentan a los derechos humanos. Y también escucharemos una voz que va adquiriendo cada vez mayor peso: las opiniones de los propios ancianos, las razones materiales subjetivas individuales. ¿Qué es lo que ellos dicen que necesitan?[346]

Para poder entender de donde venimos y adonde vamos en referencia a los paradigmas de la vejez, es central la comprensión que se tenga de los objetos a repartir. La asignación que efectivamente se hace a los ancianos muta de tal forma de familia en familia, e incluso, de anciano en anciano en la misma familia, que es sumamente difícil determinar elementos comunes. Las adjudicaciones de potencia e impotencia se acomodan de acuerdo a la concepción de ancianidad que tenga la familia y la comunidad, y de la fortaleza o prestigio que ostente el anciano. Por lo que comenzaremos

---

[344] *Para que un objeto sea digno de ser repartido, debe ser de hecho repartible, sin que la posibilidad del reparto, desde luego, lleve consigo la dignidad. En cuanto, pues, a la condición previa de que un objeto pueda ser repartido (objeto repartible), hay que advertir que el círculo de los objetos repartibles aumenta sin cesar.* Por ejemplo, diversos tratamientos terapéuticos inexistentes hace 50 años. V. ***GOLDSCHMIDT, W.;*** Introducción filosófica *..., ob. cit.,* pág. 432.

[345] *Una vez que sepamos que un objeto es repartible, tócanos investigar si debe ser repartido; en otras palabras, si resulta repartidero.* Por ejemplo, un tratamiento terapéutico de rutina. *Idem*

[346] V. **INSERSO;** *La tercera edad en España: necesidades y demandas. Un análisis de la encuesta sobre necesidades sociales y familiares de la tercera edad***,** Madrid, Inserso, 1991, pág. 193.

situándonos en la vida que es potenciada, para luego determinar, con la ayuda de los estudios gerontológicos, los componentes específicos que requiere una vida con calidad en su última etapa.

Partiendo, entonces, de disquisiciones filosóficas, nos valdremos de un concepto elaborado por **DABOVE** a fin de lograr una captación de la realización de la vida en la ancianidad, la calidad de vida[347]. En *El Derecho a la vida y a la salud: ¿qué vida? ¿qué salud?*[348] la autora se acerca a una posible captación teórica de la vida. Parte de algunas perspectivas que permiten esclarecer esta cuestión, aún consciente de la dificultad que implica el intento de comprender este concepto en su totalidad. Entiende, que en miras de aprehender la vida, se deben tener en cuenta los aspectos biológico[349], histórico[350] y cultural[351].

---

[347] Es relevante este concepto, ya que el sujeto en estudio, el anciano, cuenta con **cantidad** de vida vivida y en menor proporción por vivir; de ahí procede la denominación de *anciano.* Adquiere así gran importancia la **calidad** de la poca (en comparación con su propia existencia) cantidad que le resta.

[348] V. **DABOVE, María Isolina**; *El Derecho a la vida y a la salud: ¿qué vida? ¿qué salud?*, Universidad Carlos III de Madrid, Curso de Doctorado en Derechos Fundamentales (1993-1994), monografía materia Bioética y Derechos Humanos (profesor Dr. Diego Gracia Guillén), Madrid, 1994, s/p.

[349] *La dimensión Biológica nos coloca ante el problema de la conceptualización de la vida en cuanto ser. En este sentido,* ***vida - ser*** *significa expresión de una posibilidad, de una potencialidad -genética- dada, sin carga valorativa alguna. Esta comprensión del ser constituye un factum, un hecho que se da en la naturaleza; verbigracia, la vida humana considerada como expresión vital de una especie determinada. Desde esta visión, nos referimos a la vida en cuanto proceso de nacimiento, nutrición, crecimiento, reproducción y muerte. (...) En la captación adecuada que realice el Derecho de esta perspectiva, contribuye la visión que reportan la Biología o la Medicina -en general- y la Genética, la Fisiología -en particular-, entre otras y que remiten, en última instancia, al problema ontológico del ser. V.* **DABOVE, M. I.;** *El Derecho a la vida...*ob. cit.; pág. 12.

[350] *Desde la perspectiva Histórica, la vida se nos presenta como un estar, como un ser que, además de ser, existe; y va tomando conciencia de ello, paulatinamente. La vida en cuanto estar nos devela su carácter esencialmente temporal y espacial. La vida consistiría en ser un ser que está, en un tiempo y en un lugar determinados. En ser un ser que ocupa una porción de tiempo y llena un espacio que se traducirá en el devenir histórico. Es decir: que nace, que se nutre, que crece, que se reproduce y que muere en un momento y en un lugar concretos. Tiempo y espacio éstos que son a la vez exclusivos del ser que está, y excluyentes de los demás seres que están. Dos problemas deben convivir armónicamente: el* ***estar y el co-estar****. En este sentido, la vida se presenta como un bien que se va "consumiendo" individual y socialmente. (...) Para abordar las preguntas referidas a esta dimensión le resultará muy útil al jurista recurrir a disciplinas como la Antropología, la Historia, la Psicología, o a la Sociología, entre otras.* V. **DABOVE, M. I.;** *El Derecho a la vida...*ob. cit.; pág.13.

La vida plena es, en estos parámetros, ese *factum* genético que nos hace ser. Pero también, ese hecho que se va a ir moldeando de diversas formas al ir tomando conciencia paulatinamente de que es, que existe en un tiempo y un lugar determinado. Vida que no lo es en solitario, sino que se va "consumiendo" individual y socialmente. Pero ese estar y co-estar del ser fáctico no constituye a la vida en su totalidad existencial, sino que requiere de una actividad, no como activismo muscular, sino que en tanto proyecto personal que se elige y se asume libremente.

En suma, el fenómeno vital se despliega en tres facetas: vida-ser, vida-estar y vida-hacer. *Cada una de ellas está incorporada a la anterior, y lleva en sus entrañas el germen de la posterior. El hacer -máxima expresión vital- abarca al estar, su precedente; y éste, pre-supone el ser. Por otra parte, el ser contiene la potencialidad del estar, y este último la del hacer. Sin embargo, como sabemos, no siempre se desencadena este proceso. No siempre es posible el despliegue vital, en su máxima expresión, en su sentido más digno, en su integridad plena.*[352]

El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos tendrá como desafío el ser un *instrumento idóneo, capaz de sostener y garantizar el desarrollo de aquellas tres potencialidades vitales*[353]. Ello lo logrará en tanto permita reconquistar las libertades perdidas, permitiendo que el individuo no solo tenga cantidad de vida (biológica e histórica, vida-ser y vida-estar) sino que también goce de vida cultural, vida-hacer; esto es, calidad de vida.

---

[351] *El punto de vista Cultural nos lleva a situarnos frente al problema de la vida en cuanto hacer, de la* ***vida como actividad.*** *Nos coloca ante el problema del ser que, además de estar, es capaz de llevar a cabo aquellos proyectos deseados -sean éstos de la índole que sean, verbigracia: afectivos, laborales, recreativos, etc. Proyectos que elige y asume libremente. (...) En este sentido, son importantes para el Derecho los aportes provenientes de la Axiología, la Etica y la Moral, específicamente."* V. **DABOVE, M. I**.; *El Derecho a la vida...*ob. cit.; pág.14.

[352] V. **DABOVE, M. I.;** *El Derecho a la vida...*ob. cit.; pág. 15.

[353] *Idem*

Entonces, atento a la importancia y dificultades que encuentra muchas veces el hacer en la ancianidad, es que será tarea primordiar para este derecho fundamental encontrar los medios de protección adecuados para mantener un ámbito de libertad suficiente para su personalización. Desde esta perspectiva filosófica, la calidad de vida como meta deseable exigirá la búsqueda de los medios idóneos para la protección de la vida biológica, la vida en comunidad y, aún, la vida cultural, sin descuidar ninguno. De otra forma, estaría permitiendo el reparto de desventajas, esto es, impotencias para la vida.

Estos planteos filosóficos son muy próximos a los desarrollos científicos y técnicos logrados por la Gerontología. Siguiendo la línea de pensamiento que entiende que en la vida anciana habrá factores biológicos, históricos y culturales que potencien la vida, se encuentran las categorías de las conocidas “estrellas” de **Rocío FERNÁNDEZ BALLESTEROS.** Es posible identificar elementos propios de la vida-ser, vida-estar y vida-hacer que fueron condensados en un modelo que integra dimensiones personales y socio-ambientales, con elementos subjetivos y objetivos implicados en la calidad de vida de las personas mayores[354].

En el análisis del material recogido en la experiencia de campo, fue posible cotejar los elementos de estas teorías filosóficas y científicas con la realidad de las instituciones geriátricas, obteniendo un resultado coincidente. En las entrevistas realizadas a los ancianos institucionalizados, reiteradamente se escuchaba una referencia a la vida-hacer al preguntarles por aquello que más les gustaba (y disgustaba) de su estadía en la residencia. Esta indagación buscaba circunscribir, en una primera aproximación, aquello que según sus propias percepciones potenciaba (o le quitaba potencia) a sus vidas. En las deposiciones decían: "Esto no es vida"; y ante la pregunta de qué necesitaba para que lo fuera, contestaban: "Hacer algo". Dentro de la residencia, la dimensión biológica mayormente se encontraba satisfecha. Tampoco hacían

[354] Ver **CUADRO N° 5** Calidad de Vida de los Ancianos

referencia a una carencia de vida cohabitada con un otro que tenían al lado; más era repetitiva la queja con respecto a la falta de actividad y de propuestas para el hacer, lo cual planteaban como una gran impotencia para ellos.

En definitiva, el gran desafío del Modelo Jusfundamental, que busca hacer operativos los postulados inclusivos del paradigma, estará en encontrar herramientas de protección que no dejen al sujeto anciano apartado del hacer, actividad personal y personalizante.

4. La participación en las formas de repartir vida potenciada

El anciano mayormente no es escuchado, ni en la familia, ni en la sociedad ni en los órganos estatales, las formas que se emplean para repartirle son generalmente autoritarias y sin audiencia[355]. Entendemos que las razones de dicha tendencia se basan en un paradigma paternalista que busca suplir al vulnerable en su debilidad. Sustituirlo en su ignorancia, sustituirlo en su falta de conciencia, sustituirlo por su condición de paciente. Si bien desde un punto de vista valorativo **DABOVE**[356] es clara al señalar el camino justo a seguir de acuerdo a un Régimen de Justicia Humanista, en las adjudicaciones cotidianas el anciano escasamente transita los senderos de la

[355] Se entiende por forma de reparto, pues, cualquier camino que conduce al reparto con tal de que no sea el único, toda vez que en este supuesto nos encontraríamos con la esencia misma del reparto. Formas son, por ello, tanto la negociación individual, como la negociación estandarizada, como la imposición a través de un monopolio o de presiones económicas, como el proceso judicial, como el linchamiento. V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 56.

[356] *Tanto el proceso como la negociación deberían estar presentes en los repartos relacionados con ancianos, a fin de evitar llegar a los repartos a través de la imposición o de la mera adhesión de una conducta a otra. Habrá que recurrir al proceso como vía institucional de comunicación, y a la negociación como el camino más justo para llegar a la toma de decisiones que requieran del consentimiento del propio anciano.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**.; *Los derechos...*ob. cit., pág. 481.

negociación o el proceso. Es mayormente objeto de la adhesión o de mera imposición.

Estas direcciones también las encontramos en los discursos de los propios ancianos vertidos en las entrevistas. Un adulto mayor responde ante el pedido del entrevistador sobre un comentario en referencia a la práctica del taller de juegos. *"Me gustó* -dice- *porque podíamos elegir, si queríamos jugar, jugábamos, si no, no... era distinto a lo de la chica del canto, con buena intención, supongo, pero nos obligada a cantar para que nos sacáramos las malas ondas".* Todos los entrevistados, hicieron referencia, de un modo u otro, a la extraña capacidad de decidir y de participar que se vivía en el taller, una forma de reparto desconocida, al menos dentro de esa institución.

Los directivos de las residencias[357] se mostraron interesados[358] en la nueva modalidad de resolución de conflictos, con un formato que permite la participación y la escucha. En las entrevistas preliminares que se mantuvieron a los fines de ofrecer el taller, al informales sobre la existencia de los métodos alternativos y la construcción del taller lograda desde sus principios, primero se mostraron sorprendidos por la propuesta, y preguntaban en ocasiones con más cuestionamientos que en otros, pero finalmente coincidían en la apreciación de que los métodos tradicionales no bastaban, por ejemplo para resolver el frecuente problema con el derecho de visitas de los familiares del residente. Consideraban que la herramienta de la mediación podía llegar a ayudar en algunas situaciones controvertidas. Y, con posterioridad, en las instituciones en que finalmente se llevó a cabo la experiencia[359], demostraron gran interés por los resultados obtenidos con el dispositivo. Nos manifestaron en varias oportunidades su deseo de continuar con el dictado del taller, a

[357] Según informe de la Dirección General de Habilitación de Industrias, Comercios y Servicios del 2005, sobre un total de 90 instituciones -67 con habilitación municipal y provincial, 23 con habilitación municipal y en proceso de habilitación provincial. Fueron visitadas 33.

[358] Salvo en aquellas en las que se alojaban solo dependientes psiquiátricos.

[359] Salvo una, la designada con el N° 17 en esta investigación.

pesar de que se les había anticipado que la práctica se desarrollaría por un plazo predeterminado consistente en seis encuentros.

Acorde a un paradigma que busca una mayor participación del anciano en todos los órdenes -económico, social, político y cultural, y conocedores de esta necesidad de participar en las decisiones, propias, familiares y comunitarias, las recomendaciones internacionales bregan por una mayor posibilidad de audiencia para el anciano.

Es así como la concepción inclusiva plantea la necesidad de escuchar al viejo, y darle cabida en todos los procesos decisorios, incluidos los jurídicos. Esto representa otro desafío que se le presenta al Modelo Jusfundamental de la vejez.

B. El lugar del anciano en la red social: ¿Orden o desorden de los repartos?

En el caso de la ancianidad se hace patente la importancia que tiene una teoría del derecho que integra lo social en el fenómeno jurídico, y que no se contenta con el discurso normativo para conocer la realidad. Aquí tenemos un ejemplo de ello. Si nos detuviésemos en las razones normativas del artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, aparecería como único repartidor el Estado Nacional a través del Congreso; pero en el sustrato fáctico existen, también, otros sujetos implicados que no pueden ser dejados de lado en un derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos que pretenda ser operativo.

Actualmente, la ancianidad se ha tornado un problema de tal envergadura, que es requerida toda una **compleja red de apoyo**[360] para poder enfrentarlo con éxito. Su abordaje en solitario resulta ineficaz, y en muchos casos, imposible para las familias y las comunidades. Aún en el supuesto de un poderoso gobierno, las complejidades requeridas para satisfacer las necesidades que subyacen en la ancianidad, dificultan su captación y resolución sin la ayuda de los otros sujetos que conforman el entramado social[361].

Los instrumentos internacionales han tenido el buen tino de describir a los protagonistas directos de esta gran gesta de acuerdo a las nuevas prácticas, y nuevos roles sociales y familiares[362]. Si bien se hallan referencias a la labor del Estado, también se detallan las adjudicaciones provenientes de la comunidad, el mercado, la familia y los propios ancianos. A continuación, expondremos los repartos empleados como supuestos de las recomendaciones y directrices contestes con la realidad gerontológica actual, de países desarrollados y en vías de desarrollo.

En la cotidianeidad familiar y comunitaria, muchas veces el **anciano** es considerado desde su rol de "pasivo". Este lugar de mero recipiendario, se

---

[360] Redes de Apoyo, formal (servicios sociales y sanitarios) y redes de apoyo informal (material, instrumental, emocional y cognitivo) V. **CELADE**; "Redes de apoyo social de las personas mayores en América Latina y el Caribe" en *Seminarios y Conferencias*, Santiago de Chile, CELADE, 2002, **ARIAS, Claudia y SOLIVEREZ, Corina**; *Bienestar psicológico y redes sociales*, en "Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento", Buenos Aires, Eudeba, 2009, págs. 53-64.

[361] V. los modos de vida de las personas mayores y sus necesidades en **INSERSO;** *La tercera edad en España...,* ob. cit., pág. 47 y ss.

[362] *A nivel práctico, la CEPAL (2002) identifica tres ámbitos de desafíos en relación a la calidad de vida en la vejez: A nivel de* ***mercado****, el aumento de las personas mayores provoca modificaciones tanto en la oferta y demanda de bienes y servicios como en el trabajo. A nivel de* ***sociedad****, genera nuevas formas de organización de la familia y diversas respuestas de la comunidad a los nuevos desafíos de bienestar. A nivel de* ***Estado****, provoca nuevas tensiones sociales surgidas de las necesidades de financiamiento de los sistemas de seguridad social, de los cambios en las relaciones de dependencia económica entre generaciones y de la competencia intergeneracional por los puestos de trabajo.* V. **CELADE**, "Manual sobre indicadores de calidad de vida en la vejez", Santiago de Chile, CELADE, 2006, pág. 15.

basa en prejuicios más que en sus posibilidades reales de participación. Pero en las investigaciones y prácticas que cimentaron las directrices de los instrumentos internacionales se da cuenta de la ubicación del anciano en un lugar central. Este sale de aquella situación para ser fortalecido en su rol de repartidor. Las evidencias científicas son tales, que algunas recomendaciones, proponen el uso de diversos medios para despertarlo del prejuicio con referencia a su pasividad. En el ímpetu de cambio que impulsa a Viena, se llega incluso a buscar medios que lo obliguen a participar, mientras que en los más apaciguados aires madrileños sólo se procura promover su participación integral.

Los instrumentos también han plasmado el vuelco producido con respecto a la potencia real de otros sujetos. La **familia** y los **cuidadores de ancianos,** otrora ostentaban la categoría de sujetos fuertes, mas ahora son tanto repartidores como receptores de ayuda. La familia, puede repartir inclusión o exclusión, en tanto que lo integre o no a su ámbito y a las redes que lo conforman. Pero la familia, elemento invaluable en el sistema de cuidados de los ancianos dependientes, también es un elemento débil que necesita recibir ayuda.

El problema de la ancianidad en la actualidad ha adquirido tal complejidad que supera las posibilidades de quienes se encargaban de su abordaje en tiempos pasados. Esto es así debido a los cambios sufridos en la estructura familiar, la participación de la mujer en los ámbitos públicos, la cada vez mayor especialización de los cuidados gerontológicos, y las exigencias valorativas con respecto a los ancianos. Es así, como en esta situación compleja, se entrelazan personas y objetos en torno a la vejez. El anciano ya no es el único recipiendario de cuidados, también la familia del anciano y aquellos que lo cuidan, formal o informalmente, requieren que se les reparta algún tipo de socorro. El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos tampoco puede permanecer sordo a esta nueva situación, debiendo

estimar las posibilidades reales de esta nueva situación familiar tan desprovista en su faz de cuidadora[363].

Otra modificación en cuanto a las adjudicaciones, se ha producido con respecto a la relación del viejo con la **comunidad**. En tiempos pasados, la ancianidad era un tema de lo privado, de la familia, y muchas veces quedaba habitando solo detrás de los muros de las casas o asilos. Pero hoy, a la luz de un paradigma inclusivo, la sociedad civil cumple una función insustituible; puede repartir inclusión o exclusión. En tanto se haga eco de los prejuicios, en tanto restrinja el acceso a los sistemas económicos, sanitarios o culturales basándose sólo en el factor edad. Los documentos buscan fortalecer el trato no discriminatorio, y para ello, hacen un señalamiento no taxativo de algunos grupos de repartidores que no han permanecido ajenos a los cambios sociales en la vejez: **empleadores, medios de comunicación y publicidad[364], profesionales de la salud y de lo social, educadores, y prestadores de servicios geriátricos o gerontológicos.**

Con respecto al **Estado**, un Estado Constitucional de Derecho, este asume tanto el papel de protagonista como el de mediador. Es un actor esencial con los medios capaces para evitar que se reparta impotencia, a la vez que puede influir en el reparto de potencia a sus ciudadanos ancianos. Los instrumentos señalan las adjudicaciones que en el tema de la vejez, son de su incumbencia. Obra como promotor de la calidad de vida de los ancianos, principalmente a través de la difusión y la educación. Fomenta e

---

363 V. **GOLPE, Laura; ARIAS, Claudia Josefina** (ed.); *Sistemas formales e informales de apoyo social para adultos mayores. Aportes de una investigación científica al campo de la Gerontología Institucional,* Mar del Plata, Suarez, 2005; **INSSP;** *Libro de trabajos de las 6tas jornadas regionales de epidemiología y promotores de salud de la región centro,* Mar del Plata, INSSP,1999; **GARCIA PINTOS, Claudio C. ;** *La familia del anciano también necesita sentido. Sobre la orientación psicogerontológica familiar,* Buenos Aires, San Pablo, 1993.

364 V. **CAMPOS, Pedro Celso**; "A visibilidade do idoso nos meios de comunicacao. Estudo de caso: jornais El Pais e ABC-2007" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 105 y ss; **CORTE, Beltrina; FROHLICH MERCADANTE, Elisabeth; RODRIGUES GOMES, Mayra;** "Quais sao as imagens dos idosos na midia?" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 25 y ss.

incentiva el desarrollo de servicios y actividades idóneas para la mayor participación de los ancianos; y es el encargado del control de las instituciones públicas y privadas, ejerciendo su función de policía en los establecimientos gerontológicos. Si bien se ha corrido de la función omniprotectora, propia del Estado de Bienestar, su rol de prestador directo de los servicios necesarios para un determinado tipo de dependencias, no han desaparecido.

Ahora bien, teniendo presente esta compleja red de apoyo que cuenta entre sus filas al Estado, la sociedad civil, la familia y el propio anciano, en algunos países se han ido desarrollando propuestas para la atención y el cuidado de los ancianos. Es posible enumerar, por ejemplo, el servicio de enfermería a domicilio, la ayuda informal y formal instrumental (limpieza, comida, compañía, arreglos en el hogar)[365], la creación de centros de día[366], hogares de día[367], centros sociales de mayores[368], centros sociosanitarios,

---

[365] *No es baladí referirse al tradicional "desencuentro" entre los diferentes agentes y actores que trabajan en el ámbito de la gerontología o en el de la discapacidad, así como en el de los servicios sociales y el de la asistencia sanitaria. Al actuar desde marcos separados, existe un gran desconocimiento tanto teórico como práctico de los desarrollos producidos en ambos. Así, tanto los paradigmas de la intervención como la propia terminología que se ha ido aportando al común han evolucionado de manera diversa. Bueno es, por tanto, que se vaya produciendo un acercamiento entre profesionales, investigadores, instituciones y entidades del tejido social para lograr un enriquecimiento mutuo. Los importantes avances que la gerontología y la geriatría pueden aportar los aspectos socioasistenciales al mundo de la discapacidad son muchos. Buena parte de los desarrollos conseguidos en el ámbito de la discapacidad en materias como la accesibilidad integral, la normalización y la vida autónoma pueden ser aprovechados también en el campo de actuación de la gerontología.* V. **PUGA GONZÁLEZ**, María Dolores; *Dependencia y necesidades asistenciales de los mayores en España, una previsión a 2010*, Madrid, Fundación Pfizer, 2001 pág. 124; V. también **IMSERSO** (Instituto de Mayores y Servicios Sociales); *LIBRO BLANCO. Atención a las personas en situación de dependencia en España*, 1° ed, Madrid, Imserso, 2005, pág. 343; **INSALUD**, *Programa de atención domiciliaria con equipo de soporte (ESAD),* Madrid, INSALUD (Instituto Nacional de la Salud), Madrid, 2000.

[366] *El centro de día es una organización mixta (ancianos, profesionales, voluntrios, familiares, técnicos) e intersectorial (donde confluyen distintos sectores de la política social), de carácter privada o pública, destinada a mayores de 60 años. En sus diferentes modalidades puede dirigirse a personas autoválidas o dependientes, desarrolla su acción dentro de una franja horaria estipulada e impulsa un programa de actividades psico-socio-terapéuticas tendiente a optimizar la calidad de vida de los concurrentes.* V. **PAOLA, J. P., PENAS, L., FERNÁNDEZ, M. del P., PÉREZ, O., MARTÍNEZ, L., DEMARCO, M.;** *Construyendo*..., ob. cit., pág. 33.

[367] V. **GROBA, Gabriela; FUSTINONI, Alberto Mario**; *Población vulnerable en la Cuidad de Buenos Aires. Hogares de Día para la tercera edad. Un estudio de caso,* Buenos Aires, Gobierno de la ciudad de Buenos Aires-Centro de Documentación en Políticas Sociales, 2001.

centros de rehabilitación, hospitales de día, residencias para ancianos[369], viviendas compartidas, viviendas comunitarias protegidas con servicios colectivos, viviendas multigeneracionales[370], viviendas tuteladas, atención domiciliaria sanitaria y social[371], organización del aporte del voluntariado[372], servicio de apoyo al cuidador (formativo y de respiro)[373], ayuda a las familias[374], adaptaciones de viviendas, y la oferta de servicios tecnológicos para vivir en forma independiente en el hogar[375], entre otras.

---

368 V. **ANDÚJAR, Jesús**; "El IMSERSO abre en Melilla un centro social para personas mayores" en *Sesenta y más*, N° 233, IMSERSO; Dic 2004; **PÉREZ-CEREJUELA, Patricia**; "Centro de mayores Miguel de Cervantes" en *Sesenta y más*, N° 233, Imserso; Dic 2004.

369 V. **CASADO MARIN, David y LÓPEZ I CASANOVAS, Guillem**; *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Barcelona, Fundación "la Caixa", 2001; **IMSERSO**; *Personas Mayores y Residencias. Un modelo prospectivo para evaluar las residencias*, 1° de, Madrid, Imserso, 2000, Tomo I y II.

370 Por ejemplo, un anciano que aloja a un estudiante. Programa de Alojamiento Solidario entre personas mayores y estudiantes. Ordenanza de la municipalida de Rosario N° 8044/2006.

371 V. **INSALUD**; *Programa de Atención Domiciliaria con Equipo de Soporte (ESAD),* Madrid, INSALUD, 1999.

372 V. **GEORGIADOU, Effie; "**Papel del voluntariado" en **AA.VV**; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

373 V. **GUIDO, Patricia; MINGORANCE, Daniel;** "Cuidadores y cuidados. Vínculos y dependencia: del malestar al bienestar" en *Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, págs. 85-92; **CADETE BERNARDO; María Helena; "**Apoyo comunitario a las personas mayores" en **AA.VV**; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993; **ASIEL, Monique; "**Cuidados médicos y sanitarios" en **AA.VV**; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993; **MORAGA, Manuel**; "Nuevas respuestas de cuidados a los ancianos" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991, págs. 251 y ss; **BILIG MELLO, Pamela; MARTINELLI PICCININI, Aline; DA ROSA, Patricia Viana; TELLES DA ROSA, Luis Henrique; BILIG GARCES, Solange B.;** "Percepcao dos cuidadores frente as dificuldades enocntradas no cuidado diario de idosos dependentes institucionalizados" en *Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento*, Vol. I, Porto Alegre, 1999, pág. 259 y ss; **NUNES MONIZ, José Manuel**; "Cuidar de pessoas idosas: as práticas de cuidados de infermagem como experiencias formadoras" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 39 y ss.

374 V. **TROISI, Joseph; "**Papel de la familia" en **AA.VV**; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

375 V. **OBSERVATORIO DE MAYORES**; "Redes y Programas Europeos de Investigación. VI Programa Marco de la Unión Europea (2002-2006)" en *Perfiles y tendencias. Boletín sobre el envejecimiento*, N° 29, Julio 2007.

En derredor de estas soluciones al problema del envejecimiento y al multigeneracionismo, en algunos paises se ha ido configurando todo un **orden de repartos**, estructurado al son de una **planificación** que generalmente se impulsa desde los organismos estatales de la Seguridad Social. Bajo el nombre de sistemas integrales de cuidados fueron diseñados signados por la ***gradualidad*** en la intervención y la ***coordinación*** de las tareas de ayuda[376].

Es *graduado* a tenor de la profundidad de la dependencia que sufra el anciano, señalándose distintos eslabones en un escalonamiento de acuerdo a la complejidad y al grado de intervención requerida, procurando mantener la autonomía y la independencia del anciano por el mayor tiempo posible. Por ejemplo, siguiendo esta perspeciva se vienen estudiado los problemas cotidianos que enfrentan las personas mayores viviendo solas[377], a fin de extender su vida autónoma en el hogar con el auxilio de medios tecnológicos. También se han estudiado los beneficios de inclusión producidos por los centros de día y la forma de tejer el entramado con las residencias para ancianos a fin de evitar la esquizofrenia de las estructuras inconexos entre el afuera y el adentro. El sistema *coordina* lo sanitario con lo social, lo público con lo privado, lo local con lo regional, lo individual con lo general, atento a los múltiples aspectos que tiene la calidad de vida de los ancianos, y la magnitud del problema a enfrentar.

---

376 V. **JANI-LE BRIS, Hannelore;** *Cuidado familiar de las personas de edad avanzada en la Comunidad Europea,* Dublin, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, 1993. **DE ROBERTIS, Cristina; PASCAL, Henri;** *La intervención colectiva en Trabajo Social. La acción con grupos y comunidades,* Buenos Aires, El Ateneo, 1994; **INSERSO;** *La atención a las personas mayores. Innovaciones importantes en tres países europeos,* 1°ed., Madrid, Inserso, 1993, **GUADALAJARA OLMEDA, Natividad;** *Análisis de costes de centros residenciales,* 1° ed., Madrid, Inserso, 1996, **IMSERSO;** *Cuidados en la vejez. El apoyo informal,* 1° ed, 2° reimpr, Madrid, Imserso, 1999; **RODRIGUEZ, María Isabel;** *Lo biológico y lo social, su articulación en la formación del personal de salud,* Serie Desarrollo de Recursos Humanos N° 101, OPS- OMS, 1994.

377 V. **LÓPEZ DOBLAS, Juan**; "Personas mayores viviendo solas", Colección Estudios, Serie Personas Mayores, 1°ed, Madrid, Imserso, 2005

En España, por ejemplo, los servicios sociales dirigidos a las personas mayores cuentan con: hogares y clubes, adaptaciones de viviendas, servicios de ayuda a domicilio (SAD), servicio de teleasistencia, centros de día, estancias temporales en residencias, sistemas alternativos de alojamiento y servicios institucionales, en coordinación con el sistema de asistencia sanitaria a las personas mayores. Ésta cuenta con atención primaria, atención especializada, atención especializada en geriatría y cuidados continuados o de larga duración, domiciliaria o institucional[378]. Y en el caso de las personas mayores dependientes se cuenta con toda una malla de sostén, que consiste en propuestas de actividades preventivas y de promoción de la salud, coordinada con la atención domiciliaria y los aspectos sociosanitarios de la atención.[379]

Como veremos más adelante, lejos estamos en la ***ciudad de Rosario*** de contar con un orden de repartos en la materia, existe escasa planificación y la via de la ejemplariedad, encuentra grandes escollos[380]. Los repartos consistentes en el autocuidado distan de aquellos otros que procuran brindar servicios de cuidados especializados. Hay un vacío entre ambos extemos, llenado con pocas propuestas intermedias, las cuales se van conformando al impulso de una débil ejemplariedad.

El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos se encuentra con un gran desafío dado por la inexistencia de un orden de

---

[378] V. **OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO**, *La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos. Recomendaciones del Defensor del Pueblo e informes de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología*, Madrid, Oficina del Defensor del Pueblo, 2000; **OBSERVATORIO DE MAYORES**; "Servicios sociales para Personas Mayores en España. Enero 2007" en *Perfiles y tendencias. Boletín sobre el envejecimiento*, N° 32, Noviembre 2007.

[379] V. **INSALUD**; *Programa de atención a las personas mayores,* Madrid, Insalud, 1999.

[380] *Los repartos se concatenan en un orden a raíz de dos causas: por un lado, de manera vertical, desde arriba, los engarza el plan de gobierno en marcha; por el otro, de manera horizontal, ellos se agrupn a fuer de su ejemplariedad.* V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 83.

repartos a nivel local. Luego veremos como las adjudicaciones aisladas, al ser valoradas desde la dimensión axiológica, darán cuenta de la injusticia que produce la ausencia de modalidades de intervención media. Con el instrumento que brinda un criterio especial de justicia, se determinará el límite o alcance de la intervención justa, a la vez que el reclamo de una intervención en los casos de hallarse situaciones de dependencia.

Seguidamente, veremos como la dimensión valorativa, con su fuerza de reacción a la impotencia gravosa que representa la ancianidad para el individuo, será captada por la dimensión normativa buscando producir la conformación de un *microorden*[381] guiado por un criterio de discriminación justa que potencie la vida, dándole calidad.

C. Algunas conclusiones.

El análisis **sociológico** del fenómeno de la ancianidad en el mundo jurídico, nos da como saldo un entretejido de adjudicaciones con diverso origen. La condición anciana es fruto de situaciones y acciones originadas tanto en distribuciones como en repartos. En esta temática, se puede decir que la naturaleza y el azar juegan un papel tan relevante como las adjudicaciones provenientes de las influencias humanas difusas y los repartos. Todo lo que de y reciba el niño, el jóven y el adulto influirá en las potencialidades y limitaciones con que se encuentre en su vejez. Y en nuestra sociedad actual, la herencia cultural, política, económica y ética se conjugará con la genética, dando como resultado, una ancianidad sinónimo de **impotencia gravosa**.

[381] ...*en la actualidad, existen numerosos programas de ayuda al anciano que tienen por objeto mejorar su inserción al medio. (...) Habría que pensar entonces, hasta qué punto estas políticas de acción afirmativa no podrían ser integradas en un marco jurídico más sistematizado*. V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**.; *Los derechos de los ancianos...,*ob. cit., pág. 483.

Esa desventaja gravada en cabeza del anciano se cimenta por la **limitación** implícita en la condición anciana de origen **biológico**, pero también lo es desde un punto de vista **cultural** basado en prejuicios. Y los repartos razonados no hacen más que mantener o replicar aquellas limitaciones en la vida anciana.

Esa vida anciana no es uniforme. De acuerdo a los estudios gerontológicos**,** no existe una sola forma de envejecer, en cada persona adquiere rasgos propios. Es así como encontramos una gran **heterogeneidad** al envejecer. Se basa en causas diversas: sexo, estado civil, nivel educativo, nivel de ingresos, formas de convivencia, estado de salud, ideología política, práctica religiosa, etc. Es imposible hablar de un "anciano tipo", lo cual trae complicaciones a la hora de captar esta problemática por parte del mundo jurídico. ¿Cómo adjudicar con justicia a un sujeto tan diverso, tan heterogéneo?

La terminología ampliamente utilizada en el ámbito gerontológico, envejecimiento **normal** y **patológico,** nos ayuda a comprender a esta etapa vital. Si bien coinciden en algunos casos, no existe una relación directa entre ancianidad y **dependencia**. No siempre se identifican, es que existe una abultada franja de ancianos **autónomos**. Por lo que desde un Modelo Jusfundamental, el concepto de dependencia superará el médico de envejecimiento patológico, al necesitar incluir otros aspectos. Al menos en América Latina y Argentina, al pensar en limitaciones y dependencia con respecto a terceros, es necesario hablar de la que sufre una buena parte de la población anciana: la **pobreza** y la **marginación**.

Es destacable la relevancia jurídica de estas limitaciones. Por un lado, la homogeneidad en cuanto a las limitaciones generales, biológicas y culturales, es la clave de la exclusión que sufren los ancianos, tanto débiles como poderosos. Y por el otro, la heterogeneidad es aquello que rige en las diversas limitaciones específicas que pueden padecer, limitaciones

patológicas -en lo físico, psíquico y psicológico- sociales o económicas. Éstas circunstancias nos obligan a pensar en un concepto *jurídico* que diferencie entre un anciano autónomo y otro dependiente en miras a un reparto justo.

Estas multiformes razones materiales que nos hablan de la autonomía y de la dependencia de los ancianos impactarán en la faz normativa y valorativa sentando las bases de una clasificación de los ancianos. Ésta captará las limitaciones generales y especiales a fin de no cometer una doble injusticia: o bien, **sobreproteger** al anciano -económicamente independiente, sano e inserto socio-culturalmente-, o bien, **descuidar** al anciano que sufre alguna patología, pobreza o marginación.

Esto se ve reflejado en el tratamiento que mereció la temática de la ancianidad por los constituyentes reformadores de 1994. Encontramos que hay alusiones, al menos, a dos tipos de ancianos: unos, repartidores, y otros, recipiendarios; **algunos poderosos, y otros débiles**. Si bien sobre ambos pende la misma espada de Damocles, el prejuicio que asocia a la ancianidad como sinónimo de discapacidad o debilidad, cada grupo cuenta con herrramientas muy distintas para combatirla.

Hurgando entre los proyectos presentados y los debates parlamentarios, encontramos elementos en referencia a la ancianidad en derredor a dos incisos controvertidos: el 23 del artículo 75 y el 4 del artículo 99. Éstos hacen referencia a sujetos ancianos que ocupan lugares marcadamente distintos en la sociedad. Uno es un sujeto poderoso, aún en su vejez, por lo que se precisó echar mano de un prejuicio muy generalizado para intentar debilitarlo, mientras que en el otro, el destinatario es un sujeto intrínsecamente débil, el cual necesita de una discriminación inversa para encontrar un trato digno.

Esta dualidad no está suficientemente clarificada en lo cotidiano, por lo que con respecto a aquello que se le debe dar a los ancianos existe una

evidente **confusión**. Esto trae como resultado la adjudicación de elementos muy diversos. Entendemos que con referencia al objeto del reparto es en donde más se ve reflejado el estado de tránsito en que nos encontramos, entre un paradigma de exclusión y otro inclusivo. ¿Acaso lo que le dábamos a nuestros mayores cuando niños, es lo que necesitan nuestros padres?, ¿es tal vez lo que vamos a necesitar nosotros en nuestra vejez próxima? En definitiva, ¿qué es lo que necesita un anciano?, ¿qué es lo que potencia su vida?

La vida plena es ese *factum* genético que nos hace ser; pero también, ese hecho que se va a ir moldeando de diversas formas al ir tomando conciencia paulatinamente de que es, que existe en un tiempo y un lugar determinado. Vida que no lo es en solitario, sino que se va "consumiendo" individual y socialmente. Pero ese estar y co-estar del ser fáctico no constituye a la vida en su totalidad existencial, sino que requiere de una actividad, no como activismo muscular, sino que en tanto proyecto personal que se elige y se asume libremente.

Estos planteos filosóficos son muy próximos a los desarrollos científicos y técnicos logrados por la Gerontología. Siguiendo la línea de pensamiento que entiende que en la vida anciana habrá factores biológicos, históricos y culturales que potencien la vida, se encuentran las categorías de las conocidas “Estrellas” de **Rocío FERNÁNDEZ BALLESTEROS.** Es posible identificar elementos propios de la vida-ser, vida-estar y vida-hacer que fueron condensados en un modelo que integra dimensiones personales y socio-ambientales con elementos subjetivos y objetivos implicados en la calidad de vida de las personas mayores.

Con respecto a las formas de repartir esta calidad de vida, podemos decir que el anciano -mayormente- no es escuchado ni en la familia, ni en la sociedad ni en los órganos estatales. Las formas que se emplean para repartirle son generalmente autoritarias y sin audiencia. Entendemos que las

razones de dicha tendencia se basan en un paradigma paternalista que busca suplir al vulnerable en su debilidad. Sustituirlo en su ignorancia, sustituirlo en su falta de conciencia, sustituirlo por su condición de paciente.

Acorde a un paradigma que busca una mayor participación del anciano en todos los órdenes -económico, social, político y cultural, y conocedores de esta necesidad de participar en las decisiones, propias, familiares y comunitarias, las recomendaciones internacionales bregan por una mayor posibilidad de audiencia para el anciano. Es así como la concepción inclusiva plantea la necesidad de escuchar al viejo, y darle cabida en todos los procesos decisorios, incluidos los jurídicos.

Desde una mirada macro, la ancianidad se ha tornado un problema de tal envergadura, que es requerida toda una compleja red de apoyo para poder enfrentarlo con éxito. Su abordaje en solitario resulta ineficaz, y en muchos casos, imposible para las familias y las comunidades. Los instrumentos internacionales han tenido el buen tino de describir a los protagonistas directos de esta gran gesta de acuerdo a las nuevas prácticas, roles sociales y familiares. Si bien se hallan referencias a la labor del Estado, también se detallan las adjudicaciones provenientes de la comunidad, el mercado, la familia y los propios ancianos.

En la cotidianeidad familiar y comunitaria, el **anciano** es considerado y tratado en los términos de un rol "pasivo", como mero recipiendario, basados en prejuicios más que en posibilidades reales de participación. Pero en las investigaciones y prácticas que cimentaron las directrices internacionales, se da cuenta de la ubicación del anciano en un lugar central. En tanto que la **familia** y los **cuidadores de ancianos,** que otrora ostentaban la categoría de sujetos fuertes, ahora dan y reciben ayuda. En tiempos pasados, la ancianidad era un tema de lo privado, de la familia, y muchas veces quedaba habitando sólo detrás de los muros de las casas o asilos. Pero hoy, a la luz de un

paradigma inclusivo, empleadores, medios de comunicación y publicidad, profesionales de la salud y de lo social, educadores, y prestadores de servicios geriátricos o gerontológicos cumplen una función insustituible. Pueden repartir inclusión o exclusión; en tanto se hagan eco de los prejuicios, en tanto restrinjan el acceso a los sistemas económicos, sanitarios o culturales basándose sólo en el factor edad.

Con respecto al **Estado**, un Estado Constitucional de Derecho, este asume tanto el papel de protagonista como el de mediador. Es un actor esencial con los medios capaces para evitar que se reparta impotencia, a la vez que puede influir en el reparto de potencia a sus ciudadanos ancianos. Los instrumentos señalan las adjudicaciones que en el tema de la vejez, son de su incumbencia. Obra como promotor de la calidad de vida de los ancianos, principalmente a través de la difusión y la educación. Fomenta e incentiva el desarrollo de servicios y actividades idóneas para la mayor participación de los ancianos; y es el encargado del control de las instituciones públicas y privadas, ejerciendo su función de policía en los establecimientos gerontológicos. Si bien se ha corrido de la función omniprotectora, propia del Estado de Bienestar, su rol de prestador directo de los servicios necesarios para un determinado tipo de dependencias, no han desaparecido.

Ahora bien, teniendo presente esta compleja red de apoyo que cuenta entre sus filas al Estado, a la sociedad civil, a la familia y al propio anciano, en algunos países se han ido desarrollando propuestas para la atención y el cuidado de los ancianos. Mas en la ciudad de Rosario lejos estamos de contar con un orden de repartos en la materia. Existe escasa planificación y la vía de la ejemplariedad, encuentra grandes escollos. Los repartos consistentes en el autocuidado distan de aquellos otros que procuran brindar servicios de cuidados especializados. Existe un vacío entre ambos extemos, llenado con pocas propuestas intermedias, las cuales se van conformando al impulso de débiles ejemplos a seguir.

Capítulo II

La justificación valorativa del Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos

A. El principio supremo de justicia en la ancianidad: el motor del desarrollo normativo requerido

Desde la perspectiva de la teoría trialista que tomamos como referencia, la realidad social del Derecho se configura sobre una célula básica, las adjudicaciones de potencia e impotencia. Son hechos, que resultan relevantes para el mundo jurídico por su afectación a la vida del hombre. En ellas, un lugar importante lo ocupan los repartos, las adjudicaciones que provienen de personas determinadas. Las situaciones, en cambio, hacen referencia a las distribuciones que son causadas por la naturaleza, el azar o las llamadas fuerzas humanas difusas. Ya se trate de repartos, ya de distribuciones, lo cierto es que de ambos surgirá un cambio real en el estado de cosas anterior. Cambio que se traduce en el intercambio, flujo o conquista eficaz de ventajas o desventajas -potencia o impotencia-, para el desarrollo de la vida .Al considerar la justicia del orden de repartos, la justicia del régimen, **GOLDSCHMIDT** afirma que el principio supremo de justicia comprende dos elementos: el humanismo y la tolerancia[382]. El humanismo más justo, en general, es abstencionista,

[382] *El **humanismo** se caracteriza por tener por meta el desarrollo de la personalidad. Ahora bien, un grupo puede adoptar un humanismo intervencionista (o positivo) que consiste en que los dirigentes del grupo indiquen a cada cual qué desarrollo de su personalidad debe realizar. Este **humanismo intervencionista** está justificado, mientras que los individuos que deben desarrollar sus personalidades carecen de la madurez necesaria para elegir su camino. (...) Si los gobernantes indican a cada cual lo que debe hacer, no porque creen (aunque equivocadamente) que esto es lo que les corresponde (humanismo intervencionista **paternalista**), sino porque suponen (probablemente con razón) que esto es lo que conviene al grupo gubernamental, ya no nos encontramos con ningún humanismo sino con un **totalitarismo** integralmente injusto. (...) El **humanismo abstencionista**, al contrario, exige que cada cual tenga una zona de libertad lo suficientemente amplia para poder convertirse dentro de ella en persona según su propia elección, reclamando el humanismo abstecionista en su forma colectiva que la agrupación tenga una organización que asegure la existencia de estas esferas de libertad. El humanismo abstencionista comprende así dos ideas, la de la igualdad y la de la unicidad de cada hombre. Por ser los hombres iguales, cada uno tiene derecho a su zona de libertad; por ser cada hombre único a causa de su libertad, sólo él mismo debe resolver sobre su destino. Lo último no significa que cada uno debe escoger su sino caprichosamente, sino sólo que los emás no deben determinarlo coactivamente; por lo demás, cada cual debe cumplir con sus obligaciones religiosas y éticas, pero todas ellas diversas de*

dejando al individuo la conversión en persona según su propia elección. Comprende las ideas de igualdad y unicidad de cada hombre, relacionándose la primera con la **democracia**, y la segunda, con el **liberalismo político**. La igualdad de todos los hombres exige que todos tengan igual intervención en el gobierno de la cosa pública, basada en que corren los mismos riesgos, y también en la igualdad de oportunidades, que se relaciona con la afirmación de que todos los hombres tiene un origen común. La unicidad, conduce a organizar el amparo del gobernado contra el gobernante valiéndose de diversos **medios de protección**[383].

En el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, existe un complejo axiológico particular constituido por un entramado que es hilvanado por las exigencias valorativas de los **principios de continuidad vital, privacidad y participación** señalados por **DABOVE**. Éstos logran importar desde el complejo axiológico general a la igualdad, unicidad y comunidad goldschmitianas desde la perspectiva y los reclamos axiológicos propios de la condición anciana. Estos elementos van a ser el fluido por el cual se le imprimirá al régimen el nuevo sentido de **reacción** impuesto por el nuevo paradigma inclusivo. Y el diseño de un criterio especial de justicia será una herramienta invaluable a través la cual valora los repartos, determinando la legitimidad de aquellos que resulten aptos para la construcción de un nuevo sistema jurídico de la ancianidad.

A continuación, veremos como la configuración del régimen de justicia, adquiere un formato *gradual* por obra de la interacción de los principios. Es la necesidad de ayuda que se tiene de otro para el desarrollo de la vida, lo que dará lugar a la intervención justificada en la esfera de libertad del anciano. De esta forma, es posible hablar de dos regímenes justos en la ancianidad, o de

---

las dimanantes de la justicia. La idea de la igualdad se relaciona con la democracia, la de la unicidad con el liberalismo (político). (V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica...*, ob.cit, 440.

un régimen que va variando sus exigencias en consideración a las modificaciones operadas en las condiciones del sujeto protegido. Esa gradualidad, partirá desde un extremo signado por un **Humanismo Abstencionista** -para aquel ciudadano anciano que no experimente más que los impedimentos generales a su libertad- hasta arribar a un **Humanismo Intervencionista Justificado**, para aquellos que sufrieran algún tipo de dependencia patológica.

El principio supremo de justicia**,** de acuerdo a la Teoría Trialista**,** consiste en organizar la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una ***esfera de libertad*** dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad *convertirse de individuo en* ***persona***, en otras palabras, "personalizarse"[384]. Mas no se encuentran parámetros rígidos para determinar de una vez y para siempre las dimensiones y alcances de esa esfera. Ella se va adecuando con el correr del tiempo, a medida que se profundiza el conocimiento de la justicia[385].

Ahora bien, para empezar a dimensionar y alcanzar los contornos actuales de la esfera de libertad de los ancianos, recurriremos a la producción teórica ensamblada por **DABOVE** en torno al concepto de vida que fue desarrollado en el capítulo anterior. Se podría entender que en el concepto goldschmidtiano de principio supremo de justicia, solo existiría plena **persona***,* y no mero individuo*,* al converger las dimensiones vitales: vida-ser, vida-estar, vida-hacer. En la temática de la ancianidad, la calidad de vida se presenta como esa meta deseable; aquello a que el individuo anciano debe alcanzar para realizarse. Y para ello le es imperioso contar con un ámbito tal que le permita procurarse una vida con calidad y no una mera sumatoria de años vividos.

---

[383] V. **CIURO CALDANI, Miguel Angel**; "*Teoría tridimensional y teoría trialista"* en *La Ley*, T. 148, Sec. Doctrina, 1973, pág. 1213.
[384] V. **GOLDSCHMIDT, W**.; *Introducción filosófica...*, ob.cit, págs. 96 y 439.

[385] V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 96.

Ahora bien, veamos como es esa vida anciana. Recordemos que el individuo mayor se ve obligado a desarrollar su personalidad, logrando la realización de la vida en torno a los cambios y a la debilidad. Paradójicamente, la única constante en el proceso de envejecimiento es el *cambio*[386]**.** Contrariamente al prejuicio generalizado de la quietud y monotonía en la vida de los ancianos, este período es de pérdidas y realizaciones[387]. Si bien hay distintas vejeces, el cambio está presente en todas. Se manifiesta tanto como un proceso continuo, que dura toda la vida[388], como aquel otro que irrumpe con el ropaje de la crisis. El envejecimiento como proceso se relaciona con el modo en que el individuo va construyendo su personalidad y se forja su historia particular. Pero, en tanto que etapa vital, la ancianidad, no escapa a las crisis[389]. El conflicto radica, por un lado, en la progresiva vulnerabilidad que puede llegar a producir un angostamiento en la esfera de libertad, tanto por límites generales como específicos; y, por otro, en la inevitable proximidad de

---

386 *El envejecimiento es una más de las etapas del ciclo vital, junto a la infancia, la adolescencia y la edad adulta. Y, en esta etapa, al igual que en las anteriores se producen una serie de* ***cambios*** *físicos, psicológicos y sociales, si bien no se producen en el mismo momento y grado en todas las personas mayores, ya que se trata de un proceso* ***dinámico****, de tal forma que el envejecimiento tiene diversas trayectorias. En esta etapa no sólo se producen pérdidas, sino que hay funciones o capacidades que mantienen su actividad o incluso pueden llegar a mejorar.* V. **LOSADA, A**.; *Edadismo*...ob. cit.

387 *Muchas veces las pérdidas y los cambios de distinto tipo que se sufren en la vida pueden dar lugar a una serie de trastornos de salud mental cuyo diagnóstico, de no ser el adecuado, puede ocasionar dar un tratamiento equivocado del paciente, la falta e tratamiento o un internamiento innecesario desde el punto de vista clínico.* **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 1982, punto 84. V. **IACUB, Ricardo**; *Proyectar la vida. El desafío de los mayores*, Buenos aires, Manantial, 2001.

388*El envejecimiento es un proceso que dura toda la vida y deberá reconocerse como tal. La preparación de toda la población para las etapas posteriores de la vida deberá ser parte integrante de las políticas sociales y abarcar factores físicos, sicológicos, culturales, religiosos, espirituales, económicos, de salud y de otra índole.* **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, punto 25.i. Es por eso que la educación de la vejez es tan relevante. *Sería necesario considerar a la educación en la triple dimensión de: enseñar a envejecer y a prevenir posibles riesgos; enseñar a quienes asisten a los ancianos para que respeten la dignidad de ellos y el derecho que tienen de controlar su propia vida; y enseñar a quienes ya son viejos a organizarse y luchar por el derecho a tener una vida activa y plena.* V. **CONFERENCIA LATINO-AMERICANA Y DEL CARIBE DE GERONTOLOGÍA**, Bogotá, 9-13,1986, pág.15.

389 V. **GUARDINI, Romano**; "Las edades de la vida" en *La aceptación de sí mismo*, trad. Valverde, 5° ed, Buenos Aires, Lumen, 1994; **GARCÍA PINTOS, Claudio**; *El círculo de la vejez. Sobre la psicología normal de la persona que envejec*e, Buenos Aires, Almagesto-Fundación Ross, 1993.

la finalización de la vida, la muerte. Esta redimensiona todas las decisiones. De donde se deriva que el modo de enfrentar las crisis, asumir los limites y descubrir potencialidades para realizarse, condicionará las características que adopte la propia vejez.

La *debilidad*[390] creciente será una compañía permanente en la vejez. El cambio *físico* representará una debilidad. Mas cabe aclarar, que esa debilidad sufrida no adquiere un carácter de absolutez, sino que es relativa a la propia fortaleza ostentada en años anteriores. De hecho, los ancianos vigorozos superan a los jóvenes enclenques, pero el hombre mayor siempre será más débil en comparación al joven que él mismo fuera. Es importante recordar, también, que según los especialistas en la materia, la debilidad es meramente física, y no *psicológica*.[391] En definitiva, el ser humano no es un sujeto vulnerable sólo por el hecho de arribar a la ancianidad, aunque si se va tornando inexorablemente cada vez más débil. Estos datos deben estar presentes en un derecho fundamental que procure ser operativo.

Por lo tanto, un Régimen de Justicia Humanista debe asegurar a cada anciano, en tanto tal, el espacio de libertad que necesite para **seguir** personalizándose, brindándole posibilidades de ser, estar y hacer[392]. Ahora bien, a fin de poder determinar en qué consiste esa esfera de libertad que requiere la persona anciana para continuar siéndolo, seguir personalizándose, nos valdremos de la **teoría de las esferas de protección** en referencia a los

---

[390] Al referirme a la condición anciana, prefiero hablar de debilidad y no de fragilidad ya que en la bibliografía angloparlante se utiliza el término *frail* (frágil) para el anciano denominado *dependiente* en la bilbiografía hispanoparlante, y en el presente acápite estoy haciendo referencia a la debilidad intrínseca de la ancianidad en general, y no de una porción de ancianos que padecen una debilidad especial: los dependientes o frágiles.

[391] V. **ARIAS, Claudia; POSADA, María C. Y CASTAÑEIRAS, Claudia**; "¿Las Fortalezas personales se incrementan en la vejez? Reflexiones acerca del capital psíquico" en *Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, págs. 31-40.

[392] V. **DABOVE CARAMUTO,M. I**., *Los derechos*..., ob. cit., pág. 401; **MILL, John Stuart;** *Sobre la libertad,* 1° ed., 7° reimpr., Madrid, Alianza, 1991; **BERLIN, Isaiah;** *Cuatro ensayos sobre la libertad,* Madrid, Alianza, 1988.

derechos de libertad tácitos que elabora ALEXY a partir de los fallos del Tribunal Constitucional Alemán.

El autor entiende que se pueden señalar una esfera social, otra privada y una última de carácter íntimo e infranqueable. En cuanto a la protección de esas esferas, **ALEXY** determina que siempre debe ser protegida la esfera más interna; pero, con respecto a la esfera privada amplia y la esfera social, será de importancia la podneración de la intensidad de la afectación y el grado de privacidad en juego.

> *Es posible distinguir tres esferas con decreciente intensidad de protección: la **esfera más interna** ("ambito último intangible de la libertad humana", "ámbito más interno (íntimo)", "esfera íntima intangible", "ámbito núcleo absolutamente protegido de la organización de la vida privada"), la **esfera privada amplia**, que abarca el ámbito privado en la medida en que no pertenezca a la esfera más interna, y la **esfera social**, que abarca todo lo que no ha de ser incluido en la esfera privada amplia.*[393]

En definitiva, el anciano que procura su calidad de vida puede y debe continuar desarrollándose a pesar de su cambio declinatorio en lo biológico y los prejuicios reinantes. Y para ello requerirá una esfera de libertad íntima, privada y social suficiente. El Régimen tendrá como desafío proteger adecuadamente estas dimensiones vitales, mas la esfera íntima será un atalaya infranqueable e innegociable de la persona, aún de la persona anciana. Es que, más allá de sus fronteras, el individuo no podrá acceder a su personalización, cosificándose.

Estas protecciones se dan en un proceso dinámico. Dado que la única constante en el proceso de envejecimiento es el cambio, no es posible señalar un régimen de justicia único, ni formas de ejercer los medios de protección de una forma determinada, sino que todo dependerá de las limitaciones que sufra

---

[393] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 350.

el individuo en concreto. En un derecho surgido en un contexto de especificación de los Derechos Humanos, el destinatario anciano seguirá la suerte del desarrollo propio de un derecho que tiene en cuenta las necesidades del individuo situado. Deberá desprenderse de las generalizaciones abstractas que le dan la espalda a la heterogeneidad. Por ejemplo, la falta de elasticidad en la conceptualización del sujeto anciano no es solo un problema lingüístico sino que afecta seriamente las posibilidades de su tratamiento justo.

B. Del Humanismo abstencionista al Humanismo intervencionista justificado

1. El *principio de continuidad vital* y el Humanismo Abstencionista

La ancianidad, como dato etáreo, no es un elemento suficiente para una discriminación justa. No conlleva una diferenciación por sí misma, como sí ocurre, por ejemplo, con la niñez o la discapacidad. Cada anciano envejece de distinta manera, hay muchas vejeces. La vida es un *continuum*, desde el nacimiento hasta la muerte, un *continuum* de crecimiento y de declinación, en el que la ancianidad es tan solo la última etapa. Esa continuidad hace que lo ocurrido en las etapas anteriores repercuta en la vejez. Por lo tanto, existirán tantos modos de envejecer, como diversidad vital entre individuos. Los estudios netamente biológicos dan cuenta del deterioro físico que empieza a producirse muy lentamente al detenerse el crecimiento en los individuos de la especie humana. En la ancianidad, ese decrecimiento se hace más agudo, pero es imposible determinar, aún desde lo biológico, una fecha exacta en cantidad de años uniforme para el inicio de esta etapa vital.

Conocedores de esta realidad, el Derecho de la Ancianidad hace constar a la continuidad vital como uno de sus principios rectores. Justifica la igualación entre jóvenes y viejos en cuanto al goce y autodeterminación de sus vidas. Por lo que *ab initio,* el régimen de justicia que los comprende, el **Humanismo Abstencionista**[394], será el mismo.

Si nos quedásemos aquí, caeríamos en la grave injusticia criticada al Modelo Líquido, en donde se equiparan las posibilidades de todos los ancianos con las de los individuos jóvenes. Esta *igualdad meramente formal* de la que se hecha mano tan frecuentemente no es fiel a la realidad en ningún caso. Aún en el conjunto de jóvenes, encontramos sujetos con múltiples dependencias, lo cual invalida una igualación sin distingo. Esto ha dado lugar en la Filosofía del Derecho a la incorporación de los elementos fácticos que la distorsionante igualdad ante la ley dejaba afuera de la consideración jurídica.

En nuestra Constitución Nacional, el artículo 16 recepta el principio de *igualdad ante la ley o igualdad formal*. Pero, si bien éste es el primer sentido de igualdad en la evolución histórica, sabemos que no es el único. También se habla de *igualdad en la ley, igualdad en la aplicación de la ley*, y de *igualdad de oportunidades*[395]. Analicemos ahora más detenidamente estos alcances de este principio, en el marco de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

La **igualdad formal o igualdad ante la ley** –art 16 CN-, es el primer sentido de la igualdad que logra consolidarse, derivado de la revolución francesa. Por ejemplo, esta igualdad formal es la que tuvo en cuenta Vélez para construir la noción de sujeto de derecho en el Código Civil. La noción formal de igualdad parte de una concepción abstracta del hombre. En ella no hay preocupación alguna respecto de las desigualdades físicas, psíquicas, culturales o económicas de los individuos. Este escenario ha llevado a

394 **GOLDSCHMIDT, W.** ; *Introducción filosófica...,* ob. cit., págs. 440 y ss.

395 V. **DABOVE, M. I.**, *Los derechos de los ancianos,* Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.

considerar a todas las personas dentro de una igualdad abstracta, con igual aptitud para ejercer la actividad conforme a su voluntad. Es la época de la organización de la economía y de la sociedad según la ideología liberal, en la cual se afirma la noción de Estado Gendarme[396].

Con el advenimiento de la cuestión social, en la segunda mitad del siglo XIX, la noción de igualdad formal comenzó a resultar un instrumento jurídico insuficiente. Es la época en que la sociedad demanda del legislador **igualdad de oportunidades**. Es decir, la promoción de concretas *desigualdades de iure* para lograr una mayor *igualdad de hecho.* Frente a este panorama, el Estado gendarme se vio obligado a abandonar la defensa negativa de las libertades civiles. Se procura, en cambio, una participación más activa en la organización de las relaciones sociales y económicas. Nacen así, los derechos sociales y el Estado Social de Derecho. Si bien, nuestra Constitución recepta este proceso en el artículo 14 bis; será recién en el año 1994, cuando se incluyan las medidas de acción afirmativa o discriminación inversa (artículo 75 inciso 23). De esta forma se ha vehiculizado de manera expresa a la igualdad de oportunidades en nuestro ámbito constitucional. En el entorno del Derecho Privado, por ejemplo, este sentido de la igualdad es el fundamento de las normas imperativas en defensa del sujeto débil.

La vertiente de la **igualdad en la ley**, por su parte, es un sentido de la igualdad dirigido a la administración y a los jueces para que realicen diferenciaciones jurídicas con razonabilidad y proporción. Su origen doctrinario y jurisprudencial se halla en el principio del *judical review* norteamericano[1]. Por último, hace su aparación la **igualdad en la aplicación de la ley.** Con él se enuncia el criterio básico y elemental de justicia según el cual los jueces

---

[396] Al respecto puede verse: **LAPORTA, Francisco J**., "El principio de igualdad: Introducción a su análisis", en *Sistema,* 67, julio de 1985, pág 3; del mismo autor, "Problemas de la igualdad", en *El concepto de igualdad,* compág. Amelia Valcárcel, Madrid, Pablo Iglesias edit, 1994, pág. 65; **RUIZ MIGUEL, Alfonso**, "Concepto y concepciones de la igualdad", en *Horizontes de la Filosofía del Derecho,* ed. Zapatero. Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá de Henares, 2002, Vol. I, pág. 679.

deben otorgar igual tratamiento judicial a los casos iguales. Los tres sentidos primeros de la igualdad cuentan con amplia aceptación por parte de la Doctrina argentina. Sin embargo, el último sentido de igualdad sólo tiene en nuestro Derecho, un desarrollo incipiente[397].

En definitiva, en la ancianidad las desigualdades se acrecientan, y el concepto de igualdad formal por sí solo no es suficiente para entretejer la trama valorativa del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Por el **principio de continuidad vital**, se llega al principio de igualdad, igualdad entre jóvenes y viejos, entre sanos y enfermos, entre pobres y ricos. Pero esa igualdad tiene, al menos, dos facetas, una formal y otra material. La igualdad formal, igualdad ante la ley, equiparará a jóvenes y viejos en el ejercicio de sus derechos, tildando de arbitraria toda discriminación negativa basada solo en el factor edad[398]. Mientras que por medio de la igualdad material podemos contemplar las particularidades de cada vejez y los condicionamientos que puede llegar a sufrir cada anciano en concreto. Así, es posible captar el hecho de la existencia de sujetos casi[399] en igualdad de condiciones que los más jovenes[400]; y otros sujetos que ven restringida su esfera de libertad de distintas maneras, quienes necesitan la ayuda de otros a fin de mantener o recuperar su autonomía.

Entonces, dentro del colectivo ancianidad se encuentran sujetos con mayor o menor necesidad de intervención en su esfera de libertad. Desde lo

---

397 V. **BARBERO, Dariel;** *Igualdad y precedente judicial. Sobre el deber de los jueces de respetar sus precedentes., Rosario, Juris, 2009, en prensa (tesina de Maestría en Derecho Privado-UNR).*

398 Esto nos habilita a tildar de injusta la prohibición reglamentaria de no afiliar a las OS a personas mayores de 54 años.

399 Salvo por las limitaciones generales, biológicas y culturales que afectan a todos los ancianos.

400 Insistimos en la aclaración con respecto a esta falsa generalización aún con respecto a los jóvenes y sus necesidades específicas.

sociológico, hemos apreciado la heterogeneidad de la dependencia. Los sujetos concretos además de cargar con las limitaciones biológicas y culturales generales que implica la vejez en nuestra sociedad actual, su esfera se puede ver limitada desde un punto de vista económico, socio-cultural, físico, psicológico y/o psiquiátrico.

Es esta situación, y no otra, la que habilitará las **discriminaciones positivas**[401] fundadas en la **vulnerabilidad** de ciertos individuos con respecto a otros de acuerdo a las oportunidades reales de obrar con libertad. En el caso de la ancianidad, esto nos permitirá contemplar la heterogeneidad insoslayable de la condición anciana, evitando un **igualitarismo masificador**[402]., tan dañino para el propio sujeto y toda la sociedad[403].

---

[401] *Hay dos formas de entender a la discriminación, como discriminación negativa o excluyente que padecen grupos especialmente vulnerables, y así surge históricamente, o con un significado positivo, que ha dado lugar a la llamada discriminación inversa, incluyente, o acción afirmativa. Desde esta nueva perspectiva, la discriminación puede ser entendida jurídicamente también como toda distinción –autoritaria-, pero "reforzadora de la autonomía individual", constitutiva de relaciones jurídicas igualitarias y justas.* V. **DABOVE, María Isolina; BARBERO, Dariel Oscar**; "Igualdad y No Discriminación en los Actos de Autoprotección" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. Segunda Circunscripción, N° 1, 2009, p-13-16).

[402] *La falta de diálogo entre las dimensiones del derecho, produce un espacio jurídico fracturado, por lo que no resultará extraño, pues, que: o bien, se elaboren soluciones normativas respaldadas sólo por la igualdad, que rayen en el igualitarismo masificador. O bien, que se opte ideológicamente por el respeto a la individualidad con carácter excluyente. Opción ésta que sólo nos conducirá a una fragmentación indebida de nuestra calidad de sujetos, y a la más total alienación. El resultado de esta dinámica jurídica no puede ser otro que la discriminación arbitraria de los sujetos que intervienen en el caso a resolver. Y es por causa de esta discriminación que numerosos ancianos quedan situados ilegítimamente en la más real indefensión, en el silencio que los "invisibiliza", en la condición incorpórea del que no tiene cabida ni lugar. Por este juego perverso de discriminación ilegítima, los mayores cada vez están más expuestos a un doble riesgo. A la prevalencia de soluciones jurídicas igualitaristas, que no suelen considerar a la ancianidad como un dato diferenciador relevante. Así como también, a las respuestas particularistas que, por atender a una especificidad ciega,*

Como veremos en el próximo capítulo, estas consideraciones sobre la igualdad han sido recepcionadas a nivel normativo. Si bien es indudable que la igualdad es el fundamento básico del Derecho en su conjunto, respecto de todas las personas genéricamente consideradas, también lo es, que esta concepción clásica de la igualdad resulta hoy insuficiente. La dependencia sufrida por algunos ancianos produce debilidad, y a su vez, jurídicamente esta trae aparejada su inclusión entre los denominados **grupos vulnerables.** Así, a fin de garantizar la cotinuidad en el disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás se recurre al principio de **igualdad de oportunidades**.

Esto nos permite concluir, que la no diferenciación entre las distintas condiciones subjetivas de las personas -tal como lo viene haciendo el Código Civil-, conlleva un régimen igualitario formal, que resulta arbitrario y anacrónico para la realidad jurídica de este tiempo. En tanto que la consideración integral de la igualdad exigida por un Estado Constitucional de Derecho, obliga entonces a inferir que toda persona o grupo vulnerable tiene derecho a solicitar acciones positivas del Estado, tendientes a la sanción de un **régimen especial** que considere sus particularidades vitales, como razón de diferenciación justa[404].

En suma, de acuerdo al principio de continuidad vital, el factor etareo no autoriza el trato diferenciado por si mismo; este deberá ser fundado en las carencias fácticas de ciertos individuos. En miras a una clasificación normativa

---

terminan estableciendo un "sistema de privilegios o castigos" -según los casos- más que de verdaderos derechos y obligaciones. V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos*...ob. cit., pág. 467.

[403] V. **SAGRERA, Martín**; *El edadismo. Contra "jóvenes" y "viejos". La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992; **GELEHRTER DA COSTA LOPES, Ruth**; "Diversidades na velhice: reflexoes" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 87 y ss.

[404] V. DABOVE, M. I.; BARBERO, D. O.; *Igualdad y No Discriminación* ...ob.cit., pág.31.

sentada sobre la base de las diversas necesidades de los individuos, será justa aquella que permita operar sobre el terreno sin empantanarse por desconocimiento de la realidad, ni que vuele demasiado alto empequeñeciendo los datos fácticos. Nos valemos, entonces, de un criterio especial de justicia que diferencia entre individuos con menor o mayor dificultad en el ejercicio de los derechos por sí mismos. Esto es, que contemple las posibilidades de mantener u obtener una esfera de libertad necesaria para personalizarse.

2. El *principio de privacidad* y el Humanismo Intervencionista Justificado

El principio de continuidad vital nos alentó a incursionar en el mundo de la igualdad, en tanto que el *principio de privacidad* lo hará con el de libertad. Este principio que encapsula a la unicidad nos permitirá juzgar sus alcance y limitaciones. Como puede inferirse, en un régimen humanista fundado en la unicidad, queda vedada toda intromisión innecesaria en la esfera de libertad del individuo. Por lo que las intervenciones legítimas de otros individuos deberán ser justificadas.

En el caso de los ancianos, la justificación viene de la mano de una discriminación positiva. Una diferenciación en beneficio de los individuos vulnerables, aquellos que requieren alguna ayuda, para partir en el ejercicio de sus derechos de las mismas condiciones que los otros. Es importante señalar que, si bien necesarias, las socorros también representan **intervenciones** en su esfera de libertad. Por lo que la ayuda legítima de terceros, de acuerdo al principio supremo de justicia y al derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, deberá ser sólo la necesaria para que el

anciano continúe aprovechando, reconstituya u obtenga una esfera de libertad suficiente para personalizarse[405].

Tras lo ya expuesto podemos entender cómo la intervención se encuentra justificada por la dependencia del sujeto. Se justifica sólo en los casos en los que si no existiera intervención de un tercero, no habría vida, o al menos, no existirían las posibilidades de una vida con calidad. Una vida que no se queda en el ser o el estar, sino que también se manifieste en un hacer. Asimismo, esa intervención, deberá acomodarse a la necesidad experimentada por el anciano en una etapa concreta de su vida. El proceso de envejecimieto nos alerta sobre las idas y venidas de la dependencia en la vejez. No está compuesto por etapas preclusivas, de las que no se pueda dar marcha atrás, como por ejemplo sucede en el caso de la niñez. De donde se deriva que este Régimen de Justicia debe contar con la reversibilidad a fin de captar fielmente la situación de necesidad del anciano.

Generalmente, el camino será de la autovalidez a la dependencia, mas es un hecho fáctico probado la posibilidad que tienen de cambiar su situación: peregrinar de la dependencia a la autovalidez. En múltiples ocasiones, por ejemplo, requerirá la ayuda transitoria de terceros para lograr la rehabilitación en alguna de sus funciones vitales o instrumentales ocasionadas por accidentes o postoperatorios. Asi habrá un retorno en lo físico. Pero también la dependencia socio-cultural puede ser removida, por obra de una oportuna y adecuada educación social. Y la mejora de sus ingresos puede llegar a erradicar o disminuir su dependencia económica. En fin, con respecto a cada una de sus limitaciones el sujeto anciano puede llegar a transitar el feliz sendero que lo lleve de regreso a la autonomía dando por tierra cualquier sistema que uniforme . Es preciso desestimar aquellos que no contemplen a la

[405] V. **OZVER; SCHWIMMER; "**Informe sobre una política social a favor de las personas mayores y de su autonomía" en **AA.VV**; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993; **TROISI, Joseph; "**Papel de la familia" en **AA.VV**; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993; **GEORGIADOU, Effie; "**Papel del voluntariado" en **AA.VV**; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

reversión y a la diversidad; o que no le den cabida al cambio y a la declinación del sujeto concreto.

La generalización comete torpezas y arbitrariedades. Por lo que en la valoración de la intervencion será preciso tener en cuenta al **caso concreto**. El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos ponderará en su ejercicio los tipos de dependencia efectivamente sufridos a fin de evaluar la legitimidad de la intervención. Llega así el complemento del **Humanismo Abstencionista**, demasiado líquido para ser generalizado; hará su ingreso un **Humanismo Intervencionista Justificado** en donde la intervención está justificada sólo por la dependencia.

3. El *principio de participación* y los límites de la intervención

Y por último, completando el complejo axiológico de la vejez, hace su aporte el *principio de participación*. El individuo convive, vive con otros en una familia, en una comunidad y en una Nación. Podemos afirmar, ahora, que este principio reforzará una de las dimensiones de su vida, la vida-estar. Esa participación para no caer en la hipocresía de la mera proclama sin sustento real, no puede dejar de tener en cuenta a la igualdad ni a la unicidad, elementos importados desde el complejo axiológico general a través de los principios de continuidad vital y privacidad, respectivamente. Por lo tanto, cada anciano deberá contar con las oportunidades reales de participar en la sociedad. Aquellas que de acuerdo a sus posibilidades, le permitan mantener o conseguir una vida con calidad.

Esta visión de conjunto, por otro lado, también nos ayuda a completar el criterio de justicia desplegado más arriba, poniendo aún un límite a la intromisión en los casos justificados. También en aquellos casos de

intervención justa fundada por la dependencia de otros la intromisión tiene un límite. El principio de participación obra de timón para determinar el alcance del cuidado necesario, haciendo referencia a la inclusión de todos los ancianos en la comunidad.

En definitiva, el criterio especial de justicia en la ancianidad reclama la intervención en la medida de la necesidad. Pero a su vez, opera de freno de las intromisiones desmedidas, autorizando sólo aquellas que con la menor limitación a la libertad potencien en mayor medida la vida anciana; que es vida en el ser, en el estar y en el hacer. Hemos arribado a un puerto seguro en la tormenta. Asidos de este criterio especial de justicia nos es posible evitar la caída hacia dos abismos: la **desprotección** y la **sobreprotección**, ambos extremos nocivos para el individuo anciano[406].

Entonces, el régimen especial de justicia para la ancianidad adoptará una estructura particular signada por la gradualidad. Característica que se basa en la diversidad de condicionantes a la esfera de libertad del individuo anciano con su anclaje en la heterogeneidad. Se irá de un **Humanismo Abstencionista** apuntalado con medidas que permitan sortear las limitaciones generales para el anciano autónomo pleno, hasta arribar a un **Humanismo Intervencionista Justificado** para los ancianos dependientes. Se transitará un camino en el cual las intervenciones se irán ajustando a las dependencias que vaya adquiriendo, o perdiendo, el sujeto.

[406] Por ejemplo, está presente en la normativa del **PAMI**. **RESOLUCIÓN 559-I/2001** Registro de Prestadores del Servicio de Geriatría del Instituto - Anexo A Reglamento del Registro de Prestadores del servicio de Geriatría del Instituto - Anexo 2 REQUISITOS PRESTACIONALES *Perfil prestacional...rescatar todo aquello que formó parte de su identidad y que puede resurgir aún a través de expresiones limitadas... (...)...se requerirá un equipo multi e interdisciplinario que realice un tratamiento integral, privilegiando la estimulación de las capacidades y la resocialización del anciano*. *Objetivo de la prestación mejorar o mantener la capacidad funcional y mental mediante actividades de estimulación. Prevenir el incremento de la dependencia mediante programas adecuados. Controlar y seguir terapéuticamente las enfermedades y trastornos detectados. (...) ...debe arribarse a una unidad de criterios y objetivos...*

Por último, antes de pasar al tratamiento de los medios de protección, no es holgado un apuntalamiento más al sistema general. Algunas limitaciones/dependencias justifican la intervención de la esfera de libertad en forma **permanente**, otras no. Si las limitaciones son reversibles, pueden ser recuperadas las libertades perdidas. Por lo que la intervención justa será solo aquella que se haga en miras de la rehabilitación en sentido amplio. Por ejemplo, la limitación física y psiquiátrica permanente justifican la intervención de mínima o de máxima de acuerdo a la gravedad de la limitación. Pero en los casos de limitaciones económicas, socioculturales o psicológicas sólo se justificará la intervención **transitoria** con miras a la rehabilitación.

C. Los problemas de la recepción de los medios generales de protección para la calidad de vida de los ancianos

1. Los medios de protección a la luz de la *continuidad vital*

La interacción de los principios del Derecho de la Ancianidad facilitan la adopción de una perspectiva realista con respecto a los medios jurídicos en haras de la protección de los ancianos. Iluminan las valoraciones a la luz de las necesidades del sujeto concreto, y así evitar tanto la desprotección del Modelo Líquido como la sobreprotección del Paternalismo Médico.

En principio, los medios de protección que se empleen los ancianos, serán los mismos que manipula el resto de los individuos del régimen teniendo presente al principio de continuidad vital; mas de acuerdo al principio de unicidad, estos deberán adecuarse al tipo y grado de dependencia que sufriera el sujeto en concreto. En tanto que el principio de participación, a su

vez, obstará el empleo de aquellos medios que provoquen el aislamiento total del anciano con respecto a la sociedad de pertenencia.

En suma, los medios de protección coinciden con todos aquellos estatuidos para los ciudadanos en general, pero tendrán que tener en cuenta en forma especial los riesgos más frecuentes en los casos de dependencia. Y aún esa adecuación, no podrá provocar el aislamiento social total del anciano. El sistema parece encontrar un dificil equilibrio en la cornisa.

De acuerdo a la Teoría Trialista, los medios para la realización del régimen de justicia se inscriben dentro de la problemática de la justicia intrínseca del régimen, esto es, la Axiosofía dikelógica, la parte de la Dikelogía que se ocupa del contenido de justicia del orden de repartos[407].

Ahora bien, para que un régimen sea de justicia, debe satisfacer las exigencias actuales, y, en lo que a nosotros respecta, implica proteger al individuo **contra los demás**, entendidos como **individuos** o como **régimen**, contro todo **lo demás**[408], y contra **sí mismo**[409]. A su vez, la protección del individuo contra el régimen implica el fortalecimiento del individuo y el debilitamiento del régimen, lo primero a través del reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre y lo segundo por la escisión del poder.

En la temática en estudio, las exigencias de justicia ponen en evidencia las dificultades que enfrenta el anciano en miras a obtener la calidad de vida. En el nivel nacional aún no existe legislación específica para este grupo etareo; la empleada en miras de ofrecer cierto auxilio[410], aún es insuficiente e

[407] **GOLDSCHMIDT, W**.; *Introducción filosófica...,* ob. cit., págs. 417 y ss.

[408] Por ejemplo, la ignorancia, la soledad, la miseria y la enfermedad.

[409] **GOLDSCHMIDT, W**.; *Introducción filosófica...,* ob. cit., págs. 446 y ss

[410] Por ejemplo, Ley de violencia familiar, articulado del Código Civil, Ley de Defensa del consumidor, etc.

inadecuada para la protección del individuo contra los demás. Este esquema de razonamiento del autor trialista nos catapulta algunas inquietudes. Por ejemplo, habría que pensar en qué medida y de qué forma la multidisciplina ínsita en la cuestión de la vejez desde los planteos gerontológicos, colabora en el debilitamiento del régimen del paternalismo médico. Y por otro, también nos brinda elementos para analizar las posibilidades, no siempre desarrolladas, de los organismos públicos[411] como medios de protección de la minoría contra la superioridad.

En cuanto al derecho fundamental, en un Estado Constitucional de Derecho, éste jugará una función primordial en la adecuación de los medios de protección a las necesidades de los ancianos. No solo fortalecerá al individuo frente al régimen (y a los otros individuos por la vía de su efecto horizontal), sino que reacomodará el norte legislativo, y consecuentemente, las políticas públicas para la protección del anciano contra lo otro y contra sí mismo.

En fin, los medios generales con que cuenta el ciudadano deberán ser utilizados o redimensionados para poder conducir la protección que necesita la ancianidad. Y en casos de vacíos, permitirá construir medios adecuados. En un Régimen de Justicia gradual como el que presenta la ancianidad, al sujeto autónomo se le ayudará a acceder al goce en igualdad de oportunidades de todos los medios de protección con que cuenta el ciudadano; mas en el caso de presentar dependencias -como veremos a continuación- necesitará, a su vez, que se fortalezcan algunos de estos medios protectorios en particular.

---

411 Por ejemplo, Defensoría del Pueblo, Defensorías del Consumidor,Reparticiones públicas especializadas en los ancianos, Ministerio Público, etc.

2. Los riesgos de la dependencia y las modalidades de intervención desde el principio de privacidad

De acuerdo a las investigaciones gerontológicas, cada tipo de dependencia engendra ciertos **riesgos**[412] en referencia a la vida y a la libertad. Es por eso que el Derecho deberá apuntalar aquellos medios de protección que se vean más atacados. Entonces, dado que el anciano se enfrenta con diversas dificultades que pueden llegar a afectar su esfera de libertad, los medios de protección se adecuarán, o tomarán relevancia, de acuerdo a los riesgos más probables con respecto a cada tipo de dependencia.

Es posible decir, valiéndonos de una tipología de **ALEXY**, que en la esfera de libertad existe un área social, otra privada, y una última, de carácter íntimo. En cuanto al alcance de la intervención justificada, tan sólo una intervención **mínima** puede reconstituir la libertad en su esfera social. Y en miras de mantener la potencia de la vida, en algunos casos, se tolerará una intervención aún mayor en su esfera privada. En tanto que la esfera íntima nunca podrá ser intervenida sin riesgo de cosificar al individuo. Aquí nos enfrentamos a la **máxima** intervención jurídicamente legítima.

---

[412] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA,** 1982, Rec 4 *Deberá prestarse atención especial, en materia de atención sanitaria, a los muy ancianos y a las personas que se encuentren incapacitadas en sus vida normal, especialmente cuando padezcan una deficiencia mental o una inadaptación al ambiente; los trastornos mentales podrían a menudo prevenirse o modificarse por medio que no requieran colocar a los ancianos en instituciones, tales como la capacitación y el apoyo a la familia y a los voluntarios por asistentes profesionales, la promoción del tratamiento ambulatorio de las enfermedades mentales, la asistencia social, los servicios de guardería y* ***medidas encaminadas a prevenir el aislamiento social****.;* **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 67(e) *Prestar atención a los* ***peligros resultantes del aislamiento social*** *y las enfermedades mentales y reducir los riesgos que plantean para la salud de las personas de edad apoyando a los grupos de habilitación comunitaria y asistencia mutua, entre otras cosas, mediante actividades de divulgación por los pares y programas de visita de vecindarios, y* ***facilitando la participación activa*** *de las personas de edad en actividades voluntarias.*

Mas, a fin de asignar criterios graduales en un orden de repartos tan heterogéneos, se podría pensar en una intervención de alcance **medio**. Se ponderaría la situación de aquellos que ancianos más o menos débiles, y más o menos poderosos, aquellos que requieren de algunas intervenciones en su esfera social y privada para poder seguir personalizándose. Los medios de protección de la esfera de libertad del individuo deberán tener en cuenta estas consideraciones, apuntalando las distintas medidas de acuerdo a los riesgos de profanación de la esfera social, privada e íntima. Este fraccionamiento podrá auxiliar al operador jurídico en la tarea de aplicación agrupando los riesgos de acuerdo al grado de intromisión en la esfera de libertad. Así se constituyen las distintas **modalidades de intervención**[413].

Es posible hablar de modalidades de intervención mínima, media y máxima. Será de **mínima** en el caso, por ejemplo, del anciano que vive solo o con su pareja. En tanto que aquel en el que el anciano vive con alguna ayuda de terceros, o de una institución *part time* -por ejemplo, cuidadores de ancianos o los centros de día- la modalidad será de intervención **media**. Y la de **máxima** es comprendida, por ejemplo, por la internación del anciano en una residencia gerontológica o su hospitalización.

Esta vinculación entre los riesgos más probables con las tipologías de intervención, nos permitirán determinar los medios de protección a ser reforzados. Por ejemplo, el riesgo más frecuente en el sistema de **mínima** intervención es caer presa del aislamiento o de los mitos y prejuicios que conforman las limitaciones generales señaladas en la dimensión sociológica (riesgo a la esfera social). En el sistema de intervención **media**, el riesgo radica en la intervención desmedida de los demás que pueden llegar a afectar

[413] Por ejemplo, en la normativa del **PAMI. RESOLUCIÓN 559-I/2001** Registro de Prestadores del Servicio de Geriatría del Instituto - Anexo A Reglamento del Registro de Prestadores del servicio de Geriatría del Instituto - Anexo 4 NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA INTERNACIÓN GERIÁTRICA. CIRCUITO ADMINISTRATIVO PARA OTORGAMIENTO DE VACANTE Y CONDICIONES GENERALES DE INTERNACIÓN *...si la alternativa adecuada es el ingreso a establecimiento geriátrico...otras alternativas de tratamiento*.

la esfera de libertad por medio de la sobreprotección (riesgo a la esfera privada). En tanto que en el de **máxima**, se relacionará con la desprotección del individuo, la desindividualización de la persona o, lisa y llanamente, su cosificación (riesgo máximo que afecta a la esfera íntima)[414].

Como puede inferirse, en el primer caso, adquieren mayor relevancia los medios de protección contra él mismo[415], que buscan que no se autoaisle guiado por los mitos; y contra los demás, que no lo invadan ni que lo excluyan de la comunidad en base a la edad. Por ejemplo, encontramos ilegítima la práctica habitual en el mercado de salud que excluye a los individuos de los beneficios de los servicios de salud, o grava su inclusión con un *plus* a la cuota por la prestación.

En el segundo caso, por un lado, las medidas más requeridas son las que lo protegen contra los demás, a fin de que no lo sustituyan en las actividades que pueden realizar por sí mismos. Y por otro, son las medidas contra el régimen, a fin de que no se caiga en un sistema de máxima intervención injustificadamente. Recordemos que la justificación se relaciona exclusivamente con la dependencia; de allí la ilegitimidad, por ejemplo, de la internación geriátrica cuando no existen dependencias físicas o psiquiátricas.

En la modalidad de máxima intervención, por su parte, es necesario reforzar las medidas de protección contra lo demás, para evitar la desprotección o abandono de la persona; y contra el régimen, ya que en las instituciones se cae con mayor facilidad en el paternalismo, o incluso, en el totalitarismo. Empezamos a entender la importancia de estudiar a las

[414] V. **CASTELLS, Manuel** y **PEREZ ORTIZ, Lourdes**, con colaboración de Anne Marie Guillemard; *Análisis de las Políticas de Vejez en España en el Contexto Europeo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales -Instituto Nacional de Servicios Sociales, INSERSO-, 1992, págs. 81 y ss; **GUILLEMARD, Anne Marie**, *Análisis Comparativo de las Políticas de vejez en Europa*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, 1992, págs. 91 y ss y págs. 97 y ss.

[415] *Ver* **CUADRO N° 6** Los riesgos más probables según el grado de intervención y los medios de protección requeridos por los ancianos.

residencias en las que se presenta el mayor riesgo para la persona: su cosificación. Mayores serán las oportunidades de ser tratado como medio y no como fin[416].

3. Los problemas de la *participación*

Fundado en el principio de participación, el régimen no puede legitimar el **aislamiento** total de los ancianos de la sociedad. A pesar de los obstáculos, menores o mayores, que puedan llegar a experimentar, el régimen debe procurar a los ancianos oportunidades de participar. Por lo que, aún en el caso de los dependientes multicausales, deberán existir vías para mantener el contacto con los otros miembros de la familia humana; no solo en beneficio propio, sino por el rol social insustituible de cada persona, aún postrada, aún inculta, aún pobre, aún con la consciencia o funciones vitales disminuidas.

Si bien toda ayuda o cuidado implica una intervención, la tensión entre utilidad, verdad y justicia, no debe inclinarse en desmedro de la esfera social del individuo en forma total. Atento al alcance actual del valor justicia, a la luz de estos principios serán ilegítimas aquellas medidas de encerramiento o desvinculación propias de los retiros medievales. Por lo que se exigirá

[416] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, Rec 34 *Dondequiera que sea **necesario o inevitable** proporcionar diferentes formas de atención en **instituciones** para los ancianos se deberá hacer todo lo posible para asegurar que esas personas gocen de una calidad de vida que corresponda a las condiciones que normalmente se dan en su comunidad y del pleno respeto a su dignidad, sus creencias, sus necesidades, sus intereses y su privacidad; debería estimularse a los Estados a definir los criterios mínimos para asegurar una mejor calidad de la atención institucional; **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003, Rec 45 (g) Facilitar mecanismos de **coordinación** entre los **sistemas de apoyo formales e informales;** Rec 35 (g) ...creación de **alternativas comunitarias** a los cuidados de largo plazo para las personas mayores;, Rec 35 (objetivo 4) Creación de marcos legales y mecanismos adecuados para la protección de los derechos de las personas mayores que utilizan los **servicios de cuidado de largo plazo**; Rec 35 (a) Implementar las disposiciones legales para la apertura y el funcionamiento de los centros residenciales y la vigilancia de las **condiciones de vida, derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores** que residen en ellos.*

mantener el contacto con los otros, al menos a través de los múltiples y variados sistemas de telecomunicaciones.

En la posmodernidad tampoco encontrará legitimación la **sustitución** total de la volutad del anciano en la persona de un tercero. El paradigma inclusivo promueve la participación en todos los órdenes: político, económico y social. Dado que la participación es una actividad personal, la sustitución total determinaría que este postulado quedando disecado en lo meramente formal. Por ejemplo, puede pensarse en el caso extremo de un anciano insano declarado en juicio, que aún legítimamente puede y debe gozar de su libertad de recrearse, educarse, ocuparse, de expresarse, en la medida de lo posible, a pesar de que sus acciones patrimoniales estén restringidas con carácter sustitutivo en cabeza de un curador. La ayuda legítima se extiende hasta el límite de la necesidad, y no debe ir más allá de ello.

Ahora bien, llegados a este punto, nos preguntamos sobre las características de los medios de protección necesitados. En este sentido, creemos que a fin de restituir la porción de libertad limitada en forma genérica o específica los medios de protección deben incluir mecanismos que **faciliten** la participación[417]. Esto es, instrumentos que no sólo permitan el goce de la libertad, sino que la fomenten. Y que aún en los casos de sustitución legal, esperemos que juegen un papel complementario, de asistencia. Siempre habrá un resto de libertad que ejercer, un resto de la esfera privada y social que pueda ser recuperado o mantenido.

La facilitación srá la adecuada a la necesidad del anciano en concreto. Aquellos que sólo se enfrentan a las limitaciones generales de la ancianidad, requerirán instrumentos para superar esas barreras creadas por los prejuicios

[417] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med 105 (i) *Potenciar, mediante las medidas convenientes, la independencia de las mujeres y hombres de edad y crear condiciones que promuevan su calidad de vida y les permitan trabajar y vivir de forma independiente en su propia comunidad tanto tiempo como sea posible o como ellos deseen.*

y mitos del paradigma de la exclusión. Por ejemplo, a través de las medidas de acción afirmativa[418] se podrán canalizar el *empoderamiento o creación de espacios de participación*. Mientras, que los que sufren limitaciones especiales, requerirán *ayudas especiales de terceros* que en algunos casos también podrán llegar a ser sustitutivas, aunque nunca de forma total.

En definitiva, la intervención de un tercero siempre seguirá un criterio **reconstituyente** de lo perdido en referencia a su libertad, y sólo **sustitutiva,** en los casos de carencia de origen psiquiátrico. Las libertades pueden y deben ser reconstituidas en la vida anciana en la medida de las posibilidades. De acuerdo a un paradigma de la inclusión, nunca será justo conformarse con la pérdida de las libertades fundada en el arribo a cierta edad.

Se reconstituye la libertad *económica*, con mayor ingreso. Se reconstituye la libertad *socio-cultural,* por medio de la creación de redes sociales formales accesibles para el individuo y los mecanismos de la Educación Social[419]. Se reconstituye la libertad *física*, por medio de la rehabilitación y la accesibilidad tecnológica en sentido amplio. Se reconstituye la libertad *psicológica,* por medio de un tratamiento adecuado. Se reconstituye la libertad *psiquiátrica,* por medio de tratamiento farmacológico, o al menos, se puede evitar la progresión y profundización de la dependencia. En tanto que si se sustituyera en todos los casos en todos los campos de acción a la persona, se afectaría aún más su esfera de libertad restante, despersonalizándola.

---

[418] V. **DREW DAYS III;** *"Acción afirmativa" en Derecho y grupos desaventajados,* compil. Roberto Gargarella, trad. Roberto Gargarella en colaboración con Gustavo Maurini y Paola Bergallo, 1° ed, Barcelona, Gedisa, 1999, pág.41.

[419] V. **GARCÍA MINGUEZ Jesús** (coord.); *I Jornadas sobre personas mayores y educadores sociales (18, 19 y 20 noviembre),* Granada, Grupo Editorial Universitario, 1998; *Programas de Educación Intergeneraciónal. Acciones estratégicas,* Madrid, Dykinson, 2005; **DE CASTRO, Angel;** *La Tercera Edad. Tiempo de ocio y cultura. Proyecto y experiencia de animación cultural,* 1° ed., Madrid, Narcea, 1990; **YUNI, José; URBANO, Claudio;** *Educación de adultos mayores. Teoría, investigación e intervención,*1° ed., Córdoba, Brujas, 2005.; **BEDMAR MORENO, Matias; MONTERO GARCIA, Inmaculada;** *La Educación intergeneracional: un nuevo ámbito educativo,* Madrid, Dykinson, 2003; **MAÑÓS, Quico;** Animación estimulativa para personas mayores discapacitados, Madrid, Narcea, 1998; **ELIZASU, Carolina;** La animación con personas mayores, 7°, Madrid, CCS, 2005.

Siguiendo las valoraciones del criterio especial de justicia de la ancianidad, en cuanto a las intervenciones de terceros, se busca siempre proteger la libertad existente y colaborar facilitando el recupero u obtención de la faltante. En el plano normativo, la vejez nunca implicará el paso de una zona de plenos derechos y obligaciones, representada por la capacidad plena, a otra en la que se careciera de los mismos; más bien, ésta consistirá en una **zona de luces y sombras**, de pérdidas y recuperos, de idas y venidas en cuanto a las dependencias en la esfera social y privada. Una zona gris que no se corresponde con la incapacidad, en tanto que la aplicación sin distingos de este instituto legal basada en la insanía en forma genérica, aún en individuos de edades muy avanzadas o con la salud física muy deteriorada, implicaría un acto de injusticia.

En un sistema gradual y reversible, los medios de protección, así como también las formas de reparto y las modalidades de ejercicio de los derechos, cumplen la función de fusible del sistema jurídico. Son un elemento dúctil, fácilmente adecuable a una situación cambiante. Así, conforme a una integración de los tres principios del Derecho de la Ancianidad, esta participación del anciano, autónomo o dependiente, procurará la calidad de vida, siendo del mismo tenor, aunque ejercida de diversa manera, de acuerdo a los obstáculos que tenga el anciano en concreto a fin de mantener o restituir las libertades disminuidas.

Llegados a esta instancia, podemos afirmar que en tanto que la intervención se justifica por la dependencia en sus múltiples facetas, dificilmente se pueda adoptar un criterio uniforme. Las intervenciones se verán sometidas a un rosario de **determinaciones**. En la dimensión normativa, veremos cómo éstas serán las colaboradoras en la tarea de ponderación de los principios operativos. Sera a través de esta gimnasia por medio de la cual se le irá dando concreción de forma definitiva al contorno del sujeto, objeto y modalidad del derecho subjetivo fundamental a la calidad de vida de los ancianos en cada caso.

D. La legitimidad del orden de repartos (el régimen especial de justicia)

Conforme al principio de continuidad vital y privacidad, será legítimo un régimen de justicia **gradual.** En una ancianidad normal la dependencia se va manifestando progresivamente con los años, profundizándose después de los 80. Y dado que el tipo de dependencia está condicionado al tipo de vida anterior y al álea genética de cada uno, no es posible determinar posiciones dicotómicas entre un sujeto plenamente capaz y otro plenamente incapaz, imperando la exigencia de gradualidad en el Régimen.

De acuerdo al principio de participación y la complejidad de la problemática de la vejez, el régimen también deberá ser **coordinado.** Se exigirá la interacción entre organismos en lo socio-sanitario, entre instituciones públicas y privadas, algunos sistemas basados en el valor relativo poder y otros en la cooperación, unos más autoritarios y otros más autónomos.

Asimismo, se debe procurar contar con un orden de repartos **completo** en el que la verdad de la condición anciana no sea ocultada por la utilidad. El régimen de justicia de la ancianidad necesitará contar con un abanico de medios de protección. De esta forma podrá comprender distintas facetas de este sistema que va desde conductas que procuran el autocuidado hasta servicios de cuidados profesionales especializados.

Estas exigencias valorativas ya están presentes en las recomendaciones de los instrumentos internacionales. Por ejemplo, en el PLAN DE ACCIÓN DE VIENA se procura la ***coordinación*** *más estrecha entre los servicios de protección social y de atención sanitaria.* Y además se debe coordinar con el esfuerzo de los otros protagonistas, en tanto que *dichos servicios deberán crearse teniendo presente la función de la familia y de la comunidad, que*

deberán seguir constituyendo los elementos fundamentales interrelacionados de un sistema de atención bien equilibrado[420].

En cuanto a la gradualidad y completitud de la oferta de servicios, por ejemplo, en el PLAN DE ACCIÓN DE MADRID el objetivo 3 procura *instituir un* ***continuo*** *de atención de la salud para atender a las necesidades de las personas de edad*[421], y la Recomendación 76 (e) busca *promover el establecimiento y la coordinación de una* ***gama completa de servicios de atención continua****, incluidos los de prevención y promoción, atención primaria, cuidados intensivos, rehabilitación, atención de enfermedades crónicas y atención paliativa, de modo que los recursos se puedan desplegar con flexibilidad para atender a las variables y cambiantes necesidades de salud de las personas de edad*[422].

En lo tocante a este punto, en el PLAN DE ACCIÓN DE VIENA se estima que *será preciso desarrollar al máximo en la comunidad los servicios sanitarios y conexos. Estos servicios deberán abarcar una* ***amplia gama de servicios*** *ambulatorios, como centros asistenciales diurnos, dispensarios, hospitales diurnos con atención médica y de enfermería y ayuda doméstica. Deberán brindarse siempre servicios de urgencia. El cuidado en instituciones deberá corresponder siempre a las necesidades de las personas de edad. Deberá evitarse el uso inadecuado de camas en las instalaciones destinadas al cuidado de la salud. En especial, las personas mentalmente sanas no deberán internarse en hospitales mentales. Deben prestarse servicios de examen y asesoramiento médico en clínicas geriátricas, centros de salud o locales de la comunidad donde se reúnan personas de edad. Se debe contar con la infraestructura sanitaria necesaria, así como el debido personal especializado que pueda llevar a la práctica una asistencia geriátrica* ***integral y completa****. En*

[420] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, Rec 6.

[421] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med 76/Objetivo 3.

[422] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med 76 (e).

el caso de atención institucional, ***deberá evitarse la alienación del senescente de la sociedad provocada por su aislamiento****, entre otras formas, alentando más la participación de miembros de la familia y de voluntarios*[423]*. Y se brega por la* asistencia a domicilio para que puedan permanecer en sus propias comunidades y vivir en la forma más independiente posible durante el mayor tiempo posible, en tanto que la atención a domicilio no debe considerarse como una alternativa de la atención institucional; más bien, ambas se **complementan**[424]**.**

En definitiva, en un régimen que **coordina** lo social con lo sanitario, lo público con lo privado, lo profesional con lo comunitario y familiar, que **gradúa** la intensidad de la intervención de acuerdo a la necesidad del sujeto dependiente y que ofrece una **completa** gama de servicios, se gana tanto en la realización del valor **justicia** como de la **utilidad** y la **verdad**. Estamos frente a una exigencia de servicios más cercana a la verdadera situación de la heterogénea ancianidad, y más útil y justa para el anciano, la familia, la comunidad, el mercado y el Estado[425].

A continuación, el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos en su faz normativa, se encontrará con el **desafío** de captar la realidad fáctica de la impotencia gravosa de la ancianidad, con sus limitaciones generales y especiales, e integrar los valores producidos por la reacción paradigmática. Veremos, en el próximo capítulo, cómo se ha construido un entramado normativo desde la cúspide constitucional a través de la vértebra flexible de los derechos fundamentales.

---

[423] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, Rec 10.

[424] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, Rec 13.

[425] V. **PINEDA SORIA, Rafael**; "La atención institucionalizada y no institucionalizada a la Tercera Edad" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991, págs. 343 y ss; **FERNADEZ BALLESTEROS, Rocío**; "Evaluación de los servicios para la Tercera Edad" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991, págs. 363 y ss.

E. Algunas conclusiones

En el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, existe un complejo particular tejido por las **exigencias valorativas** de los principios de continuidad vital, privacidad y participación. Éstos logran importar a la igualdad, unicidad y comunidad orientando los reclamos axiológicos propios de la condición anciana. A través de este fluido al régimen se le imprimirá el nuevo sentido de reacción que viene impuesto desde el paradigma inclusivo. En tanto que el diseño de un criterio especial de justicia será una herramienta invaluable desde la cual valorar los repartos, determinando la legitimidad de aquellos que resulten aptos para la construcción de un nuevo sistema jurídico de la ancianidad.

Por obra de la interacción de estos principios, la configuración del régimen de justicia adquiere un formato **gradual**. La necesidad de ayuda de otro en el desarrollo de la vida dará lugar a la intervención justificada en la esfera de libertad del anciano. De esta forma, es posible hablar de dos regímenes justos en la ancianidad, o de un régimen que va variando sus exigencias en consideración a las modificaciones operadas en las condiciones del sujeto protegido. Esa gradualidad, partirá desde un extremo signado por un **Humanismo Abstencionista** hasta arribar a un **Humanismo Intervencionista Justificado** para aquellos que sufrieran algún tipo de dependencia patológica.

En el régimen especial de la ancianidad, la calidad de vida es la meta deseada. Con un principio supremo de justicia que consiste en organizar la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, *convertirse de individuo en persona*, el individuo debe contar con un ámbito en el cual sea posible su realización, una vida con calidad y no una mera sumatoria de años vividos.

El anciano que procura su calidad de vida puede y debe continuar desarrollándola a pesar de su cambio declinatorio en lo biológico y los prejuicios reinantes; pero para ello requiere de una esfera de libertad suficiente. Podemos decir que ésta comprende una dimensión íntima, otra privada y una tercera social. Todas deberán ser protegidas adecuadamente por el Régimen, mas la esfera íntima será un atalaya infranqueable e innegociable de la persona, aún de la persona anciana; es que, más allá de sus fronteras, el individuo no podrá acceder a su personalización, cosificándose.

Cabe aclarar que estas protecciones se dan en un proceso dinámico. En tanto que la única constante en el proceso de envejecimiento es el cambio, no es posible señalar un régimen de justicia único, ni formas de ejercer los medios de protección de una forma determinada, sino que todo dependerá de las limitaciones que sufra el individuo en concreto.

La ancianidad, como dato etareo, no es un elemento suficiente para una discriminación justa, no conlleva una diferenciación por sí misma, como sí ocurre, por ejemplo, con la niñez o la discapacidad. Cada anciano envejece de distinta manera. La vida es un *continuum*, desde el nacimiento hasta la muerte, un *continuum* de crecimiento y de declinación, y la ancianidad es tan sólo su última etapa. Esa **continuidad vital** hace que lo ocurrido con anterioridad repercuta en la vejez. En fin, existirán tantos modos de envejecer, como diversidad vital entre individuos.

Al detenerse el crecimiento biológico en los individuos de la especie humana, comienza a transitarse un camino de decrecimiento. En la ancianidad, ello se hace más agudo; mas es imposible determinar, aún desde lo biológico, una cantidad exacta de años uniforme que marque el inicio de esta etapa. Conocedores de esta realidad, el Derecho de la Ancianidad hace constar a la continuidad vital como uno de sus principios rectores, justificando

la igualación entre jóvenes y viejos en cuanto al goce y autodeterminación de sus vidas. *Ab initio* se equiparán el régimen de justicia que los comprende: el **Humanismo Abstencionista**. Si nos quedásemos con este cuadro de situación cometeríamos un error, se caería en la grave injusticia criticada al Modelo Líquido en donde las posibilidades de todos los ancianos no se diferencian de las de los individuos jóvenes.

En la ancianidad las desigualdades se acrecientan, y el concepto de igualdad formal por sí solo no es suficiente para entretejer la trama valorativa del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Entonces, por el principio de continuidad vital, se llega al principio de igualdad, igualdad entre jóvenes y viejos, entre sanos y enfermos, entre pobres y ricos. Pero esa igualdad tiene, al menos, dos facetas, una formal y otra material. La *igualdad formal*, igualdad ante la ley, equiparará a jóvenes y viejos en el ejercicio de sus derechos, tildando de arbitraria toda discriminación negativa basada sólo en el factor edad. Mientras que por medio de la *igualdad material* podemos contemplar las particularidades de cada vejez y los condicionamientos que puede llegar a sufrir cada anciano en concreto. Así, es posible captar el hecho de la existencia de sujetos casi en igualdad de condiciones que los más jóvenes, y otros sujetos que ven restringida su esfera de libertad de distintas maneras, quienes necesitan ayuda de otros a fin de mantener o recuperar su autonomía.

El principio de continuidad vital nos alentó a incursionar en el mundo de la igualdad, en tanto que el **principio de privacidad**, encapsulando a la unicidad, nos permite hacerlo con el de libertad. En un régimen humanista, queda vedada toda intromisión innecesaria en la esfera de libertad del individuo; las intervenciones legítimas de otros individuos deben ser justificadas. En el caso de los ancianos, la justificación viene de la mano de una discriminación positiva en beneficio de los individuos vulnerables; aquellos que requieren una ayuda para partir de las mismas condiciones que los otros.

Es importante señalar que estas ayudas, si bien necesarias, representan **intervenciones** en su esfera de libertad. De acuerdo al principio supremo de justicia y al derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, éstas deberán ser sólo las necesarias para que el anciano continúe aprovechando, reconstituya u obtenga una esfera de libertad con el fin de personalizarse en una etapa concreta de su vida. Se llega así, al complemento del Humanismo Abstencionista, demasiado líquido para ser generalizado, un **Humanismo Intervencionista Justificado** en donde la intervención está justificada por y hasta el límite de la dependencia.

Completando el complejo axiológico de la vejez, hace su aporte el **principio de participación**. El individuo convive, vive con otros en una familia, en una comunidad y en una Nación. Podemos afirmar, ahora, que este principio reforzará una de las dimensiones de su vida, la vida-estar. Esa participación para no caer en la hipocresía de la mera proclama sin sustento real, no puede dejar de tener en cuenta a la igualdad ni a la unicidad, elementos importados desde el complejo axiológico general a través de los principios de continuidad vital y privacidad, respectivamente. Por lo tanto, cada anciano deberá contar con las oportunidades reales de participar en la sociedad. Aquellas que de acuerdo a sus posibilidades, le permitan mantener o conseguir una vida con calidad.

En definitiva, el criterio especial de justicia en la ancianidad reclama la intervención en la medida de la necesidad. Pero a su vez, opera de freno de las intromisiones desmedidas, autorizando sólo aquellas que con la menor limitación a la libertad potencien en mayor medida la vida anciana; que es vida en el ser, en el estar y en el hacer. Hemos arribado a un puerto seguro en la tormenta; asidos de este criterio especial de justicia nos es posible evitar la caída hacia dos abismos: la **desprotección** y la **sobreprotección**, ambos extremos nocivos para el individuo anciano.

Ahora bien, a pesar de que los **medios de protección** que se emplean en este Régimen Especial coinciden con todos aquellos estatuidos para los ciudadanos en general, tendrán que tener en cuenta en forma especial los riesgos más frecuentes en los casos de dependencia. De acuerdo a las investigaciones gerontológicas, cada tipo de dependencia engendra ciertos **riesgos** en referencia a la vida y a la libertad. Es por eso que el Derecho deberá apuntalar aquello que se vea más atacado. Entonces, los medios de protección se adecuarán, o tomarán relevancia, de acuerdo a los riesgos más probables con respecto a cada tipo de dependencia.

En cuanto al alcance de la intervención justificada, tan sólo una intervención **mínima** puede reconstituir la libertad en su esfera social. Y en miras de mantener la potencia de la vida, en algunos casos, se tolerará una intervención aún mayor en su esfera privada. En tanto que la esfera íntima nunca podrá ser intervenida sin riesgo de cosificar al individuo. Atención, aquí nos enfrentamos, ergo, a la **máxima** intervención jurídicamente legítima.

Mas, a fin de asignar criterios graduales en un orden de repartos tan heterogéneos, se podría pensar en una intervención de alcance **medio**. Se ponderaría la situación de aquellos ancianos más o menos débiles, y más o menos poderosos, aquellos que requieren de algunas intervenciones en su esfera social y privada para poder seguir personalizándose. Los medios de protección de la esfera de libertad del individuo deberán tener en cuenta estas consideraciones, apuntalando las distintas medidas de acuerdo a los riesgos de profanación de la esfera social, privada e íntima. Este fraccionamiento podrá auxiliar al operador jurídico en la tarea de aplicación agrupando los riesgos de acuerdo al grado de intromisión en la esfera de libertad. Así, pues, se constituyen las distintas **modalidades de intervención**.

Esta vinculación entre los riesgos más probables con las tipologías de intervención, nos permitirán determinar los medios de protección a ser

reforzados. Por ejemplo, el riesgo más frecuente en el sistema de mínima intervención es caer presa del aislamiento o de los mitos y prejuicios que conforman las limitaciones generales señaladas en la dimensión sociológica (riesgo a la esfera social). En el sistema de intervención media, el riesgo radica en la intervención desmedida de los demás que pueden llegar a afectar la esfera de libertad por medio de la sobreprotección (riesgo a la esfera privada). En tanto que en el de máxima, se relacionará con la desprotección del individuo, la desindividualización de la persona o, lisa y llanamente, su cosificación (riesgo máximo que afecta a la esfera íntima).

Como puede inferirse, en el primer caso, adquieren mayor relevancia los medios de protección contra él mismo, que buscan que no se autoaisle guiado por los mitos; y contra los demás, que no lo invadan ni que lo excluyan de la comunidad en base a la edad. En el segundo caso, por un lado, las medidas más requeridas son las que lo protegen contra los demás, a fin de que no lo sustituyan en las actividades que pueden realizar por sí mismos. Por otro, son las medidas contra el régimen, a fin de que no se caiga en un sistema de máxima intervención injustificadamente. En la modalidad de máxima intervención, es necesario reforzar las medidas de protección contra lo demás, para evitar la desprotección o abandono de la persona, y contra el régimen, ya que en las instituciones se cae con mayor facilidad en el paternalismo, e incluso, en el totalitarismo.

En cuanto a la legimitimidad del régimen, fundado en el principio de participación, el aislamiento total de los ancianos de la sociedad quedará impugnado, ni se habilitará la sustitución total de la voluntad del anciano en la persona de un tercero. A fin de restituir la porción de libertad limitada en forma genérica o específica por las dependencias, los medios de protección deben incluir mecanismos que **faciliten la participación**. Esto es, instrumentos que no solo permitan el goce de la libertad, sino que la fomenten. Aún en los casos de sustitución legal, jugarán un papel de asistencia, ya que siempre habrá un

resto de libertad que ejercer, un resto de la esfera privada y social que se pueda recuperar o mantener.

En definitiva, la intervención de un tercero siempre seguirá un criterio **reconstituyente** de lo perdido en referencia a su libertad, y sólo **sustitutiva** en los casos de carencia de origen psiquiátrico. Las libertades pueden y deben ser reconstituidas en la vida anciana en la medida de las posibilidades, ya que no es justo conformarse con la pérdida de las libertades al arribar a cierta edad.

Capítulo III

Hacia una construcción conjetural de los principios operativos del Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos

A. Su construcción estática: de los imperativos a las normas, de las normas a un ordenamiento normativo gerontológico.

En la Teoría Trialista, las *normas*, configuran la base del **plano normológico** del mundo jurídico. Se trata de verdaderas construcciones descriptivas acerca de todo lo que sucede –o sucedería- cada vez que se efectúa alguna adjudicación. Sin embargo, para elaborarlas hace falta identificar primero, las *fuentes* que se refieran a ellas. Luego, establecer las *reglas, principios, costumbres, o doctrinas jurídicas* vinculadas que pueden utilizarse. Esto determinará el tipo legal y las consecuencias formales que se derivarían con su aplicación. Así, pues, en este ámbito, la teoría trialista propone abocarse al estudio de los elementos que componen la **legalidad** *y validez* del mundo jurídico, tanto como a la comprensión de su costado activo o funcionamiento sistémico[426].

Con respecto a ese funcionamiento, en la actualidad, la Teoría Trialista reconoce la existencia de una nueva serie de tareas pertinentes que se integran en una secuencia. Primero, es menester **reconocer** las fuentes aplicables; las que luego, se **interpretarán** teniendo presentes sus costados lingüísticos. Lo literal y lo contextual, serán cotejados asignándoles la extensión adecuada. En tercer lugar, la **determinación** completará o precisará las normas que así lo requieran; en tanto que las que sufrieran de carencias, se someterán a una tarea de **elaboración**. Finalmente, y no antes, se procederá a la **aplicación** de las normas, que incluye la actualización de las consecuencias jurídicas de las reglas o la ponderación de los principios, apelando a la

[426] V. **DABOVE, M. I.;** "*Argumentación jurídica y eficacia normativa*...", ob. cit.

argumentación y la síntesis[427]. Si bien todas estas son tareas estabilizadoras del Derecho, nos vamos a encontrar con que las etapas de determinación, elaboración y argumentación son simultáneamente labores adaptativas, de cambio, evolución y **construcción**.

En un camino de crecimiento y actualización, ésta teoría jurídica ha ido entablando algunas relaciones vinculares. En el caso de los derechos fundamentales, hoy mantiene un diálogo integrativista con el No Postivismo. **Robert ALEXY**, autor de la *Teoría de la argumentación jurídica[428], El concepto y la validez del derecho[429]* y *Teoría de los Derechos Fundamentales[430]* se encuentra entre sus interlocutores**.** Entendemos que la obra de este referente en la materia se integra en forma aceitada con el Trialismo[431], y brinda ricos aportes para la comprensión del Derecho de nuestro tiempo.

---

[427] V. **DABOVE, María Isolina**; "El funcionamiento del Derecho en la teoría trialista" en *Temas de Introducción al Derecho,* coord. Juan José Bentolila, 1° ed, Rosario, La Ley, 2009, pág. 102.

[428] V. **ALEXY, Robert**; *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989 (Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 1983).

[429] V. **ALEXY, Robert**; *El concepto y la validez del derecho*, 2° ed, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997

[430] V. **ALEXY, Robert**; *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (*Theorie der Grundrechte*, 1985).

[431] Se han señalado grandes similitudes entre ambas teorías. Para el Trialismo, el Derecho es un fenómeno, en cuyo centro se halla el orden de repartos -conductas-, descripto e integrado por el ordenamiento normativo, y por encima, advertimos la justicia que valora conjuntamente tanto el uno como el otro. Cada uno de estos elementos da origen a una dimensión jurídica particular, a las que Werner Goldschmidt denomina jurística sociológica, normológica y dikelógica. De igual modo, para el profesor de Kiel el concepto del Derecho adecuado tiene que relacionar tres elementos: la legalidad conforme al ordenamiento, la eficacia social y la corrección material. De manera que, respecto de cada uno de ellos, le corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el jurídico y el ético. V. **DABOVE, María Isolina; NAWOJCZYK, Erika; BARBERO, Dariel O.;** *Werner Goldschmidt y Robert Alexy: corsi e ricorsi del Integrativismo Jurídico* en *Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, coord. Miguel Angel Ciuro Caldani, 1° ed, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007; **GOLDSCHMIDT, Werner;** *Introducción filosófica al derecho. La Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6° ed, Buenos Aires, Depalma, 1996, pág. 18. Para una introducción a ambas teorías, también ver: **CIURO CALDANI, Miguel Angel** (coord.); *Dos Filosofías del Derecho argetinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio,* 1° ed., Rosario, FIJ, 2007; *Derecho y Política...,* ob. cit.; *Metodología Dikelógica...,* ob. cit.; **BENTOLILA, Juan José** (coord)**;** *Temas*

En **ALEXY**, los derechos fundamentales se constituyen como derechos subjetivos. Lejos de desconocer la dificultad que trae aparejada esta noción, el autor alemán acomete con la tarea adoptando una perspectiva analítica, y entendiéndolos como posiciones jurídicas. En suma, los derechos fundamentales son posiciones jurídicas cruciales. Por ser derechos subjetivos de alto grado de importancia[432] su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria.

El derecho subjetivo fundamental a la calidad de vida de los ancianos en el Derecho Argentino se configura como un haz de posiciones jurídicas[433]. Bajo este rótulo se agrupan, por ejemplo, los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a la salud, a la educación y a la ocupación. Mas esta multiplicidad de derechos no es una mera caterva, sino que se encuentra entrelazada tridimensionalmente con suficiente uniformidad de criterio como para ser considerada un todo.

Ese haz se corresponde con un catálogo de derechos y deberes elaborados por normas fundamentales estatuidas inmediata y mediatamente. Pues, entiende **ALEXY** que las normas de los derechos fundamentales, además de encontrarse en las disposiciones directamente estatuidas por la Constitución, se hallan en los enunciados normativos adscriptos indirectamente[434]. Éstos mantienen con las primeras una relación de precisión y fundamentación. Su adscripción radica, entonces, en la posibilidad de brindar una fundamentación jusfundamental correcta sobre ellas, esto es, dar buenas razones.

---

de Introducción al Derecho, 1° ed, Rosario, La Ley, 2009; **ATIENZA, Manuel**; "Entrevista a Robert Alexy" en *Doxa*, N° 24, Universidad de Alicante, 1989.

[432] **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 178.

[433] **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 241.

[434] **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 70.

Este catálogo no queda referido a una enumeración en el derecho objetivo, también se presenta como vinculación constitutiva de relaciones jurídicas. El derecho a la calidad de vida de los ancianos, como derecho *prima facie,* comprende todo un haz de posiciones jurídicas que, por medio de diversas estructuras y contenidos, busca proteger al anciano en su debilidad contra los otros individuos, el régimen, lo otro y aún contra sí mismo.

Este nutrido catálogo de derechos y obligaciones, es captado a través de un puñado de principios, que le imprimirán vida jurídica a la vejez. En medio de un proceso de mutación axiológica, los principios, en tanto que mandatos de optimización[435], serán una herramienta invaluable en la tarea de construcción que atraviesa esta nueva rama jurídica. A continuación, veremos la repercusión del cambio paradigmático en la faz normativa de la condición anciana. Por **vía conjetural[436]** se ha logrado definir la contextura normativa del derecho subjetivo fundamental a la calidad de vida de los ancianos.

De esta forma es posible decir sin hesitar que el Modelo Jusfundamental cuenta con los elementos suficientes como para asumir el desafío de esta construcción. Dotado de un derecho fundamental, atraviesa las ramas tradicionales, obligándolas a reflexionar sobre sus instituciones.

Con este armazón jusfundamental, la ancianidad abandonará la situación de no derecho, el ámbito de la discrecionalidad gubernamental o

---

435 Alexy desarrolla su propio concepto de principio a partir del argumento dworkiano de *dimensión de peso o importancia.* Proporciona una explicación de la distinción entre reglas y principios que no es incompatible con la de Dworkin, sino de un grado superior a ésta: la diferencia entre ambos tipos de estándares anotada por Alexy da cuenta del porqué de las diferencias anotadas por Dworkin. Los principios son **mandatos de optimización**, esto es, *normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas*. La optimización del mandato alude al hecho de que los principios pueden ser cumplidos en diversos grados. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. V. **MANERO, Juan Ruiz**, *Jurisdicción y normas,* Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 159.

436 V. **CIURO CALDANI, Miguel Angel;** *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*,Rosario, FIJ, 2000.

dádiva graciosa de particulares, lugar donde estuvo cómodamente alojada durante siglo y medio. A nivel normativo, es posible afirmar que en los modelos previos al multigeneracionismo, conforme a un paradigma exclusivo y excluyente, no se apelaba al formato de normas jurídicas, sino que las adjudicaciones se captaban preferentemente por medios de los **imperativos**[437]. En el marco de los modelos previos al problema del envejecimiento global, el manejo se efectuaba con órdenes, provenientes de la familia, del Estado, de la sociedad o del mercado.

En su faz lógica, las órdenes son diseñadas, considerando a la situación de hecho como supueta. Esa no explicitación deja en la superficie solo la reglamentación de la consecuencia jurídica, la prescripción de la conducta. Por lo que los imperativos brindan poco margen para un diálogo productivo entre los protagonistas en son de derechos y obligaciones de cada uno.

En fin, el imperativo impide el debate con respecto a lo incluido o excluido en el tipo legal, y dificulta pensar conceptos de reclamos que hagan distingos entre las situaciones heterogéneas de los ancianos. En el caso de la ancianidad, una reglamentación homogenea sólo sería en clave de injusticia. Y además, al ser el orden de adjudicaciones captado sólo por imperativos, no logra constituir un ordenamiento normativo[438]. Por lo que el criterio del reparto

---

[437] *La norma capta ciertos aspectos de los repartos lógicamente desde el punto de vista de un tercero. Pero los repartos proyectados aun pueden ser objeto de otra captación lógica: de la captación lógica desde el ángulo visual del protagonista del reparto. Esta captación lógica se lleva a efecto en forma del imperativo. En efecto, si un reparto autoritario ordenancista llega a realizarse , los autores y los destinatarios de órdenes las captan como imperativos: "¡Haz eso!", "Debo hacer eso". Los mandamientos no se captan imperativamente como tales hasta que se concreten individualmente, o sea, pues, en órdenes; pero, por cierto, no se debe confundir una orden colectiva (que es una orden dirigida a un número determinado de individuos) con un mandamiento. (...) Tampoco existe captación lógica imperativista en el supuesto de los repartos autónomos, puesto que ellos se caracterizan por la existencia permanente de un acuerdo que es incompatible conla forma lógica del imperativo.* V. **GOLDSCHMIDT, W.**; *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. *200.*

[438] El carácter individual del imperativo, y que es el reflejo lógico del carácter individual de la orden, impide una conjunción lógica de los imperativos, a diferencia de las normas que se coordinan y subordinan en un ordenamiento normativo. No puede haber un ordenamiento

queda atrapado en la individualidad de cada orden, de cada familia o de cada programa asistencial[439].

En síntesis, como en la sociedad primitiva de **HART**, a este sector jurídico le bastaban los meros criterios de repartos estancado en imperativos primarios. Éstos guiaban al orden de las adjudicaciones, pero se carecía de reglas secundarias que permitieran tener certeza, cambio programado y eficacia.

En cambio, el paradigma inclusivo e incluyente de la vejez busca regir los movimientos de los ancianos desde y a través de los derechos[440]. Es así como el concepto de anciano ya no puede desconocer al de sujeto de derecho, y desde y a través del **derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos** se irá conformando un entramado normativo que logrará presentar una estructura sistemática.

Esta "nueva sociedad jurídica", el Derecho de la Ancianidad, ya cuenta con ciertas reglas de reconocimieto harteanas que nos permiten identificar las

---

imperativista; hay sólo rapsodias imperativistas. V. **GOLDSCHMIDT, W.**; *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. pág. 202.

439 V. **LEVÍN, Silvia;** "Políticas sociales y derecho de la ancianidad" en *Derecho de la Ancianidad*... Coord. M. I Dabove Caramuto y A. B. J Prunotto Laborde, ob.cit., pág. 266.

440 **DECLARACIÓN BRASILIA,** 2007*Subrayando que, desde hace algunos años, la preocupación de los Estados por los derechos de las personas de edad ha ido en aumento y se ha traducido en la creación de marcos legales de protección aunque se mantienen brechas de implementación de estos derechos y muchas personas de edad aún no acceden a prestaciones de seguridad social, de salud o a los servicios sociales.* Punto 1. *Reafirmamos el compromiso de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentaes 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.* Punto 13*. Proponemos crear maracos legales y mecanismos de supervisión para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas de edad, tanto si utilizan los servicios de larga estadía como si residen en sus hogares, y facilitar la formulación y el cumplimiento de leyes y programas de prevención de abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia contra las personas de edad*. Punto 26. *Nos comprometemos a realizar las consultas pertinentes con nuestros gobiernos para impulsar la elaboración de una convención sobre los derechos humanos de las personas de edad en el seno de las Naciones Unidas.*

normas aplicables a la temática. Se comienza, así, un recorrido jurídico de creación que nos conducirá a un orden normativo cimentado sobre algunos principios operativos. Seguidamente, recorreremos un camino **conjetural** que nos conducirá a la construcción de un derecho subjetivo fundamental de la ancianidad, conforme a un Modelo Jusfundamental.

Este derecho se conforma sobre la base de una **compleja red de relaciones jurídicas**[441]. Compleja por la diversidad de sujetos obligados, compleja por la heterogeneidad de los impedimentos a la libertad de los ancianos titulares, y compleja por la variedad de objetos a adjudicar.

Siguiendo los pasos de este funcionamiento conjetural, es posible identificar *prima facie* los elementos de esta red de relaciones jurídicas, para luego hilvanarlos en algunos conceptos y materializaciones que conforman los productos normativos del derecho fundamental. Las funciones estabilizadoras y adaptativas del Derecho, a las que hacía referencia **DABOVE**, aquí adquieren vida por medio de la interpretación, la determinación y la elaboración de las normas aplicables a la cuestión anciana en el Derecho Argentino.

---

[441] *...se las podría catalogar por su calidad de normas plurilaterales, puesto que dan lugar a un verdadero complejo de relaciones jurídicas. De ellas participan tanto las Instituciones Públicas y los ancianos, como la multiplicidad de sujetos que conforman la comunidad en cuestión. El Estado se vincula con el anciano en virtud de las obligaciones de hacer que estas normas establecen a su cargo. El anciano, con el Estado, por su derecho de crédito complementario. La sociedad queda relacionada con el anciano, por sus obligaciones mínimas de no hacer -no se debe ir en contra de lo que ellas disponen-. El anciano, con la sociedad, porque estas normas le otorgan al primero la posibilidad de ser titular de derecho oponibles frente a terceros. Y por último, también se establecen vínculos jurídicos entre el Estado y la sociedad, en virtud del régimen constitucional que reconoce estos derechos como fundamentales.*V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos de los ancianos...,*ob. cit., pág. 332.

B. Su construcción dinámica: el origen de los principios en el funcionamiento jurídico.

1. El problema del reconocimento de las normas aplicables

Los principios constitutivos del Derecho de la Ancianidad -continuidad vital, privacidad y participación- nos permiten reconocer las normas aplicables a la condición anciana en nuestro país. Esta identificación, es un paso ineludible en un sector jurídico con fuentes dispares y dispersas. Aquí, la ancianidad se adjudica en un marco de fuentes formales de origen autoritario muy deficitarias a nivel infraconstitucional, y demasiado genéricas a nivel constitucional. Por el contrario, las fuentes formales de origen autónomo, presentan un alto grado de consenso por parte de expertos internacionales y gobiernos adherentes, entre los que se encuentra el Estado Argentino. Al efectuar el salto hacia las fuentes materiales, constatamos que estas últimas, son tenidas en cuenta por quienes trabajan con seriedad y en forma actualizada en la temática. Y en algunos casos, por aquellos que están a cargo de las instituciones gerontológicas-geriátricas.

Recordemos el lugar destacado que adquieren las fuentes de conocimiento en este ámbito jurídico. Gracias a este medio se ha logrado definir a la condición del anciano articulando los principios valorativos con la realidad social. Por este camino se aprecia como al comparar aquellos datos con el contenido de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y contratos entre particulares, dista *un paradigma*.

En síntesis, revisando las fuentes de las normas encontramos que a nivel nacional estamos desprovistos de una legislación especial, pero a partir de su presencia constitucional, es posible conjeturar como lo haría un operador

jurídico atento a un Modelo Jusfundamental. El **derecho subjetivo a la calidad de vida de los ancianos** asumirá el desafío de describir la situación del anciano -tanto del débil como del poderoso- e integrar los valores especialmente configurados a partir de la Nueva Ética de la Ancianidad, valiéndose de una batería de conceptos y materializaciones normativas.

En el Derecho Argentino, esta construcción normativa jusfundamental, *prima facie* se desarrolla a partir del enunciado del **artículo 75 inciso 23**, el cual reenvía a su vez, su **inciso 22**. El juego de ambos será medular. Con el auxilio de algunas categorías alexyanas, podemos decir, que en el Derecho de la Ancianidad nos vamos a encontrar, por un lado, con normativa **directamente estatuida**, y por otro, con buenas razones - fácticas, valorativas y lógicas - que fundamentan normas **adscriptas**. Valiéndonos de los términos *hard law - instrumentos vinculantes-* y *soft law -derecho indicativo-*, podemos describir esta peculiar situación jurídica. **DABOVE** refiriéndose en términos similares, entiende que existe una serie de instrumentos directamente aplicables, cuya vinculación jurídica no es cuestionada, y otras fuentes que sirven sólo como principios orientadores o criterios generales de interpretación jurídica dada su baja densidad vinculatoria.

Así, en el caso del derecho en estudio, en el entramado argentino nos vamos a encontrar con un panorama notable. Éste se configura a partir de un ***hard law* general**, aplicable a todos los seres humanos, y un ***soft law* específico**, en cuanto a la temática de la ancianidad.

Las normas directamente estatuidas por la Constitución en el artículo 75 inciso 22, o sea hard law, está conformado por instrumentos internacionales y regionales sobre derechos humanos en general. Son especialmente relevantes para la materia: los **Pactos Internacionales** de Derechos Humanos de derechos civiles y de derechos económicos, sociales y culturales (1966), la **Convención Americana** sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de

Costa Rica, 1969/1984) y su Protocolo facultativo sobre derechos económicos, sociales y culturales (**Protocolo de San Salvador**, 1999) - todos instrumentos ratificados por el gobierno argentino y constitucionalizados directamente desde 1994.

Mas, contamos también, con un nutrido compendio de directrices sobre las necesidades especiales de los ancianos, que si bien son consideradas *soft law,* ingresan al sistema nacional en forma indirecta, como principios orientadores y criterios de interpretación que producen una sólida fundamentación de las normas adscriptas. En este sentido son especialmente importantes: la interpretación del Pacto efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales volcada en la **Observación General N° 6** (1995)[442], los **Planes de Acción Internacional sobre el envejecimiento** - Viena y Madrid -, los **Principios de las Naciones Unidas** a favor de las personas de edad (1991), la **Estrategia Regional** de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid (CEPAL-CELADE, 2003) y la **Declaración de Brasilia** (2007).

En definitiva, si bien los instrumentos internacionales vinculantes hacen referencia al sujeto humano en forma genérica, el consenso de los expertos y los representantes de los gobiernos presente en las interpretaciones de la Comisión, resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, las recomendaciones de los Planes de Acción y de la Estrategia Regional, nos ayudan a discernir aquello que es especial en cuanto a los requerimientos de

[442] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha ido delimitando en sus observaciones generales algunos de los derechos y obligaciones derivados del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque estos documentos no tienen un carácter vinculante, ofrecen una interpretación general sobre los derechos económicos, sociales y culturales que ha contribuido a la definición de estos derechos y que ayudan en gran medida a comprenderlos adecuadamente. En el caso de las personas mayores, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preparó la Observación general N° 6 en el año 1995, que fue particularmente importante dado que a diferencia de lo que ocurre respecto de otros grupos sociales, no existe una estandarización de los derechos de las personas mayores, ni tampoco existen acuerdos de supervisión vinculantes ligados a esta esfera a nivel mundial.

los ancianos. Gracias a la guia de los principios constitutivos del Derecho de la Ancianidad -continuidad vital, privacidad y participación-, la normativa general sobre derechos humanos puede ser completada por la normativa específica de origen autónomo.

2. El aporte de la interpretación para la construcción

Una vez reconocidas las normas aplicables, se procederá a la ineludible tarea jurídica de interpretar. En el inciso 23 del artículo 75 de la CARTA MAGNA, el constituyente capta a la ancianidad como una *diferencia relevante*; y esa diferencia la enclava en el ámbito de la **vulnerabilidad** y la **debilidad jurídica**. Es en el mismo lugar en dónde aparece situado el anciano en el artículo 17 del PROTOCOLO, la problemática de la ancianidad se ubica en un artículo posterior al derecho de los niños y anterior al de los "minusválidos"[443]. Entendemos que el inciso 23, al igual que su par protocolar, busca proteger al **débil** de la lógica despiadada de la igualdad meramente formal, introduciendo el concepto de igualdad de oportunidades.

Si bien es la piedra angular del sistema, con referencia al **concepto de anciano,** este **inciso 23** plantea un primer escollo. Al inciar la tarea interpretativa, nos encontramos con que literalmente el uso que se le da a la palabra "anciano" en la comunidad lingüística de origen es sumamente amplia. Es aquel que tiene un porcentaje de vida vivida -un antes- mayor que lo que le resta por vivir -un después. Por lo que al designar al supuesto de hecho a reglar, no entraña problema alguno para captar la realidad heterogénea del destinatario.

[443] Lo encomillamos ya que es el término usado en la fuente, pero actualmente la palabra más apropiada es la de "personas con discapacidad".

Por el contrario, la tarea se dificulta, en el cotejo con sus elementos histórico-sistemáticos. Desde una interpretación que tiene en cuenta a lo extrasistema, sólo se hace referencia a la ancianidad vulnerable, o a toda la ancianidad en una condición de vulnerabilidad[444]. Mas analizando la totalidad de los artículos constitucionales en forma sistemática, hallamos que, dentro de los reformados, el artículo 99 inciso 4 nos da cuenta de otro tipo de anciano, al cual no podemos llamar ni débil ni vulnerable. Como resultado de la compulsa es pertinente efectuar una interpretación adecuativa, extendiendo el concepto de anciano en su máxima capacidad[445]. Ésto es, el tipo legal de la norma constitucional como continente de todos los ancianos, y no sólo de los vulnerables o dependientes.

Con estos trazos normativos del concepto de anciano que contempla su heterogeneidad, recién estamos en los prolegómenos del itinerario funcional de las normas. En breve, en este circuito, encontraremos algunas especificaciones de las normas que *garanticen la igualdad real de oportunidades y trato en el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos* con respecto a todos los ancianos.

---

[444] A partir del análisis efectuado del Debate parlamentario de la labor reformadora de la Constitución Nacional en 1994.

[445] *Si de la comparación de la interpretación literal y de la histórica resulta que la norma significa, según su sentido lingüístico usual, más de lo que la voluntad auténtica de su autor quiso decir corresponde achicar la norma para adaptarla a esta última (interpretación restrictiva). Si resulta que la norma en su sentido lingüístico usual se queda a la zaga de la voluntad auténtica de su autor, hay que ensancharla para que llegue a alcanzar aquél (interpretación extensiva). Finalmente, es posible que el autor, al no saber plasmar lingüísticamente su voluntad, no haya dicho más de lo debido, pero tampoco menos, sino que haya expresado sencillamente otra cosa. En este supuesto el remedio consiste ensustituir la expresión equivocada por la deseada (interpretación sustitutiva).* V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 267.

3. El papel relevante de la determinación

Nos podemos sentir satisfechos, hemos conseguido por medios interpretativos un concepto de ancianidad que capta la realidad social e integra las exigencias valorativas del nuevo paradigma. Mas la tarea de construcción está lejos de concluír, aún subsisten muchas indeterminaciones. En este pasaje funcional, las normas del *soft law* específico, adquirieren gran importancia al completar o precisar las normas del *hard law* general, demasiado abiertas para determinar el curso de acción a seguir en cada caso.

En esta tercera etapa, las indeterminaciones con respecto a los titulares del derecho, a los sujetos obligados en la relación jurídica y a su objeto, irán encontrando elementos de precisión. Con una imagen clara de las modificaciones operadas por el Modelo Jusfundamental con respecto a las soluciones dadas por los Modelos Juspolíticos anteriores, pasaremos revista a las fuentes jurídicas reconocidas, para empezar a determinar las lineas de la contextura definitiva de este derecho subjetivo fundamental.

Con respecto al **titular** del derecho, el Modelo Líquido parte del supuesto de la total independencia del sujeto anciano. Ésto no traería más que una elegante falacia en el sistema de la ancianidad, ya que el precio de la total independencia no es más que la total vulnerabilidad[446]. El Modelo Comunitarista, en cambio, se acerca a la problemática buscando incluir a los más débiles. Ésto lo hace poniendo el acento en el concepto de dependencia y las formas de su protección. Pero tampoco resulta operativos si bien su mirada está más próxima a la realidad social de los vulnerables, descuida la de los otros ancianos. Así su enfoque pierde eficacia. Será el Modelo Jusfundamental el que asumirá el desafío de efectuar una síntesis comprensiva del fenómeno en toda su extensión. Elabora un derecho fundamental a la calidad de vida de

[446] V. **MORATALLA, A. D**.; *Ética y ancianidad...*, ob. cit., pág. 91.

los ancianos respetuoso de las particularidades propias de los destinatarios, teniendo en cuenta los diversos impedimentos que sufren las personas ancianas en su esfera de libertad, tanto en forma genérica como específica.

Como veíamos más arriba, en el *hard law* -artículo 75 inciso 23 CN y artículo 17 del PROTOCOLO- se hace referencia a todos los ancianos, pero el *soft law* -en VIENA, MADRID y la ESTRATEGIA- nos auxilia en la tarea de especificación. Sus recomendaciones marcan la diferencia entre aquellos que necesitan ayudas especiales, los dependientes, y aquellos otros que sólo requieren algunas medidas que les permitan superar las impotencias generales -biológicas y culturales- que plantea la sociedad actual.

En VIENA, se recomienda *superar esa* ***imagen estereotipada*** *que presenta a las personas de edad como individuos que padecen* ***siempre*** *problemas físicos y sicológicos, que son incapaces de funcionar independientemente y que no desempeñan ningún papel ni tienen ningún valor en la sociedad*[447]. Continúa, es preciso *estimular en la medida de lo posible la autoayuda recíproca entre las personas de edad* ***capaces y activas,*** *así como la asistencia de sus pares* ***menos afortunados***[448]***.*** Con esto queda claro que no todos los ancianos sufren discapacidades, y que se puede señalar a un grupo de ancianos autónomos y otros dependientes.

En cuanto a las dependencias, el PLAN DE 1982, marca algunos elementos a tener en cuenta. Por ejemplo, entre sus principios habla de los *senescentes más* ***vulnerables****, en particular las personas pobres, mujeres y rurales*[449]*;* en tanto que en MADRID, esta diferenciación es tomada más en

---

[447] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, rec. 50.

[448] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, rec. 32.

[449] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, punto 25 (m).

particular, sugiriendo medidas con respecto a la igualdad de género[450], la situación social y económica[451], los orígenes culturales[452], la situación de refugiado[453] y aquellos que son víctima de abusos físicos, psicológicos, sexuales o financieros en situación de emergencia[454]. En la medida 56 (a) se enumeran a los grupos de personas de edad vulnerable, aquellos que están más expuestos a los riesgos más probables que conducen a la dependencia: pobreza, enfermedad y discapacidad[455]. Estas campanas se replican, agudizando su sonido en la ESTRATEGIA. En cuanto a la heterogeneidad[456], allía se marca la diferencia entre autónomos y dependientes, con especial atención a la cuestión de género[457], a la discapacidad[458], a la pobreza y a las personas de edad en ámbitos rurales o de origen indígena[459].

Con estos elementos, más adelante podremos configurar una clasificación normativa de ancianos que contemple la diversidad del titular del derecho fundamental. Este producto normativo captará la situación anciana tanto en su autonomía como en sus diversas dependencias.

Avanzando en el proceso de determinación, pasaremos al tratamiento de los **obligados** en la relación jurídica. Es posible aseverar, sin riesgos, que los

---

[450] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 52 (b) y Med.105 (j).

[451] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 53.

[452] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 55 (f).

[453] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 55(k).

[454] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 55(j).

[455] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 66, Med. 67 y Med. 68.

[456] **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003, Rec. 49 (d) *responder a los desafíos que implica la **heterogeneidad** de las personas mayores y sus contextos.*

[457] **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003, Rec. 45(f) *Asegurar la equidad de **género** en el acceso al sistema de protección social y otras fuentes de apoyo formal.*

[458] **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003, Rec. 19.a y Rec. 32.c.

[459] **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003, Rec. 32(d).

modelos previos al multigeneracionismo ya no resultan apropiados para captar la problemática compleja y extendida de la ancianidad. En el Modelo Totalitario, el único repartidor legitimado y obligado era la familia, en tanto que en el Modelo Abstencionista[460] la responsabilidad sigue recayendo sobre la familia, pero aparecerá el Estado para los casos de los ancianos indigentes. En el Modelo Paternalista[461] es el Estado el repartidor de políticas públicas, tanto para indigentes como para no indigentes, responsabilizándose en forma directa por todos.

Ya inmersos en el problema del envejecimiento global, el Modelo Líquido hace recaer la responsabilidad casi en forma exclusiva sobre el individuo y el mercado. En tanto que el Modelo Comunitarista, empieza a plantearse la problemática con respecto a la adecuación del reparto exigido. Busca determinar al repartidor legitimado y obligado frente a las nuevas exigencias de la población anciana. Pero finalmente en el Modelo Jusfundamental, el debate se sitúa sobre el alcance del legitimado-obligado, esto es, sobre *la medida* en que debe serlo la **familia,** la **sociedad** y el **mercado,** el **Estado** e, incluso, el propio **individuo anciano**.

Antes de abocarnos de lleno al juego del hard law con el soft law en este punto, entendemos que es importante tener presente algunos debates sobre el particular. Las posturas asumidas ante los planteos doctrinales se manifestarán en la elección normativa que hagan, a su hora, los operadores jurídicos al precisar los elementos indeterminados o completar las lagunas. Por ejemplo, sobre el alcance de la responsabilidad en el cuidado de las personas mayores

---

[460] Derecho de familia en el Código Civil.

[461] Derechos de la ancianidad en la constitución de 1949.

dependientes la discusión gira en torno al equilibrio entre el deber ser *individual y el colectivo*[462].

También sucede que el lugar y función de la familia se redimensiona. Por ejemplo, en cuanto a la relación que debe existir entre la institución geriátrica y la familia del anciano en una situación creciente de desprotección, no sólo de los ancianos, sino también de *la familia del anciano*. En muchas ocasiones, a ésta le es imposible enfrentar en forma aislada la problemática de la ancianidad de uno o varios de sus miembros[463]. Con la mirada puesta en el mismo problema otros llaman la atención sobre el contenido diverso de la ayuda de unos y otros obligados. El cuidado *material* puede quedar en manos del Estado, expresa **Javier GAFO**, mientras que es casi insustituíble el contenido *afectivo* que puede llegar a brindar la familia[464].

Por su parte, desde la Bioética, **Diego GRACIA** refuerza la idea del anciano en su rol activo y responsable. Sostiene que si bien la sociedad tiene la obligación de permitir el *acceso a la salud a todos*, siempre resta en el individuo la obligación de *cuidar su propia salud*[465]. Así pues, en miras a la configuración del derecho fundamental, nos preguntamos si esta obligación de autocuidado podría llegar a extenderse más allá del ámbito sanitario.

En fin, con estas cuestiones en mente, y siguiendo los lineamientos de un Modelo Jusfundamental también, recurrimos a la legislación comparada en América Latina para aproximarnos a la cuestión. Ella dispone que, además del

---

[462] V. **CASADO MARIN, David; LÓPEZ I CASANOVAS, Guillem**; *"Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*", Barcelona, Fundación "la Caixa", 2001.

[463] V. **DANIELS, Norman;** *Am I my parent´s keeper? An essay on justice beteween the young and the old*, Oxford, Oxford University Press, 1988, pág. 24 y 103.

[464] V. **GAFO, Javier** (ed.); *Etica y Ancianidad,* Madrid, Fundación Humanismo y Democracia- Junta de Castilla León- Universidad Pontificia Comillas, 1995, pág. 86.

[465] V. **GRACIA, D.;** *Fundamentos de Bioética...,*ob. cit., pág. 283.

Estado, son responsables del bienestar de las personas mayores: la sociedad en su conjunto, sus familias y ellas mismas.

Ahora bien, se podría objetar que desde una teoría clásica de los derechos fundamentales, el alcance de esta normativa resulta demasiado amplia. Mas, con un pantallazo somero, podremos entender su proceso histórico, y así, su alcance ya no nos parecerá exhorbitante.

Como vimos en sus origenés, el Estado era el único obligado frente a los derechos fundamentales; fueron diseñados como herramientas de protección contra el régimen[466]. Con ello, se buscaba fortalecer al hombre frente a ese gran repartidor de potencia e impotencia limitando su injerencia en el ámbito de libertad de los individuos. Con la secuencia generacional de los derechos humanos, por su parte, se produce una *expansión* de los repartidores con posibilidades de producir daño al individuo. De manera tal que la protección contra lo otro adquiere, así, gran presencia -especialmente en el caso de los de última generación.

Concientes de que la clasificación en generaciones de los derechos humanos no es unánime, y en algunos casos es, incluso, conflictiva y contradictoria; nos aventuramos a señalar algunos hitos históricos para su demarcación. Los derechos humanos, en cuanto categorías históricas, adquieren sentido en el marco de la Modernidad, a la luz de la filosofía iluminista que inspiró a las revoluciones burguesas del Siglo XVII. En una **primera etapa o generación** su sello ideológico va a estar dado por un fuerte individualismo, en el marco de un Estado Liberal Burgués, con una actitud abstencionista[467].

---

[466] V. **PECES BARBA MARTINEZ, G.;** *Derecho y derechos...,* ob. cit., págs. 40 y ss.

[467] V. **PÉREZ LUÑO, Antonio**; *"La evolución del estado social y la transformación de los derechos fundamentales"* en *Problemas de legitimación en el Estado Social,* direc. Enrique Olivas, Madrid, Trotta, 1991; **PECES-BARBA, G. y FERNANDEZ GARCÍA, E. y DE ASÍS ROIG, R.;** *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I y II,* Madrid, Dykinson, 2001.

Esta matriz individualista sufre un importante proceso de erosión e impugnación llevado a cabo por las luchas sociales del Siglo XIX[468]. Estos movimientos de reivindicación han de mostrar a las claras lo incompleto del catálogo de derechos que hasta ese momento eran considerados por el derecho positivo. Así, a la primera generación de derechos ha de sumársele una **segunda,** que no viene a restar sino a complementar la nómina original. Ellos son los derechos económicos, sociales y culturales que se presentan como derechos de participación, derechos a prestaciones o derechos reclamo, en la medida en que requieren para su acabado cumplimiento una actuación activa de parte del poder estatal. Son paradigmáticas las Constituciones de México y Weimar en 1917 y 1919.

Sin embargo, la estrategia reivindicativa de los derechos humanos presenta hoy un nuevo embate apoyado en el fenómeno de la contaminación de las libertades (*liberties pollution*). Esto alude a la degradación y erosión que aqueja a los derechos humanos ante determinados usos de nuevas tecnologías. Así, se abre camino una **tercera generación** de derechos humanos que integra a las fases anteriores incorporando el debate sobre el derecho de los consumidores, las libertades informáticas, el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, entre otros.

En definitiva, sumado a la aparición histórica de esta multiplicidad de objetos y sujetos en el ámbito de los derechos humanos, hoy también el modelo de Estado cambia su rol. El reclamo constante de los derechos económicos, sociales y culturales lo hace mutar. Se ve forzado a comprometerse con la protección del individuo contra lo otro y contra sí mismo. Y, en cuanto a la particularidad posmoderna de pretender ser protegido de los atropellos que los otros individuos nos propinan esgrimiendo la empuñadura de

[468] El joven Marx en La cuestión judía de 1844, afirma que ninguno de los derechos humanos trasciende al hombre egoísta, el hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir, el individuo replegado en sí mismo V. **AAVV**, *Anales Franco Alemanes*, Barcelona, Martínez Roca, 1970, pág. 244/5.

los derechos fundamentales, es preciso comprender su *efecto horizontal*. Los derechos humanos adquieren exigibilidad frente a terceros, organismos o individuos, sea en forma directa o por medio del Estado.

La expresión vigencia **horizontal** se utiliza para graficar la virtualidad de los efectos producidos por los derechos fundamentales entre particulares, en oposición al efecto **vertical,** en que sólo resultan oponibles a las acciones de entes públicos. El efecto horizontal puede ser a su vez *directo o inmediato; indirecto o mediato.* Esta distinción se establece según se reconozca a los derechos constitucionales el carácter de derechos subjetivos, también vinculantes para los privados; o bien sólo en un rango de directrices que se irradian a las relaciones privadas a través de los valores subyacentes.[469]

En el Derecho Privado, la aceptación del efecto horizontal de los derechos humanos no es menor, ya que viene a alterar la aplicación del principio de autonomía de la voluntad. De esta forma, se busca corregir las anomalías que la existencia de una parte vulnerable y una parte más fuerte puede producir en la relación jurídica. Así, es posible hablar de una suerte de constitucionalización del Derecho Privado, en tanto que la eficacia horizontal de

[469] V. **ALEXY, R.;** *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob.cit,.pág. 506 ; **CARBONELL, Miguel** (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pág. 121; *En lenguaje jurídico alemán (derecho en el que sin duda esta discusión ha alcanzado su mayor desarrollo) se utiliza la expresión Drittwirkung para referirse al efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. En lenguaje jurídico anglosajón, en adición al horizontal effect, se ha introducido la nomenclatura de privatisation of human rights*. (**JANA LINETZKY, Andés**; *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*); **RODRIGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique**; "Derechos fundamentales entre particulares: una introducción a su problemática protección constitucional e internacional" en *Revista del Centro de Documentación Judicial*, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, www.csj.gob.sv del 25/09/2008; **MARTINEZ ESTAY, José Ignacio**; "*Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos"* en *Revista Chilena de Derecho,* número especial, pág. 59-64, 1998; **MENDOZA ESCALANTE, Mijail**; "Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano" en *Pensamiento Constitucional*, N° 10, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

los derechos fundamentales irrumpe en la relación entre particulares, refocalizando sus perspectivas de análisis y aplicación[470].

Ahora bien, para ello la norma se encontrará con el desafío que implica captar esta nueva realidad compleja. Construirá un entramado de obligados, a fin de no eximir de responsabilidad a los sujetos implicados, buscando evitar el peligro de la ineficacia. Así sucede por ejemplo en el Derecho Ambiental. En la lucha contra la contaminación, cada repartidor tiene su responsabilidad: el Estado, las empresas, la comunidad, la escuela, la familia y el mismo individuo. Todos deben respetar las posibilidades de disfrute, y las condiciones de habitabilidad por parte de los otros individuos, e incluso, de las generaciones futuras. Se entiende que no hay resolución del problema ambiental de forma efectiva e integral sin la intervención de todos en una cadena de responsabilidad.

En la cuestión de la ancianidad, ocurre algo similar. Ante el problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo, el Derecho de la Ancianidad se va a encontrar con un verdadero complejo de relaciones jurídicas en donde intervienen diversos sujetos: el Estado, la sociedad, la familia y el propio individuo anciano.

En definitiva, en el Modelo Jusfundamental, los derechos obrarán como medios de protección no sólo contra el régimen, sino también, contra los otros, lo otro, e incluso, contra uno mismo. Ésto se impieza a percibir en nuestra región.

---

[470] *En cuanto a las relaciones jurídicas entre privados, en principio y desde un punto de vista teórico, dichas relaciones se dan en un plano de igualdad, por lo que no es necesario introducir elementos normativos que limiten o restrinjan la voluntad expresada por los particulares. En este sentido, desde la perspectiva tradicional del derecho, la regulación de estas relaciones se encuentra regida por el principio de autonomía de la voluntad, como principio rector. Sin embargo, como señala el profesor Ruperto Pinochet Olave, la realidad ha permitido constatar que normalmetne las relaciones jurídicas de derecho común también presentan una parte débil o vulnerable, que merece de especial protección, justamente, por parte de derecho.* V. **AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; CONTRERAS ROJAS, Cristian**; "El efecto horizontal de los

Si bien en nuestro país aún no se ha superado el nivel de proyecto, la situación normativa difiere de la de algunos países latinoamericanos. Hasta el presente, se han promulgado *Leyes específicas sobre la ancianidad* en Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, El Salvador, México, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Bolivariana de Venezuela, República Dominicana y Uruguay. Éstas, garantizan la protección de los derechos de las personas mayores, otorgando una responsabilidad fundamental al Estado, a la familia y, en menor medida, a las personas de edad avanzada[471].

Siguiendo con la tarea conjetural emprendida veremos como en el Derecho Argentino el *soft law* señala a un grupo de sujetos obligados que tienen respaldo normativo en el *hard law* aplicable. En esa complejidad de sujetos, a pesar de ser el obligado principal -en cuanto garante- el Estado, se va a ir perfilando el reclamo de los derechos fundamentales a los particulares procurando su efecto horizontal. Si bien es discutido el efecto directo en tanto exigibilidad, no hay lugar a dudas de la efectividad en su forma indirecta, en tanto irradiación de valores. Con esta trama subjetiva, a continuación interpelaremos a cada uno de los actores de esta danza, a fin de determinar su lugar en la relación jurídica.

En las recomendaciones del *soft law,* el **anciano**, en algunos casos, pareciera operar en carácter de obligado, con respecto al autocuidado y en el reparto a los otros, a la comunidad en general, sus pares y en especial a los más jóvenes. Mas es posible apreciar, el cambio de tono y Modelo Juspolítico, dulcificándose en este sentido la responsabilidad del anciano entre VIENA, MADRID y la ESTRATEGIA REGIONAL.

---

derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile" en *Ius et Prxis*, año/vol. 13, número 001, Universidad de Talca, Talca, Chile, ppág. 205-243.

471 V. **HUENCHUAN, Sandra; MORLACHETTI, Alejandro**; "Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina" en *Notas de Población* N° 85, CEPAL, 2007, pág. 165.

En VIENA, encontramos recomendaciones muy marcadas hacia la obligación de anciano, el primer obligado en cuanto al autocuidado y a la participación. Por ejemplo, en el punto 25 (l) *las personas de edad* ***deberán participar activamente*** *en la formulación y aplicación de las políticas, incluidas las que les afectan especialmente.* La recomendación 7 (a) insta al **cuidado de sí mismas.** Al referirse a los servicios de bienestar social, considera que deberán tener por objeto la creación, promoción y mantenimiento, durante el mayor tiempo posible, de las funciones activas y útiles de las personas de edad **en** la comunidad y **para** la comunidad[472].

En tanto que en MADRID, la promoción y facilitación de su participación es el eje en miras a lograr mayor contribución de las personas de edad en la comunidad. Por ejemplo, en la medida 67 (f) se busca promover la participación de las personas de edad en actividades cívicas y culturales como estrategia para luchar contra el aislamiento social y favorecer su habilitación. Señala las obligaciones de cada uno de los sujetos para lograr ese cometido, incluso referido al anciano, en estos términos: *la responsabilidad de las personas consiste en llevar un modo de vida saludable; la de los gobiernos, en crear un entorno favorable a la salud y al bienestar incluso en la vejez*[473]. Se crea, así, una conciencia de la importancia de la **autoayuda**[474], de las **tareas** que pueden desempeñar, y del **liderazgo** que pueden tener algunos ancianos[475]. Entre las ocupaciones de gran estima social, se encuentran el cuidado de enfermos y niños, en sustitución de sus padres en forma permanente o transitoria. Por lo que surge la necesidad de capacitarlos para la **prestación de cuidados** a enfermos, personas con discapacidad cognitiva, y niños -especialmente niños con enfermedades[476].

---

[472] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, Rec. 30.

[473] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 67 (f).

[474] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 77 (c) y Med. 90 (i).

[475] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 56(b).

[476] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 80, Med. 105 (f) , Med. 106.

Finalmente, cabe advertir que, en la ESTRATEGIA se habla en son de derechos y deberes, de la plena participación en el diseño de políticas para adultos mayores, en las organizaciones locales autogestionadas, en el aporte a sus familias, comunidades y sociedad en general, y en cuanto a la transmisión de la cultura como aporte a los más jóvenes[477].

Sea ello como fuere, esta perspectiva de incentivo, promoción y responsabilidad en la participación presente en el *soft law,* en Argentina, se torna exigible por medio de las disposiciones del *hard law*. Por ejemplo, el artículo 32 de la CONVENCIÓN AMERICANA[478] determina expresamente que ***Toda persona*** *tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad,* y no tan solo acciones facultativas.

Es así como en el Modelo Jusfundamental, el anciano -ahora considerado sujeto de derecho, y no mero objeto-, pasa a adquirir derechos, y consecuentemente, también **obligaciones** a su cargo. Por lo tanto, es posible, en principio, reclamar al anciano el cumplimiento de ciertas acciones para con los otros ciudadanos. Esto posibilitaría, por ejemplo, replantearse en este marco, la constitucionalidad de la norma del voto facultativo para todos los mayores de 70 años, sin mediar causales impeditivas, físicas o psquiátricas.

Pasemos ahora al tratamiento dado a otro actor de la trama social de la anciandad. El *soft law* hace referencia a la **familia** del anciano, más como

---

[477] **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003, Rec. 20(b), Rec. 20(e), Rec. 34(e), Rec. 45(e), Rec. 21(c) y (e).

[478] **CONVENCIÓN AMERICANA** CAPÍTULO V DEBERES DE LAS PERSONAS Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos 1.***Toda persona*** *tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2.Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*

célula social a ser protegida, que como obligada[479]. Reconoce y jerarquiza la labor esencial de los cuidadores informales.

Los instrumentos insisten con respecto a la necesidad de ayuda que está experimentando la familia. Por ejemplo, en la recomendación 26 de Viena se entiende que es necesario apuntalar la *voluntad y capacidad de las familias de seguir cuidando a los parientes de edad avanzada. En la planificación y prestación de servicios se deberá tener plenamente en cuenta las necesidades de quienes prestan tales cuidados*. Se debe pensar en *servicios sociales en apoyo de toda la familia cuando existan personas de edad en el hogar[480].* Se reconoce explícitamente el valor de la familia, la cual deberá mantenerse, fortalecerse y protegerse[481] destacando, en particular, la importancia de la participación de las personas de edad y de sus familias. Se percibe el riesgo de la exclusión, no sólo del anciano, sino de las familias con uno o varios miembros envejecidos.

En MADRID, también se busca brindar las *condiciones que permitan a las familias y comunidades proporcionar cuidados y protección a las personas a medida que envejecen[482]*, a fin de que la obligación familiar y comunitaria no se vuelva de cumplimiento imposible. Alertan sobre el fenómeno de esta *generación que se ocupa al mismo tiempo de sus padres, de sus propios hijos y de los nietos[483]*, por lo que insta a *reconocer y tomar en cuenta las obligaciones que tiene un número cada vez mayor de trabajadores de atender a las personas de edad de su familia,* a la hora de justificar faltas, asignar

[479] Tal es así que en el debate de los constituyentes un convencional argumenta la inserción de la familia en el art. 75 inc 23, a la par de las mujeres, niños, discapacitados y ancianos.

[480] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, Rec 29 y Pto 25(f).

[481] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, Rec 7 (b).

[482] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med.66(b).

[483] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 44(e).

vacaciones o imponer traslados en el ámbito laboral[484]. Por último, en la ESTRATEGIA REGIONAL, la recomendación es más escueta, pero sólo por condensar el trabajo previo. La Recomendación 45 (b) expresa que es preciso *Promover **incentivos** para apoyar a las **familias** que brindan cuidados a las personas mayores.*

Tanto a nivel constitucional, con su carácter genérico, como a nivel infraconstitucional, en el *hard law*, se mantiene esta dirección. En el artículo 17 inciso 1 de la CONVENCIÓN[485] y artículo 15 del PROTOCOLO se tiende a la protección de este *elemento natural y fundamental de la sociedad*[486]. A nivel interno, por ejemplo, los parientes están obligados mutuamente a brindarse alimentos en caso de necesitarlo por medio del artículo 367 del CÓDIGO CIVIL. Hay que tener presente que este último artículo atañe al anciano, tanto en carácter de beneficiario del alimento, como de gravado en la obligación de alimentar él a sus parientes. El criterio ronda en torno a la necesidad de uno y las posibilidades de otros, sin taxar unidireccionalmente la exigencia de ayuda.

Luego, en las recomendaciones reiteradamente se hace referencia a la **comunidad** como obligada a integrar y no discriminar a los ancianos. *Los gobiernos y, en particular, las autoridades locales, las organizaciones no gubernamentales, los voluntarios individualmente y las organizaciones de voluntarios, incluidas las asociaciones de personas de edad, **pueden** contribuir de manera especialmente importante a prestar apoyo y atención a las personas de edad avanzada de la familia y la comunidad[487].* Será de gran ayuda el

---

[484] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 28(i).

[485] **CONVENCIÓN AMERICANA** Artículo 17 ***Protección a la Familia*** *1.La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*

[486] **PROTOCOLO FACULTATIVO SAN SALVADOR** Artículo 15 ***Derecho a la Constitución y Protección de la Familia****. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.*

[487] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, Rec. 25(g).

señalamiento que se hace en MADRID de los actores sociales con potencialidad de dañar o beneficiar a los ancianos, lo cual lo veremos más detalladamente en breve. En tanto que en el artículo 17 (c) del PROTOCOLO, específico a la condición del anciano, sólo hace mención a las *organizaciones sociales* en cuanto entidades a ser fomentadas, esto es, como objeto de protección, sin encontrar referencias específicas en cuanto a sus obligaciones.

En los PLANES DE ACCIÓN también aparece el **mercado** como un repartidor de importancia. A nivel local, los **empresarios** y **consumidores** de bienes y servicios, entre ellos los gerontológico-geriátricos[488], encuentran regulación específica en el Derecho del Consumidor, amparado constitucionalmente desde la inclusión del artículo 42 en la CARTA MAGNA.

Por último, y en primer lugar, el **Estado.** En las recomendaciones se le exige que *fomente, permita, cree entornos, tenga en cuenta, adopte medidas concretas, ayude, elimine obstáculos[489], facilite, logre, establezca marcos normativos, garantice, elabore, promueva[490], aplique políticas, se esfuerce por asegurar y aliente medidas de acción que favorezcan la inclusión* del anciano en la sociedad. Todo lo cual coincide, en gran medida con las obligaciones contraidas en el *hard law*.

---

[488] **PLAN DE ACCIÓN DE VIENA**, 1982, Rec 18 *Los Gobiernos deberán: a) Garantizar que los alimentos, enseres domésticos, las instalaciones y los equipos cumplan normas de seguridad; 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 las advertencias y las instrucciones necesarias para su empleo; c) Pongan al alcance de las personas de edad fármacos, audífonos, prótesis dentales, anteojos y otras prótesis, para que puedan continuar una vida activa e independiente; d) Limiten la publicidad intensiva y otras técnicas de venta destinadas fundamentalmente a explotar los escasos recursos de las personas de edad. Los organismos gubernamentales deberán colaborar con las organizaciones no gubernamentales en programas de educación del consumidor. Se insta a las organizaciones internacionales interesadas a que promuevan una acción concertada de los Estados Miembros para proteger a los consumidores ancianos.*

[489] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Med. 74.

[490] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, Rec. 44 (a) Especialmente por medio de la educación pública.

La CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en el caso Velásquez Rodríguez[491], entiende que el Estado tiene la obligación de respetar, proteger y promover los derechos humanos. Los Estados Partes de la CONVENCIÓN deben abstenerse de interferir en el goce de los derechos consagrados en los instrumentos de derechos humanos. Deben impedir la violación de los derechos por parte de terceros[492], y deben tomar medidas concretas para que el ejercicio de los derechos no se torne ilusorio. Esta obligación supone el deber de organizar todo el aparato gubernamental de tal forma que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos[493]. Todo lo cual es conteste con lo dispuesto en el artículo 1 y ss de la CONVENCIÓN y el artículo 17 del PROTOCOLO. Por ejemplo, esta misma perspectiva es asumida por los constituyentes con respecto al Estado, en la temática específica del consumo en el artículo 42 CONSTITUCIÓN NACIONAL[494]. Allí sus obligaciones no se detienen en la protección sino que la promoción y el fomento también deben estar presentes.

Más adelante, se tomará a este formato multifactorial para trasladarlo al ámbito de la ancianidad por medio de la analogía de derecho -herramienta de elaboración jurídica- obteniendo una tentativa de producto normativo consistente en una cadena de obligados.

---

491 **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. Caso VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, sentencia del 29 de julio de 1988.

492 Por ejemplo, promover la protección del medio ambiente por parte de las empresas o impedir la discriminación en instituciones privadas, entre otras posibilidades.

493 V. **ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian**; *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado socialconstitucional*, Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006

494 **CONSTITUCIÓN NACIONAL** Artículo 42 *Las autoridades proveerán a la **protección** de esos derechos, a la **educación** para el consumo, a la **defensa** de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el **control** de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la **constitución de asociaciones** de consumidores y usuarios*.

En cuanto al **contenido** de las obligaciones, es posible señalar una gran mutación entre paradigmas y modelos. En primer lugar, guiados por el cambio paradigmático, se produjo el paso de criterios *sanitarios* (geriátricos) a *sociales,* y luego, de estos últimos a *socio-sanitarios* (gerontológicos). Es por ello que en todos los modelos juspolíticos posteriores al multigeneracionismo, se ha adoptado sin rupturas, este último. El objeto socio-sanitario presenta elementos complejos, captados con el término **calidad de vida**. Se procura, así, una vida que no se detenga en la vinculación con la salud, sino que busque el desarrollo integral de la persona anciana, con miras a su inclusión económica, política, social y cultural.

Esas pinceladas paradigmáticas fueron adquiriendo contornos cada vez más puntuales en los instrumentos internacionales del *soft law*. Es así como en los PRINCIPIOS DE LAS NACIONES UNIDAS (Modelo Líquido) se señalan *a la protección, el desarrollo potencial, la dignidad, la seguridad y la valoración*[495] como los objetos dignos de ser repartidos. Ya en el PLAN DE ACCIÓN DE MADRID estos elementos fueron tomando una forma más precisa en sus contornos y exigencias hasta arribar a los instrumentos desarrollados en especial para cada región[496]. Es así como en América Latina,

[495] Dispersos en sus cinco principios -independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad- se encuentran los objetos repartideros: necesidades primarias (alimentación, agua, vivienda, vestuario, salud), ingresos, educación, integración, asociación, cuidados, bienestar (físico, mental y emocional), autonomía., reinserción, entornos seguros, integración, permanencia domiciliaria, oportunidad de realizar actividades filantrópicas, rehabilitación, estímulo (social y mental), oportunidad de decidir, oportunidad cultural, espiritual y de recreación, trato digno.

[496] **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002. DESARROLLO. ***Participación activa****: reconocimiento de la contribución y participación en los procesos de decisiones,* ***Trabajo: oportunidad de empleo,*** *Migración: mejoramiento de las condiciones de vida en zonas rurales, alivio de la marginación, integración de los migrantes,* ***Educación: igualdad de oportunidades, empleo de la experiencia de los mayores,*** *Solidaridad intergeneracional: equidad y reciprocidad Erradicación de la pobreza,* ***Seguridad de los ingresos****: protección social, ingresos mínimos suficientes, Situaciones de emergencia: igualdad de acceso, participación en la reconstrucción. SALUD Y BIENESTAR. Fomento de la salud y bienestar: reducción de los factores acumulativos, prevención, acceso a nutrición adecuada,* ***Acceso a servicios de atención a la salud:*** *eliminación de desigualdades, fortalecimiento de la atención primaria, instituir un continuo de atención de la salud, participación en el desarrollo de los servicios de atención primaria., Sida: evaluación, información adecuada, reconocimiento de la contribución, Capacitación de profesionales de la salud: mejor información y atención de las necesidades, Salud mental: servicios amplios de atención, Discapacidad: mantenimiento de la*

por medio de un proceso de "decantación regional" se arriba a lo que se podría definir como un catálogo jurídico. Felizmente, en su constitución final el objeto del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos ha logrado tornarse asequible sin desatender a los elementos *objetivos* socioambientales y los *subjetivos* personales[497] propios del concepto de calidad de vida gerontológico, incluyendo valores materiales y postmateriales.

En la ESTRATEGIA REGIONAL, el contenido de los derechos se va delimitando hasta determinarse las necesidades consensuadas en tres grandes áreas. La **seguridad en los ingresos**, la **salud** (física y emocional), y la búsqueda de un **entorno favorable** (accesibilidad, educación y cultura) son los ejes en torno a los cuales giran los reclamos.

Más adelante veremos cómo este contenido ha tenido como fruto intelectual a los derechos de autonomía y participación, catálogo de mínima y máxima producido por el funcionamiento de las normas del Derecho de la Ancianidad.

4. La elaboración de los principios operativos

En las fuentes formales del Derecho de la Ancianidad no sólo existen indeterminaciones normativas, las cuales se completan o precisan por el juego del *hard law* con el *soft law*, sino que en las normas infraconstitucionales

---

*capacidad. ENTORNO PROPICIO Y FAVORABLE. **Vivienda: envejecimiento en la comunidad, promoción de la independencia, transporte accesible, Personas que prestan asistencia: servicios continuados de diversas fuentes, apoyo a los cuidadores, Violencia: eliminación, servicios de apoyo,** Imágenes: reconocimiento de las contribuciones.*

[497] *A nivel teórico, el concepto de calidad de vida debe incluir las especificidades propias de la vejez, tanto **fisiológicas** como **sociales**, y considerar las diferencias respecto a las anteriores etapas del ciclo de vida. A ello se suma la necesidad de identificar los elementos de naturaleza **objetiva** (redes de apoyo, servicios sociales, condiciones económicas, entorno, entre otros) y **subjetiva** (satisfacción, autopercepción) intervinientes".* V. **CELADE**, *Manual sobre indicadores de calidad de vida en la vejez*, Santiago de Chile, CELADE, 2006, pág. 15.

existen muchos casos de **carencias normativas**. Nos encontramos con carencias históricas y dikelógicas en las reglas referidas a la seguridad en los ingresos y a la ocupación (o retribución por la no ocupación en la legislación sobre jubilaciones y pensiones), a la salud física y emocional (en la legislación sobre obras sociales, empresas de servicio sanitarios prepagos, atención sanitaria pública, derecho de familia), y en cuanto a la participación en un entorno favorable (en la legislación sobre accesibilidad, educación y recreación).

En los casos de carencia histórica, la norma positiva es insuficiente, por olvido, por una circunstancia sobrevenida, o por la aparición de nuevos hechos científico- tecnológicos. En tanto que en las carencia dikelógica la norma positiva cede en la práctica cotidiana ante el reclamo de justicia con la consecuente inaplicación sociológica. Hay una norma vigente, que en la realidad jurídica no se aplica por resultar injusta. En ambos casos, el operador jurídico, procede a la elaboración normativa en miras a la aplicación[498].

Las **carencias históricas** en el caso de la ancianidad, no se han producido por olvido del legislador, sino que la norma resulta insuficiente por el desarrollo de la ciencia y la tecnología gerontológica que ha trastornado las adjudicaciones. Este cambio no ha podido ser tenido en cuenta por el legislador -decimonónico en algunos casos apareciendo lógicamente lagunas normativas a la hora de resolver los casos concretos.

También hablamos de **carencias dikelógicas** en el caso de la ancianidad. Ésta se presenta debido a la sucesión de paradigmas contrapuestos. Nos encontramos en un período de transición a nivel sociológico y dikelógico, y las normas escasamente han recepcionado estos cambios. En la práctica, lo inclusivo desplaza a lo excluyente, o al menos lo

[498] V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 288 y 386.

redimensiona, impidiendo que el carácter de exclusividad de la atención geriátrica no se vuelva en su contra generando solo exclusión.

En el funcionamiento del derecho fundamental, estas carencias se van a subsanar apelando a la autointegración, por medio de la analogía legal y de derecho, y a la heterointegración, a través de los principios valorativos. De esta forma se cuenta con algunos mandatos de optimización. Estos **principios operativos** del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos permitirán guiar al ordenamiento normativo de la ancianidad, generando certeza, dinamismo y eficacia. Gracias a este mecanismo es posible guiar la aplicación de las reglas infraconstitucionales ponderándolas con el peso de estos principios operativos.

En el artículo 17 del PROTOCOLO FACULTATIVO[499] se enuncia en forma general que *Toda persona tiene derecho a **protección especial** durante su ancianidad.* Si bien nos encontramos ante un esquema principalista que tiene en cuenta en forma especial a la condición anciana, aún es demasiado abierto para configurar sus elementos operativos. Por lo que nuevamente recurrimos al *soft law* que nos auxiliará en la construcción. En esta oportunidad, es a través de las directrices consensuadas en la ESTRATEGIA REGIONAL como se perfeccionará el mandato de optimización estatuido por el *hard law*, quedando como se detalla a continuación[500].

---

[499] **PROTOCOLO FACULTATIVO SAN SALVADOR**. Artículo 17 Protección de los Ancianos *Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a.proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada, a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b. ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c. estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.*

[500] V. los estudios realizados sobre la calidad de vida de las personas mayores con respecto al estado de salud, los niveles de autonomía personal y las posibilidades de accesibilidad al medio físico en **INSERSO;** *La tercera edad en España...,* ob. cit., pág. 111 y ss

Principio de autonomía económica. *Las personas mayores deben gozar de las condiciones de seguridad económica que permitan la satisfacción de las necesidades básicas de las personas mayores y su plena inclusión en la sociedad y en el desarrollo*[501].

Aquí quedan comprendidos los derechos del *hard law* relacionados al **trabajo** (artículo 6, 7 y 8 del PACTO[502]), y los referidos a la **seguridad social** (artículo 9 del PACTO[503]). Este mandato permitirá acoger las resoluciones de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL del TRABAJO sobre la materia. También receptará al artículo 17 (b) del PROTOCOLO, en cuanto a los programas específicos destinados a dar a conocer a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos.

Con este primer principio entre manos, es fácil darnos cuenta de las posibles colisiones intrasistemáticas en el Derecho Argentino. Los principios no operan en solitario, ni construyen en un territorio inexplorado. Existe una espesa enramada jurídica que en muchos casos no comparte la perspectiva de

---

501 **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003. Se establece como meta general: A. *Protección de los derechos humanos de las personas mayores y creación de las condiciones de seguridad económica, de participación social y de educación que promuevan la satisfacción de las necesidades básicas de las personas mayores y su plena inclusión en la sociedad y el desarrollo.*

502 **CONTENIDOS DE LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 6 DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES** Derechos relacionados con el trabajo (artículos 6, 7 y 8) *Los Estados Partes deben adoptar medidas que eviten la discriminación por razón de edad en el empleo y la profesión, garantizar condiciones seguras de trabajo hasta la jubilación, dar empleo a trabajadores de edad avanzada en circunstancias que permitan hacer un mejor uso de su experiencia y conocimientos y poner en marcha programas de jubilación reparatorios.*

503 **OBSERVACIÓN GENERAL N° 6** Derecho a la seguridad social (artículo 9) *Los Estados Partes deben establecer regímenes generales para un seguro de vejez obligatorio, establecer una edad de jubilación flexible, proporcionar subsidios de vejez no contributivos y otras ayudas a todas las personas que, alcanzada la edad establecida en la legislación nacional, no hayan finalizado el período de calificación del régimen contributivo y no tengan derecho a una pensión de vejez u otro tipo de prestación de seguridad social o ayuda y carezcan de ingresos de otra fuente.*

los nuevos principios elaborados a la luz del paradigma inclusivo de la vejez. Las ramas del Derecho Interno ya captan los derechos y obligaciones de los ancianos desde diversas ramas: el Derecho de la seguridad social, el Derecho administrativo, el Derecho de Familia, el Derecho del Consumidor, etc. Este principio se chocará contra normas infraconstitucionales -reglas y principios- que se oponen. Por lo que la ponderación se tendrá que hacer con sumo cuidado, a fin de no volver ilusorio el Derecho de la Ancianidad, ni desconocer la normativa vigente.

Mas el Derecho no es un bloque impermeable, por el contrario, siempre existen rendijas -carencias e indeterminaciones- con la consiguiente oportunidad de elaboración y, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad. Ahí operarán estos principios en primer lugar. También son valiosos elementos operativos a tener en cuenta a la hora de elaborar o reelaborar la normativa de alguna rama juridica. Así, su peso irá presionando estos cuerpos normativos; en algunos casos, logrará obtener resultados de cambio. Ya no se podrá desconocer estos mandatos, no estamos frente a un vacío normativo. Ahora existen normas fundamentales adscriptas que bregan por su cumplimiento en su máxima posibilidad fáctica y jurídica. Por lo que la carga argumentativa para denegar un derecho *prima facie* de los ancianos será mayor.

Con este principio, por ejemplo, el valor del voluntariado en la ancianidad se redimensiona. Tal vez se puedan cuestionar las prácticas excluyentes en las ocupaciones no remuneradas, e impugnar las reglas que limitan el ingreso a ciertas pasantías más allá de cierta edad.

Principio de autonomía socio-sanitaria. *Las personas mayores deben tener acceso a servicios de salud integrales y adecuados a sus necesidades, que garanticen una mejor calidad de vida en la vejez y la preservación de su funcionalidad y autonomía*[504].

Aquí quedan comprendidos los derechos del *hard law* a la **salud física y mental** (artículo 12 del PACTO[505]), y los referidos a la protección de la **familia** (artículo 10 del PACTO[506]). Este principio comprende, también, lo estipulado en el artículo 17 (a) del PROTOCOLO, en cuanto a las instalaciones adecuadas, a la alimentación y atención médica especializada. También por medio de este principio ingresan los preceptos de las resoluciones de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL de la SALUD y la ORGANIZACIÓN PANAMERICANA de la SALUD sobre la salud en la ancianidad. Por este canal se entenderá a la salud con amplitud, tanto en su faz de promoción, como de prevención y tratamiento.

Principio de participación. *Las personas mayores deben gozar de entornos físicos, sociales y culturales que potencien su desarrollo y favorezcan el ejercicio de derechos y deberes en la vejez*[507].

[504] **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003. Se define la siguiente meta general: B. *Las personas mayores deberían tener acceso a servicios de salud integrales y adecuados a sus necesidades, que garanticen una mejor calidad de vida en la vejez y la preservación de su funcionalidad y autonomía*.

[505] **OBSERVACIÓN GENERAL N° 6** Derecho a la salud física y mental (artículo 12) *Deben efectuarse intervenciones sanitarias dirigidas a mantener la salud en la vejez con una perspectiva del ciclo de vida*.

[506] **OBSERVACIÓN GENERAL N° 6** Protección a la familia (artículo 10) *Los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales tienen el deber de crear servicios sociales de apoyo de la familia cuando existan personas de edad en el hogar y aplicar medidas especiales destinadas a las familias de bajos ingresos que deseen mantener en el hogar a las personas de edad avanzada*.

[507] **ESTRATEGIA REGIONAL**, 2003. Se establece la siguiente meta general: C. *Las personas mayores gozarán de entornos físicos, sociales y culturales que potencien su desarrollo y favorezcan el ejercicio de derechos y deberes en la vejez.*

Aquí quedan comprendidos los derecho del *hard law* sobre el **nivel de vida adecuado** (artículo 11 del PACTO[508]) y el derecho **a la educación y a la cultura** (artículo 13 del PACTO[509]). Esto permitirá utilizar la reciente normativa sobre accesibilidad en general y todo lo tocante a la franja en que coincidan la ancianidad y la discapacidad[510].

Este formato de principios coincide con lo dispuesto por los PACTOS INTERNACIONALES y la CONVENCIÓN AMERICANA sobre Derechos Humanos -*hard law general.* Se procuran su **realización progresiva**, en su máxima posibilidad actual de acuerdo a los límites fácticos y normativos. Esto es, trabajan como empujando o jalonando, siempre exigiendo, reclamando su aplicación en su totalidad. No son instrumentos que se lleguen a conformar, piden ser cumplidos hasta los límites fácticos y jurídicos existentes. Este formato normativo, redimensionado por el Estado Constitucional de Derecho, no puede ser aplicado por medio de la vieja subsunción, sino que se valdrá de la **ponderación** como veremos a continuación.

---

[508] **OBSERVACIÓN GENERAL N° 6** Derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 11) *Las personas mayores deberían lograr satisfacer necesidades básicas de alimentación, ingresos, cuidados, entre otras, y lograr la autosuficiencia, y deben desarrollarse políticas que favorezcan la vida de estas personas en sus hogares por medio del mejoramiento y la adaptación de sus viviendas.*

[509] **OBSERVACIÓN GENERAL N° 6** Derecho a la educación y a la cultura (artículo 13) *Este derecho debe abordarse desde dos ángulos diferentes y a la vez complementarios: i) el derecho de la persona de edad a disfrutar de programas educativos y ii) el derecho de la persona de edad a poner sus conocimientos y experiencia a disposición de las generaciones más jóvenes.*

[510] **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD** Artículo 1 *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 participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*. V. también PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL (Naciones Unidas), las NORMAS UNIFORMES (Naciones Unidas), la CONVENCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (Naciones Unidas), la CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, la CONVENCIÓN DE MONTREAL SOBRE SALUD MENTAL.

5. La aplicación como ponderación de los principios

Desde las últimas décadas del siglo pasado, y en particular desde la promulgación de la nueva CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 1978, los teóricos del derecho y los operadores jurídicos en general, vienen haciendo constantes referencias a los conceptos de *ponderación*, *proporcionalidad* y *razonabilidad* como criterios que deben informar los procesos de creación y, muy especialmente, de aplicación del derecho. Sin perjuicio de las similitudes y diferencias reconocidas por la doctrina jurídica entre estos tres conceptos, lo cierto es que han venido dando respuestas satisfactorias en varios de los frentes abiertos por la evolución jurídica[511].

El juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad se presenta como el instrumento más adecuado para afrontar los problemas de interpretación-aplicación de los derechos fundamentales; y para resolver los límites a la afectación de tales derechos por el Estado o entre particulares[512]. Por otro lado, si se acepta junto a **ZAGREBELSKY**, que la constitución que demandan los Estados actuales representa *un modelo de producción normativa notablemente más complejo, donde todos los sujetos encuentran no un orden jerárquico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo*[513], se deberá concluir que el modelo tradicional de aplicación lógico-subjuntivo de las normas jurídicas ha devenido insuficiente para otorgar respuestas adecuadas a estos nuevos problemas. La ponderación representa un método de interpretación de

---

511 V. **BARBERO, Dariel Oscar;** "Reflexiones acerca de los principios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad en el caso español", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. Segunda Circunscripción, N° 2, 2009, p. 65. **CLÉRICO, Laura**; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

512 V. **GOMEZ ADANERO, M.; GÓMEZ GARCÍA, J. A. y otros**; *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica Jurídica*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2006, pág. 89 y ss.

513 V. **ZAGREBELSKY, G.**, *El derecho dúctil*..., ob. cit., pág. 53.

mayor complejidad que el anterior, pero a la vez más adecuado cuando se trata de resolver el conflicto entre razones o intereses en pugna igualmente valiosos[514].

En suma, la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Para establecer esa "mayor medida posible" en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Esto genera una colisión que se produce cuando en el caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima fa*cie dos normas incompatibles entre sí, y que son propuestas como soluciones[515].

La literatura jurídica especializada acepta en general, que este instrumento es de carácter relacional, en tanto enjuicia centralmente la proporción existente entre la finalidad ordenada por la norma y el medio estipulado por ésta para lograrlo. Podemos agregar que la ponderación se integra con tres sub-reglas: *adecuación[516], necesidad[517]* y *proporcionalidad en sentido estricto[518]*.

---

[514] V. **BARBERO, D. O.**; *Reflexiones acerca de los principios*..., ob.cit., pág. 69.

[515] V. **BERNAL PULIDO, Carlos**; "Estructura y límites de la ponderacion" en *Doxa*, N° 26, 2003.

[516] *Mediante la idoneidad se analiza la finalidad, el "prius" lógico. Para luego converger sobre la aptitud del medio estipulado por la norma para lograr aquella finalidad. Lo más destacable de la finalidad es que de ella no se exige que esté expresamente reconocida por la constitución, sino que basta con que sea constitucionalmente legítima.* Al hilo de las exigencias del principio democrático existe un espacio de discrecionalidad política reservado al parlamento, para quien distintas decisiones legislativas sobre una misma materia son prima facie legítimas, excepto cuando éstas transgredan manifiestamente los límites impuestos por la Constitución. En lo que respecta a los tribunales judiciales ordinarios y la Administración, dicha legitimidad se traduce

A pesar de su gran eficacia, la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreducible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones. Sin embargo, el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites no le enajena su valor metodológico. Al igual que ocurre con el silogismo: la falta de garantía que plantea con respecto a la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco le resta por completo su utilidad. Es así como entendemos que la ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites[519].

---

en la exigencia de cobertura legal que debe tener la finalidad.V. **BARBERO, D. O.**; *Reflexiones acerca de los principios*..., ob.cit., pág. 90.

[517]*La necesidad de la medida objeto de control implica, por su parte, que no puede existir una medida alternativa que sea menos gravosa y que tenga al menos la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. Al igual que el juicio de idoneidad, se concentra en la relación causal entre el medio y el fin, no obstante añade a ello la comparación entre diversas medidas alternativas y posibles. Consecuentemente, también es un instrumento de optimización de las posibilidades fácticas de los principios.* V. **BARBERO, D. O.**; *Reflexiones acerca de los principios...*ob. cit., pág. 93.

[518] *El tercer y último requisito del test de proporcionalidad, denominado "proporcionalidad en sentido estricto", condensa en cierto sentido los dos juicios anteriores. Mediante ella se obliga a ponderar la medida objeto de control y su finalidad. Pero como bien indica González Beilfuss, "a diferencia del requisito de necesidad, no se comparan las diversas medidas alternativas, sino únicamente la medida objeto de control y su finalidad. Pero a diferencia del requisito de idoneidad, la relación medio-fin no se analiza desde una perspectiva estrictamente causal, y por lo tanto, fáctica, sino desde un punto de vista jurídico: se trata de determinar si dicha medida es excesiva teniendo en cuenta la importancia de la finalidad perseguida con la misma". En síntesis, es un juicio dirigido a determinar el grado de equilibrio entre los costos y beneficios producidos por la medida y la finalidad estipulada.* V. **BARBERO, D. O.**; *Reflexiones acerca de los principios...*ob.cit., pág. 100.

[519] *Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones. La ponderación se rige por ciertas reglas que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso, conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.* V. **BERNAL PULIDO, C.**; "Estructura y límites ...", ob. cit., pág. 238.

Con estas limitaciones se construye un "orden débil" con los principios[520]. En un modelo de ponderación, lo debido *prima facie* es más que lo definitivamente debido. En el caso de la ancianidad, lo debido definitivamente en el caso concreto será el resultado de la ponderación de los principios del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos con las reglas y principios vigentes en el sistema argentino. Su gran aporte será el norte con el que ahora cuentan las reglas infraconstitucionales al ser ponderadas con el peso de los principios. Recordemos la importancia que encierra esta tarea para el sistema jusfundamental descripto por **ALEXY**: el resultado de la ponderación de reglas y principios ingresará al sistema asumiendo la jerarquía de normas de derechos fundamentales en su condición de adscriptas.

En conclusión, habiendo recorrido este camino conjetural, podemos contentarnos con lo producido. Por medio del funcionamiento normativo se consiguieron conceptualizaciones y materializaciones (personales y no personales)[521] que logran integrar la realidad con los valores. Por medio de las tareas estabilizadoras-adaptativas de la interpretación, la determinación y la

---

[520] Ahora bien, el método propuesto por Alexy para la superación de la colisión entre principios tiene como punto de partida un *"orden débil"* de los principios; esto es, una teoría que sea "menos" que un orden rígido o estricto, pero "algo más" que un mero catálogo de *topoi*. En efecto, si por un lado un "orden estricto" de principios es inadmisible en tanto no es posible cuantificar mediante una escala numérica de manera exacta el peso de cada principio o valor, y por medio de la cual se proveyera de una lista completa de todos los principios, y el detalle de todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos; en cambio sí es atinado a juicio de Alexy, construir un "orden débil" de los principios a partir de tres presupuestos: un sistema de condiciones de prioridad, un sistema de estructuras de ponderación, y un sistema de prioridades *prima facie.* V. **BARBERO, D. O.**; *Reflexiones acerca de los principios.*..ob.cit., pág. 80.

[521] *Las normas engendran un mundo de objetos. Entre ellos descuellan, sobre todo, objetos ideales y las materializaciones. (...) Las normas emplean, en efecto, gran número de conceptos, como, por ejemplo, lo de relación jurídica, sujetos del Derecho, objetos de derecho (...)Estos* ***conceptos*** *funcionan como categorías constitutivas de su captación, o sea, su empleo es necesario para comprender con exactitud la manera de ser y el funcionamiento del orden de repartos. No es, pues, por casualidad que los juristas, desde la fundación de la ciencia jurídica en Roma, siempre hayan acudido a este instrumental conceptista. Pero las normas dan lugar también a creaciones materiales (****materializaciones****) a cuyo efecto transforman entes reales en entes jurídicos.* Estas materializaciones son personales (por ejemplo, juez, abogado, funcionario, etc.) o reales (dinero, cheque, registros de la propiedad, etc.). V. **GOLDSCHMIDT, W**.; *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág.303.

elaboración del Derecho, quedó bozquejada la impronta de los elementos de la relación jurídica del derecho subjetivo fundamental a la calidad de vida de los ancianos.

C. La relación jurídica iusfundamental de calidad de vida como producto normativo

1. Los sujetos de la relación jurídica: clases

Sociológicamente, hay sobradas constancias de la heterogeneidad subyacente a la condición anciana, lejos está de ser un sujeto con necesidades uniformes. No todos los ancianos poseen la misma cuota de poder, de potencia o de impotencia, en el manejo de sus conflictos vitales o cotidianos. Valorativamente, la consideración homogénea de la ancianidad respecto a sus restricciones es tan injusta como plantear sólo una fórmula dicotómica entre autónomo y dependiente. Tan injusta es la equiparación igualitarista como la diferenciación arbitraria. Y normativamente, se ha superado el desequilibrio aparente en referencia a la vulnerabilidad genérica del inciso 23[522].

Recordemos que en capítulos anteriores hemos podido apreciar las múltiples formas en las cuales se puede llegar a afectar la esfera de libertad del sujeto. Pero a pesar de que la población anciana es sumamente

[522] V. **BONETE PERALES, Enrique**; *Ética de la dependencia. Bases morales, debates políticos e implicaciones médicas de la Ley de Dependencia*; Madrdi, Técnos, 2009; **TORRENTE GARI, Susana**; *Los problemas jurídicos de las situaciones de dependencia en casos de disparidad y minusvalía con causa en el trastorno mental grave. Propuestas hermenéuticas*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias y Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), 2005; **DE ASIS, Rafael y PALACIOS, Agustina**; *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Madrid, Dykinson, 2007; **VOISIN, Joëlle; "**Mantenimiento de las personas mayores dependientes en establecimientos" en AA.VV; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993; **GUILLEMARD, Anne Marie**, *Análisis Comparativo de las Políticas de vejez en Europa*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, INSERSO, 1992, pág. 115 y ss.

heterogénea en cuanto a sus necesidades específicas, es posible determinar subconjuntos de acuerdo a la presencia o ausencia de ciertas barreras u obstáculos. Se puede decir, pues, que existen distintos tipos de impedimientos que afectan en mayor o menor medida a la autonomía del individuo anciano. Por lo que, a fin de obtener un elemento operativo para el modelo jusfundamental, es preciso captar las diversas variables que pueden ser ocasión de afectación en un producto normativo operativo.

Tanto en las entrevistas realizadas en el marco de esta investigación y las experiencias en el campo, se ha apreciado una problemática constante entorno a la clasificación de los ancianos en la normativa vigente. Esta misma situación en el caso de las residencias, por ejemplo, ocasiona dificultades en el ingreso y la estadía de los ancianos en el lugar[523]. El condicionamiento que sufren los ancianos es un dato ineludible en el trato adecuado para con los mismos, por lo que todos los operadores arriesgan una clasificación[524]. Mas esta generalmente se detiene en lo sanitario físico-psíquiatrico, o incluye a lo social en forma confusa.

---

[523] Por ejemplo, a la hora de asignar camas en las residencias catalogadas para autoválidos, semi-dependientes o dependientes y el proceso de deterioro de los sujetos.

[524] Se encuentran diversas clasificaciones, por ejemplo, en el **CENSO 2002-2003** esta se efectúa según el grado de autovalimiento, cuantificando las actividades de la vida diaria que puedan realizar por sí mismos. (1) comer y beber, (2) lavarse y cuidar de su aspecto, (3) tareas domésticas, (4) compras, (5) salir, (6) viajar en transporte público, (7) cantidad de veces que sale de su casa, y de acuerdo al tipo de discapacidad: (1) visual, (2) del habla, (3) sólo motora, (4) sólo mental, (5) combinación de varias/"y otras"; **PROYECTO DE LEY 2007** de Registro Nacional de Instituciones Geriátricas, en su artículo 2 clasifica entre independiente, semidependiente, dependiente absoluto, en situación de riesgo o desamparo; el Proyecto de Ley 2007 de Institutos Residenciales en su artículo 3 clasifica entre autonomía psicofísica, invalidez, padecimientos mentales; **OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO**, *La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos. Recomendaciones del Defensor del Pueblo e informes de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología,* Madrid, Oficina del Defensor del Pueblo, 2000, se plantea una clasificación de las personas mayores en base a sus necesidades sanitarias: Personas mayores sanas, Personas Mayores enfermas, Ancianos de alto riesgo, Paciente geriátrico.

La clasificación de uso más extendido, entre **autoválidos**, **semidependientes** y **dependientes** tiene un origen económico-sanitario. Vincula la afectación de la salud del anciano con los requerimientos edilicios, de personal e instrumental con miras a la apropiada atención de la salud física y psíquiátrica. De acuerdo al Modelo Jusfundamental, esta clasificación no resulta adecuada para repartir con justicia un objeto tan complejo como es la calidad de vida. Es por eso que aparecerá como necesario adaptar aquella clasificación con los aportes de la evolución del concepto de calidad de vida a fin de hacerlo más operativo para el sistema jusfundamental.

Teniendo presente a los principios operativos, consideremos los impedimentos que puede llegar a sufrir la persona anciana. En primer lugar, no es posible obviar el dato económico general del sujeto, más allá de su relación con la atención médica. El nivel de vida al cual puede llegar a acceder el individuo condicionará a los otros factores. Es por eso que en el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, es preciso determinar, *ab initio*, su grado de **autonomía económica**. Esto permitirá deslindar los casos de dependencia por pobreza de los otros factores limitantes. En segundo lugar, es importante contemplar el **grado de inclusión socio-cultural** con el que cuenta el anciano. Este dato hace referencia a las posibilidades de participación que efectivamente tiene en las redes sociales formales. Por esta vía es posible determinar una dependencia por marginación.

Aunque pareciera no haber diferencia entre la primera y la segunda variable, la dependencia por pobreza y por marginación no siempre coinciden. Tomemos el caso, por ejemplo, de un anciano con un magro ingreso que no le permita ser autónomo en lo económico, pero que reciba el bolsón de alimentos en el Centro de Jubilados en el cual participa, tenga la atención socio-sanitaria del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJyP - PAMI) y concurra a los talleres de formación e información brindados por alguna repartición pública u ONG. En este caso, su dependencia se limitará a lo económico, sin sufrir una marginación socio-

cultural. Mientras que se plantea un caso opuesto cuando un anciano que cuenta con ingresos suficientes para autorregularse en lo económico se ve excluido socio-culturalmente por vivir en un barrio o ciudad sin posibilidades de acceso a los servicios socio-sanitarios.

Estos parámetros son determinantes y de uso cotidiano en la evaluación que se hace en los casos resueltos por diversos organismos. Por ejemplo, el factor económico y sociocultural es utilizado en la asignación de camas en el Hospital Geriátrico Provincial de Rosario[525], y en la asistencia del Programa de Asistencia e Intervención Directa (PAID - Municipalidad de Rosario)[526]. Se tiene en cuenta no sólo el grado de dependencia sanitaria, sino también la económica y socio-cultural. El monto de sus ingresos y la posibilidad de ser derivado a otro organismo que lo incluya en sus servicios, es relevante. En esas reparticiones, en primer lugar se constata la inexistencia de ayuda familiar o comunitaria. Para procede a su atención se aseguran que efectivamente no tengan a nadie a quien recurrir o que sus familiares no puedan hacerse cargo de ninguna manera. Y confirman el haber agotado todas las posibilidad de ser derivado a residencias financiadas por otras reparticiones o instituciones privadas, por ejemplo, residencias del PAMI[527].

---

[525] Dato obtenido de las entrevistas realizadas por miembros del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad (Facultad de Derecho - UNR) en el marco del Proyecto Básico de Investigación y Extensión universitaria denominado: **Derecho de la Ancianidad en las Instituciones Geriátricas. Perspectiva interdisciplinaria**, aprobado por resoluciones del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario Nº: 288/2001 y 297/2002, cuyo trabajo de campo fue realizado en el lapso comprendido entre setiembre de 1997 a abril de 2001, en las instalaciones de un Geriátrico de Rosario.

[526] Dato obtenido en las entrevistas realizadas por miembros del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad (Facultad de Derecho - UNR) en el marco del trabajo práctico de la materia optativa Derecho de la Ancianidad en el 2008.

[527] **PAMI** - **RESOLUCIÓN 559-I/2001** Registro de Prestadores del Servicio de Geriatría del Instituto - Anexo A Reglamento del Registro de Prestadores del servicio de Geriatría del Instituto - Anexo 4 NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA INTERNACIÓN GERIÁTRICA. CIRCUITO ADMINISTRATIVO PARA OTORGAMIENTO DE VACANTE Y CONDICIONES GENERALES DE INTERNACIÓN ...*personas que por situaciones de salud (discapacidad física y/o psíquica por patología crónica progresiva o secuelar), requieren una atención integral que su medio no puede brindarles por problemas del grupo familiar (ya sean de orden económico, habitacional, salud física o mental, desintegración o grave conflictiva en el grupo, que pone en situación de riesgo tanto al afiliado como al resto de los integrantes), o sin grupo familiar y con carencia habitacional y/o económica. (...)...a los beneficiaros cuya situación sanitaria y*

También el PAMI, entre los requisitos para autorizar una internación geriátrica, además de contemplar la afectación de la salud, determina la capacidad para hacer frente con el precio de la prestación por parte del afiliado. Este servicio no es brindado en forma indiscriminada, sino que tan sólo es para aquellos afiliados que, además de presentar un alto grado de dependencia psico-física, no puedan pagárselo con sus propios ingresos[528] y que no cuenten con ninguna red social de apoyo. Éstos criterios se emplean en forma empírica y casuística con los riesgos de injusticias que ello conlleva. Por lo que entendemos que una clasificación de ancianos adecuada a las exigencias jusfundamentales no puede desconocer las dependencias económicas ni las socio-culturales.

No nos extenderemos en lo referente la **autonomía sanitaria**, ya que ha sido la dependencia más ampliamente estudiada desde los albores de la Bioética, pero creemos necesario efectuar una aclaración de gran importancia a nivel jurídico. En miras al abordaje operativo del problema, el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos precisa diferenciar entre el tipo de afección (físicas, psicológicas y psíquiátricas), su carácter (permanente o transitorio) y las posibilidades de rehabilitación que plantea cada caso. En la normativa local esto se plantea en forma muy confusa, y en muchos casos, inclusive se llega a excluir al factor psicológico[529].

Si bien es de gran utilidad recurrir a los conceptos barajados en los instrumentos sobre discapacidad para comprender la importancia de una clasificación de los titulares del derecho, la gradación de la dependencia en un

---

sociofamiliar no permita afrontar la contingencia y cuando la misma no pueda ser resuelta con orientación y tratamiento del equipo intedisciplinario y/o por otras prestaciones vigentes.

[528] **PAMI** - **RESOLUCIÓN 559-I/2001** Registro de Prestadores del Servicio de Geriatría del Instituto - Anexo A Reglamento del Registro de Prestadores del servicio de Geriatría del Instituto - Anexo 4 NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA INTERNACIÓN GERIÁTRICA. CIRCUITO ADMINISTRATIVO PARA OTORGAMIENTO DE VACANTE Y CONDICIONES GENERALES DE INTERNACIÓN.

[529] **ORDENANZA N° 6287/1996 - MUNICIPALIDAD DE ROSARIO.** Artículo 4.

Modelo Jusfundamental de la vejez, insistimos, no puede quedarse en las barreras sanitarias. Necesitará tener en cuenta a todos los riesgos más probables con que puede toparse un anciano[530].

En fin, captando las necesidades expuestas, jurídicamente se trabajará con los conceptos de **anciano aútonomo**[531] y **anciano dependiente** (parcial o totalmente). Reiteramos que estos no coinciden en forma exacta con los económico-sanitarios de autoválido, semi-dependientes y dependientes. Los conceptos construidos, se centran, en la mayor o menor dificultad, o ausencia de dificultades, en el desarrollo de su autonomía y en las posibilidades de participación del anciano en la comunidad. *Autónomo,* será el anciano que se autorregula, aquel que sólo sufre las limitaciones generales propias de la ancianidad, de origen biológico o cultural.

Mientras que el *dependiente* será aquel que requiera la intervención de un tercero en su esfera de libertad debido a sus limitaciones especiales, en forma transitoria o permanente. De esta forma es claro que las posibilidades del ejercicio de los derechos de la ancianidad serán muy distintos en tanto existan o no obstáculos económicos (pobreza), sociales (marginación),

---

530 Pobreza, marginación, invisibilización, discriminación y fragilización. V. **HUENCHUAN, S.; MORLACHETTI, A.**; "Derechos sociales y envejecimiento..., ob. cit., pág. 154.

531 Prefiero referirme a autonomía, y no utilizar el concepto económico-sanitario de autovalidez, ya que este nos conduce al de invalidez y discapacidad, y el concepto planteado en el sistema operativo del modelo jusfundamental comprende además de la variable salud física-psíquica al dato psicológico, económico y socio-cultural. Además de englobar un sentido riquísimo con respecto a a las teorías de la justica, teorías políticas y éticas, especialmente en la Bioética principalista. Por ejemplo, Victoria Camps entiende que *la autonomía no es tanto el punto de partida cuanto el de llegada y, en ese sentido, la toma en consideración de las necesidades es una de las condiciones a tener en cuenta en la realización de dicha autonomía.* En Walzer se es autónomo en su comunidad, un agente libre y responsable, un miembro que participa. La autonomía moral participa de una cierta heteronomía que encuentra su origen en ese vínculo personal V. **AÑÓN ROIG, M. J**.; *Necesidades y derechos...* ob.cit., pág. 257. Y para Hooft el ente autónomo es un individuo capaz de deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que estas produzcan claro perjuicio a otros. La autonomía es la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coacción externa. V. **HOOFT, P. F.**; *Bioética y Derechos Humanos...,* ob. cit., pág.7.

emocionales (patologías psicológicas), físicos (discapacidad físicas) o psiquiátricos (discapacidad mental).

En síntesis, existen diversas causas de exclusión, barreras a tener en cuenta a fin de determinar con justicia la asignación de la ayuda y la modalidad de la intervención. En tanto que no todas las barreras son comprendidas por la clásica diferenciación receptada en la práctica y en la normativa (autoválidos, semidependientes y dependientes) nos vemos impelidos a elaborar nuevas categorías clasificatorias. Aunque indudablemente eficaz en el ámbito económico-sanitario, para un derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos resulta una categoría ineficaz.

2. Los derechos de autonomía y los derechos de participación

Como hemos visto en los capítulos anteriores, la cuestión de la vejez históricamente ha comenzado por el reclamo entorno al bien "salud geriátrica", extendiéndose luego a otros de corte gerontológico multidisciplinar. Es así como se empezó a exigir el acceso al goce de una mayor proporción de bienes, que permitieran la participación política, económica y cultural del sujeto anciano. Así pues, el concepto de calidad de vida gerontológico se muestra **complejo**; el contenido del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos comprende elementos muy variados.

A los derechos de la ancianidad, generalmente, se los asocia a los derechos económicos, sociales y culturales, pero en la calidad de vida están presentes todas las generaciones de derechos humanos. En el Derecho español, por ejemplo, los derechos de la ancianidad están insertos constitucionalmente en el artículo 50[532], ubicándose en el grupo de los

[532] **CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA** Artículo 50 *Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones*

llamados derechos económicos, sociales y culturales[533]. Esto trae aparejado una serie de implicancias jurídicas. Estamos hablando de un grupo de derechos fundamentales, históricamente frescos, y un espacio jurídico problemático[534] que aún no ha sido suficientemente precisado. No es claro si son derechos fundamentales directamente operativos o si tan solo son derechos disminuidos, principios programáticos o principios de organización[535]. En el Derecho Argentino, no ocurre lo mismo.

En referencia a la ancianidad, contamos con una normativa muy abierta. Esta apertura, si bien dificulta su exigibilidad, da mayor espacio para la creación jurídica. La norma constitucional del artículo 75 incisos 23 reenvía a los derechos y garantías generales contenidos en la misma Constitución, y al extenso inventario de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos incluidos en la última reforma. Como hemos tenido la oportunidad de

---

familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos d salud, vivienda, cultura y ocio.

533 V. **DABOVE CARAMUTO**, M. I.; *Los derechos...*ob. cit., pág. 320; **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos*..., ob. cit., pág. 482**; PISARELLO, Gerardo;** *Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático* en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", Nº 92, mayo – agosto 1998, pág. 439 a 456

534 Enumera algunas de las características que generalmente se adjudican a los derechos sociales: *a) su función de ampliación, complemento y superación de los derechos proclamados en la etapa liberal clásica; b) el notalbe retraso en su incorporación explícita y formal a los textos constitucionales; c) la necesidad de una intervención activa de la organización estatal para cubrir las necesidades que intentan satisfacer. Comparten: su carácter de derechos prestacionales - de crédito, no activos-. Es decir que, en principio, requieren acciones o deberes de contenido positivo por parte de los poderes públicos o de los sujetos implicados. Y no, su abstención. e) La consideración que hacen del ser humano en su específica situación social. Atendiendo especialmente la fragilidad de su condición. Como sucede en el caso de los llamados derechos sectoriales: de los trabajadores asalariados, de los enfermos, de los niños, de las mujeres, de los discapacitados, de los refugiados, de las minorías o de los ancianos. Comparten: su configuración como derechos de igualdad. (...)También comparte, g) la necesidad de un previo entramado de normas de organización, carentes de sanción. Normas que por ora parte, generan una multiplicidad de obligaciones jurídicas de distintos sujetos, cuyo cumplimiento conjunto es necesario para la plena satisfacción del derecho. Y, h) la prevalencia de la dimensión objetiva sobre la subjetiva. En el sentido de que, los derechos sociales surgen como despliegues o exigencias objetivas de la idea de Estado social, que sólo más tarde y costosamente serán articulados en forma de derechos subjetivos.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.**; *Los derechos...*ob.cit., pág. 320 y ss.

535 V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**. ; *Los derechos de los ancianos...*,ob.cit., pág. 316.

apreciarlo en el recorrido funcional de las normas, este aparece como un terreno propicio para la elaboración jurídica.

En la jurisprudencia local no ha habido gran producción hasta el momento en referencia a la ancianidad. Esta circunstancia no nos permite extraer por decantación sus elementos basales. En cuanto a la fuente material, las instituciones -públicas y privadas- relacionadas con a los ancianos se fundan en argumentos que si bien contemplan a las recomendaciones internacionales, las resoluciones de la Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, los organismos especializados en Gerontología y los Planes de Acción de Viena y Madrid, lo hacen aún en forma difusa y asistemática.

Mientras que en referencia a la producción doctrinal, encontramos que en *Derecho de la Ancianidad* los autores receptan las exigencias valorativas y necesidades básicas de los ancianos enumeradas en los instrumentos precitados, brindándoles un orden sistemático y tratamiento integral. En procura de la satisfacción del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, se estructuró una **clasificación de los derechos de los ancianos** que involucra formatos de las diversas generaciones. Si bien se incluye a los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de la ancianidad no desconocen ni niegan a los derechos individuales, sino que vienen a constituirse como un intento de superación[536].

A fin de dar un orden lógico a los medios de protección de la persona anciana, **DABOVE** se valió de una clasificación de los derechos fundamentales tomada de **Luis PRIETO SANCHÍS**[537], otorgándole un caris particular. El profesor español, los agrupa teniendo en cuenta el modo de

[536] V. **DABOVE CARAMUTO, M.I.;** *Los derechos de los ancianos...*ob.cit., pág. 326.

[537] V. **PRIETO SANCHÍS, Luis**; en *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 121 y ss.

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*.

Los ***DERECHOS DE AUTONOMÍA*** *de la ancianidad* están constituídos por el derecho a la **vida**, a la **integridad física**, a la **salud**[538], a la **protección de la familia** y a la **seguridad en el ingreso**, los cuales se vinculan con los principios de autonomía económica y socio-cultural. Los ***DERECHOS DE PARTICIPACIÓN*** *de la ancianidad* están conformados por los derechos que garantizan la participación del individuo anciano en la sociedad, lo cual les facilita el desarrollo de su vida-hacer, efectivizando el paradigma inclusivo desde el punto de vista político y social. Los derechos de participación son los instrumentos jurídicos que buscan superar las restricciones generales que sufre la ancianidad, valiéndose del derecho a la **asociación**, a la **ocupación**, a la **educación** y a la **recreación**[539].

Cabe aclarar que siguiendo una estructura alexyana, y con el fin de resaltar la diferencia de la modalidad de ejercicio, los *derechos prestacionales o de crédito* serán tratados en el punto siguiente de esta tesis, en complementación con los *derechos de defensa*[540].

---

538 Al respecto se puede ver **CLÉRICO, Laura**; "Sobre el argumento de eficacia (en y) de las sentencias de tribunales superiores en reclamos sobre el derecho a la salud. El caso de la Corte Suprema (argentina)" en *Workshop sobre Argumentación en el proceso de producción y aplicación del derecho: su relación con la eficacia normativa*, Oñati, 2008; **SCIOSCIOLI, Sebastián**; Las razones del derecho a la salud: algunas notas sobre la justificación jurídica y ética de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de atención sanitaria básica en Argentina en *Workshop sobre Argumentación en el proceso de producción y aplicación del derecho: su relación con la eficacia normativa*, Oñati, 2008.

539 V. **IACUB, Ricardo**; "La vejez en la universidad. Una experiencia académica de diez años de duración" en *El Envejecimiento* ed. L. Salvarezza, Buenos Aires, Eudeba, 2001. **CACHIONI, Meire; AGUILAR, Luis Enrique;** "O envolvimento da universidade em relacao ao tema velhice: a palabra de coordenadores de programas" en *Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento*, Vol. I, Porto Alegre, 1999, pág. 237 y ss.

540 Ver **CUADRO N° 7** Derechos de Autonomía - Derechos de Participación

Ahora bien, es importante preguntarse por el funcionamiento de estas categorías en un Estado Constitucional de Derecho. Es posible pensarlas como derechos sociales mínimos en el marco de una Teoría mínima de justicia social, como la planteada por **Martha C. NUSSBAUM**[541]. Desde un enfoque de las capacidades[542], sostiene que los recursos son un índice inadecuado del bienestar, puesto que los seres humanos poseen diversas necesidades, y también diversas capacidades de convertir los recursos desde su funcionalidad.

Partiendo de esta idea básica, la autora pretende justificar una lista de diez capacidades como requisitos básicos para una vida digna: *(1) vida, (2) salud física, (3) integridad física, (4) sentidos, imaginación y pensamiento (educación), (5) emociones (relaciones afectivas y asociación humana), (6) razón práctica (libertad de conciencia), (7) afiliación (libertad de expresión y de asociación política y disposiciones contrarias a la discriminación), (8) relación con otras especies (mundo natural), (9) juego (recreación), (10) control sobre el propio entorno (político y material)[543].* Aunque es posible pensar que a nivel práctico es necesario fijar prioridades temporales, se entiende que las capacidades se refuerzan mutuamente y que todas tienen una **importancia básica.** Estos constituyen derechos mínimos, que conforman el umbral de una vida digna[544].

Cuando hablamos de los derechos de la ancianidad -derechos de autonomía y derechos de participación- como un **catálogo de mínima** queremos decir que para que haya efectivamente calidad de vida, cada uno de estos elementos requerirán ser satisfechos, aunque sea en forma

---

[541] V. **NUSSBAUM, M. C**.; *Las fronteras de la justicia...,* ob. cit. pág. 87

[542] La capacidad humana es *aquello que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser.* V. **NUSSBAUM, M. C**.; *Las fronteras de la justicia*..., ob. cit. pág. 83.

[543] V. **NUSSBAUM, M. C**.; *Las fronteras de la justicia*..., ob. cit. pág. 88.

[544] *La idea básica es que en relación con cada una de estas capacidades podemos sostener, al imaginar lo que sería una vida desprovista de ella, que no sería una vida acorde con la dignidad humana.* V. **NUSSBAUM, M. C**.; *Las fronteras de la justicia...,* ob. cit. pág. *89.*

incipiente. Se plantean como una base mínima en un marco de exigencias máximas. En definitiva, no existirá calidad de vida hasta tanto, al menos estos elementos tengan principio de cumplimiento.

Ahora bien, aunque son un catálogo de derechos de **mínima**, también funcionan como exigencias de **máxima**. El contenido de estos derechos, volcados en el molde de los principios, se comporta como un catálogo de mínima y de máxima a la vez. Son de máxima como derechos *prima facie*, y de mínima como derechos definitivos[545]. Como derechos *prima facie* buscan la realización del individuo en persona en sus máximas posibilidades; y en forma definitiva pone un coto que impide no caer por debajo de un mínimo en tanto posibilidades reales de acceso.

Especialmente importante es la relación que existe entre un contenido mínimo y otro máximo. Un programa minimalista apunta a asegurarle al individuo el dominio de un espacio vital, un *status* social mínimo, es decir, aquello que fue llamado derechos mínimos y derechos sociales pequeños. En cambio, estamos frente a un contenido maximalista cuando se habla de una realización plena de los derechos fundamentales, por ejemplo, cuando el derecho a la educación no solo es planteado como acceso sino que en tanto que derecho a la emancipación cultural-intelectual de la individualidad, a la autonomía y a la madurez político-social[546].

Esta gradación es posible apelando al instrumento de la ponderación de los principios operativos. Mandan la optimización de la autonomía económica, socio-sanitaria y la participación, teniendo un piso de mínima de los tres ámbitos en una medida suficiente y no excesiva. Por lo que, al momento de la aplicación, se invierte la carga de la argumentación.El anciano no necesitará probar sus necesidades, sino que será la reclamada la que tendrá la mayor

[545] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 499.

[546] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 485.

carga de argumentación sobre la satisfacción en carácter de suficiente con respecto al contenido de los principios.

En definitiva, hasta aquí hemos podido bosquejar los elementos de la relación jurídica, pero como afirma **ALEXY**, llegados a cierto punto, ya no es posible decir nada más en un nivel abstracto, todo lo demás depende del tipo del respectivo derecho que esté en juego. Una protección jurídica efectiva, es un elemento esencial del derecho fundamental mismo, en tanto que a todo derecho fundamental material le están adscriptos **derechos procedimentales**[547]. Por lo que, posteriormente nos aproximaremos a desentrañar como las necesidades y exigencias del derechos fundamental a la calidad de vida de los ancianos es captado normativamente por las modalidades de su ejercicio.

2. Las obligaciones en torno a la calidad de vida: una cadena de responsabilidades

En los casos del Derecho de la Ancianidad a fin de que efectivamente se llegue a repartir calidad de vida es preciso que se conjuguen en un mismo acto varios sujetos. La ancianidad en nuestros días ha devenido una barrera extremadamente difícil de superar en solitario. Es así como, según las razones materiales, normativas y valorativas, se requiere conformar una **cadena de obligados** cimentada sobre las bases de la red social existente. Esta apelará al efecto horizontal de los derechos fundamentales a fin de hacerse efectiva. Este encadenamiento se va a ir articulando al son de la ponderación a efectuar en cada caso concreto.

---

[547] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., págs. 460 y ss.

La secuencia comienza por el propio **anciano**, quien tiene una función insustituible, sobre todo en cuanto al ejercicio de los derechos de participación. Se podría decir que es peculiar la postura adoptada por el Modelo Jusfundamental en referencia a la ubicación del propio anciano en el primer lugar de la cadena de obligados, pero las razones que lo respaldan se asocian al cambio paradigmático de base. La inclusión -económica, social, política, cultural y jurídica- reclama a los terceros la creación de ámbitos propicios para su desarrollo, pero es claro que no habrá inclusión efectiva sin la participación del propio incluido.

En el segundo lugar, se halla la **familia** del anciano. Este Modelo no puede desconocer las dificultades, y en algunos caso las penurias, que atraviesan a esta célula social en la actualidad. Los Modelos Totalitarios y Abstencionistas, previos al multigeneracionismo, descansaban sobre las posibilidades del entorno próximo. Pero la multiplicación de las generaciones en una misma familia, el cambio de la función de las mujeres en la distribución de tareas[548], y el achicamiento de las viviendas familiares, produjeron un debilitamiento en la posibilidad de respuesta de este eslabón. Es así como, en este modelo la familia es a la vez sujeto activo y pasivo de ayuda. Se le exigirá de acuerdo a las posibilidades reales de auxiliar a sus miembros mayores. Se evaluará muy especialmente el aporte afectivo. Dado su carácter dificilmente sustituible el límite mínimo rondará en las justificaciones suficiente en los casos de pretender desentenderse de esta obligación. En el caso concreto de encontrarse sus miembros con restricciones económicas, socioculturales, físicas, psiquiátricas o psicológicas, se deberá procurar la ayuda de las instituciones de la **sociedad civil** -redes sociales- o del **mercado**[549].

---

[548] Otrora cuidadoras de ancianos, niños y enfermos por excelencia, ahora, aún mayores, reparten su tiempo entre el trabajo fuera y dentro del hogar.

[549] V. **GROSMAN, Cecilia; MARTINEZE ALCORTA, Irene;** "La responsabilidad alimentaria en la familia ensamblada" en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Mendoza (Argentina), 1998, pags. 220-223; **AAVV**; "*La familia en el nuevo Derecho. Libro Homenaje a Cecilia Grosman*", Buenos Aires, Rubinzal

El **Estado** se presenta como el último garante de todas las restricciones. Debido a esta ubicación y rol, sus funciones consistirán en la *difusión* preventiva, el *incentivo* de ciertas actividades entre los individuos y los inversores, y la creación de áreas *subsidiadas*. Por último, se procurará la *prestación directa* del servicio requerido hasta tanto se cree una oferta suficiente en el mercado y la posibilidad de acceso por los potenciales usuarios[550].

Siguiendo esta dinámica, en una tarea de aplicación, es importante identificar en qué eslabón de la cadena se encuentra la dificultad en el ejercicio de los derechos de la ancianidad. Detectar el tipo y grado de limitación sufrida es fundamental, a fin de fijar el grado de responsabilidad de cada uno de los obligados y determinar si son pertinentes las repeticiones.

Culzoni, 2009; **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída** (coord.); *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Tomo I, II y III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000; **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.** (coord.); Nuevos perfiles del derecho de familia, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006. **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.); HERRERA, Marisa** (coord.); *La familia en el nuevo derecho*, Tomo I y II, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009; **IACUB, Ricardo**; "Familia y Vejez: la abuelidad" en Tiempo - Portal de la Psicogerontología, N ° 8- Agosto- 2001; **MONTES DE OCA, Verónica; HEBRERO Mirna**; "Dinámica familiar, envejecimiento y deterioro funcional en México" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 143 y ss.

[550] Por ejemplo, ello ha ocurrido en la ciudad de Rosario con la iniciativa pública desde la Escuela Municipal de Gerontología en el caso de los talleres de computación, que con posterioridad gracias al éxito que tuvieron, han surgido ofertas en el mismo sentido en la órbita privada.

D. Las modalidades de ejercicio en el ordenamiento normativo

1. El ejercicio de los derechos en el Modelo Jusfundamental de la vejez

Una vez determinados los contornos normativos del derechos subjetivo fundamental a la calidad de vida de los ancianos, ahora nos ocuparemos de un elemento clave: las **modalidades de su ejercicio.** Éstas necesitarán captar vincularmente la complejidad del titular, los obligados y su contenido, enlazando el *qué* con el *quién*, el *cómo* y el *por qué* de un reclamo válido.

Desde la Filosofía del Derecho, **Norberto BOBBIO**, se pregunta por los medios empleados y empleables para la protección de los derechos humanos[551]. En el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos de 1948, se lee que es *esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión*[552]. Y al preguntarse sobre las posibilidades de protección de un régimen, avanza en el tratamiento del tema vinculando el fin con el medio preocupado por la dificultad en la efectivización del medio[553].

---

[551] Considera que es necesario saber *cuáles son las posibles formas de control social y, en base a esa tipología, establecer cuáles son las actualmente empleadas y empleables por la comunidad internacional, distinguiendo, por tanto, entre formas más eficaces y formas menos eficaces respecto al fin, que es impedir o reducir al mínimo los comportamientos desviados, preguntándonos cuál es, respecto a la tutela de los derechos humanos, el grado de eficacia de las medidas actualmente aplicadas o aplicables en el plano internacional.* V. **BOBBIO, N.**; *El tiempo de los derechos, ob. cit.,* pág. 69.

[552] *Idem*

[553] *Esta proposición se limita a establecer un nexo necesario entre un determinado medio y un determinado fin o, si se quiere, presenta una elección entre dos alternativas: o la protección jurídica o la rebelión. Pero ella misma no da el medio. Indica cuál de las dos alternativas escoge, pero no está todavía en condiciones de realizarla. Una cosa es la consciencia del medio y otra su realización.*V. **BOBBIO, N.**; *El tiempo de los derechos, ob. cit.,* pág. 70.

Algunos años después, **Luigi FERRAJOLI** encuentra algunas respuesta en el Garantismo[554]. Por amplia que sea la incorporación normativa de derechos y valores políticos *fundamentales* a un ordenamiento, será siempre limitada, relativa e imperfecta, aunque no sea más que por la separación –irreductible más allá de ciertos límites- entre su enunciación y las técnicas garantistas idóneas para asegurar su realización.[555]

Pasemos a considerar, ahora, algunos elementos de la realización del derecho subjetivo fundamental de la vejez. En cuanto a las **modalidades de ejercicio,** los Modelos previos al multigeneracionismo captaban preponderantemente las formas de los repartos *autoritarios*, en tanto que el Modelo Líquido, sentado en la vereda de enfrente, propugna casi con exclusividad las formas *autónomas*. La propuesta del Modelo Jusfundamental también ha operado modificaciones o distingos en este particular. De acuerdo al Modelo Jusfundamental, no es posible recurrir sólo a un camino, sino que la complejidad de su relación jurídica exige contar con una variada gama. El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos contiene un haz de posiciones jurídicas del individuo anciano frente al Estado, y frente a los otros individuos. Por lo que la complejidad de situaciones, requiere a su vez una complejidad de medios.

Siendo fiel al paradigma inclusivo, no puede valerse solo de medios autoritarios, dado que debe permitir (y facilitar) la participación del anciano en

---

554 Se comprende que, así entendido, el "garantismo" no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la ***tutela de los derechos fundamentales****: los cuales –de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos "artificios" –como los llamó Hobbes- que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia.* V. **FERRAJOLI, Luigi,** *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibánez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Nohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, 2° ed, Madrid, Trotta, 1997, pág. 28.

555 V. **FERRAJOLI, L.,** *Derecho y razón...,* ob.cit*.,* pág. 27.

las decisiones de todo orden; pero tampoco puede dejar librado a las fuerzas negociales su suerte. Por lo que el sistema adopta en su origen una norma disyuntiva, que en primer término, procura la obtención de la calidad de vida del anciano por medios *autónomos*, y si ello no fuera posible, luego se recurrirá a los medios *autoritarios*[556]. **El sistema necesita contar, entonces, con procedimientos que den una oportunidad real de participar, quedando siempre abierta la posibilidad de recurrir a métodos de resolución final por medio de actos del poder legítimo ante el fracaso del reparto autónomo**.

DABOVE entiende que a fin de ejercer los derechos, sin desvirtuar a la condición anciana, hay que tener presente por lo menos dos categorías: los derechos cotidianos y los de asistencia. Así se procura no descuidar ni a los sujetos ni dejar de lado ninguna arista del objeto del derecho fundamental en juego.

Los **derechos cotidianos** son aquellos que *acrecientan de manera directa los márgenes de libertad y de elección de las personas en la construcción de sus propias vidas*[557]; en tanto que los **derechos de asistencia**, encierran una *acción tuitiva y protectora de la sociedad y del Estado respecto de aquellas personas que no pueden hacerse cargo por completo de sus propias vidas.* De esta forma, se capta la heterogeneidad de la ancianidad y la complejidad del objeto. En tanto que unos sólo necesitan un

[556] *La norma fundamental llegaría a tener, de este modo, carácter disyuntivo, porque enunciaría a la vez la predicción del cumplimiento de los acuerdos (como norma: los acuerdos serán cumplidos, "pacta sunt servanda"), como el deber de obedecer al soberano (sea un príncipe, sea el pueblo). Desde luego, no sería posible así mantener la unidad jerárquica del sistema. Pero tal unidad no corresponde a los hechos. La situación cambia si los interesados abandonan la esfera particular y acuden al juez. En este caso, en efecto, ellos se encuentran en el orden unitario de los poderosos en el cual existen normas superiores (la constitución), a las cuales han de adecuarse todas las demás como inferiores, para que los poderosos les presen su atención. Dentro de este orden de ideas, el contrato constituye una norma inferior. Pero, mientras subsiste el acuerdo, la voluntad de las partes es ley suprema.* V. **GOLDSCHMIDT, W**.; *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 341.

[557] V. **DABOVE CARAMUTO,M. I**., *Los derechos de los ancianos*..., ob. cit., pág. 332.

refuerzo en su cotidianeidad para seguir contando con una esfera de libertad suficiente como para personalizarse, y otros, los dependientes, requieren una intervención de terceros en su ámbito de libertad, para que les proporcionen una ayuda específica.

Continúa la autora, la regulación jurídica fluctuará entre una máxima y una mínima de posibilidades normativas de actuación[558]. Una máxima, consistente en el **requerimiento a terceros** (incluso al Estado), y otra mínima, consistente en la no admisión de perjuicio, debido a su característica de **derechos reaccionales o impugnatorios**[559].

Estos aportes nos sitúan en las coordinadas de configuración de las condiciones sociales y valorativas de la ancianidad. Con estas ideas en mente, nuevamente recurrimos a las categorías alexyanas. Entendemos que la propuesta de **ALEXY** puede llegar a comprender a la condición anciana en concordancia con los señalamientos del Modelo Jusfundamental (y el Paradigma inclusivo). Tanto lo autónomo, como lo autoritario, lo cotidiano como lo asistencial, el requerimiento a terceros como lo impugnatorio van a encontrar refugio en las estructuras de los derechos fundamentales diseñadas por **ALEXY**. Si bien se plantean para la relación vertical del ciudadano frente al Estado, este mismo autor no cierra las puertas al nuevo efecto horizontal de los mismos[560].

Las posiciones jurídicas de los derechos fundamentales han de ser designadas como **derechos a algo**, **libertades** y **competencias**. Para el

---

[558] V. **DABOVE CARAMUTO, M.I.;** *Los derechos de los ancianos*..., ob.cit., pág. 360.

[559] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.;** *Los derechos de los ancianos*..., ob.cit., pág. 361.

[560] *Para la cuestión acerca de cómo influyen en el sistema jurídico las normas iusfundamentales habría una respuesta simple si su influencia se limitara a la relación Estado/ciudadano. (...)* (Pero) *las normas iusfundamentales tienen también influencia en la relación ciudadano/ciudadano. Esta influencia es especialmente clara en el caso de los derechos frente a la justicia civil.* V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 506.

paradigma inclusivo, tanto las libertades como las competencias son de suma importancia. Ambas generan ámbitos de decisión del sujeto, bien, por la mera permisión, bien, por la creación de potestades en el caso de las competencias. Mas en esta oportunidad, nos detendremos en el análisis de la modalidad catalogada como derecho a algo, a fin de precisar nuestra mirada.

Llegados hasta aquí, nuevamente pediremos socorro a la dupla de compatriotas. Por boca de **BOBBIO,** recordamos que a medida que las pretensiones aumentan, como en el caso de las sucesivas generaciones de derechos, su satisfacción se torna cada vez más difícil.[561] También es claro que, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela, cambian también las técnicas normativas predispuestas en **garantía** de los mismos. Insiste **FERRAJOLI** que *si a los derechos de libertad (o "**derechos de**") corresponden garantías **negativas** consistentes en límites o prohibiciones de hacer, a los derechos sociales (o "**derechos a**") corresponden garantías **positivas** consistentes en obligaciones de prestaciones individuales o sociales. En todos los casos la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho.*[562]

Es así como **ALEXY**, en esta misma línea de pensamiento, entiende que el derecho subjetivo fundamental se dirige siempre contra algún otro y tiene como objeto una acción, negativa o positiva, como defensa o prestación. Es por eso que se vale de las categorías de los **derechos de defensa** y los **derechos a prestaciones** (en sentido amplio) en tanto se procure de los otros una acción negativa o positiva. Esta clasificación permite superar la dicotomía

---

[561] V. **BOBBIO, Norberto**; *El tiempo de los derechos,* trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Fundación Sistema, 1991, pág. 111.

[562] V. **FERRAJOLI, L.,** *Derecho y razón...,* ob.cit., pág. 28.

planteada entre la defensa de los derechos humanos de primera generación y la prestación de los de segunda[563]. Esto abre el juego a otros tipos de modalidades de ejercicio del derecho brindado por el Estado y los particulares que no quedan anclados en la prestación directa de un servicio de índole social. Entendámonos, entre los derechos a prestaciones en sentido amplio, están incluidos los **derechos de protección** (1), los **derechos a organización y procedimiento** (2) y los derechos a prestaciones en sentido estricto -**derechos sociales** fundamentales- (3).

A estos últimos, **ALEXY** los define como aquellos *derechos del individuo frente al Estado a algo que, si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podrían obtenerlo también de particulares*[564]. En tanto que los primeros, son aquellos tipos de derechos por los cuales el Estado protege al individuo contra la intromisión de otros individuos en su esfera de libertad; lo cual generalmente se logra por medio del dictado de la legislación apropiada.

Los derechos a organización y procedimiento encierran un rico espectro. Bajo este aspecto, le pareció útil al autor efectuar una división en cuatro grupos tomando en cuenta el objeto de los derechos: **competencias de derecho privado** (2.1), procedimientos judiciales y administrativos -**procedimientos en sentido estrico**- (2.2), **organización en sentido estricto** (2.3) y **formación de la voluntad estatal** (2.4).

Las **competencias de derecho privado** *son procedimientos para la creación autónoma-privada de derecho, son variaciones de un modelo básico*

---

563 *...los problemas que surgen en el marco de este modelo* (de derechos sociales) *no se diferencian básicamente de los que se presentan en los derechos fundamentales tradicionales.* V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 496.

564 V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 482.

del procedimiento, es decir, del modelo del contrato[565]. De está forma abre el juego a las posibilidades de negociaciones entre ciudadanos basadas en derechos fundamentales. Existe así, un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental[566]*.*

En segundo lugar, se sitúa a la exigencia de una *protección jurídica efectiva*[567], canalizando el reclamo de **procedimientos judiciales y administrativos** operativos. Por lo tanto, *por lo que respecta a la conexión entre derechos fundamentales y procedimientos jurídicos, el aspecto procedimental y el material tienen que ser reunidos en un modelo dual que garantice el primado del aspecto material*[568]*.*

Los **derechos de organización en sentido estricto,** son derechos del individuo a que el legislador dicte normas de organización conformes al derecho fundamental. La existencia de organizaciones es esencial, para el individuo -su situación vital, sus intereses, su libertad-, y también, lo es para la totalidad, es decir, para los intereses de la comunidad o los bienes colectivos[569]. En principio, *al deber de organización del Estado corresponden derechos de los individuos en la medida en que al Estado le está ordenada la organización porque así lo exige la protección de la libertad de cada cual*[570]*. Tomar en serio los derechos fundamentales como derechos de los individuos excluye toda argumentación con totalidades. El argumento de la totalidad no puede, pues, afectar la tesis según la cual el individuo, si está*

---

[565] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 468.

[566] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 471.

[567] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 472.

[568] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 474.

[569] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., págs. 474 y ss.

[570] V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág.. 480.

iusfundamentalmente protegido, lo está por principio no sólo a través de normas objetivas, sino de derechos subjetivos[571].

El cuarto grupo, está constituido por los derechos frente al Estado a que éste, a través de la legislación ordinaria, facilite procedimientos que posibiliten una participación en la ***formación de la voluntad estatal***[572]*. Los derechos fundamentales, al asegurar el procedimiento democrático, expresan una confianza en su razón, pero esta confianza, no es ilimitada. Por lo tanto, existe una conexión interna y una relación de tensión entre los derechos fundamentales y el principio de la democracia*[573]*.* El individuo tiene un derecho prestacional a que se le facilite la posición planteada por el derecho fundamental. En tanto que, el sentido de la participación, ha de verse en la creación de una influencia en la decisión que ha de lograrse a través de un proceso de comunicación. Si no existiera la posibilidad fáctica de que a través de la participación se adoptasen otras decisiones que no se hubieran tomado sin la participación, ésta sería un medio inadecuado y, por lo tanto, carecería de sentido la protección iusfundamental[574].

Muñidos de esta batería de conductos, es posible, por ejemplo, entender las distintas modalidades requeridas para hacer efectivas las obligaciones del Estado con respecto al derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. A la obligación del Estado de **respetar**, se le corresponde la modalidad de no intervención. Estos se configuran como derechos de defensa que apelan a formatos autoritarios. A la obligación del Estado de **proteger**, se le corresponde la modalidad que busca impedir la violación de los derechos por parte de terceros, esto es, los derechos de protección (derechos de prestación en sentido amplio). Y a la obligación del Estado de **promover**,

---

571 V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág. 481.

572 *Idem*

573 V. **ALEXY, R.**; *Teoría de los derechos fundamentales*..., ob. cit., pág.482.

574 Ver **CUADRO N° 8** Modalidades de Ejercicio

tomar medidas concretas para que el ejercicio de los derechos no se torne ilusorio, supone el deber de organizar todo el aparato gubernamental de forma que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Estructuralmente, esta obligación es captada por el derecho a la organización y al procedimiento (derechos de prestación en sentido amplio).

2. Modalidades defensivas y prestacionales para el derecho a la calidad de vida

El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos no puede descuidar ninguna de estas categorías en su búsqueda de efectividad. El lugar desde donde se parte generalmente el tratamiento de los modos de ejercicio con respecto a la condición anciana, se sitúan en torno a los *derechos sociales,* derechos a prestaciones en sentido estricto. Si bien en el sistema del Derecho de la Ancianidad, acorde al Model Jusfundamental, continúa teniendo importancia no es posible abarcar a todos los sujetos y objetos por medio de este camino.

La esfera de libertad del individuo anciano necesitará ser protegida adecuadamente. Frente a las posibles intromisiones del Estado por medio de los *derechos de defensa* y frente a los otros individuos por medio de los *derechos de protección*. Como es el caso, por ejemplo, de la legislación sobre jubilación y pensión, violencia familiar[575] y libertad de expresión.

Por otro lado, sin *normas de derecho privado* que faculten al anciano a obrar por sí, las proclamas de inclusión del paradigma quedarán en palabras

[575] V. **GROSMAN, Cecilia; "**Luces y sombras de la Ley de protección contra la violencia familiar. Ley N° 24.417" en *Perspectivas Sistémicas,* N° 35, 1995; **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída** (dir.); *Protección contra la violencia familiar*. Ley 24.417; Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007 .

huecas. Por ejemplo, aquí se situá la acuciante problemática del Derecho de la Ancianidad en pugna con el concepto dicotómico de **capacidad civil** vigente. Entre la capacidad y la insanidad declarada quedan incomprendidos los casos de algunos dependientes, si no es que de la ancianidad con sus limitaciones generales. También, se puede traer a colación, el rol que cumplen entre los particulares los **testamentos vitales**[576]. Desde la creación autónoma-privada le dan al sujeto la facultad de reglar su vida futura en órbitas tan delicadas como las disposiciones sobre su persona en los casos en que no pudiera manifestarse (por ejemplo, estado vegetativo), o casos en los que la presión de sus allegados se tornará dificil de enfrentar en la debilidad (por ejemplo, los viejos-viejos).

En un marco democrático que también alcanza a los ancianos, su elogiada participación necesitará contar con mecanismos que le faciliten el acceso al debate de la cosa pública y la *formación de la voluntad estatal.* Por ejemplo, lo concerniente a la creación y regulacón de los foros de la tercera edad, y las consultas a ONG en las que participen ancianos para la redacción de proyectos legislativos.

---

576 El término **testamento vital**, **documento de voluntades anticipadas** -**DVA**- o de **instrucciones previas** se refiere al documeneto escrito por el que un ciudadano manifiesta anticipadamente su voluntad -con objeto de que ésta se cumpla en el momento que no sea capaz de expresarse personalmente- sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Su aplicación se entiende en previsión de que dicha persona no estuviese consciente o con facultades suficientes para una correcta comunicación. El origen del *testamento vital -living will* en inglés- se atribuye a Luis Kutner, abogado de Chicago y cofundador de Amnistia Internacional en 1961, quien desde el año 1967 defiende su implantación y publica en 1969 en el *Indiana Law Journal* un modelo de documento para expresar voluntades relativas a tratamientos médicos en caso de enfermedad terminal. V. **LLORENS, Luis Rogelio; RAJMIL, Alicia Beatriz;** "Derecho de Autoprotección" en Instituto de Derecho e Integración, N° 1, año 1, Rosario, Idel, 2009, pág. 47 y ss; **LUCERO ESEVERRI, Roberto Augusto;** "El notario: intérprete necesario de voluntades autorreferentes" en Instituto de Derecho e Integración, N° 1, año 1, Rosario, Idel, 2009, pág. 77 y ss; **BONFANTI, Marta Liliana Elisabet;** "El Derecho de Autoprotección en la Provincia del Chaco" en Instituto de Derecho e Integración, N° 2, año 1, Rosario, Idel, 2009, pág. 115 y ss; **PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.;** "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano?" en Instituto de Derecho e Integración, N° 2, año 1, Rosario, Idel, 2009, pág. 131 y ss; **RAJMIL, Alicia Beatriz**; "Proyectos legislativos y Derecho de Autoprotección" en Instituto de Derecho e Integración, N° 2, año 1, Rosario, Idel, 2009, pág. 187 y ss.

Dada la magnitud de los riesgos que se enfrentan en la ancianidad, a la hora de enfrentar a "lo otro", el individuo no puede quedar en la lucha aislada. El derecho fundamental presionará para fomentar la creación, reestructuración o agilización de la *organización* estatal sobre la materia. El Estado está en mejores condiciones que los particulares individualmente para enfrentar las impotencias -reales y ficticias- que implica la ancianidad. Por ejemplo, la **Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores**, la **Dirección Provincial de Adultos Mayores**, la **Dirección General de Auditoría Médica de la Provincia de Santa Fe** y **Defensoría del Pueblo** de la Provincial de Santa Fe, y la **Dirección de Políticas de Adultos y Adultos Mayores** de la Municipalidad de Rosario. En América Latina, existen algunas instituciones de defensa y promoción de derechos. En **Brasil**, los asuntos de la vejez cuentan con la participación bipartita del Estado y la sociedad civil y el **Consejo Nacional de Derechos de las Personas Mayores** depende de la Secretaria de Estado de los Derechos Humanos que funciona en la órbita de la Presidencia de la República. En **Guatemala**, desde el año 2002 se institucionalizó la **Defensoría del Adulto Mayor**, y en **Puerto Rico** existe **la Oficina de la Procuradora de las Personas de Edad Avanzada**[577].

Y por último, con respecto a los ***derechos procedimentales strictu sensu***, para vehiculizar efectivamente el reclamo de justicia con respecto a un objeto tan extenso como es la calidad de vida, en un marco paradigmático inclusivo que reclama la participación del protagonista en un juego de múltiples obligados, se requerirá una amplia gama de conductos procedimentales para que el sistema se torne efectivo. El sistema normativo del Modelo

[577] V. **HUENCHUAN NAVARRO, Sandra**; "Marco legal y de políticas a favor de las personas mayores" en América Latina en *Población y desarrollo*, N° 51, Celade-Cepal-Unfpa (Naciones Unidas), Santiago de Chile, 2004; **HUENCHUAN, Sandra; MORLACHETTI, Alejandro**; "Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina" en *Notas de Población* N° 85, Cepal, 2007; **FAIRHURST, Eileen; MOUNTIAN, Ilana; SIXSMITH, Judith**; "Consideracoes sobre servicos de advocacy para pessoas idosas no contexto de revitalizacao urbana" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 167 y ss; **SANTOS DE MIRANDA, Danilo**; "A marcante contribuicao de duas instituiciones em favor do idoso brasileiro" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 7 y ss.

Jusfundamental de la vejez, recordemos, adopta en su origen una norma disyuntiva, que en primer término, procura la obtención de la calidad de vida del anciano por medios *autónomos*, y si ello no fuera posible, luego se recurrirá a los medios *autoritarios*. El sistema necesita contar, entonces, con procedimientos que den una oportunidad real de participar, quedando siempre abierta la posibilidad de recurrir a métodos de resolución final por medio de actos de poder legítimo ante el fracaso del reparto autónomo.

De acuerdo a las razones materiales, normativas y valorativas que trabajan en forma de reacción, es preciso incrementar el empleo de las ***formas de reparto con audiencia del anciano***. Se busca de esta manera reforzar su rol de repartidor, tanto en las formas de reparto autoritarias[578] como en las autónomas[579]. No hay una forma predispuesta y única para efectivizar los derechos de los ancianos. De acuerdo al criterio especial de justicia de la ancianidad, son requeridos los métodos con audiencia tanto autoritarios como autónomos. Ambas formas son necesarias para completar el Régimen de Justicia.

Esta articulación, entre lo autónomo y lo autoritario en los métodos de resolución de conflictos, no es nada sencillo. La inquietud creciente por determinar el método más apropiado, ha hecho multiplicar las investigaciones y aplicaciones con respecto a las modalidades de ejercicio desde la década de 1970. Es así como ha surgido toda una temática de los **Medios Alternativos de Resolución de Conflictos[580]**, existe una rama en crecimiento denominada **Derecho Procesal Constitucional[581]**, se perfilan nuevas tendencias en el

[578] Mayormente vinculados a los llamados métodos tradicionales.

[579] Mayormente vinculados a los llamados métodos alternativos.

[580] V.**FRIED SCHMITMAN, Dora** (comp.); *Nuevos paradigmas, cultura y subjetividades,* 1° ed., Buenos Aires, Paidós, 1994; *Nuevos paradigmas en la resolución de conflctos. Perspectivas y prácticas,* Buenos Aires,Gránica, 2000; **BOQUÉ TORREMORELL, María Carme;** *Cultura de mediación y cambio social,* 1° ed., Barcelona, Gedisa, 2003.

[581] En relación con el tema v. por ej. **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo** (coord); *Derecho Procesal Constitucional*, 4°ed, México, Porrúa, 2003, cuatro tomos; **FERRER MAC-GREGOR,**

Derecho Procesal[582], la problemática del **Acceso a la Justicia**[583] se encuentra en un lugar central del debate público, se habla del **Proceso Justo**[584] y se vuelve casi en forma cíclica al reclamo de la **Reforma del Poder Judicial** reforzado por la actual crisis de la jurisdicción[585].

Eduardo; *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004; *Compendio de Derecho Procesal Constitucional. Legislación, prontuario y bibliografía,* México, Porrúa, 2005; **SAGÜÉS, Néstor Pedro**; *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992/1998, cuatro tomos***;** **SAGÜÉS, Néstor Pedro; SERRRA, María Mercedes**, *Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoi, 1998; **SERRA, María Mercedes**, Procesos y recursos constitucionales, Buenos Aires, Depalma, 1992; **GOZAINI, Osvaldo A**., *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994**.**

582 En relación con el tema v. por ej. **CIURO CALDANI, Miguel Angel**, *El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad* en "Investigación y Docencia" n° 33, FIJ, 2000; GIDI, Antonio; **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo**, *Procesos colectivos*. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 2° ed, México, Porrúa, 2004; **GIDI, Antonio; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo** (coordinadores), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para iberoamérica,* , 2° ed, México, Porrúa, 2004 (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal); Colegio de Abogados de Santa Fe, *Derecho Procesal en el siglo XXI. Ponencias del Congreso de derecho procesal El nuevo código para el siglo XXI*, Santa Fe, Nova Tesis, 2004; **Andrea MEROI** con relación a la dimensiones del Derecho Procesal en su historia de ciencia en *El Derecho Procesal y su inserción en la Teoría General del Derecho, Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, vol. 28 (2004); ARAZI, Roland (coord), Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado, Buenos Aires, Ediar, 1997;* **BENABENTOS, Omar A**., *El garatismo procesal* (Tesis doctoral dirigida por A. Alvarado Velloso, s/p); **GOZAÍNI, O. A.,** "El debido proceso en la actualidad" en *Revista de Derecho Procesal*, Rosario, Zeus, 2004; **MONTERO AROCA, Juan**, "El Derecho Procesal en el siglo XX" en www.academiadederecho.org; **COLEGIO DE ABOGADOS DE SANTA FE;** *Derecho procesal en el siglo XXI. Ponencias del Congreso de derecho procesal "El nuevo código para el siglo XXI",* Santa Fe, Nova Tesis, 2004; **GIDI, Antonio; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo;** *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada,* 2° ed., México, Porrúa, 2004; **GIDI, Antonio; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo** (coord.); *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para iberoamérica,* 2° ed., México, Porrúa, 2004.

583 En relación con el tema v. por ej. **BIRGIN, Haydée, KOHEN, Beatriz** (compil.), *El acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, 1° ed, Buenos Aires, Biblos, 2006; **ALVAREZ, G.S., HIGHTON, E. I., JASSAN, E.,** *Mediación y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1996**; ALVAREZ, Gladys Stella**, La mediación y el acceso a justicia, 1° ed, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003; **ALVARADO VELLOSO, Adolfo;** *El debido proceso de la garantía constitucional,* Rosario, Zeus, 2003; **PEYRANO, Jorge W.;** *El proceso atípico,* Buenos Aires, Universidad, 1993; **CIURO CALDANI, Miguel Angel;** *Filosofía de la jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal Judicial del Mercosur,* Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas (FIJ), 1998**.**

584 En relación con el tema v. por ej. **MORELLO, Augusto M**., *El proceso justo del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, 1994*; La justicia frente a la realidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002**;** "El proceso justo y las garantías jurisdiccionales" en *Derechos y garantías en el siglo XXI,* direc. Aída Kemelmajer De Carlucci y r. M. López Cabana, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999**; GARGARELLA,**

Todas estas áreas temáticas tienen en común la crítica o replanteo a lo existente o tradicional en cuanto a las modalidades de ejercicio de los derechos (o resolución de conflictos), y una búsqueda de nuevos caminos. En definitiva, con ello se busca **completar** la realización de lo que se considera el Régimen de Justicia[586], cada vez más complejo y en un marco imbuído por las exigencias democráticas.

Roberto; *El derecho a resistir el derecho,* Buenos Aires, Miño y Dávila, 2005; *El derecho a la protesta. El primer derecho,* 1° ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005. **BIRGIN, Haydée; KOHEN, Beatriz** (comp.); *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas,* 1° ed., Buenos Aires, Biblos, 2006; **DROMI, Roberto;** *Los jueces ¿Es la justicia un tercio del poder?,* Buenos Aires, Ciudad Argentina,1992; **CUETO RÚA, Julio César;** *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados,* Buenos Aires, Abeledo Perrot,2000.

[585] En relación con el tema v. por ej. **MORELLO, Augusto M.; BERIZONCE, Roberto O.; HITTERS, Juan C.; NOGUERIRA, Carlos A**.; *La justicia entre dos épocas,* La Plata, Platense, 1983; **FUCITO, Felipe**; *La transformación del servicio judicial. Aspectos sociológicos*, Buenos Aires, Secretaría de Justicia- Subsecretaría de Asuntos Legislativos, 1989; **ALVAREZ, G.S.; HIGTON, E. I; JASSAN, E.,** *Mediación y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1996; **QUIROGA LAVIÉ, Humberto**; *La formación del derecho procesal organizacional*, Buenos Aires, H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, 1998; **TULCHIN, Josehs; GARLAND, Allison M***.; Modernización de la Administración de Justicia en la Argentina*, Washington, The Woodrow Wilson Center, 1999; **MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**, *Plan Nacional de Reforma Judicial. Propuestas para la Reforma del sistema de justicia. Nueva Justicia siglo XXI*, Buenos Aires, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, 1999; **SPECTOR, Héctor**; *Los jueces y la reforma judicial. Iniciativas judiciales para coadyuvar a la reforma judicial argentina*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001; **HIGHTON, Elena**; *Justicia en cambio*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003; **DE ZAN, Julio**; *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004; **FARINA, Juan M**.; *Justicia. Ficción y realidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997; **MORELLO, Augusto M**; *Emergencia judicial*, JA-1994-III-959; **FALISTOCO, Roberto**; *Reforma del Poder Judicial de la Provincia*, Conferencia VI Congreso Nacional de Derecho Público, Rosario, 2006; **LAPENTA, Eduardo Víctor**; "La crisis de la jurisdicción. Actividad jurisdiccional y administrativa" en *Cartapacio*, Vol. 5, Azúl, 2003; "Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial" en *Cartapacio*, Vol 6, Azúl, 2003; **SAGÜES, Néstor Pedro;** *Las escuelas judiciales. Cuadernos para la Reforma de la Justicia,*México, UNAM,1998. **BERGALLI, Roberto;** *Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial,* Buenos Aires, Depalma, 1984; **DROMI, José Roberto;***El poder judicial,* 3° ed.,1° reimpr, Buenso Aires, Ciudad Argentina, 1984; **BERIZONE, Roberto O.; FUCITO, Felipe** (dierc.); *Los recursos humanos en el Poder Judicial,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000; **FUNDACIÓN PODER CIUDADANO;** *Hoy por hoy. Quién es quién en la justicia,* 1° ed., 1° reimpr, Buenos Aires, Perfil, 1998; **PODER JUDICIAL SANTA FE;** *Corte Suprema de Justicia. Diagnóstico - Memoria - Informe,* 2001; **MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN;** *El sistema judicial,* PRONATASS (Programa Nacional de Asistencia Técnica para la Administración de los Servicios Sociales en la República Argentina), Gob.Arg/ BIRF/PNUD, 1994.

[586] V. **QUIROZ FERNANDEZ, Juan Carlos***, Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones. I al XIX Congreso Nacional (1939-1997),* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999 (Revista de Derecho Procesal- Asociación Argentina de Derecho Procesal); **AA.VV.**; *Congreso*

Esta tendencia, también se ve reflejada en la temática de la ancianidad. Enrolados en un Modelo Jusfundamental que ostenta un catálogo de máximas y mínimas en cuanto al objeto de reparto con sujetos muy heterogéneos y una multiplicidad de obligados, a la hora de poner los derechos y obligaciones en ejercicio los desafíos son gigantescos.

La **Cumbre Judicial Iberoamericana**, dentro del marco de los trabajos de su XIV edición, ha considerado necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad[587]. De esta manera, se desarrollan los principios recogidos en la CARTA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS ANTE LA JUSTICIA EN EL ESPACIO JUDICIAL IBEROAMERICANO[588].

Allí, entendieron que el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las **personas en condición de vulnerabilidad**. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si

---

Nacional de Derecho Procesal. Ponencias, San Martín de los Andes (Neuquén), 1999; **AA.VV.;** Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal, Mérida (Venezuela), ACAMID (Asociación civil de abogados par el mejoramiento integral del profesional del derecho) y DEM (Dirección Ejecutiva de la Magistratura), 2002; **MORELLO, Augusto M**., Tendencias dominantes en la litigación civil. Los Congresos internacionales de Derecho Procesal, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002; *Memoria del Primer Congreso internacional sobre justicia, integración y derechos humanos*, Montelimar (Nicaragua), República de Nicaragua/Corte Centroamericana de Justicia/Naciones Unidas, 1996

[587] En las ***100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD*** desarrollaron los principios recogidos en la CARTA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS ANTE LA JUSTICIA EN EL ESPACIO JUDICIAL IBEROAMERICANO (Cancún, 2002) específicamente los que se incluyen en la parte titulada "*Una justicia que protege a los más débiles*" (apartados 23 a 34) Aunque no es posible asimilar a la ancianidad con la vulnerabilidad en forma directa, entendemos que en algunas limitaciones específicas estos grupos se encuentran.

[588] En los trabajos preparatorios de estas Reglas también han participado las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana de *Ombudsman* y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados.

bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones

Las presentes Reglas no se limitan a establecer bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No sólo se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.

Entre los beneficiarios de estas Reglas, las personas en situación de vulnerabilidad[589], el documento considera en forma especial a la **edad**[590]. Haciendo las salvedades pertinentes, es importante traer a colación también aquellas recomendaciones que tienen como destinatarios a las personas con discapacidad[591].

---

[589] **100 REGLAS DE BRASILIA** Capítulo I. Sección 2. Recomendación 1 *Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad* (3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

[590] ***100 REGLAS DE BRASILIA*** *Capítulo I. Sección 2. Recomendación 2 El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia*

[591] ***100 REGLAS DE BRASILIA*** *Capítulo I. Sección 2. Recomendación 7 Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria,*

De las recomendaciones en torno al efectivo acceso a la justicia para la defensa de los derechos, se encuentran secciones sobre la *cultura jurídica, la asistencia legal y defensa pública, el derecho a intérprete, la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia -medidas procesales y medidas de organización y gestión judicial-, los medios alternativos de resolución de conflictos y los sistemas de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas.*

Posteriormente, el documento contiene las reglas que resultan de aplicación a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea, como parte que ejercita una acción, o que defiende su derecho frente a una acción, ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición. Existen recomendaciones con respecto a la celebración de actos judiciales en cuanto al contenido, tiempo y forma para el suministro de la información procesal, la comprensión de las actuaciones, la comparecencia y la protección de la intimidad.

En las últimas décadas se ha producido una expansión en las posibilidades del **proceso judicial**. Si bien esto repercute positivamente en la extensión de lo reclamado, por otro lado, trae aparejado algunos inconvenientes. Somos testigos, por ejemplo, del fenómeno de la inflación experimentada en la utilización del amparo[592], y las cifras del aumento de causas nos abruman. Asimismo, se vienen estudiando las limitaciones del proceso judicial, incluso de carácter lógico. Este proceso cuenta con una

---

que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Recomendación 8 Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

[592] V. **BIDART CAMPOS, Germán J. (coord.);** *Economía, constitución y derechos sociales,* Buenos Aires, Ediar, 1997, pág. 212; **AAVV**; *El amparo constitucional. perspectivas y modalidades (art. 43 de la constitución nacional),* Buenos aires, Depalma, 1999; ***FAVAREL, María Laura****, Miles de amparos contra las obras sociales que no cubren tratamientos*, La Capital *06-12*-09.

estructura autoritaria adecuada para repartir cierta tipología de objetos; mayormente son los bienes patrimoniales o derechos vinculados al orden público. Los derechos de los ancianos encuentran trabas por este camino. El contenido de los derechos de la ancianidad conjuga la presencia de bienes patrimoniales y no patrimoniales, siguiendo al concepto de calidad de vida gerontológico. Entonces, con respecto al catálogo del derecho subjetivo fundamental a la calidad de vida de los ancianos, el proceso judicial puede llegar a satisfacer mayormente las exigencias de **mínima,** pero las de **máxima** requerirán de instrumentos que puedan vehiculizar mejor la participación directa del protagonista.

A fin de tener una idea más aproximada de lo que venimos planteando, se analizará el alcance que ha tenido en los últimos años el proceso judicial con respecto a la condición anciana. Se intentará vislumbrar quienes fueron los obligados, la tipología de anciano empleada y el contenido en la *jurisprudencia argentina.* Se tomará una muestra la jurisprudencia publicada por Lexis Nexis (hoy Abeledo Perrot) desde 1994 al 2008.

Encontramos que el **contenido** captado se refiere casi con exclusividad a los derivados de jubilaciones y pensiones[593], indemnización por problemas con los suministros (por ejemplo, de energía eléctrica), reclamos con respecto a las prestaciones sanitarias y el estatuto legal del cuidado de ancianos. En las residencias para ancianos, mayormente se encuentran procesos relativos a los contratos de trabajo del personal, la responsabilidad médica, defectos en el cuidado, maltrato, abandono de personas y lesiones. Como adelantábamos, estos conflictos afectan exclusivamente a los derechos de autonomía, económica y socio-sanitaria. Así, se deja de lado todo un rango

593 Por ejemplo, En el año 2002, especialmente en referencia al corralito financiero. "Badaro Adolfo Valentín C/ Anses S/ Reajustes Varios", Corte Suprema Nacional, 2006 (previsional-caso paradigmático)**;** C. Nac. Trab., sala 6ª , 28/12/2008 Salas, Stella M. v. Griess, Marcelo N. (cuidadores); Corte Sup. Nac., 07/11/2006 Partes: M., S. v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (salud)

de objetos del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, los derechos de participación. Si bien las razones pueden ser muchas y variadas[594], los objetos no judicializados están incluidos entre los considerados Derechos Humanos de generaciones más recientes. Ésto no nos sorprende, tan sólo aporta nuevos datos para la comprobación de la teoría de la difícil judiciabilidad de este tipo de derechos[595].

En cuanto al **destinatario,** se hace referencia al anciano en dos situaciones, como vulnerable, o como sujeto que sufre afecciones psiquiátricas[596]. En la jurisprudencia posterior a 1994, el anciano es colocado

---

[594] Razones **histórico-paradigmáticas** (no se reclama lo que no se considera derecho), limitantes **afectivas** (los ancianos escasamente demandan a sus familiares en defensa de sus derechos, generalmente lo hacen cuando se presenta una necesidad extrema o cuando las relaciones afectivas ya no existen), problemas de **accesibilidad** (física, temporal, económicas, etc.).

[595] *...a la tradicional debilidad intrínseca de la judicatura para imponer sus decisiones dentro de ciertos contextos se unió la poca permeabilidad para acoger la defensa de estos derechos que parecían tener las instancias e instituciones previstas hasta ese momento para la protección de aquellos derechos a los cuales actualmente podríamos calificar como fundamentales. Ello explica cómo en la Europa continental posterior a la Segunda Guerra Mundial, dichas dificultades permitieron el surgimiento a nivel jurisprudencial (o por lo menos, consolidaron su desarrollo) de posiciones como las esgrimidas por la Corte Constitucional Italiana, mediante la cual se hace una distinción entre normas dispositivas (o de eficacia directa) y normas programáticas (sin eficacia directa y con solamente una suerte de exigencia de <compromiso moral> a los poderes públicos y la ciudadanía para impulsar su cumplimento).* V.**BIDART CAMPOS, G. J.;** "El Constitucionalismo social. (Esbozo del modelo socioeconómico de la constitución reformada en 1994)" en *Economía, constitución...*, ob.cit., pág. 205; *Según ciertas doctrinas, las Constituciones no son más que un «manifiesto político» cuya concretización es tarea exclusiva del legislador: los tribunales no deben aplicar las normas constitucionales —carentes de cualquier efecto inmediato— sino sólo las normas que se recogen por las leyes. Pues bien, uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización es precisamente la difusión en el seno de la cultura jurídica de la idea opuesta, es decir, de la idea de que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o contenido normativo— es una norma genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos.* V. **GUASTINI, Ricardo**, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 154 y ss.). Asimismo, **GUASTINI, Ricardo**; "La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano" en *Neoconstitucionalismo(s),* ed. Miguel Carbonell, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005, pp. 50 y ss.); **ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy**; "Apuntes sobre las dificultades existentes para la protección de los derechos sociales en el modelo de jurisdicción constitucional español" en *Economía, constitución y derechos sociales,* coord. G. J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 1997. **Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL);** *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los Derechos Sociales,* San José (Costa Rica), Centro por la Justicia y El Desarrollo Internacional, 2004.

[596] Por ejemplo, ver el caso C. De K., N C. Nac. Civ. sala J del 16/10/2007 (s/ inhabilitación); N. de F., R. C. Nac. Civ. sala D del 30/03/1993 (s/declaración de demencia); M.P. de V. M C.Nac.Civ. sala G del 4/12/1980 (La Ley 1981-B-23).

en el lugar del *vulnerable*; conjuntamente con los niños, mujeres y discapacitados. Si bien este concepto se funda directamente en la normativa constitucional del artículo 75 inciso 23, no resulta ser operativo, debido a que es demasiado amplio e indeterminado. No se especifican ni tienen en cuenta los distintos tipos de limitaciones, generales o especiales, a las que se ve sometido el anciano. Se cae en la uniformidad de criterios que se topan con el riesgo constante de sobreproteger a algunos y desproteger a otros. Mientras que otro grupo de sentencias, se vincula con los ancianos dependientes psiquiátricos en los juicios de insanía o inhabilitación. Aquí también hallamos una deficiencia del instrumento judicial en complicidad con el instrumento legislativo (artículo 372 y ss del Código Civil, 1867) como lo denunciara **MENDEZ COSTA** en su brillante artículo *Los ancianos en la legislación civil* ya del año 1983.

Y con respecto al **obligado**, mayormente es la empresa geriátrica por responsabilidad médica, la familia por alimentos y las obras sociales y prepagas por prestaciones sanitarias. Son el Estado -salvo en el caso de jubilaciones y pensiones- y el propio anciano los grandes ausentes[597].

Los datos relevados por medio de esta muestra, nos permiten concluir que, al menos hasta el presente, el proceso judicial en la Argentina, no es suficiente como para cubrir el ejercicio del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Se presenta como un instrumento sustitutivo del incapaz, con poder para limitar las injerencias de terceros de la esfera de libertad. Es una herramienta eficaz en cuestiones patrimoniales y de orden público, pero en cuanto a las medidas de facilitación para el ejercicio autónomo del derecho, necesita apelar a modalidades complementarias.

[597] Por ejemplo, ver Rodríguez, María L. v. Mas Odila, Jessica y otro C. Nac. Trab., sala 5ª; 31/08/1998 (caso de mala praxis incoado contra el profesional médico y la empresa geriátrica); caso Villella, María del Valle Nélida v. Aguiar Nuñez, Lita s/ Daños y Perjuicios - CNCiv. Sala C 12/11/96 (responsabilidad de los familiares).

Por lo tanto, debido a esa necesidad de complementación que exige el Régimen de Justicia anteriormente señalado, en el presente trabajo de investigación se ha procurado experimentar con una herramienta se ha optado por una a fin de completar el sistema que facilita el ejercicio del catálogo de máxima en la ancianidad. Para ello se ha hechado mano del **proceso de mediación**, un proceso complementario, y no sustitutivo del proceso judicial[598]. Su estructura lógica y fáctica[599] le permite repartir además de los bienes patrimoniales, aquellos que no lo son. Claro está que aunque no patrimoniales, indudablemente negociables[600].

Es de lamentar sólo contar con escasos datos con respecto a la mediación en la que participan ancianos[601]. Por lo que, a fin de subsanar tal obstáculo metodológico evaluaremos los obtenidos en una *experiencia* llevada a cabo en cuatro residencias para ancianos en la ciudad de Rosario. Esta práctica consistió en el empleo de los postulados de la mediación para construir un dispositivo de educación social a fin de evaluar el grado de efectivización de los derechos de la ancianidad en las residencias.

Seguidamente, pasaremos a interiorizarnos de una ancianidad que se encuentra en una situación especial: está institucionalizada. Contrariamente a lo creído por el mito social, tan sólo el % 3 de la población

---

[598] La existencia de la mediación como único método de resolución de conflictos conduciría a la anarquía, y la anarquía es el reino del no derecho, campo fértil para la arbitrariedad. Ya que en el proceso de mediación cada sujeto enarbola una jerarquía de valores, los cuales intentará hacer coincidir en cuanto a sus intereses, mas no produce ningún tipo de cohesión social fuerte y permamente.

[599] Voluntariedad, participación directa de los protagonistas en la resolución del conflicto, neutralidad del mediador, confidencialidad y creatividad, facilitando la comunicación y la participación en la decisión.

[600] V. **ARECHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia; FINKELSTEIN, Andrea;** *Acerca de la clínica de mediación. Relato de casos,* 1° ed, Buenos Aires, Librería Histórica, 2004.

[601] Los únicos datos hallados provienen del relato de una experiencia realizada por personal del PAMI en la provincia de Córdoba V. **CUMINI, Mirtha y SAISSAC, Elena**; "Adulto mayor. Mediación" en *Mediadores en Red. L@ revista*, Año I, N° 3, Fundación Mediadores en Red, julio 2003. En la Defensoría del Pueblo tienen muchos casos, según las entrevistas realizadas, pero no llevan resgistros sobre los conflictos en los que participan ancianos.

total de mayores de 65 años reside en este tipo habitacional. También veremos cómo el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos se interna en las residencias y logra brindar herramientas para comprender su dinámica.

E.Algunas conclusiones

A nivel **normativo**, es posible afirmar que en los modelos previos al multigeneracionismo, conforme a un paradigma exclusivo y excluyente, no se apelaba al formato de normas jurídicas, las adjudicaciones se captaban preferentemente por medios de los imperativos. En el marco de los modelos previos al problema del envejecimiento global, el manejo se efectuaba con órdenes, provenientes de la familia, del Estado, de la sociedad o del mercado. No se lograba constituir un ordenamiento normativo propiamentedicho, el criterio del reparto quedaba atrapado en la individualidad de cada orden, de cada familia o de cada programa asistencial.

En cambio, el paradigma inclusivo e incluyente de la vejez busca regir los movimientos de los ancianos desde y a través de los derechos. El concepto de anciano ya no puede desconocer al de sujeto de derecho, y desde y a través del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos se irá conformando un entramado normativo que logrará presentar una estructura sistemática. Este derecho fundamental se conforma sobre la base de una compleja red de relaciones jurídicas. Compleja por la diversidad de sujetos obligados, compleja por la heterogeneidad de los impedimentos a la libertad de los ancianos titulares y compleja por la variedad de objetos a adjudicar.

La ancianidad se adjudica en un marco de fuentes formales de origen autoritario muy deficitarias a nivel infraconstitucional, y demasiado genéricas a nivel constitucional. Por el contrario, las fuentes formales de origen autónomo, presentan un alto grado de consenso por parte de expertos internacionales y gobiernos adherentes, entre los que se encuentra el Estado Argentino. Al efectuar el salto hacia las fuentes materiales, constatamos que estas últimas, son tenidas en cuenta por quienes trabajan con seriedad y en forma actualizada en la temática; y en algunos casos por aquellos que están a cargo de las instituciones gerontológicas-geriátricas. Un lugar destacado adquieren las fuentes de conocimiento. Gracias a este medio se ha logrado definir a la condición del anciano articulando los principios valorativos con la realidad social. Por este camino se aprecia como al comparar aquellos datos con el contenido de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y contratos entre particulares, dista *un paradigma*.

Es así como, en el Derecho Argentino, esta construcción normativa jusfundamental, *prima facie* se desarrolla a partir del enunciado del **artículo 75 inciso 23**, el cual reenvía a su vez, al **inciso 22**. Este juego será medular. Las normas directamente estatuidas por la Constitución en el artículo 75 inciso 22, o sea *hard law*, está conformado por instrumentos internacionales y regionales sobre Derechos Humanos en general. Son especialmente relevantes para la materia: los **Pactos Internacionales** de Derechos Humanos de derechos civiles y de derechos económicos, sociales y culturales (1966), la **Convención Americana** sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969/1984) y su Protocolo facultativo sobre derechos económicos, sociales y culturales (**Protocolo de San Salvador**, 1999) - todos instrumentos ratificados por el gobierno argentino y constitucionalizados directamente desde 1994.

Mas, contamos también, con un nutrido compendio de directrices sobre las necesidades especiales de los ancianos, que si bien son consideradas *soft law,* ingresan al sistema nacional en forma indirecta, como principios orientadores y criterios de interpretación que producen una sólida

fundamentación de las normas adscriptas. En este sentido son especialmente importantes: la interpretación del Pacto efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales volcada en la **Observación General N° 6** (1995), los **Planes de Acción Internacional sobre el envejecimiento** -Viena y Madrid -, los **Principios de las Naciones Unidas** a favor de las personas de edad (1991), la **Estrategia Regional** de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid (CEPAL-CELADE, 2003) y la **Declaración de Brasilia** (2007).

Si bien los instrumentos internacionales vinculantes hacen referencia al sujeto humano en forma genérica, el consenso de los expertos y los representantes de los gobiernos presente en las interpretaciones de la Comisión, resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, las recomendaciones de los Planes de Acción y de la Estrategia Regional, nos ayudan a discernir aquello que es especial en cuanto a los requerimientos de los ancianos. Gracias a la guia de los principios constitutivos del Derecho de la Ancianidad -continuidad vital, privacidad y participación-, la normativa general sobre Derechos Humanos puede ser completada por la normativa específica de origen autónomo.

Siguiendo este camino del funcionamiento normativo, una vez reconocidas las normas aplicables, se procederá a la ineludible tarea jurídica de interpretar. En el inciso 23 del artículo 75 de la Carta Magna, el constituyente capta a la ancianidad como una *diferencia relevante*; y esa diferencia la enclava en el ámbito de la vulnerabilidad y la debilidad jurídica. Entendemos que el inciso 23 busca proteger al débil de la lógica despiadada de la igualdad meramente formal, introduciendo el concepto de igualdad de oportunidades. Si bien es la piedra angular del sistema, con referencia al **concepto de anciano,** este inciso 23 plantea un primer escollo en el desarrollo normativo del derecho fundamental.

Al inciar la tarea interpretativa, nos encontramos con que literalmente el uso que se le da a la palabra "anciano" en la comunidad lingüística de origen, es sumamente amplia. Es aquel que tiene un porcentaje de vida vivida -un antes- mayor que lo que le resta por vivir -un después. Por lo que al designar al supuesto de hecho a reglar, no entraña problema alguno para captar la realidad heterogénea del destinatario. Por el contrario, la tarea se dificulta, en el cotejo con sus elementos históricos-sistemáticos. Desde una interpretación que tiene en cuenta a lo extrasistema, sólo se hace referencia a la ancianidad vulnerable, o a toda la ancianidad en una condición de vulnerabilidad. Mas analizando la totalidad de los artículos constitucionales en forma sistemática, hallamos que, dentro de los reformados, el artículo 99 inciso 4 nos da cuenta de otro tipo de anciano, al cual no podemos llamar ni débil ni vulnerable. Como resultado de la compulsa, entendemos que atento a la realidad a normar es pertinente efectuar una interpretación adecuativa, extendiendo el concepto de anciano en su máxima capacidad. Esto es, el tipo legal de la norma constitucional como continente de **todos los ancianos**, y no sólo de los vulnerables o dependientes.

Luego, en la tercera etapa funcional de las normas que en nuestro caso articula el *hard law* general con el *soft law* específico, las indeterminaciones en cuanto a los titulares del derecho, a los sujetos obligados en la relación jurídica y a su objeto, irán encontrando elementos de precisión.

Con respecto al **titular** del derecho, el Modelo Líquido parte del supuesto de la total independencia del sujeto anciano. Ésto es una elegante falacia en el sistema de la ancianidad: el precio de la total independencia no es más que la total vulnerabilidad. El Modelo Comunitarista, en cambio, se acerca a la problemática buscando incluir a los más débiles. Ésto lo hace poniendo el acento en el concepto de dependencia y las formas de su protección. Si bien su mirada está más próxima a la realidad social de los vulnerables, descuida la de los otros ancianos, por lo que su enfoque pierde eficacia. Será el Modelo

Jusfundamental el que asumirá el desafío de efectuar una síntesis comprensiva del fenómeno en toda su extensión.

Con respecto a los **obligados** en la relación jurídica, los modelos previos al multigeneracionismo ya no resultan apropiados para captar la problemática compleja y extendida de la ancianidad. En el Modelo Totalitario, el único repartidor legitimado y obligado era la familia, en tanto que en el Modelo Abstencionista la responsabilidad sigue recayendo sobre la familia, pero aparecerá el Estado para los casos de los ancianos indigentes. En el Modelo Paternalista es el Estado el repartidor de políticas públicas, tanto para indigentes como para no indigentes, responsabilizándose en forma directa por todos. Ya inmersos en el problema del envejecimiento global, el Modelo Líquido hace recaer la responsabilidad casi en forma exclusiva sobre el individuo y el mercado. En tanto que el Modelo Comunitarista, empieza a plantearse la problemática con respecto a la adecuación del reparto exigido; esto es, busca determinar al repartidor legitimado y obligado frente a las nuevas exigencias de la población anciana. Fnalmente, en el Modelo Jusfundamental, el debate se sitúa sobre el alcance del legitimado-obligado, esto es, *en qué medida* debe serlo la familia, la sociedad, el mercado, el Estado e, incluso, el propio individuo anciano.

En cuanto al **contenido** de las obligaciones, es posible señalar una gran mutación entre paradigmas y modelos. En primer lugar, guiados por el cambio paradigmático, se produjo el paso de criterios *sanitarios* (geriátricos) a *sociales,* y luego de éstos últimos a *socio-sanitarios* (gerontológicos). Es por ello que en todos los modelos juspolíticos posteriores al multigeneracionismo, se ha adoptado sin rupturas este último. El objeto socio-sanitario presenta elementos complejos, captados con el término calidad de vida. Se procura, así, una vida que no se detenga en la vinculación con la salud, sino que busque el desarrollo integral de la persona anciana, con miras a su inclusión económica, política, social y cultural.

En las fuentes formales del Derecho de la Ancianidad no sólo existen indeterminaciones normativas, las cuales se completan o precisan por el juego del *hard law* con el *soft law*, sino que en las normas infraconstitucionales existen muchos casos de carencias normativas. En el funcionamiento del derecho fundamental, estas carencias se van a subsanar elaborándose algunos mandatos de optimización. Estos principios operativos permitirán guiar al ordenamiento normativo de la ancianidad, generando certeza, dinamismo y eficacia.

Principio de autonomía económica. *Las personas mayores deben gozar de las condiciones de seguridad económica que permitan la satisfacción de las necesidades básicas de las personas mayores y su plena inclusión en la sociedad y en el desarrollo.*

Principio de autonomía socio-sanitaria. *Las personas mayores deben tener acceso a servicios de salud integrales y adecuados a sus necesidades, que garanticen una mejor calidad de vida en la vejez y la preservación de su funcionalidad y autonomía*.

Principio de participación. *Las personas mayores deben gozar de entornos físicos, sociales y culturales que potencien su desarrollo y favorezcan el ejercicio de derechos y deberes en la vejez.*

El juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad se presenta como el instrumento más adecuado para afrontar los problemas de interpretación-aplicación de los derechos fundamentales; y para resolver los límites a la afectación de tales derechos por el Estado o entre particulares. En un modelo de ponderación, lo debido *prima facie* es más que lo definitivamente debido. En la ancianidad, lo debido definitivamente en el caso concreto será el resultado de la ponderación de los principios del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos con las reglas y principios vigentes en el

sistema argentino. Ahora bien, con el fin de obtener elementos operativos para el modelo jusfundamental, es preciso captar las diversas variables que pueden ser ocasión de afectación y presentar sus productos normativos.

Hemos apreciado que sociológicamente hay sobradas constancias sobre la heterogeneidad subyacente a la condición anciana, lejos está de ser un sujeto con necesidades uniformes. No todos los ancianos poseen la misma cuota de poder -de potencia o de impotencia- en el manejo de sus conflictos vitales o cotidianos. Valorativamente, la consideración homogénea de la ancianidad respecto a sus restricciones es tan injusta como plantear sólo una fórmula dicotómica entre autónomo y dependiente. Tan injusta es la equiparación igualitarista como la diferenciación arbitraria. Y normativamente, se ha superado el desequilibrio aparente en referencia a la vulnerabilidad genérica del inciso 23. Por lo que pesar de que la población anciana es sumamente heterogénea en cuanto a sus necesidades específicas, es posible determinar subconjuntos de acuerdo a la presencia o ausencia de ciertas barreras u obstáculos. Se puede decir, pues, que existen distintos tipos de impedimientos que afectan en mayor o menor medida a la autonomía del individuo anciano.

Captando las necesidades expuestas, jurídicamente se trabajará con los conceptos de **anciano aútonomo** y **anciano dependiente** (parcial o totalmente). Éstos no coinciden en forma exacta con los económico-sanitarios de autoválido, semi-dependientes y dependientes. Los conceptos construidos se centran en la mayor o menor dificultad, o ausencia de dificultades, en el desarrollo de su autonomía y en las posibilidad de participación del anciano en la comunidad.

Autónomo, será el anciano que se autorregula, aquel que sólo sufre las limitaciones generales propias de la ancianidad, de origen biológico o cultural. Mientras que el *dependiente* será aquel anciano que requiera la intervención

de un tercero en su esfera de libertad debido a sus limitaciones especiales, en forma transitoria o permanente. Es claro que las posibilidades del ejercicio de los derechos de la ancianidad serán muy distintos en tanto existan o no obstáculos económicos (pobreza), sociales (marginación), emocionales (patologías psicológicas), físicos (discapacidad físicas) o psiquiátricos (discapacidad mental).

Asimismo, en los casos del Derecho de la Ancianidad, a fin de que efectivamente se llegue a repartir calidad de vida es preciso que se conjuguen en un mismo acto varios sujetos. La ancianidad en nuestros días ha devenido una barrera extremadamente difícil de superar en solitario. Es así como, según las razones materiales, normativas y valorativas, se requiere conformar una **cadena de obligados** cimentada sobre las bases de la red social existente, la cual apelará al efecto horizontal de los derechos fundamentales para hacerse efectiva.

Con respecto al contenido del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos podemos decir que comprende elementos muy variados. En *Derecho de la Ancianidad* los autores receptan las exigencias valorativas y necesidades básicas de los ancianos enumeradas en los instrumentos precitados, brindándoles un orden sistemático y tratamiento integral. En procura de la satisfacción del derecho fundamental, se estructuró una **clasificación de los derechos de los ancianos** que involucra formatos de las diversas generaciones. Si bien se incluye a los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de la ancianidad no desconocen ni niegan a los derechos individuales, sino que vienen a constituirse como un intento de superación.

Los ***DERECHOS DE AUTONOMÍA*** *de la ancianidad* están constituídos por el derecho a la **vida**, a la **integridad física**, a la **salud**, a la **protección de la familia** y a la **seguridad en el ingreso**, los cuales se vinculan con los

principios de autonomía económica y socio-cultural. Y los ***DERECHOS DE PARTICIPACIÓN*** son los instrumentos jurídicos que buscan superar las restricciones generales que sufre la ancianidad, valiéndose del derecho a la **asociación**, a la **ocupación**, a la **educación** y a la **recreación**.

Ahora bien, es importante preguntarse por el funcionamiento de estas categorías en un Estado Constitucional de Derecho. Es posible pensarlas como derechos sociales mínimos en el marco de una Teoría mínima de justicia social como la planteada por **Martha C. NUSSBAUM**. Aunque son un catálogo de derechos sociales de **mínima**, también funcionan como exigencias de **máxima**. El contenido de estos derechos, volcados en el molde de los principios, se comporta como un catálogo de mínima y de máxima a la vez. Son de máxima como derechos *prima facie*, y de mínima como derecho definitivo. Como derechos *prima facie* buscan la realización del individuo en persona en sus máximas posibilidades, y en forma definitiva, pone un coto que impide caer por debajo de un mínimo en tanto posibilidades reales de acceso.

Hasta aquí hemos podido bosquejar los elementos de la relación jurídica, pero como afirma **ALEXY**, llegados a cierto punto, ya no es posible decir nada más en un nivel abstracto, todo lo demás depende del tipo del respectivo derecho que esté en juego. Una protección jurídica efectiva, es un elemento esencial del derecho mismo, en tanto que a todo derecho fundamental material le están adscriptos derechos procedimentales. Por lo que las **modalidades de su ejercicio** necesitarán captar vincularmente la complejidad del titular, los obligados y su contenido, enlazando el *qué* con el *quién*, el *cómo* y el *por qué* de un reclamo válido.

En cuanto a las modalidades de ejercicio los Modelos previos al multigeneracionismo captaban preponderantemente las formas de los repartos *autoritarios*, en tanto que el Modelo Líquido, sentado en la vereda de enfrente, propugna casi con exclusividad las formas *autónomas*. La propuesta del

Modelo Jusfundamental también ha operado modificaciones o distingos en este particular. De acuerdo al Modelo Jusfundamental, no es posible recurrir sólo a un camino, sino que la complejidad de su relación jurídica exige contar con una variada gama. El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos contiene un haz de posiciones jurídicas del individuo anciano frente al Estado, y frente a los otros individuos; por lo que la complejidad de situaciones, requiere una complejidad de medios.

Siendo fiel al paradigma inclusivo, no puede valerse sólo de medios autoritarios, dado que debe permitir (y facilitar) la participación del anciano en las decisiones de todo orden; pero tampoco puede dejar librado a las fuerzas negociales su suerte. Por lo que el sistema adopta en su origen una **norma disyuntiva**, que en un primer término, procura la obtención de la calidad de vida del anciano por medios *autónomos*, y si ello no fuera posible, luego se recurrirá a los medios *autoritarios*. El sistema necesita contar, entonces, con procedimientos que den una oportunidad real de participar, quedando siempre abierta la posibilidad de recurrir a métodos de resolución final por medio de actos del poder legítimo ante el fracaso del reparto autónomo.

Veamos como se plasma precedimentalmente. Es claro que, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela, cambian también las técnicas normativas predispuestas en garantía de los mismos. Insiste **FERRAJOLI** que *si a los derechos de libertad (o "**derechos de**") corresponden garantías **negativas** consistentes en límites o prohibiciones de hacer, a los derechos sociales (o "**derechos a**") corresponden garantías **positivas** consistentes en obligaciones de prestaciones individuales o sociales.*

Entendemos que la propuesta de **ALEXY** logra comprender esa situación. Tanto lo autónomo, como lo autoritario, lo cotidiano como lo asistencial, el requerimiento a terceros como lo impugnatorio van a encontrar refugio en las estructuras de los derechos fundamentales que diseña. La

condición anciana es sostenida procedimentalmente en concordancia con los señalamientos del Modelo Jusfundamental y el Paradigma inclusivo.

Siguiendo al autor, las posiciones jurídicas son designadas como libertades, competencias y derechos a algo, derechos de defensa y derechos a prestaciones (en sentido amplio), en tanto se procure de los otros una acción negativa o positiva. Entre los derechos a prestaciones en sentido amplio, están incluidos los derechos de protección (1), los derechos a organización y procedimiento (2) y los derechos a prestaciones en sentido estricto -derechos sociales fundamentales- (3).

Los derechos a organización y procedimiento encierran un rico espectro. Bajo este aspecto, le pareció útil al autor efectuar una división en cuatro grupos tomando en cuenta el objeto de los derechos: competencias de derecho privado (2.1), procedimientos judiciales y administrativos -procedimientos en sentido estrico- (2.2), organización en sentido estricto (2.3) y formación de la voluntad estatal (2.4).

En fin, muñidos de esta batería de conductos, es posible, por ejemplo, entender las distintas modalidades requeridas para hacer efectivas las obligaciones del Estado con respecto al derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. A la obligación del Estado de respetar, se le corresponde la modalidad de no intervención. Éstos se configuran como derechos de defensa que apelan a formatos autoritarios. A la obligación del Estado de proteger, se le corresponde la modalidad que busca impedir la violación de los derechos por parte de terceros, esto es, los derechos de protección (derechos de prestación en sentido amplio). Y a la obligación del Estado de promover, tomar medidas concretas para que el ejercicio de los derechos no se torne ilusorio, supone el deber de organizar todo el aparato gubernamental de forma que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Estructuralmente, esta obligación es captada por el

derecho a la organización y al procedimiento (derechos de prestación en sentido amplio).

A pesar de que el lugar desde donde se parte generalmente el tratamiento de los modos de ejercicio con respecto a la condición anciana, se sitúan en torno a los *derechos sociales,* derechos a prestaciones en sentido estricto, el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos no puede descuidar ninguna de estas categorías en su búsqueda de efectividad.

La esfera de libertad del individuo anciano necesitará ser protegida adecuadamente, frente a las posibles intromisiones del Estado (*derecho de defensa*) y de los otros individuos (*derechos de protección*). Por otro lado, sin *normas de derecho privado* que faculten al anciano a obrar por sí, las proclamas de inclusión del paradigma quedarán en palabras huecas. Y en un marco democrático que también alcanza a los ancianos, su elogiada participación necesitará contar con mecanismos que le faciliten el acceso al debate de la cosa pública y la *formación de la voluntad estatal.*

En tanto que, dada la magnitud de los riesgos que se enfrentan en la ancianidad, a la hora de enfrentar a "lo otro", el individuo no puede quedar en la lucha aislada. El derecho fundamental presionará para fomentar la creación, reestructuración o agilización de la *organización* estatal sobre la materia. Con respecto a los *derechos procedimentales strictu sensu*, para vehiculizar efectivamente el reclamo de justicia con respecto a un objeto tan extenso como es la calidad de vida, en un marco paradigmático inclusivo que reclama la participación del protagonista en un juego de múltiples obligados, se requerirá una amplia gama de conductos procedimentales para que el sistema se torne efectivo.

El sistema normativo del Modelo Jusfundamental de la vejez que adopta en su origen una norma disyuntiva procura, en primer término, la obtención de

la calidad de vida del anciano por medios *autónomos*, y si ello no fuera posible, luego, recurrirá a los medios *autoritarios*. El sistema necesita contar, entonces, con procedimientos que den una oportunidad real de participar, quedando siempre abierta la posibilidad de recurrir a métodos de resolución final por medio de actos de poder legítimo, ante el fracaso del reparto autónomo.

No hay una forma predispuesta y única para efectivizar los derechos de los ancianos; de acuerdo al criterio especial de justicia de la ancianidad, son requeridos métodos con audiencia tanto autoritarios como autónomos para completar el Régimen de Justicia. De acuerdo a las razones materiales, normativas y valorativas, que trabajan en forma de reacción, es preciso incrementar el empleo de las *formas de reparto con audiencia del anciano*. Se busca de esta manera reforzar su rol de repartidor, tanto en las formas de reparto autoritarias como en las autónomas.

Como el contenido de los derechos de la ancianidad conjugan la presencia de bienes patrimoniales y no patrimoniales en el concepto de calidad de vida gerontológico su desafío no es menor. Con respecto al catálogo del derecho subjetivo fundamental a la calidad de vida de los ancianos, el **proceso judicial** puede llegar a satisfacer mayormente las exigencias de mínima, pero las de máxima, requerirán de instrumentos que puedan vehiculizar mejor la participación directa del protagonista.

Al menos hasta el presente, el proceso judicial en la Argentina, no fue suficiente como para cubrir el ejercicio del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Se presenta como un instrumento sustitutivo del incapaz, como un poder que limita las injerencias de terceros en la esfera de libertad, siendo una herramienta eficaz en cuestiones patrimoniales y de orden público; pero en cuanto a las medidas de facilitación para el ejercicio autónomo del derecho debe apelar a modalidades complementarias.

En el marco de esta investigación, concientes de la existencia de innumerables otras vías, se ha procurado experimentar con una herramienta procesal de corte autónomo. A fin de completar el sistema, se intentó facilitar el ejercicio del catálogo de máxima en la ancianidad hechado mano del **proceso de mediación**.

TERCERA PARTE

El Derecho Fundamental a la calidad de vida en las residencias para ancianos: un "área" testigo

Tomates verdes fritos

(Estados Unidos, 1991, Jon Avnet)

La institucionalización de la pobreza y la marginación se vive en esta historia en la que Jessica Tandy personifica a una anciana lúcida y vibrante que desde un asilo va a ir modificando la vida de otra generación a través de sus relatos apasionantes. (Comentario de la autora en referencia a la proyección del Ciclo de Cine-Debate "La ancianidad con los ojos del cine")

Solidaridad en la familia. Geriátrico

Aquí la paso bomba. Es una casa antigua, con tres patios anchos rodeados de macetas, uno cubierto por una claraboya, en el que nos reunimos los días de lluvia, y los otros sin techo, donde nos gusta estar al sol, si no es verano. Los cuartos son grandes y húmedos, no esos cuartos secos donde no crece nada.. Estos viejos son un poco locos, pero inofensivos. También son divertidos.. Me gusta estar aquí. La comida es rica, las camas limpias, las muchachas que cuidan son bastante buenas; por lo menos tratan con cariño a estos viejitos locos, y a mí también. Aquí se festejan los cumpleaños, con torta y velitas y la canción "Feliz, feliz, en tu día". Esta tarde es mi fiesta. Vi la torta: como éstas están locas, han puesto ochenta velitas. V. **BOSSERT, Gustavo**; *Solidaridad en la familia. Geriátrico* Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Tomo 13, pág. 11.

Diario de una pasión (Notebook)

(Estados Unidos, 2007, Nick Cassavetes)

El amor conyugal de un hombre se cuela en la lectura de un viejo diario de notas que narra una pasión juvenil. El instante de lucidez de la mujer senil no llega a ser suficiente para el amante esposo que espera pacientemente una y otra vez que su esposa los reconozca en aquellos jóvenes del relato. En esta señorial residencia para ancianos se plasma el auxilio brindado a los dependentes y sus familias. Y también, describe la difícil interacción con aquellos que han perdido la lucidez, que en el caso del protagonista, termina por provocarle una angustia infartante. (Comentario de la autora)

El hijo de la novia

(Argentina/España, 2001, José Luis Campanella)

Se presenta a una familia que modifica su rutina incorporando a la residencia como parte del sostén para una madre y esposa deteriorada por el mal de Alzheimer. Aún en esas circunstancias, un amor que está por encima de las limitaciones, busca su felicidad concretando el sueño de una boda. La residencia no asfixia, a lo largo de la trama las vidas del afuera se entrelazan con la vida del adentro en un marco de normalidad y respeto. (Comentario de la autora)

PALABRAS PRELIMINARES

El problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo también tienen repercusiones a nivel local. La población rosarina envejece casi al mismo ritmo que en la ciudad autónoma de Buenos Aires. La alarma no es nimia. La capital nacional ostenta cifras similares a los envejecidos países desarrollados de Europa y el Norte de América; claro que con estructuras sociales de los países latinoamericanos en vías de desarrollo. Aquí, el engendrado constitucionalmente derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos plantea un nuevo desafío al Estado Constitucional del Derecho. En esta sección pondremos a prueba las soluciones brindadas por el Modelo Jusfundamental a la luz del cambio paradigmático inclusivo en un área jurídica casi inexplorada.

En las residencias para ancianos encontramos una multiplicidad de casos que operan como testigos de esta transformación, y nos servirán para dar cuenta del alcance del Modelo. Esta institución, que remonta sus orígenes al medioevo, ha ido receptando a lo largo de su historia los cambios juspolíticos. Los diversos cimbronazos han repercutido en su estructura y en las funciones sociales que se le asignan. Hoy, se plantea las posibilidades que se operan a partir de la reacción inclusiva por medio de los derechos fundamentales. Así, sus bases se van flexibilizando a fin de brindar la ayuda que requiere la sociedad posmoderna bajo la lupa de la Bioética y los Derechos Humanos.

A nivel local, estas instituciones totales de máxima intervención desempeñan un papel importante en el tratamiento de la vejez. En un contexto rosarino de expansión de este tipo de vivienda colectiva, sin el correspondiente aumento en las modalidades de mínima y media intervención, su estudio resultaba urgente. Es así como contando con el valioso material obtenido en investigaciones abocadas al ámbito público se ha realizado una inmersión en las residencias privadas. De esta forma la mirada pretenderá estudiar con profundidad tridimensional a estas instituciones.

Este acercamiento nos permitirá apreciar las implicancias de las modificaciones paradigmáticas en los casos cotidianos que viven los ancianos. En un momento de tránsito de la concepción guardería/geriátrico a la posmoderna residencia, el instrumento jusfundamental jugará sus piezas en todo el tablero jurídico local.

A fin de obtener material confirmatorio de las aseveraciones que fueron nuestro eje central desde un comienzo, nos hemos valido de la mediación como método de obervación. Éste nos permitió apreciar el grado de recepción del paradigma inclusivo de la vejez en las residencias. Atento a que sus postulados brindan un espacio de participación en el que el implicado en el juego no se mantiene ajeno a su resolución, fue un excelente instrumento para evaluar el grado de desarrollo de los derechos de participación en las instituciones residenciales. En ocasiones, la asociación, la ocupación, la educación y la recreación han aparecido como elementos novedosos en la experiencia realizada. La labor en el campo nos ha brindado un resultado que se moverá continuamente en la dicotomía de las soluciones exclusivas-excluyente e inclusivas-incluyentes reforzando la idea de inestabilidad paradigmática en este terreno.

En la ciudad de Rosario estas viviendas colectivas, se están debatiendo entre la vieja Guardería/Geriátrico y las posmodernas Residencias. Es una

institución multifacética en la que conviven ancianidades que se retiran del mundanal ruido a fin de preparar su muerte, ancianidades marginadas que encuentran asilo en la caridad de los jóvenes, ancianidades que buscando un hogar encuentran una guardería y ancianidades que ven cubiertas sus necesidades sanitarias en el geríatrico.

Es una institución desorientada. ¿Ancianidad lúcida en lugares demenciados? ¿Ancianidad sin razón en residencias luminosas? ¿Ancianidad discapacitada en entornos adaptados? ¿Ancianidad adaptada en lugares postrantes? ¿Qué buscan los ancianos al alojarse? ¿Qué encuentra la familia del anciano? ¿Qué pretende la comunidad y el Estado? ¿Qué se le demanda y exige a estas empresas en la actualidad?

Esta institución multifacética y en búsqueda de orientación, puede encontrar algunas respuestas en el Modelo Jusfundamental de la Vejez. De esta forma, a modo de cierre, se apelará a la aplicación del instrumental desarrollado conjeturalmente por el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Se parte desde las situaciones quejosas que afectan a quienes se vinculan con estas instituciones que socorre a la dependencia rosarina; para luego ensayar algunas respuestas a los múltiples problemas. Nos enfrentamos a una situación de carencias sociológicas y normológicas, con un reclamo insistente desde un régimen de justicia especial. Y posteriormente, precisando nuestro enfoque aún un poco más, nos propondremos comprender mejor el funcionamiento de algunas posibilidades diseñadas por el Modelo Jusfundamental en un caso.

Es así como al hacer uso de la ponderación de los principios del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, será posible apreciar los alcances y aristas de las soluciones a los casos en los que se ven implicados los ancianos en las residencias privadas habilitadas por la Provincia de Santa Fe y la Municipalidad de Rosario.

Capítulo I

Residencias para ancianos y calidad de vida

A. Las residencias para ancianos en el contexto rosarino

Lo observado en forma general en el Derecho de la Ancianidad, se replica, agudizándose, en un área y territorio más acotado: **las residencias para anciano en la ciudad de Rosario**. El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, se encontrará con muchos desafíos a la hora de efectivizarse en estas modalidades de máxima intervención. Así en este capítulo, veremos como existen carencias e indeterminaciones normativas que no contemplan la heterogeneidad del destinatario, la complejidad del objeto, ni de la red de relaciones jurídicas que son necesarias coordinar a fin de enfrentar con éxito el problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo.

Antes de introducirnos en la descripción tridimensional de las residencias para ancianos, entendemos que tiene valor explicativo traer algunos ejemplos de las modalidades de intervención en esta ciudad. Ésto nos permitirá comprender las dificultades que traen aparejadas las fuentes formales deficitarias o inexistentes en esta materia. Y asimismo, las grandes posibilidades de cambio a partir del derecho fundamental.

Para ese fin, encontramos que el *tipo de vivienda* en la cual habita el anciano representa un buen indicador de la modalidad de intervención presente[602]. Según datos del censo 2001, en la provincia de Santa Fe, con una población total de 3.000.701 de habitantes, 348.081 son personas de 65

[602] Lamentamos no contar con datos suficientes para efectuar un mapeo exhaustivo de los sistemas de cuidado existentes en la ciudad y en la región.

años y más **(% 11,6**[603] de la población), y 75.017 de 80 años y más **(% 2,5** de la población). El **% 20,9** sobre el total de personas mayores de 65 **viven solas**, en tanto que el **% 73,7 viven en hogares** compartidos con otros y 8.557 ancianos **viven en hogares colectivos**[604]. En definitiva, sólo el **% 2,4** de la población mayor a 65 años vive en residencias[605].

Estas cifras nos brindan una primera aproximación a la situación, ciertamente, la equiparación no es lineal. Existen modalidades de intervención mínima, aún en algunos casos en que los ancianos conviven con familiares o allegados, y sistemas de intervención media en el caso de los ancianos viviendo solos. Pero el anciano institucionalizado, más allá de su grado de autonomía o dependencia, efectivamente ve restringida su esfera de autodeterminación al ingresar a estas instituciones totales[606]. Éste es un dato

---

[603] En el departamento Rosario la concentración es mayor, el porcentaje oscila entre el **% 12** y el **% 25**.

[604] Tipificados en el censo como "Hogares de ancianos".

[605] *Según un estudio realizado sobre la población residente en una muestra de geriátricos privados relevados por el G.C.B.A, se puede observar que luego de la crisis de 2001 se redujo un 28,7 % (2001-2002) la cantidad de alojados, pasando de 18 mil a 13 mil alojados en geriátricos. Durante este último año (2002) se constató que la enorme mayoría (el 78,4 %)eran mujeres y que la mitad de los alojados presentaban una condición psicofísicia de semidependientes. (Fuente: Dirección General de Estadística y Censos -G.C.B.A.- sobre la base de datos de la Dirección General de la Tercera Edad. Secretaría de Desarrollo Social.)* (**GARCÍA CONDE, Soledad** (coord.); *La situación de los adultos mayores en la Ciudad de Buenos Aires* en "Informe de Situación Social de la Ciudad de Buenos Aires", G.C.B.A., 2003, pág. 10).

[606] V. **GOFFMAN, Erving**; *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1970 (*Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, 1961); **JOSEPH**, **Isaac**, *Erving Goffman y la microsociología*, Barcelona, Gedisa, 1999; **RODRIGUEZ MARTOS DAUER, Ricardo**; *El buque mercante. Un análisis sociológico*., Edición Española, 2006 (tesis doctoral en UPC). Se puede hablar de institución total cuando un gran número de personas (más de 30) tienen su residencia y trabajo en un mismo lugar por un tiempo considerable que les lleve a contar con un rutina diaria común, encontrándose todos aislados de la sociedad. Como el mundo es más pequeño, las pequeñeses se agigantan. Despojados de elementos personales, hay riesgos de despersonalización; se presentan problemas derivados del monorol, la uniformidad, y hasta la mutilación del yo. Ante ello el interno puede reaccionar con conductas de: regresión situacional (el interno se desentiende de todo, no participa se convierte en un autista), initransigentes (protesta por todo, su sentido de subsistencia está en estar contra la institución), colonización (no se imagina su vida fuera de la institución), o conversión (si bien siente hastío por su situación, trata de sobrellevarlo de la mejor forma posible).

certero: la ancianidad institucionalizada, el 2, 4 % en el caso rosarino, tiene grandes riesgos de sufrir restricciones en su esfera de libertad al ingresar.

En la ciudad de Rosario, contamos con algunas estructuras de cuidados que se corresponden con las distintas modalidades de intervención. A modo ilustrativo señalaré algunos ejemplos en referencia a cada una de estas modalidades, a fin de situar en su contexto a las residencias para ancianos, una de las modalidades de máxima intervención.

Las **modalidades de mínima intervención** están relacionadas al autocuidado. Los ancianos autónomos solo precisan los elementos suficientes para sortear los obstáculos ocasionados por las limitaciones generales que sufre la ancianidad en nuestra sociedad. La ayuda mínima requerida es indirecta y no personalizada, por eso esta es la modalidad más cercana a un Humanismo Abstencionista *strictu sensu*. Encontramos diversos dispositivos de ayuda ofertados a los ancianos en la sociedad rosarina. Son sumamente importantes desde un punto valorativo ya que hacen posible al anciano la continuidad en el disfrute de la calidad de vida en forma independiente y autónoma.

Con respecto a los derechos de autonomía, hay instituciones especializadas en Geriatría que permiten el *acceso a la salud*, y campañas de promoción y prevención en los distintos nosocomios. Éstas, por ejemplo, consisten en campañas de vacunación, o una red de vinculación que busca acercar al médico de cabecera con el paciente, y un sistema de enfermería descentralizado, como se está impulsando desde el PAMI. Han ido ganando terreno instrumentos que con un origen *económico* facilitan el disfrute de otros derechos. Por ejemplo, los viajes gratuitos en los medios de transporte masivo para mayores de 70 años, los descuentos en los espectáculos públicos, los descuentos en las tasas municipales y en algunos servicios. En referencia a la *vivienda*, si bien no existen ayudas para la adquisición, alquiler

o reparación de inmuebles en donde habiten ancianos, se encuentran otros dispositivos legales, tales como la ordenanza N° 7921/05 por medio de la cual se destina a los ancianos un porcentaje de unidades construidas por el municipio[607].

En cuanto a los derechos de participación, en referencia al de *asociación* existen Centros de jubilados, Asociaciones de origen religioso[608] y Agrupaciones nucleadas por las colectividades[609]. La ciudad de Rosario cuenta con una variada oferta *educativa***.** Además de disponer de instituciones de niveles y temáticas diversas para el publico en general, existen algunas especializadas en la materia. Por ejemplo, en la Escuela de Gerontología en donde se dictan talleres para la población mayor, en la Facultad de Derecho y en la de Humanidades de la Universidad Nacional de Rosario se dictan cursos específicos. También se cuenta con empresas privadas que brindan diversos talleres de interés, entre otros, de computación para mayores.

Entre los instrumentos de auxilio diseñados para superar las barreras, podemos citar a las rampas presentes en instituciones, públicas y privadas, en algunas zonas del radio céntrico de la ciudad. Recientemente han desembarcado en la ciudad empresas de teleasistencia[610], y el servicio de taxis para persona con discapacidad y algunas unidades del servicio público de transporte con facilidades para el ascenso y descenso de pasajeros.

---

[607] **ORDENANZA N° 7921/05** Destina el **5% de las viviendas** del Servicio Público de la Vivienda a personas de la tercera edad.

[608] Por ejemplo, Acción Católica Argentina Sección Adultos Mayores.

[609] Por ejemplo, israelitas, italianos o españoles.

[610] Servicios tecnológicos para ancianos que les permiten continuar viviendo solos en sus hogares contando con un monitoreo, por ejemplo de los signos vitales.

Entre las ofertas de sistemas de **modalidades de intervención media** encontramos, por ejemplo, la experiencia municipal de las viviendas compartidas, los centros de día[611] y las empresas destinadas a proveer personal encargado de los cuidados especiales para ancianos. Lamentablemente, en el censo 2001/2003 no se registró el porcentaje de ancianos que dependen de la ayuda de cuidadores. Por lo que aún no contamos con datos seguros sobre la ayuda informal, de miembros de la familia o allegados, ni de los cuidadores formales[612]. Esta cifra negra dificulta la apreciación atinada con respecto al despliegue jurídico de las modalidades de intervención media y mínima.

Mas, no ocurre lo mismo con las **modalidades de máxima intervención**, el dato censual es preciso. En la ciudad de Rosario, en referencia a los cuidados con este grado de intervención, encontramos tres sistemas. A fin de comprender el alcance de la misma es oportuno efectuar una diferenciación. Ésta variará de acuerdo al tiempo de estadía del anciano en la institución y al grado de complejidad en el servicio médico brindado. Por ejemplo, se puede señalar que las **residencias[613]** son instituciones de larga estadía y de baja complejidad médica, mientras que el **Hospital Geriátrico Provincial** es una institución de larga estadía de complejidad media; y los **Policlínicos, PAMI I y II** son instituciones de tránsito de baja, media y alta complejidad médica.

Con referencia a las fuentes formales, encontramos que no existe regulación específica de las modalidades de intervención en forma integral. Son alcanzados, tan solo, escasos mecanismos de forma inarmónica. Por

611 Será una modalidad de mínima o de media intervención de acuerdo a la concepción que se tenga del centro de día, si es un ámbito de integración comunitaria para todos los ancianos o si está orientado a la rehabilitación psico-física.

612 Su situación laboral generalmente no está regularizada.

613 En la ciudad de Rosario, contamos con dos residencias públicas -1 municipal y , 1 provincial- y alrdededor de 60 privadas.

ejemplo, sólo existe sobre residencias[614], otra sobre centros de día[615], y algunas experiencias piloto en referencia a las viviendas multigeneracionales[616], alarmas sociales en donde se le da un rol activo a los adultos mayores[617] y otra erige recientemente el Consejo Municipal de la Tercera Edad[618]. Tampoco hemos hallado sistemas de incentivos o fomento de la actividad privada en esta dirección.

Si bien a nivel nacional no existe una normativa que regule en forma integral las modalidades, como si lo hace la Ley de dependencia española[619], en la ciudad de Buenos Aires se denota la presencia de un sistema de

---

614 **ORDENANZA DE LA MUNICIPALIDAD DE ROSARIO** N° 6287/1996 modificada por 6294/1997

615 **ORDENANZA DE LA MUNICIPALIDAD DE ROSARIO** N°5729/1993 (Creación de Centros de Día) y N° 6650/1998 (Programa a implementar en los Centros de Día) Se realizaron dos convenios, uno entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la Municipalidad de la ciudad de Rosario, y el Centro Español Castilla, y otro con el Centro Español Asturiano del año 1998.

616 **ORDENANZA DE LA MUNICIPALIDAD DE ROSARIO** N°8044/2006 (Programa de Alojamiento Solidario entre personas mayores y estudiantes).

617 **ORDENANZA DE LA MUNICIPALIDAD DE ROSARIO** N° 7914/2005 (Subprograma Municipal de Alarmas Comunitarias) Artículo 2 *El subprograma Municipal de Alarmas Comunitarias será implementado siguiendo las pautas que a continuación se detallan: a) Vinculación con los vecinos...b)Instalación de alarmas comunitarias...c) señalización...d)ejercitación preliminar...e) Interacción: se efectuará un relevamiento de las* ***mujeres y hombres adultos mayores, inactivos laboralmente*** *y cuya disposición de tiempo libre permitirá que los mismos se incorporen al Subprograma Municipal de Alarma Comunitarias, como observadores especiales de los movimientos de las cuadras integrantes de la red. f) campaña educativa.*

618 **ORDENANZA DE LA MUNICIPALIDAD DE ROSARIO** N° 8159/2007 (Creación del Consejo Municipal de la Tercera Edad)

619 **Ley 39/2006 PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA** (España) artículo 15 ***Catálogo de servicios****. 1. El Catálogo de servicios comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, en los términos que se especifican en este capítulo: a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal. B) Servicio de Teleasistencia. C) Servicio de Ayuda a domicilio: (i) Atención de las necesidades del hogar. (ii) Cuidados personales. D) Servicio de Centro de Día y de Noche: (i) Centro de Día para mayores. (ii) Centro de Día para menores de 65 años. (iii) Centro de Día de atención especializada. (iv) Centro de noche. E) Servicio de Atención Residencial: (i) Residencia de personas mayores en situación de dependencia. (ii) Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.* V. **CALVO ORTEGA, Rafael; GARCÍA CALVENTE, Yolanda** (dir.); *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas,* Pamplona, Civitas, 2007

cuidados al menos en gestación. En la misma normativa se hace referencia a las residencias, a los hogares de residencia y a los asistentes gerontológicos[620]. En el PAMI hay un atisbo de coordinación entre los centros de día y las residencias, a lo que se puede agregar los centros de jubilados financiados por la entidad para los autónomos. Entendemos que en esta institución se emplea el criterio especial de justicia de la ancianidad en forma embrionaria ya que uno de los objetivos de los centros de día radica en evitar la institucionalización reforzando la red vincular y la integración social.

De acuerdo a este panorama, en la ciudad de Rosario no existe un *continuum* de cuidados progresivos que acompañen al proceso de envejecimiento. El no contar con una normativa marco que instaure las posibles alternativas para el cuidado de ancianos, perjudica al usuario. Éste se ve obligado a inventar en cada reparto un sistema, conjugando los escasos dispositivos especializados que ofrece el mercado, con aquellos otros para las personas con discapacidad. Esta anomia se complica aún más por la continua situación de inestabilidad de la ancianidad, en proceso de dependencia-rehabilitación-autonomía.

Cada **familia**, con mejor o peor predisposición y voluntad, obra de acuerdo a su leal saber y entender, buscando, y encontrando en el mejor de los casos, ***criterios nuevos*** para determinar los pasos a seguir. Criterios nuevos, en tanto que los empleados en generaciones anteriores -previas al

---

620 **Ley N° 661-TA/LCABA/2001** Marco regulatorio para el funcionamiento de los establecimientos residenciales de la ciudad de Buenos Aires Capítulo I Artículo 6 *Son considerados **Establecimientos Residenciales** para personas mayores las entidades que tienen como fin brindar servicios de alojamiento, alimentación, higiene, recreación activa o pasiva y atención médica y psicológica no sanatorial a personas mayores de 60 años, en forma permanente o transitoria, a título oneroso o gratuito;* Capítulo III Artículo 13 *Denomínase a los efectos de la presente Ley **Hogares de Residencia** a los que brindan alojamiento y demás servicios de cuidado, con fines de lucro, a personas mayores aut-oválidos.* Artículo 14 *Los hogares prestadores de servicios residenciales sólo pueden albergar hasta cuatro (4) personas mayores.* Artículo 15 *La familia cuidadora debe garantizar comodidades, accesos, espacios y alimentación adecuada en cantidad y calidad y atención médica ambulatoria para las personas mayores alojadas.* Capítulo IV Artículo 17 *Incorpórese la figura del **Asistente Gerontológico** como personal de servicio especializado en la atención de personas mayores y con capacidades para brindar estos servicios a domicilio o en instituciones.*

fenómeno del multigeneracionismo- no son eficaces, no son factibles, o son altamente perjudiciales para el entorno por diversas circunstancias históricas. Las mujeres, otrora cuidadoras de ancianos, niños y enfermos por excelencia, ahora, aún mayores, reparten su tiempo entre el trabajo afuera y dentro del hogar. Las viviendas, otrora espaciosas en dónde convivía la familia extendida, hoy se subdividen en células que contienen ajustadamente a la familia nuclear. En fin, la intervención en la esfera de libertad del anciano muta de acuerdo a la paciencia o ingenio de su sistema familiar, sin encontrar un eje al cual asirse.

La población rosarina tampoco cuenta con algún criterio para determinar el momento en el cual sea preciso recurrir a la sustitución o la facilitación de un tercero, ni el modo de efectuar la graduación de la intervención. Nos encontramos con una familia que está sola improvisando sistemas de cuidados *ad hoc*. Tal es la falta de sistematicidad que incluso muchas veces varia el trato endilgado a los distintos ancianos dentro de un mismo círculo familiar.

Los **ancianos,** por su parte, resisten el mayor tiempo posible el ingreso a una institución colectiva de acuerdo a sus fuerzas y medios de protección. Dado que las modalidades de intervención mínima y media están insuficientemente apuntaladas jurídicamente, al anciano se le genera un dilema angustiante. ¿Tiene que mantenerse fuerte y autónomo en su hogar el mayor tiempo posible, aún a costa de su calidad de vida, e incluso de su integridad física, o resignarse a depender de otros en forma casi incondicionada, o resignarse por completo al ingresar a las instituciones colectivas? La falta de progresión planificada de acuerdo a un criterio de justicia, agobia tanto a la familia como al mismo anciano. Esto genera un clima de continua tensión, caldo privilegiado para los conflictos familiares.

El **mercado** rosarino, muy tímidamente y por propia iniciativa, está empezando a perfilar nichos comerciales; en algunos casos, sin contar con la capacitación suficiente. El **Estado** aún no ha encontrado los mecanismos para operar un sistema de ayuda integral y programada para la ancianidad en Rosario. Las herramientas de incentivo y control de la actividad privada en la temática no son suficientes. Mas la puesta en marcha de la Dirección Municipal de Políticas de Adultos y Adultos Mayores en el año 2007, permitirá unificar criterios de abordaje de la problemática de la vejez, en coordinación con la Dirección Provincial de Adultos Mayores. Por lo que hay muchas esperanzas de cambios favorables.

B. Su justificación histórica: del retiro medieval a las residencias públicas y privadas de la posmodernidad

Las residencias para ancianos son **instituciones totales**[621]. Ésto es, organismos con regulación propia en cierta forma cerradas al exterior. Allí al compartir las actividades, los espacios, los estados de ánimo durante todo el día, se ve facilitada la aparición de conflictos vinculados con la cotidianeidad y convivencia de personas sin vínculos afectivos previos al ingreso. Esta circunstancia, en conjunción con el servicio complejo que ofrece -hotelero, sanitario y sociorecreativo- ocasiona la constante intervención de un tercero en gran parte de los órdenes de la vida del anciano. Lo cual implica la constante supervisión de todas sus actividades diarias y vitales.

Los ancianos institucionalizados ven incrementados sus **impedimentos** en la esfera de libertad en comparación con los que viven con un menor grado

[621] En una de las residencias observadas, una anciana levemente demenciada, cuando se refería a ella y sus compañeras lo hacía con el término "pupila", con la respuesta de una risa triste de las lúcidas.

de intervención. Al ingresar -tanto a instituciones públicas como privadas- los residentes sufren **pérdidas**, materiales y personales[622]. Su mayor pérdida es el "hogar"[623]. También añoran aquellos objetos preciados aunque tal vez carezcan de un valor económico en el mercado[624]. Cuando todo cambia alrededor tendemos a aferrarnos a aquello que estuvieron con nosotros "toda la vida" o que nos transportan a lugares y personas que ya no existen; pero al ingresar deben alojar todos sus recuerdos en una o dos valijas. Esos objetos transicionales serán guardados -no simpre- bajo llave en un ropero; por lo que el alto valor simbólico que transportan quedará encerrado o despreciado. Por otro lado, también las relaciones afectivas se afectan. Descontando la desaparición de seres queridos o allegados por deceso, se sufre la pérdida, o al menos se modifica la relación, con los vecinos, parientes, compañeros de trabajo y amigos.

En fin, en la bibliografía gerontológica, se señalan riesgos específicos vinculados a las diversas crisis que sufre el anciano al ingresar: pérdida de **autonomía**, pérdida de **identidad**, y crisis de **pertenencia**.[625] El anciano dependiente que necesita ingresar, ve constreñida su vida-estar y vida-hacer en salvaguarda de su vida-ser. El precio de la conservación de la vida

---

[622] *Muchas veces las pérdidas y los cambios de distinto tipo que se sufren en la vida pueden dar lugar a una serie de trastornos de salud mental cuyo diagnóstico, de no ser el adecuado, puede ocasionar dar un tratamiento equivocado del paciente, la falta de tratamietno o un internamiento innecesario desde el punto de vista clínico.* **PLAN DE ACCIÓN DE MADRID**, 2002, punto 84. V. **INSSP;** *Normas y criterios vinculados a la calidad prestacional y atención a la salud,* 3° ed., Mar del Plata, Inssp, 2000; **RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Pilar;** *Residencias para personas mayores. Manual de orientación,* 2° ed., Madrid, Ed. Médica Panamericana, 1999; **DE LOS REYES, María Cristina**; *Familia y organización geriátrica. Diálogo de perspectivas en un establecimiento,* Mar del Plata, 2004, s/p.

[623] Concepto mucho más abarcativo que el de mera "vivienda". V. **DABOVE, María Isolina**; "Derecho de la Ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas" en *Separata de Homenaje a Vélez Sarfield*, tomo III, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.

[624] Aquel anillo regalado por su madre, la colección de figuritas que atesora desde la infancia, etc.

[625] V. **MENDEZ GONZALEZ, Elsa**; *Lineamientos generales para mejorar la calidad de vida de las personas mayores que residen en hogares para ancianos*, 2003 (profesora Escuela de Enfermería, Universidad de Costa Rica) (www.redadultosmayores.com.ar 04/04/08).

biológica, muchas veces pone en riesgo la vida de relación y afecta seriamente su vida cultural. Los ancianos institucionalizados requerirán medios específicos para apuntalar su calidad de vida.

Desde las disciplinas gerontológicas se aconseja que el ambiente contribuya positivamente para que sus residentes superen aquellas tres crisis. Esto será posible si se procura conservar su autonomía física y psicológica el mayor tiempo posible, poner atención al cuidado de la salud, utilizar el tiempo de ocio en actividades que contribuyan a su desarrollo integral, favorecer los contactos sociales como fuente de apoyo y bienestar, y también, prestar atención esmerada apegada a los derechos y necesidades de las personas mayores[626]. En síntesis, el ejecicio de los derechos en las residencias representa una forma de aproximarse a las exigencias que se le plantean a estas instituciones posmodernas.

A pesar de que hoy hablamos de residencia, como bien lo señala **DABOVE** en *Derecho en los Geriátricos,* este concepto fue determinado por los avatares históricos. Estas instituciones encargadas de alojar ancianos, han sido adjudicatarias de diversas denominaciones**: retiro, asilo, hogar, guardería, geriátrico**, y actualmente, **residencia[627]**. Cada término se corresponde con circunstancias históricas, políticas, económicas, científicas y jurídicas diversas.

Siguiendo el desarrollo de esta modalidad de máxima intervención, es posible apreciar la secuencia de sustitución de paradigmas, modelos juspolíticos y sistemas operativos. Nos remontamos a su origen en el **RETIRO** medieval[628], descubriendo un formato que se corresponde con el Modelo

626 V. **MENDEZ GONZALEZ, E**.; *Lineamientos generales ...*ob. cit.

627 Ver **CUADRO 9** Las Residencias en la Historia.

628 *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. Podían cumplir con los mandatos de una sociedad culturalmente teocéntrica, aislándose del mundo*

juspolítico Totalitario; en tanto que el Estado Moderno, guiado por un Modelo Abstencionista, desarrolla la modalidad del **ASILO**[629]. Será recién en la edad contemporánea, a la luz de los estudios médicos especializados y con un

---

cotidiano, poniendo fin a la rutina productiva y a las preocupaciones sociales y políticas; pues se pensaba a la vejez como etapa de preparación para la muerte, como proceso de despegue de todo lo terreno, como tránsito al más allá. Además, por esta vía, los mayores disfrutaban de ventajas cotidianas relevantes. 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. 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. 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. En algunos casos, los acuerdos eran tan prolijos que, incluso –como señala Michel Rouche– se llegaba a determinar el número de panes, la cantidad de vino o de cerveza y los vestidos que habría de recibir. V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. J. B**. (dir.); *Derecho de la Ancianidad*...ob. cit., pág. 173.

[629] *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 occidental. 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 ciudadanos. 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 control. 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 actuales. 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 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 occidente.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. J. B.** (dir.); *Derecho de la Ancianidad*...ob. cit., pág. 175.

Modelo Paternalista propio del Estado de Bienestar, que aparece el **HOGAR[630].** Actualmente, esta institución se encuentra en un proceso de cambio, adecuándose a los desafíos que le plantea el fenómeno del multigeneracionismo. Siguiendo los postulados de la Gerontología, receptados por los Modelos Líquido, Comunitarista y Jusfundamental se va convirtiendo en **RESIDENCIA**[631]. En nuestros días el término se emplea para designar tanto a los organismos privados como a los públicos[632], existiendo una marcada

---

[630] *Nótese que ya en esta centuria, no sólo se levantan viviendas gerontológicas para que funcionen como hogares; sino que éstas se construyen con el propósito de brindar asistencia medicalizada. Se edifican, pues, "hospitales-casas" para ancianos. Sobre este cambio de significación influyó, sin duda, la consagración de los primeros avances científicos en materia de Geriatría. 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 materia.(...) ...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.* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. J.** B. (dir.); *Derecho de la Ancianidad*...ob. cit., pág. 178.

[631] *Con el final de los regímenes totalitarios y de la guerra fría, junto al desarrollo de los fenómenos de integración y del capitalismo financiero globalizador de los ochenta, se consolidó un nuevo modelo de organización iuspolítica: la del Estado Democrático Constitucional, también llamado "Estado subsidiario"[631]. 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...* V. **DABOVE CARAMUTO, M. I.; PRUNOTTO LABORDE, A. J. B**. (dir.); *Derecho de la Ancianidad*...ob. cit., pág. 178.

[632] Ley N° 661-TA/LCABA/2001 Marco regulatorio para el funcionamiento de los establecimientos residenciales de la ciudad de Buenos Aires *Artículo 6 Son considerados Establecimientos Residenciales para personas mayores las entidades que tienen como fin brindar servicios de alojamiento, alimentación, higiene, recreación activa o pasiva y atención médica y psicológica no sanatorial a personas mayores de 60 años, en forma permanente o transitoria,* ***a título oneroso o gratuito.*** Cláusula transitoria cuarta: *Los* ***Establecimientos Residenciales para personas mayores dependientes del Gobierno de la Ciudad de***

tendencia a la uniformidad del servicio brindado. De esta forma se superan los formatos de la **guardería** y el **geriátrico**[633]; este último representa una referencia medicalizada de la primera.

Jurídicamente, cada modelo va a hacer uso de un sistema operativo acorde a sus necesidades y exigencias. En cada etapa, se han valido de elementos diversos para delinear sus contornos. Al comparar los destinatarios y los prestadores de los servicios ofrecidos, se descrubren fácilmente las figuras jurídicas empleadas a tal fin.

En el **retiro medieval,** quienes hacían uso de esta modalidad debían contar con peculio propio para hacer frente al pago del precio. Ese servicio de alojamiento, alimentación y seguridad se brindaba mediando un contrato que se celebraba con un convento o monasterio. En la **modalidad asilar**, la asistencia estaba destinada a los ancianos pobres y/o dementes. Lo resolvía el Estado por medio de una carga pública, o las Sociedades de beneficencia por medio de liberalidades. Allí se le proveía un lugar adonde pasar sus últimos días sin estar sometidos al alea social y económica que sufrieran sus familias. Los **hogares,** creaturas de las políticas públicas del Estado de Bienestar. Éste

---

Buenos Aires *mantienen los servicios del modo establecido debiendo, en caso de no reunir los requisitos fijados por la presente ley, incorporarlos en los plazos y condiciones que fija la autoridad de aplicación.* En la normativa municipal de la ciudad de Rosario existe una carga pública para los establecimientos privados que consiste en alojar indigentes en caso de ser necesario. Ordenanza N° 6287/96 modificada por 6294/97Artículo 9.1 *En caso de que la Municipalidad, por razones derivadas a la clausura de una Residencia para Personas Mayores, o por otra de igual gravedad o emergencia,* ***necesite albergar transitoriamente a personas mayores indigentes en establecimientos privados*** *con fines de lucro, los mismos estarán obligados a recibir sin retribución alguna a una persona cada quince (15) alojados pagos que posean, debiendo dispensarle a ésta,* ***idéntica atención que al resto de sus albergados****.*

[633] En nuestro medio se ha enraizado el término Geriátrico por la vasta difusión de la cobertura del PAMI. Tal es así que en las páginas amarillas de la guía telefónica se emplea esta terminología como palabra de búsqueda. Asimismo, es la terminología clasificatoria empleada por la municipalidad en el trámite de habilitación de las instituciones. Por ejemplo, el estado de transición es claro en la normativa de la ciudad autónoma de BsAs, que ante la incertidumbre o estado de confusión con respecto a la denominación de la institución efectúa una aclaración. Ley N° 661-TA/LCABA/2001, en su Cláusula transitoria segunda*: a los fines de la normativa vigente, debe entenderse Establecimiento Residencial para personas mayores como sinónimo o equivalente al término* ***Residencia Geriátrica o Geriátrico***

asumió a la ancianidad como un nuevo riesgo; por lo que el ciudadano anciano contaba con un espacio en el cual, además de encontrar alojamiento, alimentación y seguridad, se le impartía vigilancia médica especializada (geriátrica).

A fines del siglo XX, en las décadas del setenta y ochenta, se va a producir un quiebre. Se coordinan y unifican de cierta forma las modalidades históricas a través de la nueva mirada gerontológica. Conviven en el término **RESIDENCIA**, los HOGARES públicos con las GUARDERÍAS y GERIÁTRICOS privados. En la actualidad, el destinatario de este servicio es el anciano dependiente, en lo físico y/o psiquiátrico, sea o no dependiente en lo económico.

Es relevante el lugar dado a los derechos de participación. Éstos recién aparecerán en el ámbito de estas instituciones al constituirse en su forma acabada. En las guarderías y geriátricos, estos derechos sólo se manifiestan vinculados con un concepto de salud hegemónico. Se desconoce la importancia de vehiculizar los derechos de ocupación (más allá de su conexión con la rehabilitación de la salud motora), de asociación, de educación, de recreación, asociados a un concepto de salud integral inclusivo de la faz de promoción, prevención y tratamiento adecuado de lo físico, psiquiátrico, emocional y social. En cuanto al formato jurídico empleado en Argentina, las reparticiones públicas prestan el servicio enmarcándolo en la figura del servicio social del Derecho Administrativo, mientras que las empresas privadas lo hacen por medio de un contrato atípico[634].

---

*[634] Si observamos las normas vigentes en Argentina y lo sostenido por la doctrina administrativista en esta materia, es posible afirmar que los Geriátricos se configuran en calidad de **servicios sociales**, en tanto en cuanto, su prestación forma parte de los denominados cometidos públicos de bienestar o progreso social. Sin embargo, 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). De modo tal que, la naturaleza jurídica de los Geriátricos deberá analizarse también, a la luz de los puntos de contacto de ambas ramas del Derecho. 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*

En definitiva, desde la luz proyectada por el Derecho de la Ancianidad, las residencias para ancianos aparecen como **instituciones sumamente complejas**. En pos de satisfacer la calidad de vida requerida por el derecho fundamental de los ancianos, la institución brinda un servicio que combina la asistencia y el control sanitario con las necesidades sociales, sin descuidar el fiel cumplimiento de las prestaciones de hotelería. La complejidad es aún mayor si tenemos en cuenta que en este sistema de cuidados, los destinatarios son dependientes, ancianos que requieren ayudas especializadas para realizar las actividades cotidianas. La dificultad que se le presenta al ejercicio de los derechos es aguda. Téngase presente que de acuerdo a los postulados del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos el catálogo de derechos se mantiene intacto, a pesar de la mayor dependencia del sujeto anciano y la necesaria intervención de terceros. Por lo que los derechos de autonomía y participación, requerirán esmerarse por encontrar modalidades adecuadas.

Asimismo, con un criterio especial de justicia que exige el mantenimiento y recuperación de las áreas de autonomía, son necesarias medidas especiales a fin de no afectar la esfera de libertad de los residentes más allá de lo necesario, de acuerdo a un Régimen de Justicia Humanista Intervencionista Justificado. Lamentablemente, como veremos más adelante, desde un análisis tridimensional de estas instituciones esta complejidad fáctica y axiológica, no es adecuadamente captada por la normativa vigente en el ámbito local.

---

funcionamiento. Ya se adopte un camino u otro, es importante destacar que, en general, en nuestro Derecho se ha reconocido que estamos, en suma, frente a un tipo institucional que tiene a su cargo el cumplimiento de una función que reviste ***interés legítimo para toda la comunidad****. Frente a este panorama, quizás no resulte osado pensar en la posibilidad de recurrir a otras figuras jurídicas para la organización de los Geriátricos. Así por ejemplo, cabría analizar si es técnicamente viable conformar Geriátricos en calidad de* ***servicios públicos****. O bien, si no sería más apropiado someterlos a algún otro tipo de sistema jurídico especial, como el de los "****servicios esenciales****" o* ***prestación básica universal****.* V. **DABOBE, María Isolina**; "La condición jurídica de los ancianos residentes en geriátricos. Perspectiva iusfilosófica sobre un trabajo de campo." en *Derecho en los Geriátrico. Una aproximación interdisciplinaria,* Rosario, 2003, s/p, pág. 34; Y ver **DABOBE, María Isolina**; "Geriátricos en Argentina: complejo punto de encuentro del Derecho Público y Privado" en *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor M. A. Ciuro Caldani*, comp. Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau, Buenos Aires, La Ley, 2005.

En la ciudad de Rosario, encontramos vestigios de aquella evolución, e indicios suficientes como para hablar de una etapa de transición. Buceando en la historia normativa local, encontramos que la experiencia rosarina comienza con la recepción de la institución ASILAR en el caso del actual Hospital Geriátrico Provincial. Luego, siguiendo el recorrido, se transita el estadío del HOGAR, siendo el último desarrollo en muchos casos[635]. La experiencia privada comienza por emplear la denominación de GUARDERÍA, para finalizar en un viraje actual hacia las RESIDENCIAS. Aunque, como lo veremos más adelante, mucho le falta transitar para adecuar el cuerpo de la normativa con su autodenominación residencial. En la expansión de esta modalidad habitacional tuvo gran incidencia la cobertura del PAMI, que en la actualidad asciende a casi la mitad de las plazas cubiertas, por lo que hace comprensible la dificultad que encuentra para desprenderse de la modalidad y la denominación GERIÁTRICO que aún es empleada por ese sistema de ayuda sanitaria y social[636].

A partir del análisis tridimensional de las instituciones privadas, podemos decir que se hallan en un punto jurídicamente crucial. Hay elementos sociológicos y axiológicos suficientes para obrar el cambio hacia la concepción

[635] Como lo señala Dabove aún se emplea la voz "hogar", aunque ya lejos se está del diseño que le diera el Estado de Bienestar. Administrativamente, los Hogares Oficiales dependen de la Secretaría de Estado de Promoción Comunitaria -y de la Dirección Provincial de la Tercera Edad- de la Provincia de Santa Fe. Según el Decreto 1534/97, los Hogares de Ancianos constituyen organismos de "autogestión", pudiendo funcionar en coordinación con Asociaciones Cooperadoras. Éste, pues, es el punto de encuadre en el que se advierte con claridad la contradicción política que genera el uso del concepto "hogar" antes mencionada. En efecto, mientras por un lado la norma expresa voluntad de adhesión al proceso de reformulación y recorte del Estado en Argentina y a la tendencia privatizadora que pesa sobre las políticas sociales nacionales; de otro, se apela a una denominación representativa de una ideología contraria. La respuesta a esta ambivalencia está, creo, en el beneficio que aporta el empleo de la palabra hogar, para lograr adhesiones sociales al sistema propuesto desde una óptica "emotiva". V. **DABOBE, M. I.**; La condición jurídica de los ancianos residentes...ob. cit., pág. 48). Respecto de las ventajas y desventajas que genera el uso emotivo del lenguaje puede consultarse, entre otros: **CARRIO, Genaro**; *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973; Notas sobre Derecho y Lenguaje, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979; **NINO, Carlos S**.; *Introducción al análisis del Derecho*, 2º ed., 9º reimpág., Buenos Aires, Astrea, 1998.

[636] Ver **CUADRO N° 10** Historia de las Residencias en las fuentes formales de la ciudad de Rosario

de residencia. Mas la normativa no otorga ayuda alguna; muchas veces, inclusive, obstaculiza su desarrollo.

C. El caso particular de las residencias privadas en Rosario

1. Perspectiva jus-sociológica de las residencias privadas rosarinas

Como fruto del trabajo de campo[637], se han podido obtener algunos datos de importancia para el Derecho de la Ancianidad respecto al ejercicio del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos en las residencias privadas rosarinas observadas.

En cuanto a la *DENOMINACIÓN* de la institución, encontramos que tanto en la publicidad como en el discurso de los entrevistados, se planteaba una dicotomía. Esta dualidad veremos cómo se irá sosteniendo a lo largo del efectuado bajo la guía del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Algunas empresas se ofrecían, tanto en su cartelera exterior como en su folletería, como "**geriátrico**". Otras, procuraban resguardar la fachada obviando la designación, y autoreferenciádose como "**residencia**"; a la vez que demostraban sentimientos de incomodidad ante el término geriátrico, apresurándose a resaltar las razones que la hacían diferente. Si bien el vocablo "**guardería**" ya nadie lo usa a nivel comercial, no ocurre lo mismo en el discurso de los usuarios y en los formularios municipales. Este término, aún se emplea para catalogar a estas instituciones en el trámite de habilitación[638].

[637] Datos obtenidos de la *observación no participante* en cuatro instituciones rosarinas (N° 5, N ° 17, N° 18 y N° 20 en donde se realizó la experiencia del taller), y de las *entrevistas* a sus directivos y algunos residentes.

[638] Entre los rubros por medio de los cuales se habilitan las instituciones en la Dirección General de Habilitación de Industrias, Comercios y Servicios de la Municipalidad de Rosario

Ente los internados, había gran dificultad para encontrar una denominación con la que se sintieran a gusto, o pudiese describir su estadía. A uno de los residentes, en una oportunidad, se le escapó[639] el término "Psquiátrico". Ello le provocó una sonrisa entre satisfecha y amarga, satisfecha porque entendía que era la palabra exacta, pero amarga porque describía las penurias que él vivía en su condición de autónomo lúcido[640].

En cuanto al *CATÁLOGO DE NECESIDADES BÁSICA*S captadas por los derechos de la ancianidad presentes en las residencias, encontramos que son los derechos de **autonomía** los que mayormente se ven satisfechos. En tanto que con las correspondientes a los derechos de **participación,** nuevamente nos encontramos con una dicotomía: mientras que en algunas instituciones son contempladas, en otras se plantean de forma inarticulada, escasa o directamente no son tenidas en cuenta a la hora de repartir.

En lo tocante a los *DESTINATARIOS* del servicio, nos topamos con una realidad variopinta. No fue sorprendente constatar la ausencia de sujetos **autónomos,** dado que se trata de una modalidad de máxima intervención**.** Pero sí se identificaron todo tipo de **dependencia**, incluso en el plano económico[641]. Es así como convivían en un mismo recinto ancianos demenciados, discapacitados o traumatizados con deprimidos, solos o solitarios.

---

encontramos las siguientes: GUARDERÍA DE ANCIANOS, GERIÁTRICO-GUARDERÍA, GERIÁTRICO, INSTITUTO GERIÁTRICO, RESIDENCIAL GERIÁTRICO, RESIDENCIAL PARA PERSONAS MAYORES AUTOVÁLIDAS, RESIDENCIAL PARA PERSONAS DE LA TERCERA EDAD y RESIDENCIA PARA PERSONAS MAYORES.

639 "Escapar" fue la palabra que usó.

640 Ingresó para compañar a su esposa con Parkinson avanzado. Único hombre lúcido de 4 no demenciado entre un total de 54 internos. La institución no estaba catalogada como con orientación psiquiátrica.

641 Los residentes con la prestación geriátrica del PAMI.

Y por otro lado, no era infrecuente encontrar residentes menores de 60 años. Generalmente, se trataba de dependientes socio-culturalmente. Personas con discapacidades intelectuales que, o bien se habían quedado sin el apoyo de su familia[642], o eran sus propios familiares los que se enfrentaban con las dificultades que ocasiona la vejez[643].

En tanto que en relación a los *REPARTIDORES* encontramos gran presencia de **sustitución**. Se carecía de tareas **facilitadoras** del entorno, salvo en materia de barreras arquitectónicas. Ante este panorama, para las personas dependientes se torna sumamente difícil el ejercicio de los derechos de participación.

El **anciano** en el rol de repartidor era inexistente. El **Estado** sólo se hacía presente cumpliendo una función de contralor, especialmente exigente en lo edilicio. Por lo que encontramos que la familia y la empresa geriátrica se repartían tareas, en forma no uniforme a fin de enfrentar el problema del envejecimiento patológico.

La **familia** se hacía presente de diversas formas. Era frecuente, sobre todo en una institución en el que el personal era escaso, encontrarse a alguno de sus miembros ayudando a los ancianos en la actividad de ingerir alimentos a la hora de la merienda. Han participado del taller, algunos colaborando con la dinámica participativa, otros obstruyéndola por medio de prácticas sustitutivas de la voluntad del anciano. También encontramos *cuidadores extras*, ajenos a

[642] Nos encontramos con el caso de una mujer de 55 años con una enfermedad con caracteres similares a los del síndrome de Down con un fideicomiso a nombre de la propietaria del geriátrico debido a que habían fallecido todos sus familiares.

[643] En un caso, una mujer de 50 años con algún padecimiento intelectual que vivía en el geriátrico porque sus padres no podías continuar con sus cuidados por su edad. A pesar de que ya eran muy mayores, aún la visitaban. En otro caso, la persona se encontraba transitoriamente, a la espera de conseguir un lugar en una institución especializada para su cuidado.

la empresa, solventados por los familiares para cubrir las necesidades de atención personalizada y compañía.

En cuanto al régimen de visitas, retomamos la situación bifronte: en algunas instituciones se monitoreaba la presencia de los familiares por teléfono, era el propio directivo quien recordaba a los familiares remisos el tiempo transcurrido desde la última visita (que no se extendía más allá de 15 días); también se organizaban eventos en los cuales se invitaban a todos los familiares, provocando la presencia de nietos y bisnietos. Mientras que en otras las visitas eran libradas a las posibilidades y buena disposición de los allegados. Por lo que se producía una lógica discriminación entre los visitados y los no visitados. Incluso, la copropietaria y administradora de una institución aconsejaba a un hijo ausentarse a fin de no sufrir por el estado de confusión mental que padecía su madre[644].

La **empresa geriátrica** asumía diversos roles. En algunos casos guiados por los prejuicios y en otras, por la búsqueda constante de mejoras para los internados. Más allá de los profesionales y no profesionales exigidos por la legislación, encontramos músicoterapeutas, instructores de yoga, profesores de educación física, cantantes, masajistas, profesor de teatro y maestro encargado de la alfabetización de algunos residentes. Con respecto a la idoneidad del personal, en unos casos se observaba la presencia constante y el trato respetuoso, mientras que en otros casos, los residentes daban cuenta de la rotación constante del personal, cada tres meses, y ante el ofrecimiento de capacitación en forma gratuita, lamentaron no poder autorizar al personal para disponer de algunas horas. Fue casi imposible contactarnos con los profesionales a cargo, y al hacerlo, se mostraron poco interesados en dialogar sobre las prácticas semanales. Incluso, una directora se jactaba con total

644 En un momento de la entrevista, al preguntarle por el trabajo que realizaba con las familias, nos relató el caso. Al hijo de una residente, el directivo le había aconsejado no visitarla más ya que esta lo confundía con su marido y le preguntaba cuando se iban a ir, lo cual apenaba y atormentaba al hijo.

desparpajo, de la práctica de los profesionales que para abaratar costos y debido a la imposibilidad de hacer algo por los residentes, se limitaban a firmar, cobrar y retirarse una vez por mes. Más triste fue constatar que, para cualquiera que quisiera verlo, los resultados estaban a la vista: ancianos cosificados.

Las formas de reparto con audiencia son casi inexistentes, y en algunos casos son hasta desalentadas[645]. Hay gran presencia de formas autoritarias de legitimación estable. Por ejemplo, el reparto del lugar en la mesa es determinado por un tercero -la práctica habitual era la determinación por parte del psicólogo para evitar conflictos. Se observaba un gran peso de la autoridad médica[646], siendo proclive a un sistema paternalista. Por otro lado, las formas autoritarias de legitimación inestable tienen poca presencia; y las formas de reparto autónomas son sumamente difíciles por el alto grado de dependencias psiquiátricas y psicológicas. De este modo, se refuerza la intervención paternalista.

[645] Uno de los entrevistados -lúcido y autoválido- nos refería un caso que había sufrido entorno al cuidado de sus pertenencias. Al extraviarse una prenda de vestir, decidió ir hasta el lavadero para dialogar con la encargada de la tarea a fin de rastrearla. Sin siquiera escucharlo, le llamaron la atención por haberse aventurado a la terraza de la institución, debiéndose volver a su sitio despojado de la vestimenta y de su capacidad de autodefensa.

[646] En la normativa del PAMI, desoir el "consejo" médico en cuanto a las salidas tiene su precio. Resolución 559-I/2001 Registro de Prestadores del Servicio de Geriatría del Instituto - Anexo A Reglamento del Registro de Prestadores del servicio de Geriatría del Instituto - Anexo 4 NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA INTERNACIÓN GERIÁTRICA. CIRCUITO ADMINISTRATIVO PARA OTORGAMIENTO DE VACANTE Y CONDICIONES GENERALES DE INTERNACIÓN 4.1.2) *ENTRADAS Y SALIDAS: Se contemplará un horario libre de entrada y salida de los residentes respetando las normas de convivencia. Para los casos en que hubiese sido decretada la insania y/o inhabilitación judicial se deberá requerir autorización al Juez interviniente y/o al Curador Oficial designado. En los casos de residentes con problemas de salud psicofísica las salidas sin acompañante deberán contar con la conformidad del médico responsable del establecimiento.* ***En caso que el residente en uso de sus facultades decida contravenir el consejo médico, deberá dejar constancia por escrito de su decisión; deslindando al establecimiento de toda responsabilidad por el daño que pudiera sobrevenir en su salud psicofísica durante su permanencia fuera del establecimiento.***

2. Su dimensión normativa

La normativa aplicable consiste en un entramado a trazos gruesos y dispares[647]. Combina decretos provinciales desactualizados -**Decreto 2719/77 y Decreto 2091/80**- con una normativa municipal que aglutina, en forma de compendio[648] lo desarrollado sobre la materia hasta 1996 en la **Ordenanza 6287/96 modificada por 6294/97**. A esto, se suma la faz sanitaria de la prestación, que lo encontramos en la **Ley 9847**, la cual consta de un **Decreto Reglamentario 6030/91**, que regula a los establecimientos geriátricos en su artículo 31. Se puede agregar a la reciente resolución 1147/2006 sobre clausura. A este no muy halagüeño panorama normativo, le sumamos algunos comentarios a fin de tener un cuadro tangible de la situación.

---

[647] *Podríamos observar entonces, que en esta materia nos encontramos frente a **un caso particular de laguna o carencia normativa** que se produce por defecto y por exceso. Es decir, por no contar con una ley nacional sobre Geriátricos que permita sistematizar este problema, de un lado. Mas también, por la vigencia de un número demasiado nutrido de decretos, ordenanzas, circulares y en el mejor de los casos leyes, referidos a estas instituciones, pero que sólo rigen en el ámbito provincial o municipal, de otro. Desde la Perspectiva estática del ordenamiento jurídico vemos entonces, que la cuestión de los geriátricos resulta presa de un fenómeno de **multinormatividad** en los niveles mencionados. Pero que, a la hora de su funcionamiento, en la dinámica del sistema, genera situaciones de **insuficiencia normativa** debido a las superposiciones temáticas, competenciales, temporales y reales de las regulaciones.* V. **DABOVE, M.I.;** "Derecho de la ancianidad y Bioética en las instituciones geriátricas" en *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.

[648] *Expresa el autor, que las numerosas normas que regulan los diversos aspectos del funcionamiento de las Residencias y considerando que la diversidad de Ordenanzas vigentes: N° 3684/84, N° 4526/88, N° 5844/94, N° 5890/94 y N° 5891/94; tornan conveniente unificar criterios en una sola norma que articule todo lo relacionado a: denominación, definición, categorías, reglamentación de funcionamiento e instalaciones y medidas de seguridad; con el fin de optimizar las instituciones existentes y futuras. Que a su vez, es necesario actualizar dichas normas, teniendo en cuenta los avances científicos que han posibilitado prolongar la vida de las personas mayores, lo cual requiere una adecuada calidad de servicios, que los establecimientos prestan, en lo referente a atención, cuidados integrales, prevención, seguridad, etc. Que por otra parte, es jurídicamente imprescindible, establecer uniformidad de pautas en el municipio, que tengan coherencia con lo dispuesto en la Legislación Nacional y Provincial.* (De los considerandos de la Ordenanza Municipal 6287/1996)

En la temática de residencias, se carece de una fuente formal nacional que brinde los lineamientos mínimos en cuanto a la situación jurídica de las instituciones y los residentes[649]. Cada provincia ha ido elaborando un articulado folklórico, con mejores y peores aciertos y resultados[650]. En la provincia de Santa Fe, la regulación se ha hecho a tenor de los decretos, con la consabida precariedad democrática que ello conlleva[651]. Como en todas las fuentes del Derecho de la Ancianidad, también aquí se produce el fenómeno de la normatividad derivada. Por ejemplo, se advierte la importancia que adquiere en la cotidiana administración de estas instituciones la regulación de la ley de salud.

En fin, tal es el páramo jurídico en esta región del Derecho, que si bien en otras áreas nos escandalizamos por la mera presencia de *fuentes formales de propaganda o espectáculo*[652], aquí podemos llegar a

---

649 La Dra. DABOVE concluye en su trabajo que *...hasta la fecha, los geriátricos argentinos no cuentan con una **fuente formal nacional** que contemple de manera específica su modo de constitución y su funcionamiento. El desarrollo principal de esta temática, de hecho, ha sido librado a las provincias y a las municipalidades, quienes sí han generado un "frondoso" despliegue normativo al respecto. Sin embargo, esta producción legislativa tan profusa lejos de aclarar el panorama jurídico referido a residencias para ancianos, lo ha complicado aún más. En particular, debido a que estas normas no han sido desarrolladas con carácter sistemático sino como medidas coyunturales, demasiado sujetas a las políticas sociales de turno.* V. **DABOVE, M. I.;** Derecho de la Ancianidad y Bioética...ob. cit., pág. 221.

650 **Buenos Aires** - Decreto Ley 7314/76 Habilitación sanitaria de establecimientos privados asistenciales o de recreación; **Córdoba** - Ley 7037/83 Promoción de la integración de la ancianidad en la Familia y la comunidad y Ley 7872/89 Establecimientos Geriátricos Privados; **Chubut**- Ley 4408 Regulación del funcionamiento de Hogares Geriátricos Privados o a instalarse en la Provincia y - Ley 70/59 Asuntos Sociales - Hogar de Ancianos e inválidos; **San Juan -** Ley 6822/97 Residencias Geriátricas (públicas y privadas); **La Pampa -** Ley 1190/90 Regulando el funcionamiento de los Institutos Geriátricos en la Provincia (Gratuitos y Onerosos); **San Luis** - Ley 5293/02 Hogares Geriátricos (públicos y privados, gratuitos y onerosos).

651 *...creo necesario observar que la técnica legislativa utilizada por la provincia de Santa Fe resulta claramente deficiente, en particular, debido al tipo de fuente formal empleada a tal fin: los **decretos**. Como sabemos, este tipo de fuentes no permite lograr un reconocimiento fuerte de los derechos y obligaciones subjetivos contenidos en su seno. Ello sucede, entre otros motivos, en virtud del lugar que ocupa el decreto en la pirámide normativa (pues es posterior a la ley en orden de importancia jerárquica) y de menor grado de representatividad democrática que éste conlleva, al provenir del poder ejecutivo.* V. **DABOVE, M.** I. (coord.); *Derecho en los...*ob. cit.,pág. 50.

652 Acerca de este tipo de fuentes puede consultarse: **CIURO CALDANI, M.A**.; *Las fuentes de las normas*, en "Zeus", Rosario, t. 32, págs. D – 103 y ss.; **DABOVE, M. I.; SOTO, A.M**.;

lamentarnos por su ausencia. Quien desee implementar en su institución los postulados de la Nueva Etica de la Ancianidad, se verá trabajando en solitario, sin un criterio de justicia con fuerza legal, ni mecanismos de contralor que así lo vayan formando. Se verá obligado a crear un sistema jurídico inexplorado. Se está pidiendo, a quien apuesta económicamente en una residencia, un heroísmo quijotesco, desconocido en la cultura posmoderna de la utilidad. Y si apuesta por la vía del martirio, pocas veces será reconocido, más que por sus residentes. Al ser todos ellos dependientes y jurídicamente vulnerables, pocas chances tendrán de que se escuchen sus alabanzas y sus quejas con respecto a la institución en donde residen.

Teniendo presente este marco normativo, podemos efectuar algunas observaciones a la luz del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Si bien la normativa de la ciudad de Buenos Aires no es aplicable a las residencias rosarinas, creemos aprovechable las referencias a esta fuente. Consta de una factura más reciente con aproximaciones a los postulados del paradigma inclusivo de la vejez. Y, por otro lado, creemos oportuno hacer algunos señalamientos en torno a la normativa del PAMI sobre prestación en salud. Aunque no es la única obra social con cobertura geriátrica, es aquella que tiene el mayor número de plazas en las instituciones locales, y es responsable del gran impulso que tuvo esta institución en su faz geriátrica desde hace más de 30 años.

En cuanto a la DEFINICIÓN LEGAL DE LAS RESIDENCIAS, entendemos que la que adopta el decreto 2119/77 es demasiado amplia e indeterminada; mientras que el decreto 6030/91 emplea la técnica de la derivación, trasladando la definición general de los establecimientos asistenciales al de ***establecimiento geriátrico***. Entre la normativa vigente, la ordenanza municipal es la que más se acerca a comprender la complejidad

---

Algunas ideas en torno a la igualdad en relación a la discriminación y a la especificidad, en “Investigación y Docencia”, Nº 20, Rosario, FIJ, 1992, págs. 11 y ss.

que requiere el derecho fundamental, incluyendo a las prestadoras públicas y privadas en el concepto de ***residencias***. En tanto que la fuente bonaerense, logra fijar pautas precisas para determinar el objeto socio-sanitario y los repartidores requeridos para satisfacer tal demanda de necesidades. El PAMI regula lo relativo a la ***prestación geriátrica***[653] y a la de los ***centros de día***[654] en la misma reglamentación, pero en distintos anexos. La primera, con un perfil marcadamente sanitario, en tanto que el segundo lo encara desde una faz socio-sanitaria.

En la ordenanza municipal, la DETERMINACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE LAS RESIDENCIAS, se hace sobre la base de una clasificación económico-sanitaria de los residentes: ***autoválidos, semidependientes y dependientes***, lo cual conlleva una serie de dificultades jurídicas. El escueto decreto provincial, tangencialmente arriesga una clasificación basada en los servicios prestados, pero su alcance no va más allá de la letra de la ley. Dado que no señala distingos para cada categoría. Esto engendra una norma trunca: a la clasificación del tipo legal, no se le corresponden consecuencias jurídicas relevantes, lo cual produce la lógica consecuencia de su inaplicación práctica.

En la ciudad de Buenos Aires, la clasificación también se efectúa a partir de las circunstancias de los destinatarios. Mas en esta oportunidad se emplea en forma combinada el criterio económico-sanitario con otro que valora a la calidad de vida de los internados. Encontramos: *a) Residencia*

---

653 **PAMI** - Anexo 4 *NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA LA INTERNACIÓN GERIÁTRICA*. *La **internación geriátrica** es el recurso que se otorga a aquellas personas que por situaciones de **salud** (discapacidad física y/o psíquica por patología crónica progresiva o secuelar), requieren una atención integral que su medio no puede brindarles por problemas del grupo familiar (ya sean de orden económico, habitacional, salud física o mental, desintegración o grave conflictiva en el grupo, que pone en situación de riesgo tanto al afiliado como al resto de los integrantes), o sin grupo familiar y con carencia habitacional y/o económica.*

654 **PAMI** - Anexo 3 REQUISITOS PRESTACIONALES PARA LA MODALIDAD: CENTRO DE DÍA. *El **centro de día** es un modelo prestacional destinado a la **rehabilitación predominantemente psicosocial** de los adultos mayores.*

para Personas Mayores ***Autoválidas con autonomía psicofísica****, b) Hogar de Día para Personas Mayores Autoválidas, c) Residencia para Personas Mayores que requieran* ***cuidados especiales por invalidez****, d) Residencia para Personas Mayores que por* ***trastornos de conducta o padecimientos mentales tengan dificultades de integración social****, y e) Hogar de Día para Personas Mayores con* ***trastornos de conducta***[655]*.* De esta forma, se consideran las complejidades en cuanto a instalaciones y recursos humanos necesarias para la atención adecuada de las personas con discapacidad, pero también, se evalúa la presencia de dependencias psiquiátricas, en procura de lograr un ambiente adecuado a las necesidades de aquellos que no han perdido su lucidez.

La DENOMINACIÓN QUE RECIBEN LOS RESIDENTES en la ordenanza, es la de ***personas mayores***, al igual que como se las designa en la normativa bonaerense, y similar al de ***personas de edad*** de los instrumentos internacionales. Aún así, entendemos que no es del todo feliz[656]; desde un punto de vista jurídico, acarrea más confusión que soluciones. ¿Acaso los adultos jóvenes no son también *personas mayores o personas de edad*? Entendemos que el vocablo ***anciano*** empleado por los decretos provinciales capta la realidad social de la vejez sin ocultarla ni degradarla. El término ***paciente*** también empleado en los decretos provinciales, no es acorde al grado de intervención sanitaria no sanatorial que dimanan estas instituciones. La prestación en lo sanitario se limita a un seguimiento, y ante la detección de una afectación se efectúan las consultas o trasladados necesarios a los diversos nosocomios, de acuerdo al grado de complejidad requerida.

---

655 Ley N° 661-TA/LCABA/2001 Marco regulatorio para el funcionamiento de los establecimientos residenciales de la ciudad de Buenos Aires. Artículo 7

656 V. **DABOVE CARAMUTO, M.** I.; *Los derechos*...ob.cit., pág.103

Siguiendo con la concepción de la separación para el trato exclusivo, que sostenía la Geriatría, la normativa determina una EDAD MÍNIMA PARA EL INGRESO, la cual queda fijada en ***60 años***. La regulación se tropieza con la cotidianeidad de las residencias y las exigencias valorativas del nuevo paradigma. Tal es así que la ordenanza municipal se vio impelida a introducir una excepción que autoriza el ingreso de adultos con una ***edad inferior a los 60 años*** en tanto cuenten ***con prescripción médica***. De igual forma pasa en la normativa porteña[657]. Y por otro lado, nos preguntamos hoy que motivo puede existir para mantener este límite de edad en un paradigma que sostiene, por un lado la heterogeneidad de la ancianidad, y por otro impulsa el multigeneracionismo.

En cuanto a la CLASIFICACIÓN DE LOS RESIDENTES, en las tres fuentes aplicables se emplea la tradicional económico-sanitaria, la cual cataloga al sujeto de acuerdo al grado y tipo de ayuda que requiere en su vida cotidiana[658]. Al no lograr contemplar todas las necesidades de los destinatarios ancianos, produce confusión y trato injusto, especialmente para los dependientes lúcidos. La normativa capitalina, tiene en cuenta a la hora de clasificar a la autovalidez física y psiquiátrica, y también a la autonomía psicológica. De esta forma se acerca mejor a captar la complejidad

[657] Ley N° 661-TA/LCABA/2001 Artículo 6 *La edad de ingreso podrá ser inferior a la establecida en el párrafo anterior -60 años-, siempre que el estado social o psicofísico de la persona lo justifique. La reglamentación establece los casos en que se procede a tal excepción, resguardando la dignidad de las personas y respetando la concepción y fines de los Establecimientos Residenciales para personas mayores.*

[658] En la ordenanza municipal se clasifican como **Semidependientes** *(...personas que requieran parcial y eventualmente supervisión para su asistencia, alimento e higiene, vestido y demás necesidades de su vida cotidiana - art. 1.b)* y **Dependientes** *(...personas que con un grado avanzado de minusvalía física o psíquica requieran asistencia continua para su alimento, higiene, vestido y demás necesidades de su vida cotidiana* - art. 1.b). En el Decreto provincial sólo se refiere a los **Autoválidos** sin definirlos; y en la Ley provincial los cataloga como **Dependientes** *(Grado avanzado de minusvalía física y/o psíquica requiera asistencia continua para su alimentación, higiene, vestido y demás necesidades de su vida cotidiana - art. 31.1)* y **Semidependientes** *(...toda persona que requiera parcial y/o eventualmente supervisión o asistencia para la ejecución de actividades de la vida diaria -alimentación, higiene, vestido y otras necesidades - art. 31.2).*

multicausal de la dependencia en la ancianidad evitando los igualitarismos arbitrarios.

En esta misma línea de razonamiento, es preciso anotar una observación en relación a la búsqueda del AMBIENTE SOCIOANÍMICO ADECUADO PARA EL DISFRUTE DE LA CALIDAD DE VIDA DE LOS RESIDENTES. Estoy haciendo referencia a la prohibición del ingreso de residentes con ***patologías psiquiátricas con conductas agresivas***. Creemos que, como se efectúa muchas veces en la práctica, de acuerdo a las entrevistas entabladas con los directivos, se debe privilegiar el ambiente socio-anímico de los demás internados, aún sin llegar al límite extremo de la agresividad. La experiencia en el taller, da cuenta de que sólo una ***demenciada no agresiva*** en la residencia, lograba desarticular el trabajo de horas y días en tan solo minutos de su presencia.

La convivencia con personas "perdidas" es altamente *stressante* y angustiante. Estos factores no deben ser agregados a la psiquis ya vapuleada por las pérdidas que sufre el anciano al ingresar. Como se desprende de la clasificación de residencias de la ciudad de Buenos Aires, se busca evitar el deterioro del residente autónomo. Aquellos que padezcan enfermedades con conductas que dificultan su integración social, serán alojados en ***unidades independientes***, totalmente diferenciadas del resto. Entendemos que estamos frente a un caso de discriminación justa. En tanto que no procura endilgar un trato de calidad inferior a los "molestos", sino un trato adecuado a cada uno.

En esta encrucijada de la cohabitación de lúcidos con insanos, se plantea una dificultad: el ingreso de CÓNYUGES O CONVIVIENTES, cuando uno se encuentra demenciado. En la práctica nos hemos enfrentado con este dilema, especialmente en una institución en la que había cinco matrimonios en

esta condición[659]. En la norma de la ciudad capital, esto es tenido en cuenta, operando como excepción. El cónyuge sano deberá poder encontrar una institución plurimodal, para poder compaginar el acompañamiento de quien ama, con la posibilidad de disfrutar de la compañía de otros individuos con quienes entablar una relación de provecho emotivo, a fin de mantener o reconstruir su red social.

En la normativa del PAMI hemos encontrado un atisbo de clasificación que desde el punto de vista jurídico, plantea algunas inquietudes. Al referirse a la posibilidad de ***entrar y salir de la residencia***, estipula una serie de condiciones que se relacionan con su ***estado de salud, física y mental***. Describe cuatro situaciones. En la primera se está haciendo referencia a la libertad de circulación que goza el autónomo; mientras que en el segundo caso, hace referencia a la del insano declarado en juicio, claro está que para salir requerirá de la autorización del juez o curador designado. A continuación, se describen dos **casos grises** de restricciones relacionadas con la dependencia psiquiátrica y física. En ambos la autoridad del **médico responsable** tiene gran peso. En el caso del dependiente psiquiátrico no declarado la prohibición recae en los hombros del facultativo. Y en el último caso, se plantea una posibilidad de deslinde de responsabilidad si es asumida por el **propio anciano**.

Entendemos que en este particular la dimensión sociológica corre por delante de la normativa. La bipolaridad (entre capaz-incapaz) de la capacidad jurídica no puede dar respuestas a los problemas planteados por la condición del viejo con una pérdida progresiva de la autonomía, con posibilidades de recupero por medio de la rehabilitación. Demarcar una edad de pérdida de la capacidad de hecho, es injusto, contrario a los conocimientos actuales en

[659] En la institución N° 18 había cinco matrimonios, de los cuales tres se encontraban en esa situación de acompañantes de un insano o con una enfermedad degenerativa como el parkinson o el alzheimer.

Gerontología, y degradante para la persona lúcida, sin ni siquiera otorgar provecho a la comunidad toda.

De la definición legal de residencia se desprende el contenido de su OBJETO. En el caso de la municipalidad, es fácil identificar el itinerario que está transitando la institución, rastreando los elementos que se le fueron agregando a su objeto. En el decreto 39.000 sobre Guardería de ancianos de 1969, ordenaba repartir ***alojamiento, reposo y cuidado***. Tardíamente en 1988, se agrega la ***asistencia*** (sanitaria). En 1996 se reacomoda la fórmula que queda presentada como instituciones repartidoras de ***alojamiento, reposo, asistencia y cuidado integral***. En la definición bonaerense adiciona dos elementos inclusivos: la ***recreación activa o pasiva y la atención psicológica***, además de la médica. Se podría pensar que en el concepto de asistencia y cuidado integral municipal podría ser abarcado el factor psicológico, pero de acuerdo a una interpretación contextual no se adecua con la exclusión del los profesionales psicólogos del plantel obligatorio.

Más allá de estos elementos y algunos artículos diseminados, no se pueden arriesgar pautas claras y definidas para fijar el contorno de lo repartido. Algunos hacen referencia a los DERECHOS DE AUTONOMÍA. La mención de la ***salud***, como acceso a la prestación y como integridad física, está siempre presente. Se menciona el documento de la historia clínica y a las normas de seguridad y accesibilidad[660] que debe presentar el entorno, especialmente con referencia a las caídas e incendios. La ***propiedad*** en estas

[660] Ordenanza municipal vigente: en el artículo 1.b.c) se busca proteger a la Salud dictaminando la obligación de efectuar dentro de las 24 hs de ingreso un exámen clínico completo, el cual constará en su Historia Clínica. Existe gran número de puntualidades con referencia al cuidado de la Integridad física del residente (todo el extenso art. 6, y especialmente el inciso 2 apartados 11 y 12 sobre incendio y el inciso 2 apartado 7 sobre barreras arquitectónicas). En el decreto provincial, el artículo 1 en sus incisos a, b y c hacen referencia a las barreras arquitectónicas y las condiciones de salubridad que debe tener el ambiente. Y el artículo 3 enumera los elementos que debe tener en cuenta una alimentación saludable. Y en la ley de salud provincial, solo encontramos que en su artículo 31.1.10 hace referencia a la medicación. *Los establecimientos controlarán que los internados dispongan de los medicamentos necesarios.*

instituciones privadas adquiere otra condición que en las entidades públicas estudiadas. No se han registrado robos y normativamente, los internos deben contar con roperos con llave para guardar sus pertenencias[661]. Por ejemplo, en el reglamento interno de una residencia estudiada, se prohibe al personal recibir regalos de los residentes.

Con respecto a los DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, la situación es aún más modesta. Tangencialmente se hace referencia al ***esparcimiento*** en la normativa municipal; y a la ***recreación***, en un contexto de atención sanitaria. No se menciona a la ***ocupación*** -más allá de su vinculación con la salud en las faenas de laborterapia, ni a la ***asociación*** ni a la ***educación***[662]..

[661] Dentro de este contexto de necesidades básicas y afecto, al menos diez áreas han podido contabilizarse, en las cuales se generan repartos conflictivos. En todas ellas, el anciano ocupa el rol de recipiendario vulnerable. Así, por ejemplo, entre ellas cabe mencionarse: 1) La falta de protección económica. Tan sólo el 10% del total de la población, cuentan con una pensión graciable (aproximadamente). Servicio Social realiza la tramitación de las jubilaciones y pensiones; 2) Problemas referidos a la alimentación. Todos los ancianos entrevistados manifestaron sus quejas al respecto; 3) Problemas vinculados con la "rehabilitación y cuidados paliativos". En particular, los relativos al logro de movilidad y a la integración de ancianos dependientes, reseñados por el área de Fisiatría y kinesiología. Configuración de un "registro de caídas"; 4) El reconocimiento del "derecho de visita" ; 5) El derecho a "volver a la casa"; 6) Los robos (son muy frecuente) y el derecho de propiedad; 7) Problemas de relación de los ancianos entre sí y de los familiares del anciano con la Institución y con el propio anciano; 8) La despersonalización del anciano por falta de "ropa propia" (La ropa es de la comunidad, a cada anciano le toca lo que hay...); 9) La falta de preparación profesional gerontológica en el personal actuante[661], necesidad de reorganizar el trabajo en el hospital. Detección de enfermedades profesionales derivadas del trabajo con ancianos. Los enfermeros son los que canalizan las quejas y críticas de los ancianos y ello tiene repercusión sobre su salud mental; 10) Necesidad de conocer los derechos y obligaciones de las partes para "perder miedos", necesidad de esclarecer los tipos de responsabilidad de la institución si un viejo se escapa o sufre un accidente. V. **DABOVE, M. I**. (coord.); *Derecho en los...*ob. cit.,pág.111.

[662] Si bien el juego es una herramienta de gran utilidad empleada para fines terapéuticos y educativos, también es un fin en sí mismo. Con respecto al juego como herramienta terapéutica por ejemplo, v. **SCHAEFER, Charles E**.; *Terapia de juego con adultos,* trad. Psic. Padilla Sierra y Psic. Olivares Bari (UNAM), México, El Manual Moderno, 2005; Con respecto al juego como herramienta educativa, formal e informal, v. **BROWN, Guillermo**; *Qué tal si jugamos...otra vez...Nuevas experiencias de los juegos cooperativos en la educación popular,* 3° ed, Buenos Aires, Humanitas, 1992; **DE PUIG, Irene; SÁTIRO, Angéica**; *Jugar a pensar. Recursos para aprender a pensar en educación infantil,* 1° ed, Barcelona, Eumo-Octaedro, 2000; **PISANO, Juan** Carlos; *Manual de juegos para jóvenes y no tan jóvenes,* 11° ed, Buenos Aires, Bomun, 2005 Y el juego como recreación, como derecho de todo ser humano v. **MORENO, Inés**; *Recreación: proyectos, programas, actividades,* 1°, Buenos Aires, Lumen, 2006; **TERR, Lenore**; *El juego: por qué los adultos necesitan jugar,*trad. Núñez Aréchaga, Barcelona, Paidós, 2000; **MORENO, Inés**; *Todos tenemos tiempo. Nueva práctica del tiempo libre en el siglo XXI,* Buenos Aires, Humanitas, 1994; **MORENO, Inés**; *El juego y los juegos,* 1° ed, Buenos Aires, Lumen, 2005; **SCHEINES, Graciela**; *Juegos inocentes, juegos terribles,* 1° ed, Buenos Aires,

Con respecto a las acciones de los OBLIGADOS, en la normativa del área de salud, por ejemplo, se hace referencia a la **facilitación**, en tanto que el titular debe garantizar la comunicación con el exterior. Conocido el riesgo del aislamiento y las pocas posibilidades de procurarse los medios de enlace con el afuera para las personas dependientes, está obligado a crear un ambiente que facilite por distintos medios tecnológicos el conocimiento de los eventos de interés general. Con respecto a la ocupación, acontece algo similar. La institución no puede contentarse con no obstruir el hacer de los ancianos, sino que debe impulsarlo y promoverlo. Si bien hay áreas en donde la facilitación está presente, aún no están suficientemente integrados con la apropiada estipulación de los **derechos a prestación en sentido lato**

El **anciano** en su carácter de repartidor, está muy desfigurado. En la normativa municipal se puede entrever esta situación en la alusión al ***libro de quejas***[663]. Creemos que es demasiado genérico e inapropiado ya que la herramienta con que cuenta el residente no difiere de la dispuesta para el público en general. Tampoco logramos representarnos el grado de efectividad que puede tener un impersonal libro de quejas en el caso de una intervención tan elevada como sufren los dependientes en las residencias. Si estampa su reclamo, ¿acaso no correrá el riesgo de ser objeto de peores tratos por quienes se encargan de su higiene o del control de su salud?

Al menos a nivel normativo, en el PAMI se hace referencia a la estipulación de un dispositivo de gestión de queja en vinculación con la información registrada para fines estadísticos. Lo que lamentamos es que el *registro y gestión de estas quejas* sólo ronda en torno a los eventos adversos que sufriera en su integridad física -caídas, quemaduras, escaras,

---

Eudeba, 1998 (V. Juego y Ancianidad en pág. 109); **WINNICOT, D**. W.; *Realidad y juego,* trad. Mazia, 1° ed, 10° reimpr, Barcelona, Gedisa, 2005; **MARIOTTI, Fabían**; *Juegos y recreación,* 2° ed, Buenos Aires, El Kodomo, 1999.

663 Artículo 5 inciso b *Estará a disposición del alojado y del público, un Libro de Quejas que deberá estar colocado en un sitio fácilmente visible y que permita su revisión sin requerimiento previo al personal que se desempeña en el establecimiento.*

intoxicaciones-, y no evalúa las percepciones adversas que puede llegar a experimentar el beneficiario. Este lugar de preeminencia que se le asigna a lo sanitario, en algunas ocasiones puede llegar a poner al anciano en el lugar de repartidor disminuido. Recordemos cómo queda evidenciado en el caso de la *autorización para salir.* El anciano lúcido deberá optar entre atenerse al consejo médico o desafiarlo, con las consecuencias adversas que puede llegar a generar tal actitud para la relación médico-paciente. Por estas circunstancias no es despreciable la referencia a los *derechos de las personas* del artículo 2 de la normativa capitalina[664], ni la referencia a la *libertad del residente* plasmada en el artículo 4 de la normativa provincial[665].

Los *horarios de visita* marcan el límite de la referencia a la **familia** del residente. Esta modalidad de contacto es propia de una prestación sanatorial. Pero la empresa gerontológica-geriátrica residencial diseñada bajo los nuevos postulados procura conectar el afuera con el adentro y el pasado con el presente del anciano, manteniendo y, en algunos casos, reforzando las redes vinculares, con familiares y amigos. Por ejemplo, en la práctica, aquellas empresas que desean acentuar la faz residencial, presentándola como una casa, como el nuevo domicilio de quien ingresa, resaltan la ausencia de horarios de visitas en sus reglamentos internos o en su publicidad comercial. Disponen de lugares específicos para el encuentro, a fin de no molestar a los

---

664 Si bien a la luz de los derechos de la ancianidad podemos efectuar algunas críticas a la enumeración de derechos de las personas, creemos que la presencia de esta visión basada en derechos produce un acercamiento al modelo jusfundamental. Ley N° 661-TA/LCABA/2001 Artículo 2° *DERECHOS DE LAS PERSONAS**: La Ley reconoce* *derechos específicos* *a las personas que viven en residencias u hogares: -A la comunicación y a la información permanente; -A la intimidad y a la no divulgación de los datos personales; -A considerar la residencia u hogar como domicilio propio; -A la continuidad en las prestaciones del servicio en las condiciones pre-establecidas; -A la tutela por parte de los entes públicos cuando sea necesario; -A no ser discriminadas; -A ser escuchado en la presentación de quejas y reclamos¸-* A mantener vínculos afectivos, familiares y sociales¸-A entrar y salir libremente, respetando las normas de convivencia del establecimiento.

665 Aunque más no sea que con referencia al uso del tiempo y con los límites impuestos por el reglamento interno, dada su estructura de institución total. Art. 4 *Los internos gozarán dentro del Establecimiento de* *amplia libertad para la utilización de su tiempo**, salvo las mínimas obligaciones que por reglamento interno se les impusiera.*

otros. Mas en el perfil normativo vigente, pareciera que al ingresar, la familia es sustituida por la institución, asumiendo esta última todas las tareas vinculadas a la asistencia del anciano, incluso las de carácter afectivas. Esto representa una carga pesada para la institución y el viejo, quienes se ven obligados a crear nuevos vínculos emocionales.

En el artículo 2 de la Resolución 1147/2006 del Ministerio de Salud provincial[666] se hace referencia a la figura de la *Persona responsable de los pacientes internados* (en otro pasaje habla de los *familiares responsables*), quienes están obligados al retiro de los ancianos en caso de clausura. También nos encontramos con ello en la normativa del PAMI, en donde todos -sanos e insanos- deben tener un *responsable legal*, único signatario del *acta compromiso*, del *acta de comunicación de vacantes disponibles para la libre elección del beneficiario*, y del *acta de elección de establecimiento geriátrico por el beneficiario usuario*.

Aquí nos encontramos con un vacío legal, o al menos con un área jurídica gris. La legislación nacional sobre capacidad determina la existencia de dos categorías: capaz e incapaz, siendo el inhabilitado judicial capaz parcialmente. Los incapaces tienen el auxilio de sus representantes. El artículo 54 del Código Civil hace una enumeración taxativa de aquellos que requieren esta modalidad de intervención: los niños[667], los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Los ancianos no están contemplados entre sus filas. Esta figura del representante legal o persona a cargo de un anciano no declarado insano, que en la práctica es de uso cotidiano, no tiene eco en la legislación. Entendemos que, al menos, es

[666] Art. 2. d) *Hacer saber por medio fehaciente a las persona responsable de los pacientes internados que el establecimiento no cuenta con autorización para funcionar conforme lo establecido por la Ley Provincial 9847 y su reglamentación, y que se ha dispuesto su clausura administrativa, por lo que deberán proceder al* ***retiro de los ancianos alojados*** *en el término perentorio e improrrogable de cinco (5) días.*

[667] Las personas por nacer y los menores impúberes.

preciso determinar las funciones y atribuciones que ostenta este responsable, que actúa en defensa de los intereses del anciano.

En el ámbito de la *EMPRESA GERIÁTRICA-GERONTOLÓGICA***,** eslabón que muchas veces sustituye en forma total a la familia en la atención de los ancianos[668], interactúan diversos repartidores obligados. Su **TITULAR**, en el artículo 8 de la ordenanza municipal aparece como el responsable genérico por todas las transgresiones cometidas al Código de Faltas. En la resolución de clausura, los ***propietarios responsables*** están obligado a informar de las altas y traslados que hayan determinado. Y el ***prestador*** en la órbita del PAMI, es el encargado directo de las obligaciones surgidas del procedimiento de aceptación del beneficiario, de la supervisión operativa, del ingreso, egreso y régimen de funcionamiento.

La normativa municipal y provincial, no regula la figura del **DIRECTOR**, que en la práctica muchas veces no recae en cabeza del titular. En algunos casos como lo veremos en el último capítulo, esta carencia normativa se traduce en falta de calidad de vida para los internos. No ocurre lo mismo en el PAMI ni en Buenos Aires. La prestación geriátrica brindada por el PAMI debe ser conducida por un ***profesional de las ciencias médicas***, en tanto que la prestación de los centros de día puede serlo también por un ***profesional de las ciencias sociales***. En tanto que el artículo 7 de la normativa capitalina exige ***título profesional universitario afín a la actividad desarrollada***.

---

[668] **PAMI** - Resolución 559-I/2001 Registro de Prestadores del Servicio de Geriatría del Instituto - Anexo A Reglamento del Registro de Prestadores del servicio de Geriatría del Instituto - Anexo 4 NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA INTERNACIÓN GERIÁTRICA. CIRCUITO ADMINISTRATIVO PARA OTORGAMIENTO DE VACANTE Y CONDICIONES GENERALES DE INTERNACIÓN *La internación geriátrica es el recurso que se otorga a aquellas personas que por situaciones de salud (discapacidad física y/o psíquica por patología crónica progresiva o secuelar), requieren una atención integral que su medio no puede brindarles por problemas del grupo familiar (ya sean de orden económico, habitacional, salud física o mental, desintegración o grave conflictiva en el grupo, que pone en situación de riesgo tanto al afiliado como al resto de los integrantes), o sin grupo familiar y con carencia habitacional y/o económica.*

En cuanto al **PERSONAL**, en la normativa local se hace un distingo entre aquel que es ***obligatorio*** y aquel otro que siendo ***optativo*** opera quizá como una sugerencia normativa. El personal obligatorio -profesional, técnico y de servicio- es el necesario para la atención y rehabilitación de la salud física y psiquiátrica. La referencia a la salud psicológica y la dimensión social[669] del servicio, propia del nuevo paradigma, es muy escasa. Curiosamente, el único profesional en carácter de optativo en la ordenanza municipal es el psicólogo[670]. En cuanto a la vinculación jurídica del plantel de recursos humanos, algunos son de planta permanente, mientras que otros son contratados por horas fijas semanales. Por último, es destacable la inclusión de la separación de tareas de la mucama entre la limpieza del establecimiento y el cuidado de los ancianos que efectúa la ordenanza. Mas creemos que, a fin de comprender la política sostenida desde la Dirección de Gerontología local, sería recomendable incluir a la figura del ***asistente gerontológico***, formación que se adquiere en la Escuela de Gerontología de dicha repartición.

El **ESTADO**, a través de organismos municipales y provinciales, es el encargado de efectuar ***inspecciones***[671]. La repartición local efectúa un control

[669] Por ejemplo, no habla de profesor de gimnasia, y en el PAMI la gimnasia está a cargo de un kinesiólogo o si se trata de un profesor de gimnasia bajo la responsabilidad del médico de la institución

[670] V. **IACUB, Ricardo**; "El rol del Psicólogo en el Geriátrico" en Tiempo - Portal de la Psicogerontología, N ° 9- Diciembre – 2001.

[671] Ordenanza Municipal: Artículo 8 inciso 1) *La Municipalidad, a través de la repartición correspondiente deberá realizar una* ***Inspección integral*** *de cada Residencia, como mínimo una vez por mes.* Inciso 2) *El resultado de la inspección deberá ser comunicado a las* ***Secretarías de Salud Pública y Promoción Social****, las que a través de las oficinas correspondientes realizarán una evaluación anual del funcionamiento de los establecimientos.* Artículo 9 inciso 2) *Ante cualquier* ***clausura*** *se notificará a la Dirección General de Auditoría Médica de la Provincia.* Decreto provincial: Artículo 9 ***A pedido de*** *la Dirección General de Protección y Asistencia de la Comunidad, el Departamento de Saneamiento Ambiental y Dietética efectúan* ***inspecciones*** *levantando acta de los resultados a fin de constatar si las condiciones de atención de los ancianos satisfacen las exigencias relacionadas con la función de aquellos. El departamento de Ancianidad practica* ***inspecciones periódicas*** *con el objeto de comprobar el cumplimiento de este Decreto.* Otras disposiciones (Anexo I) *Se coordinará con las Municipalidades o Comunas del lugar donde se lleven a cabo las inspecciones, y a su vez, con el Departamento de Saneamiento Ambiental, a fin de realizar en forma conjunta las* ***inspecciones*** *elaborando ésta área su informe al respecto. En caso de no poder concurrir se derivarán las actuaciones, a fin de que se lleve a cabo el control de los aspectos higiénicos-sanitarios y bromatológicos de los Establecimientos.* Procedimiento de clausura Res.

integral de carácter mensual, con evaluación anual. El *"departamento de Ancianidad"* provincial también realiza inspecciones periódicas en coordinación con el Departamento de saneamiento ambiental. Con el soporte que nos brindó la práctica en las instituciones, creemos que no hay un seguimiento de las condiciones de los ancianos más allá de los aspectos higiénicos-sanitarios y bromatológicos. Entendemos que se produce un fenómeno de superposición en algunas áreas y de carencia en otras. Con respecto a las ***clausuras***, se citan dos vías: las producidas por violaciones al *Código de Falta*, el organismo lo deberá comunicar a la Dirección General de Auditoría Médica de la Provincia, y otra motivada en incumplimientos de la *normativa de Salud*, siendo el Subsecretario de Salud el encargado de ejecutar los traslados.

Con respecto a las MODALIDADES DEL EJERCICIO, el vacío legal es total. Respaldados en un paradigma exclusivo y excluyente, el lugar del anciano en la residencia es el del mero recipiendario de los cuidados sanitarios. Sus necesidades son cubiertas sin precisar darle audiencia. El personal, guiado por un criterio médico, y en ocasiones acompasado por la compasión religiosa, decide qué es lo mejor para él sin necesidad de escucharlo. Entendemos que esta carencia normativa deja libre el camino para la mera adhesión, o incluso, la imposición, vías que se buscan erradicar de la práctica desde el paradigma inclusivo,

---

1147/2006: Artículo 2 *En los casos de* ***clausura*** *de establecimientos geriátricos, que deban llevarse a cabo de conformidad con lo establecido por la Ley 9847, normas modificatorias, complementarias, reglamentarias y concordantes, deberán procederse de la siguiente manera:* ***integrar equipos con médicos auditores o personal designado por Jefatura de Zona*** *para que se constituyan en el establecimiento y procedan a:* a)...cerrar el ingreso de nuevos pacientes..., b) relevar la cantidad de pacientes internados...c) notificar a las Obras Sociales, Colegios Profesionales, Municipalidad y Juzgado de Faltas d) notificar a las personas responsables de los pacientes internados. Artículo 5 *Para el caso de constatar que no se han efectuado los traslados, se elevarán las actuaciones al el Sr. Subsecretario de Salud, a los fines de que ordene los medios y lugares para la* ***ejecución de los traslados****, con notificación a los familiares responsables, autorizando a solicitar al Sr. Juez de Faltas en turno la respectiva orden judicial de registro (Art. 225 CPP), procediéndose a la clausura con faja del inmueble.*

En definitiva, coincidiendo con la apreciación de **DABOVE**, decimos que *las normas administrativas vigentes en esta materia, **sólo** contienen referencias **procedimentales y edilicias**. Nada dicen acerca de los derechos y garantías fundamentales de sus moradores. Quizás por esta razón, en la práctica, la aplicación de estas fuentes **no logra satisfacer la vigencia plena de los derechos y obligaciones de las partes vinculadas por la residencia**. Al tiempo que, tampoco integra debidamente las exigencias publicistas con las pertinentes a las relaciones jurídicas iusprivatistas que en su seno se desarrollan*[672].

3. Las residencias privadas en la esfera jurídico valorativa

Encontramos que en referencia a las valoraciones[673] vertidas por los directivos de las instituciones evaluadas, se plantea una relación bipolar. En tan solo un puñado de instituciones tomadas al azar, fue posible apreciar situaciones muy disímiles en cuanto a la **concepción del anciano residente** y la **función de la institución**. Las valoraciones vertidas sobre *la condición del residente, el papel asignado a la familia, la función de los directivos y del personal, el catálogo de necesidades de los residentes*[674] *y las formas de efectivizarlas* divergían sensiblemente. Se distinguían dos posturas bien definidas en su antagonismo. Podemos señalar que de cuatro instituciones, se enfatizan las coincidencias entre la institución n° 17 y n° 18, por un lado, y

[672] Ver **CUADRO 11** Fuentes formales de las Residencias Privadas (Provincia Santa Fe - Municipalidad de Rosario - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - PAMI)

[673] *El valor al valorar entra en contacto con la realidad material, síquica o ideal, según su función valorante. Se denomina a los entes valorados "el material estimativo del valor". Cada valor tiene su material estimativo propio. El valor belleza valora, verbigracia, objetos de arte, tal vez también seres humanos y ciertos aspectos de la naturaleza. (...) La justicia valora la adjudicación razonada (y siempre aislada de algún modo con miras a lo por venir, al pasado y a la actualidad) como justa o como injusta. En ambos supuestos se suma ahora al deber ser ideal puro un deber ser ideal aplicado (o actal).* V. **GOLDSCHMIDT, W**.; *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 388/393.

[674] No fue extraño constatar que la diferencia entre valoraciones es más marcada con respecto a los derechos de participación, ya que la participación es la clave del nuevo paradigma.

entre la n° 5 y n° 20[675], por el otro. En el primer par, se descubren elementos que se corresponden con el paradigma **excluyente**, en tanto que en el segundo, los trazos señalan una inclinación hacia el nuevo paradigma **inclusivo**.

En la presente investigación, se han elaborado algunos indicadores a fin de evaluar las valoraciones volcadas en los discursos de los directores de estas cuatro residencias. El resultado de la comparación de su contenido nos han conducido a una serie de pares antagónicos que dividen a los discursos en dos grupos: ***cosificación*** *versus* ***personalización del anciano residente, sustitución*** *versus* ***auxilio a la familia del residente, generalidad*** *versus* ***especificidad del cuidado, simplicidad*** *versus* ***complejidad de la prestación del servicio, exclusividad, igualitarismo y exclusión*** *versus* ***continuidad vital, privacidad y participación.*** A continuación, haremos referencia a los elementos que nos han permitido arribar a esta sucesión de cópulas dicotómicas.

Con respecto a la **condición del ANCIANO RESIDENTE**, se buscó recabar la información sobre la firma de la ficha de admisión y el contrato con la empresa residencial, la modalidad del proceso de adaptación a la vida institucionalizada, la forma en que los entrevistados se referían al anciano y el respeto a su intimidad. En las instituciones N° 17 y N° 18 la ficha de admisión sólo la firmaba un familiar del residente, mientras que en las instituciones n° 20 y N° 5 firmaban los familiares y los propios ancianos[676]. Y en este último caso además de firmar ambos la ficha de admisión, también rubricaban el contrato con la empresa gerontológica.

---

[675] El número fue asignado según el orden en que se fueron haciendo las entrevistas preliminares. Se efectuó la práctica del taller en estas cuatro señaladas.

[676] El directivo nos facilitó una copia del contrato.

La ausencia de un proceso de adaptación como nos lo revela la información de las N° 17 y N° 18 abulta en la consideración del individuo anciano institucionalizado asemejándolo a un objeto carente de historia y sentimientos, carente de vida anterior a la fecha de ingreso. En las otras dos instituciones existe, al menos, un proceso de adaptación germinal. Éste consiste en hallar un referente social de la institución quien hará la presentación del lugar y de los compañeros. Si bien, según los entendidos, el descripto es un proceso pobre, ayuda al ingresante a demarcar su vida entre el antes y el después de ese día para hacer propio, en la medida de lo posible, el lugar como su casa y su estadía como un nuevo estilo de vida[677].

En cuanto al nombre, en la N° 17 se los denominaba con el genérico *abuelos*, en la N° 18 se referían a los ancianos de manera cariñosa y alegre con el mote de *papi y mami*[678], mientras que en las otras instituciones se los designaba por el nombre al dialogar con ellos. En la N° 17 se ventiló la intimidad de cada uno de los participantes del taller sin tapujos[679]. Felizmente

[677] *¿Un ser humano sin poder sobre sus actos es o no un hombre mutilado?... en la medida en que, en una institución, los productores tienen menos posibilidad de ejercer su poder sobre lo que hacen, más se hunden en formas psicoafectivas regresivas. (Mendel Gerard . El Sociopsicoanálisis Institucional en "La Intervención Institucional" Guattari Félix; Lapassade George y cols.. México. Plaza y Yanes/87. Pag 204 yss.) Pensemos este interrogante desde la perspectiva geriátrica. Ancianos que llegan a una institución, a un hábitat totalmente extraño, con la pérdida absoluta de control sobre lo que hacen. Sin la posibilidad de tomar mínimas decisiones. Están sujetos a un gasto de energía, a veces sobrehumano, para el logro de una adaptación, que nada tiene que ver con adaptación activa (Pichon-Riviére Enrique; El proceso grupal. Del psicoanálisis a la psicología social (I). Bs.As. Nueva Visión, 1985. Pag 17). Ésta es índice de salud mental, ligada íntimamente al aprendizaje, a la creatividad, a una relación libre y transformadora entre el sujeto y el mundo. Por lo contrario, la sumisión (adaptación pasiva) a estas nuevas reglas de juego que les presenta la vida, significará una pérdida de salud, que lo llevará al* ***aislamiento, la incomunicación y la pérdida de toda iniciativa****. Para que ello no suceda, deberá existir una relación entre lo nuevo y lo previo, relación que le permita instrumentarse para lograr una adaptación sana.* V. **GIOVAGNOLI, Dora**; "Internación geriátrica y salud. Una perspectiva desde la Terapia Ocupacional" en *Derecho en los Geriátricos. Una aproximación interdisciplinaria*, Rosario, Juris, 2009 (en prensa); *Prevención Primaria en Niños y Ancianos con Proceso de Retraimiento*, Universidad Abierta Internacional, tesis de Licenciatura, Rosario, 1998.

[678] Nos comentó el entrevistado que se llamaba de una forma, pero desde qué ingresó lo llaman por su segundo nombre dado que ya existen muchos residentes con ese mismo nombre de pila, y ello trae confusión para los empleados.

[679] Por ejemplo, el directivo nos comentó el caso de un residente en que había sufrido la violación por parte de un hermano mayor y su subsiguiente vida homosexual.

no experimentamos esta incómoda situación violatoria de la intimidad de los residentes en las otras instituciones.

Con respecto a la **vinculación de la empresa cuidadora con los FAMILIARES de los residentes**, los indicadores se centraron en los motivos del ingreso alegados, la función de la institución, la fijación de horarios de visitas y el tipo de trabajo que se realizaba con las familias.

En las instituciones N °17 y N °18, los motivos del ingreso rondaban en torno a la imposibilidad de mantener a los ancianos en sus hogares (ancianos dependientes en lo físico en la N° 17 y dependientes en lo psiquiátrico en la N° 18). En referencia a este punto, uno de los directivos de la N° 18 nos comenta que *son familias de laburantes...acá la hija de una mujer hasta plancha ropa para afuera... para que su mamá viva acá.* En tanto con en las N° 5 y N° 20 se nos comentó que los residentes pertenecen a familias de clase media muy ocupadas, o que carecen de los conocimientos adecuados para el cuidado adecuado o no tienen las instalaciones apropiadas para atender a sus miembros en los hogares. Por ejemplo, nos citó el caso de un anciano obeso en silla de ruedas que no podía transitar libremente por su domicilio ni podía ser cargado por su cónyuge para el aseo. Es curioso que los montos a abonar por el servicio, tanto en la N° 18 como en la N° 5 y N° 20, no divergían; siendo un tanto menor en la N° 17.

El directivo de la N° 17 consideraba que la institución cumplía con su función si liberaba a la familia de la pesada carga que representa un anciano. Un dato para resaltar de esa institución es la ausencia de insanos, limitándose las dependencia mayormente a discapacidades físicas: sorderas, cegueras, problemas de motricidad. Mientras que en la N° 5 los propietarios, residentes y familiares estaban unidos por fuertes lazos de origen religioso. Por lo que mayormente se conocían desde tiempo atrás. El directivo señalaba su función

como de ayuda a las familias en el cuidado de los individuos en dificultades, como miembro de la familia y de la comunidad.

Con respecto a los horarios de visitas, en la N° 17 se consideraba que la visita representaba potencia para el anciano, pero impotencia para el familiar, quien en horarios -con un rango predispuestos por la institución- se apartaban de los placeres de la vida diaria para internarse en ese lugar sombrío. Mientras que en las otras instituciones no existían horarios fijos de visitas, pero sí lugares predeterminados para el encuentro. En la N° 5, entre el directivo y la psicóloga habían asumido el trabajo de contactarse periódicamente con los familiares a fin de mantener una continuidad en las visitas de todos los residentes, considerando que su presencia no solo beneficiaría al anciano, sino también a quien pasara un rato con él. Y en la N° 20 ponían a disposición del familiar las facilidades para prepararse alguna infusión, o avisar anticipadamente que tomarían alguna comida con el familiar, la cual simplemente era recargada a la cuenta.

En la N° 17 al inquirirle por el tipo de trabajo realizado con la familia, el directivo no lograba entender el sentido de la pregunta; contestando en forma negativa al arribar a su comprensión. En la N° 18 se limitaba a la invitación que se les cursaba en los casos de festejos de cumpleaños o aniversarios en los que se había contratado el servicio de algún show (mariachi, serenateras, etc). En la N° 5 existía una encargada de los eventos culturales -en conexión con festividades religiosas- en los cuales se buscaba vincular a las diversas generaciones: los ancianos con sus hijos, nietos y bisnietos.

Con respecto a los **cuidados del PERSONAL para con los residentes**, se evaluó su capacitación, el tipo de atención[680], el alcance asignado a las tareas de rehabilitación y las políticas de retención del personal.

[680] En tanto existiera solo el personal suficiente para cubrir las necesidades básicas de alojamiento, alimentación y salud, o si también se procuraba el personal idóneo para la rehabilitación física, emocional y social.

En la N° 17 estuve presente en una disputa laboral. A continuación del entredicho, el mismo directivo me contó la situación sintetizando su apreciación de esta forma: *estas que vienen de la villa, se cansan de trabajar y se van*. El grado de capacitación del personal no profesional era nulo. Al ofrecerle capacitación en forma gratuita, consideró que carecía de sentido, y además que no podía prescindir del personal. En cuanto a las chances de rehabilitación que la participación del personal profesional podría brindar a los residentes, consideraba que *nada se podía hacer por ellos, y que solo tienen que estar tranquilos.* Nos decía, *varias veces intenté hacerlas tejer, o bordar o hacer algo útil, pero no quieren hacer nada, estuvieron trabajando toda su vida y ahora quieren que las dejen tranquilas... Intenté jugar a algo, pero no se consiguen ni cuatro para el truco.... La laborterapista y la asistente social pasan, firman, cobran y se van. No hay mucho para hacer.*

En la N° 18 estaban interesados en la propuesta de capacitación del personal, pero lamentaban no poder prescindir del personal ni afrontar las horas extras que ello consumiera. En esa institución, la rotación del personal, según los dichos de un residente lúcido, era cada 3 meses, a fin de mantenerlos con un tipo de contrato laboral a prueba. Esto ocasionaba, por ejemplo, que el personal desconociera sus nombres y que se extraviara la ropa. Asimismo, señalaron la falta de provecho en la contratación de asistentes gerontológicos. Desde la óptica de los inspectores no tenían categoría propia, quedaban comprendidos en el genérico de mucamas; pero éstos tienen pretensiones de efectuar un trabajo de mayor jerarquía intelectual[681], consistente en el acompañamiento y cuidado de la salud socioafectiva del residente.

En cambio, el directivo de la N° 5 nos relató la historia de una empleada jóven a quien se le había ayudado a enfrentar los gastos de una tecnicatura de

---

[681] Para colmo que cuentan igual que una mucama para la inspección no quieren venir a limpiar culos.

3 años sobre la materia. Y se enorgullecía de tener a todo el personal en blanco, al mismo tiempo que conocía el riesgo que corrían sus finanzas por esa situación. En varias oportunidades hizo referencia a la importancia de formar al personal en el buen trato para con el residente, y se refería a sus empleados -los mismos desde hacía 5 años- por su nombre de pila.

No creímos oportuno ofrecer el dictado del taller al personal, ya que la psicóloga de la institución ya venía realizando actividades semejantes, con la cual intercambiamos experiencias y dinámicas. El directivo lamentaba no poder contar con el aporte de la Licenciada en fonoaudiología del equipo para las tareas de rehabilitación debido a su *déficit* económico, pero creía que todo aquello que ayudara a la funcionalidad del residente, le aportaba calidad de vida a él y salud al entorno. Por ejemplo, en el taller participaban dos ancianos que habían transcurrido por una historia de recuperación física, disfrutando de los beneficios de la rehabilitación.

Con respecto a la **función de los DIRECTIVOS**, los indicadores fueron su capacitación, los destinatarios del servicio tenidos en cuenta, las funciones propias del director, los criterios de decisión, la presencia de control de las actividades de los residentes y el grado de juridización de la institución.

En la N° 17 ninguno de los tres directivos tenía título profesional. El conocimiento sobre la materia, procedía de uno de ellos que otrora se había desempeñado como mucama de una institución sanatorial, y en su práctica continua al frente de la residencia desde la década del '70.

En la N° 18, uno de los directivos era profesional, en tanto que su socio, contaba con estudios universitarios no finalizados y la experiencia en el ramo por más de veinte años. El directivo de la N° 5, era licenciado universitario con una carrera de perfeccionamiento en el país y en el exterior en su haber,

además de haber sido administrador de otra empresa geriátrica por muchos años. En la entrevista señaló el problema de la falta de profesionalismo de los directivos y ensayó un "perfil del buen directivo" consistente en ser un buen administrador de empresas, saber manejar el personal y tener conocimientos de Gerontología, que incluye conocer la normativa vigente[682].

A la N° 20 la regían dos socios, en los que uno poseía título universitario en psicología. Contaba con estudios especializados, publicaciones en los periódicos, y en la entrevista denotaba un lenguaje actualizado en referencia a los estudios gerontológicos. Muy preocupado por la resocialización y la estimulación, traía al diálogo casos de otros países como ejemplo del trato adecuado que debían tener los residentes. Se mostró indignado por el grado de abandono que existía en la normativa aplicable. Señalando el problema de la falta de profesionalización, se mostró dispuesto a impulsar, o formar parte de un equipo redactor de sus modificaciones. Sólo hizo alusión en forma tangencial a su experiencia de más de quince años en el rubro.

En el primer par de instituciones (N° 17, N° 18) fue constante la designación del *familiar* como el destinatario del servicio, aquel que debía quedar satisfecho con lo brindado; mientras que en la N° 5 y N° 20 la referencia se hacía tanto al *familiar* como al *anciano residente*. Las actividades de los directivos se distribuían entre la atención al público, a los proveedores y los residentes, en tanto que en la N° 17 también realizaba funciones de cocinero. Los criterios de decisión en el primer par, hacían referencia sólo a lo sanitario, adquiriendo gran valor el consejo médico; en tanto que en el segundo, también se conjugaban elementos de satisfacción cultural, social y emocional, adoptando un criterio con ribetes multidisciplinares.

En cuanto al control de las actividades de los ancianos, contamos con la propia experiencia del taller. Al ofrecer el taller en la N° 5 sostuvimos varias

[682] Entrevista al directivo de la institución N° 5, 04/05/07.

entrevistas con la psicóloga de la institución a fin de conocer su modalidad de trabajo, las posibilidades de los residentes y del entorno. La profesional, muy capacitada, estuvo presente en la totalidad de los encuentros que tuvimos con los ancianos; en tanto que el directivo escuchaba desde su despacho, e intervino en varias oportunidades para jugar, tentado por las propuestas.

En la N° 20 nuestro trato se entablaba con uno de los socios, quién participó en varios encuentros y con quien semanalmente sosteníamos diálogos informales posteriores a nuestra tarea. La profesora de gimnasia estuvo presente en una oportunidad. Mas nuestra sorpresa fue mayúscula al entrevistar a ambos directivos, dado que no estaban igualmente informados del tenor de nuestras actividades, presentando cierta resistencia a las preguntas preparadas para la entrevista.

En la N° 18 comenzamos directamente sin que se nos presentara siquiera a los internos, quienes fueron colocados, intercalados sanos e insanos, en una rueda tan grande como la sala de estar-comedor de la institución. Si bien el directivo estaba conforme con nuestro trabajo, no demostró mayor interés en conocer lo que hacíamos, ni hizo intervenir a alguien en su nombre. En tanto que en la N° 17 a pesar de que tuvo posibilidades de escuchar desde la cocina, que se comunicaba por una ventana con la pequeña sala de estar-comedor, no nos consta que lo haya hecho. No vertió ningún comentario al respecto, a pesar de mantener varias entrevistas al finalizar los encuentros semanales.

En cuanto al grado de juridicidad en que se encontraban estas instituciones, en algunos casos era nulo; mientras que en otros, aparecía como incipiente. En la N° 5, si bien contaban con un reglamento interno para el personal y un contrato predispuesto para aquellos que hacían uso del servicio -de todo lo cual gentilmente nos facilitaron un ejemplar- los derechos y

obligaciones de los residentes no tenían constancia. Esta situación se agudizaba en las otras tres residencias, en las cuales ni siquiera tenían confeccionado un contrato por escrito, bastando a su entender la ficha de admisión para regular las relaciones entre las partes contratantes.

El tratamiento que se le confería a los derechos de participación en las instituciones resultó ser un indicador inigualable para determinar las valoraciones en relación con **las NECESIDADES de los residentes y las FORMAS de satisfacerlas**. A través del dispositivo diseñado en forma de taller de juegos, pudimos recabar información sobre la valoración vertida sobre los sujetos, objetos, modalidades de ejercicio y criterios empleados especialmente en relación a la ocupación, a la asociación y a la recreación.

En las N° 17 y N° 18 se consideraba que los participantes serían todos los viejos enfermos que vivían allí. Se les asignaba a todos los ancianos, sanos, insanos y discapacitados, el mismo tipo de objeto y la misma forma. En la N° 18, si bien habíamos aclarado que el taller solo se podría desarrollar apropiadamente con los lúcidos, lo cual consta en el folleto, obviaron ponernos en conocimiento de la alta proporción de demenciados que habitaban en la institución. Además el primer día los dispusieron el primer en una ronda de un tamaño imposible de manejar por dos coordinadoras de taller. Ese día nos tuvimos que poner en el lugar asignado por la institución, el de *showman,* a fin de proceder a la presentación del taller y de los talleristas, mas en el segundo encuentro, volvimos al papel de mediadoras/talleristas encargadas de grupos más pequeños, y sólo con aquellos que deseaban participar[683]. En tanto que en la N° 5 y la N° 20 fuimos alertadas previamente sobre el hecho de que no todos podrían participar de la misma forma, debido a sus problemas de salud y disfuncionalidades. También nos señalaron aquello que les podría llegar a

[683] Ese día fuimos más temprano y luego de comentarles en forma personal, preguntamos a cada uno de los residentes con algún grado de lucidez sobre su deseo de participar.

gustar por su vinculación con su pasado, la ocupación laboral, los hobbies o las inclinaciones de cada uno.

Entendimos que el criterio del reparto, en unas era la igualdad formal con el consabido resultado del *igualitarismo masificador*. En las segundas, se tenían en cuenta las *necesidades* requeridas por la presencia de las diversas dificultades que padecían los residentes. También pudimos entender que para las primeras, nosotros representábamos una propuesta más de espectáculo apto para todo público, al igual que los mariachis y serenateras; en tanto que en las segundas, percibían a esta tarea como una vía para crecimiento personal y de aprendizaje de algo novedoso por parte de los residentes,.

En cuanto al contenido asignado a la ocupación, asociación y recreación, en las N° 17 y N° 18, eran las propias de los ancianos enfermos terminales (exclusividad)[684] o los recluidos en un hospicio (exclusión). En tanto que en las N° 5 y N° 20, encontraban que las actividades también podían resultar amenas, desafiantes y novedosas para todas las generaciones (continuidad vital), e ideal como vía de vinculación con el afuera. Una opción posible para evitar caer en el peligro de quedarse encerrados en las pantallas de los televisores omnipresentes (participación).

D. Algunas conclusiones

Lo observado en forma general en el Derecho de la Ancianidad, se replica, agudizándose, en un área y territorio más acotado: **las residencias para ancianos en la ciudad de Rosario**. El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, se encontrará con muchos desafíos a la hora de efectivizarse en estas modalidades de máxima intervención. Existen carencias

[684] Todo en vinculación a la faz sanitaria, incluso estos objetos de reparto.

e indeterminaciones normativas que desoyen la heterogeneidad del destinatario, la complejidad del objeto y de la red de relaciones jurídicas que son necesarias coordinar a fin de enfrentar con éxito el problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo.

El *tipo de vivienda* en la cual habita el anciano, representa un indicador de la modalidad de intervención presente. Según datos del censo 2001, en la provincia de Santa Fe, con una población total de 3.000.701 de habitantes, 348.081 son personas de 65 años y más **(% 11,6** de la población), y 75.017 de 80 años y más **(% 2,5** de la población). El **% 20,9** sobre el total de personas mayores de 65 **viven solas**, en tanto que el **% 73,7 viven en hogares** compartidos con otros y 8.557 ancianos **viven en hogares colectivos**, lo cual representa el **% 2,4** de la población mayor a 65 años.

Estas cifras solo nos brindan una primera aproximación a la situación, ciertamente, la equiparación no es lineal. Existen modalidades de intervención mínima, aún en casos de ancianos conviviendo con familiares o allegados, y sistemas de intervención media en el caso de los ancianos viviendo solos. Pero en las **modalidades de máxima intervención**, el dato censual es preciso. El anciano institucionalizado, más allá de su grado de autonomía o dependencia, efectivamente ve restringida su esfera de autodeterminación al ingresar a estas instituciones totales.

En la ciudad de Rosario, contamos con algunas estructuras de cuidados que se corresponden con distintas modalidades. En referencia a los cuidados con el máximo grado de intervención, encontramos tres sistemas. Las **residencias,** instituciones de larga estadía y de baja complejidad médica, el **Hospital Geriátrico Provincial de Rosario**, institución de larga estadía de complejidad media, y los **Policlínicos, PAMI I y II,** instituciones de tránsito de baja, media y alta complejidad médica.

En cuanto a lo normativo, podemos decir que no existe regulación específica de las modalidades de intervención en forma integral. Son alcanzados, tan sólo, escasos mecanismos de forma inarmónica. De acuerdo a este panorama, en la ciudad de Rosario no existe un *continuum* de cuidados progresivos que acompañen al proceso de envejecimiento. Al no contar con una normativa marco que instaure las posibles alternativas para el cuidado de ancianos, el usuario se ve obligado a inventar en cada reparto un sistema, conjugando los escasos dispositivos especializados existentes en el mercado.

Cada **familia**, con mejor o peor predisposición y voluntad, obra de acuerdo a su leal saber y entender, buscando, y encontrando en el mejor de los casos, *criterios nuevos* para determinar los pasos a seguir. Los empleados en generaciones anteriores -previas al fenómeno del multigeneracionismo- no son eficaces, no son factibles o son altamente perjudiciales para el entorno por diversas circunstancias históricas. Las mujeres, otrora cuidadoras de ancianos, niños y enfermos por excelencia, ahora, aún mayores, reparten su tiempo entre el trabajo afuera y dentro del hogar. Las viviendas, otrora espaciosas en las que convivía la familia extendida, hoy se subdividen en células que contienen ajustadamente a la familia nuclear. En fin, la intervención en la esfera de libertad del anciano muta de acuerdo a la paciencia o ingenio de su sistema familiar, sin encontrar un eje al cual asirse.

Los **ancianos**, por su parte**,** resisten el mayor tiempo posible de acuerdo a sus fuerzas y medios de protección el ingreso a una institución colectiva. Se le genera un dilema angustiante: mantenerse fuerte y autónomo en su hogar el mayor tiempo posible, aún a costa de su calidad de vida, o resignarse a depender de otros en forma casi incondicionada; o resignarse a ingresar a las instituciones colectivas. La falta de progresión planificada de acuerdo a un criterio de justicia, agobia tanto a la familia como al mismo anciano, generando un clima de continua tensión, caldo privilegiado para los conflictos familiares.

El **mercado**, muy tímidamente y por propia iniciativa, está empezando a perfilar nichos comerciales; pero, en algunos casos, sin contar con la capacitación adecuada. El **Estado** aún no ha encontrado los mecanismos para operar un sistema de ayuda integral y programada para la ancianidad rosarina. Las herramientas de incentivo y control de la actividad privada en la temática no son suficientes.

Las residencias para ancianos son instituciones totales. Esto es, organismos con regulación propia, en cierta forma cerradas al exterior, en los que se comparten las actividades, los espacios, los estados de ánimo durante todo el día, facilitando la aparición de conflictos vinculados con la cotidianeidad y convivencia de personas sin vínculos afectivos previos al ingreso. Esta circunstancia, en conjunción con el **servicio complejo que ofrece -hotelero, sanitario, y sociorecreativo**- ocasiona la constante intervención de un tercero en gran parte de los órdenes de la vida del anciano, que llega hasta sus actividades diarias y vitales.

A pesar de que hoy hablamos de residencia, este concepto es determinado por los avatares históricos. Estas instituciones encargadas de alojar ancianos, han sido adjudicatarias de diversas denominaciones**: retiro, asilo, hogar, guardería, geriátrico**, y actualmente, **residencia**. Cada término se corresponde con circunstancias históricas, políticas, económicas, científicas y jurídicas diversas.

Siguiendo el desarrollo de esta modalidad de máxima intervención, es posible apreciar la secuencia de sustitución de paradigmas y modelos juspolíticos. Nos remontamos a su origen en el **RETIRO** medieval, descubriendo un formato que se corresponde con el Modelo Juspolítico Totalitario. En tanto que el Estado Moderno, guiado por un Modelo Abstencionista, desarrolla la modalidad del **ASILO**. Será recién en la edad

contemporánea, a la luz de los estudios médicos especializados y con un Modelo Paternalista propio del Estado de Bienestar, que aparece el **HOGAR.**

Actualmente, esta institución se encuentra en un proceso de cambio, adecuándose a los desafíos que le plantea el fenómeno del multigeneracionismo. Siguiendo los postulados de la Gerontología, receptados por los Modelos Líquido, Comunitarista y Jusfundamental se va convirtiendo en **RESIDENCIA**. Ahora el término se emplea tanto para designar a los organismos privados como públicos, y existe una marcada tendencia a la uniformidad en el servicio. De esta forma se superan los formatos de la GUARDERÍA y el GERIÁTRICO **-**referencia medicalizada de la guardería.

Jurídicamente, cada modelo va a hacer uso de un sistema operativo acorde a sus necesidades y exigencias. En cada etapa, se han valido de elementos diversos para delinear sus contornos. Al comparar los destinatarios y los prestadores de los servicios ofrecidos se descrubren fácilmente las figuras jurídicas empleadas a tal fin.

En el RETIRO MEDIEVAL**,** quienes hacían uso de esta modalidad debían contar con peculio propio para hacer frente al pago del precio del servicio de alojamiento, alimentación y seguridad brindado por medio de un contrato celebrado con un convento o monasterio. En la MODALIDAD ASILAR, la asistencia estaba destinada a los ancianos pobres y/o dementes; que satisfacía, o bien el Estado, por medio de una carga pública, o bien las Sociedades de beneficencia por medio de liberalidades. Se le proveía un lugar adonde pasar sus últimos días sin estar sometidos al alea social y económica que sufrieran sus familias. Los HOGARES son creación de las políticas públicas del Estado de Bienestar. Asumiendo a la ancianidad como un nuevo riesgo, el ciudadano anciano contaba con un espacio en el cual, además de los servicios propios de las instituciones anteriores, se repartía vigilancia médica especializada (geriátrica).

A fines del siglo XX, en las décadas del setenta y ochenta, se va a producir un cambio se coordinan y unifican, de cierta forma, las modalidades históricas a través de la nueva mirada gerontológica. Conviven en el término **RESIDENCIA**, los HOGARES públicos con las GUARDERÍAS y GERIÁTRICOS privados. En la actualidad, el destinatario de este servicio es el anciano dependiente, en lo físico y/o psiquiátrico, sea o no dependiente en lo económico. En las guarderías y geriátricos, tan sólo existen escasas manifestaciones vinculadas con un concepto de salud hegemónico, desconociendo la importancia de vehiculizar los derechos de participación. En cuanto al formato jurídico empleado en Argentina, las reparticiones públicas prestan el servicio enmarcándolo en la figura del servicio social del Derecho Administrativo, mientras que las empresas privadas lo hacen por medio de un contrato atípico.

Desde la luz proyectada por el Derecho de la Ancianidad, las residencias para ancianos aparecen como **instituciones sumamente complejas**. En pos de satisfacer la calidad de vida requerida por el derecho fundamental, la institución brinda un servicio que combina, la asistencia y el control sanitario, con las necesidades sociales, sin descuidar el fiel cumplimiento de las prestaciones de hotelería. La complejidad es aún mayor si tenemos en cuenta que en este sistema de cuidados, los destinatarios son dependientes, ancianos que requieren ayudas especializadas para realizar las actividades cotidianas.

A pesar de la mayor dependencia del sujeto anciano y la necesaria intervención de terceros, el catálogo de derechos se mantiene intacto. Por lo que los derechos de autonomía y participación, requerirán esmerarse por encontrar modalidades adecuadas. Y con un criterio especial de justicia que exige el mantenimiento y recuperación de las áreas de autonomía, se requerirán medidas especiales a fin de no afectar la esfera de libertad de los residentes más allá de lo necesario, de acuerdo a un Régimen de Justicia Humanista Intervencionista Justificado. Lamentablemente, esta complejidad fáctica y axiológica no es adecuadamente captada por la normativa vigente. A

partir del análisis tridimensional de las instituciones privadas en la ciudad de Rosario, podemos decir que se encuentran en un punto jurídicamente crucial. Hay elementos sociológicos y axiológicos suficientes como para obrar el cambio hacia la concepción de residencia. Mas la normativa no otorga ayuda alguna; muchas veces, incluso obstaculiza su desarrollo.

La normativa aplicable consiste en un entramado a trazos gruesos y dispares, que combina decretos provinciales desactualizados -**Decreto 2719/77 y Decreto 2091/80**- con una normativa municipal que aglutina, en forma de compendio, lo desarrollado sobre la materia hasta 1996 -**Ordenanza 6287/96 modificada por 6294/97**. A esto, se suma la faz sanitaria de la prestación que lo encontramos en la **Ley 9847** la cual consta de un **Decreto Reglamentario 6030/91** que regula a los establecimientos geriátricos en su artículo 31; y la resolución 1147/2006 sobre clausura. A este no muy halagüeño panorama normativo, es preciso agregarle otros comentarios a fin de tener un cuadro tangible de la situación.

En la temática de residencias, se carece de una fuente formal nacional que brinde los lineamientos mínimos en cuanto a la situación jurídica de las instituciones y los residentes. Cada provincia, ha ido elaborando un articulado folklórico, con mejores y peores aciertos y resultados. En la provincia de Santa Fe, la regulación se ha hecho a tenor de los decretos, con la consabida precariedad democrática que ello conlleva. Y como en todas las fuentes del Derecho de la Ancianidad, también aquí se produce el fenómeno de la normatividad derivada.

Tal es el páramo jurídico en esta región del Derecho, que si bien en otras áreas nos escandalizamos por la mera presencia de *fuentes formales de propaganda o espectáculo*, aquí podemos llegar a lamentarnos por su ausencia. Quien desee implementar en su institución los postulados de la Nueva Ética de la Ancianidad, se verá trabajando en solitario, sin un criterio

de justicia con fuerza legal, ni mecanismos de contralor que así lo vayan formando. Se verá obligado a crear un sistema jurídico inexplorado. Se está pidiendo, a quien apuesta económicamente en una residencia, un heroísmo quijotesco, desconocido en la cultura posmoderna de la utilidad. Y si apuesta por la vía del martirio, pocas veces será reconocido, más que por sus residentes. Todos ellos dependientes, y jurídicamente vulnerables, por lo que pocas chances tendrán de que se escuchen sus alabanzas y sus quejas con respecto a la institución en donde residen.

En la dimensión axiológica, hemos encontrado que las valoraciones vertidas por los directivos de las instituciones evaluadas, plantean una relación bipolar. En tan sólo un puñado de instituciones tomadas al azar, fue posible apreciar situaciones muy disímiles en cuanto a la **concepción del anciano residente** y la **función de la institución**. Al referirse a *la condición del residente, el papel asignado a la familia, la función de los directivos y del personal, el catálogo de necesidades de los residentes y las formas de efectivizarlas*, sus posturas divergían sensiblemente.

Como resultado de la aplicación de algunos indicadores para el análisis de estas valoraciones se obtuvo una serie de pares antagónicos que dividen a los discursos en dos grupos: ***cosificación*** *versus* ***personalización del anciano residente, sustitución*** *versus* ***auxilio a la familia del residente, generalidad*** *versus* ***especificidad del cuidado, simplicidad*** *versus* ***complejidad de la prestación del servicio, exclusividad, igualitarismo y exclusión*** *versus* ***continuidad vital, privacidad y participación.***

En síntesis, de cuatro instituciones se enfatizan las coincidencias entre la institución n° 17 y n° 18, por un lado, y entre la n° 5 y n° 20, por el otro. En el primer par, se descubren elementos que se corresponden con el paradigma **excluyente**, en tanto que en el segundo, los trazos señalan una inclinación hacia el nuevo paradigma **inclusivo**.

Capítulo II

El derecho fundamental a la calidad de vida desde el observatorio de la mediación

A. La mediación: un buen observatorio

1. ¿Qúe es la mediación? ¿Por qué la mediación?

Como lo adelantábamos en capítulos anteriores, en la presente investigación se empleó metodológicamente al proceso de mediación como herramienta de observación en las residencias. A continuación, aportaremos los elementos que creemos necesarios para comprender su alcance y sus virtudes como mecanismo de evaluación de las instituciones gerontológico-geriátricas a la luz del nuevo paradigma inclusivo y el Modelo Jusfundamental de la Vejez.

A la hora de buscar una definición del proceso de mediación, nos encontramos con una multiplicidad de concepciones encarnadas en diversas Escuelas. En tanto que herramienta multidisciplinar, sus propuestas divergen tiñendo sus postulados, metas y métodos de un caris específico de acuerdo a la disciplina que le diera origen. Al igual que le sucede a la Gerontología, su situación cambia de acuerdo a su cuna. Por ejemplo, en los Estado Unidos la Escuela de Mediación de **HARVARD** está íntimamente relacionada con el mundo comercial-financiero, en tanto que la de Sara **COBB**, con su método circular narrativo de origen psicológico, pone el acento en la solución de los conflictos de convivencia, especialmente en la órbita familiar[685].

Entendiendo que redundará en una mejor comprensión del instituto, nos inclinamos a adoptar la definición que presenta Rubén **CALCATERRRA**,

[685] Ver **CUADRO N° 12** Escuelas de Mediación

un abogado argentino. La mediación *es un proceso que, con la dirección de un tercero neutral que no tiene autoridad decisional*[686]*, busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control del intercambio de la información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas*[687].

La mediación es una herramienta procesal sofisticada[688]. Sofisticada en referencia a su implementación, ya que requiere la presencia de un repartidor aristocrático como lo es el mediador; y sofisticada respecto a sus participantes, ya que debe contar con sujetos autónomos que posean un ámbito de libertad suficiente como para decidir por sí mismos. Es justamente en este punto en dónde entra en sintonía con las necesidades de los ancianos y las exigencias valorativas del nuevo paradigma inclusivo de la vejez captadas por el derecho fundamental a la calidad de vida.

---

686 Si bien no decide sobre el fondo, ya que no puede sugerir soluciones al caso, sí propone el camino procesal a seguir en el diálogo asistido, tiene una autoridad procedimental basada en sus conocimientos

687 V. **CALCATERRA, Rubén A**.*; Mediación estratégica,* Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 32.

688 En relación con el tema v. por ej. **CIURO CALDANI, Miguel Angel***; Comprensión jusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje* en *Investigación y Docencia* Nro. 27 del Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social – Facultad de Derecho-UNR, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 1996; *Aportes metodológicos trialistas sobre la mediación (Comprensión integral de los "lugares" jurídicos y de su "desplazamiento")*, en *Investigación y Docencia* Nro. 30 del Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social – Facultad de Derecho-UNR, Rosario, FIJ, 1997; **ALVAREZ , Gladys Stella;** *La mediación y el acceso a justicia,* 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003; **ENTELMAN, Remo F**.; *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002*;* **AA.VV.;** *Negociación y mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997. **GOZAINI, Osvaldo;** *Formas alternativas para la resolución de conflictos. Arbitraje. Mediación. Conciliación. Ombusman. Procesos alternativos,* Buenos Aires, Depalma, 1995; **SIX, Jean-Francois***; Dinámica de la mediación*, Barcelona, Paidós Mediación, 1997*;* **SUARES, Marinés***; Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas,* 1ed, 3ra reimpr, Buenos Aires, Paidós, 2002; **GRÜN, Ernesto;** *Una visión sistémica y cibernética del derecho. En el mundo globalizado del siglo XXI,* 1° ed, Buenos Aires, Dunken, 2004, pág. 121 y ss; **FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison**; *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio,* 1° ed, México, Limusa, 1992**; GROVER DUFFY, Karen; GROSCH, James; OLCZAK, Paul V.;** *La mediación y sus contextos de aplicación. Introducción para profesionales e investigadores,* 1° ed., Barcelona, Paidós, 1996; **BERNAL SAMPER, Trinidad;** *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja,* Madrid, Colese, 1998; **GATTARI, Carlos Nicolás;** *Abogado.Escribano. Juez. Mediador. Registrador,* Buenos Aires, Depalma,1998; **MORELLO, Augusto M.;** *Los abogados,* 2° ed. Ampliada, La Plata, Platense, 1999.

Desde la dimensión sociológica, el proceso de mediación presenta una forma de reparto con audiencia mayoramente autónomo. Desde el punto de vista valorativo, es un medio de protección sumamente apto para promover la facilitación. Y desde el punto de vista normológico, es captado por los derechos a prestaciones de carácter procedimental, que brinda el Estado (y los particulares) a los ciudadanos a fin de ejercer sus derechos.

Con estas condiciones, es un candidato ideal para ser empleado en la conflictiva de la vejez. Es una herramienta adecuada en la procura de completitud del orden de repartos, el orden normativo y el régimen de justicia de la ancianidad. Y dada su condición inigualable para repartir derechos de participación, brindándole la oportunidad de ser repartidor y tener injerencia en sus asuntos, es apropiado para determinar el grado de recepción del paradigma inclusivo de la vejez.

En definitiva, gracias a estas bondades se empleó este proceso de mediación como un dispositivo de observación en la experiencia realizada en algunas residencias de ancianos de la ciudad de Rosario. Más adelante, efectuando un salto a las fuentes materiales del Derecho de la Ancianidad, describiremos los hontanares y cauces de la metodología desarrollada en el trabajo de campo. Mas antes, a fin de conocer mejor sus posibilidades, cincelaremos los contornos y alcances del proceso de mediación desde una mirada tridimensional.

2. Las adjudicaciones, valores y normas en la mediación

¿Quién reparte en el proceso de mediación? En todo proceso de mediación, reparten potencia e impotencia los propios protagonistas del conflicto Éstos son quienes tienen una influencia directa en una posible resolución de la disputa. Es tan importante saber quién se sentará en la mesa de negociación, que **CALCATERRA** considera a la convocatoria como el primer estadio en su modelo de mediación

estratégica[689]. No sólo las partes realizan repartos, también el mediador lo hace[690]. A pesar de que en algunos modelos le está vedado emitir juicio sobre la decisión final[691], en todo momento es el repartidor de la palabra. El mediador, especializado en el discurso comprensivo, administra el tiempo para hablar, el tiempo para callar y el tiempo para escuchar. Dado que la particularidad de este proceso radica en la generación constante de un marco de autonomía apropiado para negociar, el poder del mediador para repartir la palabra requiere de una continua legitimación de las partes. Sin ella, el proceso no progresaría, por lo que la inestabilidad de la legitimación, lejos de ser un obstáculo, opera como una herramienta del dispositivo para lograr su finalidad -semejante a lo que ocurre, por ejemplo, en una sesión de terapia psicológica.

¿Quién recibe en el proceso de mediación? Aquí reciben tanto unos como otros; lo que reparte uno, lo recibe el otro; y viceversa. Como en toda relación humana, el círculo de receptores de potencia e impotencia se ve extendido más allá de los participantes directos del proceso de mediación, incluye a la familia, a los vecinos y a los otros ciudadanos con distinta intensidad. Insisten los especialistas en que esas influencias humanas difusas que produce este método pueden llegar a ser más trascendentes que el efecto directo sobre las vidas de los propios protagonistas del conflicto. Como es el caso de la Escuela **TRANSFORMATIVA**, apuestan a su poder mediativo que produce cambios culturales[692].

¿Qué se reparte en el proceso de mediación? El objeto del reparto varía de acuerdo al modelo de mediación empleado por la institución que brinda el servicio. Mas, en líneas generales, las diversas corrientes entienden que esta técnica de comunicación puede repartir seguridad, paz, verdad, reparación, perdón y comprensión, todos factores que potencian la vida. Por otro lado, no se desconoce el hecho de que también puede ser un vehículo eficaz para la propagación del odio y la sed de venganza. En estos carriles se encuentran los autores que consideran que estamos sólo ante otra forma de control social.

¿Cómo se reparteen el proceso de mediación? Algunos entienden que el camino recorrido por los repartos en una mediación es el de la negociación simplemente asistida por un tercero –el mediador.

---

689 V. **CALCATERRA, R.;** *Mediación*..., ob. cit., pág. 135 y ss.

690 V.**CIURO CALDANI, M.A**; *Aportes metodológicos*..., ob. cit. , pág. 21.

691 Postura que comparto, lo cual evita su confusión con otros métodos, por ejemplo, el arbitraje.

692 V. **BARUCH BUSH, R. A.; FOLGER, J. PÁG.;** *La promesa de mediación. Como afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros,* Barcelona, Granica, 1996; **AAVV;** *Mediación. Una respuesta interdisciplinaria,* Buenos Aires, Eudeba, 1997; **LINCK, Delfina;** *El valor de la mediación,* Buenos Aries, Ad-Hoc, 1997; **NEUMAN, Elías;** *Mediación y conciliación penal,* Buenos Aires, Depalma, 1997; **MELO, Artemio Luis; STRUBBIA, Mario;** *La mediación papal y el conflicto austral,* Buenos Aires, Depalma, 1981.

Considero que se podría hablar, teniendo en mente a las formas señaladas por la teoría trialista[693], de un quinto camino. La forma de la mediación se asemeja en gran medida a la de la negociación, pero la presencia del tercero, marca una diferencia. Este repartidor de grandes potencias, la palabra[694] y la escucha[695], realiza algunos repartos autoritarios. Para los cánones doctrinarios, esta postura puede parecer errada, o a lo sumo, extraña. Pasemos a explicarla.

No hay dudas que el producto de la mediación, el acuerdo, es fruto de un reparto autónomo entre las partes; pero el manejo que efectúa el neutral, es de autoridad legitimada por las partes negociadoras. Es difícil apreciarla sin un detenimiento reflexivo, ya que la legitimación requerida es continua. Sin el respeto y la confianza en la idoneidad técnica[696] que los protagonistas del conflicto depositan en ese tercero, no se operará cambio alguno en la situación conflictiva. El proceso de negociación es conducido por el tercero; es él quien decide si habla una parte primero o luego y si se conversará un tema en forma conjunta o privadamente, en *caucus*[697]. Por lo tanto, modifica el tipo "puro" de la negociación, tomando unos elementos de la negociación colaborativa y algunos de la competitiva o "regateo[698]", a fin de conciliar intereses facilitando el intercambio. Es debido a estas razones que entendemos que el proceso de mediación es un camino excelente para facilitar el ejercicio de los derechos de la ancianidad; muy especialmente, los derechos de participación.

¿Cuáles son las razones sociales, alegadas y los motivos en las adjudicaciones mediadas? En el ámbito de la mediación, se encuentran repartos que la sociedad argentina considera dignos de ser repetidos. La participación de los ciudadanos, elemento esencial de la mediación, puede ser un camino para el restablecimiento de la paz social generando, a su vez, confianza en la justicia. Por lo tanto,

---

693 En la teoría trialista del mundo jurídico, las formas del reparto son la imposición, el proceso, la negociación y la adhesión.

694 V. **REDORTA LORENTE, Josep**; *Poder y palabra* en "L@ revista", Mediadores en red, Nro 5, año II, 2004, pág. 77

695 V. **ARÉCHAGA, Patricia**; *Cómo escucha el mediador. Escucha activa* en *L@ revista*, Mediadores en red, Nro 1, año I, 2002, pág. 41

696 El unánime requisito normativo de la formación continua a fin de conservar la matrícula de mediador respalda esta afirmación. La matrícula del abogado, psicólogo, ingeniero, arquitecto o médico se entrega de una vez para siempre; sujeto, claro está, a sobrevinientes irregularidades en su ejercicio. Se presume jure et jure la capacidad, se debe probar lo contrario. En cierta forma, con el mediador ocurre a la inversa.

697 V. **CALCATERRA, R**.; Mediación..., ob. cit., pág. 201

698 V. **MARTÍN, Miguel Angel**; *Regateo en mediación y negociación* en *L@ revista*, Mediadores en red, Nro 6, año II, 2004, pág. 71

agregan algunos autores, se fortalece el sistema republicano y democrático de gobierno[699]. En el mismo sentido, las compiladoras de *La trama de papel* introducen la obra entendiendo *que sólo desde la perspectiva de un encuentro con otro, con otros, a quienes reconocerles entidad e identidad, es que podremos vivir en una sociedad mejor, más armónica y menos gobernada por el enfrentamiento y la agresividad con el semejante*[700].

En la doctrina se encuentran múltiples argumentos que sustentan a la mediación, incluso en el Derecho Penal. **Adolfo PRUNOTTO LABORDE** enumera algunas: mejora del servicio de justicia; agiliza el sistema, evita la morosidad y la realización de un juicio; descomprime los juzgados descongestionando el sistema; otorga la debida participación a la víctima en el proceso; se sincera el sistema operando un criterio de oportunidad no oculto; se recupera la confianza de la sociedad en la justicia brindando una respuesta ágil y una solución a la disputa; y se extiende el servicio de justicia al disminuir sus costos por lo que logra erradicar una justicia sólo para los más ricos[701].

Esta larga lista de razones, se completa con los aportes de **Beatriz E. ÁVILA.** Considera que se produce un espacio óptimo para la concientización, el compromiso, la reparación y facilita la reconciliación. De esta forma, se humaniza al Derecho, eliminando los estigmas y valorando las relaciones humanas, la comunicación y la autonomía de la voluntad de las partes. Y, por medio de su efecto educativo, se logra una disminución de la violencia[702].

---

699 V. **ALVAREZ, Gladys S. y HIGHTON, Elenea I.;** *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1995; **UZAL, María Elisa;** *Solución de controversias en el comercio internacional,* Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992; **FERREYRA DE DE LA RUA, Angelina; GONZALEZ DE LA VEGA, Cristina;** *Lineamientos para un proceso civil moderno. La simplificación procesal. Medios alternativos de resolución de conflictos,* Buenos Aires, Ediar, 1997.

700 V. **ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia y RISOLÍA, Matilde** (comps.); *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, Bs.As., Galerna, 2005, pág. 19

701 V. **PRUNOTTO LABORDE, Adolfo**; *Mediación penal*, Rosario, Juris, 2006; *El fiscal y la mediación penal* en academiadederecho.com (creado el 03/11/2004 y bajado el 27/07/2005)

702 V. **AVILA, Beatriz Elena**; *La mediación penal víctima-victimario* en academiadederecho.com (creado el 2003 y bajado el 27/07/2005).

Estas son las razones sociales y las alegadas, pero sabemos que puede llegar a existir una gran distancia entre ellas y los verdaderos motivos que impulsan a las personas a presentarse a un encuentro de mediación. En los cursos de mediación y en alguna bibliografía se hace referencia a la denominada *Teoría del iceberg*. Con ella se desea ilustrar el juego de las posiciones, los intereses y las necesidades de las partes intervinientes en el proceso de mediación. Como en un iceberg sólo asoma por encima del nivel del agua un porción pequeña en comparación al total, lo cual se identifica con las posturas generalmente dicotómicas que plantean los mediados. Será tarea del mediador hacer aparecer los intereses y las necesidades que emergen desde debajo de las profundidades heladas del iceberg para construir un acuerdo viable y sostenible.

¿Cuáles son los límites del reparto? En esta búsqueda del acuerdo realizable, los repartos mediables se topan con límites de todo tipo. Desconocerlos entorpece el adecuado funcionamiento del proceso, perjudica a los propios protagonistas del conflicto y descalifica a la inestable legitimidad del mediador. Las relaciones humanas se desarrollan en un caldo sazonado por condicionamientos sociales, psicológicos y económicos; por lo que, a fin de no trabajar en vano, el mediador tendrá que estar atento ante los límites legales, teóricos, físicos, económicos y psicológicos[703] de las partes, del conflicto y del proceso empleado.

En fin, aventurarse a utilizar este método implica, entre otras cosas, asumir una postura con respecto a la concepción del Derecho. Esto es, considerar que no sólo la coacción y la coercibilidad forman parte del objeto de estudio del Derecho, sino que *es jurídico todo fenómeno en el que puede*

[703] V. **GEREZ AMBERTÍN, Marta**; *La culpa en el sujeto de la pena* en *La trama de papel*, Bs. As, Galerna, 2005, pág. 183. Por ejemplo la posibilidad o no de asumir la responsabilidad o arrepentirse.

realizarse la justicia respecto de los seres humanos, sobre todo por la conducción de los hombres[704].

Con respecto a las normas, en Argentina[705] , existe un marco de referencia normativo muy claro. El ***Decreto 1480/92*** declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos. Con este fin, el mismo decreto crea un cuerpo de mediadores, delega en el Ministerio de Justicia la celebración de un convenio con la Corte Suprema de Justicia de la Nación para realizarse una experiencia piloto en juzgados a designar, y encomienda, al mismo Ministerio de Justicia, la formulación de proyectos legislativos sobre el tema. Todo lo cual fue ratificado por la **Ley 24.573** de **Mediación y Conciliación**[706].

En Rosario, se puede encontrar una variada normativa al respecto, con fuentes de diversa jerarquía. La **Legislatura Santafesina**, sancionó en 1998 la ***Ley 11.622*** de Mediación haciendo operativa la invitación efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional a las provincias y municipios de toda la República mediante el artículo 10 del Decreto 1480/92.

El ***Decreto 663/92*** provincial ya consideraba la creación de una Comisión Honoraria para el estudio y diseño de una reforma integral de la organización y procedimiento judicial de la Provincia de Santa Fe, propiciando la participación del Poder Judicial y el Legislativo así como la de los Colegios de Abogados, Procuradores y Magistrados[707]. Santa Fe[708] adhería, así,

---

[704] V. **CIURO CALDANI, M.** A., *Comprensión jusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje*, cit., pág. 19.

[705] V. el desarrollo que realizan **Gladys S. ALVAREZ y Elena I. HIGHTON** con referencia a la resolución alternativa de disputas (RAD), especialmente de la mediación, en la Argentina en el capítulo VII *de Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995.

[706] **Ley 24.573** de **Mediación y Conciliación** (1995, obligaroriedad de prejudicialidad por cinco años), Ley 25.287 (2000, prórroga del plazo), Ley 25.661 (modificación), Ley 26.094 (2006, prórroga del plazo), Ley 26.368 (2008, prórroga del plazo).

[707] Conformada mediante *Resolución MGJC 1010/92.*

expresamente al Programa Nacional de Mediación[709]*; s*in embargo, la reglamentación de la Ley provincial se hizo esperar. Con deficiencias notables, apareció el ***Decreto 3372*** al finalizar el año 2003*.*

Dentro del marco descripto, se celebraron c*onvenios* a los fines de formar mediadores. Se rubricaron algunos entre la Provincia de Santa Fe y las Facultades de Derecho de las Universidades Nacionales (Santa Fe y Rosario), y también con la Pontificia Universidad Católica Argentina (Santa Fe y Rosario). Al día de hoy la **Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario** ofrece un curso de postgrado, en vinculación con un Centro Universitario de Mediación (CUM)[710]; y en el año 2002 el Consejo Directivo de la misma Facultad de Derecho, aprobó el *programa* de la materia optativa de grado*: Negociación y Mediación. Métodos para la resolución de conflictos*.

La Provincia de Santa Fe, en miras a la formación de mediadores, también suscribió un *convenio* con el **Colegio de Abogados de Rosario[711]**. En el año 1998, se crea el Centro de Altos Estudios en Métodos Adecuados de Administración de Conflictos. Según su *Reglamento* son mediables todos los casos**[712]** que a pedido de parte o derivación judicial ingresen al Centro dentro de los límites previstos en las normas éticas del colegio[713].

---

[708] Mediante *Decreto 203/94* de Santa Fe.

[709] *Decreto 1480/92 del PEN.*

[710] Habilitado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Nro. 20. Homologado por la Subsecretaría de Justicia de la Provincia de Santa Fe.

[711] Aprobado por Decreto 3035/98.

[712] **REGLAMENTO DEL CENTRO DE MEDIACIÓN** Artículo 16 *Son funciones propias de este Centro, propiciar y facilitar el trámite de mediación como mecanismo alternativo para la solución de conflictos en los siguientes casos:a) a pedido de personas físicas y/o jurídicas, de carácter privadas o estatales, con interés directo.b) por derivación judicial. A tal fin las partes deberán concurrir con el mediador designado por ellas o requerir los servicios del mediador que les proveerá el Centro de su respectivo Registro.*

[713] **NORMAS DE ÉTICA DEL CENTRO DE MEDIACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE ROSARIO** Artículo 12 *El Mediador sólo debe aceptar la responsabilidad de conducir un procedimiento de mediación en los casos en que se siente suficientemente capacitado, teniendo en cuenta el contenido de la disputa y la naturaleza del procedimiento.*

La invitación del Poder Ejecutivo Nacional, dirigido tanto a las Provincias como a los Municipios, fue acogida por la **Municipalidad de Rosario**. En el 2000, el gobierno local comienza a ofrecer un servicio de mediación gratuita en los Distritos municipales descentralizados gracias a un *convenio* celebrado con el Colegio de Abogados de Rosario (Programa de Servicio de Mediación Comunitaria - Pro.Se.Me.Co.). Con posterioridad, se trata de implementar un Centro de Mediación propio asistido por los funcionarios y empleados municipales.

El **Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe** reglamentó la mediación judicial – con alcances curiosos[714]- por *Acuerdo de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe*[715] *La mediación en el ámbito del Poder Judicial será de carácter voluntario y gratuito y aplicable a cuestiones de carácter patrimonial o extrapatrimonial que sea susceptible de transacción siempre que no vulnere el orden público*[716]*.* Es así como desde 1999, se ofrece un servicio gratuito de mediación atendido por funcionarios y empleados judiciales.

---

[714] **REGLAMENTO DE MEDIACIÓN JUDICIAL** Artículo 2 *La mediación estará a cargo de los Jueces Comunales; Jueces de Circuito cuando conforme a lo dispuesto en el art. 108 de la Ley 10.160, asuman la competencia de aquéllos y los Defensores que indique el Ministerio Público y que cuenten con los requisitos de habilitación previstos en el presente reglamento.* Lo curioso es el recargo de actividades, incompatibles, sobre las espaldas de los funcionarios judiciales. La jueza Gladys ALVAREZ –pionera en el campo de la mediación en la Argentina- en su tesis doctoral *La mediación y el acceso a justicia* publicada por Rubinzal-Culzoni (Santa Fe, 2003), comenta una norma nicaraguense similar a la santafesina en este aspecto de esta forma: *En cuanto a la normativa que introduce la mediación (...) a cargo de los jueces es desacertada, en primer lugar, porque utiliza el valioso tiempo del juez en actividades para las que no está entrenado y se lo distrae de su función esencial, que es manejar con eficiencia los casos que se le han encomendado y dictar sentencia en tiempo. Esto ha sido un grave error conceptual y político, y los jueces han visto sobrecargadas sus tareas, teniendo que hacerse cargo de audiencias de mediación que son ajenas a la función del juez. No se ha comprendido el profundo sentido que la mediación tiene para la organización judicial, que es no sólo y fundamentalmente ofrecer a la ciudadanía otra forma de resolver conflictos, sino además una vía de descongestionamiento de los despachos judiciales. Esa normativa ya ha demostrado ser inadecuada, pág. 211.*

[715] **ACUERDO DE LA EXCMA. CSJSF** del 29/8/95, Acta Nro. 30, punto 17. Reglamento de Mediación Judicial.

[716] ***REGLAMENTO DE MEDIACIÓN JUDICIAL*** Artículo 1.

La **Defensoría del Pueblo de Santa Fe**[717] cuenta con el Centro de Mediación "Pablo Benetti Aprosio" creado el 4 de julio de 1995[718]. Enmarcado en su *Reglamento*, se atienden en forma gratuita todo tipo de problemáticas planteadas por la ciudadanía. Sus puertas están abiertas a las variadas quejas: problemas de vecindad, conflictos del área comercial, educativa, familiar, sanitaria, del consumo e, incluso, asuntos penales. Estos últimos generalmente son derivados por el Centro de Asistencia a la víctima[719] perteneciente al mismo organismo.

Y con respecto a los **ancianos**, nuevamente el *soft law* socorre al *hard law* en la determinación de su orientación con respecto al sujeto anciano. Contamos con las 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD. En su Sección 5 se efectúan recomendaciones sobre los **medios alternativos de resolución de conflictos.** Se promueve la búsqueda de las formas de solución más apropiada. Entre ellas es preciso tener presente, de acuerdo a las Reglas, a la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal. De esta forma complementaria se contribuye a la accesibilidad de la justicia[720].

---

[717] Datos extraídos de una entrevista efectuada al Dr. Víctor Jaef por las abogadas Silvina Pezzetta y Mariana Isern en las instalaciones del Centro de Mediación de la Defensoría del Pueblo de Santa Fe el 02/08/05.

[718] El Centro de Mediación funciona dentro del marco normativo de una resolución interna de la Defensoría del Pueblo de Santa Fe.

[719] **CENTRO DE ASISTENCIA A LA VÍCTIMA Y AL TESTIGO DEL DELITO (CAV)** Ley 11.202 (1994) Artículo 2º: *Dicho centro brindará asistencia, ayuda y asesoramiento extraprocesal a las víctimas de delitos y a los testigos*

[720] ***100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD Capítulo I. Sección 5 1.- Formas alternativas y personas en condición de vulnerabilidad.*** *(43) Se impulsarán las formas alternativas de resolución de conflictos en aquellos supuestos en los que resulte* ***apropiado****, tanto antes del inicio del proceso como durante la tramitación del mismo.* ***La mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal****, pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en condición de vulnerabilidad, así como a descongestionar el funcionamiento de los servicios formales de justicia. (44) En todo caso, antes de iniciar la utilización de una forma alternativa en un conflicto concreto, se tomarán en consideración las circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas, especialmente si se encuentran en alguna de las*

En dichas reglas se considera que se debe difundir la existencia y las características de los mismos para ser empleados al inicio, u optarlo durante la tramitación de un conflicto[721]. Es destacable la estipulación de una serie de medidas que permitan la participación de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos. Éstas consisten, por ejemplo, en la asistencia de profesionales, la participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria[722]. Entendemos que sería oportuno detenerse a pensar en medidas específicas para las personas ancianas, en atención a sus limitaciones generales y específicas.

Desde el punto de vista axiológico, la mediación también hace su aporte. El principio supremo de **justicia** reclama el ejercicio de herramientas como la mediación. Con palabras de **Werner GOLDSCHMIDT** decimos que *el principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, o, como a veces se suele decir, de "personalizarse"*[723]*.* Por lo tanto, todos aquellos caminos de la justicia que

---

condiciones o situaciones de vulnerabilidad contempladas en estas Reglas. Se fomentará la capacitación de los mediadores, árbitros y otras personas que intervengan en la resolución del conflicto.

[721] ***2.- Difusión e información*** *(45) Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización.*
(46) Cualquier persona vulnerable que participe en la resolución de un conflicto mediante cualquiera de estos medios deberá ser informada, con carácter previo, sobre su contenido, forma y efectos. Dicha información se suministrará de conformidad con lo dispuesto por la Sección 1ª del Capítulo III de las presentes reglas. (se refiere al consentimiento informado judicial)

[722] ***100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD Capítulo I. Sección*** *5* ***3.- Participación de las personas en condición de vulnerabilidad en la Resolución Alternativa de Conflictos*** *(47) Se promoverá la adopción de* ***medidas específicas*** *que permitan la* ***participación*** *de las personas en condición de vulnerabilidad en el mecanismo elegido de Resolución Alternativa de Conflictos, tales como la asistencia de profesionales, participación de intérpretes, o la intervención de la autoridad parental para los menores de edad cuando sea necesaria. La actividad de Resolución Alternativa de Conflictos debe llevarse a cabo en un ambiente seguro y adecuado a las circunstancias de las personas que participen.*

[723] V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica...*, ob.cit, págs. 418.

ayuden al hombre a personalizarse, nos acercarán cada vez más al supremo principio.

Si bien la justicia es el valor supremo del Derecho[724], existe todo un complejo axiológico que lo circunda, condicionándolo. Por lo que poniendo la mirada en las relaciones del valor justicia con otros del plexo axiológico, en la tarea de Administrar Justicia en nuestro país y ciudad se podría entender que la estructura del Poder Judicial está vinculada con el valor **utilidad**. Las causas de menor cuantía, pequeñas causas y delitos de bagatela son excluidos -de hecho- del sistema. Esto nos sugiere que al lado del supremo valor justicia, en la administración estatal de la misma, existe un criterio de utilidad que no permite la interposición de pretensiones menores; aunque lesionen y dañen al individuo y a la sociedad[725].

Las pequeñas causas no tendrán la chance de mantenerse en el sistema ni de obtener un resultado económico favorable en la pugna. Por ejemplo, en la práctica, se aguarda la acumulación de varios alquileres incumplidos antes de encarar un reclamo judicial; ya que de lo contrario, no se justificarían las tasas judiciales ni los honorarios profesionales, aún en caso de salir victorioso. No estamos hablando de quienes pueden hacer uso de las declaratorias de pobreza para litigar o de quienes deben recurrir a las defensorías judiciales, sino de una franja de conflictos que no “vale la pena” llevar a juicio por el desgaste inútil de muchas energías.

En fin, la limitación del acceso a justicia[726] no es sólo subjetiva. Existe una limitación objetiva al considerarse la cuantía del conflicto que se quiere

---

[724] V. **GOLDSCHMIDT, W.;** *Introducción filosófica...*, ob.cit, págs. 369 y ss.

[725] En la entrevista efectuada a Víctor JAEF citada con anterioridad, al referirse a la generalidad de casos atendidos por el organismo a su cargo, hace referencia a gran número de conflictos mediables-no judiciabes por su bajo contenido económico, pero el elevado grado de sufrimiento que ocasionan.

[726] V. **ALVAREZ, G. S. ; HIGHTON, E. I.;** *Mediación...*; ob. cit., pág. 31 y ss.

interponer. Aunque cierto es que, con *justa* razón, hay causas que son seguidas independientemente del costo que ello implique; pero *justo* es destacar, que son las menos.

En definitiva, existe un padecimiento considerado escaso como para ingresar en la maquinaria judicial encargada de resolver con justicia. Es encomiable, entonces, atender a otras formas que puedan llegar a captar ese sufrimiento y darle una respuesta desde la justicia dialogal-consensual[727]. Así, la mediación se presenta como esa *alternativa y complemento facilitador*.

Por otro lado, el profesor **CIURO CALDANI** nos brinda elementos para pensar la vinculación de la justicia con otro valor, la **salud**. *Entre las manifestaciones de la salud deben estar que el sujeto sea capaz de desarrollar su autonomía y en cierta medida que pueda producir despliegues de autoridad. Un sujeto ha de ser considerado sano también en cuanto pueda acordar con los otros oimponérseles.*[728] Una adminstración de justicia que procure no distanciarse de la salud, requerirá contar con un abanico de medidas de protección; en tanto que *para que el régimen justo pueda realizarse, es necesario que se proteja al individuo contra los demás, frente a sí mismo y respecto de todo "lo demás"*[729].

Al evaluar las herramientas procesales con que contamos, vemos que el juicio protege al individuo contra los demás y contra sí mismo; mientras que el arbitraje, la conciliación y la mediación lo hacen contra el régimen y contra

---

[727] V. **GAUTHIER, David;** *La moral por acuerdo,* 1° ed, trad. Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa, 1994.

[728] V. **CIURO CALDANI, Miguel Angel**; *Perspectivas filosófico-jurídicas de la salud* en Bioética y Bioderecho Nro. 4 del Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social – Facultad de Derecho - UNR, FIJ, 1999, pág. 27.

[729] V. **CIURO CALDANI, M.A**.; *Perspectivas filosófico-jurídicas...,* ob. cit., pág.31.

lo demás[730]. Por lo que, con el auxilio de medios autoritarios y autónomos, habrá más chances de completar un régimen **justo**, **útil** y **sano**. Con esta perspectiva, por ejemplo, es que hoy se habla de *Derecho Preventivo[731] y Jurisprudencia terapéutica.[732]*

Contrariamente a lo sostenido por un nutrido grupo de autores[733], estimo -y espero- que la mediación sirva para fortalecer el sistema judicial, valorando al máximo la labor jurisdiccional que compete a todos sus funcionarios. El ejercicio de la responsabilidad ciudadana en el manejo de ciertos conflictos, legitima con fundamentos más sólidos el poder que les confiere el rol de últimos decisores, a quienes es preciso respetar y obedecer en un Estado Constitucional de Derecho[734].

Incluir a la mediación como vía alternativa, o complementaria, del proceso judicial no implica privatizar la administración de justicia, ni quitarle poder a los abogados o funcionarios judiciales. Procura que la justicia –como valor que compete tanto a los órganos públicos como a los ciudadanos individualmente- llegue adónde no pueden ni deben llegar abogados o funcionarios judiciales: la intimidad de una explicación del dolor inferido o sufrido, la reconciliación o sanación psicológica de los vínculos humanos,

---

730 V. **CIURO CALDANI, M. A**.; *Aportes metodológicos sobre la mediación* ob. cit., pág. 20.

731 V. **LERER, Silvio**; *La mediación y los abogados* en *Mediación: una transformación de la cultura*, Gottheil, Julio y Schiffrin, Adriana (comps), 1° ed, Bs. As., Padiós, 1996, pág. 158.

732 Puede v. por ej. **WEXLER, David***; Therapeutic Jurisprudence: an overview,* Disability Law Symposium Issue: Legal and Treatment Issues.Thomas M. Cooley Law Review , 2000 en www.law.arizona.edu (23/05/05*);* **LAMBER, Joseph E**. (Chief Justice*); The Age of "Therapeutic Justice",* The Lane Report, "Foward Thinking Kentuckians, 2000, en www.kybiz.com (23/05/05); **WINICK, Bruce J***. ; Redefining the role of the Criminal Defense Lawyer at plea bargaing and sentencing: a Ttherapeutic Jurisprudence/Preventive Law Model,* Psychology, Public Policy, and Law 5, 1999.

733 Aquellos que enarbolan el argumento de la privatización de la administración de la justicia para apartar a la mediación del foro.

734 V. sobre el tema el invaluable trabajo de **NINO, Carlos S**.; *Un país al margen de la ley*, 3° ed, Bs. As, Ariel, 2005.

base del derecho. Esta demarcación, permite apreciar con mayor nitidez el ámbito en dónde sí se deben esforzar: el auxilio y protección de la posibilidad de reconciliación y reparación, efectivizando de una forma más plena el principio de justicia anteriormente señalado.

En definitiva, el proceso judicial nos permite una mínima convivencia, respaldada por los órganos encargados de la ejecución; en tanto que la mediación procura enriquecer esa convivencia justa con elementos que coadyuven a la realización de la calidad de vida[735]. Las propuestas de la mediación, dentro de un marco de participación ciudadana, fomentan la asunción de la responsabilidad[736] por parte de los protagonistas del conflicto, respecto de sí, de los otros y de lo otro. **Marta GEREZ AMBERTÍN,** doctora en Psicología por la Universidad Nacional de Tucumán, nos habla de la culpa, la responsabilidad y la necesidad de asumirla por parte de un sujeto sano, que despliegue su vida en el ser, el estar y el hacer.

> *El debate en el siglo XXI será entre aquellas corrientes que consideran que hay subjetividad acompañada de discursividad, que la palabra de un sujeto vale algo, y aquéllas que dicen que sólo hay acciones y éstas son programables. Entonces los sexólogos programan la sexualidad de la gente, los nutricionistas la comida, otros el cuerpo que se debe tener, la psiquiatría, de la mano de las neuro-ciencias programan todo tipo de comportamientos a partir del "chaleco químico", y en todo este festival de la programación el sujeto, su deseo y su palabra quedan fuera. (...) Hay, entonces, un desdibujamiento de la culpa (la falta) –entendiendo la culpabilidad como el registro de esa falta en la subjetividad-, es decir, el registro de que hay algo que opera como límite y por lo que es preciso*

[735] *No queremos que desaparezca el Poder Judicial como herramienta esencial de todo estado democrático. No perseguimos una sociedad sin ley y sin justicia. Creemos, en cambio, en la necesidad de afianzarla, reformarla, mejorarla, dotarla de los mejores hombres y mujeres, y de los medios más avanzados y eficientes.* V. **LERER, S.;** *La mediación ...,* ob.cit., pág. 156.

[736] Ver el desarrollo del tema de la responsabilidad en **CIURO CALDANI, Miguel Angel**; *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*, tomo 1, Rosario, FIJ, 1982, pág.170 y ss; **NICOLAU, Noemí**; *Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias* en *La responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidro Goldenberg*, Bs, As, Abeldo-Perrot, 1995; **SIX, J-F**; *Dinámica de la mediación*..., ob.cit., pág. 126.

responder no sólo ante el foro externo, sino fundamentalmente desde y ante el foro interno[737]*.*

B. La mediación como método de observación

1. Las fuentes materiales del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos: los datos de una investigación cualitativa

Si bien siempre es necesario el salto de las fuentes formales a la materiales para comprender el funcionamiento real del Derecho, en el ámbito de la anciandiad, se torna imprescindible. La situación normativa en este área se ve obstaculizada por diversos inconvenientes: doble carencia -por defecto y por exceso-, normas condicionadas y normas derivadas. Es así como son especialmente relevantes los datos que nos puedan brindar las **fuentes materiales.**

Concientes de que éstas fuentes normativas se manifiestan en cada circunstancia en donde se reparte a un anciano o el anciano reparte a otros, en la presente tesis, los datos empleados se circunscribieron a lo proveniente del trabajo de campo realizado. La búsqueda se efectuó en dos direcciones. Una, por medio de entrevistas a funcionarios de las instituciones públicas que trabajan con ancianos. Entendimos que contaban con gran relevancia la **Dirección provincial de Adultos Mayores** - **Delegación zona sur 2° circunscripción** dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provicia de Santa Fe (Lic. Diego Preziuso, Bibiana Gordillo), la **Dirección de Políticas de Adultos y Adultos Mayores** dependiente de la Subsecretaría de Acción Social - Secretaría de Promoción Social de la Municipalidad de Rosario que

[737] V. **GEREZ AMBERTÍN, Marta**; *La culpa en el sujeto de la pena* en *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, Bs.As., Galerna, 2005, pág. 187.

concude la Escuela Municipal de Gerontologia "Dr. M. Berezovsky", Hogar de Mayores, Centros de Día y el Programa de asistencia e intervención directa - PAID (Lic. María Alcira Scarpone - Lic. Liliana Bantle Selak y Ps. Belma Durand, Ps. Ana Sánchez, T.S. Susana Bonavía), **Dirección General de Auditoría Médica - Nodo Rosario** (Dra. Margarita Koller), **Defensoría del Pueblo de la Provincial de Santa Fe - Sede Rosario** dependiente del Poder Legislativo provincial dirige el Centro de Asistencia a la víctima y al testigo del delito y el Centro de Mediación y Resolución de Conflictos (Viviana Della Siega - Oficina de Prensa), y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados **"Policlínico PAMI II" - Delegación Rosario** (Dr. Eduardo Rondelli). Y en el ámbito privado, se dispuso una práctica en cuatro residencias para ancianos de la zona céntrica de la ciudad de Rosario.

De esta forma, encontramos algunos elementos que dan cuenta directa de los mismos repartos, enriqueciendo con tintes locales los datos de las fuentes formales y de las fuentes de conocimiento. A continuación, pasaremos a presentar la metodología de trabajo utilizada para la recolección de la información, fuente material del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos.

En mi carácter de Jefa de Trabajos Prácticos en la *materia optativa Derecho de la Ancianidad* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, tuve acceso a distintos ámbitos. Con el fin de que los alumnos puedan efectuar aproximaciones sociológicas que se integren con el material normo-valorativo, me acerqué a las instituciones. Durante los años **2005, 2006 y 2007**[738], estas investigaciones se desarrollaron en residencias para ancianos privadas de la ciudad de Rosario. Debo agradecer la ayuda invaluable de la Licenciada en Terapia Ocupacional **Dora GIOVAGNOLI** y la Trabajadora Social **Liliana OLIVA**, amigas y guías en esta temática, con

[738] El material puede ser consultado libremente en la biblioteca del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad, lo cual fue informado en su oportunidad a los alumnos.

quienes confeccionamos los primeros cuestionarios de observación. Este acercamiento me brindó la posibilidad de formarme una idea clara y cercana de la cotidianeidad de estas instituciones en Rosario y contactarme con los directivos de las instituciones. Se iniciaba así, un camino de inmersión paulatina, que luego se completó con la experiencia del taller realizado gracias a la labor del equipo de investigación en las residencias privadas.

2. El recorte de la investigación

Se han evaluado seis residencias privadas de la ciudad de Rosario, dos en una primera etapa de inmersión inicial y exploratoria, y cuatro en una segunda de inmersión profunda. La inmersión inicial y exploratoria permitió resolver dos cuestiones: por un lado, hacer el recorte definitivo del campo de estudio, y por el otro, construir el dispositivo de implementación experimental.

En cuanto al criterio para recortar el ámbito, se trabajó con residencias **privadas**. Éstas constituían un ámbito casi inexplorado desde el abordaje jurídico en la ciudad de Rosario. En tanto que en la órbita pública, se constaba con el informe de una investigación previamente realizada por el Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad. Debemos destacar que esos datos fueron de vital importancia en la faz exploratoria de la presente tesis.

Al efectuar el recorte con referencia a los informantes, se ha tenido en cuenta principalmente a los **desatendidos por el paradigma anterior.** Previamente al multigeneracionismo, los destinatarios prioritariamente atendidos a nivel estatal y/o social (por medio de la caridad, principalmente) fueron los ancianos dementes o indigentes. Con respecto a los no lúcidos (ancianos dependientes en lo psiquiátrico), en esta experiencia quedaron excluidos *ab initio* debido a la propia forma del método en análisis, el proceso de mediación, el cual requiere de un sujeto capaz de decidir por sí mismo. Y en

esta muestra tampoco fueron alcanzados los que sufren dependencias económicas, dado que los destinatarios eran mayormente autónomos en este aspecto.

En las residencias privadas **habilitadas**, los residentes ya tienen resueltas, en lo esencial, las necesidades primarias (vida-ser y vida-estar)[739]. Con esto no queremos decir que no tengan problemas con respecto a los derechos de autonomía: vida, integridad física, salud y propiedad; en estas instituciones, como en cualquier otra es factible el acaecimiento de hechos de violencia, de abandono o de coacción de todo tipo. En esta oportunidad nos inclinamos a tener en cuenta a las "otras necesidades" debido a que para estos casos el Derecho tiene asignados recursos técnicos aplicables para proteger o recuperar esos bienes básicos; mas con los "nuevos" objetos aún son inciertos los métodos jurídicos eficacez para su protección.

En las residencias, la legislación protege al anciano enfermo de la falta de atención sanitaria; en el caso del abandono, maltrato, desnutrición o intoxicación existen figuras jurídicas bien definidas que ponen en funcionamiento los mecanismos del proceso penal, así como el civil, comercial y administrativo, según corresponda. Pero en el caso de un residente lúcido que no logra efectivizar los derechos de participación, como fortalecimiento de los vínculos familiares, ocupación, recreación y asociación, no encontrará en la legislación vigente específica herramientas que capten ese supuesto y le den un socorro, vulnerándose su derecho a la calidad de vida.

Es así como se cuenta con medidas de protección contra lo otro y algunas contra los otros, pero las medidas contra el régimen, son casi inexistentes. Con este panorama es que nuestro enfoque estuvo centrado en los mecanismos apropiados para aquel que teniendo vida, integridad física,

[739] El importe abonado en la residencia, en el año 2007, oscilaba entre $ 1.200 y $ 1.600 por residente En algunos casos se había operado la sustitución de la familia frente a una restricción económica del propio anciano, mas ninguno tenía desatendida las necesidades elementales.

salud y propiedad encuentre mecanimos jurídicos para acceder a medios y espacios que completen el régimen de justicia del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos.

Así, pues, se recurrió al proceso de mediación con miras a "crear espacios jurídicos nuevos"[740] y "avanzar hacia el sostenimiento de estructuras que favorezcan el intercambio generacional, la participación, el diálogo y los caminos de autoayuda"[741]. En un primer momento se pensó ofrecer el proceso de mediación en las instituciones, pero nos topamos con varios obstáculos. Por desconocimiento de la herramienta procesal en la población rosarina en general, por la heterogeneidad de la población de residentes ancianos y por el aval que requiere de los directivos y residentes de las instituciones privadas para su implementación, no fue viable su empleo en forma canónica. En busca de una alternativa metodológica se fue un paso más atrás, empleándose un dispositivo de Educación Social como **preparación para la mediación**. Éste tomó el formato de un taller de juegos.

En definitiva, la experiencia se ha circunscripto a un tipo de objeto, los **derechos de participación**, ciertos destinatarios, los **dependientes en lo físico, socio-cultural y psicológico**, determinados repartidores, los **propios ancianos** y una modalidad de ejercicio, el **proceso de mediación**.

La inmersión en las cuatro residencias para ancianos se realizó por medio de un procedimiento consistente en tres etapas. En un primer momento, efectuamos un recorrido por las residencias comprendidas en un radio físico predeterminado. Entablamos el contacto con las instituciones llevándoles una propuesta de taller en donde los ancianos eran los destinatarios. Esta etapa

---

[740] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**. ; *Los derechos...,* ob.cit., pág 430.

[741] V. **DABOVE CARAMUTO, M. I**. ; *Los derechos...,* ob.cit., pág 431.

concluía con la aceptación por parte de los directivos y los ancianos lúcidos (noviembre-mayo 2007).

La segunda etapa, consistía en la realización del taller en compañía de algunos colaboradores. Este dispositivo metodológico elaborado sobre los fundamentos teórico-prácticos del proceso de mediación buscaba promover el ejercicio de los derechos de participación en los residentes (marzo-agosto 2007).

Finalmente, al terminar seis encuentros de periodicidad semanal, se llevaron a cabo entrevistas semiestructuradas. Los entrevistados fueron tanto los ancianos como los directivos, en forma separada, a fin de cotejar las diversas apreciaciones y datos cuantitativos (mayo-septiembre 2007). Y, a solicitud de uno de los directivos, se dictó un curso sobre los fundamentos y técnicas básicas para construir y mantener el taller en las instituciones (septiembre-octubre 2007).

3. Las técnicas de recolección de datos y métodos de observación

La recolección de datos, se produjo por medio de entrevistas, encuestas y un dispositivo especial de preparación para la mediación. Si bien esta investigación se desarrolló de manera hegemónica sobre la base de metodologías cualitativas se han empleado algunos mecanismos utilizados para cuantificar la información. Contando con el recurso a cuestionarios[742], se establecieron las similitudes en el perfil de las instituciones observadas en cuanto a la cantidad de residentes, de personal, el costo del servicio, el tipo de los servicios ofrecidos y la infraestructura.

[742] Ver **ANEXO A. 2** Relevamiento de datos (cuestionario).

Con aquella información se efectuó una triangulación con los datos de la **Revisión bibliográfica** (doctrina gerontológica y jurídica), la **Recopilación normativa** (legislación, jurisprudencia, contratos con las residencias, reglamentos internos de las residencias) y la **Recopilación de otros documentos** (publicidad y material periodístico) a fin de obtener un mejor resultado en la aproximación a la realidad jurídica de estas instituciones.

En el **trabajo de campo**, tuvimos la oportunidad de observar, en forma participativa (lo que ocurría en el taller) y en forma no participativa el ambiente físico, social y humano, las actividades individuales y colectivas, la interacción entre los residentes, el personal y directivos, los artefactos que utilizan y funciones que cumplen los participantes y los hechos relevantes tomados de los relatos de los informantes y los retratos humanos.

Se sostuvieron **entrevistas en profundidad abiertas** a un anciano por grupo focal siguiendo estos ejes temáticos:

Opinión sobre la opción de institucionalizarse en general. Evaluación del grado de intervención en la vida del anciano al ingresar en la institución. Indagación sobre el último lugar de residencia a fin de estimar la presencia o ausencia de modos de intervención media.

Opinión sobre su vida en esa institución en comparación con otras si conocía. Las preguntas se referían a la descripción por parte del informante sobre lo mejor de vivir allí y una referencia a los problemas (si los hubiera) en su estadía.

Relato de sus vidas antes y después del ingreso, particularmente el grado de actividad a fin de determinar el grado de ejercicio de sus derechos de participación y el formato de las actividades propuestas por la institución.

También se realizaron **entrevistas a grupos focales** constituido por los ancianos residentes que participaron del dispositivo experimental**.** El disparador consistió en estas preguntas: ¿Que les gustó?, ¿que no les gustó del taller?, ¿Qué cambiarían -agregarían o sacarían- del taller,? Se les solicitaba que respondieran a cada una de estas preguntas justificando sus respuestas.

Y **entrevistas semiestructuradas** a los directivos de las instituciones y funcionarios públicos que trabajan con ancianos. En el año 2008 el trabajo práctico en la cátedra consistió en aproximaciones a las diversas reparticiones públicas de la ciudad. Con la ayuda de **Rosana DI TULLIO BUDASSI** (abogada), **Eduardo RONDELLI** (médico diplomado en salud pública), y la compañía de **Natalia SCOLICH** (Licenciada en Trabajo Social) nos fue posible entrevistarnos con Lic. **Diego PREZIUSO, Bibiana GORDILLO,** Lic. **María Alcira SCARPONE,** Lic. **Liliana BANTLE SELAK,** Ps. **Belma DURAND,** Ps. **Ana SÁNCHEZ,** T.S. **Susana BONAVÍA,** Dra. **Margarita KOLLER y Viviana DELLA SIEGA** para la posterior realización del trabajo práctico por parte de los alumnos. En grupos pequeños, de dos o tres, realizaron las entrevistas en una repartición pública a su elección cubriendo toda la selección de instituciones visitadas por las docentes.

En la estructuración del **dispositivo experimental** se emplearon elementos de las teorías Transformativa y Circular Narrativa de la Mediación sobre un formato de Educación Social. Se buscó una herramienta que facilitara el diálogo, la reconstrucción de la historia o reeducación del lugar del anciano, así como el intercambio de experiencias a fin de ejercer los derechos de participación favoreciendo la convivencia dentro de la comunidad de las residencias.

Para la descripción y detalles operativos reenviamos al **ANEXO A.1** en donde se reproduce el folleto de presentación que era dejado en cada una de las instituciones visitadas. Debo agradecer profundamente el inestimable

aporte en conocimientos, ideas creativas y tiempo de quienes, sin descuidar la seriedad en el trabajo, fuimos tejiendo una trama de amistad: **Pamela CHURRUARÍN** (estudiante de Derecho), **Fernanda GÓMEZ** (Lic en Fonoaudiología) y **Edgar LÓPEZ** (Psicólogo).

En cuanto a los mecanismos de control, consistieron, por un lado, en la realización de entrevistas previas y posteriores a la experiencia del taller, tanto con directivos como con ancianos. Y por otro, en la observación efectuada por los colaboradores del taller, otros colegas y los profesionales de las instituciones en algunos casos. Y por último, con la comparación de los datos obtenidos en las residencias privadas con los de la investigación referida a las instituciones públicas realizada previamente.

C. Algunas conclusiones

Como lo adelantábamos en capítulos anteriores, en la presente investigación se empleó metodológicamente al proceso de mediación como herramienta de observación en las residencias. Es un candidato ideal para ser empleado en la conflictiva de la vejez. Es una herramienta adecuada en la procura de completitud del orden de repartos, el orden normativo y el régimen de justicia de la ancianidad. Y dada su condición inigualable para repartir derechos de participación, le brinda al anciano la oportunidad de ser repartidor y tener injerencia en sus asuntos. Es un instrumento apropiado para determinar el grado de recepción del paradigma inclusivo de la vejez. Por esta razón es que se empleó como dispositivo en la experiencia realizada en algunas residencias de ancianos de la ciudad de Rosario.

A la hora de buscar una definición del proceso de mediación, nos encontramos con una multiplicidad de concepciones encarnadas en diversas

Escuelas. En tanto que herramienta multidisciplinar, sus propuestas divergen tiñendo sus postulados, metas y métodos de un caris específico de acuerdo a la disciplina que le diera origen. Al igual que le sucede a la Gerontología, su situación cambia de acuerdo a su cuna. Por lo que, entendiendo que redundará en una mejor comprensión del instituto, nos inclinamos a adoptar la definición que presenta **Rubén CALCATERRRA**, un abogado argentino. La mediación *es un proceso que, con la dirección de un tercero neutral que no tiene autoridad decisional, busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control del intercambio de la información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas*.

La mediación es una herramienta procesal sofisticada. Sofisticada en referencia a su implementación, ya que requiere la presencia de un repartidor aristocrático como lo es el mediador; y sofisticada respecto a sus participantes, ya que debe contar con sujetos autónomos que posean un ámbito de libertad suficiente como para decidir por sí mismos. Es justamente en este punto en dónde entra en sintonía con las necesidades de los ancianos y las exigencias valorativas del nuevo paradigma inclusivo de la vejez captadas por el derecho fundamental a la calidad de vida.

Desde la dimensión *sociológica*, el proceso de mediación presenta una forma de reparto con audiencia mayoramente autónoma; desde el punto de vista *valorativo*, es un medio de protección sumamente apto para promover la facilitación. Y desde el punto de vista *normológico*, es captado por los derechos a prestaciones de carácter procedimental, que brinda el Estado (y los particulares) a los ciudadanos a fin de ejercer sus derechos.

Como una presentación tridimensional somera de este proceso se puede decir que en él los propios protagonistas del conflicto tienen influencia directa en la posible resolución de la disputa. Y, como en toda relación humana, el

círculo de receptores de potencia e impotencia se ve extendido más allá de los participantes directos, alcanza también a la familia y a los vecinos. Por lo que el efecto producido -la potencia e impotencia que se reparten las partes- repercutirá en los otros. Con respecto a aquello que puede ser repartido por este medio, en líneas generales las diversas corrientes sostienen que es seguridad, paz, verdad, reparación, perdón y comprensión, todos factores que potencian la vida. Pero, por otro lado, no se desconoce el hecho de que también puede ser un vehículo para la propagación del odio y la sed de venganza.

En cuanto a la forma de repartir, la mediación se asemeja en gran medida a la negociación, pero la presencia de un tercero, marca una diferencia. Este repartidor de grandes potencias, la palabra y la escucha, realiza algunos repartos autoritarios. No hay dudas que el producto de la mediación, el acuerdo, es fruto de un reparto autónomo entre las partes; pero el manejo que efectúa el neutral, es de autoridad legitimada por las partes negociadoras. La legitimación requerida es continua, sin el respeto y la confianza en la idoneidad técnica que los protagonistas del conflicto depositan en él, no se operaría cambio alguno en la situación conflictiva.

Desde las normas, podemos agregar que en Argentina existe un marco de referencia muy claro. El *Decreto1480/92* declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos en consonancia con la Ley 24.573 de Mediación y Conciliación de 1995. La Legislatura Santafesina, sancionó en 1998 la *Ley 11.622* de Mediación haciendo operativa la invitación efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional a las provincias y municipios de toda la República. Sin embargo, su reglamentación se hizo esperar, dictándose el *Decreto 3372/03* al finalizar el año sin mayores lucimientos.

El Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe reglamentó la mediación judicial – con alcances curiosos- por *Acuerdo de la Corte santafesina. La mediación en el ámbito del Poder Judicial será de carácter voluntario y gratuito y aplicable a cuestiones de carácter patrimonial o extrapatrimonial que sea susceptible de transacción siempre que no vulnere el orden público.* Con estas condiciones, se ofrece un servicio gratuito de mediación atendido por funcionarios y empleados judiciales desde 1999.

Con respecto a los ancianos en forma especial, nuevamente el *soft law* socorre al *hard law* en la determinación de su orientación. Contamos con las 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD. En la Sección 5, se efectúan recomendaciones sobre los Medios alternativos de resolución de conflictos promoviéndose la búsqueda de las formas de solución más apropiada. Entre ellas es preciso tener presente, de acuerdo a las Reglas, a la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal.

Desde su faz axiológica, es oportuno señalar la complementariedad articulada entre el proceso de mediación y el judicial. Existe un padecimiento considerado escaso como para ingresar en la maquinaria judicial, aquella encargada de resolver con justicia. Es encomiable, entonces, atender a otras formas que puedan llegar a captar ese sufrimiento y darle una respuesta desde la justicia dialogal-consensual. Así, la mediación se presenta como esa alternativa y complemento facilitador.

El juicio protege al individuo contra los demás y contra sí mismo; mientras que el arbitraje, la conciliación y la mediación lo hacen contra el régimen y contra lo demás. De esta forma se completa el régimen de justicia con una protección mayor con medios autoritarios y autónomos, productos de la coadyuvancia entre justicia, utilidad y salud. El proceso judicial nos permite

una mínima convivencia, respaldada por los órganos encargados de la ejecución; la mediación procura enriquecer esa convivencia justa. Las propuestas de la mediación, dentro de un marco de participación ciudadana, fomentan la asunción de la responsabilidad por parte de los protagonistas del conflicto, respecto de sí, de los otros y de lo otro.

Por lo tanto, entendemos que incluir a la mediación como vía alternativa, o complementaria, del proceso judicial no implica privatizar la administración de justicia, ni quitarle poder a los abogados o funcionarios judiciales; sino procurar que la justicia –como valor que compete tanto a los órganos públicos como a los ciudadanos individualmente- llegue adónde no pueden ni deben llegar abogados o funcionarios judiciales: la intimidad del conflicto. Esta demarcación, permite apreciar con mayor nitidez el ámbito en dónde sí se deben esforzar el auxilio y protección de la posibilidad de reconciliación y reparación efectivizando de una forma más plena el principio de justicia.

En fin, todos aquellos caminos que ayuden al hombre a personalizarse, nos acercarán cada vez más al principio supremo de justicia, que reclama así, también, el ejercicio de herramientas como la mediación. Justamente, esto es lo que se tuvo en cuenta al emplearla como método de observación en las residencias para ancianos.

Aunque siempre es necesario el salto de las fuentes formales a la materiales para comprender el funcionamiento real del Derecho, en el ámbito de la anciandiad, se torna imprescindible. Los datos que nos puedan brindar las fuentes materiales son especialmente relevantes ante una situación normativa seriamente obstaculizada por carencias -por defecto y por exceso-, normas condicionadas y normas derivadas. Concientes de su manifestación en cada circunstancia en donde se reparte a un anciano o el anciano reparte a

otros, en la presente tesis, los elementos empleados se circunscribieron a los datos provenientes del trabajo de campo realizado.

La búsqueda se efectuó en dos direcciones; una, por medio de entrevistas a funcionarios de las instituciones públicas que trabajan con ancianos. Y en el ámbito privado, se dispuso una práctica en cuatro residencias para ancianos de la zona céntrica de la ciudad de Rosario. De esta forma, fue posible acceder a algunos elementos que den cuenta directa de los mismos repartos, enriqueciendo con tintes locales los datos de las fuentes formales y de las fuentes de conocimiento.

En lo metodológico, nuestro enfoque estuvo centrado en los mecanismos apropiados para aquel que teniendo vida, integridad física, salud y propiedad pueda acceder a medios y espacios jurídicos que completen el régimen de justicia del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Con miras a "crear espacios jurídicos nuevos" y "avanzar hacia el sostenimiento de estructuras que favorezcan el intercambio generacional, la participación, el diálogo y los caminos de autoayuda", se recurrió al proceso de mediación.

Ante la presencia de ciertos obstáculos, se procuró elaborar una alternativa metodológica. Yendo lógica y estructuralmente un paso más atrás, se empleó un dispositivo de Educación Social consistente en un taller de preparación para la mediación. En cuanto al recorte dado a esta experiencia se efectuó respecto a un tipo de objeto, los derechos de participación, ciertos destinatarios, los dependientes en lo físico, socio-cultural y psicológico, determinados repartidores, los propios ancianos, y una modalidad de ejercicio, el proceso de mediación.

Capítulo III

El derecho fundamental a la calidad de vida en las residencias para ancianos: un nuevo desafío del Estado Constitucional de Derecho

A. Los problemas jussociológicos detectados en las residencias privadas rosarinas

La investigación llevada a cabo en las residencias privadas de la ciudad de Rosario, nos ha permitido conocer su situación jurídica, desde las adjudicaciones, las normas y los valores en juego. Asímismo, gracias a la inmersión en el campo, hemos podido identificar algunos problemas que repercuten en la vida de los internados. Entendemos que las normas que regulan la creación y funcionamiento de las residencias, no se mantienen al margen. Por el contrario, las carencias e indeterminaciones normativas, han generado un encadenamiento poco feliz. A pesar de este panorama un tanto desalentador, el Modelo Jusfundamental, con una estructura formada por principios interpretativos y operativos, cuenta con herramientas idóneas para enfrentar con éxito el desafío que presenta la calidad de vida de la ancianidad residente.

En el presente capítulo, luego de pasar revista a las situaciones quejosas y aventurar una explicación normativa al respecto, nos arriesgaremos a delinear algunos elementos para una resolución conjetural de un caso en el que estén presentes algunas de las dificultades señaladas. En esa oportunidad, con el fin de ilustrar el funcionamiento del sistema, nos detendremos en la problemática de la *clasficación de residentes y residencias* en vinculación al *ingreso a las instituciones de esta modalidad de máxima intervención*. Veremos, pues, como las reglas lagunosas e imprecisas, encuentran un norte gracias a la ponderación de los principios del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos.

Ahora bien, como adelantábamos, en las entrevistas sostenidas con los *residentes, directivos y auditores*, han aparecido de forma reiterada, algunas **situaciones percibidas como problemáticas**. Teniendo presente el marco fáctico, normativo y valorativo de las residencias privadas descripto en capítulos anteriores, procederemos a analizar la información suministrada por los entrevistados.

Los *residentes* y sus *familiares,* hacen referencia, en primer lugar, a la dificultad existente a la hora de **elegir una institución apropiada**. Más allá de lo que se puede llegar a observar en las visitas de reconocimiento, y las recomendaciones de allegados en el mejor de los casos, el deambular de residencia en residencia se hace sin tener un patrón que los guíe en su elección. No existe un mecanismo objetivo de comparación de las prestaciones y de la calidad del servicio ofrecido. Por lo que no es infrecuente, el trashumar de los ancianos de una empresa a otra en búsqueda de la adecuada, lo cual -si no es por iniciativa del interesado- daña gravemente su salud al carcomer su debilitado sentido de pertenencia, ese tesoro invaluable de la ancianidad.

Algunos *residentes*, también hacían referencia al **trato inapropiado** que recibían en las instituciones. Un entrevistado no demenciado nos relató algunos ejemplos de la forma en que se relacionaban con él los empleados[743]. De sus dichos, no es posible referenciar un caso de maltrato físico, ni psicológico intencionado. Lo que ocurre, entendemos, es que sin mediar "mala voluntad", no le han dado el lugar de sujeto de derecho, aquel que él consideraba

[743] Entrevista con anciano residente, institución N° 18, *...me retan, peor que si fuera un chico.* Al preguntarle por ejemplos ilustrativos, me relató tres: *un día subí a la terraza para resolver un tema de mi ropa con la encargada del lavadero, y ella me llamó la atención sin dejarme decir nada, me mandó para abajo. Supongo que tienen miedo que me pase algo...pero ese cuidado me ahoga...Tampoco quieren que lleve a mi esposa al baño. Ella tiene un problema de parkinson muy avanzado, nos internamos cuando yo me quebré y del sanatorio pedí que me trajeran con ella acá. Tenemos una habitación para nosotros dos, eso es bueno. Me dijeron que prefieren que se mee encima antes de que alguien se quiebre, así que la tiene que acompañar alguien del personal...entonces me dieron un timbre para llamarlos a la noche. Yo no duerno bien, estoy atento a lo que necesita ella. Una noche vi que se movía, llamé por el timbre para que la acompañaran al baño, pero resultó ser falsa alarma, así que nuevamente me llamaron la atención como a un chico de escuela.*

apropiado. No lo participaban en nada en cuanto a las decisiones adoptadas, amparándose en un paternalismo propio del paradigma excluyente. Este trato, considerado inapropiado por el residente, se vincula con otra queja reiterada en las entrevistas: la equiparación del tratamiento dado a residentes insanos y lúcidos. Esto no es más que un caso de igualitarismo masificador que, como sabemos, produce beneficios para algunos, pero perjudica a otros; que en este caso, se traduce en una disminución de la calidad de vida de los ancianos lúcidos.

En un tercer grupo de problemas, se ubica una preocupación que excede a las posibilidades de las residencias para ancianos, pero dadas las circunstancias actuales, se plantean en su recinto. Cada vez es más común, según el relato de los *directivos*, la presencia de residentes autónomos, cuyo motivo de ingreso solo es la soledad o el deseo de no estorbar o molestar a sus familiares. Mayormente, son ancianos dependientes en lo sociocultural o psicológico que carecen de las redes sociales de apoyo o presentan dificultades para crear nuevos vínculos humanos.

Esos ancianos buscan vivir en forma autónoma compartiendo su vida con otros[744]. Las residencias le dan un lugar con comodidades hoteleras; pero pronto, los recién arribados, caen en la cuenta de que aquellas no están preparadas para ofrecerles lo que ellos necesitan. No nos olvidemos que las residencias también cargan con la responsabilidad médica con respecto a la salud de los internos. Por lo que en ocasiones, los autónomos se sienten ahogados por el excesivo control -la intervención de terceros. Se resignan a su nueva condición ante la ausencia de alternativas más flexibles en el mercado, o la imposibilidad de regresar a la vivienda de donde partieron. Ahora ya es tarde, piensan, quemaron naves en un mar turbulento sin otras orillas apropiadas para su personalización.

---

[744] ¿Adonde acudir cuando aún es autónomo pero no quiero vivir solo?

En las entrevistas realizadas a los *directivos y propietarios*, se referían a los límites económicos con los que debían enfrentarse. En algunos casos, con sincera preocupación, y en otros, en tono de cómoda justificación. Algunos, conscientes del demandante contenido del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, reconocían la necesidad de contratar más personal que el dispuesto por la normativa. Se requieren más profesionales capaces de vehiculizar la calidad de vida, especialmente el ejercicio de los derechos de participación, nos manifestaron, pero se encuentran con un límite en cuanto al monto de la cuota a pagar al ser una empresa destinada a la clase media[745]. En esas instituciones el problema está presente, pero se enfrenta de distintas formas.

Es así como, en un acto de sinceridad teñido de angustia y culpabilidad, sentencia un directivo: *"si tuviese todo como debe ser, no me darían los costos".* En algunos casos, a la iterativa *"Se hace lo que se puede",* podríamos completar la frase *"y no lo que se debe desde un paradigma inclusivo".* Lejos estamos de demonizar a estas instituciones que holgado favor le hacen a la sociedad brindando un servicio social cada vez más requerido en la posmodernidad. Nuestro comentario quiere expresar lo tácito que surge de la comparación de la realidad fáctica de las residencias con las exigencias valorativas de la Nueva Ética de la Ancianidad, que en muchos casos son bien conocidas por quienes dirigen las instituciones. Conocen, pero en algunos casos, se encuentran atados de manos o en soledad ante una normativa abandónica.

En su lucha quijotesca, otros apelaban al empleo de la figura del **voluntariado[746]** de forma sistemática o incidental. Este socorro, generalmente,

[745] Nuestro objeto de estudio fueron las residencias destinadas a la clase media-media o media-alta (rango entre $ 1400 y $ 1800 - año 2007), no de la clase alta (mayor a $ 1800).

[746] **LEY NACIONAL 25.855 de VOLUNTARIADO SOCIAL**. Publicada el 8/1/2004.

provenía de instituciones religiosas o educativas[747]. Y en varios casos, este factor fue el que produjo la apertura con que nos encontráramos al proponer un taller de juegos en las residencias. Es un dato esclarecedor el que de un total de 30 residencias visitadas[748], solo en dos no autorizaron el ingreso de una propuesta recreativa-educativa *ad honorem* basada en un paradigma participativo.

Por último, curiosamente los *directivos de las empresas* coincidían con los *funcionarios de las reparticiones públicas* en el planteo de dos problemáticas. Por un lado, la presencia de **personas (discapacitadas) menores de 60 años**. La normativa impide su ingreso, pero la realidad fáctica se impone por razones de necesidad y ausencia de suficientes instituciones adecuadas para su tratamiento específico. Y por el otro, los inconvenientes administrativos ocasionados por los efectos propios del proceso de envejecimiento, en cuanto al **pasaje de la autonomía a la dependencia y sus posibilidades de rehabilitación**. Las categorías habilitantes en la normativa hacen un distingo entre residencias para autoválidos, o semidependientes, o para dependientes. Por ende, el normal proceso de envejecimiento crea dificultades. La evolución, involución y modificación de las habilitades ocasiona la presencia de semidependientes en residencias habilitadas solo para autoválidos, o autoválidos en residencias para semidependientes.

Entendemos que ambos son problemas de origen normativo, enraizados en la clasificación económico-sanitaria de residentes y residencias. No son más que carencias normativas históricas, que requieren de una voluntad política a fin de corregir este desfazaje socio-axiológico en contraste con lo normativo. En fin, si bien, parecen disímiles desde las adjudicaciones, esta multiplicidad de situaciones quejosas, es posible explicarlas a través de **problemas jurídicos**

[747] Grupos educativos de Terapia Ocupacional, Enfermería, Kinesiología, etc, grupos religiosos de judíos, católicos y evangelistas, etc.

[748] En tres instituciones se mostraron interesados con la propuesta en sí misma, pero nos alertaron que era impracticable en esas instituciones por su especialización en demenciados

comunes. Como veremos a continuación, nos encontramos con carencias e indeterminaciones normativas que se asocian con casos de carencias sociológicas produciendo una sensación de páramo jurídico.

B. Las encrucijadas normativas de estas problemáticas

En este ámbito jurídico podemos decir que nos topamos con **carencias normativas**, tanto históricas como dikelógicas. Ello es particularmente relevante con respecto a la clasificación de los residentes y residencias. Por ejemplo, la *clasificación médico-económica* empleada en general por la normativa, nos sitúa ante un caso de **carencia histórica**. La norma positiva es insuficiente, por olvido, por una circunstancia sobrevenida, o por la aparición de nuevos hechos científico-tecnológicos. En este caso, los conceptos se construyen sobre los parámetros de la Geriatría, la cual vincula los padecimientos de la vejez sólo con las enfermedades físicas y psiquiátricas.

Por lo tanto, el desajuste se produce al modificarse la aproximación a la problemática de la vejez con un abordaje multidisciplinar, en donde se identifican *otras causales* que se agregan a aquellos sufrimientos. Desde una exigencia gerontológica de calidad de vida, la clasificación tripartita, entre autoválidos, semi-dependientes y dependientes, no hace distingos entre las dependencias, más allá de lo físico o lo psiquiátrico, produciendo desajustes en la convivencia. El trato inapropiado, y la consecuente mala calidad de vida, de la cual daban cuenta los lúcidos entrevistados, está directamente relacionado con la no discriminación entre tipos de dependencias, salvo en los casos de las residencias con exclusividad en la atención de ancianos demenciados. La vida con calidad de aquellos que gozan de salud mental se vuelve casi insostenible, impracticable e inalcanzable.

En las residencias, los lúcidos se ven doblemente sofocados, por los otros y por el régimen. Amén de soportar una dificultosa cohabitación con personas demenciadas; la institución, ante la presencia de dependencias, en forma preventiva toma medidas extremas de cuidados, sobreabundantes para quienes no las precisan. El personal y directivos, al conocer la responsabilidad que pesa sobre sus espaldas con referencia a la integridad física de los internos, unifica el criterio de reparto, adjudicándole lo mismo y de la misma forma a autónomos y dependientes. Así, se ven constreñidos a impartir tamaña intervención aún a aquellos que no la requieren.

En vinculación con este caso, se configura otro de carencia histórica en lo tocante a la *atmósfera deseada en las residencias*. La alteración del ambiente no solo se produce por conductas agresivas, como parece determinar la normativa vigente[749], sino que la convivencia con enfermos psiquiátricos resulta dificultosa aún sin ser estos violentos. Su desarticulacón espacio-temporal erosiona la calidad de vida del resto. La carencia histórica se configura al cambiar el alcance interpretativo de la "**peligrosidad**" en tanto que se lo asocie a la defensa de la vida o a la procura de un entorno en el que sea posible el disfrute de una vida con calidad. Para la mirada gerontológica, fundamento científico-tecnológico del paradigma inclusivo, las acciones tendientes al mantenimiento de un ambiente agradable, van más allá de las apropiadas para la mera defensa de la integridad física de los residentes, asciende a la búsqueda del goce psicológico, social y espiritual, esto es, a la autorrealización.

En fin, desde un paradigma inclusivo, la exclusión de los residentes con patologías psiquiátricas agresivas, no es suficiente para generar una atmósfera apta para la convivencia con calidad en el caso de los lúcidos. Esa es la razón,

[749] Ordenanza N° 6287 artículo 1 (a) *Queda prohibida a las Residencias para Personas Mayores, el anexar cualquier otra actividad, así como aceptar pacientes con enfermedades infectocontagiosas, con patologías psiquiátricas con conductas agresivas que pudieran alterar el ambiente socioanímico de los otros*

por ejemplo, que mueve a la ciudad de Buenos Aires a dictar una normativa que distingue los tipos de residencias de acuerdo a la afectación de sus residentes. Separa aquellos que presentan conductas o padecimientos mentales con dificultades de integración social, de aquellos otros que cuentan con autonomía psicofísica, o sólo requieren cuidados especiales por invalidez[750].

Otro es el cantar en referencia a la admisión de personas dependientes menores de *60 años*, *límite inferior fijado por la normativa para el ingreso a las residencias*. Aquí se configura un caso de **carencia dikelógica**. La norma positiva cede en la práctica cotidiana ante el reclamo de justicia con su consecuente inaplicación. Hay una norma vigente que en la realidad jurídica no se aplica por resultar injusta. En las residencias rosarinas nos encontramos con personas menores de 60 años debido a la demanda del servicio de cuidados para personas adultas con discapacidad intelectual, y a la ausencia de instituciones capaces de brindarlo. La ordenanza municipal en 1996, no pudiendo dar otra respuesta, crea una excepción habilitante por vía de la responsabilidad médica[751]. Mas, desde el atalaya de un Modelo Jusfundamental de la vejez, nos preguntamos, si es necesario continuar reforzando el límite de edad en un paradigma que potencia lo multigeneracional.

A su vez, el problema ocasionado por la mudanza de la autonomía a la dependencia, y viceversa, señalada por los directivos y auditores, nos da ocasión para señalar otro caso de carencia dikelógica. Normativamente, existe una separación entre las residencias para autoválidos y aquellas otras que son destinadas a semi-dependientes o dependientes. Por lo que al producirse el deterioro o mejoramiento de la salud del residente, puede ocurrir, que mude de

[750] Ley N° 661-TA/LCABA/2001 Ciudad de Buenos Aires Artículo 7

[751] Ordenanza N° 6287 artículo 1 (a) *A los fines de esta ordenanza se considerarán personas mayores a aquellas de edad no inferior a sesenta (60) años, permitiendo la internación de personas de menor edad a la estipulada, bajo exclusiva responsabilidad y prescripción médica*

categoría. Puede ir de la autovalidez a la semidependencia, de esta a la dependencia, o en sentido inverso en los casos de rehabilitación.

En la normativa provincial en materia de salud, existe la posibilidad de optar por un cupo especial al solicitar la habilitación de residencias para *semidependientes*. Este porcentaje opcional juega el papel de garantía normativa, le permite a la institución continuar en la misma categoría aún en los casos en que se vuelvan *dependientes hasta un % 20* de los residentes. En la práctica, tanto auditores como directivos hacen caso omiso de la normativa, ya que la prohibición no resiste la abrumadora realidad fáctica del proceso de envejecimiento. Argumentando sobre curiosa situación, nos manifiestan, que no es de provecho para nadie continuar reforzando el control por el control mismo, ni buscar soluciones mágicas.

En definitiva, en el marco de esta investigación nos aventuramos a decir que la solución viene de la mano de los postulados del nuevo paradigma, como entendemos que se está perfilando en la normativa porteña[752]. Podríamos pensar en una salida que tenga en cuenta la *clasificación multicausal de las dependencias* y un *sistema progresivo y continuo de cuidados* que mantenga alejados de las residencias a los autoválidos (autónomos) y los integra a la sociedad. Pero para ello, es preciso sortear **carencias fácticas**[753]. La solución integral estará a la espera de la existencia de adjudicaciones propias de las

---

[752] En la normativa aplicable a las residencias de la ciudad autónoma de Buenos Aires se ha intentado solucionar este inconveniente creando las figuras unimodales y las polimodales. Ley N° 661-TA/LCABA/2001 Artículo 7 *Los Establecimientos podrán ser habilitados para prestación unimodal o polimodal. La planta física de cada una de las áreas habilitadas en los inmuebles de aquellos Establecimientos que brindan prestaciones poli modales de las clasificaciones d) y e) deben constituir una unidad independiente de uso exclusivo dentro del establecimiento, totalmente diferenciado del resto pudiendo sólo compartir servicios de infraestructura: cocina, mantenimiento, dependencias del personal, lavadero y administración. En caso de deterioro del residente autoválido posterior a su ingreso se arbitrarán las medidas que su situación lo permita, con notificación a la autoridad de aplicación. Asimismo, se debe tratar de evitar la separación de cónyuges o convivientes que se encontraren residiendo conjuntamente.*

[753] Si bien esta categoría no está presente en el Marco Teórico, se podría configurar al existir el caso de una fuerte presión valorativa con alguna presencia normativa (en el caso se cuentan con fuentes formales de reparto autónomo), pero sin la existencia de repartos en esta dirección.

modalidades de intervención mínima e intermedia, las cuales procuran el mantenimiento de la independencia del anciano por el mayor tiempo posible.

Esta condición de gradualidad del sistema de cuidados que posterga la intervención de terceros, nos da pie para efectuar otra apreciación en torno a la captación normativa de la problemática. Un Régimen de Justicia que reclama la presencia de un sistema gradual y continuo desde el autocuidado hasta los cuidados especiales en la medida de la necesidad de ayuda de los ancianos dependientes nos incomoda al apreciar las normas y los hechos actuales en la ciudad de Rosario. ¿Podemos decir que el Orden Normativo y el Orden de Repartos en materia de residencias se halla incompleto?

A fin de no caer en la hipocresía ni en la búsqueda de chivos expiatorios del problema del envejecimiento y el multigeneracionismo, es preciso tener en cuenta que las residencias, para ser eficaces y poder brindar un trato justo al anciano, necesitan no estar solas; sino ser parte de un *continuun* de cuidados. No está capacitada para receptar y satisfacer las necesidades de toda la población anciana, alojando tanto a los autónomos como aquellos otros que sufren diversas dependencias. Su función es auxiliar al anciano, a la familia, a la sociedad y al Estado en el cuidado de los ancianos dependientes, en lo físico y en lo psiquiátrico. Los ancianos con dependencias económicas, socio-culturales y/o psicológicas requieren otros medios que instrumentalicen modalidades de intervención mínima o media. La norma se ve desvalida en su función descriptiva de las necesidades, y en su función integrativa de las exigencias, en un panorama de adjudicaciones aisladas o incipientes órdenes de repartos originados en la ejemplariedad. En suma, faltan repartos.

Este desfasaje normativo y fáctico, por ejemplo, puede llegar a explicar la situación problemática que atraviesan algunas instituciones desde lo económico. Por ejemplo, el hostel podría descongestionar la asfixia geriátrica.

Es un tipo de alojamiento en el cual se brinda servicio hotelero y alguna oferta cultural, social y de recreación sin el control diario de los signos vitales y estado general de salud[754]. Es un formato de institución de intervención media que requiere un mecanismo de menor cuantía en su instalación y funcionamiento, siendo apropiados para los autónomos que ya no desean vivir solos. Haciendo uso de estas ofertas, se podrían destinar las complejas organizaciones cuasisanatoriales de las residencias sólo para aquellos ancianos que sufren dependencias físicas o psiquiátricas. Los autónomos contarían con una vivienda adecuada, haciendo uso del sistema sanitario habitual, y los dependientes en lo sanitario podrían reclamar la cobertura suficiente para el socorro en el mayor precio a pagar por la especificidad de la prestación de las instituciones de máxima intervención.

En esta compleja situación jurídica, además de los casos de carencia, nos encontramos con otras dificultades: las **indeterminaciones normativas.** Aquí también es muy valiosa la mirada tridimensional a fin de comprender algunas situaciones desafortunadas que viven todos los implicados en la relación gerontológica-geriátrica. Las indeterminaciones son el punto de partida de una cadena de elementos normo-socio-valorativo que van a conducir a la presencia de *Regímenes de Justicia atomizados* en las distintas residencias.

Se conjuga una grave carencia normativa con respecto a la cualidad de los directivos de las instituciones, con la constante indeterminación en cuanto a los elementos esenciales de los repartos cotidianos. La normativa es sumamente laxa con respecto a qué se debe entender por calidad de vida, y quiénes y cómo repartirla. Se trata de un caso de incompletitud, no están dadas las condiciones necesarias para efectuar el reparto en forma apropiada con los elementos brindados por la fuente formal. De acuerdo al funcionamiento de las normas, puede existir incompletitud a la hora de interpretarlas, pero al arribar al estadío de aplicación, esta ya ha sido rellenada por las vías del reenvío al

[754] Aunque con la asistencia sanitaria de emergencias prepaga a disposición.

encargado del funcionamiento, o a la reglamentación, o a los principios jurídicos, o, en fin, a los meros criterios de repartos[755].

De acuerdo a la observación y entrevistas realizadas, en las residencias rosarinas, se produce un reenvío a los supremos repartidores, a los directivos de las residencias. Se podría decir, que estas instituciones parecieran conducirse como sociedades primitivas desde un punto de vista jurídico[756], ya que no cuentan con ninguna regla secundaria[757]. Es difícil determinar qué normas regulan la condición del anciano, ni existen mecanismos para resolver las dudas sobre interpretación y aplicación. Además, el proceso de cambio de estas reglas es lento y no premeditado, y las regulaciones existentes carecen de un sistema eficaz para hacerlas cumplir. En fin, si bien existen repartidores intermedios, los profesionales y empleados, los encargados del funcionamiento son siempre, en definitiva, los directores.

Ahora bien, dado que no existe un patrón en el perfil del directivo a nivel normativo, nos encontramos con instituciones regenteadas por médicos, psicólogos, en algunos casos docentes u otros profesionales, pero mayormente se trata de comerciantes o administradores sin título habilitante vinculado a la temática de la ancianidad. Su conocimiento del proceso de envejecimiento puede ser mejor o peor, pero ello resulta intrascendente para la normativa local. Es así como se desencadena una serie de reenvíos normativos desafortunados que terminan creando un sistema de justicia *ad hoc* en cada institución. El sistema se diseña a partir del criterio de justicia con que se maneja el directivo en funciones.

---

[755] V. **GOLDSCHMIDT, W.**; *Introducción filosófica...*, ob.cit, pág. 280.

[756] V. **HART, H. L. A**.; *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

[757] Reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación que permitan superar la falta de certeza, el carácter estático y la ineficiencia de la difusa presión social.

De esta forma, se presentan diversos sistemas jurídicos primitivos dependiendo en forma directa del supremo repartidor. En cada institución, se encuentran régimenes diversos, mas al cotejar los datos obtenidos en la práctica, es posible identificar la existencia de situaciones marcadamente antagónicas. Los directivos construyen regímenes distinguibles por su distancia: uno, acorde al viejo paradigma excluyente, y otro, más imbuido por los postulados de la inclusión.

Los resultados obtenidos en la muestra aleatoria, no solo nos han servido como mojones indicativos del estado de transición que atraviesan estas instituciones en la ciudad de Rosario, también nos brindan elementos de contrastación para reconocer prácticas propias de cada concepción paradigmática en particular. Las instituciones rosarinas, respaldadas por una normativa demasiada escueta y aireada, libremente se construyen y funcionan, bien con una concepción más exclusiva y excluyente, o bien procurando una más inclusiva e incluyente. La determinación de la norma está en manos de los directores, territorio de lo múltiple y lo diverso, quienes obran en referencia a parámetros ético-profesional-empresariales diversos. En definitiva, en este ámbito de imprecisión, los criterios se han volcado hacia dos pendientes, una con la remisión a una ética geriátrica, más exclusiva y excluyente, y otra con una orientación gerontológica más inclusiva e incluyente del anciano en la sociedad.

Con esta situación dual, y un tanto anárquica a nivel axiológica, no es sorprendente la dificultad con que se encuentran los ancianos y familiares a la hora de intentar elegir una residencia adecuada para sus necesidades. Es por esta razón, que conjugando los elementos socio-axiológicos divisados en la práctica, nos aventuramos a ofrecer un instrumento de constraste consistente en una tabla comparativa. Se señalan elementos comunes resueltos de distinta manera en el servicio ofrecido por las residencias. Es así como podemos distinguir instituciones más próximas a la GUARDERÍA/GERIÁTRICO, y otras a la posmoderna RESIDENCIA. Por lo que, esperando que sea de utilidad para el

consumidor de este servicio gerontológico-geriátrico, se presenta una tabla en miras a evitar caer en la elección a ciegas. Creemos posible su empleo como parámetro provisorio para identificar el tipo de institución con la que se está contratando, hasta tanto se operen las modificaciones pertinentes en la normativa local.

En la confección de este cuadro, nos hemos valido de un modelo pensado para la evaluación de empresas cuidadoras de niños. El fenómeno de la inserción laboral de la mujer y el achicamiento de los espacios y grupos convivientes, también tuvo su impacto en ellos. Florecieron por doquier instituciones semi-residenciales socio-educativas destinadas al cuidado de niños muy pequeños. En el modelo adoptado se comparan los aspectos relevantes constitutivos de dos formatos antagónicos adoptados por las instituciones encargadas del cuidado, educación y socialización de nuestros vástagos: la GUARDERÍA y el JARDÍN DE INFANTES.

En el caso del *Derecho del Niño*, otra novedosa rama transversal[758], también encontramos cambios paradigmáticos que tienen influencia directa en el trato propinado a los infantes. Eso es posible apreciarlo al cotejar los elementos de estos tipos, GUARDERÍA y JARDÍN MATERNAL, vislumbrando -quizá- los trazos de las teorías del ***Asistencialismo*** y de la ***Protección Integral***, respectivamente[759]. Pero en el caso de los niños, la tensión provocada por la teoría proteccionista tenemos entendido que ya se ha materializado en los tratos y procesos que se emplean para su cuidado; en

[758] V. **CIURO CALDANI, Miguel Angel**; "Comparación jusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad en *Investigación y Docencia* N° 25, Rosario, 1995.

[759] V. **SOLARI, Nestor Eliseo**; *La niñez y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, La Ley, 2002; BELOFF, Mary; *Los derechos del niño en el Instituto Interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004; **GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; CARRANZA, Elías**; *Infancia, adolescencia y control social en América Latina. Argentina. Colombia.Costa Rica. Uruguay. Venezuela*., Buenos Aires, Depalma, 1990; **GARCÍA MENDEZ, Emilio** (comp.); *Infancia y democracia en la Argentina*, Buenos Aires, 2004; **D´ANTONIO, Daniel Hugo**; *Derecho de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1986; **FONS, Sergio Gabriel; MARRAZZO, Laura Marcela**; *Discriminación y delincuencia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.

tanto que la ancianidad aún atraviesa un trance entre la *GUARDERÍA/GERIÁTRICO* y la *RESIDENCIA*, al menos en la ciudad de Rosario[760].

C. El papel orientador de los principios del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Ponderación de un caso

En el presente capítulo nos proponemos abordar, en forma **conjetural**, un caso en torno a las residencias en haras de comprender el funcionamiento de las soluciones diseñadas por el Modelo Jusfundamental de la Vejez. Este modelo logra así salir airoso de los desafíos que el problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo plantean al Estado Constitucional de Derecho. De esta forma podremos comprender, a su vez, sus repercusiones en el ámbito local, apreciando las importantes implicancias de las modificaciones paradigmáticas en los casos cotidianos que viven los ancianos.

Nuestro caso conjetural se delinea sobre el reclamo de prioridad en el ingreso a las residencias privadas, y encuentra su conflictividad normativa en la clasificación de residentes y residencias de la Provincia de Santa Fe y la Municipalidad de Rosario. Este encuadre se clarificará bajo el juego de la ponderación de los principios del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. La confusa y difusa normativa es reorientada por los principios constitucionales, logrando redimensionarla con el fin de captar los problemas que cada vez más acucian *a la población mayor, sus parientes, la comunidad, el mercado y el Estado.*

[760] Ver **CUADRO N° 13** Comparación Guardería/Geriátrico y Residencias para ancianos.

En esta oportunidad imaginaremos un **caso**, que de hecho sucede a menudo: el rechazo de la admisión de un *anciano dependiente en lo físico o en lo psiquiátrico* en las residencias privadas, sin mediar razones de índole económico. Sea que el caso se presente en forma directa, con la denegación de su postulación, sea que se demore su ingreso sin razones atendibles[761].

El caso se configura con las residencias privadas. Somos concientes del gran esfuerzo constitucional que plantea la efectividad de los derechos fundamentales entre particulares. Mas entendemos que esta inteligencia es imprescindible en un área en donde escasea (o no existe) la oferta de servicios públicos para la clase media. Máxime con una normativa que deja librada a las manos invisibles los derechos fundamentales de estos ciudadanos. En resumidas cuentas, recordemos que de acuerdo al efecto horizontal de los derechos fundamentales, éstos no solo alcanzarían a las instituciones de la órbita pública, también a las regenteadas por particulares.

A continuación veremos como el juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad se presenta como el instrumento más adecuado para afrontar los problemas de aplicación de los derechos fundamentales, resolviendo los límites a la afectación de tales derechos entre particulares. Recordemos que la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Y para establecer esa "mayor medida posible" en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. Así, se genera una colisión al encontrarse en un caso concreto dos o más disposiciones jurídicas

[761] Atendible sería, por ejemplo, carecer de camas disponibles por el cupo o por consecuencia de un siniestro acaecido.

relevantes que fundamentan *prima fa*cie dos normas incompatibles entre sí y que son propuestas como soluciones.

En una primera aproximación a nuestro caso, veremos que aquí se ponen de manifiesto dos **criterios de admisión** opuestos. Uno sostendrá la prioridad del ingreso de autónomos, mientras que el otro lo hará con los dependientes. Ambos se desprenden de reglas vigentes dentro de los límites de las posibilidades normativas que articula la clasificación de residencias y residentes.

Entonces, ahora ya sumergidos en las tareas propias de la ponderación, en primer lugar, el operador jurídico identifica aquellos principios y reglas que se encuentran en conflicto. En cuanto a las **reglas** vigentes en el caso en estudio, es preciso reconocer la existencia de tres preceptos legales aplicables: los decretos provinciales de la década del setenta, la ley provincial sobre materia de salud y su decreto reglamentario, y la ordenanza municipal de 1996.

Decreto 2719/77 y Decreto 2091/80

Artículo 1 *El Ministerio de Bienestar Social, por intermedio de la Dirección de Promoción y Asistencia de la Comunidad ejerce el control de los servicios que prestan las entidades privadas que tengan por finalidad alojar o atender ancianos.*

Artículo 2 *Para la habilitación y el funcionamiento de las casas destinadas para los ancianos, pertenecientes a entidades con fines de lucro, deben cumplirse los requisitos previstos en el Anexo 1.*

En el citado Anexo 1 no se hace referencia a la determinación del término "anciano", consta sólo una clasificación de residencias según el servicio prestado sin mayor trascendencia en este caso. En tanto que en la

página oficial de la Provincia de Santa Fe que se encuentra en *internet*[762] y en la práctica habitual según los auditores entrevistados, las residencias reguladas por este enunciado normativo se destinan **sólo a los ancianos AUTOVÁLIDOS.**

Ley 9847 y **Decreto Reglamentario 6030/91**

Artículo 31 *Establecimientos Geriátricos destinados a Ancianos*.

31.1 *Establecimientos geriátricos destinados a la internación de ancianos dependientes.*

31.2 *Establecimientos geriátricos destinados a ancianos semidependientes.*

31.3 *Establecimientos geriátricos destinados al alojamiento de ancianos autoválidos. Estos establecimientos denominados actualmente Residencial, Hogar, Casa, Guardería, Centro Geriátrico de Día, pequeños hogares, comedores geriátricos, etc., que no poseen minusválidos que lo encuadren en las categorías de los incisos 1 y 2 del presente artículo, no serán habilitados bajo el presente decreto reglamentario por no considerarse comprendido en los alcances de la ley 9847.*

Estos preceptos regulan la estadía de los ancianos semidependientes y dependientes en materia sanitaria, efectuando un reenvio a la normativa pertinente en el caso de autovalidez (¿Decreto 2719/77 y Decreto 2091/80?).

[762] www.portal.santafe.gov.ar Jueves, 22 de noviembre de 2007 "Tercera Edad - Servicios Privados de Internación de Ancianos Autoválidos: Solicitud de Habilitación o Renovación".

Ordenanza 6287/96 modificada por 6294/97

Artículo 1 b) *A los fines de su habilitación y funcionamiento las residencias estarán destinadas a alojar personas mayores semidependientes y dependientes.*

Claramente, la ordenanza municipal entiende que las residencias están destinadas sólo para los ancianos semidependientes y dependientes. Elaborada en los noventa con pinceladas paradigmáticas más inclusivas, sobreentiende que los autoválidos deberán contar con la oferta de otros servicios.

Es así como nos encontramos con soluciones dispares en las reglas en referencia a la prioridad en el ingreso. Por lo que se requiere identificar los principios en juego, y proceder a la ponderación de sus alcances. En este caso conjetural podríamos señalar al **principio de libertad de empresa (artículo 14 Constitución Nacional)** colisionando con el **principio de autonomía socio-sanitaria (artículo 75 inciso 23 y 22 Constitución Nacional)** alegado por el anciano dependiente y su familia. Si bien de acuerdo al principio de libertad empresarial, los propietarios podrían permitir o denegar el ingreso de los ancianos con el límite del respeto a la normativa vigente; este principio choca con el de autonomía socio-sanitaria del Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos. Es que este mandato busca optimizar el acceso a los sistemas socio-sanitarios respetando al máximo la autonomía, con el fin de no caer en la sobreprotección, disponiendo las medidas de mayor intervención para los casos de ancianos dependentes en lo físico y psiquíatrico.

Al encontrarnos con una estipulación legal que parece excluir a los semidependientes y dependientes del beneficio del servicio brindado por las residencias, como en el caso del decreto provincial del setenta, nos preguntamos en un primer momento sobre la **idoneidad** de dicha restricción.

Mediante la idoneidad se analiza la finalidad para luego converger sobre la aptitud del medio estipulado por la norma para alcanzarla. Es destacable que no se exige que la finalidad esté expresamente reconocida por la constitución, sino que basta con que sea constitucionalmente legítima.

No dudamos que la finalidad de regular y controlar el funcionamiento de estas empresas gerontológico-geriátricas es constitucionalmente legítima; mas aparece como una medida innecesaria. La **necesidad** de la medida objeto de control implica, por su parte, que no puede existir una medida alternativa que sea menos gravosa y que tenga al menos la misma eficacia para conseguir la finalidad perseguida. Al igual que el juicio de idoneidad, se concentra en la relación causal entre el medio y el fin, añadiendo a ello la comparación entre diversas medidas alternativas y posibles. Consecuentemente, también es un instrumento de optimización de las posibilidades fácticas de los principios.

Asumiendo ese punto de vista, entendemos que existen otras alternativas que restringen en menor medida el principio de autonomía socio-sanitario sin menoscabo del principio de libertad de empresa. Por ejemplo, una clasificación normativa de residencias y residentes que se centre en el grado de dependencia del anciano como lo hace la ciudad autónoma de Buenos Aires, o la regulación de instituciones con modalidades de intervención mínima o intermedia, como el hostel, destinadas con mayor propiedad a satisfacer las necesidades habitacionales de los autónomos.

El tercer y último requisito del control de proporcionalidad condensa en cierto sentido los dos juicios anteriores. Se pondera la medida objeto de control y su finalidad. Pero a diferencia del requisito de idoneidad, la relación medio-fin no se analiza desde una perspectiva estrictamente causal, y por lo tanto fáctica, sino desde un punto de vista jurídico: se trata de determinar si dicha medida es excesiva teniendo en cuenta la importancia de la finalidad perseguida con la misma. En síntesis, es un juicio dirigido a determinar el grado

de equilibrio entre los costos y beneficios producidos por la medida y la finalidad estipulada.

En nuestro caso, así arribamos por último a la compulsa de **proporcionalidad *strictu sensu***, a sabiendas que en el ámbito privado, este punto del test de proporcionalidad es el que adquiere mayor relevancia. Al medir los costes y beneficios de la finalidad y de la medida, caemos en la cuenta de la justeza de la restricción del principio de libertad de empresa en miras a la maximización de la apropiada atención socio-sanitaria de los ancianos.

El perjuicio que parecería afectar a la ***empresa*** se deriva del mayor costo del servicio exigido por la atención socio-sanitaria requerida para los dependientes en comparación a aquel necesitado por los autoválidos. Este perjuicio es aparente, dado que el mayor precio es trasladado al usuario, en forma privada, o al sistema de obra social en los casos de las dependencias acordadas en el P.M.O. (Plan Médico Obligatorio)[763]. En tanto que la uniformidad y especificidad del servicio de alojamiento y tratamiento de ancianos con dependencias físicas y psiquíatricas, redunda en beneficios para los empresarios. Hay sobradas pruebas sobre las dificultades edilicias y asistenciales que se traban al tratar de ofrecer instituciones apropiadas para autoválidos y dependientes en forma conjunta. Recordemos que la autovalidez debe ser presentada al ingreso, pero en el caso de modificar su situación, no se produce la expulsión en forma automática.

En cuanto a los ***ancianos dependientes***, esa clasificación excluyente los perjudica dejándolos sin un lugar adecuado para vivir, justamente en los casos graves de dependencias físicas o psquiátricas. El anciano dependiente requiere cuidados especializados y la seguridad de contar con una atención

[763] Resolución 939/00 MS

permanente[764], lo cual es difícil de conseguir con el personal que ingresa a su hogar. Éstos muchas veces cuentan con escasos o nulos conocimientos especializados, además el servicio es brindado muchas veces en condiciones de precariedad laboral y, frecuentemente, bajo las directivas de varios parientes que no logran adoptar un criterio uniforme para el cuidado apropiado.

Esta normativa, incluso perjudica a los ***ancianos autónomos***, al producirse el fenómeno de anticipación en la internación. En previsión de la dependencia los ancianos, o sus familiares[765], solicitan el ingreso mientras aún son autoválidos con la finalidad de evitar el futuro rechazo. Entonces, este criterio de prioridad a favor de los autoválidos (autónomos) que parece desprenderse de la práctica provincial, no beneficia a nadie, ni a los ancianos autónomos ni a los dependientes. E incluso, tampoco, a los empresarios.

En definitiva, de este análisis ponderativo, se ha evaluado la desproporcionalidad de la medida legislativa, habilitándose así al operador jurídico la declaración de inconstitucionalidad del enunciado provincial en cuanto a la exclusión que se desprende de la clasificación que efectúa la normativa con respecto a las cualidades que deben presentar los internos para su admisión. La limitación al ingreso de dependientes, vulnera doblemente el derecho fundamental a la calida de vida de los ancianos. Por un lado, da la espalda a quien verdaderamente necesita de una ayuda de terceros especializada en forma permanente. Y por otro, obliga a los ancianos a ingresar a estas instituciones totales antes de tiempo, antes de necesitar toda esa batería de soportes socio-sanitarios que en tanto ayudan, también intervienen en su esfera de libertad.

[764] Los 365 días del año, 7por7 días, 24por24 horas del día.

[765] En la realidad argentina, en los estudios realizados se determina que solo el 10 % ingresa voluntariamente. V. **REDONDO, Nélida; LLOYD-SHERLOCK; Peter;** "Institutional Care for Older People in Developing Countries: Repressing Rights or Promoting Autonomy? The Case of Buenos Aires, Argentina" en *Working Paper Series*, N°13, University of East Anglia, United Kingdom, 2009.

En este caso, la regla provincial refuerza las impotencias sociológicas de la vejez, yendo a contrapelo de lo exigido por los principios constitutivos del derecho fundamental a la calidad de vida. El principio de autonomía socio-sanitaria revierte esta situación, captando la heterogeneidad y descargando el peso de la argumentación en forma inversa. No es el anciano dependiende el que tiene que argumentar sobre la necesidad de ingresar a una residencia, sino que será tarea del autónomo dar razones suficientes con respecto a su decisión de internarse anticipadamente.

En este caso planteado con respecto al criterio de prioridad, finalmente, el operador jurídico procederá a la elaboración de una norma en reemplazo de aquella otra inapropiada desde un punto de vista jusfundamental. Seguidamente, pues, teniendo en cuenta los despliegues del derecho fundamental a la calidad de vida que se manifiestan en el caso, dispone una regla que contemple el ingreso prioritario de los dependientes en lo físico y en lo psiquiátrico a las residencias para ancianos. Así, se le da operatividad al principio de autonomía socio-sanitaria consititucional en consonancia a como lo hace la ordenanza municipal y la legislación sanitaria provincial.

En el presente caso, el Derecho de la Ancianidad, con su vertebral derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, ha logrado brindar respuestas a los problemas señalados con respecto al ingreso de los ancianos a las residencias privadas. Estas soluciones son la punta de lanza de modificaciones legislativas que se irán acomodando a las nuevas necesidades y exigencias de los ancianos en este convulsionado siglo XXI.

Hasta tanto se operen los cambios pertinentes, creemos que sería de gran utilidad en la práctica cotidiana de las internaciones geriátricas apelar a un instrumento tecnológico ya existente en el Derecho Administrativo nacional: el certificado de discapacidad. Éste podría ser empleado con provecho a fin de agilizar la prueba de la dependencia y obtener la prioridad en la internación.

Claro está, presentando todas las cauciones económicas, en tanto que estamos frente a servicios altamente demandados de empresas gerontológico-geriátricas con fines de lucro.

Haciendo uso del certificado de discapacidad es posible esgrimir un instrumento jurídico para lograr adjudicaciones justas en todos los niveles, tanto públicos como privados. Es así como con dicho certificado un particular podría reclamar la preferencia en la internación geriátrica de un dependiente físico y/o psiquiátrico en competencia con otro candidato con la certificación de otro tipo de dependencia. Esto colaboraría para paliar el grave problema de injusticia que cotidianamente se presenta al preferir estas instituciones ancianos autoválidos, dejando al anciano y a su familia a la deriva en los casos de dependencias graves -precisamente en los que es requerido todo un sistema intervencionista especializado.

En suma, este instrumento operaría, a la espera de otro más específico, un certificado de dependencia de los ancianos. En cuanto a su operatividad, entendemos que los organismos estatales, constituidos con un plantel multidisciplinar, son los que a través de sus institutos específicos sobre la temática de la ancianidad pueden evaluar mejor el *grado de dependencia/autonomía* del sujeto a fin de configurar los contornos del derecho subjetivo a la calidad de vida del anciano en cada caso. Este necesitaría ser renovable, por la inestabilidad de la condición de la vejez, una danza de la autonomía a la dependencia sin ser absolutamente irreversible. Un certificado específico de la anciandad podría determinar el tipo y grado de dependencia sufrida por el anciano implicado en el reclamo evaluando los diversos factores que pueden ocasionar su estado de dependencia, deslindando entre pobreza, marginación y los problemas de salud física, psíquica o emocional. De esta forma se facilitaría la determinación del tipo y grado de intervención, el contenido, sujetos obligados y modalidad de ejercicio del derecho frente a un caso concreto.

D. *Algunas conclusiones*

La investigación llevada a cabo en las residencias privadas de la ciudad de Rosario, nos ha permitido conocer su situación jurídica, desde las adjudicaciones, las normas y los valores en juego. Asímismo, gracias a la inmersión en el campo, hemos podido identificar algunos problemas que repercuten en la vida de los internados. Entendemos que las normas que regulan la creación y funcionamiento de las residencias, no se mantienen al margen. Por el contrario, las carencias e indeterminaciones normativas, han generado un encadenamiento poco feliz. A pesar de este panorama un tanto desalentador, el Modelo Jusfundamental, con una estructura formada por principios interpretativos y operativos, cuenta con herramientas idóneas para enfrentar con éxito el desafío que presenta la calidad de vida de la ancianidad residente.

En las entrevistas sostenidas con los *residentes, directivos y auditores*, han aparecido de forma reiterada, algunas situaciones percibidas como problemáticas. En primer lugar, los *residentes* y sus *familiares,* nos manifestaron su pesar al intentar elegir una institución apropiada. Algunos *residentes*, hacían referencia al trato inapropiado que recibían en las instituciones. También, se está haciendo cada vez más común, según el relato de los *directivos*, la presencia de residentes autónomos, cuyo motivo de ingreso no es más que la soledad o el deseo de no estorbar o molestar a sus familiares. En las entrevistas realizadas a los *directivos y propietarios*, se referían a los límites económicos con los que debían enfrentarse. En algunos casos, con sincera preocupación, y en otros, en tono de cómoda justificación.

Por último, curiosamente los *directivos de las empresas* coincidían con los *funcionarios de las reparticiones públicas*, en el planteo de dos problemáticas: la presencia de personas (discapacitadas) menores de 60 años y los inconvenientes administrativos ocasionados por los efectos propios del proceso de envejecimiento, en cuanto al pasaje de la autonomía a la dependencia, y sus posibilidades de rehabilitación.

En el nivel normativo, nos topamos con carencias, tanto históricas como dikelógicas. Ello es particularmente relevante con respecto a la clasificación de los residentes y residencias. La *clasificación médico-económica* empleada, nos sitúa ante un caso de carencia histórica. Esto nos permite comprender el trato inapropiado y la consecuente mala calidad de vida de la cual daban cuenta los lúcidos entrevistados. Es que está directamente relacionado con la no discriminación entre tipos de dependencias, salvo en los casos de las residencias con exclusividad en la atención de ancianos demenciados.

Otra carencia histórica se configura al cambiar el alcance interpretativo de la "peligrosidad" en tanto que se lo asocie a la defensa de la vida, o a la procura de un entorno en el que sea posible el disfrute de una vida con calidad. Para la mirada gerontológica, fundamento científico-tecnológico del paradigma inclusivo, las acciones tendientes al mantenimiento de un ambiente agradable, van más allá de las apropiadas para la mera defensa de la integridad física de los residentes, asciende a la búsqueda del goce psicológico, social y espiritual, esto es, a la autorrealización. La desarticulacón espacio-temporal de los demenciados erosiona la calidad de vida del resto, aún en la ausencia de conductas violentas.

En tanto que nos encontramos con carencias dikelógicas en el caso de personas menores de 60 años que viven en las residencias para ancianos. La demanda del servicio de cuidados para personas adultas con discapacidad intelectual y la ausencia de instituciones capaces de brindarlo, empuja a la

norma extendiendo sus alcances. Pero desde el atalaya de un Modelo Jusfundamental de la vejez, nos preguntamos, si es necesario continuar reforzando el límite de edad en un paradigma que potencia lo multigeneracional.

A su vez, el problema ocasionado por la mudanza de la autonomía a la dependencia, y viceversa, señalada por los directivos y auditores, nos da ocasión para señalar otro caso de carencia dikelógica. En la práctica, tanto auditores como directivos hacen caso omiso de la normativa, ya que la prohibición no resiste la abrumadora realidad fáctica del proceso de envejecimiento. Argumentando sobre curiosa situación, nos manifiestan, que no es de provecho para nadie continuar reforzando el control por el control mismo, ni buscar soluciones mágicas.

En el marco de esta investigación, nos aventuramos a decir, que la solución viene de la mano de los postulados del nuevo paradigma. Podríamos pensar en una salida que tenga en cuenta la *clasificación multicausal de las dependencias*, y un *sistema progresivo y continuo de cuidados*, que mantenga alejados de las residencias a los autoválidos (autónomos) integrándolos a la sociedad. Pero para ello, es preciso sortear carencias fácticas. La solución integral estará a la espera de la existencia de adjudicaciones propias de las modalidades de intervención mínima e intermedia, las cuales procuran el mantenimiento de la independencia del anciano por el mayor tiempo posible.

Más, a fin de no caer en la hipocresía ni en la búsqueda de chivos expiatorios del problema del envejecimiento y el multigeneracionismo, es preciso tener en cuenta que las residencias, para ser eficaces y poder brindar un trato justo al anciano, necesitan no estar solas, sino ser parte de un *continuun* de cuidados. No está capacitada para receptar y satisfacer las necesidades de toda la población anciana, alojando tanto a los autónomos como aquellos otros que sufren diversas dependencias. Su función es auxiliar

al anciano, a la familia, a la sociedad y al Estado en el cuidado de los ancianos dependientes, en lo físico y en lo psiquiátrico. Los ancianos con dependencias económicas, socio-culturales y/o psicológicas requieren otros medios que instrumentalicen modalidades de intervención mínima o media.

En esta compleja situación jurídica, además de los casos de carencia, nos encontramos con otras dificultades. Las indeterminaciones normativas son el punto de partida de una cadena de elementos normo-socio-valorativo que van a conducir a la presencia de *Regímenes de Justicia atomizados* en las distintas residencias. Se conjuga una grave carencia normativa con respecto a la cualidad de los directivos de las instituciones, con la constante indeterminación en cuanto a los elementos esenciales de los repartos cotidianos.

Dado que no existe un patrón en el perfil del directivo a nivel normativo, nos encontramos con instituciones regenteadas por médicos, psicólogos, en algunos casos docentes u otros profesionales, pero mayormente se trata de comerciantes o administradores sin título habilitante vinculado a la temática de la ancianidad. Su conocimiento del proceso de envejecimiento puede ser mejor o peor, pero ello resulta intrascendente para la normativa local. Es así como se desencadena una serie de reenvíos normativos desafortunados que terminan creando un sistema de justicia *ad hoc* en cada institución.

De esta forma, se presentan diversos sistemas jurídicos primitivos dependiendo en forma directa del supremo repartidor. Si bien en cada institución, se encuentran régimenes diversos, al cotejar los datos obtenidos en la práctica, es posible identificar la existencia de situaciones marcadamente antagónicas. Los directivos construyen regímenes distinguibles por su distancia: uno, acorde al viejo paradigma excluyente, y otro, más imbuido por los postulados de la inclusión.

Con esta situación dual, y un tanto anárquica a nivel axiológica, no es sorprendente la dificultad con que se encuentran los ancianos y familiares a la hora de intentar elegir una residencia adecuada para sus necesidades. Es por esta razón, que conjugando los elementos socio-axiológicos divisados en la práctica, nos aventuramos a ofrecer un instrumento de constraste. Señalando las diversas maneras de resolver problemas comunes en el servicio gerontológico-geriátrico, podemos distinguir, así, instituciones más próximas a la GUARDERÍA/GERIÁTRICO, y otras a la posmoderna RESIDENCIA.

Finalmente, en haras de comprender el funcionamiento de las soluciones diseñadas por el Modelo Jusfundamental de la Vejez, se aborda en forma conjetural un caso en torno a las residencias. Veamos como es que este modelo logra salir airoso de los desafíos que el problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo plantean al Estado Constitucional de Derecho. De esta forma, podremos comprender sus repercusiones en el ámbito local, apreciando las importantes implicancias de las modificaciones paradigmáticas en los casos cotidianos que viven los ancianos rosarinos.

El caso se delinea sobre el reclamo de prioridad en el ingreso a las residencias privadas, y encuentra su conflictividad normativa en la clasificación de residentes y residencias de la Provincia de Santa Fe y la Municipalidad de Rosario. El caso supuesto, que de hecho sucede a menudo, consiste en el rechazo de la admisión de un *anciano dependiente en lo físico o en lo psiquiátrico* en las residencias privadas, sin mediar razones de índole económico. Sea que el caso se presente en forma directa, con la denegación de su postulación, sea que se demore su ingreso sin razones atendibles.

El juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad se presenta como el instrumento más adecuado para afrontar los problemas de aplicación de los derechos fundamentales, resolviendo los límites a la afectación de los derechos entre particulares. Gracias a los principios constitucionales la confusa

y difusa normativa es reorientada, logrando redimensionarla con el fin de captar los problemas que cada vez más acucian *a la población mayor, sus parientes, la comunidad, el mercado y el Estado.*

En una primera aproximación a nuestro caso, veremos que aquí se ponen de manifiesto dos criterios de admisión opuestos. Uno sostendrá la prioridad del ingreso de autoválidos (autónomos), mientras que el otro lo hará con los dependientes. Ambos se desprenden de reglas vigentes dentro de los límites de las posibilidades normativas que articula la clasificación de residencias y residentes. Al encontrar soluciones dispares en las reglas como es el caso, se requerirá identificar los principios en juego, y proceder a la ponderación de sus alcances. En este caso conjetural podríamos señalar al principio de libertad de empresa (artículo 14 Constitución Nacional) colisionando con el principio de autonomía socio-sanitaria (artículo 75 inciso 23 y 22 Constitución Nacional) alegado por el anciano dependiente y su familia.

No dudamos que la finalidad de regular y controlar el funcionamiento de estas empresas gerontológico-geriátricas es constitucionalmente legítima; mas aparece como una medida innecesaria. Entendemos que existen otras alternativas que restringen en menor medida el principio de autonomía socio-sanitario sin menoscabo del principio de libertad de empresa. En la compulsa de proporcionalidad *strictu sensu*, que en el ámbito privado es el punto de mayor relevancia, se analizan los costes y beneficios de la finalidad y de la medida. El criterio de prioridad a favor de los autoválidos (autónomos) que parece desprenderse de la práctica provincial, no beneficia a nadie, ni a los ancianos autónomos ni a los dependientes. E incluso, tampoco, a los empresarios. Ergo, el cotejo se inclina hacia la justeza de la restricción del principio de libertad de empresa en miras a la maximización de la apropiada atención socio-sanitaria de los ancianos.

En este análisis ponderativo, se ha evaluado la desproporcionalidad de la medida legislativa, habilitándose así al operador jurídico la declaración de inconstitucionalidad del enunciado provincial en cuanto a la exclusión que se desprende de la clasificación que efectúa la normativa con respecto a las cualidades que deben presentar los internos para su admisión. La limitación al ingreso de dependientes vulnera doblemente el derecho fundamental a la calida de vida de los ancianos. Por un lado, da la espalda a quien verdaderamente necesita una ayuda de terceros especializada en forma permanente. Y por otro, obliga a los ancianos a ingresar a estas instituciones totales antes de tiempo; aún antes de necesitar toda esa batería de soportes socio-sanitarios que en tanto ayudan, también intervienen en su esfera de libertad.

En fin, parecería que la regla provincial refuerza las impotencias sociológicas de la vejez, yendo a contrapelo de lo exigido por los principios constitutivos del derecho fundamental a la calidad de vida. El principio de autonomía socio-sanitaria revierte esta situación, captando la heterogeneidad y descargando el peso de la argumentación en forma inversa. No es el anciano dependiende el que tiene que argumentar sobre la necesidad de ingresar a una residencia, sino que será tarea del autónomo y de la residencia dar buenas razones con respecto la decisión de la internación anticipada.

En el presente caso, el Derecho de la Ancianidad, con su vertebral derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, ha logrado brindar respuestas a los problemas señalados con respecto al ingreso de los ancianos en las residencias privadas. Estas soluciones son la punta de lanza de modificaciones legislativas que se irán acomodando a las nuevas necesidades y exigencias de los ancianos de este convulsionado siglo XXI. Mas, hasta tanto se operen los cambios pertinentes, creemos que sería de gran utilidad en la práctica cotidiana de las internaciones geriátricas apelar a un instrumento tecnológico ya existente en el Derecho Administrativo: el certificado de discapacidad. Éste podría ser empleado con provecho a fin de

agilizar la prueba de la dependencia y obtener la prioridad en la internación; claro está, presentando todas las cauciones económicas, en tanto que estamos frente a servicios altamente demandados de empresas gerontológico-geriátricas con fines de lucro legítimamente respaldados constitucionalmente.

CONCLUSIONES

I.1. El mayor número de ancianos existentes en la actualidad, en comparación con los nacimientos y la cantidad de adultos jóvenes activos -económica, política y socialmente, ha dado origen al **problema científico-tecnológico del envejecimiento global.** Esta lectura se efectúa desde la perspectiva del Desarrollo. Esta teoría sostenida por las NACIONES UNIDAS plantea un problema que requiere soluciones. Con el fin de enfrentar esta situación en forma resolutiva, los expertos han arriesgado como solución, el reemplazo del **concepto de ancianidad** y del **lugar asignado a los ancianos en la organización social**.

Es importante tener presente que a lo largo de la historia, no ha existido una forma homogénea en cuanto al tratamiento del ser humano anciano. Y en los últimos dos siglos, el concepto de ancianidad, y consecuentemente, el lugar ocupado por el anciano en la sociedad, ha rotado. Al día de hoy, nos encontramos en una posición diametralmente opuesta a la mantenida en el *siglo XIX y principios del XX*. En aquel entonces, la **exclusión** resultaba lo más adecuado, para la sociedad, ya que se reemplazaba la fuerza de trabajo, y para el viejo, al ser destinatario de un descanso merecido lejos de las preocupaciones de la vida cotidiana. Es así, como la Política se valió de los conocimientos de la Geriatría y de una ética paternalista-asistencialista para producir instituciones jurídicas de aislamiento tales como *la jubilación y los asilos*.

Mas a *fines del siglo XX y principios del XXI*, se modificó la óptica ubicándose en una postura distinta. Por razones de índole económica, política y científica, la **inclusión** es lo más adecuado, para la sociedad -existe un grave problema en el mantenimiento económico de la población inactiva en la producción de bienes y servicios- y para los ancianos -ya que repercute en una

mayor calidad de vida al envejecer. En la actualidad, se aconseja pensar las políticas a tomar con respecto al bienestar de los ancianos en base a los derechos y una ética del cuidado responsable. Por ejemplo, en las recomendaciones internacionales encontramos las instituciones de la *preparación para la jubilación* y la organización de un *sistema integral de cuidados*, las cuales completan las anteriores de la jubilación y los asilos (hoy, residencias para ancianos).

Este tratamiento de la vejez, es parte de todo un sistema más flexible y "saludable" de reacomodación del lugar del viejo en la sociedad occidental, que alineado tras los postulados de la Gerontología, fueron absorbidos por las NACIONES UNIDAS a través de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Este recorrido condujo a una **Nueva Ética de la Ancianidad** que, ante desajustes por su fuente multidisciplinar, encontró un referente común en la **Bioética**.

Y a su vez, este cambio ético halló eco en el plano político. Los conceptos decimonónicos de igualdad y justicia social ahora se instrumentan en los **derechos humanos**, y la problemática económica en torno a la vejez presiona la implementación de acciones dinámicas sobre el particular. Las NACIONES UNIDAS, institución de la política internacional de Posguerras, ha abordado el tratamiento de la vejez como área de estudio desde 1948. Lo ha hecho, en forma *indirecta*, a través de la investigación y la elaboración de propuestas de acción desde sus diversos organismos, y más adelante, en forma *directa*, en las ASAMBLEAS MUNDIALES SOBRE EL ENVEJECIMIENTO, en Viena (1982) y Madrid (2002).

Las novedosas ideas se fueron condensando, hasta consolidarse en un **nuevo paradigma de la vejez y del envejecimiento** en el PLAN DE ACCIÓN INTERNACIONAL aprobado en MADRID en el 2002. A partir de ahí, los países disponen de una serie de nuevos postulados ético-políticos para

encarar el problema del envejecimiento poblacional. Es esta perspectiva inclusiva la que se va permeando, cada vez más, en los marcos legales que se crean o modifican.

Mas, a fin de comprender el **impacto jurídico** producido por la tendencia demográfica, y las ideas ético-políticas que se receptaron consecuentemente, es preciso agregar una tercera faceta al problema del envejecimiento global, la cultural. Éste se despliega, entonces, en lo *poblacional,* lo *económico* y lo *cultural*, comprendiéndose como el problema del **multigeneracionismo**. Valiéndonos de este instrumento teórico podemos señalar el quiebre que se ha producido en las posibilidades de respuesta de los **modelos políticos** ante este problema a escala mundial.

La distribución de bienes entre generaciones, antes de la convivencia multigeneracional, encontró respuestas en los modelos totalitario, abstencionista y paternalista. Al **Modelo Totalitario** le corresponde un Estado fuerte o autoritario en el que, con el fin de garantizar la supervivencia del grupo, cada individuo ocupa un lugar y cumple una función específica. El anciano, a cambio de contención afectiva y económica, se ve sometido a un control estricto de su existencia. La respuesta del **Modelo Abstecionista** es la propia de un Estado Liberal en el que hijos y nietos quedan expresamente obligados a prestar alimentos y atención a sus mayores, siendo el socorro público una forma subsidiaria. El **Modelo Paternalista**, en cambio, se gestó en el seno del Estado de Bienestar, el cual operaba sobre principios de asistencia a través de políticas públicas constitucionalmente asumidas.

Aquellos modelos construyeron sus respuestas en circunstancias demográficas distintas a las actuales. Hoy, la presencia de tres o cuatro, y hasta cinco, generaciones en una misma familia, va a forzar la búsqueda de nuevas soluciones. El **Modelo Líquido**, abre nuevos caminos, pero guiado por la búsqueda ansiosa de la mayor libertad para el anciano, termina por

desprotegerlo, al adoptar la actitud jurídica propia de un Estado ultraliberal. El **Modelo Comunitarista**, si bien tiene en cuenta las distintas variables de la problemática jurídica de la vejez, no logra elaborar un sistema operativo eficaz más allá de un Estado con preocupaciones sociales, o un Estado Socialista atenuado. Esto lo podemos llegar a ver reflejado en los instrumentos jurídicos.

En el *Plan de Acción Internacional de Viena y los Principios de Naciones Unidas sobre el envejecimiento*, la laxitud de sus requerimientos, la falta de precisión en sus repartos y la arbitraria equiparación entre generaciones, es propio del **Modelo Líquido**. Mientras que el *Plan de Acción de Madrid*, entiendo que es proclive a adoptar la actitud jurídica del **Modelo Comunitarista**.

En tanto que en las ideas, ya condensadas en la realidad latinoamericana de la *Estrategia Regional* y la reciente *Declaración de Brasilia,* fruto de 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*, se transparentan elementos de un **Modelo Jusfundamental.** Un modelo que apela a la construcción de las respuestas a partir de los derechos con raigambre constitucional, emula la propuesta del Estado Constitucional de Derecho.

Con el fin de comprender el Modelo Jusfundamental y, consecuentemente, la estructura y funcionamiento del Derecho de la Ancianidad - su sistema operativo, es preciso tener presente su estrecha vinculación con el **Estado Constitucional de Derecho,** modelo de Estado construido sobre las ruinas de la Segunda Guerra Mundial. La conmoción axiojuspolítica de la posguerra, operó grandes cambios en el Estado de Derecho, produciendo su pasaje hacia esta tipología estatal.

En ese viraje podemos señalar cambios *sociológicos* en el peso y distribución del poder, alteraciones *normológicas* en el tipo de instrumentos empleados, y también *axiológicas*, al trocarse la relación que entabla el sistema jurídico y político con los valores. Se pasa de un sistema construido sobre la norma como regla, y en especial la ley elaborada por los legisladores, a un sistema más flexible y abierto. Éste, elabora las decisiones a través de principios, en consonancia con los valores constitucionales, interpretados y aplicados por los jueces, especialmente de los tribunales constitucionales.

Es así como los valores implícitos en las múltiples cartas de Derechos Humanos, que se fueron sucediendo progresivamente al avanzar el siglo XX, fueron rescatados y constitucionalizados a través de los **derechos fundamentales**. Por lo que ahora, serán éstos, positivización de los derechos humanos, los que empuñan el estandarte en lugar de las rígidas normas legales. La vieja subsunción de reglas normativas será desplazada por la ponderación de principios, de textura abierta y en estado permanente de conflictividad.

Así, en el Estado Constitucional de Derecho, el material vertido en la Constitución provoca el movimiento del sistema en todo su conjunto, crea Derecho a partir de los valores contenidos en los derechos fundamentales. Por lo que gracias al diálogo que entabla con los valores y a su virtualidad de construir derechos fundamentales a partir de las necesidades básicas consensuadas, el Modelo Jusfundamental de la Ancianidad, exhibe una capacidad de respuesta superior a los otros.

De esta forma, sobre las bases de este modelo, se fue construyendo un Derecho de la Ancianidad, que ha podido captar las exigencias valorativas de la Nueva Etica de la Ancianidad y dar respuestas a los derechos de los ancianos, sin desconocer los problemas jurídicos derivados del proceso de especificación de los Derechos Humanos. El Derecho de la Ancianidad en la

Argentina, experimenta este proceso de desarrollo transversal a partir de su inclusión en el **artículo 75 inciso 23** de la Carta Magna. Por lo que desde allí, se ha venido -lenta y trabajosamente- integrando elementos que colaboran en la tarea de definir los contornos del **derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos**, pilar de esta nueva rama jurídica.

I.2. El nuevo paradigma inclusivo de la ancianidad recibe los beneficios y dificultades de lo multidisciplinar. Es que la **Gerontología** se ha constituido por medio de diversas disciplinas nucleadas sólo por una temática en común: el viejo, la vejez y el envejecimiento. Dado este contexto, la búsqueda de criterios unificadores siempre estuvo presente. Mas al intentar iluminar la cada vez más extendida práctica profesional desde consideraciones éticas, se encontraron con inconvenientes para congeniar diversas miradas reduccionistas.

Entre psicólogos, sociólogos, economistas, juristas y médicos han evaluado la vida moral del mayor sólo en clave de adaptación al entorno o de integración social, de cotización o aportación económica al erario público, o en clave de cesión de voluntad a otros para que administren los últimos años de su vida. Derivado de la superespecialización, existe el peligro de descomponer al sujeto moral en partes, abordándolo cada disciplina desde una ética profesional especial. Como bien lo señala **Agustín MORATALLA**, fue necesario buscar como referente común a la **Bioética**, ética de la vida, para captar la complejidad moral de la ancianidad sin correr el riesgo de quedarse sin sujeto moral.

En la Bioética encontramos dos tradiciones, la norteamerica y la continental. Si bien hay divergencias, en ambas los interrogantes dilemáticos

dan cabida al planteo de un **nuevo Humanismo**. Un sistema ético que no puede dejar de tener en cuenta al hombre de fin de siglo, simultaneamente acuciado y salvado por la tecnología.

Esta aparatología aplicada a la prolongación de la vida y a la búsqueda de su mayor calidad, tuvieron una influencia directa en la vida anciana; consecuentemente en el problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo. Pero es preciso señalar que entre Bioética y Ética de la Ancianidad podemos señalar una retroalimentación. El aporte de la Bioética le brindó a esta área de estudio un soporte unificador; pero a su vez, la profundización en el conocimiento de la condición anciana desafió los fundamentos de la Bioética más difundida y de la Ética Médica tradicional sobre la que ella descansa.

Es que en el origen de esa ética profesional existe una estructura conformada con rasgos artistocráticos, juveniles, saludables y paternalistas. Es aristocrática, en el doble sentido de la expresión: que se hereda de padres a hijos y que conlleva una lata posición económica y social; es juvenil, en tanto que sólo los jóvenes son sujetos éticos; es saludable, atento a que sólo los sanos pueden ser buenos. Y su paternalismo consiste en que el médico conoce mejor que el paciente lo que es bueno para él.

Esa actitud claramente **paternalista** del médico hipocrático considera a los enfermos como incapacitados morales y, por tanto, como personas que no

pueden ni deben decidir sobre su propia enfermedad. Ahora bien, como se asociaba el concepto de ancianidad con el de enfermedad, al anciano no le quedaba otro lugar que ser paciente de un paternalismo médico; estructura de poder que se replicaba, a su vez, en el sistema económico, político, cultural y jurídico.

Mas, aquel tratamiento hipocrático también tenía otra faceta, que quizá conviniera denominar **maternal o maternalista**. Consiste en el exquisito cuidado para hacer soportable, llevadera y hasta grata la enfermedad. Es la condición anciana, la que sin excluir las intervenciones curativas, va a profundizar los alcances del servicio del cuidado. Refuerza la función maternalista del médico, y en el ámbito gerontológico la reevaluación de sus criterios lo conducirá a una **ética del cuidado responsable**.

En tanto que en el plano político, la temática irá al compás de los Derechos Humanos. Acompañando su proceso de especificación, el trato justo en la diversidad será el *leit motiv* del Derecho de la Ancianidad. Pues, esta nueva rama jurídica ha absorbido elementos axiológicos de la Bioética, estructurándose con los formatos y desarrollos que sufrieran los derechos del hombre durante la segunda mitad del siglo XX.

Si buscamos precisar los conceptos veremos que el de **Derechos Humanos** y **Derechos Fundamentales** están íntimamente vinculados, como también lo han estado históricamente con el de **Derechos Naturales**. En la

dinámica juspolítica posmoderna éstos juegan papeles complementarios**.** Así, encontramos, por un lado, a los Derechos Humanos que se constituyen como la actual *justicia de llegada* de occidente, y por otro, a los Derechos Fundamentales, su *justicia procedimental*, eje del sistema del Estado Constitucional de Derecho.

Gracias a este juego jurídico el Modelo Jusfundamental de la Vejez podrá abandonar el ámbito de la discrecionalidad gubernamental, lugar en el que estuvo cómodamente alojada la temática de la ancianidad en el último siglo y medio. Este Modelo busca regir los movimientos del anciano desde y a través de los derechos, desde y a través el **derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos**. Es así como este derecho fundamental, médula del Derecho de la Ancianidad, es el encargado de ensamblar las piezas candentes de la Nueva (Bio) Ética de la Ancianidad con la férrea tradición de los Derechos Humanos. Construido sobre los cimientos del Estado Constitucional de Derecho, se abre a las exigencias valorativas a través de un Iuspositivismo Incluyente, sin despegarse de las necesidades básicas de los ancianos, en una realidad marcada por lo heterogéneo.

En consonancia con las apetencias jusfundamentales, asidos de un concepto de Derecho complejo -que vincula las adjudicaciones, las normas y los valores- se ha logrado vehiculizar la integración de los datos de la Gerontología, los valores de la Nueva Ética de la Ancianidad, para dar respuestas a los desafíos planteados por los Derechos Humanos. De esta

forma se va construyendo una nueva rama del Mundo Jurídico a partir de las necesidades de los ancianos y las exigencias valorativas, a pesar de la dispersión de los preceptos legales sobre el particular.

I. 3. A la hora de hablar del derecho fundamental de la ancianidad es insoslayable hacer mención del concepto de calidad de vida Hay referencias a él en tanto objeto de reparto como meta deseable. Todas las adjudicaciones parten y vuelven a su regazo. En el ámbito jurídico nacional, el término es empleado en sus múltiples acepciones: como renta per cápita, nivel de vida, bienestar social y el más reciente de calidad de vida propiamentedicha, sin adquirir preponderancia ninguno de ellos. Todo dependerá, en gran medida, del ámbito en el que se lo emplee. A la sazón, a la manera de un concepto camaleón, adopta el contenido en referencia al contexto en el cual es utilizado. A pesar que en general se presenta como un material sumamente complejo, en cuanto a los ancianos, se puede decir que existe un área de consenso.

Nos encontramos con muchas vejeces, pero a la luz de un paradigma inclusivo, lo que necesitan los ancianos tiene patrones comunes. El empuje del cambio paradigmático se viene operando desde hace ya más de treinta años por dos vías. Por un lado, por medio de la labor cotidiana de los profesionales gerontológicos insertos en las instituciones, y por el otro, a través de la recepción por parte de algunos directivos de las recomendaciones acordadas en los instrumentos internacionales. Una y otra, coinciden plenamente en lo que entienden como **necesidades básicas de los ancianos**, objeto repartidero de las adjudicaciones justas para con ellos. Se cuenta, así, con un alto grado de consenso, tanto en el nivel científico-tecnológico como político.

Existen diversas formas en que se vinculan las necesidades con el orden normativo, y cada una nos reenvía a *un modo de entender el Derecho.* Esa conexión o bien se presenta como una fusión entre hecho y valor -aquellas que parten de un modelo antropológico verdadero y bueno-, o bien como un puente entre el hecho y el valor -en tanto que condiciones mínimas de un planteo moral. También existen posturas que consideran que la vinculación es estrictamente instrumental. Y por último, se sitúan aquellas que meritúan las necesidades como razones prima facie en la justificación de las decisiones.

En cuanto a las teorías generales del Derecho, la postura desplegada en primer lugar es propia del *Jusnaturalismo tradicional*, mientras que aquella que entroniza la autonomía del sujeto, se emparenta con el *Jusnaturalismo racionalista*. El *Juspositivismo excluyente* se trasluce en el tratamiento instrumental de la vinculación; siendo los *Juspositivismos incluyentes, Integrativismos y Tridimensionalismos* los que se desarrollan más cómodamente en referencia a las razones justificatorias de las decisiones.

En la Teoría Trialista del Derecho, que se toma de marco de esta investigación, las necesidades operan como razones de la acción, como razones del reparto justo**.** Este elemento opera en forma constructiva vinculando las tres dimensiones jurídicas: la social, la normativa y la valorativa. Es posible pensar a las razones como un elemento que nos permite saltar de una dimensión a otra. Este puente tridimensional se produce al impactar las razones materiales en las otras dos dimensiones. El impacto de la razón material en la norma, se evidencia en la consideración de un factor, en nuestro caso la ancianidad, como una **diferencia relevante**. Esto es, con suficiente envergadura como para ser merecedora de una normativa específica. Podemos hablar de esta forma de *razones lógico-normativas* en la construcción del Derecho. Y, a su vez, al producirse el impacto de la razón material en la dimensión dikelógica, la razón valorativa aparece como un **requerimiento especial de justicia**.

En cuanto a las fuentes del Derecho de la Ancianidad nos vamos a encontrar con alguna normativa directamente estatuida en preceptos legales y con buenas razones - fácticas, valorativas y lógicas - que fundamentan normas adscriptas. El *hard law -instrumentos vinculantes-* y *soft law -derecho indicativo-* , buscan describir esta peculiar situación jurídica. Existe una serie de instrumentos directamente aplicables, cuya vinculación jurídica no es cuestionada, y otras fuentes que sirven sólo como principios orientadores o criterios generales de interpretación jurídica. En el caso del derecho en estudio, en el entramado argentino, nos vamos a encontrar con un panorama notable, el cual se configura a partir de un ***hard law* general**, aplicable a todos los seres humanos, y un ***soft law* específico**, en cuanto a la temática de la ancianidad.

La situación normativa se ve dificultada por una doble carencia -por defecto y por exceso-, por sus condicionamientos y derivaciones. Por lo que en esta área jurídica son especialmente relevantes los datos que nos puedan brindar todo el concierto de fuentes normativas. En la construcción del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, médula del Derecho de la Ancianidad, el peso que se le ha asignado a las fuentes de conocimiento, a las materiales y a las formales de repartos autónomos en comparación con las fuentes formales de repartos autoritarios, es cardinal.

En el Derecho local, existen buenas razones como para elaborar un Derecho de la Ancianidad sobre el soporte de un derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Existe un cúmulo de razones materiales, objetivas y subjetivas, que impactaron en las dimensiones jurídicas produciendo una diferencia relevante a nivel constitucional, en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional, y un requerimiento especial de justicia iluminado por los principios de continuidad vital, privacidad y participación.

A penas unos años atrás, el área de estudio de la ancianidad era jurídicamente embrionaria. Valiéndonos de los conceptos de **K. L. A. HART**

intentaremos ilustrarlo. Este ámbito jurídico parece encontrarse en el tránsito de una sociedad primitiva a una organizada. Recientemente, se carecía de reglas de reconocimiento que permitieran determinar las normas que regulaban la condición del anciano, y no existían mecanismos para resolver las dudas sobre interpretación y aplicación. Además, se contaba con un proceso de cambio lento y no premeditado. Se han producido ensayos inorgánicos y esporádicos; generalmente, con la jerarquía de programas *ad hoc* a fin de paliar una situación de necesidad puntual, lo cual profundiza su carácter estático.

Y, en abultamiento de esta condición primitiva, las regulaciones carecían de un sistema eficaz para hacer cumplir las reglas, en tanto que los principios éticos tenían una presión social muy difusa. Podemos afirmar que sólo se hallaban normas primarias de obligación, en tanto reglas que restringían el libre uso de la violencia. La sociedad argentina vivía de acuerdo con esas reglas, dentro de la comunidad de la familia o grupo social menor; pero en el ámbito público, la presión social era menor, tendiendo a desaparecer. El lugar de la obligación aún quedaba circunscripto al ámbito familiar, y al ausentarse, escasamente existían sustituciones.

Ante este territorio inexplorado jurídicamente, las primeras aproximaciones e intentos de un cimiento de reglas secundarias se efectuó apelando al rico aporte de la Bioética. Si bien el material del BioDerecho ha sido de gran utilidad para el Derecho de la Ancianidad, el proceso de juridización del área de la vejez ha comenzado a partir del hallazgo de los principios constitutivos de esta nueva rama jurídica.

En *Derechos de los Ancianos*, **DABOVE** logra encontrar tres elementos de justicia que comprenden en forma cabal y unificada la condición anciana. Los principios de **continuidad vital**, **privacidad** y **participación**, receptan los postulados gerontológicos en forma integrada. Toma en consideración a los

pilares del paradigma inclusivo: envejecimiento en tanto proceso que dura toda la vida (**enfoque de ciclo vital**), en el que se presentan tantas formas de envejecer como personas (**heterogeniedad**), procurando la interacción entre las múltiples generaciones (**solidaridad intergeneracional**). De esta forma, se constituyen como los primeros elementos de cohesión.

Estos principios constitutivos e interpretativos informan al Derecho de la Ancianidad y su derecho fundamental, cumpliendo la función de las reglas de reconocimiento harteanas. Nuestra tarea se concentra, ahora, en identificar y describir los **principios operativos** del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, reglas de cambio y adjudicación que le dan movilidad y eficacia al Derecho de la Ancianidad. Pasemos a considerar, pues los despliegues sociológicos, normológicos y valorativos de este derecho fundamental.

II.1.

El análisis **sociológico** del fenómeno de la ancianidad en el mundo jurídico, nos da como saldo un entretejido de adjudicaciones con diverso origen. La condición anciana es fruto de situaciones y acciones originadas tanto en distribuciones como en repartos. En esta temática, se puede decir que la naturaleza y el azar juegan un papel tan relevante como las adjudicaciones provenientes de las influencias humanas difusas y los repartos. Todo lo que de y reciba el niño, el jóven y el adulto influirá en las potencialidades y limitaciones con que se encuentre en su vejez. Y en nuestra sociedad actual, la herencia cultural, política, económica y ética se conjugará con la genética, dando como resultado, una ancianidad sinónimo de **impotencia gravosa**.

Esa desventaja gravada en cabeza del anciano se cimenta por la **limitación** implícita en la condición anciana de origen **biológico**, pero también lo es desde un punto de vista **cultural** basado en prejuicios. Y los repartos

razonados no hacen más que mantener o replicar aquellas limitaciones en la vida anciana.

Esa vida anciana no es uniforme. De acuerdo a los estudios gerontológicos**,** no existe una sola forma de envejecer, en cada persona adquiere rasgos propios. Es así como encontramos una gran **heterogeneidad** al envejecer. Se basa en causas diversas: sexo, estado civil, nivel educativo, nivel de ingresos, formas de convivencia, estado de salud, ideología política, práctica religiosa, etc. Es imposible hablar de un "anciano tipo", lo cual trae complicaciones a la hora de captar esta problemática por parte del mundo jurídico. ¿Cómo adjudicar con justicia a un sujeto tan diverso, tan heterogéneo?

La terminología ampliamente utilizada en el ámbito gerontológico, envejecimiento **normal** y **patológico,** nos ayuda a comprender a esta etapa vital. Si bien coinciden en algunos casos, no existe una relación directa entre ancianidad y **dependencia**. No siempre se identifican, es que existe una abultada franja de ancianos **autónomos**. Por lo que desde un Modelo Jusfundamental, el concepto de dependencia superará el médico de envejecimiento patológico, al necesitar incluir otros aspectos. Al menos en América Latina y Argentina, al pensar en limitaciones y dependencia con respecto a terceros, es necesario hablar de la que sufre una buena parte de la población anciana: la **pobreza** y la **marginación**.

Es destacable la relevancia jurídica de estas limitaciones. Por un lado, la homogeneidad en cuanto a las limitaciones generales, biológicas y culturales, es la clave de la exclusión que sufren los ancianos, tanto débiles como poderosos. Y por el otro, la heterogeneidad es aquello que rige en las diversas limitaciones específicas que pueden padecer, limitaciones patológicas -en lo físico, psíquico y psicológico- sociales o económicas. Éstas circunstancias nos obligan a pensar en un concepto *jurídico* que diferencie entre un anciano autónomo y otro dependiente en miras a un reparto justo.

Estas multiformes razones materiales que nos hablan de la autonomía y de la dependencia de los ancianos impactarán en la faz normativa y valorativa sentando las bases de una clasificación de los ancianos. Ésta captará las limitaciones generales y especiales a fin de no cometer una doble injusticia: o bien, **sobreproteger** al anciano -económicamente independiente, sano e inserto socio-culturalmente-, o bien, **descuidar** al anciano que sufre alguna patología, pobreza o marginación.

Esto se ve reflejado en el tratamiento que mereció la temática de la ancianidad por los constituyentes reformadores de 1994. Encontramos que hay alusiones, al menos, a dos tipos de ancianos: unos, repartidores, y otros, recipiendarios; **algunos poderosos, y otros débiles**. Si bien sobre ambos pende la misma espada de Damocles, el prejuicio que asocia a la ancianidad como sinónimo de discapacidad o debilidad, cada grupo cuenta con herrramientas muy distintas para combatirla.

Hurgando entre los proyectos presentados y los debates parlamentarios, encontramos elementos en referencia a la ancianidad en derredor a dos incisos controvertidos: el 23 del artículo 75 y el 4 del artículo 99. Éstos hacen referencia a sujetos ancianos que ocupan lugares marcadamente distintos en la sociedad. Uno es un sujeto poderoso, aún en su vejez, por lo que se precisó echar mano de un prejuicio muy generalizado para intentar debilitarlo, mientras que en el otro, el destinatario es un sujeto intrínsecamente débil, el cual necesita de una discriminación inversa para encontrar un trato digno.

Esta dualidad no está suficientemente clarificada en lo cotidiano, por lo que con respecto a aquello que se le debe dar a los ancianos existe una evidente **confusión**. Esto trae como resultado la adjudicación de elementos muy diversos. Entendemos que con referencia al objeto del reparto es en donde más se ve reflejado el estado de tránsito en que nos encontramos, entre un paradigma de exclusión y otro inclusivo. ¿Acaso lo que le dábamos a

nuestros mayores cuando niños, es lo que necesitan nuestros padres?, ¿es tal vez lo que vamos a necesitar nosotros en nuestra vejez próxima? En definitiva, ¿qué es lo que necesita un anciano?, ¿qué es lo que potencia su vida?

La vida plena es ese *factum* genético que nos hace ser; pero también, ese hecho que se va a ir moldeando de diversas formas al ir tomando conciencia paulatinamente de que es, que existe en un tiempo y un lugar determinado. Vida que no lo es en solitario, sino que se va "consumiendo" individual y socialmente. Pero ese estar y co-estar del ser fáctico no constituye a la vida en su totalidad existencial, sino que requiere de una actividad, no como activismo muscular, sino que en tanto proyecto personal que se elige y se asume libremente.

Estos planteos filosóficos son muy próximos a los desarrollos científicos y técnicos logrados por la Gerontología. Siguiendo la línea de pensamiento que entiende que en la vida anciana habrá factores biológicos, históricos y culturales que potencien la vida, se encuentran las categorías de las conocidas “Estrellas” de **Rocío FERNÁNDEZ BALLESTEROS.** Es posible identificar elementos propios de la vida-ser, vida-estar y vida-hacer que fueron condensados en un modelo que integra dimensiones personales y socio-ambientales con elementos subjetivos y objetivos implicados en la calidad de vida de las personas mayores.

Con respecto a las formas de repartir esta calidad de vida, podemos decir que el anciano -mayormente- no es escuchado ni en la familia, ni en la sociedad ni en los órganos estatales. Las formas que se emplean para repartirle son generalmente autoritarias y sin audiencia. Entendemos que las razones de dicha tendencia se basan en un paradigma paternalista que busca suplir al vulnerable en su debilidad. Sustituirlo en su ignorancia, sustituirlo en su falta de conciencia, sustituirlo por su condición de paciente.

Acorde a un paradigma que busca una mayor participación del anciano en todos los órdenes -económico, social, político y cultural, y conocedores de esta necesidad de participar en las decisiones, propias, familiares y comunitarias, las recomendaciones internacionales bregan por una mayor posibilidad de audiencia para el anciano. Es así como la concepción inclusiva plantea la necesidad de escuchar al viejo, y darle cabida en todos los procesos decisorios, incluidos los jurídicos.

Desde una mirada macro, la ancianidad se ha tornado un problema de tal envergadura, que es requerida toda una compleja red de apoyo para poder enfrentarlo con éxito. Su abordaje en solitario resulta ineficaz, y en muchos casos, imposible para las familias y las comunidades. Los instrumentos internacionales han tenido el buen tino de describir a los protagonistas directos de esta gran gesta de acuerdo a las nuevas prácticas, roles sociales y familiares. Si bien se hallan referencias a la labor del Estado, también se detallan las adjudicaciones provenientes de la comunidad, el mercado, la familia y los propios ancianos.

En la cotidianeidad familiar y comunitaria, el **anciano** es considerado y tratado en los términos de un rol "pasivo", como mero recipiendario, basados en prejuicios más que en posibilidades reales de participación. Pero en las investigaciones y prácticas que cimentaron las directrices internacionales, se da cuenta de la ubicación del anciano en un lugar central. En tanto que la **familia** y los **cuidadores de ancianos,** que otrora ostentaban la categoría de sujetos fuertes, ahora dan y reciben ayuda. En tiempos pasados, la ancianidad era un tema de lo privado, de la familia, y muchas veces quedaba habitando sólo detrás de los muros de las casas o asilos. Pero hoy, a la luz de un paradigma inclusivo, empleadores, medios de comunicación y publicidad, profesionales de la salud y de lo social, educadores, y prestadores de servicios geriátricos o gerontológicos cumplen una función insustituible. Pueden repartir inclusión o exclusión; en tanto se hagan eco de los prejuicios, en tanto

restrinjan el acceso a los sistemas económicos, sanitarios o culturales basándose sólo en el factor edad.

Con respecto al **Estado**, un Estado Constitucional de Derecho, este asume tanto el papel de protagonista como el de mediador. Es un actor esencial con los medios capaces para evitar que se reparta impotencia, a la vez que puede influir en el reparto de potencia a sus ciudadanos ancianos. Los instrumentos señalan las adjudicaciones que en el tema de la vejez, son de su incumbencia. Obra como promotor de la calidad de vida de los ancianos, principalmente a través de la difusión y la educación. Fomenta e incentiva el desarrollo de servicios y actividades idóneas para la mayor participación de los ancianos; y es el encargado del control de las instituciones públicas y privadas, ejerciendo su función de policía en los establecimientos gerontológicos. Si bien se ha corrido de la función omniprotectora, propia del Estado de Bienestar, su rol de prestador directo de los servicios necesarios para un determinado tipo de dependencias, no han desaparecido.

Ahora bien, teniendo presente esta compleja red de apoyo que cuenta entre sus filas al Estado, a la sociedad civil, a la familia y al propio anciano, en algunos países se han ido desarrollando propuestas para la atención y el cuidado de los ancianos. Mas en la ciudad de Rosario lejos estamos de contar con un orden de repartos en la materia. Existe escasa planificación y la vía de la ejemplariedad, encuentra grandes escollos. Los repartos consistentes en el autocuidado distan de aquellos otros que procuran brindar servicios de cuidados especializados. Existe un vacío entre ambos extemos, llenado con pocas propuestas intermedias, las cuales se van conformando al impulso de débiles ejemplos a seguir.

II. 2. En el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, existe un complejo particular tejido por las **exigencias valorativas** de los principios de continuidad vital, privacidad y participación. Éstos logran importar

a la igualdad, unicidad y comunidad orientando los reclamos axiológicos propios de la condición anciana. A través de este fluido al régimen se le imprimirá el nuevo sentido de reacción que viene impuesto desde el paradigma inclusivo. En tanto que el diseño de un criterio especial de justicia será una herramienta invaluable desde la cual valorar los repartos, determinando la legitimidad de aquellos que resulten aptos para la construcción de un nuevo sistema jurídico de la ancianidad.

Por obra de la interacción de estos principios, la configuración del régimen de justicia adquiere un formato **gradual**. La necesidad de ayuda de otro en el desarrollo de la vida dará lugar a la intervención justificada en la esfera de libertad del anciano. De esta forma, es posible hablar de dos regímenes justos en la ancianidad, o de un régimen que va variando sus exigencias en consideración a las modificaciones operadas en las condiciones del sujeto protegido. Esa gradualidad, partirá desde un extremo signado por un **Humanismo Abstencionista** hasta arribar a un **Humanismo Intervencionista Justificado** para aquellos que sufrieran algún tipo de dependencia patológica.

En el régimen especial de la ancianidad, la calidad de vida es la meta deseada. Con un principio supremo de justicia que consiste en organizar la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, *convertirse de individuo en persona*, el individuo debe contar con un ámbito en el cual sea posible su realización, una vida con calidad y no una mera sumatoria de años vividos.

El anciano que procura su calidad de vida puede y debe continuar desarrollándola a pesar de su cambio declinatorio en lo biológico y los prejuicios reinantes; pero para ello requiere de una esfera de libertad suficiente. Podemos decir que ésta comprende una dimensión íntima, otra privada y una tercera social. Todas deberán ser protegidas adecuadamente

por el Régimen, mas la esfera íntima será un atalaya infranqueable e innegociable de la persona, aún de la persona anciana; es que, más allá de sus fronteras, el individuo no podrá acceder a su personalización, cosificándose.

Cabe aclarar que estas protecciones se dan en un proceso dinámico. En tanto que la única constante en el proceso de envejecimiento es el cambio, no es posible señalar un régimen de justicia único, ni formas de ejercer los medios de protección de una forma determinada, sino que todo dependerá de las limitaciones que sufra el individuo en concreto.

La ancianidad, como dato etareo, no es un elemento suficiente para una discriminación justa, no conlleva una diferenciación por sí misma, como sí ocurre, por ejemplo, con la niñez o la discapacidad. Cada anciano envejece de distinta manera. La vida es un *continuum*, desde el nacimiento hasta la muerte, un *continuum* de crecimiento y de declinación, y la ancianidad es tan sólo su última etapa. Esa **continuidad vital** hace que lo ocurrido con anterioridad repercuta en la vejez. En fin, existirán tantos modos de envejecer, como diversidad vital entre individuos.

Al detenerse el crecimiento biológico en los individuos de la especie humana, comienza a transitarse un camino de decrecimiento. En la ancianidad, ello se hace más agudo; mas es imposible determinar, aún desde lo biológico, una cantidad exacta de años uniforme que marque el inicio de esta etapa. Conocedores de esta realidad, el Derecho de la Ancianidad hace constar a la continuidad vital como uno de sus principios rectores, justificando la igualación entre jóvenes y viejos en cuanto al goce y autodeterminación de sus vidas. *Ab initio* se equiparán el régimen de justicia que los comprende: el **Humanismo Abstencionista**. Si nos quedásemos con este cuadro de situación cometeríamos un error, se caería en la grave injusticia criticada al

Modelo Líquido en donde las posibilidades de todos los ancianos no se diferencian de las de los individuos jóvenes.

En la ancianidad las desigualdades se acrecientan, y el concepto de igualdad formal por sí solo no es suficiente para entretejer la trama valorativa del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Entonces, por el principio de continuidad vital, se llega al principio de igualdad, igualdad entre jóvenes y viejos, entre sanos y enfermos, entre pobres y ricos. Pero esa igualdad tiene, al menos, dos facetas, una formal y otra material. La *igualdad formal*, igualdad ante la ley, equiparará a jóvenes y viejos en el ejercicio de sus derechos, tildando de arbitraria toda discriminación negativa basada sólo en el factor edad. Mientras que por medio de la *igualdad material* podemos contemplar las particularidades de cada vejez y los condicionamientos que puede llegar a sufrir cada anciano en concreto. Así, es posible captar el hecho de la existencia de sujetos casi en igualdad de condiciones que los más jóvenes, y otros sujetos que ven restringida su esfera de libertad de distintas maneras, quienes necesitan ayuda de otros a fin de mantener o recuperar su autonomía.

El principio de continuidad vital nos alentó a incursionar en el mundo de la igualdad, en tanto que el **principio de privacidad***,* encapsulando a la unicidad, nos permite hacerlo con el de libertad. En un régimen humanista, queda vedada toda intromisión innecesaria en la esfera de libertad del individuo; las intervenciones legítimas de otros individuos deben ser justificadas. En el caso de los ancianos, la justificación viene de la mano de una discriminación positiva en beneficio de los individuos vulnerables; aquellos que requieren una ayuda para partir de las mismas condiciones que los otros.

Es importante señalar que estas ayudas, si bien necesarias, representan **intervenciones** en su esfera de libertad. De acuerdo al principio supremo de justicia y al derecho fundamental a la calidad de vida de los

ancianos, éstas deberán ser sólo las necesarias para que el anciano continúe aprovechando, reconstituya u obtenga una esfera de libertad con el fin de personalizarse en una etapa concreta de su vida. Se llega así, al complemento del Humanismo Abstencionista, demasiado líquido para ser generalizado, un **Humanismo Intervencionista Justificado** en donde la intervención está justificada por y hasta el límite de la dependencia.

Completando el complejo axiológico de la vejez, hace su aporte el **principio de participación**. El individuo convive, vive con otros en una familia, en una comunidad y en una Nación. Podemos afirmar, ahora, que este principio reforzará una de las dimensiones de su vida, la vida-estar. Esa participación para no caer en la hipocresía de la mera proclama sin sustento real, no puede dejar de tener en cuenta a la igualdad ni a la unicidad, elementos importados desde el complejo axiológico general a través de los principios de continuidad vital y privacidad, respectivamente. Por lo tanto, cada anciano deberá contar con las oportunidades reales de participar en la sociedad. Aquellas que de acuerdo a sus posibilidades, le permitan mantener o conseguir una vida con calidad.

En definitiva, el criterio especial de justicia en la ancianidad reclama la intervención en la medida de la necesidad. Pero a su vez, opera de freno de las intromisiones desmedidas, autorizando sólo aquellas que con la menor limitación a la libertad potencien en mayor medida la vida anciana; que es vida en el ser, en el estar y en el hacer. Hemos arribado a un puerto seguro en la tormenta; asidos de este criterio especial de justicia nos es posible evitar la caída hacia dos abismos: la **desprotección** y la **sobreprotección**, ambos extremos nocivos para el individuo anciano.

Ahora bien, a pesar de que los **medios de protección** que se emplean en este Régimen Especial coinciden con todos aquellos estatuidos para los ciudadanos en general, tendrán que tener en cuenta en forma especial los

riesgos más frecuentes en los casos de dependencia. De acuerdo a las investigaciones gerontológicas, cada tipo de dependencia engendra ciertos **riesgos** en referencia a la vida y a la libertad. Es por eso que el Derecho deberá apuntalar aquello que se vea más atacado. Entonces, los medios de protección se adecuarán, o tomarán relevancia, de acuerdo a los riesgos más probables con respecto a cada tipo de dependencia.

En cuanto al alcance de la intervención justificada, tan sólo una intervención **mínima** puede reconstituir la libertad en su esfera social. Y en miras de mantener la potencia de la vida, en algunos casos, se tolerará una intervención aún mayor en su esfera privada. En tanto que la esfera íntima nunca podrá ser intervenida sin riesgo de cosificar al individuo. Atención, aquí nos enfrentamos, ergo, a la **máxima** intervención jurídicamente legítima.

Mas, a fin de asignar criterios graduales en un orden de repartos tan heterogéneos, se podría pensar en una intervención de alcance **medio**. Se ponderaría la situación de aquellos ancianos más o menos débiles, y más o menos poderosos, aquellos que requieren de algunas intervenciones en su esfera social y privada para poder seguir personalizándose. Los medios de protección de la esfera de libertad del individuo deberán tener en cuenta estas consideraciones, apuntalando las distintas medidas de acuerdo a los riesgos de profanación de la esfera social, privada e íntima. Este fraccionamiento podrá auxiliar al operador jurídico en la tarea de aplicación agrupando los riesgos de acuerdo al grado de intromisión en la esfera de libertad. Así, pues, se constituyen las distintas **modalidades de intervención**.

Esta vinculación entre los riesgos más probables con las tipologías de intervención, nos permitirán determinar los medios de protección a ser reforzados. Por ejemplo, el riesgo más frecuente en el sistema de mínima intervención es caer presa del aislamiento o de los mitos y prejuicios que conforman las limitaciones generales señaladas en la dimensión sociológica

(riesgo a la esfera social). En el sistema de intervención media, el riesgo radica en la intervención desmedida de los demás que pueden llegar a afectar la esfera de libertad por medio de la sobreprotección (riesgo a la esfera privada). En tanto que en el de máxima, se relacionará con la desprotección del individuo, la desindividualización de la persona o, lisa y llanamente, su cosificación (riesgo máximo que afecta a la esfera íntima).

Como puede inferirse, en el primer caso, adquieren mayor relevancia los medios de protección contra él mismo, que buscan que no se autoaisle guiado por los mitos; y contra los demás, que no lo invadan ni que lo excluyan de la comunidad en base a la edad. En el segundo caso, por un lado, las medidas más requeridas son las que lo protegen contra los demás, a fin de que no lo sustituyan en las actividades que pueden realizar por sí mismos. Por otro, son las medidas contra el régimen, a fin de que no se caiga en un sistema de máxima intervención injustificadamente. En la modalidad de máxima intervención, es necesario reforzar las medidas de protección contra lo demás, para evitar la desprotección o abandono de la persona, y contra el régimen, ya que en las instituciones se cae con mayor facilidad en el paternalismo, e incluso, en el totalitarismo.

En cuanto a la legimitimidad del régimen, fundado en el principio de participación, el aislamiento total de los ancianos de la sociedad quedará impugnado, ni se habilitará la sustitución total de la volutad del anciano en la persona de un tercero. A fin de restituir la porción de libertad limitada en forma genérica o específica por las dependencias, los medios de protección deben incluir mecanismos que **faciliten la participación**. Ésto es, instrumentos que no solo permitan el goce de la libertad, sino que la fomenten. Aún en los casos de sustitución legal, jugarán un papel de asistencia, ya que siempre habrá un resto de libertad que ejercer, un resto de la esfera privada y social que se pueda recuperar o mantener.

En definitiva, la intervención de un tercero siempre seguirá un criterio **reconstituyente** de lo perdido en referencia a su libertad, y sólo **sustitutiva** en los casos de carencia de origen psiquiátrico. Las libertades pueden y deben ser reconstituidas en la vida anciana en la medida de las posibilidades, ya que no es justo conformarse con la pérdida de las libertades al arribar a cierta edad.

II. 3. A nivel **normativo**, es posible afirmar que en los modelos previos al multigeneracionismo, conforme a un paradigma exclusivo y excluyente, no se apelaba al formato de normas jurídicas, las adjudicaciones se captaban preferentemente por medios de los imperativos. En el marco de los modelos previos al problema del envejecimiento global, el manejo se efectuaba con órdenes, provenientes de la familia, del Estado, de la sociedad o del mercado. No se lograba constituir un ordenamiento normativo propiamentedicho, el criterio del reparto quedaba atrapado en la individualidad de cada orden, de cada familia o de cada programa asistencial.

En cambio, el paradigma inclusivo e incluyente de la vejez busca regir los movimientos de los ancianos desde y a través de los derechos. El concepto de anciano ya no puede desconocer al de sujeto de derecho, y desde y a través del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos se irá conformando un entramado normativo que logrará presentar una estructura sistemática. Este derecho fundamental se conforma sobre la base de una compleja red de relaciones jurídicas. Compleja por la diversidad de sujetos obligados, compleja por la heterogeneidad de los impedimentos a la libertad de los ancianos titulares y compleja por la variedad de objetos a adjudicar.

La ancianidad se adjudica en un marco de fuentes formales de origen autoritario muy deficitarias a nivel infraconstitucional, y demasiado genéricas a nivel constitucional. Por el contrario, las fuentes formales de origen autónomo,

presentan un alto grado de consenso por parte de expertos internacionales y gobiernos adherentes, entre los que se encuentra el Estado Argentino. Al efectuar el salto hacia las fuentes materiales, constatamos que estas últimas, son tenidas en cuenta por quienes trabajan con seriedad y en forma actualizada en la temática; y en algunos casos por aquellos que están a cargo de las instituciones gerontológicas-geriátricas. Un lugar destacado adquieren las fuentes de conocimiento. Gracias a este medio se ha logrado definir a la condición del anciano articulando los principios valorativos con la realidad social. Por este camino se aprecia como al comparar aquellos datos con el contenido de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y contratos entre particulares, dista *un paradigma*.

Es así como, en el Derecho Argentino, esta construcción normativa jusfundamental, *prima facie* se desarrolla a partir del enunciado del **artículo 75 inciso 23**, el cual reenvía a su vez, al **inciso 22**. Este juego será medular. Las normas directamente estatuidas por la Constitución en el artículo 75 inciso 22, o sea *hard law*, está conformado por instrumentos internacionales y regionales sobre Derechos Humanos en general. Son especialmente relevantes para la materia: los **Pactos Internacionales** de Derechos Humanos de derechos civiles y de derechos económicos, sociales y culturales (1966), la **Convención Americana** sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969/1984) y su Protocolo facultativo sobre derechos económicos, sociales y culturales (**Protocolo de San Salvador**, 1999) - todos instrumentos ratificados por el gobierno argentino y constitucionalizados directamente desde 1994.

Mas, contamos también, con un nutrido compendio de directrices sobre las necesidades especiales de los ancianos, que si bien son consideradas *soft law,* ingresan al sistema nacional en forma indirecta, como principios orientadores y criterios de interpretación que producen una sólida fundamentación de las normas adscriptas. En este sentido son especialmente importantes: la interpretación del Pacto efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales volcada en la **Observación General N° 6**

(1995), los **Planes de Acción Internacional sobre el envejecimiento** -Viena y Madrid -, los **Principios de las Naciones Unidas** a favor de las personas de edad (1991), la **Estrategia Regional** de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid (CEPAL-CELADE, 2003) y la **Declaración de Brasilia** (2007).

Si bien los instrumentos internacionales vinculantes hacen referencia al sujeto humano en forma genérica, el consenso de los expertos y los representantes de los gobiernos presente en las interpretaciones de la Comisión, resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, las recomendaciones de los Planes de Acción y de la Estrategia Regional, nos ayudan a discernir aquello que es especial en cuanto a los requerimientos de los ancianos. Gracias a la guia de los principios constitutivos del Derecho de la Ancianidad -continuidad vital, privacidad y participación-, la normativa general sobre Derechos Humanos puede ser completada por la normativa específica de origen autónomo.

Siguiendo este camino del funcionamiento normativo, una vez reconocidas las normas aplicables, se procederá a la ineludible tarea jurídica de interpretar. En el inciso 23 del artículo 75 de la Carta Magna, el constituyente capta a la ancianidad como una *diferencia relevante*; y esa diferencia la enclava en el ámbito de la vulnerabilidad y la debilidad jurídica. Entendemos que el inciso 23 busca proteger al débil de la lógica despiadada de la igualdad meramente formal, introduciendo el concepto de igualdad de oportunidades. Si bien es la piedra angular del sistema, con referencia al **concepto de anciano,** este inciso 23 plantea un primer escollo en el desarrollo normativo del derecho fundamental.

Al inciar la tarea interpretativa, nos encontramos con que literalmente el uso que se le da a la palabra "anciano" en la comunidad lingüística de origen, es sumamente amplia. Es aquel que tiene un porcentaje de vida vivida -un

antes- mayor que lo que le resta por vivir -un después. Por lo que al designar al supuesto de hecho a reglar, no entraña problema alguno para captar la realidad heterogénea del destinatario. Por el contrario, la tarea se dificulta, en el cotejo con sus elementos históricos-sistemáticos. Desde una interpretación que tiene en cuenta a lo extrasistema, sólo se hace referencia a la ancianidad vulnerable, o a toda la ancianidad en una condición de vulnerabilidad. Mas analizando la totalidad de los artículos constitucionales en forma sistemática, hallamos que, dentro de los reformados, el artículo 99 inciso 4 nos da cuenta de otro tipo de anciano, al cual no podemos llamar ni débil ni vulnerable. Como resultado de la compulsa, entendemos que atento a la realidad a normar es pertinente efectuar una interpretación adecuativa, extendiendo el concepto de anciano en su máxima capacidad. Esto es, el tipo legal de la norma constitucional como continente de **todos los ancianos**, y no sólo de los vulnerables o dependientes.

Luego, en la tercera etapa funcional de las normas que en nuestro caso articula el *hard law* general con el *soft law* específico, las indeterminaciones en cuanto a los titulares del derecho, a los sujetos obligados en la relación jurídica y a su objeto, irán encontrando elementos de precisión.

Con respecto al **titular** del derecho, el Modelo Líquido parte del supuesto de la total independencia del sujeto anciano. Ésto es una elegante falacia en el sistema de la ancianidad: el precio de la total independencia no es más que la total vulnerabilidad. El Modelo Comunitarista, en cambio, se acerca a la problemática buscando incluir a los más débiles. Ésto lo hace poniendo el acento en el concepto de dependencia y las formas de su protección. Si bien su mirada está más próxima a la realidad social de los vulnerables, descuida la de los otros ancianos, por lo que su enfoque pierde eficacia. Será el Modelo Jusfundamental el que asumirá el desafío de efectuar una síntesis comprensiva del fenómeno en toda su extensión.

Con respecto a los **obligados** en la relación jurídica, los modelos previos al multigeneracionismo ya no resultan apropiados para captar la problemática compleja y extendida de la ancianidad. En el Modelo Totalitario, el único repartidor legitimado y obligado era la familia, en tanto que en el Modelo Abstencionista la responsabilidad sigue recayendo sobre la familia, pero aparecerá el Estado para los casos de los ancianos indigentes. En el Modelo Paternalista es el Estado el repartidor de políticas públicas, tanto para indigentes como para no indigentes, responsabilizándose en forma directa por todos. Ya inmersos en el problema del envejecimiento global, el Modelo Líquido hace recaer la responsabilidad casi en forma exclusiva sobre el individuo y el mercado. En tanto que el Modelo Comunitarista, empieza a plantearse la problemática con respecto a la adecuación del reparto exigido; esto es, busca determinar al repartidor legitimado y obligado frente a las nuevas exigencias de la población anciana. Fnalmente, en el Modelo Jusfundamental, el debate se sitúa sobre el alcance del legitimado-obligado, esto es, *en qué medida* debe serlo la familia, la sociedad, el mercado, el Estado e, incluso, el propio individuo anciano.

En cuanto al **contenido** de las obligaciones, es posible señalar una gran mutación entre paradigmas y modelos. En primer lugar, guiados por el cambio paradigmático, se produjo el paso de criterios *sanitarios* (geriátricos) a *sociales,* y luego de éstos últimos a *socio-sanitarios* (gerontológicos). Es por ello que en todos los modelos juspolíticos posteriores al multigeneracionismo, se ha adoptado sin rupturas este último. El objeto socio-sanitario presenta elementos complejos, captados con el término calidad de vida. Se procura, así, una vida que no se detenga en la vinculación con la salud, sino que busque el desarrollo integral de la persona anciana, con miras a su inclusión económica, política, social y cultural.

En las fuentes formales del Derecho de la Ancianidad no sólo existen indeterminaciones normativas, las cuales se completan o precisan por el juego del *hard law* con el *soft law*, sino que en las normas infraconstitucionales

existen muchos casos de carencias normativas. En el funcionamiento del derecho fundamental, estas carencias se van a subsanar elaborándose algunos mandatos de optimización. Estos principios operativos permitirán guiar al ordenamiento normativo de la ancianidad, generando certeza, dinamismo y eficacia.

Principio de autonomía económica. *Las personas mayores deben gozar de las condiciones de seguridad económica que permitan la satisfacción de las necesidades básicas de las personas mayores y su plena inclusión en la sociedad y en el desarrollo.*

Principio de autonomía socio-sanitaria. *Las personas mayores deben tener acceso a servicios de salud integrales y adecuados a sus necesidades, que garanticen una mejor calidad de vida en la vejez y la preservación de su funcionalidad y autonomía*.

Principio de participación. *Las personas mayores deben gozar de entornos físicos, sociales y culturales que potencien su desarrollo y favorezcan el ejercicio de derechos y deberes en la vejez.*

El juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad se presenta como el instrumento más adecuado para afrontar los problemas de interpretación-aplicación de los derechos fundamentales; y para resolver los límites a la afectación de tales derechos por el Estado o entre particulares. En un modelo de ponderación, lo debido *prima facie* es más que lo definitivamente debido. En la ancianidad, lo debido definitivamente en el caso concreto será el resultado de la ponderación de los principios del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos con las reglas y principios vigentes en el sistema argentino. Ahora bien, con el fin de obtener elementos operativos para el modelo jusfundamental, es preciso captar las diversas variables que pueden ser ocasión de afectación y presentar sus productos normativos.

Hemos apreciado que sociológicamente hay sobradas constancias sobre la heterogeneidad subyacente a la condición anciana, lejos está de ser un sujeto con necesidades uniformes. No todos los ancianos poseen la misma cuota de poder -de potencia o de impotencia- en el manejo de sus conflictos vitales o cotidianos. Valorativamente, la consideración homogénea de la ancianidad respecto a sus restricciones es tan injusta como plantear sólo una fórmula dicotómica entre autónomo y dependiente. Tan injusta es la equiparación igualitarista como la diferenciación arbitraria. Y normativamente, se ha superado el desequilibrio aparente en referencia a la vulnerabilidad genérica del inciso 23. Por lo que pesar de que la población anciana es sumamente heterogénea en cuanto a sus necesidades específicas, es posible determinar subconjuntos de acuerdo a la presencia o ausencia de ciertas barreras u obstáculos. Se puede decir, pues, que existen distintos tipos de impedimientos que afectan en mayor o menor medida a la autonomía del individuo anciano.

Captando las necesidades expuestas, jurídicamente se trabajará con los conceptos de **anciano aútonomo** y **anciano dependiente** (parcial o totalmente). Éstos no coinciden en forma exacta con los económico-sanitarios de autoválido, semi-dependientes y dependientes. Los conceptos construidos se centran en la mayor o menor dificultad, o ausencia de dificultades, en el desarrollo de su autonomía y en las posibilidad de participación del anciano en la comunidad.

Autónomo, será el anciano que se autorregula, aquel que sólo sufre las limitaciones generales propias de la ancianidad, de origen biológico o cultural. Mientras que el *dependiente* será aquel anciano que requiera la intervención de un tercero en su esfera de libertad debido a sus limitaciones especiales, en forma transitoria o permanente. Es claro que las posibilidades del ejercicio de los derechos de la ancianidad serán muy distintos en tanto existan o no obstáculos económicos (pobreza), sociales (marginación), emocionales

(patologías psicológicas), físicos (discapacidad físicas) o psiquiátricos (discapacidad mental).

Asimismo, en los casos del Derecho de la Ancianidad, a fin de que efectivamente se llegue a repartir calidad de vida es preciso que se conjuguen en un mismo acto varios sujetos. La ancianidad en nuestros días ha devenido una barrera extremadamente difícil de superar en solitario. Es así como, según las razones materiales, normativas y valorativas, se requiere conformar una **cadena de obligados** cimentada sobre las bases de la red social existente, la cual apelará al efecto horizontal de los derechos fundamentales para hacerse efectiva.

Con respecto al contenido del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos podemos decir que comprende elementos muy variados. En *Derecho de la Ancianidad* los autores receptan las exigencias valorativas y necesidades básicas de los ancianos enumeradas en los instrumentos precitados, brindándoles un orden sistemático y tratamiento integral. En procura de la satisfacción del derecho fundamental, se estructuró una **clasificación de los derechos de los ancianos** que involucra formatos de las diversas generaciones. Si bien se incluye a los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos de la ancianidad no desconocen ni niegan a los derechos individuales, sino que vienen a constituirse como un intento de superación.

Los ***DERECHOS DE AUTONOMÍA*** *de la ancianidad* están constituídos por el derecho a la **vida**, a la **integridad física**, a la **salud**, a la **protección de la familia** y a la **seguridad en el ingreso**, los cuales se vinculan con los principios de autonomía económica y socio-cultural. Y los ***DERECHOS DE PARTICIPACIÓN*** son los instrumentos jurídicos que buscan superar las restricciones generales que sufre la ancianidad, valiéndose del derecho a la **asociación**, a la **ocupación**, a la **educación** y a la **recreación**.

Ahora bien, es importante preguntarse por el funcionamiento de estas categorías en un Estado Constitucional de Derecho. Es posible pensarlas como derechos sociales mínimos en el marco de una Teoría mínima de justicia social como la planteada por **Martha C. NUSSBAUM**. Aunque son un catálogo de derechos sociales de **mínima**, también funcionan como exigencias de **máxima**. El contenido de estos derechos, volcados en el molde de los principios, se comporta como un catálogo de mínima y de máxima a la vez. Son de máxima como derechos *prima facie*, y de mínima como derecho definitivo. Como derechos *prima facie* buscan la realización del individuo en persona en sus máximas posibilidades, y en forma definitiva, pone un coto que impide caer por debajo de un mínimo en tanto posibilidades reales de acceso.

Hasta aquí hemos podido bosquejar los elementos de la relación jurídica, pero como afirma **ALEXY**, llegados a cierto punto, ya no es posible decir nada más en un nivel abstracto, todo lo demás depende del tipo del respectivo derecho que esté en juego. Una protección jurídica efectiva, es un elemento esencial del derecho mismo, en tanto que a todo derecho fundamental material le están adscriptos derechos procedimentales. Por lo que las **modalidades de su ejercicio** necesitarán captar vincularmente la complejidad del titular, los obligados y su contenido, enlazando el *qué* con el *quién*, el *cómo* y el *por qué* de un reclamo válido.

En cuanto a las modalidades de ejercicio los Modelos previos al multigeneracionismo captaban preponderantemente las formas de los repartos *autoritarios*, en tanto que el Modelo Líquido, sentado en la vereda de enfrente, propugna casi con exclusividad las formas *autónomas*. La propuesta del Modelo Jusfundamental también ha operado modificaciones o distingos en este particular. De acuerdo al Modelo Jusfundamental, no es posible recurrir sólo a un camino, sino que la complejidad de su relación jurídica exige contar con una variada gama. El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos contiene un haz de posiciones jurídicas del individuo anciano frente al Estado, y

frente a los otros individuos; por lo que la complejidad de situaciones, requiere una complejidad de medios.

Siendo fiel al paradigma inclusivo, no puede valerse sólo de medios autoritarios, dado que debe permitir (y facilitar) la participación del anciano en las decisiones de todo orden; pero tampoco puede dejar librado a las fuerzas negociales su suerte. Por lo que el sistema adopta en su origen una **norma disyuntiva**, que en un primer término, procura la obtención de la calidad de vida del anciano por medios *autónomos*, y si ello no fuera posible, luego se recurrirá a los medios *autoritarios*. El sistema necesita contar, entonces, con procedimientos que den una oportunidad real de participar, quedando siempre abierta la posibilidad de recurrir a métodos de resolución final por medio de actos del poder legítimo ante el fracaso del reparto autónomo.

Veamos como se plasma precedimentalmente. Es claro que, al cambiar los derechos fundamentales objeto de tutela, cambian también las técnicas normativas predispuestas en garantía de los mismos. Insiste **FERRAJOLI** que *si a los derechos de libertad (o "**derechos de**") corresponden garantías **negativas** consistentes en límites o prohibiciones de hacer, a los derechos sociales (o "**derechos a**") corresponden garantías **positivas** consistentes en obligaciones de prestaciones individuales o sociales.*

Entendemos que la propuesta de **ALEXY** logra comprender esa situación. Tanto lo autónomo, como lo autoritario, lo cotidiano como lo asistencial, el requerimiento a terceros como lo impugnatorio van a encontrar refugio en las estructuras de los derechos fundamentales que diseña. La condición anciana es sostenida procedimentalmente en concordancia con los señalamientos del Modelo Jusfundamental y el Paradigma inclusivo.

Siguiendo al autor, las posiciones jurídicas son designadas como libertades, competencias y derechos a algo, derechos de defensa y derechos

a prestaciones (en sentido amplio), en tanto se procure de los otros una acción negativa o positiva. Entre los derechos a prestaciones en sentido amplio, están incluidos los derechos de protección (1), los derechos a organización y procedimiento (2) y los derechos a prestaciones en sentido estricto -derechos sociales fundamentales- (3).

Los derechos a organización y procedimiento encierran un rico espectro. Bajo este aspecto, le pareció útil al autor efectuar una división en cuatro grupos tomando en cuenta el objeto de los derechos: competencias de derecho privado (2.1), procedimientos judiciales y administrativos -procedimientos en sentido estrico- (2.2), organización en sentido estricto (2.3) y formación de la voluntad estatal (2.4).

En fin, muñidos de esta batería de conductos, es posible, por ejemplo, entender las distintas modalidades requeridas para hacer efectivas las obligaciones del Estado con respecto al derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. A la obligación del Estado de respetar, se le corresponde la modalidad de no intervención. Éstos se configuran como derechos de defensa que apelan a formatos autoritarios. A la obligación del Estado de proteger, se le corresponde la modalidad que busca impedir la violación de los derechos por parte de terceros, esto es, los derechos de protección (derechos de prestación en sentido amplio). Y a la obligación del Estado de promover, tomar medidas concretas para que el ejercicio de los derechos no se torne ilusorio, supone el deber de organizar todo el aparato gubernamental de forma que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Estructuralmente, esta obligación es captada por el derecho a la organización y al procedimiento (derechos de prestación en sentido amplio).

A pesar de que el lugar desde donde se parte generalmente el tratamiento de los modos de ejercicio con respecto a la condición anciana, se

sitúan en torno a los *derechos sociales,* derechos a prestaciones en sentido estricto, el derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos no puede descuidar ninguna de estas categorías en su búsqueda de efectividad.

La esfera de libertad del individuo anciano necesitará ser protegida adecuadamente, frente a las posibles intromisiones del Estado (*derecho de defensa*) y de los otros individuos (*derechos de protección*). Por otro lado, sin *normas de derecho privado* que faculten al anciano a obrar por sí, las proclamas de inclusión del paradigma quedarán en palabras huecas. Y en un marco democrático que también alcanza a los ancianos, su elogiada participación necesitará contar con mecanismos que le faciliten el acceso al debate de la cosa pública y la *formación de la voluntad estatal.*

En tanto que, dada la magnitud de los riesgos que se enfrentan en la ancianidad, a la hora de enfrentar a "lo otro", el individuo no puede quedar en la lucha aislada. El derecho fundamental presionará para fomentar la creación, reestructuración o agilización de la *organización* estatal sobre la materia. Con respecto a los *derechos procedimentales strictu sensu*, para vehiculizar efectivamente el reclamo de justicia con respecto a un objeto tan extenso como es la calidad de vida, en un marco paradigmático inclusivo que reclama la participación del protagonista en un juego de múltiples obligados, se requerirá una amplia gama de conductos procedimentales para que el sistema se torne efectivo.

El sistema normativo del Modelo Jusfundamental de la vejez que adopta en su origen una norma disyuntiva procura, en primer término, la obtención de la calidad de vida del anciano por medios *autónomos*, y si ello no fuera posible, luego, recurrirá a los medios *autoritarios*. El sistema necesita contar, entonces, con procedimientos que den una oportunidad real de participar, quedando siempre abierta la posibilidad de recurrir a métodos de resolución final por medio de actos de poder legítimo, ante el fracaso del reparto autónomo.

No hay una forma predispuesta y única para efectivizar los derechos de los ancianos; de acuerdo al criterio especial de justicia de la ancianidad, son requeridos métodos con audiencia tanto autoritarios como autónomos para completar el Régimen de Justicia. De acuerdo a las razones materiales, normativas y valorativas, que trabajan en forma de reacción, es preciso incrementar el empleo de las *formas de reparto con audiencia del anciano*. Se busca de esta manera reforzar su rol de repartidor, tanto en las formas de reparto autoritarias como en las autónomas.

Como el contenido de los derechos de la ancianidad conjugan la presencia de bienes patrimoniales y no patrimoniales en el concepto de calidad de vida gerontológico su desafío no es menor. Con respecto al catálogo del derecho subjetivo fundamental a la calidad de vida de los ancianos, el **proceso judicial** puede llegar a satisfacer mayormente las exigencias de mínima, pero las de máxima, requerirán de instrumentos que puedan vehiculizar mejor la participación directa del protagonista.

Al menos hasta el presente, el proceso judicial en la Argentina, no fue suficiente como para cubrir el ejercicio del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Se presenta como un instrumento sustitutivo del incapaz, como un poder que limita las injerencias de terceros en la esfera de libertad, siendo una herramienta eficaz en cuestiones patrimoniales y de orden público; pero en cuanto a las medidas de facilitación para el ejercicio autónomo del derecho debe apelar a modalidades complementarias.

En el marco de esta investigación, concientes de la existencia de innumerables otras vías, se ha procurado experimentar con una herramienta procesal de corte autónomo. A fin de completar el sistema, se intentó facilitar el ejercicio del catálogo de máxima en la ancianidad hechado mano del **proceso de mediación**.

III. 1. Lo observado en forma general en el Derecho de la Ancianidad, se replica, agudizándose, en un área y territorio más acotado: **las residencias para ancianos en la ciudad de Rosario**. El derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, se encontrará con muchos desafíos a la hora de efectivizarse en estas modalidades de máxima intervención. Existen carencias e indeterminaciones normativas que desoyen la heterogeneidad del destinatario, la complejidad del objeto y de la red de relaciones jurídicas que son necesarias coordinar a fin de enfrentar con éxito el problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo.

El *tipo de vivienda* en la cual habita el anciano, representa un indicador de la modalidad de intervención presente. Según datos del censo 2001, en la provincia de Santa Fe, con una población total de 3.000.701 de habitantes, 348.081 son personas de 65 años y más **(% 11,6** de la población), y 75.017 de 80 años y más **(% 2,5** de la población). El **% 20,9** sobre el total de personas mayores de 65 **viven solas**, en tanto que el **% 73,7 viven en hogares** compartidos con otros y 8.557 ancianos **viven en hogares colectivos**, lo cual representa el **% 2,4** de la población mayor a 65 años.

Estas cifras solo nos brindan una primera aproximación a la situación, ciertamente, la equiparación no es lineal. Existen modalidades de intervención mínima, aún en casos de ancianos conviviendo con familiares o allegados, y sistemas de intervención media en el caso de los ancianos viviendo solos. Pero en las **modalidades de máxima intervención**, el dato censual es preciso. El anciano institucionalizado, más allá de su grado de autonomía o dependencia, efectivamente ve restringida su esfera de autodeterminación al ingresar a estas instituciones totales.

En la ciudad de Rosario, contamos con algunas estructuras de cuidados que se corresponden con distintas modalidades. En referencia a los cuidados con el máximo grado de intervención, encontramos tres sistemas.

Las **residencias,** instituciones de larga estadía y de baja complejidad médica, el **Hospital Geriátrico Provincial de Rosario**, institución de larga estadía de complejidad media, y los **Policlínicos, PAMI I y II,** instituciones de tránsito de baja, media y alta complejidad médica.

En cuanto a lo normativo, podemos decir que no existe regulación específica de las modalidades de intervención en forma integral. Son alcanzados, tan sólo, escasos mecanismos de forma inarmónica. De acuerdo a este panorama, en la ciudad de Rosario no existe un *continuum* de cuidados progresivos que acompañen al proceso de envejecimiento. Al no contar con una normativa marco que instaure las posibles alternativas para el cuidado de ancianos, el usuario se ve obligado a inventar en cada reparto un sistema, conjugando los escasos dispositivos especializados existentes en el mercado.

Cada **familia**, con mejor o peor predisposición y voluntad, obra de acuerdo a su leal saber y entender, buscando, y encontrando en el mejor de los casos, *criterios nuevos* para determinar los pasos a seguir. Los empleados en generaciones anteriores -previas al fenómeno del multigeneracionismo- no son eficaces, no son factibles o son altamente perjudiciales para el entorno por diversas circunstancias históricas. Las mujeres, otrora cuidadoras de ancianos, niños y enfermos por excelencia, ahora, aún mayores, reparten su tiempo entre el trabajo afuera y dentro del hogar. Las viviendas, otrora espaciosas en las que convivía la familia extendida, hoy se subdividen en células que contienen ajustadamente a la familia nuclear. En fin, la intervención en la esfera de libertad del anciano muta de acuerdo a la paciencia o ingenio de su sistema familiar, sin encontrar un eje al cual asirse.

Los **ancianos**, por su parte**,** resisten el mayor tiempo posible de acuerdo a sus fuerzas y medios de protección el ingreso a una institución colectiva. Se le genera un dilema angustiante: mantenerse fuerte y autónomo

en su hogar el mayor tiempo posible, aún a costa de su calidad de vida, o resignarse a depender de otros en forma casi incondicionada; o resignarse a ingresar a las instituciones colectivas. La falta de progresión planificada de acuerdo a un criterio de justicia, agobia tanto a la familia como al mismo anciano, generando un clima de continua tensión, caldo privilegiado para los conflictos familiares.

El **mercado**, muy tímidamente y por propia iniciativa, está empezando a perfilar nichos comerciales; pero, en algunos casos, sin contar con la capacitación adecuada. El **Estado** aún no ha encontrado los mecanismos para operar un sistema de ayuda integral y programada para la ancianidad rosarina. Las herramientas de incentivo y control de la actividad privada en la temática no son suficientes.

Las residencias para ancianos son instituciones totales. Esto es, organismos con regulación propia, en cierta forma cerradas al exterior, en los que se comparten las actividades, los espacios, los estados de ánimo durante todo el día, facilitando la aparición de conflictos vinculados con la cotidianeidad y convivencia de personas sin vínculos afectivos previos al ingreso. Esta circunstancia, en conjunción con el **servicio complejo que ofrece -hotelero, sanitario, y sociorecreativo**- ocasiona la constante intervención de un tercero en gran parte de los órdenes de la vida del anciano, que llega hasta sus actividades diarias y vitales.

A pesar de que hoy hablamos de residencia, este concepto es determinado por los avatares históricos. Estas instituciones encargadas de alojar ancianos, han sido adjudicatarias de diversas denominaciones**: retiro, asilo, hogar, guardería, geriátrico**, y actualmente, **residencia**. Cada término se corresponde con circunstancias históricas, políticas, económicas, científicas y jurídicas diversas.

Siguiendo el desarrollo de esta modalidad de máxima intervención, es posible apreciar la secuencia de sustitución de paradigmas y modelos juspolíticos. Nos remontamos a su origen en el **RETIRO** medieval, descubriendo un formato que se corresponde con el Modelo Juspolítico Totalitario. En tanto que el Estado Moderno, guiado por un Modelo Abstencionista, desarrolla la modalidad del **ASILO**. Será recién en la edad contemporánea, a la luz de los estudios médicos especializados y con un Modelo Paternalista propio del Estado de Bienestar, que aparece el **HOGAR.**

Actualmente, esta institución se encuentra en un proceso de cambio, adecuándose a los desafíos que le plantea el fenómeno del multigeneracionismo. Siguiendo los postulados de la Gerontología, receptados por los Modelos Líquido, Comunitarista y Jusfundamental se va convirtiendo en **RESIDENCIA**. Ahora el término se emplea tanto para designar a los organismos privados como públicos, y existe una marcada tendencia a la uniformidad en el servicio. De esta forma se superan los formatos de la GUARDERÍA y el GERIÁTRICO **-**referencia medicalizada de la guardería.

Jurídicamente, cada modelo va a hacer uso de un sistema operativo acorde a sus necesidades y exigencias. En cada etapa, se han valido de elementos diversos para delinear sus contornos. Al comparar los destinatarios y los prestadores de los servicios ofrecidos se descrubren fácilmente las figuras jurídicas empleadas a tal fin.

En el RETIRO MEDIEVAL**,** quienes hacían uso de esta modalidad debían contar con peculio propio para hacer frente al pago del precio del servicio de alojamiento, alimentación y seguridad brindado por medio de un contrato celebrado con un convento o monasterio. En la MODALIDAD ASILAR, la asistencia estaba destinada a los ancianos pobres y/o dementes; que satisfacía, o bien el Estado, por medio de una carga pública, o bien las Sociedades de beneficencia por medio de liberalidades. Se le proveía un lugar

adonde pasar sus últimos días sin estar sometidos al alea social y económica que sufrieran sus familias. Los HOGARES son creación de las políticas públicas del Estado de Bienestar. Asumiendo a la ancianidad como un nuevo riesgo, el ciudadano anciano contaba con un espacio en el cual, además de los servicios propios de las instituciones anteriores, se repartía vigilancia médica especializada (geriátrica).

A fines del siglo XX, en las décadas del setenta y ochenta, se va a producir un cambio se coordinan y unifican, de cierta forma, las modalidades históricas a través de la nueva mirada gerontológica. Conviven en el término **RESIDENCIA**, los HOGARES públicos con las GUARDERÍAS y GERIÁTRICOS privados. En la actualidad, el destinatario de este servicio es el anciano dependiente, en lo físico y/o psiquiátrico, sea o no dependiente en lo económico. En las guarderías y geriátricos, tan sólo existen escasas manifestaciones vinculadas con un concepto de salud hegemónico, desconociendo la importancia de vehiculizar los derechos de participación. En cuanto al formato jurídico empleado en Argentina, las reparticiones públicas prestan el servicio enmarcándolo en la figura del servicio social del Derecho Administrativo, mientras que las empresas privadas lo hacen por medio de un contrato atípico.

Desde la luz proyectada por el Derecho de la Ancianidad, las residencias para ancianos aparecen como **instituciones sumamente complejas**. En pos de satisfacer la calidad de vida requerida por el derecho fundamental, la institución brinda un servicio que combina, la asistencia y el control sanitario, con las necesidades sociales, sin descuidar el fiel cumplimiento de las prestaciones de hotelería. La complejidad es aún mayor si tenemos en cuenta que en este sistema de cuidados, los destinatarios son dependientes, ancianos que requieren ayudas especializadas para realizar las actividades cotidianas.

A pesar de la mayor dependencia del sujeto anciano y la necesaria intervención de terceros, el catálogo de derechos se mantiene intacto. Por lo que los derechos de autonomía y participación, requerirán esmerarse por encontrar modalidades adecuadas. Y con un criterio especial de justicia que exige el mantenimiento y recuperación de las áreas de autonomía, se requerirán medidas especiales a fin de no afectar la esfera de libertad de los residentes más allá de lo necesario, de acuerdo a un Régimen de Justicia Humanista Intervencionista Justificado. Lamentablemente, esta complejidad fáctica y axiológica no es adecuadamente captada por la normativa vigente. A partir del análisis tridimensional de las instituciones privadas en la ciudad de Rosario, podemos decir que se encuentran en un punto jurídicamente crucial. Hay elementos sociológicos y axiológicos suficientes como para obrar el cambio hacia la concepción de residencia. Mas la normativa no otorga ayuda alguna; muchas veces, incluso obstaculiza su desarrollo.

La normativa aplicable consiste en un entramado a trazos gruesos y dispares, que combina decretos provinciales desactualizados -**Decreto 2719/77 y Decreto 2091/80**- con una normativa municipal que aglutina, en forma de compendio, lo desarrollado sobre la materia hasta 1996 - **Ordenanza 6287/96 modificada por 6294/97**. A esto, se suma la faz sanitaria de la prestación que lo encontramos en la **Ley 9847** la cual consta de un **Decreto Reglamentario 6030/91** que regula a los establecimientos geriátricos en su artículo 31; y la resolución 1147/2006 sobre clausura. A este no muy halagüeño panorama normativo, es preciso agregarle otros comentarios a fin de tener un cuadro tangible de la situación.

En la temática de residencias, se carece de una fuente formal nacional que brinde los lineamientos mínimos en cuanto a la situación jurídica de las instituciones y los residentes. Cada provincia, ha ido elaborando un articulado folklórico, con mejores y peores aciertos y resultados. En la provincia de Santa Fe, la regulación se ha hecho a tenor de los decretos, con la consabida precariedad democrática que ello conlleva. Y como en todas las

fuentes del Derecho de la Ancianidad, también aquí se produce el fenómeno de la normatividad derivada.

Tal es el páramo jurídico en esta región del Derecho, que si bien en otras áreas nos escandalizamos por la mera presencia de *fuentes formales de propaganda o espectáculo*, aquí podemos llegar a lamentarnos por su ausencia. Quien desee implementar en su institución los postulados de la Nueva Ética de la Ancianidad, se verá trabajando en solitario, sin un criterio de justicia con fuerza legal, ni mecanismos de contralor que así lo vayan formando. Se verá obligado a crear un sistema jurídico inexplorado. Se está pidiendo, a quien apuesta económicamente en una residencia, un heroísmo quijotesco, desconocido en la cultura posmoderna de la utilidad. Y si apuesta por la vía del martirio, pocas veces será reconocido, más que por sus residentes. Todos ellos dependientes, y jurídicamente vulnerables, por lo que pocas chances tendrán de que se escuchen sus alabanzas y sus quejas con respecto a la institución en donde residen.

En la dimensión axiológica, hemos encontrado que las valoraciones vertidas por los directivos de las instituciones evaluadas, plantean una relación bipolar. En tan sólo un puñado de instituciones tomadas al azar, fue posible apreciar situaciones muy disímiles en cuanto a la **concepción del anciano residente** y la **función de la institución**. Al referirse a *la condición del residente, el papel asignado a la familia, la función de los directivos y del personal, el catálogo de necesidades de los residentes y las formas de efectivizarlas*, sus posturas divergían sensiblemente.

Como resultado de la aplicación de algunos indicadores para el análisis de estas valoraciones se obtuvo una serie de pares antagónicos que dividen a los discursos en dos grupos: ***cosificación*** *versus* ***personalización del anciano residente, sustitución*** *versus* ***auxilio a la familia del residente, generalidad*** *versus* ***especificidad del cuidado, simplicidad*** *versus*

complejidad de la prestación del servicio, exclusividad, igualitarismo y exclusión *versus* ***continuidad vital, privacidad y participación.***

En síntesis, de cuatro instituciones se enfatizan las coincidencias entre la institución n° 17 y n° 18, por un lado, y entre la n° 5 y n° 20, por el otro. En el primer par, se descubren elementos que se corresponden con el paradigma **excluyente**, en tanto que en el segundo, los trazos señalan una inclinación hacia el nuevo paradigma **inclusivo**.

III. 2. Como lo adelantábamos en capítulos anteriores, en la presente investigación se empleó metodológicamente al proceso de mediación como herramienta de observación en las residencias. Es un candidato ideal para ser empleado en la conflictiva de la vejez. Es una herramienta adecuada en la procura de completitud del orden de repartos, el orden normativo y el régimen de justicia de la ancianidad. Y dada su condición inigualable para repartir derechos de participación, le brinda al anciano la oportunidad de ser repartidor y tener injerencia en sus asuntos. Es un instrumento apropiado para determinar el grado de recepción del paradigma inclusivo de la vejez. Por esta razón es que se empleó como dispositivo en la experiencia realizada en algunas residencias de ancianos de la ciudad de Rosario.

A la hora de buscar una definición del proceso de mediación, nos encontramos con una multiplicidad de concepciones encarnadas en diversas Escuelas. En tanto que herramienta multidisciplinar, sus propuestas divergen tiñendo sus postulados, metas y métodos de un caris específico de acuerdo a la disciplina que le diera origen. Al igual que le sucede a la Gerontología, su situación cambia de acuerdo a su cuna. Por lo que, entendiendo que redundará en una mejor comprensión del instituto, nos inclinamos a adoptar la definición que presenta **Rubén CALCATERRRA**, un abogado argentino. La mediación *es un proceso que, con la dirección de un tercero neutral que no tiene autoridad decisional, busca soluciones de recíproca satisfacción*

subjetiva y de común ventaja objetiva para las partes, a partir del control del intercambio de la información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas.

La mediación es una herramienta procesal sofisticada. Sofisticada en referencia a su implementación, ya que requiere la presencia de un repartidor aristocrático como lo es el mediador; y sofisticada respecto a sus participantes, ya que debe contar con sujetos autónomos que posean un ámbito de libertad suficiente como para decidir por sí mismos. Es justamente en este punto en dónde entra en sintonía con las necesidades de los ancianos y las exigencias valorativas del nuevo paradigma inclusivo de la vejez captadas por el derecho fundamental a la calidad de vida.

Desde la dimensión *sociológica*, el proceso de mediación presenta una forma de reparto con audiencia mayoramente autónoma; desde el punto de vista *valorativo*, es un medio de protección sumamente apto para promover la facilitación. Y desde el punto de vista *normológico*, es captado por los derechos a prestaciones de carácter procedimental, que brinda el Estado (y los particulares) a los ciudadanos a fin de ejercer sus derechos.

Como una presentación tridimensional somera de este proceso se puede decir que en él los propios protagonistas del conflicto tienen influencia directa en la posible resolución de la disputa. Y, como en toda relación humana, el círculo de receptores de potencia e impotencia se ve extendido más allá de los participantes directos, alcanza también a la familia y a los vecinos. Por lo que el efecto producido -la potencia e impotencia que se reparten las partes- repercutirá en los otros. Con respecto a aquello que puede ser repartido por este medio, en líneas generales las diversas corrientes sostienen que es seguridad, paz, verdad, reparación, perdón y comprensión, todos factores que potencian la vida. Pero, por otro lado, no se desconoce el hecho de que

también puede ser un vehículo para la propagación del odio y la sed de venganza.

En cuanto a la forma de repartir, la mediación se asemeja en gran medida a la negociación, pero la presencia de un tercero, marca una diferencia. Este repartidor de grandes potencias, la palabra y la escucha, realiza algunos repartos autoritarios. No hay dudas que el producto de la mediación, el acuerdo, es fruto de un reparto autónomo entre las partes; pero el manejo que efectúa el neutral, es de autoridad legitimada por las partes negociadoras. La legitimación requerida es continua, sin el respeto y la confianza en la idoneidad técnica que los protagonistas del conflicto depositan en él, no se operaría cambio alguno en la situación conflictiva.

Desde las normas, podemos agregar que en Argentina existe un marco de referencia muy claro. El *Decreto1480/92* declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos en consonancia con la Ley 24.573 de Mediación y Conciliación de 1995. La Legislatura Santafesina, sancionó en 1998 la *Ley 11.622* de Mediación haciendo operativa la invitación efectuada por el Poder Ejecutivo Nacional a las provincias y municipios de toda la República. Sin embargo, su reglamentación se hizo esperar, dictándose el *Decreto 3372/03* al finalizar el año sin mayores lucimientos.

El Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe reglamentó la mediación judicial – con alcances curiosos- por *Acuerdo de la Corte santafesina. La mediación en el ámbito del Poder Judicial será de carácter voluntario y gratuito y aplicable a cuestiones de carácter patrimonial o extrapatrimonial que sea susceptible de transacción siempre que no vulnere el orden público.* Con estas condiciones, se ofrece un servicio gratuito de mediación atendido por funcionarios y empleados judiciales desde 1999.

Con respecto a los ancianos en forma especial, nuevamente el *soft law* socorre al *hard law* en la determinación de su orientación. Contamos con las 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD. En la Sección 5, se efectúan recomendaciones sobre los Medios alternativos de resolución de conflictos promoviéndose la búsqueda de las formas de solución más apropiada. Entre ellas es preciso tener presente, de acuerdo a las Reglas, a la mediación, la conciliación, el arbitraje y otros medios que no impliquen la resolución del conflicto por un tribunal.

Desde su faz axiológica, es oportuno señalar la complementariedad articulada entre el proceso de mediación y el judicial. Existe un padecimiento considerado escaso como para ingresar en la maquinaria judicial, aquella encargada de resolver con justicia. Es encomiable, entonces, atender a otras formas que puedan llegar a captar ese sufrimiento y darle una respuesta desde la justicia dialogal-consensual. Así, la mediación se presenta como esa alternativa y complemento facilitador.

El juicio protege al individuo contra los demás y contra sí mismo; mientras que el arbitraje, la conciliación y la mediación lo hacen contra el régimen y contra lo demás. De esta forma se completa el régimen de justicia con una protección mayor con medios autoritarios y autónomos, productos de la coadyuvancia entre justicia, utilidad y salud. El proceso judicial nos permite una mínima convivencia, respaldada por los órganos encargados de la ejecución; la mediación procura enriquecer esa convivencia justa. Las propuestas de la mediación, dentro de un marco de participación ciudadana, fomentan la asunción de la responsabilidad por parte de los protagonistas del conflicto, respecto de sí, de los otros y de lo otro.

Por lo tanto, entendemos que incluir a la mediación como vía alternativa, o complementaria, del proceso judicial no implica privatizar la

administración de justicia, ni quitarle poder a los abogados o funcionarios judiciales; sino procurar que la justicia –como valor que compete tanto a los órganos públicos como a los ciudadanos individualmente- llegue adónde no pueden ni deben llegar abogados o funcionarios judiciales: la intimidad del conflicto. Esta demarcación, permite apreciar con mayor nitidez el ámbito en dónde sí se deben esforzar el auxilio y protección de la posibilidad de reconciliación y reparación efectivizando de una forma más plena el principio de justicia.

En fin, todos aquellos caminos que ayuden al hombre a personalizarse, nos acercarán cada vez más al principio supremo de justicia, que reclama así, también, el ejercicio de herramientas como la mediación. Justamente, esto es lo que se tuvo en cuenta al emplearla como método de observación en las residencias para ancianos.

Aunque siempre es necesario el salto de las fuentes formales a la materiales para comprender el funcionamiento real del Derecho, en el ámbito de la anciandiad, se torna imprescindible. Los datos que nos puedan brindar las fuentes materiales son especialmente relevantes ante una situación normativa seriamente obstaculizada por carencias -por defecto y por exceso-, normas condicionadas y normas derivadas. Concientes de su manifestación en cada circunstancia en donde se reparte a un anciano o el anciano reparte a otros, en la presente tesis, los elementos empleados se circunscribieron a los datos provenientes del trabajo de campo realizado.

La búsqueda se efectuó en dos direcciones; una, por medio de entrevistas a funcionarios de las instituciones públicas que trabajan con ancianos. Y en el ámbito privado, se dispuso una práctica en cuatro residencias para ancianos de la zona céntrica de la ciudad de Rosario. De esta forma, fue posible acceder a algunos elementos que den cuenta directa

de los mismos repartos, enriqueciendo con tintes locales los datos de las fuentes formales y de las fuentes de conocimiento.

En lo metodológico, nuestro enfoque estuvo centrado en los mecanismos apropiados para aquel que teniendo vida, integridad física, salud y propiedad pueda acceder a medios y espacios jurídicos que completen el régimen de justicia del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos. Con miras a "crear espacios jurídicos nuevos" y "avanzar hacia el sostenimiento de estructuras que favorezcan el intercambio generacional, la participación, el diálogo y los caminos de autoayuda", se recurrió al proceso de mediación.

Ante la presencia de ciertos obstáculos, se procuró elaborar una alternativa metodológica. Yendo lógica y estructuralmente un paso más atrás, se empleó un dispositivo de Educación Social consistente en un taller de preparación para la mediación. En cuanto al recorte dado a esta experiencia se efectuó respecto a un tipo de objeto, los derechos de participación, ciertos destinatarios, los dependientes en lo físico, socio-cultural y psicológico, determinados repartidores, los propios ancianos, y una modalidad de ejercicio, el proceso de mediación.

III. 3. La investigación llevada a cabo en las residencias privadas de la ciudad de Rosario, nos ha permitido conocer su situación jurídica, desde las adjudicaciones, las normas y los valores en juego. Asímismo, gracias a la inmersión en el campo, hemos podido identificar algunos problemas que repercuten en la vida de los internados. Entendemos que las normas que regulan la creación y funcionamiento de las residencias, no se mantienen al margen. Por el contrario, las carencias e indeterminaciones normativas, han generado un encadenamiento poco feliz. A pesar de este panorama un tanto desalentador, el Modelo Jusfundamental, con una estructura formada por principios interpretativos y operativos, cuenta con herramientas idóneas para

enfrentar con éxito el desafío que presenta la calidad de vida de la ancianidad residente.

En las entrevistas sostenidas con los *residentes, directivos y auditores*, han aparecido de forma reiterada, algunas situaciones percibidas como problemáticas. En primer lugar, los *residentes* y sus *familiares,* nos manifestaron su pesar al intentar elegir una institución apropiada. Algunos *residentes*, hacían referencia al trato inapropiado que recibían en las instituciones. También, se está haciendo cada vez más común, según el relato de los *directivos*, la presencia de residentes autónomos, cuyo motivo de ingreso no es más que la soledad o el deseo de no estorbar o molestar a sus familiares. En las entrevistas realizadas a los *directivos y propietarios*, se referían a los límites económicos con los que debían enfrentarse. En algunos casos, con sincera preocupación, y en otros, en tono de cómoda justificación.

Por último, curiosamente los *directivos de las empresas* coincidían con los *funcionarios de las reparticiones públicas*, en el planteo de dos problemáticas: la presencia de personas (discapacitadas) menores de 60 años y los inconvenientes administrativos ocasionados por los efectos propios del proceso de envejecimiento, en cuanto al pasaje de la autonomía a la dependencia, y sus posibilidades de rehabilitación.

En el nivel normativo, nos topamos con carencias, tanto históricas como dikelógicas. Ello es particularmente relevante con respecto a la clasificación de los residentes y residencias. La *clasificación médico-económica* empleada, nos sitúa ante un caso de carencia histórica. Esto nos permite comprender el trato inapropiado y la consecuente mala calidad de vida de la cual daban cuenta los lúcidos entrevistados. Es que está directamente relacionado con la no discriminación entre tipos de dependencias, salvo en los casos de las residencias con exclusividad en la atención de ancianos demenciados.

Otra carencia histórica se configura al cambiar el alcance interpretativo de la "peligrosidad" en tanto que se lo asocie a la defensa de la vida, o a la procura de un entorno en el que sea posible el disfrute de una vida con calidad. Para la mirada gerontológica, fundamento científico-tecnológico del paradigma inclusivo, las acciones tendientes al mantenimiento de un ambiente agradable, van más allá de las apropiadas para la mera defensa de la integridad física de los residentes, asciende a la búsqueda del goce psicológico, social y espiritual, esto es, a la autorrealización. La desarticulacón espacio-temporal de los demenciados erosiona la calidad de vida del resto, aún en la ausencia de conductas violentas.

En tanto que nos encontramos con carencias dikelógicas en el caso de personas menores de 60 años que viven en las residencias para ancianos. La demanda del servicio de cuidados para personas adultas con discapacidad intelectual y la ausencia de instituciones capaces de brindarlo, empuja a la norma extendiendo sus alcances. Pero desde el atalaya de un Modelo Jusfundamental de la vejez, nos preguntamos, si es necesario continuar reforzando el límite de edad en un paradigma que potencia lo multigeneracional.

A su vez, el problema ocasionado por la mudanza de la autonomía a la dependencia, y viceversa, señalada por los directivos y auditores, nos da ocasión para señalar otro caso de carencia dikelógica. En la práctica, tanto auditores como directivos hacen caso omiso de la normativa, ya que la prohibición no resiste la abrumadora realidad fáctica del proceso de envejecimiento. Argumentando sobre curiosa situación, nos manifiestan, que no es de provecho para nadie continuar reforzando el control por el control mismo, ni buscar soluciones mágicas.

En el marco de esta investigación, nos aventuramos a decir, que la solución viene de la mano de los postulados del nuevo paradigma. Podríamos

pensar en una salida que tenga en cuenta la *clasificación multicausal de las dependencias*, y un *sistema progresivo y continuo de cuidados*, que mantenga alejados de las residencias a los autoválidos (autónomos) integrándolos a la sociedad. Pero para ello, es preciso sortear carencias fácticas. La solución integral estará a la espera de la existencia de adjudicaciones propias de las modalidades de intervención mínima e intermedia, las cuales procuran el mantenimiento de la independencia del anciano por el mayor tiempo posible.

Más, a fin de no caer en la hipocresía ni en la búsqueda de chivos expiatorios del problema del envejecimiento y el multigeneracionismo, es preciso tener en cuenta que las residencias, para ser eficaces y poder brindar un trato justo al anciano, necesitan no estar solas, sino ser parte de un *continuun* de cuidados. No está capacitada para receptar y satisfacer las necesidades de toda la población anciana, alojando tanto a los autónomos como aquellos otros que sufren diversas dependencias. Su función es auxiliar al anciano, a la familia, a la sociedad y al Estado en el cuidado de los ancianos dependientes, en lo físico y en lo psiquiátrico. Los ancianos con dependencias económicas, socio-culturales y/o psicológicas requieren otros medios que instrumentalicen modalidades de intervención mínima o media.

En esta compleja situación jurídica, además de los casos de carencia, nos encontramos con otras dificultades. Las indeterminaciones normativas son el punto de partida de una cadena de elementos normo-socio-valorativo que van a conducir a la presencia de *Regímenes de Justicia atomizados* en las distintas residencias. Se conjuga una grave carencia normativa con respecto a la cualidad de los directivos de las instituciones, con la constante indeterminación en cuanto a los elementos esenciales de los repartos cotidianos.

Dado que no existe un patrón en el perfil del directivo a nivel normativo, nos encontramos con instituciones regenteadas por médicos, psicólogos, en

algunos casos docentes u otros profesionales, pero mayormente se trata de comerciantes o administradores sin título habilitante vinculado a la temática de la ancianidad. Su conocimiento del proceso de envejecimiento puede ser mejor o peor, pero ello resulta intrascendente para la normativa local. Es así como se desencadena una serie de reenvíos normativos desafortunados que terminan creando un sistema de justicia *ad hoc* en cada institución.

De esta forma, se presentan diversos sistemas jurídicos primitivos dependiendo en forma directa del supremo repartidor. Si bien en cada institución, se encuentran régimenes diversos, al cotejar los datos obtenidos en la práctica, es posible identificar la existencia de situaciones marcadamente antagónicas. Los directivos construyen regímenes distinguibles por su distancia: uno, acorde al viejo paradigma excluyente, y otro, más imbuido por los postulados de la inclusión.

Con esta situación dual, y un tanto anárquica a nivel axiológica, no es sorprendente la dificultad con que se encuentran los ancianos y familiares a la hora de intentar elegir una residencia adecuada para sus necesidades. Es por esta razón, que conjugando los elementos socio-axiológicos divisados en la práctica, nos aventuramos a ofrecer un instrumento de constraste. Señalando las diversas maneras de resolver problemas comunes en el servicio gerontológico-geriátrico, podemos distinguir, así, instituciones más próximas a la GUARDERÍA/GERIÁTRICO, y otras a la posmoderna RESIDENCIA.

Finalmente, en haras de comprender el funcionamiento de las soluciones diseñadas por el Modelo Jusfundamental de la Vejez, se aborda en forma conjetural un caso en torno a las residencias. Veamos como es que este modelo logra salir airoso de los desafíos que el problema del envejecimiento global y el multigeneracionismo plantean al Estado Constitucional de Derecho. De esta forma, podremos comprender sus repercusiones en el ámbito local,

apreciando las importantes implicancias de las modificaciones paradigmáticas en los casos cotidianos que viven los ancianos rosarinos.

El caso se delinea sobre el reclamo de prioridad en el ingreso a las residencias privadas, y encuentra su conflictividad normativa en la clasificación de residentes y residencias de la Provincia de Santa Fe y la Municipalidad de Rosario. El caso supuesto, que de hecho sucede a menudo, consiste en el rechazo de la admisión de un *anciano dependiente en lo físico o en lo psiquiátrico* en las residencias privadas, sin mediar razones de índole económico. Sea que el caso se presente en forma directa, con la denegación de su postulación, sea que se demore su ingreso sin razones atendibles.

El juicio de proporcionalidad, ponderación o razonabilidad se presenta como el instrumento más adecuado para afrontar los problemas de aplicación de los derechos fundamentales, resolviendo los límites a la afectación de los derechos entre particulares. Gracias a los principios constitucionales la confusa y difusa normativa es reorientada, logrando redimensionarla con el fin de captar los problemas que cada vez más acucian *a la población mayor, sus parientes, la comunidad, el mercado y el Estado.*

En una primera aproximación a nuestro caso, veremos que aquí se ponen de manifiesto dos criterios de admisión opuestos. Uno sostendrá la prioridad del ingreso de autoválidos (autónomos), mientras que el otro lo hará con los dependientes. Ambos se desprenden de reglas vigentes dentro de los límites de las posibilidades normativas que articula la clasificación de residencias y residentes. Al encontrar soluciones dispares en las reglas como es el caso, se requerirá identificar los principios en juego, y proceder a la ponderación de sus alcances. En este caso conjetural podríamos señalar al principio de libertad de empresa (artículo 14 Constitución Nacional) colisionando con el principio de autonomía socio-sanitaria (artículo 75 inciso 23 y 22 Constitución Nacional) alegado por el anciano dependiente y su familia.

No dudamos que la finalidad de regular y controlar el funcionamiento de estas empresas gerontológico-geriátricas es constitucionalmente legítima; mas aparece como una medida innecesaria. Entendemos que existen otras alternativas que restringen en menor medida el principio de autonomía socio-sanitario sin menoscabo del principio de libertad de empresa. En la compulsa de proporcionalidad *strictu sensu*, que en el ámbito privado es el punto de mayor relevancia, se analizan los costes y beneficios de la finalidad y de la medida. El criterio de prioridad a favor de los autoválidos (autónomos) que parece desprenderse de la práctica provincial, no beneficia a nadie, ni a los ancianos autónomos ni a los dependientes. E incluso, tampoco, a los empresarios. Ergo, el cotejo se inclina hacia la justeza de la restricción del principio de libertad de empresa en miras a la maximización de la apropiada atención socio-sanitaria de los ancianos.

En este análisis ponderativo, se ha evaluado la desproporcionalidad de la medida legislativa, habilitándose así al operador jurídico la declaración de inconstitucionalidad del enunciado provincial en cuanto a la exclusión que se desprende de la clasificación que efectúa la normativa con respecto a las cualidades que deben presentar los internos para su admisión. La limitación al ingreso de dependientes vulnera doblemente el derecho fundamental a la calida de vida de los ancianos. Por un lado, da la espalda a quien verdaderamente necesita una ayuda de terceros especializada en forma permanente. Y por otro, obliga a los ancianos a ingresar a estas instituciones totales antes de tiempo; aún antes de necesitar toda esa batería de soportes socio-sanitarios que en tanto ayudan, también intervienen en su esfera de libertad.

En fin, parecería que la regla provincial refuerza las impotencias sociológicas de la vejez, yendo a contrapelo de lo exigido por los principios constitutivos del derecho fundamental a la calidad de vida. El principio de autonomía socio-sanitaria revierte esta situación, captando la heterogeneidad y descargando el peso de la argumentación en forma inversa. No es el anciano

dependiende el que tiene que argumentar sobre la necesidad de ingresar a una residencia, sino que será tarea del autónomo y de la residencia dar buenas razones con respecto la decisión de la internación anticipada.

En el presente caso, el Derecho de la Ancianidad, con su vertebral derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos, ha logrado brindar respuestas a los problemas señalados con respecto al ingreso de los ancianos en las residencias privadas. Estas soluciones son la punta de lanza de modificaciones legislativas que se irán acomodando a las nuevas necesidades y exigencias de los ancianos de este convulsionado siglo XXI. Mas, hasta tanto se operen los cambios pertinentes, creemos que sería de gran utilidad en la práctica cotidiana de las internaciones geriátricas apelar a un instrumento tecnológico ya existente en el Derecho Administrativo: el certificado de discapacidad. Éste podría ser empleado con provecho a fin de agilizar la prueba de la dependencia y obtener la prioridad en la internación; claro está, presentando todas las cauciones económicas, en tanto que estamos frente a servicios altamente demandados de empresas gerontológico-geriátricas con fines de lucro legítimamente respaldados constitucionalmente.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.; *Anales Franco Alemanes*, Barcelona, Martínez Roca, 1970.

AA.VV.; *Bioética y Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003.

AA.VV.; *Calidad de vida y derecho,* La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (U.N. de la Plata), 1993.

AA.VV.; *Congreso Nacional de Derecho Procesal. Ponencias*, San Martín de los Andes (Neuquén), 1999.

AA.VV.; *Direitos Humanos: a promesa do século XXI,* Oporto, ELSA, 1997.

AA.VV.; *El amparo constitucional. perspectivas y modalidades (art. 43 de la constitución nacional),* Buenos aires, Depalma, 1999.

AA.VV.; *La Reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la comisión de redacción con la colaboración del Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni,1994.

AA.VV.; *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, INSERSO, 1991.

AA.VV.; *Los Derechos Humanos en el "otro país",* Buenos Aires, Punto Sur SRL, 1987.

AA.VV.; *Mediación. Una respuesta interdisciplinaria,* Buenos Aires, Eudeba, 1997.

AA.VV.; *Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal*, Mérida (Venezuela), ACAMID (Asociación civil de abogados para el mejoramiento integral del profesional del derecho) y DEM (Dirección Ejecutiva de la Magistratura), 2002.

AA.VV.; *Salud en la Tercera Edad y Calidad de Vida*, Vol. 4, Núm. 1, Año 2002.

AA.VV.; *Todos entran. Propuesta para sociedades incluyentes,* Santa Fe de Bogotá (Colombia), Santillana,1998.

AA.VV; *La protección de las personas mayores*, dir. Carlos Lasarte Alvarez, Madrid, Tecnos, 2007.

AA.VV; *Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

AA.VV; *La tercera edad en Europa. Nuevas políticas de protección social*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

AAVV; "*La familia en el nuevo Derecho. Libro Homenaje a Cecilia Grosman*", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009.

ABBAGNANAO, Nicola; *Storia della Filosofía*, vol. IV, t. II, Giovanni FORMERO, Franco RESTAINO y Darío ANTISERI, Turín, UTET, 1994.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian; *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado socialconstitucional*, Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; CONTRERAS ROJAS, Cristian; "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile" en *Ius et Praxis*, año/vol. 13, N° 1, Universidad de Talca, Talca, Chile.

ALBA, Víctor; *Historia social de la vejez*, Barcelona, Laertes, 1992.

ALBANESE, Susana; "El amparo y el derecho adquirido a una mejor calidad de vida" en *La Ley,* Doctrina, N° 77, 1991.

ALBANESE, Susana; "Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida" en *JA* 2002-IV-473.

ALBANESE, Susana; "Las personas con discapacidad (Algunas regulaciones del derecho internacional)" en *JA* 2002-II-1386.

ALEXY, Robert, *Derecho y Razón Práctica*, México, Fontamara, 1998.

ALEXY, Robert; *El concepto y la validez del derecho*, 2° ed, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert; *La institucionalización de la justicia,* trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodriguez, Granada, Comares, 2005.

ALEXY, Robert; *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. por Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo; *El debido proceso de la garantía constitucional,* Rosario, Zeus, 2003.

ALVAREZ , Gladys Stella; *La mediación y el acceso a justicia,* 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.

ALVAREZ, G.S.; HIGTON, E. I; JASSAN, E., *Mediación y justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1996.

ALVAREZ, Gladys S. y HIGHTON, Elena I.; *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1995.

ALVAREZ, Gladys Stella, *La mediación y el acceso a justicia*, 1° ed, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.

ANDÚJAR, Jesús; "El IMSERSO abre en Melilla un centro social para personas mayores" en *Sesenta y más*, N° 233, Imserso; Dic 2004.

AÑÓN ROIG, María José; *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J. ; *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos,* 1° ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier; *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación),* Madrid, Dykinson, 1996.

ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier; *Poder, ordenamiento jurídico, derechos,* Madrid, Dykinson, 1997.

ARA PINILLA, Ignacio; *Las transformaciones de los derechos humanos,* Madrid, Tecnos, 1990.

ARANGO, Rodolfo; *El concepto de derechos sociales fundamentales,* 1° ed., Buenos Aires, Legis, 2005.

ARAZI, **Roland** *(coord), Derecho Procesal en vísperas del siglo XXI. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado,* Buenos Aires, Ediar, 1997.

ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia y RISOLÍA, Matilde (comps.); *La trama de papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*, Bs.As., Galerna, 2005.

ARECHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia; FINKELSTEIN, Andrea; *Acerca de la clínica de mediación. Relato de casos,* 1° ed, Buenos Aires, Librería Histórica, 2004.

ARÉCHAGA, Patricia; *Cómo escucha el mediador. Escucha activa* en *L@ revista*, Mediadores en red, Nro 1, año I, 2002.

ARIAS, Claudia y SOLIVEREZ, Corina; *Bienestar psicológico y redes sociales*, en "Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*"*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, págs. 53-64.

ARIAS, Claudia; POSADA, María C. Y CASTAÑEIRAS, Claudia; "¿Las Fortalezas personales se incrementan en la vejez? Reflexiones acerca del capital psíquico" en *Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, págs. 31-40.

ARISTÓTELES *Metafísica*, Edición bilingüe de V. García Yebra, Madrid, Gredos, 1970.

ARISTÓTELES; *Ética a Nicómaco,* Edición bilingüe y trad. M. Araujo y J. Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959;

ASIEL, Monique; "Cuidados médicos y sanitarios" en AA.VV; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; *Envejecimiento y vida productiva: Protección Social y Sostenibilidad*, Madrid 8-12 abril, 2002.

ATIENZA, Manuel; "Entrevista a Robert Alexy" en *Doxa*, N° 24, Universidad de Alicante, 1989.

AVILA, Beatriz Elena; *La mediación penal víctima-victimario* en academiadederecho.com (creado el 2003 y bajado el 27/07/2005).

BADENI, Gregorio; *Nuevos derechos y garantías constitucionales,* 1° ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995.

BARASH, D. P.; *El envejecimiento*, trad. Enrique Wulff Alonso, Barcelona, Salvat, 1994.

BARBAROSCH, Eduardo; *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea,* 1°, Buenos Aires, La Ley- UBA, 2007.

BARBERO, Dariel Oscar; "Reflexiones acerca de los principios de proporcionalidad, ponderación y razonabilidad en el caso español", en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. Segunda Circunscripción, N° 2, 2009, p-65-108.

BARBERO, Dariel; *Igualdad y precedente judicial. Sobre el deber de los jueces de respetar sus precedentes., Rosario, Juris, 2009, en prensa (tesina de Maestría en Derecho Privado-UNR).*

BARRY, Brian; *Teorías de la justicia,* trad. Cecilia Hidalgo, Barcelona, Gedisa, 1995.

BARTHES, Roland; Investigaciones retóricas I. La antigua retórica. Ayudamemoria, trad. Beatriz Dorriots, Barcelona, Ediciones Buenos Aires, 1982.

BARUCH BUSH, R. A.; FOLGER, J. PÁG.; *La promesa de mediación. Como afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros,* Barcelona, Granica, 1996.

BAUMAN, Zygmunt *La sociedad individualizada,* Madrid, Cátedra, 2001.

BAUMAN, Zygmunt; *Amor líquido: acerca de la fragilidad de los vínculos humanos,* trad. Maya y Enrique Aguiluz, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

BAUMAN, Zygmunt; *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil,* Madrid, Siglo XXI, 2006.

BAUMAN, Zygmunt; *Identidad,* Buenos Aires, Losada, 2005.

BAUMAN, Zygmunt; *La globalización. Consecuencias humanas,* México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

BAUMAN, Zygmunt; *La postmodernidad y sus descontentos*, Madrid, Akal, 2001.

BAUMAN, Zygmunt; *La sociedad sitiada*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica , 2004.

BAUMAN, Zygmunt; *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores, Buenos Aires,* Paidós, 2007.

BAUMAN, Zygmunt; *Modernidad líquida,* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1999.

BAUMAN, Zygmunt; *Tiempos Líquidos*, Barcelona, Tusquets, 2007.

BAUMAN, Zygmunt; *Trabajo, consumismo y nuevos pobres,* Barcelona, Gedisa, 2000.

BAUMAN, Zygmunt; *Vida de consumo*, trad., Mirta Rosenberg y Jaime Arrambide, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

BAUMAN, Zygmunt; *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, 1º ed., 3º reimpág., trad. Pablo Hermida Lazcano, Buenos Aires, Paidós, 2005.

BAYÓN, Juan Carlos; "Razones y reglas: sobre el concepto de razón excluyente de Josep Raz" *en* Doxa*, N° 10, 1991, págs. 25-66.*

BAYÓN, Juan Carlos; *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991*

BEAUCHAMP, T.L., J.F. CHILDRESS; *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Masson, 1999.

BEDMAR MORENO, Matias; MONTERO GARCIA, Inmaculada; *La Educación intergeneracional: un nuevo ámbito educativo,* Madrid, Dykinson, 2003.

BELLINA YRIGOYEN, Jorge; *La Economía Política de los fondos de pensión*, Rosario, UCEL, 2004.

BELLINA YRIGOYEN, Jorge; *Tres ensayos sobre la Ancianidad: Derechos Humanos y Escasez de Recursos, Significados de Vejez y Asignación de Recursos*, Rosario, UNR Editora, 2009.

BELOFF, Mary; *Los derechos del niño en el Instituto Interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004.

BENABENTOS, Omar A.; *El garatismo procesal* (Tesis doctoral dirigida por A. Alvarado Velloso, s/p).

BENN, S. I. ; PETERS, R. S.; *Los principios sociales y el estado democrático,* 1° ed, (ed. En inglés de 1959), Buenos Aires, Eudeba, 1984.

BENTOLILA, Juan José (coord)**;** *Temas de Introducción al Derecho,* 1° ed, Rosario, La Ley, 2009.

BERGALLI, Roberto; *Estado democrático y cuestión judicial. Vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial,* Buenos Aires, Depalma, 1984.

BERIZONE, Roberto O.; FUCITO, Felipe (dierc.); *Los recursos humanos en el Poder Judicial,* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

BERLIN, Isaiah; *Cuatro ensayos sobre la libertad,* Madrid, Alianza, 1988.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos; "Estructura y límites de la ponderacion" en *Doxa*, N° 26, 2003.

BERNAL SAMPER, Trinidad; La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja, Madrid, Colese, 1998.

BIANCO, Gabriella; *Epistemología del diálogo. Pensamiento del éxodo,* 1° ed., Buenos Aires, Biblos, 2002.

BIDART CAMPOS, Germá J. (coord.) **;** *Economía, constitución y derechos sociales***,** Buenos Aires, Ediar, 1997.

BIDART CAMPOS, Germán J.; *Casos de derechos humanos,* Buenos Aires, Ediar, 1997.

BIDART CAMPOS, Germán J.; *Constitución y Derechos Humanos. Su reciprocidad simétrica.,* Buenos Aires, Ediar, 1991.

BIDART CAMPOS, Germán J.; *La interpretación del sistema de derechos humanos,* Buenos Aires, Ediar, 1994.

BIDART CAMPOS, Germán J.; *Teoría general de los derechos humanos,* Buenos Aires, Astrea, 1991.

BILIG MELLO, Pamela; MARTINELLI PICCININI, Aline; DA ROSA, Patricia Viana; TELLES DA ROSA, Luis Henrique; BILIG GARCES, Solange B.; "Percepcao dos cuidadores frente as dificuldades encontradas no cuidado diario de idosos dependentes institucionalizados" en *Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento*, Vol. I, Porto Alegre, 1999, pág. 259 y ss.

BIRGIN, Haydée; KOHEN, Beatriz (comp.); Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas, 1° ed., Buenos Aires, Biblos, 2006.

BÍSCARO, Beatriz; SANTANGELO, María V.; "El derecho a que se respete la dignidad del paciente. Solicitud de los progenitores." en JA 2007-II-468.

BOBBIO, Norberto; *De senectute*, trad. Esther Benítez, Madrid, Taurus, 1997.

BOBBIO, Norberto; *El tiempo de los derechos,* trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Fundación Sistema, 1991.

BOBBIO, Norberto; *Positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora,* 1° ed, 1° reimpr, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1998.

BONETE PERALES, Enrique; *Ética de la dependencia. Bases morales, debates políticos e implicaciones médicas de la Ley de Dependencia*; Madrid, Técnos, 2009.

BONFANTI, Marta Liliana Elisabet; "El Derecho de Autoprotección en la Provincia del Chaco" en *Instituto de Derecho e Integración*, N° 2, año 1, Rosario, Idel, 2009, pág. 115 y ss.

BOQUÉ TORREMORELL, María Carme; *Cultura de mediación y cambio social,* 1° ed., Barcelona, Gedisa, 2003.

BORON, Atilio A. (compág.); *Teoría y filosofía política. La tradición clásica y las nuevas fronteras,* 2° ed, Buenos Aires, Clacso-Eudeba, 2001.

BOTASSI, Carlos A.; *Vivienda, salud y educación.Derechos del ciudadano y deber del Estado* en JA 2007-III-1444.

BRAUDEL, Fernand*; Las civilizaciones actuales. Estudio de Historia Económica y Social*, 1° ed, 8° reimp, trad. J. Gómez y Mendoza y Gonzalo Anes, Madrid, Tecnos, 1986.

BRIONES, Claudia; *La alteridad del cuarto mundo*, Buenos Aires, Colihue, 1998;

BROEKMAN, Jan; *Bioética con rasgos jurídicos,* Madrid, Dilex, 1999.

BROWN, Guillermo; *Qué tal si jugamos...otra vez...Nuevas experiencias de los juegos cooperativos en la educación popular,* 3° ed, Buenos Aires, Humanitas, 1992.

BULYGIN, Eugenio; "Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos" en *Doxa*, N ° 4,1987.

BUNGE, Mario; *Etica, ciencia y técnica,* 1° ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1996.

BUNGE, Mario; *La investigación científica*, trad. Manuel Sacristán, Barcelona/Caracas/México, Ariel, 1976.

BUNGE, Mario; *Treatise on Basic Philosophy*, Vol. 8: *Ethics*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1989.

BUSTILLO, Cormac (trad.); *Estudio norteamericano anuncia las nueve principales tendencias de cambio mundiales debido al envejecimiento poblacional*, 2007, en "Red Latinoamericana de Gerontología", (www.gerontologia.org - 04/04/2008).

CACHIONI, Meire; AGUILAR, Luis Enrique; "O envolvimento da universidade em relacao ao tema velhice: a palabra de coordenadores de programas" en *Estudos Interdisciplinares sobre o Envelhecimento*, Vol. I, Porto Alegre, 1999, pág. 237 y ss.

CADETE BERNARDO; María Helena; "Apoyo comunitario a las personas mayores" en AA.VV; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

CALCATERRA, Rubén A*.; Mediación estratégica,* Barcelona, Gedisa, 2002*;*

CALLAHAN, Daniel; *Setting limits: medical goals in an aging society*, New York, Simon and Schuster, 1987.

CALVINO, Italo; *Las ciudades invisibles*, Buenos Aires, Minotauro, 1974.

CALVO MELENDRO, Jesús; *Sunamitismo,* Madrid, Anales, 1970.

CALVO ORTEGA, Rafael; GARCÍA CALVENTE, Yolanda (direc.); *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas,* Pamplona, Civitas, 2007.

CAMPBELL, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, trad. Alvarez, Barcelona, Gedisa, 2002.

CAMPOS, Pedro Celso; "A visibilidade do idoso nos meios de comunicacao. Estudo de caso: jornais El Pais e ABC-2007" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 105 y ss.

CAMPS, Victoria; *Historia de la ética,* Tomo 3 "La ética contemporánea", 2° ed, Barcelona, Crítica, 2003.

CANARIS, Claus Wilhem, *El sistema en la jurisprudencia,* trad. Juan Antonio García Amado, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel (coord); *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

CARDINAUX, Nancy; CLÉRICO, Laura; D´AURIA, Anibal (coord.); *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, UBA, 2006.

CARRIÓ, Genaro R. ; *Los derechos humanos y su protección. Distintos tipos de problemas,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot,1990.

CARRIO, Genaro; *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973; Notas sobre Derecho y Lenguaje, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.

CASADO MARIN, David y LÓPEZ I CASANOVAS, Guillem; *Vejez, dependencia y cuidados de larga duración. Situación actual y perspectivas de futuro*, Barcelona, Fundación "la Caixa", 2001.

CASEY, Bernard*; Why are the older not more "active"?*, 4th Internacional Research Conference on Social Security "Social Security in a long life society", Antwerp, 5-7 May 2003.

CASSESE, Antonio; *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo,* Pentimalli Melacrino y Ribera de Madariaga, 1°ed., Barcelona, Ariel,1991.

CASTELLS, Manuel y **PEREZ ORTIZ, Lourdes**, con colaboración de **Anne Marie GUILLEMARD**; *Análisis de las Políticas de Vejez en España en el Contexto Europeo*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales -Instituto Nacional de Servicios Sociales, INSERSO-, 1992.

CASTRO GUTIERREZ, Alvaro; "Tercera Edad y seguridad social en América" *en Estudios de la seguridad social, Buenos Aires, N° 75, 1994.*

CEA EGAÑA, José Luis; "Aproximación a la teoría constitucional contemporánea" en *Estudios constitucionales (revista del Centro de Estudios Constitucionales),* Santiago de Chile, Nº 1, 2003.

CEA EGAÑA, José Luis; "Estado constitucional de derecho, nuevo paradigma jurídico" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo 1, 2005.

CELADE, "Manual sobre indicadores de calidad de vida en la vejez", Santiago de Chile, CELADE, 2006.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL); *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los Derechos Sociales,* San José (Costa Rica), Centro por la Justicia y El Desarrollo Internacional, 2004.

CEPAL; *Actividades prioritarias para el período 2008-2010, trigésimo segundo período de sesiones de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)* en "Población y desarrollo", 2008.

CEPAL-CELADE; *América Latina y el Caribe: el envejecimiento de la población*. *1950-205* en "Boletín Demográfico", CEPAL, Santiago de Chile, 2003.

CHAUMET, Mario E.; "Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles" en *Cartapacio*, Vol. 4, Azúl, 2003.

CHAUMET, Mario E.; MEROI, Andrea A.; "¿Es el Derecho un juego de los jueces? (Notas sobre Estado constitucional, principios y reglas, iura novit curiæ y garantía del contradictorio)" en *La Ley*, 18/06/2008.

CHAUMET, Mario E.; *Perspectivas jurídicas dialécticas de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad*, en "Investigación y Docencia", N° 21.

CHAUMET, Mario; "Las escuelas judiciales para el 'Estado constitucional (Un llamado a superar la soledad y el aislamiento judicial)" en www.justiciacordoba.gov.ar (28/12/2009)

CHAUMET, Mario; "Neoconstitucionalismo y capacitación judicial" en www.magistrados-santafe.org.ar/rosario/módulos/pdf/.../5.pdf (28/12/2009).

CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía), Tomo III: Edad Contemporánea,* Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994.

CIURO CALDANI, Miguel Angel*;* "Aportes metodológicos trialistas sobre la mediación (Comprensión integral de los "lugares" jurídicos y de su "desplazamiento")**"** en *Investigación y Docencia*, Nro. 30, Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

CIURO CALDANI, Miguel Angel*;* "Comprensión jusfilosófica de la negociación, la mediación y el arbitraje" en *Investigación y Docencia*, Nro. 27, Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; "El juez, el proceso y el Estado en la postmodernidad" en *Investigación y Docencia*, N° 33, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Filosofía del orden público en la postmodernidad*",* en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 21, FIJ, 1996.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Filosofía Jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad", en *Investigación y Docencia*, Nº 25, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995.

CIURO CALDANI, Miguel Angel*;* "Hacia una comprensión dinámica de la Justicia (Justicia y Progreso)" en *El Derecho*, Tomo 123, pág. 715, 1987.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Perspectivas filosófico-jurídicas de la salud" en *Bioética y Bioderecho,* Nro. 4, Centro de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, FIJ, 1999.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; "*Teoría tridimensional y teoría trialista"* en La Ley, T. 148, Sec. Doctrina, 1973.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Comparación jusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad en *Investigación y Docencia* N° 25, Rosario, 1995.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; "Derecho de la Ancianidad" en *Investigación y Docencia*, N° 12, Rosario, 1992.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel; *Aportes jusfilosóficos para la comprensión de las condiciones constitucionales de los Estados hispanoamericanos y de su aptitud para la integración* en "Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano", T. 2, pág. 725 a 739, 2007.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Derecho y Política. El continente político del Derecho. Elementos básicos de una Filosofía Política Trialista,* Buenos Aires, Depalma, 1976.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Dos Filosofías del Derecho argetinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio,* 1° ed., Rosario, FIJ, 2007.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Estudios de Filosofía jurídica y política, Tomo II,* Rosario, FIJ, 1984.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Estudios de Filosofía jurídica y política, Tomo I,* Rosario, FIJ, 1982*.*

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Filosofía de la jurisdicción. Con especial referencia a la posible constitución de un Tribunal Judicial del Mercosur,* Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas (FIJ), 1998**.**

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, FIJ, 2000.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Las teorías jurídicas y la sociedad civil* en "SJA", Buenos Aires, 14/02/2007.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia),* Rosario, FIJ, 2003.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía),* Tomo I, 1° ed, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991.

CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Metodología Dikelógica,* 1° ed, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

CLÉRICO, Laura; "Sobre el argumento de eficacia (en y) de las sentencias de tribunales superiores en reclamos sobre el derecho a la salud. El caso de la Corte Suprema (argentina)" en *Workshop sobre Argumentación en el proceso de producción y aplicación del derecho: su relación con la eficacia normativa*, Oñati, 2008.

CLÉRICO, Laura; *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

COLE, Thomas R.; *The Journez of life. A Cultural History of Aging in America,* Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

COLEGIO DE ABOGADOS DE SANTA FE, *Derecho Procesal en el siglo XXI. Ponencias del Congreso de derecho procesal El nuevo código para el siglo XXI*, Santa Fe, Nova Tesis, 2004.

COMANDUCCI, Paolo; "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**"** en *Isonomía*, Nº 16, abril 2002.

COMANDUCCI, Paolo; *Principios jurídicos e indeterminación del derecho* en "Doxa", Nº 21, Vol. II, 1998.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (CAJ); *Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos,* Lima, CAJ, 2003.

COMISIÓN DE POBLACIÓN Y DESARROLLO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *La población mundial: seguimiento de la situación de las estructuras de edad de las poblaciones y sus consecuencias para el desarrollo*, Naciones Unidas, 2007.

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS (CIJ); *Seminario sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales,* Bogotá (Colombia), CIJ, 1996.

CONTRERAS PELÁEZ, **Francisco José**, *Defensa del Estado Social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco José; *Derechos sociales: teoría e ideología,* Madrid, Tecnos, 1994.

CORTE, Beltrina; FROHLICH MERCADANTE, Elisabeth; RODRIGUES GOMES, Mayra; "Quais sao as imagens dos idosos na midia?" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 25 y ss.

CUETO RÚA, Julio César; *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados,* Buenos Aires, Abeledo Perrot,2000.

CUMINI, Mirtha y SAISSAC, Elena; "Adulto mayor. Mediación" en *Mediadores en Red. L@ revista*, Año I, N° 3, Fundación Mediadores en Red, julio 2003.

D´ANTONIO, Daniel Hugo; *Derecho de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1986.

DABOVE CARAMUTO, María Isolina (coord.); *Derecho en los Geriátricos. Una aproximación interdisciplinaria*, Rosario, Juris, 2009, en prensa.

DABOVE CARAMUTO, María Isolina; *Los derechos de los ancianos,* Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.

DABOVE CARAMUTO, María Isolina; PRUNOTTO LABORDE, Adolfo Benjamín José; *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*, Rosario, Juris, 2006.

DABOVE, María Isolina.; "Conexiones entre Política y Derecho: hacia una teoría del uso de las fuentes formales en la elaboración de normas", en *Investigación y Docencia*, Nº 34, Rosario, FIJ, 2001.

DABOVE, María Isolina; "Argumentación jurídica y eficacia normativa: una mirada desde el paradigma de la Complejidad" en *Argumentación en el proceso de producción y aplicación del derecho: su relación con la eficacia normativa***,** *coord.* Nancy Cardinaux y Jan Sieckmann, Oñati, Dykinson, 2008, en prensa.

DABOVE, María Isolina; "Consentimiento informado y derecho de la Ancianidad en los geriátricos actuales" *en Libro de Comunicaciones. VII Jornadas Argentinas de Bioética y Jornadas Latinoamericanas de Bioética*, Mar del Plata, Suarez, 2001.

DABOVE, María Isolina*;* "Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez" en *Revista de Derecho de Familia*, direct. Cecilia Grosman, Lexis Nexis, 2008.

DABOVE, María Isolina; "El concepto de Derecho en la Teoría de H. L. A. Hart. Perspectiva tridimensional" en *Investigación y Docencia* N° 36, FIJ, Rosario, 2003.

DABOVE, María Isolina; "El funcionamiento del Derecho en la teoría trialista" en *Temas de Introducción al Derecho*, coord. Juan José Bentolila, 1° ed, Rosario, La Ley, 2009.

DABOVE, María Isolina; "Fines, fronteras y funciones del Derecho ante el espejo del Quijote cervantino. Reflexiones en torno a un caso paradigmático del Derecho de la Ancianidad." en *Cartapacio,* Azul (Provincia de Buenos Aires), N° 7, 2004.

DABOVE, María Isolina; "Geriátricos en Argentina: complejo punto de encuentro del Derecho Público y Privado" en *El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al profesor M. A.*

Ciuro Caldani, comp. Atilio A. Alterini y Noemí L. Nicolau, Buenos Aires, La Ley, 2005.

DABOVE, María Isolina; "La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho" en *Bioética y Bioderecho*, N° 1°, Rosario, FIJ, 1996.

DABOVE, María Isolina; "La condición jurídica de los ancianos residentes en geriátricos. Perspectiva iusfilosófica sobre un trabajo de campo." en *Derecho en los Geriátrico. Una aproximación interdisciplinaria,* Rosario, 2003, s/p.

DABOVE, María Isolina; "La Problemática de la Vejez en el Derecho Argentino: razones para la construcción del Derecho de la Ancianidad" en *Estudos Interdisciplinares sobre o envelhecimento*, Porto Alegre, v.13, nº1, p.7-26, 2008.

DABOVE, María Isolina; "Razones jusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad" en *JA* N° especial Bioética, pág. 17-23, Buenos Aires, 2000.

DABOVE, María Isolina; "Violencia y ancianidad" en *Doctrina Judicial –La Ley* - Año XV, Nº 34, Bs. As., 25 de agosto de 2000, págs. 1165 – 1172.

DABOVE, María Isolina; "Derecho de la Ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas" en *Separata de Homenaje a Vélez Sarfield*, tomo III, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000.

DABOVE, María Isolina; BARBERO, Dariel Oscar; "Igualdad y No Discriminación en los Actos de Autoprotección" en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe. Segunda Circunscripción, N° 1, 2009, p-13-16.

DABOVE, María Isolina; DI TULLIO BUDASSI Rosana G.; MARCATELLI, Anahí; "Aspectos Jurídicos y Éticos del Envejecimiento: derecho de la ancianidad" en *Carrera de Especialización en Gerontología Comunitaria*, Buenos Aires, Presidencia de la Nación. Ministerio de Desarrollo Social. Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y Universidad Nacional de Mar del Plata. Facultad de Psicología, 2007.

DABOVE, María Isolina; DI TULLIO BUDASSI Rosana G.; SPÓSITO María Angélica; "La ancianidad y la salud mental. El régimen legal argentino sobre incapacidad y necesidad de reformas" en *Memorias del II Congreso*

Iberoamericano y I Congreso Uruguayo de Psicogerontología, Montevideo, Universidad de la República del Uruguay, 2007, págs. 533 a 541

DABOVE, María Isolina; *El Derecho a la vida y a la salud: ¿qué vida? ¿qué salud?*, Universidad Carlos III de Madrid, Curso de Doctorado en Derechos Fundamentales (1993-1994), monografía materia Bioética y Derechos Humanos (profesor Dr. Diego Gracia Guillén), Madrid, 1994, s/p.

DABOVE, María Isolina; GONEM MACHELLO, Graciela N.; NAWOJCZYK Érika, NOVELLI Mariano H., PRUNOTTO, Mariana E. y RODRIGO Fernando M. ; "Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos" en *La Ley*, año LXXIII, nº 118, viernes 20 de junio de 2008.

DABOVE, María Isolina; NAWOJCZYK, Erika; BARBERO, Dariel O.; "Werner Goldschmidt y Robert Alexy: corsi e ricorsi del Integrativismo Jurídico" en *Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, coord. Miguel Angel Ciuro Caldani, 1° ed, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

DABOVE, María Isolina; PALERMO ROMERA, Alejandro; "Impacto socioeducativo de la discapacidad en el ámbito Universitario. Bases iusfilosóficas para el desarrollo de un proyecto de investigación" en *Revista Electrónica de Bioética*, nº 4, www.aabioetica.org, 15-11-07. Asociación Argentina de Bioética

DABOVE, María Isolina; SOTO, Alfredo M.; "Algunas ideas en torno a la igualdad en relación a la discriminación y a la especificidad", en *Investigación y Docencia*, Nº 20, Rosario, FIJ, 1992.

DANIELS, Norman; *Am I my parent´s keeper? An essay on justice beteween the young and the old*, Oxford, Oxford University Press, 1988.

DE ASIS, Rafael y PALACIOS, Agustina; *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Madrid, Dykinson, 2007.

DE BEAUVOIR, Simone; *La vejez*, 1° ed., 1° reimpr., trad. Aurora Benárdez, Barcelona, Gallimard, 1989.

DE CARRERAS, Francesc; *El Estado de Derecho como sistema,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

DE CASTRO CID, Benito; *Los derechos económicos, sociales y culturales,* León, Univ León, 1993.

DE CASTRO, Angel; *La Tercera Edad. Tiempo de ocio y cultura. Proyecto y experiencia de animación cultural,* 1° ed., Madrid, Narcea, 1990.

DE LOS REYES, María Cristina; Familia y organización geriátrica. Diálogo de perspectivas en un establecimiento, Mar del Plata, 2004, s/p.

DE PUIG, Irene; SÁTIRO, Angélica; *Jugar a pensar. Recursos para aprender a pensar en educación infantil,* 1° ed, Barcelona, Eumo-Octaedro, 2000.

DE ROBERTIS, Cristina; PASCAL, Henri; *La intervención colectiva en Trabajo Social. La acción con grupos y comunidades,* Buenos Aires, El Ateneo, 1994.

DE SOUZA MINAYO, María Cecilia; "Visao antropologica do envelhecimento humano" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 47 y ss.

DE ZAN, Julio; *La ética, los derechos y la justicia*, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

DECALMER, Peter; GLENDENNING, Frank (compil.); *El maltrato a las personas mayores,* trad. Sara Alonso Gómez, Buenos Aires, Paidós, 2000.

DEL POPOLO, Fabiana; *Los problemas en la declaración de la edad en la población adulta mayor en los censos* en "Población y Desarrollo", N° 8, CELADE - División Población, Santiago de Chile, 2000.

DELIBES, Miguel; *La hoja roja*, 12° ed., Barcelona, Destino, 1993.

DEPARTAMENTO DE SALUD Y SERVICIOS HUMANOS - INSTITUTOS NACIONALES DE SALUD - INSTITUTO NACIONAL SOBRE EL ENVEJECIMIENTO*, El ejercicio y su salud. Su guía personal para mantenerse sano y fuerte*, EEUU, 2001.

DIEZ, Francisco; TAPIA, Gabriela (Gachi); *Herramientas para trabajar en mediación,* 1° ed, 1° reimpr, Buenos Aires, Paidós Mediación, 2000.

DIRECCIÓN NACIONAL DE LA TERCERA EDAD; *Informe sobre Tercera Edad en la Argentina*, Presidencia de la Nación, 2000.

DONOLO, Carlo; *El sueño del buen gobierno. Apología del régimen democrático,* trad. Daelli, Buenos Aires,Nueva Visión, 1994.

DONZIS, Rubén H. ; *La caída del imperio. Una óptica sociológica de la crisis, pobreza y medios, del estado de bienestar a la reforma del estado,* Buenos Aires, Estudio.

DREW DAYS III; *"Acción afirmativa"* en *Derecho y grupos desaventajados* comp. Roberto Gargarella, trad. Roberto Gargarella en colaboración con Gustavo Maurini y Paola Bergallo, 1° ed, Barcelona, Gedisa, 1999.

DROMI, José Roberto;*El poder judicial,* 3° ed.,1° reimpr, Buenso Aires, Ciudad Argentina, 1984.

DROMI, Roberto; *Los jueces ¿Es la justicia un tercio del poder?,* Buenos Aires, Ciudad Argentina,1992.

DUGUIT, León; *Las transformaciones del derecho. Público y privado.*, Buenos Aires, Heliasta, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1999.

DWORKIN, Ronald; *El imperio de la justicia*, 2° ed, trad. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992.

DYER, Christopher; *Niveles de vida en la Baja Edad Media. Cambios sociales en Inglaterra c. 1200-1520,* trad. Maiona Vilalta, Barcelona, Crítica, 1991.

ELIZASU, Carolina; *La animación con personas mayores*, 7°, Madrid, CCS, 2005.

ENTELMAN, Remo F.; *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy; “Apuntes sobre las dificultades existentes para la protección de los derechos sociales en el modelo de jurisdicción constitucional español” en *Economía, constitución y derechos sociales***,** coord. G. J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, 1997.

FAIRHURST, Eileen; MOUNTIAN, Ilana; SIXSMITH, Judith; "Consideracoes sobre servicos de advocacy para pessoas idosas no contexto de revitalizacao urbana" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 167 y ss.

FARINA, Juan M.; *Justicia. Ficción y realidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

FASSÓ, Guido; *Historia de la Filosofía del derecho. Tomo III: Siglos XIX y XX,* 3° ed, trad. José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1983.

FERNADEZ BALLESTEROS, Rocío; "Evaluación de los servicios para la Tercera Edad" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, Inserso, 1991, págs. 363 y ss.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; "El daño al proyecto de vida" en *Derecho PUC* (revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica), N° 50, Lima, diciembre 1996.

FERNANDEZ SOLA, Natividad (coord.); *Unión europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional,* Madrid, Dykinson.

FERNANDEZ, Eusebio; *Teoría de la justicia y derechos humanos,* 1°ed. ,1° reimpr., Madrid, Debate, 1984.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Andrés Ibánez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Nohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, 2° ed, Madrid, Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi; "Sobre los derechos fundamentales" en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, Nº 15, julio – diciembre 2006.

FERRAJOLI, Luigi; *Pasado y futuro del estado de derecho* en “Revista internacional de filosofía política” Nº 17, 2001, UNED, España, pág. 31 a 45.

FERREIRA, Isabel; "Derechos humanos y discapacidad: legitimación activa de la Defensoría del Pueble de la Ciudad de Buenos Aires en materia de discapacidad y derecho a la accesibilidad" en JA 2002-II-1405.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.); *Derecho Procesal Constitucional*, 4°ed, México, Porrúa, 2003.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Procesos colectivos*. *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, 2° ed, México, Porrúa, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; Compendio de Derecho Procesal Constitucional. Legislación, prontuario y bibliografía, México, Porrúa, 2005.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coord.); *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho,* Tomo IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, México, Porrúa, 2008.

FERREYRA DE DE LA RUA, Angelina; GONZALEZ DE LA VEGA, Cristina; Lineamientos para un proceso civil moderno. La simplificación procesal. Medios alternativos de resolución de conflictos, Buenos Aires, Ediar, 1997.

FITZGERALD, Ross; *Human Needs and Politics*, Sidney, Pergamon Press, 1977.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison; *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio,* 1° ed, México, Limusa, 1992**.**

FONS, Sergio Gabriel; MARRAZZO, Laura Marcela; *Discriminación y delincuencia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002.

FRAIÑAS DULCE, María José; *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmodern",* Madrid, Dykinson, 1997.

FRANK, Eduardo; *Vejez, Arquitectura y Sociedad,* Buenos Aires, Paradiso, 1998.

FRIED SCHMITMAN, Dora (comp.); *Nuevos paradigmas, cultura y subjetividades,* 1° ed., Buenos Aires, Paidós, 1994.

FRIED SCHNITMAN, Dora (comp.); *Nuevos paradigmas en la resolución de conflctos. Perspectivas y prácticas,* Buenos Aires, Gránica, 2000.

FROLIK, L. y KAPLAN, R.; *Elder Law in a nutshell*, 3º ed., St. Paul, Thomson West, 2003.

FROMM, Erich; *Ética y psicoanálisis*, trad. Heriberto F. Morck, México, FCE, 1953;

FROMM, Erich; *La condición humana actual,* trad. G. Steenks, Barcelona, Paidós, 1981;

FROMM, Erich; *Marx y su concepto del hombre*, trad. Julieta Campos, México, FCE, 1978.

FUCITO, Felipe; *La transformación del servicio judicial. Aspectos sociológicos*, Buenos Aires, Secretaría de Justicia- Subsecretaría de Asuntos Legislativos, 1989.

FUNDACIÓN PODER CIUDADANO; *Hoy por hoy. Quién es quién en la justicia,* 1° ed., 1° reimpr, Buenos Aires, Perfil, 1998.

FUSTER, Sergio Luis; VELÁZQUEZ, Rodolfo; *La ancianidad en los ojos del cine,* 1° ed., Rosario, Ciudad Gótica, 2005.

GAFO, Javier (ed.); *Etica y Ancianidad,* Madrid, Fundación Humanismo y Democracia-Junta de Castilla León- Universidad Pontificia Comillas, 1995.

GARCES FERRER, Jordi; *Administración Social Pública. Bases para el estudio de los Servicios Sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio; "Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconsitucionalismo" en *Teoría del neoconstitucionalismo* (CARBONELL, M. - ed.), Madrid, Trotta, 2007.

GARCÍA CONDE, Soledad (coord.); *"La situación de los adultos mayores en la Ciudad de Buenos Aires"* en *Informe de Situación Social de la Ciudad de Buenos Aires*, G.C.B.A., 2003, pág. 10).

GARCÍA FÉREZ, José; "Bioética y Personas Mayores" en *Informes Portal Mayores,* N° 4, 2003.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso; *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GARCÍA MENDEZ, Emilio (comp.); *Infancia y democracia en la Argentina*, Buenos Aires, 2004.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; CARRANZA, Elías; *Infancia, adolescencia y control social en América Latina (Argentina/Colombia/Costa Rica/Uruguay/Venezuela)*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

GARCÍA MINGUEZ Jesús (coord.); *I Jornadas sobre personas mayores y educadores sociales (18, 19 y 20 noviembre),* Granada, Grupo Editorial Universitario, 1998.

GARCÍA MINGUEZ Jesús (coord.); *Programas de Educación Intergeneraciónal. Acciones estratégicas,* Madrid, Dykinson, 2005.

GARCÍA PINTOS, Claudio C. ; *La familia del anciano también necesita sentido. Sobre la orientación psicogerontológica familiar,* Buenos Aires, San Pablo, 1993.

GARCÍA PINTOS, Claudio; *El círculo de la vejez. Sobre la psicología normal de la persona que envejece,* Buenos Aires, Almagesto-Fundación Ross, 1993.

GARCÍA SANZ, Benjamín (coord.); *Envejecimiento en el mundo rural: problemas y soluciones,* 1° ed., Madrid, INSERSO, 1997.

GARGARELLA, Roberto (comp.)**;** *Derecho y grupos desaventajados*, trad. Roberto Gargarella en colaboración con Gustavo Maurini y Paola Bergallo, 1° ed, Barcelona, Gedisa, 1999.

GARGARELLA, Roberto; "Primeros auntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales? En *Jueces para la democracia*, 31/05/2007.

GARGARELLA, Roberto; *El derecho a la protesta. El primer derecho,* 1° ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

GARGARELLA, Roberto; *El derecho a resistir el derecho,* Buenos Aires, Miño y Dávila, 2005.

GARGARELLA, Roberto; *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política,* Barcelona, Paidós, 1999.

GATTARI, Carlos Nicolás; *Abogado.Escribano. Juez. Mediador. Registrador,* Buenos Aires, Depalma,1998.

GAUTHIER, David; *La moral por acuerdo,* 1° ed, trad. Alcira Bixio, Barcelona, Gedisa, 1994.

GEERTZ, Clifford; *Los usos de la diversidad*, Barcelona, Paidós, 2006.

GELEHRTER DA COSTA LOPES, Ruth; "Diversidades na velhice: reflexoes" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 87 y ss.

GEORGIADOU, Effie; "Papel del voluntariado" en AA.VV; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

GEREZ AMBERTÍN, Marta; *La culpa en el sujeto de la pena* en *La trama de papel*, Bs. As, Galerna, 2005.

GHERSI, Carlos A. (coord.); *Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona,* Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 1997.

GHERSI, Carlos A.; "Proceso de cuantificación de daños. Los conceptos de calidad de vida y pobreza" en SJA 3/10/2007.

GIALDINO, Rolando E.; "La pobreza extrema como violación del derecho de toda persona a la vida y a no ser sometida a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros derechos humanos" en JA 2003-I-1079;

GIDI, Antonio; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para iberoamérica,* 2° ed, México, Porrúa, 2004.

GIDI, Antonio; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.); La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para iberoamérica, 2° ed., México, Porrúa, 2004.

GIDI, Antonio; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, 2° ed., México, Porrúa, 2004.

GIOVAGNOLI, Dora; "Internación geriátrica y salud. Una perspectiva desde la Terapia Ocupacional" en *Derecho en los Geriátricos. Una aproximación interdisciplinaria*, Rosario, s/p 2003.

GIOVAGNOLI, Dora; *Prevención Primaria en Niños y Ancianos con Proceso de Retraimiento*, Universidad Abierta Internacional, tesis de Licenciatura, Rosario, s/p, 1998.

GODINHO, Robson Renault; *A protecao processual dos Direitos dos Idosos,* Río de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

GOFFMAN, Erving; *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu, 1970 (*Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, 1961).

GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al derecho. La Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes,* 6° ed, Buenos Aires, Depalma, 1996.

GOLPE, Laura; ARIAS, Claudia Josefina (ed.); Sistemas formales e informales de apoyo social para adultos mayores. Aportes de una investigación

científica al campo de la Gerontología Institucional, Mar del Plata, Suarez, 2005.

GOMEZ ADANERO, M.; GÓMEZ GARCÍA, J. A. y otros; *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica Jurídica*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2006.

GÓMEZ, María; SABEH, Eliana N.; "Calidad de vida. Evolución del concepto y su influencia en la investigación y la práctica" en *Revista del Instituto de Integración en la Comunidad* (INICO), Universidad de Salamanca (España), www.usal.es/~inico/investigación/invesinico/calidad , 03/03/2008).

GORDILLO, Agustín (ed.); *Derechos Humanos. Doctrina, casos y materiales. Parte General.,* 2°ed., 1° reimpr., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997.

GOTTHEIL, Julio y SCHIFFRIN, Adriana (comp); *Mediación: una transformación en la cultura*, 1° ed, Bs. As., Padiós, 1996.

GOZAÍNI, Osvaldo A.; "El debido proceso en la actualidad" en *Revista de Derecho Procesal*, Rosario, Zeus, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo A.; *La justicia constitucional. Garantías, proceso y tribunal constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

GRACIA, Diego; *Fundamentos de Bioética,* 1° ed**,** Madrid, EUDEMA (Ediciones de la Universidad Complutense, S. A.), 1989.

GRANJEL, L. S.; *Historia de la vejez: Gerontología. Gerocultura. Geriatría*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1991.

GROBA, Gabriela; FUSTINONI, Alberto Mario; *Población vulnerable en la Cuidad de Buenos Aires. Hogares de Día para la tercera edad. Un estudio de caso,* Buenos Aires, Gobierno de la ciudad de Buenos Aires-Centro de Documentación en Políticas Sociales, 2001.

GROSMAN, Cecilia; "Luces y sombras de la Ley de protección contra la violencia familiar. Ley N° 24.417" en *Perspectivas Sistémicas,* N° 35, 1995.

GROSMAN, Cecilia; MARTINEZE ALCORTA, Irene; "La responsabilidad alimentaria en la familia ensamblada" en *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia*, Mendoza (Argentina), 1998, pags. 220-223.

GROVER DUFFY, Karen; GROSCH, James; OLCZAK, Paul V.; La mediación y sus contextos de aplicación. Introducción para profesionales e investigadores, 1° ed., Barcelona, Paidós, 1996.

GRÜN, Ernesto; *Una visión sistémica y cibernética del derecho. En el mundo globalizado del siglo XXI,* 1° ed, Buenos Aires,Dunken, 2004.

GUADALAJARA OLMEDA, Natividad; *Análisis de costes de centros residenciales,* 1° ed., Madrid, INSERSO, 1996.

GUARDINI, Romano; "Las edades de la vida" en *La aceptación de sí mismo*, trad. Valverde, 5° ed, Buenos Aires, Lumen, 1994.

GUASTINI, Riccardo; "La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *Neoconstitucionalismo(s),* ed. Miguel Carbonell, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.

GUASTINI, Riccardo; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho,* trad. Jordi Ferrer i Beltrán, 1° ed, Barcelona, Gedisa, 1999.

GUASTINI, Riccardo; *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.

GUIBOURG, Ricardo; *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral,*1° ed, México, Fontamara, 1997.

GUIDO, Patricia; MINGORANCE, Daniel; "Cuidadores y cuidados. Vínculos y dependencia: del malestar al bienestar" en *Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, págs. 85-92.

GUILLEMARD, Anne Marie, *Análisis Comparativo de las Políticas de vejez en Europa*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, Inserso, 1992.

HART, H. L. A.; *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

HEPPLE,Bob y SZYSZCZAK, Erika M.; *Discrimination: The limits of Law,* NY, Mansell, 1992.

HERNANDEZ GIL, Antonio; *Problemas epistomológicos de la ciencia jurídica,* 2°, Madrid, Civitas, 1981.

HERNANDEZ SAMPIERI, **Roberto**; **FERNÁNDEZ-COLLADO**, **Carlos**; **BAPTISTA LUCIO**, **Pilar**; *Metodología de la investigación*, 4°, México, Mc Graw Hill, 2006.

HERNANDEZ, Antonio María (h); *El caso "Fayt" y sus implicaciones constitucionales*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001.

HERRENDORF, Daniel; *Los derechos humanos ante la justicia. Garantía de la libertad innominada,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

HIGHTON, Elena; *Justicia en cambio*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003.

HIRUELA, Omar F.; HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María del Pilar; "El denominado *testamento vital* y derecho de morir dignamente" en JA 2004-IV-1111.

HITTERS, Juan Carlos; *Derecho Internacional de los derechos humanos (tomos I y II),* Buenos Aires, Ediar, 1991.

HOBSBAWN,Eric; *Historia del siglo XX,* trad. Juan Faci, Cérmen Castells y Jordi Ainaud, 6° ed., Buenos Aies, Crítica, 2005.

HOERSTER, Norberto; *En defensa del positivismo jurídico*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1992.

HOOFT P. F.; CHAPARRO, E.; SALVADOR H. *(comp*.); *Libro de comunicaciones de la VII Jornadas Argentinas de Bioética y Jornadas Latinoamericanas de Bioética,* Rosario, Suarez, 2001.

HOOFT, Pedro Federico; *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, Buenos Aires, Depalma, 1999.

HUENCHUAN NAVARRO, Sandra; "Marco legal y de políticas a favor de las personas mayores" en América Latina en *Población y desarrollo*, N° 51, Celade-Cepal-Unfpa (Naciones Unidas), Santiago de Chile, 2004.

HUENCHUAN, Sandra; MORLACHETTI, Alejandro; "Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina" en *Notas de Población* N° 85, Cepal, 2007.

IACUB, Ricardo; "Ética y Demencia" en *El fantasma de la Vejez* , ed. Salvarezza. Buenos Aires, Teckné, 1995.

IACUB, Ricardo; "La Postgerontología: hacia un renovado estudio de la gerontología" *en Revista Latinoamericana de Psicología*, volumen 34. Números 1-2 155-157, Bogotá, 2002.

IACUB, Ricardo; “El rol del Psicólogo en el Geriátrico” en Tiempo - Portal de la Psicogerontología, N ° 9- Diciembre – 2001 .

IACUB, Ricardo; “Familia y Vejez: la abuelidad” en Tiempo - Portal de la Psicogerontología, N ° 8- Agosto- 2001.

IACUB, Ricardo; “Historia del discurso psicoanalítico sobre la vejez: la regresión” en *Revista Tiempo el Portal de la Psicogerontología*, N ° 7, Abril, 2001.

IACUB, Ricardo; “La vejez en la universidad. Una experiencia académica de diez años de duración” en *El Envejecimiento* ed. L. Salvarezza, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

IACUB, Ricardo; *Erótica y vejez. Perspectivas de occidente*; Buenos Aires, Paidós, 2006.

IACUB, Ricardo; *Estéticas de la existencia*, en “Desafíos y logros frente al bienestar en el envejecimiento*”*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, págs. 13-30.

IACUB, Ricardo; *Proyectar la vida. El desafío de los mayores*, Buenos aires, Manantial, 2001.

IMBAULT-HUART, Marie-José; "La viellesse: état pathologique ou ultime equilibrie de vie?" en *Asclepio*, vol. XXXV, 1983, págs. 301 y ss.

IMSERSO; *Cuidados en la vejez. El apoyo informal,* 1° ed, 2° reimpr, Madrid, Imserso, 1999.

IMSERSO; *Personas Mayores y Residencias. Un modelo prospectivo para evaluar las residencias*, Tomo I y II, 1° ed., Madrid, Imserso, 2000.

INDEC; *Aquí se cuenta - Revista informativa del Censo* 2001, Indec, N° 6, agosto 2003.

INDEC; *Estructura demográfica y envejecimiento poblacional en la Argentina.*

INSALUD, *Programa de atención domiciliaria con equipo de soporte (ESAD),* Madrid, Insalud (Instituto Nacional de la Salud), Madrid, 2000.

INSALUD; *Programa de atención a las personas mayores,* Madrid, Insalud, 1999.

INSALUD; *Programa de Atención Domiciliaria con Equipo de Soporte (ESAD),* Madrid, Insalud, 1999.

INSERSO; *El ocio en la tercera edad: programa de vacaciones,* 1° ed., Madrid, Inserso,1989.

INSERSO; *La atención a las personas mayores. Innovaciones importantes en tres países europeos,* 1°ed., Madrid, INSERSO, 1993.

INSERSO; *La tercera edad en España: necesidades y demandas. Un análisis de la encuesta sobre necesidades sociales y familiares de la tercera edad***,** Madrid, Inserso, 1991.

INSERSO; *Preparación para la jubilación (Jornadas Internacionales - 26 y 27 de noviembre 1990, Palma de Mallorca),* Madrid, UDP, 1992.

INSSP; Libro de trabajos de las 6tas jornadas regionales de epidemiología y promotores de salud de la región centro, Mar del Plata, INSSP,1999.

INSSP; Normas y criterios vinculados a la calidad prestacional y atención a la salud, 3° ed., Mar del Plata, INSSP, 2000.

ISERN, Mariana; "Las estructuras de las revoluciones científica en el Derecho. Una aproximación", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* N° 9, 2005/6, pág. 13-41.

JAEGER, Werne; *Paideia: los ideales de la cultura griega*, 2°ed., 5° reimpr., trad. Goas, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

JANI-LE BRIS, Hannelore; *Cuidado familiar de las personas de edad avanzada en la Comunidad Europea,* Dublin, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, 1993.

JIMENEZ CANO, Roberto M; *Una metateoría del Positivismo Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

JIMENEZ, Eduardo Pablo; *Los derechos humanos de la tercera generación,* Buenos Aires, Ediar, 1997.

JOSEPH, **Isaac**; *Erving Goffman y la microsociología*, Barcelona, Gedisa, 1999.

KELSEN, Hans; *Teoría pura del derecho,* 4° ed, 3° reimpr, Buenos Aires, Eudeba, 2004.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.); *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Tomo I, II y III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.); HERRERA, Marisa (coord.); *La familia en el nuevo derecho*, Tomo I y II, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.); *Protección contra la violencia familiar*. Ley 24.417, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. (coord.); Nuevos perfiles del derecho de familia, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; "Las acciones positivas" en *Jueces para la democracia*, N° 4, 2001, pág. 49-69.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un Derecho de la Ancianidad?" en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, N° 1, 2006, pág. 37-68.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; "Las relaciones entre la bioética y el derecho. Sus repercusiones para la genética humana" en *Genética y Derecho Penal: previsiones en el Código Penal Español de 1995*, coord. Carlos María Romeo Casanoba, 2001, pags. 17-48**.**

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LÓPEZ CABANA, R. M. (direc.); *Derechos y garantías en el siglo XXI*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

KILBER, J. K.; "Age criteria in medicine" en *Archives International of Medicine*, N° 149 (23), 1989, págs. 43 y ss.

KIRCHNER, Alicia M.; *LA BISAGRA. Memoria. Verdad*. *Justicia*. *Organización Social*, Buenos Aires, Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales - Ministerio de Desarrollo Social (Poder Ejecutivo Nacional), 2007.

KITTO, H.D. F.; *Los griegos*, 12° ed., trad. D.L. Garasa, Buenos Aires, Eudeba, 1980.

KRAUT, Alfredo Jorge; *Los derechos de los pacientes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

KYMLICKA, Will; *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías,* 1° ed, trad. Carme Castells Auleda, Buenos Aires, Paidós,1996.

LAFOREEST, J.; Introducción a la gerontología. El arte de envejecer, Barcelona, Herder, 1991.

LAMBER, Joseph E. (Chief Justice*); The Age of "Therapeutic Justice",* The Lane Report, "Foward Thinking Kentuckians, 2000, en www.kybiz.com (23/05/05);

LAPENTA, Eduardo Víctor; "Aportes para la comprensión de la dinámica del proceso judicial" en *Cartapacio*, Vol 6, Azúl, 2003.

LAPENTA, Eduardo Víctor; "La crisis de la jurisdicción. Actividad jurisdiccional y administrativa" en *Cartapacio*, Vol. 5, Azúl, 2003.

LAPORTA, F. J. y GARZÓN VALDÉS, E. ; *El Derecho, la Justicia,* Madrid, Trotta, 1996.

LAPORTA, Francisco J., "El principio de igualdad: Introducción a su análisis", en *Sistema,* N° 67, julio de 1985.

LAPORTA, Francisco J., "Problemas de la igualdad*",* en *El concepto de igualdad,* compág Amelia Valcárcel, Madrid, Pablo Iglesias, 1994.

LAPORTA, Francisco; "Sobre el concepto de Derechos Humanos" en *Doxa*, N ° 4,1987.

LARENZ, Karl; *Metodología de la ciencia del derecho,* Barcelona, Ariel, 1994;

LASSALLE, Ferdinand; *¿Qué es una constitución?,* Introducción de Franz Mehring, trad. W. Roces, Buenos Aires, Siglo XX, 1964.

LAVIÑA, Felix; *Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos,* Buenos Aires, Depalma, 1987.

LEHER, Ursula; *Psicología de la senectud*, trad. Alfredo Guera Miralles, Barcelona, Herder, 1980.

LERER, Silvio; "La mediación y los abogados en Mediación: una transformación de la cultura" en *Mediación: una transformación en la cultura*, comp. Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, 1° ed, Bs. As., Padiós, 1996.

LERNER, Natán; *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación,* México, CNDH, 1991.

***LEVÍN, Silvia*;** "Políticas sociales y derecho de la ancianidad" en *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria*, coord. María Isolina Dabove Caramuto y Adolfo Benjamín José Prunotto Laborde; Rosario, Juris, 2006.

LEWIN, Roger; *Complejidad. El caos como generador del orden*, trad. J.G. López Giux, Barcelona, Tusquet, 1995.

LIBRO BLANCO. *Atención a las personas en situación de dependencia en España*, 1° ed, Madrid, 2005.

LINCK, Delfina; *El valor de la mediación,* Buenos Aries, Ad-Hoc, 1997.

LLORENS, Luis Rogelio; RAJMIL, Alicia Beatriz; "Derecho de Autoprotección" en *Instituto de Derecho e Integración*, N° 1, año 1, Rosario, IdeI, 2009, pág. 47 y ss.

LLOYD-SHERLOCK, Peter; *Ancianidad y pobreza en el mundo en desarrollo. Las villas miseria de Buenos Aires*, trad. Soledad Laclau, 2°, Buenos Aires, Ciepp, 1999.

LOLAS STEPKE, Fernando; *Bioética y Antropología Médica,* Santiago de Chile, Mediterraneo, 2003.

LOLAS, Fernando;"Estudio cualitativo de la calidad de vida en el senescente. Una propuesta metodológica." en *Vertex*, N° 29, Rev. Argentina de psiquiatría, Vol. VIII, 1997.

LÓPEZ DOBLAS, Juan; *Personas mayores viviendo solas*, Colección Estudios, Serie Personas Mayores, 1°ed, Madrid, Imserso, 2005.

LÓPEZ GARCÍA, J. A. Y DEL REAL, T. A. ; *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho,* Madrid, Dykinson, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis; *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos del Derecho, 1° ed,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

LOSADA, A.; *Edadismo: consecuencias de los estereotipos, del prejuicio y la discriminación en la atención a las personas mayores. Algunas pautas para la intervención,* Madrid, Portal Mayores (Imserso), 2004.

LUCERO ESEVERRI, Roberto Augusto; "El notario: intérprete necesario de voluntades autorreferentes" en *Instituto de Derecho e Integración*, N° 1, año 1, Rosario, Idel, 2009, pág. 77 y ss.

LUDI, María del Carmen; *Envejecer en un contexto de (des) protección. Claves problemáticas para pensar la intervención social*, 1° ed, Buenos Aires, Espacio, 2005.

LURIA; A. R. ; *El hombre con su mundo destrozado,* trad. Floreal Mazía, 1° ed., Barcelona, Granica, 1973.

LYOTARD, Jean-François; *La condición postmoderna*, trad. Mariano Antolín Rato, Buenos Aires, Rei, 1995.

MACCORMICK, Neil; *Derecho Legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, trad. M. D. González Soler, Madrid, Tecnos, 1990.

MACHADO PELLONI, Fernando M.; "El médico, el paciente y el derecho a una muerte digna (Introducción a un análisis liberal-restrictivo)" en *JA* 1999 - III-792.

MACINTYRE, Alasdair; *Historia de la ética,* trad. Roberto Juan Walton, 1° ed., 6° reimpr., Buenos Aires, Paidós, 1998.

MACKINNON, Catharine; *Feminism Unmodified*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

MACKINSON, Gladys J.; "Sobre la dignidad y la calidad de vida" en *JA* 1999-IV-927.

MAINETTI, J. A.; "Bioética en el umbral del nuevo milenio: el paradigma biético de la medicina" en *Bioética desde América Latina,* Año I, N° 2, UNR, Rosario, 2001.

MANERO, Juan Ruiz; *Jurisdicción y normas,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

MAÑÓS, Quico; *Animación estimulativa para personas mayores discapacitados*, Madrid, Narcea, 1998.

MARCUSE, Herbert; *El hombre undimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, trad. Antonio Elorza, Barcelona, Seix Barral, 1968.

MARIOTTI, Fabían; *Juegos y recreación,* 2° ed, Buenos Aires, El Kodomo, 1999.

MARTÍN, Miguel Angel; "Regateo en mediación y negociación" en *L@ revista*, Mediadores en red, N° 6, año II, 2004.

MARTINEZ ESTAY, José Ignacio; "*Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos"* en *Revista Chilena de Derecho*, N° especial, pág. 59-64, 1998.

MASIÁ, J.; *Bioética y antropología*, Ediciones Universidad P. Comillas, Madrid, 1998.

MASLOW, Abraham; "A theory of Human Motivation" en *Psichological Review*, vol. 50, 1943, págs. 370-396.

MASLOW, Abraham; *Motivation and Personality*, New York, Harper, 1954.

MEDINA, Graciela; WINOGRAD, Carolina*;* "El valor de la autonomía de la voluntad ante la decisión de la muerte (El caso de Ms. B.)" en JA 2002-II-979;

MELO, Artemio Luis; STRUBBIA, Mario**;** *La mediación papal y el conflicto austral,* Buenos Aires, Depalma, 1981.

MENDEZ COSTA, María Josefa; *"Los ancianos en la legislación civil"* en *La Ley*, t.1983-A.

MENDEZ GONZALEZ, Elsa; *Lineamientos generales para mejorar la calidad de vida de las personas mayores que residen en hogares para ancianos*, 2003 (profesora Escuela de Enfermería, Universidad de Costa Rica) (www.redadultosmayores.com.ar 04/04/08).

MENDOZA ESCALANTE, Mijail; "Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano" en *Pensamiento Constitucional*, N° 10, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.

MEROI, **Andrea;** "El Derecho Procesal y su inserción en la Teoría General del Derecho" en *Revista de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, vol. 28, 2004.

MEROI, Andrea; "Iura novit curia y decisión imparcial" en *Ius et Praxis*, vol. 13, Nº 2, 2007.

MILL, John Stuart; *Sobre la libertad,* 1° ed., 7° reimpr., Madrid, Alianza, 1991.

MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana; *Constitución y derechos humanos. Jurisprudencia nacional e internacional y técnicas para su interpretación,* Buenos Aires, Depalma-Astrea,1991.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Plan Nacional de Reforma Judicial. Propuestas para la Reforma del sistema de justicia. Nueva Justicia siglo XXI*, Buenos Aires, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, 1999.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN; *El sistema judicial,* PRONATASS (Programa Nacional de Asistencia Técnica para la Administración de los Servicios Sociales en la República Argentina), Gob.Arg/ BIRF/PNUD, 1994.

MINOIS, Georges; *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, trad. Celia María Sánchez, Madrid, Nerea, 1989.

MIRANDA, Jesús; "Aportaciones sociológicas a la gerontología y geriatría" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, Inserso, 1991, págs. 245 y ss.

MOIX MARTINEZ, Manuel; *Bienestar Social*, 2° ed, Madrid, Trivium, 1986.

MONTERO AROCA, Juan; "El Derecho Procesal en el siglo XX" en *www.academiadederecho.org*

MONTERO GARCIA, Feliciano; Los seguros sociales en la España del siglo xx. Orígenes y antecedentes de la previsión social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

MONTES DE OCA, Verónica; HEBRERO Mirna; "Dinámica familiar, envejecimiento y deterioro funcional en México" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 143 y ss.

MORAGA, Manuel; "Nuevas respuestas de cuidados a los ancianos" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, Inserso, 1991, págs. 251 y ss.

MORAGAS MORAGAS, Ricardo; "Preparación para la jubilación en Europa" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, Inserso, 1991, págs. 273 y ss.

MORAGAS, R. ; "Gerontología, profesiones, y enfoque interdisciplinario" en *Revista Española de Geritaría y Gerontología*, N° 27, 1992.

MORATALLA, A. Domingo, "Etica y ancianidad: entre la tutela y el respeto" en *Ética y ancianidad*, Madrid, Fundación Humanismo y Democracia - Junata de Castilla-León-Universidad Pontificia Comillas, 1995.

MORELLI, Mariano G.; "Los <principios de la Bioética>. Análisis Crítico" en *Libro de comunicaciones de la VII Jornadas Argentinas de Bioética y Jornadas Latinoamericanas de Bioética,* comp P. F. Hooft, E. Chaparro, H. Salvador, Rosario, Suarez, 2001.

MORELLO, Augusto M., *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, 1994.

MORELLO, Augusto M., *La justicia frente a la realidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.

MORELLO, Augusto M., *Tendencias dominantes en la litigación civil. Los Congresos internacionales de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.

MORELLO, Augusto M.; "El proceso justo y las garantías jurisdiccionales" en *Derechos y garantías en el siglo XXI,* direc. Aída Kemelmajer De Carlucci y r. M. López Cabana, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999

MORELLO, Augusto M.; BERIZONCE, Roberto O.; HITTERS, Juan C.; NOGUERIRA, Carlos A.; *La justicia entre dos épocas,* La Plata, Platense, 1983.

MORELLO, Augusto M.; *Los abogados,* 2° ed. Ampliada, La Plata, Platense, 1999.

MORELLO, Augusto M; *Emergencia judicial* en JA-1994-III-959.

MORENO, Inés; *El juego y los juegos,* 1° ed, Buenos Aires, Lumen, 2005.

MORENO, Inés; *Recreación: proyectos, programas, actividades,* 1°, Buenos Aires, Lumen, 2006.

MORENO, Inés; *Todos tenemos tiempo. Nueva práctica del tiempo libre en el siglo XXI,* Buenos Aires, Humanitas, 1994.

MORESO, José Juan (eds.); *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994.

MORESO, José Juan; "Comanducci sobre neoconstitucionalismo" en *Isonomía*, Nº 19, octubre 2003.

MORIN, Edgar; *Introducción al pensamiento complejo*, 1º ed., 9º reimp., trad. M Pakman, Barcelo, Gedisa, 2007.

MUGUERZA, Javier; *El fundamento de los derecho humanos,* 1°ed., Madrid, Debate, 1989.

***NASH ROJAS, Claudio*;** "Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros" en *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)*, N° 67, 2005.

NEUMAN, Elías; *Mediación y conciliación penal,* Buenos Aires, Depalma, 1997.

NICOLAU, Noemí L.; "Significación de la metodología trialista aplicada a la construcción de las nociones jurídicas. (Un ejemplo: el derecho a la calidad de vida)" en *Dos Filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio*, coord. Ciuro Caldani, Miguel Angel, 1°, Rosario, FIJ, 2007.

NICOLAU, Noemí; "Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias" en *La responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidro Goldenberg*, Bs, As, Abeldo-Perrot, 1995.

NINO, Carlos Santiago; "Autonomía y necesidades básicas" en *Doxa*, N° 7, 1990, págs. 21-34;

NINO, Carlos Santiago; "Sobre los derechos morales" en *Doxa*, N° 7, 1990, págs. 311-325.

NINO, Carlos Santiago; *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989;

NINO, Carlos Santiago; *Ética y Derecho Humanos. Un ensayo de fundamentación,* 2° ed ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea, 1989.

NINO, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del derecho,* 2° ed ampliada y revisada, 10° reimpr, Buenos Aires, Astrea-Depalma, 2000.

NINO, Carlos Santiago; *Introducción Filosófica a la Acción Humana*, Buenos Aires, Eudisa, 1987;

NINO, Carlos Santiago; *Un país al margen de la ley*, 3° ed, Bs. As, Ariel, 2005.

NOVELLI, Mariano; *Los derechos constitucionales de los ancianos en la Argentina*, 1° ed, Rosario, FIJ/DUNKEN, 2006.

NOZICK, Robert; *Anarquía, Estado y utopía*, 1° ed, 1° reimpr, trad. Rolando Tamayo, Buenos Aires, Fondo de Cultura Economica, 1990.

NUNES MONIZ, José Manuel; "Cuidar de pessoas idosas: as práticas de cuidados de infermagem como experiencias formadoras" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 39 y ss.

NUSSBAUM, Martha C.; *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* 1°ed, trad. Ramón Vilá Venis (Caps. I-IV) y Albino Santos Mosquera (Caps. V-VII), Buenos Aires, Paidós, 2007.

NUSSBAUM, Matha C.; SEN, Amartya (comps.); *The Quality of Life,* Oxford, Clarendon Press, 1993.

OBLITAS, Luis A. (coord.); *Psicología de la salud y calidad de vida,* México, Thomson Learning, 2004.

OBSERVATORIO DE MAYORES; "Redes y Programas Europeos de Investigación. VI Programa Marco de la Unión Europea (2002-2006)" en *Perfiles y tendencias. Boletín sobre el envejecimiento*, N° 29, Julio 2007.

OBSERVATORIO DE MAYORES; "Servicios sociales para Personas Mayores en España. Enero 2007" en *Perfiles y tendencias. Boletín sobre el envejecimiento*, N° 32, Noviembre 2007.

OBSERVATORIO DE PERSONAS MAYORES; "Naciones Unidas y Envejecimiento Perfiles y tendencias" en *Boletín sobre el envejecimiento*, N° 7, IMSERSO, marzo 2003.

OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO, *La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos. Recomendaciones del Defensor del Pueblo e informes de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología*, Madrid, Oficina del Defensor del Pueblo, 2000;

OMS - PROGRAMA SOBRE ENVEJECIMIENTO Y SALUD, *Envejecimiento saludable. El envejecimiento y la actividad física en la vida diaria*, trad. Guiomar Manso de Zúñiga Spottorno (2002), Ginebra (Suiza), OMS, 1998.

OMS*;* *Problemas de salud mental del envejecimiento y la vejez*, Buenos Aires, Cuadernos de Asistencia Social,1964.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPAS), "Sigamos activos para envejecer bien" en *Boletín de la Organización Panamericana de la Salud*, 1999.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD- Oficina Regional de la OMS; *Actividad física para un envejecimiento activo - Guía regional para la Promoción de la Actividad Física*, Washington, PAHO-OMS, 2002.

ORIA, Jorge Luis; "Los presupuestos de la inhabilitación de los ancianos" en *Rev. La Ley*, T. B, 1975.

OST; Francois; "Jupiter, Hercules, Hermes. Tres modelos de juez y de derecho" en *DOXA*, N°14, 1993.

OUANONO, Daniel Néstor Martín; *Sordera,* Buenos Aires, Dunken, 2006.

OZVER; SCHWIMMER; "Informe sobre una política social a favor de las personas mayores y de su autonomía" en AA.VV; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993,

PAOLA, Jorge PÁG., PENAS, Liliana, FERNÁNDEZ, María del Pilar, PÉREZ, Ofelia, MARTÍNEZ, Laura, DEMARCO, Mónica; *Construyendo el Trabajo Social con Adultos Mayores. Realidad y análisis de los Centros de Día,* 1°, Buenos Aires, Espacio, 2003.

PARDINI BICUDO VERAS, Maura; "Cidadania para todos; uma trajetoria comum" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 9 y ss.

PAREJO ALFONSO, Luciano; *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa,* 1°, Madrid, Civitas, 1983.

PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio; *Curso de derechos fundamentales (I),* Madrid, Eudema, 1991.

PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio; *Derecho y derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

PECES BARBA, Gregorio; *Escritos sobre derechos fundamentales,* Madrid, Eudema, 1988.

PECES BARBA, Gregorio; *Los valores superiores,* 1° ed., 1° reimpr, Madrid, Tecnos, 1986.

PECES-BARBA, Gregorio y FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael; *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución,* Madrid, Dykinson, 2001.

PECES-BARBA, Gregorio y FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio; *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Transito a la modernidad. Siglos XVI y XVII,* Madrid, Dykinson, 1998.

PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael; *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen II: La filosofía de los derechos fundamentales,* Madrid, Dykinson, 2001.

PECES-BARBA, Gregorio y FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS ROIG, Rafael; *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen III: El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema,* Madrid, Dykinson, 2001.

PERELMAN,Ch.; OLBRECHTS TYTECA, L.; *Tratado de la argumentación. La Nueva retórica*, Madrid, Gredos, 1990.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿Luz verde en el Derecho cubano?" en *Instituto de Derecho e Integración*, N° 2, año 1, Rosario, IdeI, 2009, pág. 131 y ss.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; "Concepto y concepción delos derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)" en *Doxa*, N° 4, 1987.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; "Las transformaciones presentes del sistema de los derechos fundamentales" *en La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor* Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho, coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, Tomo IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, México, Trotta, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución,* 5° ed, Madrid, Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio*; "La evolución del estado social y la transformación de los derechos fundamentales"* en *Problemas De Legitimación en el Estado Social,* coord. ENRIQUE OLIVAS, Madrid, Trotta, 1991.

PÉREZ-CEREJUELA, Patricia; "Centro de mayores Miguel de Cervantes" en *Sesenta y más*, N° 233, Imserso; Dic 2004.

PEYRANO, Jorge W.; *El proceso atípico,* Buenos Aires, Universidad, 1993.

PINAZO HERNANDIS, Sacramento; SANCHEZ MATINEZ, Mariano (direc.), *Gerontología. Actualización, innovación y propuestas*, Parson Educación SA, Madrid, 2005.

PINEDA SORIA, Rafael; "La atención institucionalizada y no institucionalizada a la Tercera Edad" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, Inserso, 1991, págs. 343 y ss.

PIPHER, Mary; *Un país desconocido. Invitación a explorar el mundo de nuestros mayores y a acercarnos entregeneraciones,* trad. Elvira Maldonado, Buenos Aires, Norma, 2000.

PISANO, Juan Carlos; *Manual de juegos para jóvenes y no tan jóvenes,* 11° ed, Buenos Aires, Bomun, 2005.

PISARELLO, Gerardo; "Ferrajoli y los derechos fundamentales" en *Jueces para la democracia*, Nº 41, julio 2001.

PISARELLO, Gerardo; "Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 92, mayo – agosto 1998.

PLATÓN; *Diálogos*, vol. I, Madrid, Gredos, 2003;

POCHTAR PSZEMIAROWER, N. y PSZEMIAROWER, N., "Ancianidad y derechos humanos" en *Geriátrica*, vol. 5, Nº 2.

PODER JUDICIAL SANTA FE; *Corte Suprema de Justicia. Diagnóstico - Memoria - Informe,* 2001

PODETTI, Humberto A.; *Política social*, Bs. As., Astrea, 1982.

PORTANTIERO, Juan Carlos; DE IPOLA, Emilio; Estado y sociedad en el pensamiento clásico. Antología conceptual para el análisis comparado, Buenos Aires, Cántaro, 1987.

POTTER, Van Rensselaer; *Bioethics: Bridge to the future*, New Jersey, Prentice Hall, 1971.

POUSADA FERNANDEZ, Modesta; DE LA FUENTE ARNANZ, Javier; "Envejecimiento y cambio cognitivo" en *Gerontología. Actualización, innovación y propuesta*, direc. Sacramento Pinazo Hernandis ; Mariano Sanchez Martinez, Parson Educación SA, Madrid, 2005.

POUSADA FERNANDEZ, Modesta; DE LA FUENTE ARNANZ, Javier; "Trastornos delirantes en el anciano" en *La vejez. Una mirada gerontológica actual,* compág Leopoldo Salvarezza, 1° ed, 2° reimpr, Buenos Aires, Paidos, 2005.

POZZOLO, Susana; "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional" en *Doxa*, Nº 21, 1998, Vol. II.

PRIETO RAMOS, Osvaldo y VEGA GARCÍA, Enrique; *Temas de gerontología*, La Habana, Ed. Científica Técnica, 1996.

PRIETO SANCHIS, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

PRIETO SANCHÍS, Luis; "El constitucionalismo de los derechos" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, Nº 71, mayo-agosto 2004.

PRIETO SANCHIS, Luis; "Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial", en *Doxa*, Nº 15-16, 1994.

PRIETO SANCHÍS, Luis; "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial" en *Neoconstitucionalismo(s),* ed. Miguel Carbonell, UNAM, Trotta, Madrid, 2003.

PRIETO SANCHÍS, Luis; "Tribunal constitucional y positivismo jurídico" en *Doxa*, Nº 23, 2000.

PRIETO SANCHIS, Luis; *Apuntes de Teoría del Derecho,* 2° ed, Madrid, Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis; *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

PRIETO SANCHÍS, Luis; *Estudios sobre derechos fundamentales,* 1° ed., Madrid, Debate, 1990.

PRIETO SANCHÍS, Luis; *Estudios sobre derechos fundamentales*, 1° ed, Madrid, Debate, 1990.

PROGRAMA DE ENVEJECIMIENTO Y CICLO VITAL (OMS); *Envejecimiento activo: un marco político*, trad. Dr. Pedro J. Regalado Doña, Madrid, 2002.

PRUNOTTO LABORDE, Adolfo; *Mediación penal*, Rosario, Juris, 2006

PUGA GONZÁLEZ, María Dolores; *Dependencia y necesidades asistenciales de los mayores en España, una previsión a 2010*, Madrid, Fundación Pfizer, 2001.

QUIROGA LAVIÉ, H.; BENEDETTI, M. A; CENICACELAYA, M. De las N.; Derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; *Constitución de la ciudad de Buenos Aires comentada,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; *La formación del derecho procesal organizacional*, Buenos Aires, H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, 1998.

QUIROZ FERNANDEZ, Juan Carlos*, Congresos Nacionales de Derecho Procesal. Conclusiones. I al XIX Congreso Nacional (1939-1997),* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999 (Revista de Derecho Procesal- Asociación Argentina de Derecho Procesal);

QUIVY, **Raymond**; **CAMPENHOUDT**, **Luc Van**; *Manual de investigación en ciencias sociales*, México, Limusa, 1999.

RACIMO, Fernando M.; *Democracia deliberativa. Teoría y crítica.,* 1° ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

RAJMIL, Alicia Beatriz; "Proyectos legislativos y Derecho de Autoprotección" en *Instituto de Derecho e Integración*, N° 2, año 1, Rosario, IdeI, 2009, pág. 187 y ss.

RAMIREZ IZQUIERDO, Florián; "La cultura del ocio en la jubilación. Socialización, formación y tiempo libre. Programas de vacaciones para la

Tercera Edad" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, Inserso, 1991, págs. 383 y ss.

RAWLS, John; *Teoría de la justicia*, 2° ed, 4° reimpr, trad. María Dolores González México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

RAWLS, John; *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. Miguel Angel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986.

RAWLS, John; *Sobre las libertades*, trad. J. Vigil Rubio, Barcelona, Paidós, 1990.

RAZ, Josep; *Razón práctica y normas*, trad. J. Ruiz Manero, 2° ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

RAZ, Josep; Razonamiento práctico, trad. J. T. Utrilla, México, FCE, 1978.

REDONDO, Nélida; LLOYD-SHERLOCK; Peter; "Institutional Care for Older People in Developing Countries: Repressing Rights or Promoting Autonomy? The Case of Buenos Aires, Argentina*"* en *Working Paper Series*, N°13, University of East Anglia, United Kingdom, 2009.

REDORTA LORENTE, Josep; *Poder y palabra* en "L@ revista", Mediadores en red, Nro 5, año II, 2004.

REICH, Warren (coord); *Encyclopedia of Bioethics*, New York, Free Press, 1978.

RETORTILLO BAQUER, Sebastián Martín; *Derechos fundamentales y constitución,* 1° ed., 1° reimpr., Madrid, Civitas, 1988.

RIDDALL, J.G.; *Teoría del derecho,* 1° ed**,** trad. TsEdi (Teleservicios Editoriales S.L.), Barcelona, Gedisa, 1999.

RIERA, Josep María; Contra la tercera edad. Por una sociedad para todas las edades, Barcelona, Icaria, 2005.

RODRIGUEZ CASTEDO, Angel; "El fenómeno del envejecimiento" en *La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas*, Madrid, Inserso, 1991, págs. 11 y ss.

RODRIGUEZ DOMINGUEZ, Sandalio; *La vejez: historia y actualidad*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1989.

RODRIGUEZ MARTOS DAUER, Ricardo; *El buque mercante. Un análisis sociológico*., Edición Española, 2006 (tesis doctoral en UPC).

RODRIGUEZ MELÉNDEZ, Roberto Enrique; "Derechos fundamentales entre particulares: una introducción a su problemática protección constitucional e internacional" en *Revista del Centro de Documentación Judicial*, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, www.csj.gob.sv del 25/09/2008.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Pilar; "El envejecimiento de las personas con discapacidad" -Crónica del Congreso Internacional "Discapacidad y envejecimiento"-, Oviedo (España), 2001.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Pilar; Residencias para personas mayores. Manual de orientación, 2° ed., Madrid, Ed. Médica Panamericana, 1999.

RODRIGUEZ, María Isabel; *Lo biológico y lo social, su articulación en la formación del personal de salud,* Serie Desarrollo de Recursos Humanos N° 101, OPS- OMS, 1994.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda; *Igualdad y discriminación,* Madrid, Tecnos, 1986.

RONCHETTI, Fernando; "El concepto de calidad de vida como criterio de valoración en el Derecho" en *Investigación y Docencia*, N°39, Rosario, FIJ, 2006.

ROSALES, Pablo O.; "La discapacidad en las leyes 22431 y 24901 y modificatorias: la persona con discapacidad como sujeto de derecho" en *JA* 2002-II-1411.

RUBIO CARRACEDO, José; "¿Derechos Humanos o Derechos liberales?" en *Doxa*, N° 21, tomo II,1998.

RUIZ MIGUEL, Alfonso; "Concepto y concepciones de la igualdad", en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, ed. V. Zapatero, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá de Henares, Vol. I, 2002.

SAGRERA, Martín; *El edadismo. Contra "jóvenes" y "viejos". La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992.

SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992/1998.

SAGÜÉS, Néstor Pedro; SERRRA, María Mercedes, *Derecho Procesal Constitucional de la Provincia de Santa Fe*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoi, 1998.

SAGÜES, Néstor Pedro;*Las escuelas judiciales. Cuadernos para la Reforma de la Justicia,*México, UNAM,1998.

SAGüES, Nestor; "*La protección constitucional especial: niños, adolescentes y ancianos" en La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho,* coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, Tomo IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional, México, Trotta, 2008.

SALVAREZZA, Leopoldo (compág); *La vejez. Una mirada gerontológica actual,* , 1° ed, 2° reimpr, Buenos Aires, Paidos, 2005.

SANCHEZ VERA, Pedro (ed.); *Sociedad y población anciana,* Murcia: Secretariado de publicaciones, Universidad de Murcia, 1993.

SANTOS DE MIRANDA, Danilo; "A marcante contribuicao de duas instituiciones em favor do idoso brasileiro" en *Velhices: reflexoes contemporaneas*, Sao Paulo, Servicio Social do Comercio (SESC), 2006, pág. 7 y ss.

SARTORI, Giovanni; *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros***,** Madrid,Taurus, 2001.

SASTRE ARIZA, Santiago; "Sobre el papel de la ciencia jurídica en el estado constitucional" en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Granada, Universidad de Granada, Nº 35, 2001.

SCHAEFER, Charles E.; *Terapia de juego con adultos,* trad. Psic. Padilla Sierra y Psic. Olivares Bari (UNAM), México, El Manual Moderno, 2005.

SCHEINES, Graciela; *Juegos inocentes, juegos terribles,* 1° ed, Buenos Aires, Eudeba, 1998.

SCIOSCIOLI, Sebastián; "Las razones del derecho a la salud: algunas notas sobre la justificación jurídica y ética de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de atención sanitaria básica en Argentina" en *Workshop sobre Argumentación en el proceso de producción y aplicación del derecho: su relación con la eficacia normativa*, Oñati, 2008.

SEMINARIO INTERNACIONAL CAMINO A MADRID + 5; *Experiencias de iniciativas productivas para adultos mayores: una respuesta a la generación de ingresos*, Santiago de Chile, 19-20 Abril, 2007.

SEN, Amartya; *Equality of what?*, Tanner Lectures on Human Values, en S. Mc Murrin (compág.), Cambridge, Cambridge University Press, 1980

SERRA, María Mercedes; *Procesos y recursos constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1992.

SHAKESPEARE, William ; *El Rey Lear*, trad. Luis Astrana Marín, 14° ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1988.

SIDORENKO, Alexandre, *International Action on ageing: human rights dimension*, Association of American Law Schools, 2008 Annual Meeting, January 2-6, New York, United States, 2008.

SIX, Jean- Francois*; Dinámica de la mediación*, Barcelona, Paidós Mediación, 1997.

SOLARI, Gioele; Filosofía del Derecho Privado, Buenos Aires, Depalma, 1946.

SOLARI, Nestor Eliseo; *La niñez y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires, La Ley, 2002;

SPECTOR, Héctor; *Los jueces y la reforma judicial. Iniciativas judiciales para coadyuvar a la reforma judicial argentina*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001.

SPECTOR, Horacio; "Filosofía de los derechos humanos" en *Isonomía,* N° 15, 2001.

STREJILEVICH, Leonardo; *Gerontología social,* Buenos Aires, Dunken, 2004.

SUARES, Marinés*; Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas,* 1ed, 3ra reimpr, Buenos Aires, Paidós, 2002.

SUPIOT, Alain; *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho,* trad.Silvio Mattoni, 1° ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2007

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando; "Derechos Humanos y la Teoría de derechos. Un criterio" en *Doxa*, N° 9, 1991.

TAYLOR, Paul W.; "Need Statements" in *Analysis*, N° 19-20, 1959-1960, págs. 106-111.

TAYLOR; *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

TERR, Lenore; *El juego: por qué los adultos necesitan jugar,*trad. Núñez Aréchaga, Barcelona, Paidós, 2000.

THOMSON, Garret; Needs, London, Routledge and Kegan Paul, 1987.

TONON, Graciela; *Calidad de vida y desgaste profesional. Una mirada del síndrome de burnout*, 1° ed., Buenos Aires, Espacio, 2003.

TORRENTE GARI, Susana; *Los problemas jurídicos de las situaciones de dependencia en casos de disparidad y minusvalía con causa en el trastorno mental grave. Propuestas hermenéuticas*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias y Sociedad Internacional de Bioética (SIBI), 2005.

TORRES RIVERA, **Lina M.** (ed.); *Ciencias sociales. Sociedad y cultura contemporáneas,* 2°, México, Thomson Learning, 2001.

TÓTORA, Silvana; *Apontamentos para uma ética do envelhecimento*, en "Revista Kairós: Gerontología", Año 1, Vol. 11, Nº 1, Sao Pablo, PUC SP, 2008, págs. 21-38.

TRAVIESO, Juan Antonio; "Derecho a la salud y calidad de vida jurídica" en La Ley Litoral - 2001.

TRAVIESO, Juan Antonio; *Historia de los Derechos Humanos y Garantías. Análisis en la comunidad internacional y en la Argentina,* 2° ed.,mBuenos Aires,Heliasta, 1998.

TREVEYAN, G. M.; *Historia Social de Inglaterra*, trad. Luis Grasset, 1° ed, Barcelona, Planeta Agostini, 1985.

TROISI, Joseph; "Papel de la familia" en AA.VV; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

TRUYOL Y SERRA, Antonio; *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado,* Madrid, Revista de Occidente, 1975.

TRUYOL Y SERRA, Antonio; *Los derechos humanos. Declaraciones y Convenios internacionales,* 2° ed., 1° reimpr., Madrid, Tecnos, 1979.

TULCHIN, Josehs; GARLAND, Allison M*.; Modernización de la Administración de Justicia en la Argentina*, Washington, The Woodrow Wilson Center, 1999.

UZAL, María Elisa; Solución de controversias en el comercio internacional, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.

VALVERDE, José Antonio; Psicología de la Tercera Edad. Soluciones a un mundo en crisis, Madrid, Quorum, 1986.

VATTIMO, Gianni; *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura postmoderna*, trad. Alberto L. Bixio, 4º ed., Barcelona, Gedisa, 1994.

VATTIMO, Gianni; *La sociedad transparente*, trad. Teresa Oñate, Barcelona, Paidós Ibérica, 1990.

VERNENGO, Roberto J.;"Los derechos humanos como razones morales justificatorias" en *Doxa*, N ° 7, 1990.

VIGO, Rodolfo L.; *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial,* Buenos Aires, Depalma, 2000.

VILLANI, Fábio Luiz; "Os aspectos éticos que envolvem a educacao na terceira idade" en *Revista Kairós Gerontología*, V. 11, N. 1, Sao Paulo, 2008, pág. 59 y ss.

VILLARREAL MARTÍNEZ, Mónica; "La legislación a favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe" en *Población y desarrollo*, N° 64, CELADE-CEPAL-UNFPA Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2005.

VILLARREAL MARTÍNEZ, Mónica; *La legislación a favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe* en "Población y Desarrollo", CELADE/CEPAL/UNFPA, n° 64, 2005.

VILLARREAL, Benicio; *Adultos mayores, pensamientos y vida,* Buenos Aires, Dunken, 2004.

VILLAVERDE, María S.; "La respuesta judicial a las personas con discapacidad (El señorío de la llamada del otro a mi responsabilidad respecto a él)" en JA 2002-II-1421.

VINUESA ANGULO, Julio; *El proceso de envejecimiento de la población en Europa y en España*; en "La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas", Madrid, Inserso, 1991, págs. 53 y ss.

VOISIN, Joëlle; "Mantenimiento de las personas mayores dependientes en establecimientos" en AA.VV; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

WALUCHOW, Wilfrid J.; *Positivismo jurídico incluyente,* trad. Marcela S. Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007.

WALZER, Michael; *Las esferas de la justicia*, 1° ed en español, 1° reimpr, trad. Heriberto Rubio, México, Fondo de cultura Económica, 2004.

WEXLER, David*; Therapeutic Jurisprudence: an overview,* Disability Law Symposium Issue: Legal and Treatment Issues.Thomas M. Cooley Law Review, 2000 en www.law.arizona.edu (23/05/05*).*

WHITE, Alan R.; *La Filosofía de la Acción*, trad. Sonia Block, México, FCE, 1976.

WHITE, Alan R.; *Modal Thinking*, Oxford, Blackwell, 1971.

WHITE, Alan R.; *Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1974.

WILBERS, Joachim; "Situación económica de las personas mayores" en AA.VV; *La tercera edad en Europa*, Madrid, Fundación Encuentro, 1993.

WINICK, Bruce J. *; Redefining the role of the Criminal Defense Lawyer at plea bargaining and sentencing: a Ttherapeutic Jurisprudence/Preventive Law Model,* Psychology, Public Policy, and Law 5, 1999.

WINNICOT, D. W.; *Realidad y juego,* trad. Mazia, 1° ed, 10° reimpr, Barcelona, Gedisa, 2005.

YUNI, José; URBANO, Claudio; *Educación de adultos mayores. Teoría, investigación e intervención,*1° ed., Córdoba, Brujas, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo; *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia,* 3° ed, Madrid, Trotta, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo; *El juez constitucional en el siglo XXI* en “Boletín Electrónico de las Casas de la Cultura Jurídica”, Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y Estudios Históricos, Año 2, No. 3, México, Junio-Julio de 2008,

ZOLOTOW, David Mario; *Los devenires de la ancianidad,* Buenos Aires, Lumen, 2002

ANEXOS

A. Experiencia en las residencias para ancianos en Rosario

1. Descripción del dispositivo (folletería)

Facultad de Derecho – UNR
Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad
Directora: Dra. María Isolina Dabove Caramuto
Area Abordaje de Conflictos y Ancianidad
Coordinadora: Abogada Mariana Isern

TALLER DE JUEGOS

Un espacio de salud

-Comunicación, creatividad y participación -

Como la vida se recrea en cada instante, sólo necesita un espacio.
La ancianidad es una etapa de la vida. La institución es un espacio.
Nuestra propuesta consiste en ABRIR UN LUGAR DE JUEGO
para quienes la viven en una institución gerontológica-geriátrica.

Objetivos generales
Brindar herramientas para el mejoramiento de la calidad de vida de los residentes.
Promover espacios de expresión creativa del anciano residente.
Reforzar la actividad autónoma, física e intelectual, de los ancianos residentes.

Duración
Una hora semanal durante 6 (seis) semanas a determinar con la institución

Lugar
En las instalaciones de la institución geronotológica-geriátrica participante

Costo
GRATUITO

Destinatarios
ANCIANOS RESIDENTES LÚCIDOS

Informes
Ab. Mariana Isern - cel. ..... – marianaisern@mixmail.com o
Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad - UNR
Córdoba 2020 - TE 4802635/37 – interno 168 centro_ancianidad@yahoo.com.ar

Objetivos específicos

De mínima – necesarios para conformar un **ESPACIO LÚDICO**

Pasar de lo conocido a lo por conocer, estimula el deseo de aprender algo nuevo

Tomar conciencia que es posible hacer buenos juegos con el material que la sociedad descarta

Adquirir una actitud de superación -y no de negación- frente a los límites. Aún se puede jugar teniendo disminuidas las facultades (visual, auditiva, motora, e inclusive, intelectual).

Participar en actividades lúdicas de manera voluntaria, en un ámbito de respeto mutuo y respeto de las reglas de juego,

De máxima – necesarios para abordar **AUTÓNOMA Y CREATIVAMENTE** los conflictos

Experimentar los cambios producidos en el juego y en los jugadores al modificar las reglas del juego -ora competitivo, ora colaborativo- utilizando los mismo elementos

Ejercitar la creatividad y procurar la productividad personal

Expresar las disconformidades de forma puntual y argumentada, y proponer soluciones creativas para mejorar la situación

Estructura del taller

PRESENTACIÓN. Nombre y consigna para conocernos mejor y recordar las reglas de juego del taller.

ACTIVIDAD LÚDICA. Propuestas de juegos. Procedimiento de elección del juego. Desarrollo del juego adecuado a los gustos de cada miembro del grupo.

CIERRE. Comentarios sobre lo que les gustó y lo que no les gustó del juego del encuentro, o del taller en general. Anotación de las ideas sobre juegos para el próximo encuentro.

Materiales y tipos de juegos

Naipes, dominó, memotest, cuentos, escenificación (disfraces), títeres, lápiz y papel y… **juegos inventados a partir de material de descarte**

Fundamentación

¿Pueden jugar los ancianos? Sí, todos: sanos y enfermos. El juego es una ACTIVIDAD que puede ser terapéutica. SCHEINES, TERR, SCHAEFER y BROWN[766], entre otros, han investigado los caracteres y bondades del juego sano[767] para adultos y ancianos.

¿Saben jugar los ancianos? Nos sorprenderá comprobar que muchos adultos han olvidado como se juega, o bien, los juegos que recuerdan no los pueden realizar ya que, son para niños pequeños, o requieren mucha destreza física como es el caso de los deportes. Entonces, necestian aprender, o reaprender, a jugar.

¿Pueden aprender los ancianos? Sí[768]. Todo anciano sano, no patológico desde el punto de vista psicológico, necesita aprender a vivir de otra forma, dadas las limitaciones con las que se va enfrentando (los cambios biológicos y sociales).

Los ancianos atraviesan por una etapa de CAMBIO y de TOMA DE DECISIONES VITALES. La Dra. DABOVE[769] en su tesis doctoral de Derecho enumera los cambios *biológicos y sociales* que atañen a la ancianidad. Entre los primeros, se cuentan los cambios morfológicos (pérdida de la masa ósea, redistribución del tejido adiposo, debilitamiento de la piel), cambios en los mecanismos reguladores o de control (disminución de la capacidad de termorregulación) y cambios en el funcionamiento de los distintos aparatos del cuerpo humano (urinario, nervioso central, de transmisión nuerohormonal, endocrino, hematológico y los órganos de los sentidos). En cuanto a los cambios *sociales,* podemos citar como ejemplo la identificación con el término "pasivos" que se les

---

[766] SCHEINES, Graciela; *Juegos inocentes, juegos terribles*, 1°, Bs As, Eudeba, 1998 (V. Cap. "Según pesan los años" p. 109 y ss); TERR, Lenore; *El juego: por qué los adultos necesitan jugar*, trad. Nuñez Aréchaga, Barcelona, Paidós Ibérica, 2000; SCHAEFER, Charles E.; *Terapia de juego con adultos,* trad. Padilla Sierra Olivares Bari (UNAM), México, El manual moderno, 2005 (V. Cap. 5 Transformaciones del desarrollo en terapia de grupo con ancianos); BROWN, Guillermo; *Qué tal si jugamos…otra vez…Nuevas experiencias de los juegos cooperativos en la educación popular,* 3°, Bs As, Humanitas, 1992

[767] Sano, en tanto que brinde salud física y psicológica

[768] V. PINAZO HERNANDIS, Sacramento; SANCHEZ MARTINEZ, Mariano; *Gerontología. Actualización, innovación y propuestas*, Madrid, Pearson Education SA, 2005 (V. Cap. 7 Envejecimiento y cambio cognitivo-entrenamiento cognitivo)

[769] DABOVE CARAMUTO, María Isolina; *Los derechos de los ancianos*, Bs As, Ciudad Argentina, 2002, p. 94 y ss.

adjudica en el ámbito del trabajo, marcando toda una distinción entre los que están dentro y fuera del mercado laboral. El Dr. GARCÍA PINTOS[770], en su tesis doctoral en Psicología, presenta la importancia de la decisión que enfrenta el anciano durante el proceso de envejecimiento; entre actitudes que lo llevan a la declinación y muerte, y aquellas que le permiten aventurarse a proyectar nuevamente la vida asumiendo los cambios.

¿Quieren jugar los ancianos? Algunos sí, otros no. Es por eso que este taller es VOLUNTARIO. Se invita a todos, pero sólo jugamos con los que desean participar[771].

¿Tienen un ámbito para hacerlo? En general, no. Pero tampoco existen muchos espacios en la sociedad para que los adultos jueguen sana y creativamente. Son lugares a crear.

En nuestra propuesta BUSCAMOS CREAR UN ESPACIO LÚDICO, en un marco de RESPETO MUTUO y respeto de REGLAS DE JUEGO mínimas. Estas reglas consisten en aceptar en forma voluntaria participar activamente de una hora de juego sano y creativo por semana.

Tenemos en cuenta las limitaciones y los distintos gustos personales para que puedan PARTICIPAR todos en esta actividad física, intelectual y emocional. Si quieren jugar solos, lo pueden hacer, si quieren hacerlo de a dos, también, y si todos quieren jugar juntos, mejor aún. Pero a su vez, buscamos algo más: el abordaje AUTÓNOMO DE CONFLICTOS ENTRE ANCIANOS. Posteriormente se puede pensar en extenderlo a la relación de los ancianos con sus familiares, lo cual redundará en salud para todos en la institución, inclusive la del personal y directivos. La QUEJA repetitiva, monótona y monocorde agota a cualquiera y es de muy poca utilidad para resolver el origen del malestar. Lo que proponemos es fomentar la queja específica y argumentada, ya que la queja genérica y sin fundamentos simplemente paraliza y maldispone, cuando no irrita. Pero la queja puntual y razonada nos da elementos para poder resolver los conflictos. Es un primer paso, pero es un paso necesario. Este taller es la antesala de la mediación entre ancianos, es una ejercitación. Contamos con la ventaja de que si no tienen conflictos o no quieren entrenarse para resolverlos de forma autónoma, igualmente se van a entretener sana y creativamente. Es un entrenamiento para participar de una mediación, no para obrar de mediador. Así como muchos ciudadanos adultos no saben jugar, algunos tampoco saben qué hacer en una MEDIACIÓN; es una lógica distinta a del PROCESO JUDICIAL. La lógica de la mediación está emparentada a la de los juegos COLABORATIVOS, y la del juicio a la

---

[770] GARCÍA PINTOS, Claudio; *El círculo de la vejez. Sobre la psicología normal de la persona que envejece,* Bs As, Almagesto-Fundación Ross, 1993

[771] PINAZO HERNANDIS, Sacramento, ob. cit, (V. Cap. 14 El ocio y la intervención con personas mayores – El desarrollo de un estilo de ocio saludable en la vejez p. 433 y ss)

COMPETITIVA. Es por eso que utilizamos estas herramientas lógicas en el taller, ambas necesarias en la convivencia ordenada y pacífica.

En definitiva, con este taller se busca que los ancianos logren participar en actividades lúdicas de manera voluntaria, en un ámbito de respeto mutuo y respeto de las reglas de juego, expresando sus disconformidades y proponiendo soluciones creativas para mejorar la situación.

¿Y los ancianos que viven en instituciones residenciales? [772]

Encontramos que los ancianos al ingresar -tanto a instituciones públicas como a privadas- sufren PÉRDIDAS, materiales y personales. En cuanto a lo *material*, su mayor pérdida es el "hogar" –concepto mucho más abarcativo que el de mera "vivienda"-[773] y también se plantea la pérdida de objetos muy preciados[774], aunque tal vez sin valor económico en el mercado. Cuando todo cambia alrededor tendemos a aferrarnos a esos objetos que estuvieron con nosotros "toda la vida" o que nos transportan a lugares y personas que ya no existen. Los objetos en la vejez adquieren un valor simbólico elevado. Por otro lado, también se modifican las relaciones cotidianas -descontando la desaparición de seres queridos o allegados por deceso-; se sufre la pérdida, o al menos se modifica la relación con los vecinos, parientes, compañeros de trabajo y amigos.

Adaptación

Todo lo descripto ocasiona un proceso de ADAPTACIÓN, que puede ser ACTIVA o PASIVA. Con palabras de la Lic. en T.O. Dora GIOVAGNOLI[775] entendemos que los *ancianos que llegan a una institución, a un hábitat totalmente extraño, con la pérdida absoluta de control sobre lo que hacen, sin la posibilidad de tomar mínimas decisiones, están sujetos a un gasto de energía, a veces*

---

[772] No nos vamos a detener a analizar las causas que llevan a los ancianos a ingresar a las instituciones, que son múltiples y variadas (van desde problemas de salud y movilidad, pasando por los económicos, hasta llegar a la búsqueda de compañía que les ayude a escapar de la soledad diaria); y lejos estamos de demonizar a estas instituciones que cumplen con un servicio requerido por la sociedad actual

[773] DABOVE, María Isolina; "Derecho de la Ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas" en *Separata de Homenaje a Vélez Sarfield*, tomo III, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000

[774] Aquel anillo regalado por su madre, la colección de figuritas que atesora desde la infancia, etc

[775] Miembro del proyecto de investigación que se llevara a cabo en el Hospital Geriátrico Provincial de Rosario entre 1997/2002 radicado en el Centro de investigaciones en Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho (UNR)

sobrehumano, para el logro de una adaptación, que nada tiene que ver con adaptación activa[776]*. Ésta es índice de salud mental, ligada íntimamente al aprendizaje, a la creatividad, a una relación libre y transformadora entre el sujeto y el mundo. Por lo contrario, la sumisión (adaptación pasiva) a estas nuevas reglas de juego que les presenta la vida, significará una pérdida de salud, que lo llevará al* ***aislamiento, la incomunicación y la pérdida de toda iniciativa****. Para que ello no suceda, deberá existir una relación entre lo nuevo y lo previo, relación que le permita instrumentarse para lograr una adaptación sana*[777]*.*

De acuerdo a lo estudiado en la investigación citada, se constató una preponderancia a la ADAPTACIÓN PASIVA de los ancianos residentes en instituciones. Esta adaptación pasiva al medio se percibe como conformidad, apatía o irritabilidad permanente, actitud proclive a entablar RELACIONES CONFLICTIVAS. Su nuevo entorno, constituido por sus compañeros de cuarto -nuevos extraños con quienes debe convivir-, asistentes gerontológicos, mucamas, enfermeros, médicos – todo el personal de la institución en general.

Mediación

El Derecho nos ofrece una técnica apropiada para captar y comprender la situación descripta con anterioridad, brindándole una solución satisfactoria. Me estoy refiriendo a la discutida técnica procesal de la mediación: ese método de resolución de conflictos de corte no adversarial, COLABORATIVA, en el cuál interviene un tercero que ayuda a los implicados en la disputa a llegar a un acuerdo sin imponerles una solución predispuesta. Discutida en el foro judicial, pero de efectividad indudable en todos aquellos ámbitos en donde la convivencia y la continuidad de las relaciones intersubjetivas son de fundamental importancia (familia, escuelas, oficinas públicas, empresas e instituciones residenciales para ancianos).

La mediación, más allá del modelo que se siga (Harvard, Transformativo, Circular Narrativo, francés, español o el estratégico de nuestro compatriota Rubén CALCATERRA[778]) cumple con la misión de fortalecer la AUTONOMÍA del sujeto en la resolución de sus conflictos, promoviendo la

[776] PICHON-RIVIÉRE, Enrique; *El proceso grupal. Del psicoanálisis a la psicología social* (I)., Bs.As., Nueva Visión, 1985, p. 17

[777] GIOVAGNOLI, Dora; "Internación geriátrica y salud. Una perspectiva desde la Terapia Ocupacional" en obra colectiva *Derecho en los Geriátricos. Una aproximación interdisciplinaria*, Rosario, Juris, 2009 (en prensa).

[778] CALCATERRA, Rubén; *Mediación estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2002

actividad y la responsabilidad en el seguimiento de estas relaciones[779] que hacen a la vida cotidiana de todo individuo.

La mediación es una técnica que no opera sin la intervención de los individuos protagonistas del conflicto, requiere de su PARTICIPACIÓN ACTIVA, es una OCUPACIÓN.

En conclusión, encontramos que este procedimiento es adecuado y altamente recomendable a fin de procurar una mejor CALIDAD DE VIDA de los ancianos residentes ya que colabora en la ocupación, por lo que incentiva la construcción, o re-construcción, de un PROYECTO DE VIDA[780] en el ámbito de una nueva vivienda y con nuevas relaciones afectivas. De esta forma, se evita la errónea y prejuiciosa asimilación de estas instituciones como "antesalas de la muerte".

¿Porqué esta metodología del JUEGO?

Debido a que el JUEGO es una ACTIVIDAD creativa –como la mediación- que renace al ser incentivada a lo largo de toda la vida, es un vehículo ideal para introducir herramientas de CAMBIO y de construcción de RELACIONES AFECTIVAS. Estas podrían establecerse siempre que se den en un espacio transicional[781], donde el sujeto ponga "en juego" sus experiencias a partir de un ambiente seguro, confiable, donde pueda hacer, experimentar, equivocarse, rehacer, sin ser observado o requerido respecto a lo hecho.

El juego como una de las ocupaciones del ser humano, debe ser "motivado intrínsecamente, espontáneo, divertido, flexible, totalmente absorbente, vitalizador, finalidad en sí misma, no literal, desafiante"[782]. Mary REILLY en su *Modelo de juego*[783] formula dos principios básicos: que el juego brinda una efectiva organización en la conducta humana y que es una base importante en el desarrollo de las capacidades adultas. El juego permite así, la exploracion del medio y el desarrollo de capacidades de autoconocimiento y autoestima como también la revalorización de sus posibilidades para la acción, ideal en el caso de aquellos ancianos que viven pasivamente.

---

[779] Entendemos, con Remo ENTELMAN, que el conflicto es una relación social. (ENTELMAN, Remo; Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma, Barcelona, Gedisa, 2002)

[780] IACUB, Ricardo; *Proyectar la vida. El desafío de los mayores*, Valentín Alsina (Arg.), Manantiales, 2001

[781] WINNICOTT, Donald; *Realidad y juego*, Barcelona, Gedisa, 1992

[782] HUIZINGA (1950), ELLIS (1973), REILLY (1974), COHEN (1987) en Juego y actividades de esparcimiento KNOX, Susan cap 8 secc 3 en Terapia Ocupacional WILLARD y SPACHMAN, ed. Panamericana, 1998

[783] MARTINEZ, Nidia; *Ecología Humana ¿utopía o realidad?,* Mar del Plata, Centauro, 1995

2. Relevamiento de datos (cuestionario)

RELEVAMIENTO DE DATOS

Fecha de realización de la encuesta:..... - Tachar lo que no corresponda, señalar con una cruz la respuesta adecuada, determinar cantidades y/o porcentajes y especificar respuestas en casilleros en donde aparezca “otro/a/s”.

DIRECTIVOS		
Apellidos y nombres		
Ocupación/Profesión		
La institución es dirigida por los propietarios		SI / NO
Otros datos		

INSTITUCIÓN				
Nombre				
Años en servicio				
Domicilio				
Teléfonos				
Horarios de atención al público				
Tipo de Institución	de rehabilitación			
	residencial			
	residencial con soporte geriátrico			
	residencial con soporte geriátrico y gerontológico			
	otro			
Perfil del ingreso	Según género	Mujeres		
		Varones		
	Según salud	Física (grado de movilidad)	Autoválidos	
			Semi-dependientes	
			Dependientes	
		Con enfermedades psiquiátricas		
	Según cobertura	Obras Sociales	PAMI	
			otras	
		En forma Privada		
		Otras (municipal, provincial, nacional, ONGs, Colectividades extranjeras, etc)		
Motivos del ingreso	enfermedades		físicas	
			psiquiátricas	
			psicológicas	
	económicas (por ej: no puede hacer frente al mantenimiento de su propio hogar)			
	soledad			
	sentimiento de ser un estorbo para sus allegados			
	otros			
Iniciativa del ingreso	del anciano			

	de familiares o amigos	
	otros	
Edificio (barreras arquitectónicas y decoración)	Ya acondicionado al adquirirlo o locarlo	
	Requirió acondicionamientos	
	Otras	
Publicidad	Cartelera afuera de la institución	
	Recomendación personal	
	Folletería	
	Medios de comunicación masiva (radio, Televisión, e-mail, etc)	
	Otros	

RESIDENTES			
sexo	Femenino		
	Masculino		
edad	Edad del residente más viejo		
	Edad del residente más jóven		
	Edad promedio de los residentes		
salud	física	Autoválidos	
		Semidependientes	
		dependientes	
	Enfermos psiquiátricos		
	Patologías psicológicas (depresión, traumas, excesivamente quejosos, apáticos, abúlicos, etc)		
Situación social	Cuenta con familiares		
	Cuenta con amigos		
	No se le conocen ni familiares ni amigos		
	otros		

RECURSOS HUMANOS			
Profesional	*Especialidad*	*Cantidad*	*Frecuencia*
Médicos	Generalista		
	Geriatra		
	Psiquiatra		
	otras		
Psicólogos			
Enfermeros			
Terapeutas Ocupacionales			
Kinesiólogos			
Fonoaudiólogos			
Odontólogos			
Trabajadores Sociales			
Nutricionistas			
Profesores de gimnasia			
Músicoterapeutas			
Otros			

No profesional	*Tipo de trabajo*	*Cantidad*	*frecuencia*
Personal de cocina			
Personal de limpieza			
Auxiliares de enfermería			
Acompañantes terapéuticos			

Personal de maestranza			
Choferes			
Otros			

COSTO del servicio básico	
Menor a $ 1.200	
Mayor a $ 1.200 y menor de $ 2000	
Mayor a $ 2000 y menor de $ 3000	
Mayor a $ 3.000	

ACTIVIDADES			
Tipo de actividad		*Encargado*	
Tratamientos	De rehabilitación		
	otros		
Terapias	psicológicas		
	terapia ocupacional		
	musicoterapia		
	otras		
Gimnasia			
De carácter recreativo (por ej. artístico)			
De carácter religioso			
Salidas	grupales		
	individuales		
Trabajo con las familias			
Horario de visitas (especificar días y horas)			

CONTRATO				
Servicios	Incluidos/ extras	Alojamiento		
		Alimentación		
		Seguridad		
		Atención en salud	Física (medicina)	
			Psíquiatrica (psiquiatría)	
			Psicológica (psicología)	
		Recreación		
		Otros (pañales, medicamentos, etc)		
		Servicio de peluquería		
		Festejos		
		Viajes		
		Otros		
Modalidad	Por escrito			
	Verbal			
Contratante	Residente			
	Familiar o encargado			

B. Cuadros explicativos

Cuadro 1 Fuentes formales del Derecho de la Ancianidad

NACIONES UNIDAS	
1948	Declaración Universal de los Derechos Humanos
	Resolución 213 (III) de la Asamblea General - Proyecto de Declaración de los derechos de la vejez
1966	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales
1980	Recomendación 162 de la OIT
1982	Plan de acción de Viena
1991	Resolución 46/91 sobre Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad
1992	Objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001 (Res. A/47/339 de la Asamblea General)
1992	Proclamación sobre el envejecimiento (Res. 5/47/5 de la Asamblea General)
1995	Informe sobre los derechos de las personas de edad en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1)
2000	La Convención de la Haya sobre Protección Internacional de los Adultos
2001	Recomendación relativa a la seguridad social de la OIT
2002	Declaración Política y Plan de Acción de Madrid

AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE	
1924	Código Sanitario Panamericano
1969 /84	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
1947	Constitución de la Organización Panamericana de la Salud
1948	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración de Bogotá)
1979	Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
1979	Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
1986	Recomendaciones para la Acción sobre el Envejecimiento de Bogotá, de la Conferencia Latinoamericana y del Caribe de Gerontología reunida en Bogotá
1992	Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas Mayores en el área iberoamericana Conferencia Intergubernamental Iberoamericana sobre Políticas para Personas Ancianas y Personas Discapacitadas
1993	Declaración Gerontológica de La Habana I Seminario Internacional sobre Atención al anciano en Latinoamérica: necesidades y perspectivas, celebrado en el Centro Iberolatinoamericano de la Tercera Edad
1999	Declaración de Montreal IV Conferencia mundial sobre el Envejecimiento de la Federación Internacional de la Vejez
1999	Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)
2003	Estrategia Regional De Implementación Para América Latina Y El Caribe Del Plan De Acción Internacional De Madrid (Cepal- Celade)
2007	Declaración de Brasilia

Cuadro 2 Concepto de Calidad de Vida

Génesis del concepto de calidad de vida		
Concepto básico	Conceptos afines	Conceptos con función de antónimos
Renta per cápita	*Poder adquisitivo*	Pobreza económica
Nivel de vida	*Estándar de vida*	Pobreza económica, social y cultural
Bienestar social	*Igualdad de oportunidades* *Justicia distributiva* *Derechos sociales*	Malestar social Desigualdad social Injusticia social
Calidad de vida	*Bienestar psicológico* *Calidad ambiental* *Promoción social* *Participación social* *Autorrealización*	Marginación social Disadaptación psicosocial Exclusión social

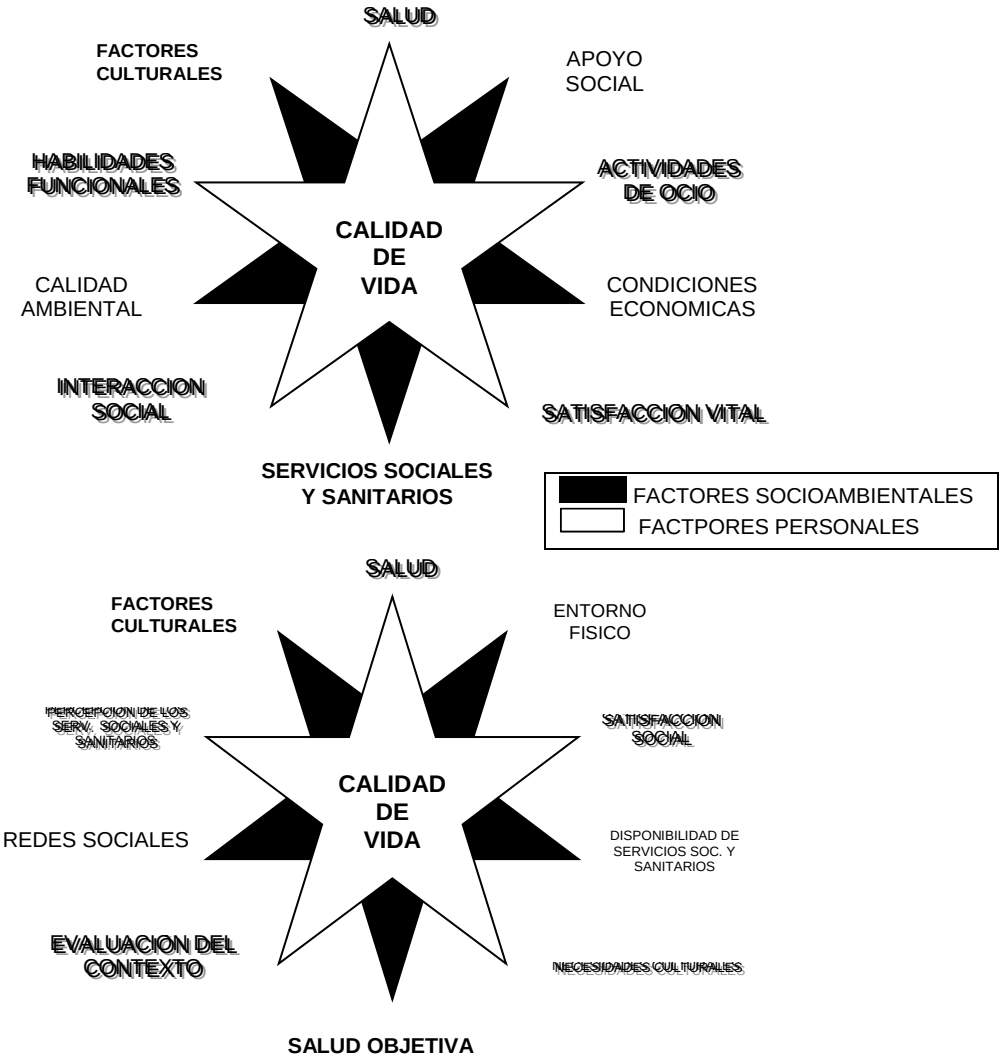
Cuadro 3 Razones y fuentes del Derecho de la Ancianidad

<table>
<tr><td colspan="3" rowspan="2">Teoría de las RAZONES</td><td colspan="2">FUENTE</td></tr>
<tr><td>tipo</td><td>La empleada</td></tr>
<tr><td rowspan="5">Materiales</td><td rowspan="2">Objetivas</td><td rowspan="2">Consenso, causa eficiente</td><td>Fuente formal de repartos autónomos</td><td>Instrumentos Internacionales (Viena, Madrid, Estrategia)</td></tr>
<tr><td>Fuentes de conocimiento</td><td>Bibliografía gerontológica y Doctrina Jurídica</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Subjetivas (criterios explicativos)</td><td rowspan="2">Sociales</td><td rowspan="2">Contenidos ideológicos de la comunidad, prejuicios. Lo que piensa la sociedad.</td><td>fuente material</td><td>Informes y Declaraciones de los convencionales Art. 75 y art. 99</td></tr>
<tr><td>fuente material y formal</td><td>Jurisprudencia nacional</td></tr>
<tr><td>Individuales</td><td>Móviles y argumentos. Las explicaciones que dan de los repartos (de potencia e impotencia) los repartidores y recipiendarios</td><td>fuente material</td><td>Las entrevistas con los propios ancianos y la entrevistas con el personal de las instituciones (públicas y privadas)</td></tr>
<tr><td colspan="3">Normativas</td><td>Considerar a la problemática como una diferencia relevante</td><td>Fuente formal de repartos autoritarios</td><td>Constitución Nacional art. 75 inc 23</td></tr>
<tr><td colspan="3">Valorativas</td><td>Experimentar un requerimiento especial de justicia</td><td>fuente de conocimiento</td><td>Dabove, María Isolina
Derechos de los Ancianos</td></tr>
</table>

Cuadro 4 Limitaciones generales y especiales de la ancianidad

	Limitaciones		Tipo de exclusión
Autónomo	Generales	biológicas	Exclusión por debilidad
		culturales	Exclusión por prejuicios y mitos
Dependiente	Especiales	económica	Exclusión por no poseer lo suficiente para vivir por sí mismo (pobreza - miseria)
		Socio-cultural	Excluido de las redes sociales formales (marginación)
		Sanitaria física	Excluido en lo físico (discapacidad física)
		Sanitaria psicológica	Excluido de las redes sociales informales - familiares y amigos (aislado, depresivo, víctima de violencia psicológica, etc)
		Sanitaria psiquiátrica	Excluido en lo psíquico (discapacidad psíquiatrica, insanía)

Cuadro 5 Calidad de Vida de los Ancianos



Cuadro 6 Los riesgos más probables según el grado de intervención y los medios de protección requeridos por los ancianos

Modalidad de intervención	mínima	media	máxima
riesgo	Aislamiento, caer en los mitos del paradigma anterior (la exclusión)	La sustitución (intervención injustificada)	Restricciones especiales

Medios de protección	Contra sí mismo	Contra los demás	Contra el régimen	Contra lo demás

Cuadro 7 Derechos de Autonomía - Derechos de Participación

Derechos de Autonomía	A la VIDA	Principio de autonomía Socio-sanitaria
	A la Integridad fisica y a la SALUD	
	A la protección de la FAMILIA	
	A la seguridad en el INGRESO	Principio de autonomía Económica
Derechos de Participación	A la ASOCIACIÓN	Principio de participación
	A la OCUPACIÓN	
	A la EDUCACIÓN	
	A la RECREACIÓN	

Cuadro 8 Modalidades de Ejercicio

<table>
<tr><td colspan="6">Modalidades de ejercicio del Derecho subjetivo a la calidad de vida de los ancianos</td></tr>
<tr><td rowspan="5">Derechos a algo</td><td colspan="3">Derechos DE DEFENSA
(derechos a acciones negativas)</td><td>Que el Estado no intervenga en mi esfera</td><td rowspan="2">IMPUGANTORIO</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Derechos
A PRESTACIONES
(derechos a acciones positivas)</td><td colspan="2">Derechos a PROTECCIÓN</td><td>Que el Estado me proteja para que los particulares no se intrometan en mi esfera</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Derechos a
ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTO</td><td>Competencias de derecho privado</td><td rowspan="3">COTIDIANOS</td><td rowspan="3">REQUERIMIENTO A TERCEROS</td></tr>
<tr><td>Procedimientos judiciales y administrativos (procedimiento en sentido estricto)</td></tr>
<tr><td>La organización en sentido estricto</td></tr>
<tr><td colspan="2">Formación de la voluntad estatal</td></tr>
<tr><td colspan="2">Derechos a prestaciones en sentido estricto (DERECHOS SOCIALES fundamentales)</td><td>ASISTENCIALES</td></tr>
</table>

Cuadro 9 Las Residencias en la Historia

<table>
<tr><td>Edad</td><td>media</td><td>moderna</td><td colspan="2">contemporánea</td><td colspan="2">posmoderna</td></tr>
<tr><td>siglo</td><td>VI/VIII-XII</td><td>XVI-XVII</td><td>XIX</td><td>XX</td><td colspan="2">XX (´70, ´80) - XXI</td></tr>
<tr><td>Modalidad</td><td>RETIRO</td><td colspan="2">ASILO</td><td>HOGAR</td><td colspan="2">RESIDENCIA</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Destinatarios</td><td>Ancianos con posibilidades económicas</td><td colspan="2">Ancianos pobres</td><td>Ciudadanos anciano</td><td>Ancianos pobres</td><td>Ancianos con posibilidades económicas</td></tr>
<tr><td>Contraprestación por un precio</td><td colspan="3">Sin contraprestación por el anciano</td><td colspan="2">Contraprestación por un precio[784]</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Objeto (servicio)</td><td colspan="3">Alojamiento, Alimentación y seguridad</td><td>+ Vigilancia médica (geriátrica)</td><td colspan="2">+ Salud integral, ocupación, asociación, educación, recreación (aportes de la Gerontología)</td></tr>
<tr><td colspan="4">Derechos de autonomía</td><td colspan="2">+ dchos de participación</td></tr>
<tr><td>Repartidor</td><td>Conventos</td><td>Estado Moderno</td><td>Sociedad de beneficencia</td><td>Estado de Bienestar</td><td>ECD y ONG</td><td>Empresas privadas</td></tr>
<tr><td>Relación jurídica</td><td>contrato</td><td>Carga pública</td><td>Donación</td><td>Políticas públicas</td><td>Servicios sociales (Estado) o prestación gratuita (ONG)</td><td>Contrato atípico</td></tr>
</table>

[784] En forma particular o por Obras Sociales

Cuadro 10 Historia de las Residencias en las fuentes formales de la ciudad de Rosario

Año	Provincial		Municipal		
	públicas	privadas	públicas	privadas	Otras modalidades de intervención
1888	**"Asilo de Mendigos y Dementes del Sagrado Corazón de Jesús "**				
1943	**"Hogar de Ancianos"**				
1951			**"Gerontocomio Municipal"** (O. 11402)		
1969				**"Guardería de ancianos"** (Decreto 39.000)	
1974	**"Instituto Geriátrico"**				
1977		**Hogares** de Ancianos privados con y sin fines de lucro (Decreto 2719/77 y 2091/80)			
1978	**"Hospital Geriátrico"** Decreto 02542/72 ingreso solo de dependientes Organismo de autogestión				(
1984				"**Guardería de ancianos**" (O. 3684)	
1988				"**Hogar de Internación Geriátrica**" (O. 4526)	
1990					**Escuela de Gerontología** Berezovsky (Decreto 1091)
1992	**Hogares Oficiales para Adultos Mayores** (Ley Provincial 10.772/92 - Decreto 1534/97)				
1993					Creación de los **Centros de Día** (O. 5729)
1994				"**Residencia para Adultos Mayores**" (O. 5844)	
1998	(Se agrega una *Unidad de Cuidados Paliativos)*		Pasa a ser el **"Hogar de mayores" (**Decreto 3013)		
1996				"**Residencias para Personas Mayores**" (O. 6287/96 6294/97)	
2006					**Programa de alojamiento solidario entre personas mayores y estudiantes** (O. 8044)
2007	HOLEPAM (**Hostal de Larga Estadía para Adultos Mayores**) (MS Res. 814/2007)				Creación del **Consejo Municipal de la Tercera Edad** (O. 8159)

Cuadro 11 Fuentes formales de las Residencias Privadas (Provincia Santa Fe - Municipalidad de Rosario - Ciudad Autónoma Buenos Aires - PAMI)

	Municipalidad de Rosario			**Provincia de Santa Fe**						
Normativa Instituciones privadas	Ordenanza N° 6287/96 modificada por 6294/97			Decreto 2719/77- D. 2091/80 (Servicios privados de internación de ancianos autoválidos)				Ley 9847 (Habilitación de establecimientos asistenciales 1986) y su Decreto Reglamentario 6030/91Res. 1147/2006 (Ministerio de Salud sobre clausura de establecimientos geriátricos)		
Denominaciones y Definiciones legales	*Serán considerados <u>Residencias para Personas Mayores</u> todo establecimiento <u>privado y/o público</u> con o sin fines de lucro, destinadas <u>exclusivamente</u> al albergue de personas mayores, para su <u>alojamiento, reposo, asistencia y cuidado integral</u>.* (art. 1. a)			*Entidades <u>privadas</u> que tengan por finalidad alojar o atender ancianos (art. 1)* *Casas destinadas para los ancianos, pertenecientes a entidades <u>con fines de lucro</u> (art. 2)*				*<u>Establecimientos geriátricos</u> destinados a ancianos (art. 31)* *Todo establecimiento , concentración de recursos humanos, materiales y financieros, que realice actividades de diagnóstico, tratamiento y/o asistencia de **salud** del individuo o de la comunidad, con fines de promoción, protección, recuperación y/o rehabilitación de personas humanas...(art. 1 Ley 98479)*		
Clasificación de residencias	Residencias para Personas Semidependientes (art. 1.b)	Residencias para Personas Semidependientes y dependientes (art. 1.b.a)	Residencias para Personas dependientes (art. 1.b)	Hospedaje las 24 hs del día	Servicio Diurno (Guardería)	Servicio nocturno	Únicamente prestación alimentaria	*Establecimientos geriátricos destinados al alojamiento de ancianos autoválidos*	*Establecimientos geriátricos destinados a la internación de ancianos dependientes (art.31.1)*	*Establecimientos <u>geriátricos</u> destinados a ancianos semidependientes (art.31.2)*

Destinatarios	clasificación	*Semidependientes*	*Dependientes*	Autoválidos	Dependientes	Semidependientes
	denominación	*Personas Mayores, Alojados, albergados*		Ancianos, Internos, ancianos internados, gerontes	Ancianos, pacientes	
	prohibiciones	*Anexar cualquier otra actividad* (art. 1.a)		No especifica	Patologías psiquiátricas agresivas o que pudieran alterar el ambiente socio-anímico de los demás internados	
		Aceptar pacientes con enfermedades infectocontagiosas, con patologías psiquiátricas con conductas agresivas que pudieran alterar el ambiente socioanímico de los otros (art. 1.a)				
	Edad mínima	60 años		No especifica	60 años	
	Carga pública	Albergar Personas mayores *indigentes*, en forma transitoria, una cada 15 alojados pagos en caso de necesidad, debiendo dispensarle idéntica atención (art. 9.1)				
Objetos del reparto	De autonomía	En el Art. 1.b.c) se busca proteger a la **Salud** dictaminando la obligación de efectuar dentro de las 24 hs de ingreso un exámen clínico completo, el cual constará en su Historia Clínica. Existe gran número de puntualidades con referencia al cuidado de **Integridad física** del residente (todo el art. 6, Art. 6.2. 11 y 12 sobre incendio y Art. 6.2.7 sobre barreras arquitectónicas)		El art. 1 en sus incisos a, b y c hacen referencia a las barreras arquitectónicas y las condiciones de salubridad que debe tener el ambiente. Y el artículo 3 enumera los elementos que debe tener en cuenta una alimentación saludable. Por lo que entendemos que se señala como objetos repartideros a la salud y a la integridad física.	(art. 31.1.10) *Los establecimientos controlarán que los internados dispongan de los <u>medicamentos</u> necesarios.*	
	De participación	Solo la necesidad de esparcimiento es abordada tangencialmente en el art. 5 d como uno de los elementos a tener presente en el Reglamento Interno.		Art. 6 *<u>Se inducirá</u> a los ancianos a realizar **tareas de laborterapia** con jardinería, carpintería y otras manualidades, actos de **recreación y reuniones sociales** adecuadas a la edad, de las que se llevará un registro.*	Sin referencia	

Repartidores	**Estado**	*Art. 8 1) La Municipalidad, a través de la repartición correspondiente deberá realizar una* ***Inspección integral*** *de cada Residencia, como mínimo una vez por mes.* *2) El resultado de la inspección deberá ser comunicado a las* ***Secretarías de Salud Pública y Promoción Social****, las que a través de las oficinas correspondientes realizarán una evaluación anual del funcionamiento de los establecimientos.* *Art. 9.2) Ante cualquier* ***clausura*** *se notificará a la Dirección General de Auditoría Médica de la Provincia*	Art.9 ***A pedido de*** *la Dirección General de Protección y Asistencia de la Comunidad, el Departamento de Saneamiento Ambiental y Dietética efectúan* ***inspecciones*** *levantando acta de los resultados a fin de constatar si las condiciones de atención de los ancianos satisfacen las exigencias relacionadas con la función de aquellos.* *El departamento de Ancianidad practica* ***inspecciones periódicas*** *con el objeto de comprobar el cumplimiento de este Decreto.* Otras disposiciones (Anexo I) *Se coordinará con las Municipalidades o Comunas del lugar donde se lleven a cabo las inspecciones, y a su vez, con el Departamento de Saneamiento Ambiental, a fin de realizar en forma conjunta las* ***inspecciones*** *elaborando ésta área su informe al respecto. En caso de no poder concurrir se derivarán las actuaciones, a fin de que se lleve a cabo el control de los aspectos higiénicos-sanitarios y bromatológicos de los Establecimientos.*	Procedimiento de clausura (Res. 1147/2006) Art. 2 *En los casos de* ***clausura*** *de establecimientos geriátricos, que deban llevarse a cabo de conformidad con lo establecido por la Ley 9847, normas modificatorias, complementarias, reglamentarias y concordantes, deberán procederse de la siguiente manera:* ***integrar equipos con médicos auditores o personal designado por Jefatura de Zona*** *para que se constituyan en el establecimiento y procedan a:* a)...cerrar el ingreso de nuevos pacientes..., b) relevar la cantidad de pacientes internados...c) notificar a las Obras Sociales, Colegios Profesionales, Municipalidad y Juzgado de Faltas d) notificar a las personas responsables de los pacientes internados. Art. 5 *Para el caso de constatar que no se han efectuado los traslados, se elevarán las actuaciones al el Sr. Subsecretario de Salud, a los fines de que ordene los medios y lugares para la* ***ejecución de los traslados****, con notificación a los familiares responsables, autorizando a solicitar al Sr. Juez de Faltas en turno la respectiva orden judicial de registro (Art. 225 CPP), procediéndose a la clausura con faja del inmueble.*

	Titular	Art. 8.1 Responsable por las transgresiones cometidas a cualquier disposición de la presente Ordenanza previstas en el Código de Faltas	Art. 1.i *El hogar deberá brindar ambiente familiar y tranquilo, pero no aislado del medio ambiente y en lo posible contar con una pequeña huerta y un taller protegido, donde los ancianos puedan realizar algunas tareas de laborterapia.*	(Art. 31.1.11) *Se deberá brindar u ambiente familiar y tranquilo, pero nunca aislado del medio. A tal fin se proveerán los medios de comunicación que permitan el pleno conocimiento de la realidad, tales como radio, televisión, diarios, etc.* (Art. 31.1.12) *Se fomentará en los internados la inclinación hacia una o varias tareas de laborterapia y se le organizarán actividades de recreación programadas a través del personal contratado.* (art. 4 Res. Clausura)... *requerirán de los propietarios responsables informes sobre las altas y/o traslados que hayan determinado.*	(Art. 31.2.11) *Se deberá brindar un ambiente familiar y tranquilo, pero nunca aislado del medio. A tal fin se proveerán los medios de comunicación que permitan el pleno conocimiento de la realidad, tales como radio, televisión, diarios, etc.* (Art. 31.1.12) *Se fomentará en los internados la inclinación hacia una o varias tareas de laborterapia y se le organizarán actividades de recreación programadas a través del personal contratado.* (art. 4 Res. Clausura)
	Directivos	El art. 4 hace referencia a un Médico responsable de la Residencia y de la salud de los internados, pero no se desprende de la normativa que este debiera cumplir, a su vez, con las funciones del directivo.	Sin referencia	Sin referencia	

	Obligatorio	(art. 4) Profesionales: Medico especialista en Geriatría y/o Clínica Médica Médico Psiquiatra (si) Licenciado/a en enfermería o enfermero/a matriculado Nutricionista Otras disciplinas: Psiquiatra, Kinesiólogos, Terapistas Ocupacionales, Terapistas Corporales, Trabajadores Sociales y/o Asistentes Sociales (convenios con un mínimo de 4 hs) Técnicos: Auxiliares de Enfermería y/o Geriátrico Personal de servicio: Cocinero/a Ayudantes de cocina Mucamas (se encargará de la limpieza del establecimiento y no podrá ocuparse al unísono del cuidado de los ancianos)	(art. 2) Personal: Médico de cabecera Dietista De cocina De servicio y limpieza	(art. 31.1.6) Recurso Humano mínimo: Médico especialista en clínica preferentemente geriátrica Enfermería (profesional y auxiliar) Dietista Ecónomo <u>Convenios:</u> Asistente Social, kinesiólogo, terapia ocupacional y sicólogo. Sugiriendo como mínimo convenios de 4 hs semanales Laboratorio <u>Convenio</u> con servicio de ambulancia para traslado de internados <u>Convenio</u> con servicio de radiología para prestación de internados Servicios generales: Cocina Mucamas y/o asistente geriátrico Lavadero Registro y estadística	(art. 31.2.6) Recurso Humano mínimo: Médico especialista en clínica preferentemente geriátrica Enfermería (profesional y auxiliar) Dietista (<u>convenio</u> con profesional para supervisión) <u>Convenios</u> (no menores a 4 hs semanales): Asistente social, kinesiólogo, terapista ocupaciónal, psicólogo <u>Convenios</u>: laboratorios, servicio de radiología, servicio de traslado de enfermos y fallecidos y de cirugía Servicios generales: Cocina Mucamas o asistente geriátrico o similar Lavadero Registro y estadística

	Optativos	Psicólogos (art. 4)		Médico de cabecera para cada paciente Otros profesionales que se consideren necesarios	Médico de cabecera para cada paciente
	Familiares	*El **horario de visitas** que se fije no podrá ser inferior a cinco (5) horas por día, distribuidas entre la mañana y la tarde. Dicho horario se ampliará en una hora más los días domingos y feriados* (art. 5)	Art. 5 *Pueden en **determinado horario recibir visitas** de familiares y amigos, en lugar destinado para ello.*	Art. 2. d) (res. Clausura) *Hacer saber por medio fehaciente a las persona responsable de los pacientes internados que el establecimiento no cuenta con autorización para funcionar conforme lo establecido por la Ley Provincial 9847 y su reglamentación, y que se ha dispuesto su clausura administrativa, por lo que deberán proceder al **retiro de los ancianos alojados** en el término perentorio e improrrogable de cinco (5) días.*	
	Ancianos residentes	*Estará a disposición del alojado y del público, un Libro de Quejas que deberá estar colocado en un sitio fácilmente visible y que permita su revisión sin requerimiento previo al personal que se desempeña en el establecimiento.* (Art. 5 b)	Art. 4 *Los internos gozarán dentro del Establecimiento de amplia libertad para la utilización de su tiempo, salvo las mínimas obligaciones que por reglamento interno se les impusiera.*	Sin referencia	
Instrumentos jurídicos		*HISTORIA CLÍNICA (art. 1 y 5)* *LEGAJO PERSONAL (art. 1) (de carácter reservado)* REGLAMENTO INTERNO (art. 5.d) *REGISTRO DE ALOJADOS (art. 5)* *LIBRO DE QUEJAS (art. 5)* *LIBRO DE VISITAS DE FAMILIARES (art.5)* *LIBRO DE REGISTRO DE ASISTENCIA DEL MÉDICO*	HISTORIA CLÍNICA (art. 2.a) REGLAMENTO INTERNO (art. 4) LIBRO DE REGISTRO DE ACTIVIDADES (art. 6)	HISTORIA CLÍNICA (art. 31.1.9) CONFORME DE INTERNACIÓN firmado por el anciano hospedado y en lo posible un familiar allegado (art. 31.1.9)	HISTORIA CLÍNICA (art. 31.2.9) CONFORME DE INTERNACIÓN firmado por el anciano hospedado y en lo posible un familiar allegado (art. 31.2.9)

		Ciudad Autónoma de Buenos Aires				
Normativa vigente		Ley N° 661-TA/LCABA/2001 Marco regulatorio para el funcionamiento de los establecimientos residenciales de la ciudad de Buenos Aires				
Denominaciones y Definiciones legales		*Establecimientos Residenciales y otros servicios de atención gerontológica (art. 1)* *Art. 6 Son considerados Establecimientos Residenciales para personas mayores las entidades que tienen como fin brindar servicios de alojamiento, alimentación, higiene, recreación activa o pasiva y atención médica y psicológica* ***no sanatorial*** *a personas mayores de 60 años, en forma permanente o transitoria, a título oneroso o gratuito.*				
Clasificación de residencias		*a) Residencia para Personas Mayores Autoválidas conautonomía psicofísica*	*b) Hogar de Día para Personas Mayores Autoválidas*	*c) Residencia para Personas Mayores que requieran cuidados especiales por invalidez*	*d) Residencia para Personas Mayores que por trastornos de conducta o padecimientos mentales tengan dificultades de integración social*	*e) Hogar de Día par Personas Mayores con trastornos de conducta*
recipiendarios	clasificación					
	denominación	*Personas Mayores*				
	Prohibiciones	Art. 6 *Los Establecimientos Residenciales para personas mayores deben tener, como mínimo, capacidad para albergar a cinco (5) residentes, y no pueden prestar servicios sin la habilitación previa e inscripción actualizada en el Registro.*				
	Edad mínima	Art. 6 *La edad de ingreso podrá ser inferior a la establecida en el párrafo anterior -60 años-, siempre que el estado social o psicofísico de la persona lo justifique. La reglamentación establece los casos en que se procede a tal excepción, resguardando la dignidad de las personas y respetando la concepción y fines de los Establecimientos Residenciales para personas mayores.*				
Objetos	De autonomía	**Salud** *atención médica y psicológica* (art. 6) **Integridad física** plan de evacuación (art. 11)				
	De participación	*Recreación activa o pasiva, (art. 6)* *Mantener vínculos afectivos, familiares y sociales (art. 2)*				

Repartidores	Estado	Art.3 REGISTRO. CREACIÓN. *Créase el **Registro Unico y Obligatorio** de Establecimientos Residenciales para Personas Mayores ...(...) La información contenida en el Registro es de acceso público y gratuito...* Art. 4 La autoridad de aplicación de la presente ley es el nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de **promoción social**, asistido por el nivel jerárquico superior del Gobierno de la Ciudad en materia de **salud**. (El art. 5 fija la funciones y atribuciones de la autoridad de aplicación) *Art. 19 Las infracciones o incumplimientos ...abracarán desde el apercibimiento hasta la exclusión transitoria o definitiva del registro...(...) ...los criterios de violación de los derechos de las personas, de riesgo para la salud, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida y reincidencia.*				
	Titular	Art. 11 EVACUACIÓN. *Es obligación de las residencias formular un plan de evacuación, que deberá ser elaborado con el asesoramiento de personal competente de bomberos y/o Defensa Civil*				
	Directivos	Art. 7 *...son dirigidos por un Director/a con título profesional universitario afín a la actividad o prestaciones desarrolladas...Es responsabilidad del Director/a garantizar la mejor condición bio-psico-social de los residentes y usuarios de los servicios que se brindan en el establecimiento, en la admisión, permanencia y derivación.*				
	Personal	Médico/a Lic. en Psicología Lic. en Nutrición Lic. en Terapia Ocupacional Enfermero/a Asistente Gerontológico o Geriátrico Mucamo/a Otros profesionales pertinentes sin costo adicional	Lic. en Psicología Lic. en Nutrición Lic. en Terapia Ocupacional Asistente Gerontológico o Geriátrico Otros servicios en caso necesario	Médico/a Lic. en Psicología Lic. en Nutrición Enfermero/a Lic. en Kinesiología Asistente Gerontológico o Geriátrico Mucamo/a Otros profesionales pertinentes sin costo adicional	Médico/a Lic. en Psicología Lic. en Nutrición Enfermero/a Guardia Médica Psiquiátrica Asistente Gerontológico o Geriátrico Mucamo/a Otros profesionales pertinentes sin costo adicional	Lic. en Psicología Lic. en Nutrición Enfermero/a Guardia Médica Psiquiátrica Asistente Gerontológico o Geriátrico Mucamo/a Otros profesionales pertinentes sin costo adicional
	Familiares	Sin referencia				
	Ancianos residentes	**Artículo 2° *DERECHOS DE LAS PERSONAS:*** *La Ley reconoce derechos específicos a las personas que viven en residencias u hogares:* *-A la comunicación y a la información permanente.* *-A la intimidad y a la no divulgación de los datos personales.* *-A considerar la residencia u hogar como domicilio propio.* *-A la continuidad en las prestaciones del servicio en las condiciones pre-establecidas.* *-A la tutela por parte de los entes públicos cuando sea necesario.* *-A no ser discriminadas.* *-A ser escuchado en la presentación de quejas y reclamos.* *-A mantener vínculos afectivos, familiares y sociales.* *-A entrar y salir libremente, respetando las normas de convivencia del establecimiento.*				

		INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (creado por ley n° 19.032, conocido como PAMI)		
Normativa vigente		Reolución 559-I/2001 Registro de Prestadores del Servicio de Geriatría del Instituto		
Tipo de prestación		Centros de día	Residencia para adultos mayores (RAM)	Residencia para adultos mayores con asistencia psicogeriátrica (RAMP)
Denominaciones y Definiciones legales		*El **centro de día** es un modelo prestacional destinado a la rehabilitación predominantemente psicosocial de los adultos mayores. (Anexo 3)*	*La **internación geriátrica** es el recurso que se otorga a aquellas personas que por situaciones de **salud** (discapacidad física y/o psíquica por patología crónica progresiva o secuelar), requieren una atención integral que su medio no puede brindarles por problemas del grupo familiar (ya sean de orden económico, habitacional, salud física o mental, desintegración o grave conflictiva en el grupo, que pone en situación de riesgo tanto al afiliado como al resto de los integrantes), o sin grupo familiar y con carencia habitacional y/o económica. (Anexo 4)*	
recipiendarios	clasificación	*Los concurrentes serán evaluados trimestralmente y si las condiciones socioeconómicas y familiares hacen necesaria la continuidad de la prestación, esta se renovará cada 6 (seis) meses.*	*...beneficiarios de sexo indistinto que presenten algún déficit, grado de discapacidad y/o invalidez y/o postración total. En el momento del ingreso del beneficiario al sistema prestacional, EL INSTITUTO proporcionará a EL PRESTADOR resumen clínico y Escala de Evaluación Psiquiátrica del afiliado. EL PRESTADOR realizará una evaluación clínica y psiquiátrica del beneficiario al momento del ingreso. Ambas partes utilizarán para los diagnósticos la nomenclatura de la Organización Mundial de la Salud exclusivamente.* (art. 3.3)	
	denominación	*Concurrente*	*Residente, beneficiario, afiliado residente*	
Objetivos de la prestación		*Fortalecimiento de la red vincular.* *Integración social.* *Desarrollo de actividades con características autogestiva.* *Prevención en salud.* *Prestación alimentaria.*	*Mejorar o mantener la capacidad funcional y mental mediante actividades de estimulación.* *Prevenir el incremento de la dependencia mediante programas adecuados.* *Controlar y seguir terapéuticamente las enfermedades y trastornos detectados.* *Impulsar los vínculos personales de los residentes, facilitando la integración al medio Institucional, así como a la redefinición y cambios cuali y cuantitativos de la red social personal tendiente al bienestar bio-psico-social del mismo.*	
Repartidores	El Instituto	Control por medio de inspecciones periódicas	Control por medio de inspecciones periódicas	
	El Prestador	Sus obligaciones están enumeradas en los puntos 3.3 (procedimiento de aceptación del beneficiario), 4.1.4) (supervisión operativa), y 4.2 (ingreso, egreso y régimen de funcionamiento)		
	Directivos	Profesional con estudios de nivel universitario relacionados con las Ciencias Médicas o Sociales	Profesional de las ciencias médicas	

	Personal (equipo de salud integral)	Psicólogo Licenciado/a en Servicio Social - Asistente Social Terapista Ocupacional Profesional a cargo de las actividades físicas (favorable Kinesiólogo, en caso de tratarse de Profesor de Educación Física contará con la supervisión de su programación por Profesional Médico) Dietista, Nutricionista Auxiliar de enfermería Otros (idóneos para el desarrollo de distintas actividades artesanales, siempre que actúen bajo supervisión profesional) Mucamas/Asistentes geriátricos Cocinera Ayudante de cocina Administración	Médico clínico Enfermera profesional Trabajador Social Otros profesionales	Médico clínico Psiquiatra Enfermera profesional Psicólogo Trabajador Social Terapista Ocupacional Musicoterapeuta
	Familiares y Allegados	No hay referencia	Horarios de visitas	
	Ancianos residentes	No hay referencia	*Se valorará manifestaciones de los residentes respecto del servicio de **alimentación** (cantidad, calidad, frecuencia, presentación, variedad, suministro en tiempo y forma, cumplimiento del régimen) teniendo en cuenta condiciones psicofísicas de quien hace el reclamo. Se realizará una encuesta de satisfacción semestral que podrá ser cotejada con la que realice el Instituto.* **Entradas y salidas**: constancia por escrito de la voluntad de contravención del consejo del médico.	

Instrumentos de interés jurídico	Registro individual de cada concurrente Registro de actividades	1) - **DOCUMENTACION** 1- Habilitación por autoridad sanitaria competente para geriátrico y/o centro de día. 2- Plano de planta física aprobado por autoridad competente. 3- Certificado de inscripción en la Superintendencia de Servicios de Salud. 4- Fotocopia autenticada del título de propiedad o contrato de locación aforado del inmueble (indicar vencimiento). 5- En caso de sociedad comercial, contrato social inscripto en la Inspección General de Justicia o Registro Público de Comercio. 6- Para servicio de alimentación externo: contrato de servicios con empresa de elaboración habilitada por entidad sanitaria competente. Deberá autorizar la evaluación y supervisión del servicio por parte del personal del Instituto, y garantizar la prestación a partir del ingreso de los afiliados. 7- Certificado de potabilidad de agua con renovación semestral. 8-Plan de evacuación. Describir lo que se exhibe (descripción/roles/aplicación). 9- Documentos de afiliados (fotocopia documento de identidad, OPP original, datos del apoderado, orden de internación). 10- Registro de movimiento de residentes, salidas. 11-Registro de concurrencia de profesionales (días/horas de concurrencia). 12-Registro de asistencia del personal común (días/horas de concurrencia). 13-Registro de inspecciones del I.N.S.S.J.P. 14-Archivo de Historias Clínicas y sociales completas. 15-Registro de concurrencia de afiliados a Centro de Día. 16-Legajos individuales donde consten fotocopias de Título habilitante, matrícula, datos personales, etc., de todo el personal profesional, técnico y común. 17- Contrato con empresa para recolección y tratamiento de residuos patológicos. (según jurisdicción) **2) - Proyecto institucional** que contemple atención integral de los residentes. Sistema de selección de personal. Constancia de programas de capacitación del personal Constancia de reuniones con el equipo interdisciplinario Evaluación psicofísica según categorización establecida por el Instituto. Redes Sociales. **3) - Información estadística sobre:** Ingresos Egresos (alta, traslado a otro establecimiento geriátrico, a establecimiento sanitario clínico o psiquiátrico, fallecimiento) Gestión de quejas. Registro de eventos adversos: caídas, quemaduras, escaras, intoxicaciones, etc. Promedio de estada Rotación de personal.

Cuadro 12 Escuelas de Mediación

	Autores y Obras	metas	métodos	herramientas
HARVARD	URY, W. FISHER, R PATTON, B DIEZ,F. TAPIA, G.	Orientación a la "resolución de conflictos".Lograr el ACUERDO	Va del CAOS al ORDEN	Ventilación de las emociones Disminuir las diferencias Aumentar las semejanzas, los valores, los intereses
TRANSFORMATIVO	BARUCH BUSH R.A. FOLGER, J. P.	Desarrollo del potencial de cambio de las personas al descubrir sus propias habilidades. Modificar la relación entre las partes, producir un CAMBIO MORAL	Mayor protagonismo y asignación de responsabilidad Reconocimiento mutuo empowerment	Preguntas circulares
CIRCULAR-NARRATIVO	COBB Sara SUARES Marinés	Llegar a un acuerdo pero con el énfasis puesto en la comunicación y en la interacción de las partes. Fomentar la REFLEXIÓN. Cambiar el SIGNIFICADO. Transformar la HISTORIA. Lograr un ACUERDO	Va del ORDEN al CAOS	Aumentar las diferencias Legitimar a las personas Cambiar el significado Creación de contextos
ESTRATÉGICO	CALCATERRA Rubén	PREPARACIÓN del contexto para una NEGOCIACIÓN eficaz	De-construcción del conflicto Re-construcción de la relación Co-construcción de la solución	Convocatoria Propedéutico Exploratorio Deconstrucción del conflicto Reconstrucción de la relación Negocial Decisional Puesta de límites Clausura Control y recalibración

Cuadro 13 Comparación Guardería/Geriátrico y Residencias

Tipo antagónicos	**GUARDERÍA/GERIÁTRICO**	**RESIDENCIA**
Denominación	Sin importancia o simplemente geriátrico	Búsqueda del nombre apropiado
Servicio (necesidades cubiertas)	Básicas (alojamiento, alimentación, atención médica de control)	Básicas + psicológicas, sociales y culturales
Ambiente	Higiénico y tranquilo	Acogedor, confortable (similar a una casa particular)
Intervención terapéutica	médica	De las ciencias de la salud y ciencias sociales
Respaldo teórico	Ninguno o solo Teorías geriátricas	Teorías gerontológicas
Entrevistas previas con los ancianos. Firma del contrato	No, sólo es tratado como el que recibe el servicio, no contándose con su firma aún siendo lúcido	Sí, se lo considera protagonista y destinatario del servicio, contando con su consentimiento en el contrato y la ficha de admisión, aunque se procura también la rúbrica de un familiar (generalmente el que obrará de garante del pago)
Personal profesional permanente	Sólo los médicos y algunos enfermeros	Casi todo el personal
Puertas abiertas	Horario de visitas fijos	Libre, como un hotel, como una casa. Aunque dispongan lugares reservados para no ocasionar molestias a los otros residentes
Capacitación permanente	no	Sí, de todo el personal
Supervisión interna y externa	Sólo edilicia, santiaria y bromatológica	General, edilicia, bromatológico, sanitaria y social (actividades de los residentes, vinculación con los familiares, etc)