

LOS DERECHOS DE LOS ANCIANOS

*José Emilio Ortega
Federico Robledo (h)*

“Amad y respetad a los viejos porque deben haber sufrido”

Lucio V. Mansilla ¹

Sumario: 1. Introducción a la “Ancianidad”; 2. El anciano en su circunstancia; 3. Los derechos de los Ancianos en el Bloque de Constitucionalidad Federal; 3.1. La Constitución Nacional; 3.1.1. Las Medidas de Acción Positiva; 3.1.2. Medidas de transferencia de efectividad; 3.1.3. Medidas de Acción Progresiva; 3.2. Los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional; 4. El reconocimiento de los derechos de los ancianos en el Derecho Público Provincial; 4.1. La protección de la ancianidad en la Constitución de la Provincia de Córdoba; 5. Breve repaso de la experiencia legislativa; 6. Conclusiones

1. Introducción a la “Ancianidad”

La fuerza de la realidad, traducida en la expansión de los derechos humanos, convirtió a la ancianidad en una cuestión cardinal no sólo para el ámbito estrictamente sanitario, sino también en materia jurídica, política, económica y social. Cierta doctrina, ha planteado que las necesidades de nuestro tiempo requieren de una rama jurídica denominada “*Derecho a la Ancianidad*.”²

¹ MANSILLA, Lucio V., *Una excursión a los Indios Ranqueles*, Edición Saúl Sosnowski, Stockcero, Miami, 2007, pág. 317.

² Cfr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “*Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo*” en *Investigación y Docencia*”, N° 40, Centro de Investigacio-

Parte de la literatura conceptualiza a la ancianidad como un hecho cronológico, como el último período de la vida del hombre, como una etapa que comienza a partir de una determinada edad.³

En una tesis distinta, a la cual somos tributarios, el factor “tiempo” se pondera como un indicador objetivo pero no absoluto de la vejez. No es posible ensayar una definición sostenida por la mera vigencia de los almanques, ya que deviene imposible resumir toda la problemática del caso en las celdas de los años, meses y días, unidades de medidas con los cuales se cuenta, pero no se estima, la vida de un hombre.

Debemos integrar distintas facetas y procesos -biológicos, culturales, sociales, históricos y normativos- que darán sentido y significado al complejo de valores que pretenden tutelarse mediante la intervención del derecho.

En este orden de ideas, Dabove Caramuto afirma que no se es viejo meramente por alcanzar una determinada edad. Incluso, agrega la autora, que para la gerontología, existen diferentes grados de vejez plenamente determinables. Este proceso, en tanto vital, es ciertamente biológico, pero también histórico y cultural. Se es anciano por el paso de los años y su impacto en la salud de las personas; y también porque la sociedad asigna ese rol, en determinadas circunstancias de contexto.⁴

2. El anciano en su circunstancia

En este apartado, nos proponemos abordar la situación de la ancianidad en sus actuales coordenadas de tiempo y espacio, las cuales impactan o deben impactar en todos los campos, aún el social, el sanitario, el institucional y el legal.

nes de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la UNR, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2007, pág. 115

³ El Diccionario de la Real Academia Española define a la ancianidad, en su acepción segunda, como “*el último período de la vida ordinaria del hombre*” en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=ancianidad (02-06-09)

⁴ Cfr. DABOVE CARAMUTO, María Isolina, *Los Derechos de los Ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002 citado en DABOVE CARAMUTO, María Isolina y PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva Interdisciplinaria*, Juris, Rosario, 2006, págs 11 y 12.

a. El Siglo de los Mayores

La ancianidad constituye un hecho demográfico de tanta relevancia, que muchos autores han denominado al Siglo XXI como el siglo de los Mayores.⁵ En los últimos cincuenta años se ha producido un aumento considerable, en términos absolutos y relativos, de personas de tercera edad. Así, en 1950 se estimaba que existían más de 200 millones de personas que superaban los 60 años, en 1975 dicha cifra subió a los 350 millones y se estima que para el 2025 será de 1.100 millones, lo que supondrá un aumento del 224% en cincuenta años y representará cerca del 14% de la población mundial.⁶ Martín Blázquez, define este aumento eclosivo de la ancianidad como la “Revolución Silenciosa” que invierte la tendencia demográfica del mundo,⁷ logrando por primera vez en la historia de la humanidad que la franja de personas mayores a 60 años supera ampliamente a la de menos de 15 años.⁸

La Argentina,⁹ como Uruguay y Cuba entre otros países, son parte de este proceso, en el que se combinan la disminución de la mortalidad y de la fecundidad, en lo que se denomina “transición demográfica”.¹⁰

⁵ Cfr. ENRIQUE MIRET, Magdalena, “El Siglo de las personas mayores” en BLÁZQUEZ, Martín Diego (Coordinador), *Los Derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Cuaderno Bartolomé de las Casas N° 40, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Dikinson, España, 2006, pág. 9

⁶ NIKKEN, Pedro, “Los Derechos del niño, de los ancianos y de la mujer: su protección internacional” en acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México, <http://www.bibliojurídica.com> (20-05-09)

⁷ BLÁZQUEZ, Martín Diego, “Los derechos (humanos) de los ancianos” en BLÁZQUEZ, Martín Diego (Coordinador), *Los Derechos de las Personas Mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Cuaderno Bartolomé de las Casas N° 40, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Dikinson, España, 2006, pág. 17

⁸ TOMASELLO, Andrés, “Derechos de la Ancianidad” en DJ2002-3, 928

⁹ La Naciones Unidas ha puesto de resalto que la Argentina es uno de los países donde el aumento demográfico de las personas mayores seguirá creciendo exponencialmente. Cfr. OMS e INPEA, *Missing Voices view of older person on elder abuse*, pág. 3 en http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/missing_voices/en/ (01-06-09)

¹⁰ SOLÍS, Patricio, “El ingreso a la cuarta edad en México: una aproximación a su intensidad, calendario e implicaciones en el apoyo familiar y social a los ancianos” en *Papeles de Población*, Enero/Marzo N° 19, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, 1999, pág. 43.

Este dato presenta particular interés, pues es dable reflexionar sobre si las instituciones, el derecho y el andamiaje sanitario están a la altura de esta ampliación de la expectativa de vida, si la acompañan debidamente. Es razonable examinar si la transición se ha “democratizado”, si los procesos son vividos en plenitud no sólo por algunos sujetos, sino por amplias capas de la comunidad ¹¹, si la sobrevivida tiene la adecuada consideración por la sociedad, el mercado, las leyes, los bienes culturales.

b. Calidad de vida ¹²

Avanzando, indicamos que el nivel de vida adecuado es un derecho fundamental, que exige la convergencia todas las condiciones necesarias para que las personas vivan dignamente. En dicha expresión, quedan comprendidos aspectos subjetivos del individuo -sus aspiraciones, el grado de satisfacción de las mismas y la percepción individual y colectiva de sus condiciones- y objetivos -interacción con factores tales como educación, renta, salud, vivienda, vestimenta, etc-.

¿Como absorbe el sistema esa necesidad de asegurar el aumento cuantitativo de la vida, imbricado al aumento de cualitativo del nivel de vida de los ancianos?

Es quizá este campo, uno de los que con mayor crudeza muestra las diferencias entre los rumbos marcados por los países desarrollados, respecto a los países menos adelantados, pues en los primeros la transición a la vejez ha sido abordada con mayor profundidad.

Es interesante, en este campo, cómo se han diferenciado dos grupos bien nítidos: la “tercera edad”, o “viejos jóvenes”, y la “cuarta edad”, o de “dependencia final”, también llamada “de viejos viejos” o “viejos entre los viejos”. Como se ha dicho, superar ciertas barreras cronológicas, enviudar o quedarse sin hijos solteros en la casa, no implican directamente el deterioro de la calidad de vida o el menoscabo de la autonomía.¹³ Nos referimos a incapacidades,

¹¹ En el sentido propuesto por Treas y Bengston, citados en SOLÍS, Patricio, ob. cit. pág. 44.

¹² Aquí hablamos de “calidad de vida” relacionándola específicamente con la calidad que pueda presentar el envejecimiento. Respecto a la definición jurídica de “calidad de vida” ver nuestro artículo “Salud Ambiental en el ordenamiento jurídico”, punto 2.

¹³ SOLÍS, Patricio, ob. cit., pág. 46.

detrimento de funciones orgánicas, físicas, fisiológicas, psicológicas que importen deterioro funcional, parámetro utilizado por la OMS para evaluar la calidad del nivel de vida.

La correcta delimitación de ambos grupos, el abordaje de su transición, los diversos estudios sanitarios, sociológicos, políticos, administrativos o jurídicos, entre los más trascendentes, que permitan trabajar sobre las crecientes necesidades de cada estadio y las respuestas institucionales y culturales que mejoren su cobertura.

c. La soledad y abandono de los ancianos

Cada vez hay más personas ancianas viviendo solas, sin redes primarias de apoyo, a causa de la verticalización de las familias (ruptura de la solidaridad vertical), por lo que la realidad asistencial deberá recaer sobre redes de apoyo coetáneas (solidaridad horizontal) no consanguíneas¹⁴.

En el informe sobre la situación de la Ancianidad de Argentina presentado ante la OMS, se ha indicado que la soledad de los ancianos o abandono por sus familiares es un factor determinante de todos sus problemas.¹⁵

¿La soledad aumenta las desigualdades? ¿Es posible prever quiénes quedarán solos? ¿Es posible anticipar quiénes, entre los solos, pertenecerán a la tercera o a la cuarta edad? ¿Es factible trabajar sobre grupos de amortiguamiento o contención de esa soledad potencial o real (sean familiares o no familiares)? ¿Es posible fomentar la participación de estos grupos en organizaciones gubernamentales o no gubernamentales que los nuclean? ¿Los programas de salud, los de desarrollo social, la propia seguridad social, deben mejorar su respuesta ante estos fenómenos asegurando la calidad de vida en las etapas previas con un sentido prospectivo? ¿En cuánto influye, a este respecto, el estereotipo actual respecto a los ancianos?¹⁶ ¿Cómo deben coadyu-

¹⁴ TOMASELLO, Andrés, "Derechos de la Ancianidad" en DJ2002-3, 928

¹⁵ Informe de la Argentina sobre el estado de la Ancianidad presentado a la Organización Mundial de la Salud en el 2001, disponible en página de la OMS, http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/missing_voices/en/ (01-06-09)

¹⁶ 1 Pues como bien se ha dicho, "... en muchas sociedades existen muchos estereotipos negativos acerca de las personas ancianas. Muchas personas consideran la declinación de las

var la política social, la sanitaria, la cultural, la educativa, así como la aplicación del derecho, para corregir esa percepción?

d. Maltrato y discriminación

La discriminación y el maltrato¹⁷ de los viejos es imposible de ignorar.¹⁸ Presenta muchos rostros: exclusión del mercado laboral, infantilización en el trato (violencia moral), maltrato físico, abandono por disgregación del vínculo familiar, limitaciones del sector público para apuntalar la movilidad social, dificultades del Estado y la sociedad civil para sostener alternativas de contención y participación, gerontofobia pasiva (al no valorar los aspectos positivos de la vejez, la sociedad se desentiende de los ancianos), etcétera. En un concepto que retomaremos, nos interesa plantear dos clases de maltrato: el doméstico, y el institucional¹⁹.

La OMS publicó en el año 2002 el informe “Missing Voices views of older person on elder abuse” (Voces ausentes: visión de las personas mayores sobre la discriminación de las personas mayores)²⁰, relevamiento en ocho paí-

habilidades en la tercera edad como inevitable e irreversible (...) Si queremos vivir la vejez de una manera determinada tenemos que revisar la imagen que nosotros mismos tenemos de las personas ancianas”. Cfr. REYES CAMEJO, Teresa et al, “Salud en la tercera edad y calidad de vida”, Centro Gerontológico Colón Máximo Gómez, Cuba, 2001.

¹⁷ Lo definimos como “Cualquier acto único o repetido o falta de acción apropiada que ocurra en cualquier relación, supuestamente de confianza, que cause daño o angustia a cualquier persona de edad” (Secretaría General de la Comisión de Desarrollo Social de la II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento).

¹⁸ BOBIO, Norberto, *De Senectute y otros escritos autobiográficos*, Taurus, Madrid, 1996, pág. 27 citado por BLAZQUEZ, Martín Diego, ob. cit. pág. 22.

¹⁹ SEMINO, Eugenio, “Maltrato, Abuso y Abandono en la Tercera Edad” en acervo virtual de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, <http://www.defensoria.org.ar/areastematicas/doc/v014.doc> (06-06-09)

²⁰ Cfr. “Respuesta Mundial al Maltrato de Personas Mayores” en *Revista Panamericana de Salud Pública*, Vol. 17, Junio de 2005, pág. 456. Ver OMS e INPEA, *Missing Voices view of older person on elder abuse* en http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/missing_voices/en/ (01-06-09)

²¹ Los otros países sobre los cuales se llevó a cabo esta investigación son Austria, Brasil, Canadá, India, Kenya, Líbano y Suecia.

ses, entre los cuales se encuentra la Argentina²¹, en el cual se resumieron los cuatro tipos de abusos que los ancianos reconocen que son sometidos:

- Abuso social estructural: la postergación o marginación de sus necesidades o intereses en función de otras prioridades sociales, políticas y económicas.

- Negligencia y abandono, tanto desde la perspectiva personal como institucional.

- La falta de respeto y actitudes edaístas como la infantilización, anonimato o pérdida de identidad personal.

- Los abusos legales y financieros.²²

Como indica la O.P.S., “el desamparo y maltrato de las personas de edad se ha convertido en un epidemia silenciosa en todo el continente”.²³

3. Los derechos de los Ancianos en el Bloque de Constitucionalidad Federal

3.1. La Constitución Nacional

En la Constitución Histórica de 1853/60 no se incluyeron expresamente los derechos de los ancianos, que vendrían de la mano con el constitucionalismo social.

Recién tuvieron consagración expresa en la Constitución de 1949, en la cual se incluyó una cláusula expresa de derechos de carácter social de la ancianidad. Los derechos sociales reaparecieron en la reforma de 1957, resumidos en el art. 14 bis ²⁴, contemplando en nuestra materia sólo el aspecto previsional. No obstante ello, entendemos que, al tratarse de derechos huma-

²² Cfr. BLÁZQUEZ, Martín Diego, ob. cit. pág. 24.

²³ OPS, 44° Consejo Directivo, 55° Sección del Comité Regional, *La Familia y la Salud*, 2003, citado en DAVOBE CARAMUTO, María Isolina y PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva Interdisciplinaria*, Juris, Rosario, 2006.

²⁴ Cfr. GELLI, María Angélica, “Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994” en La Ley 1995-C, 1142

nos, mantienen su hospedaje en la cláusula del art. 33 de la Constitución ²⁵ sobre los derechos implícitos.²⁶

En 1994, el convencional constituyente insertó el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, completando la igualdad formal del art. 16 (formal equality / equality in books) con la “igualdad real” (material equality / equality in actions).

En su texto, aquel artículo le impone al Congreso la obligación de “[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (la negrita nos pertenece).

La inclusión de esta cláusula, pone de manifiesto la inequívoca voluntad de nuestra Norma Fundamental de comprometer al Estado Federal en un dinámico esfuerzo por desarrollar estrategias legales, para imponer condiciones “reales” de igualdad entre todos los habitantes de este país.²⁷

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Itzcovich”²⁸, ha puesto de resalto que la norma sub examine importa una calificación constitucional de los ancianos como un grupo vulnerable.²⁹ Dicha situación de vulnerabilidad, sobre la cual hemos dado precisiones en el apartado anterior, traduce que éstos no son iguales a los demás y, por tanto, requieren una protección especial.³⁰

²⁵ Constitución Nacional, Art. 33: “*Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*”.

²⁶ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J. “El artículo 75 inc. 22, de la Constitución y los derechos humanos” en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, pág.85, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, RA, 1998.

²⁷ Cfr. RIBERI, Pablo, *Variaciones sobre igualdad como valor, principio y derecho*, Mediterránea, Córdoba, 2007, pág. 102.

²⁸ Ver BARRERA BUTELER, Guillermo, El caso “Itzcovich”: ¿Una sentencia de necesidad y urgencia?, en *Foro de Córdoba, (Publicación de doctrina y jurisprudencia)*, Año XVI, N° 99, Advocatus, Córdoba, 2005.

²⁹ CSJN Fallos 328:566, “Itzcovich, Mabel c. Administración Nacional de la Seguridad Social” (29-03-05), Voto del Dr. Lorenzetti, consid. 11

³⁰ TRAVIESO, Juan Antonio, “La protección de los derechos de los ancianos. Aspectos nacionales e internacionales” en *La Ley Actualidad*, 1995/07/06, pág. 3.

El ordenamiento constitucional vigente nos exige:

- a) Interpretar el ordenamiento jurídico existente a la luz del mandato de protección especial de la ancianidad -con lo cual se otorga contenido nuevo a derechos reconocidos-;
- b) Reconocer derechos específicos de los ancianos;
- c) Tomar medidas de acción positiva, medidas de acción progresiva y medidas de transferencia de efectividad a los derechos de los ancianos.³¹

3.1.1. Las Medidas de Acción Positiva

Nuestra Carta Fundamental ha reconocido de manera expresa las denominadas acciones positivas o affirmative actions: mecanismos de discriminación inversa³² que importan una “estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o sistemas sociales.”³³

El espíritu y fin de su inclusión, es garantizar la “igualdad real de oportunidades” y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por

³¹ Es menester puntualizar que estas tres clases de medidas pueden combinarse en la realidad.

³² Las medidas de acción positiva fueron una creación pretoriana de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “*Brown vs. Board of Education of Topeka*” (1954). No obstante, Roberto Gargarella señala que en el continente americano, a principios del Siglo XIX, la discriminación inversa ya tenía tributarios, como José Artigas, que en el Reglamento Provisorio de 1815 bregaba por la discriminación positiva a favor de los más pobres. (cfr. GARGARELLA, Roberto, “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América” en acervo virtual del *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* de la YALE LAW SCHOOL, en www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA/RobertoGargarella_Spanish_.pdf - (26-05-09)

³³ Este concepto ha sido construido por el Comité para la Igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa y es citada por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las Acciones Positivas en la Reforma Constitucional (art. 75 i nc. 23)” en *La incidencia de la Reforma Constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II - Obras - N° 27, Buenos Aires, 1998, pág. 93-94.

la Constitución y por los tratados internacionales a los ancianos³⁴, los otros tres grupos enunciados y cualquier otro grupo vulnerable no enunciado. Fiss aporta que las medidas de acción positiva son en definitiva verdaderas herramientas de justicia³⁵.

3.1.2. Medidas de transferencia de efectividad

Los derechos sociales, género dentro del cual se han incluido a los derechos de los ancianos, se han incorporado con dificultades al constitucionalismo de la realidad y en la praxis legislativa e institucional. Los legisladores no han sido lo suficientemente precisos, y los jueces han tendido a considerarlos como no exigibles ante los tribunales.³⁶

El Estado debe tomar medidas para garantizar el “*pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos [a los ancianos] por [la] Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos*”.

También se ha tendido a simplificar el enfoque y centrarlo en la “institucionalización”, aunque desde una perspectiva muy deficitaria (tanto en la elaboración e implementación de políticas, visión de los funcionarios a cargo, calidad de los recursos humanos empleados, estrategias de integración, coordinación o convergencia entre entidades involucradas -asistenciales y no asistenciales, públicas y privadas, etc.-). Estas “instituciones” -hogares, residencias, etcétera, sólo sirvieron para estatizar algunos-compromisos que no solucionaron los problemas. Se interrumpieron muchas redes afectivas -aislamiento de la familia-, no se estimularon las organizaciones de autoayuda, la seguridad social no acompañó este esfuerzo, los servicios de

³⁴ CSJN Fallos 328:1602, “Sánchez, María del Carmen c. Administración Nacional de la Seguridad Social” (17-05-05), Voto del Dr. Maqueda, consid. 10 in fine.

³⁵ FISS, Owen, “Affirmative Actions as a strategy of justice”, ensayo presentado en la sesión inaugural del Simposio “Affirmative Action Talk” (17 y 18 de Octubre de 1996) del Whitney Humanity Center y YALE LAW SCHOOL, en *Report for the Institute for Philosophy & Public Policy*, www.law.yale.edu/documents/pdf/affirmativeaction.pdf (23-05-09)

³⁶ GARGARELLA, Roberto, “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América” en acervo virtual del *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política* de la YALE LAW SCHOOL, en www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA/RobertoGargarella__Spanish_.pdf - (05-06-09)

salud no se articularon con estas estructuras, no se reorganizaron otras redes de solidaridad, etcétera.

Ni el derecho, ni los tribunales, ni las políticas de estado, pudieron todavía transformar ese contexto: la creatividad, la precisión, la eficiencia, la eficacia de los hombres de estado, de la sociedad civil organizada, aún no amalgamó en realizaciones visibles.

3.1.3. *Medidas de Acción Progresiva*

El Estado debe lograr progresivamente la efectivización de los derechos fundamentales de los ancianos.

El principio de progresividad tiene fundamento normativo en el art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PISDEC) y art. 17 de su Protocolo Complementario de San Salvador, a los cuales nos referiremos infra. Parte tres premisas complementarias: a) que la plena realización de los derechos humanos generalmente no se puede lograr en un corto lapso de tiempo; b) que el Estado no puede aplazar indefinidamente su cumplimiento o hasta que haya alcanzado un determinado nivel de desarrollo económico ³⁷ y c) que existen grados de satisfacción de los derechos de los ancianos que el Estado podrá ir cubriendo escalonadamente. La progresividad permitirá evaluar el cumplimiento de los objetivos diacrónicamente.

La prohibición de regresividad de los derechos humanos constituye, al decir de Salvioli, la ecuación inversa de la progresividad ³⁸. Ella constituye una limitación a las políticas del Estado en virtud de la cual éste se ve impedido de adoptar políticas y medidas que empeoren la situación de los derechos.

³⁷ Cfr. HUENCHUAN, Sandra y MORLACHETTI, Alejandro, Derechos Sociales y Envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina, <http://www.eclac.org/celade/noticias/páginas/6/27116/HuenschuanS.pdf> (21-03-08)

³⁸ SALVIOLI, Fabián, *Curso Básico sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, IIDH, 2003, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Glosario*, <http://www.iidh.ed.cr/glosario.htm> (24-03-08).

3.2. *Los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional*

De los cuatro grupos vulnerables enunciados por el art. 75 inc. 23, los ancianos y discapacitados son los que poseen una tutela más débil en el horizonte normativo internacional.³⁹

Los tratados de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, no contemplan expresa y sistemáticamente los derechos de la ancianidad, salvo en el aspecto de la seguridad social. No obstante, en comunión con nuestra Carta Fundamental, receptan en su letra y espíritu, la igualdad real de oportunidades y las acciones positivas a favor de los grupos vulnerables, como uno de los medios para efectivizar la primera.⁴⁰

No obstante, en el 2003, la República Argentina ratificó el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de “San Salvador”), que completa el Pacto de San José de Costa Rica, con la cláusula de los derechos de la ancianidad:

“Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera

³⁹ Los “Niños” poseen la Convención de los Derechos del Niño -con jerarquía constitucional- que les dispensa un tratamiento integral y ajustado a su situación particular de indefensión, reconociéndose principios y derechos propios. Las Mujeres se encuentran especialmente tuteladas por la Convención de Eliminación de todas las formas de Discriminación a la Mujer y el resto de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que, en general, prohíben la discriminación fundada en el género. La situación de los “Discapacitados” se encuentra contemplada en la Declaración de Derechos del Retardado Mental, Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), Declaración de los Derechos de la Persona Sorda y Ciega y Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros (Ver ROBLEDO, Federico Justiniano, “Hacia una mejor tutela constitucional de los discapacitados” en *Cuaderno de Federalismo*, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, XIX, Advocatus, Córdoba, 2006, págs.104-123)

⁴⁰ La CADH, PIDESC y DUDH no incluyen expresamente a la edad como uno de los factores prohibidos de discriminación. El Comité de DESC ha señalado que ello se debe a que, cuando se adoptaron estos instrumentos normativos internacionales, el problema del envejecimiento no era tan importante ni urgente ni revestía la actualidad de los días que corren. Ello no obsta, que pueda ser incluida en la expresión “cualquier otra condición social”. Cfr. Observación General N° 6 del Comité de DESC, “Los Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Personas Mayores”, 13 ° Período de Sesiones - 1995, UN E/1996/22, considerandos 11 y 12.

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 (*art. 17 Protocolo de San Salvador*)”.

Asimismo, cabe precisar que los avances más importantes se han dado en el seno de las Naciones Unidas. En Asamblea General de las Naciones Unidas ⁴¹ N° 46/91 en la 74ª sesión plenaria del 16 de diciembre de 1991, se dispuso la ejecución del Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento y Actividades Conexas y su Anexo: Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, donde se especifica sobre su independencia y participación, cuidados, autorrealización y dignidad. Anteriormente, en 1982, se había realizado en Viena la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, que procuró el informe sobre “Los asentamientos humanos y el envejecimiento” al año 1982 y posteriormente en 1993. En Madrid, del 8 al 12 de abril de 2002 se realizó la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, bajo el lema “Una Sociedad para Todas las Edades”.⁴²

4. El reconocimiento de los derechos de los ancianos en el Derecho Público Provincial

Siguiendo a Mariano Novelli, sostenemos que las veintitrés constituciones de las provincias argentinas y el estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos

⁴¹ Órgano en el que están representados todos los estados miembros de las Naciones Unidas, más observadores e invitados.

⁴² Cfr. TOMASELLO, Andrés, ob. cit.

Aires, pueden clasificarse en tres grandes grupos, conforme al modo de tratar el tema de la población de edad avanzada.⁴³ Estos son:

1) Constituciones que omiten todo pronunciamiento respecto a la vejez. En este grupo se encuentran las Constituciones de Corrientes, La Pampa y Mendoza.⁴⁴ A pesar de dicho vacío legal, Novelli precisa que los derechos de la ancianidad se encontrarían subsumidos en la “cláusula de los derechos no enumerados” que las tres cartas contienen.

2) Constituciones con derechos provisionales. Este grupo estaría integrado por aquellas constituciones que se limitan a enumerar ciertos derechos relacionados con la seguridad social. Ellas son, las de Entre Ríos, Neuquén y Santa Cruz.

3) Constituciones con cláusulas de “derechos de los ancianos”. En este grupo, se ubican aquellas leyes supremas provinciales, por medio de las cuales, con mayor o menor detalle, se reconocen los derechos de los ancianos.

Entre las normas más breves, el autor de referencia, menciona las de las constituciones de Buenos Aires (art. 36, inc. 6), La Rioja (art. 37), Misiones (art. 37, inc. 2; art. 38), Santa Fe (art. 23) y Tucumán (art. 67, inc 6°). Las mismas, por lo general, expresan que el Estado proveerá al amparo de los ancianos, aunque indican a la familia como responsable directa de su cuidado. La Constitución de Buenos Aires señala que se promoverán políticas asistenciales y de revalorización del rol de los ancianos.⁴⁵

Las constituciones de Chaco (art. 35, inc. 4), Chubut (art. 29), Córdoba (art. 28), Jujuy (art. 49), Río Negro (art. 35), San Juan (art. 57) y Tierra del Fuego (art. 21), poseen artículos sobre derechos de los ancianos algo más amplios.

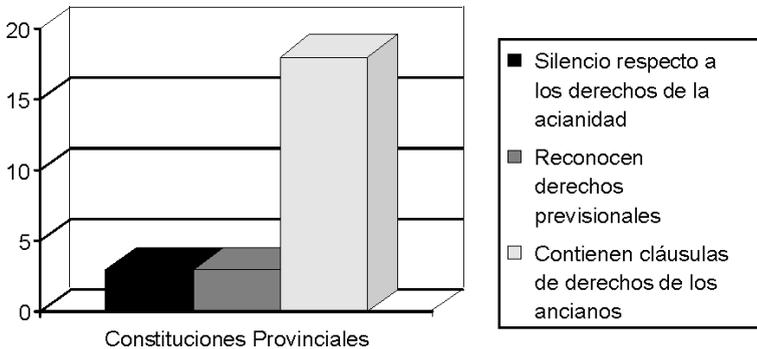
⁴³ Seguimos en este punto el trabajo de Mariano Novelli, titulado *Los Derechos Constitucionales de los Ancianos en la Argentina*, Dunken, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006 y el trabajo conjunto de DABOVE CARAMUTO, María Isolina, GONEM MACHELLO, Graciela M, NAWOJCZYK, Érica, NOVELLI, Mariano H., PRUNOTTO, Mariana E. y RODRIGO, Fernando titulado “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional del derecho de los ancianos” publicado en *La Ley* 20/06/2008, 1.

⁴⁴ Es dable puntualizar que la Constitución de Mendoza vigente es la de 1916, y a la fecha no ha sido fruto de ninguna reforma, quedándose al margen del ciclo de reformas constitucionales provinciales nutridas por el constitucionalismo social.

⁴⁵ Cfr. NOVELLI, Mariano, ob. cit., pág. 67.

Finalmente, se llega a las pocas constituciones que se adecuan a las “medidas de acción positiva” respecto de los ancianos que promueve el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional. Son seis las leyes supremas que afrontan la ancianidad de manera plena, enunciando diversos derechos y sus modos de efectivización: Ciudad de Buenos Aires (art. 41) y Provincias de Catamarca (art. 65, inc. V), Formosa (art. 71), Salta (art. 35), San Luis (art. 51) y Santiago del Estero (art. 34). En su mayoría, comienzan garantizando a las personas mayores la igualdad de oportunidades y de trato sin discriminación alguna. Luego, mencionan distintos derechos esenciales en la vejez, que mayormente coinciden con la exhaustiva enumeración que formulaba la Constitución Nacional de 1949. Así, establecen el derecho a la asistencia, a la alimentación, a la vivienda, al vestido, a la salud física y moral, a la ocupación por la laborterapia productiva, al esparcimiento y al turismo, a la tranquilidad y al respeto. Las constituciones de las provincias de Formosa y San Luis van aun más allá, haciendo hincapié en que es responsabilidad del Estado crear establecimientos especiales organizados con fines preventivos, hogares o centros de día, así como ofrecer asistencia integral domiciliaria.⁴⁶

Es posible sintetizar el tratamiento constitucional al derecho a la ancianidad en el derecho público provincial argentino, mediante el siguiente gráfico.



En mérito de lo expresado, podemos concluir que los derechos sociales del anciano son reconocidos, con mayor o menor extensión, en la mayoría de las constituciones provinciales argentinas, por influjo del constitucionalismo social.

⁴⁶ Ibidem.

4.1. La protección de la ancianidad en la Constitución de la Provincia de Córdoba

La Constitución de la Provincia de Córdoba aborda la problemática de la ancianidad en tres artículos.

En primer término, en el acápite de los derechos sociales, como se señaló supra, se incluye la cláusula de la ancianidad, que reza: “[e]l Estado Provincial, la familia y la sociedad procuran la protección de los ancianos y su integración social y cultural, tendiendo a que desarrollen tareas de creación libre, de realización personal y de servicio a la sociedad.”

Es posible resumir el contenido de este novedoso apartado normativo mediante las siguientes preguntas:

¿Quién es el titular de los derechos contenidos en la norma precípua? *Los titulares de los derechos enunciados en la cláusula sub examine son los ancianos. Nuestro convencional constituyente provincial optó por consagrar un catálogo de derechos especiales para este grupo de personas.*

¿Qué tipo de derechos son los derechos de la ancianidad? *La Constitución de Córdoba califica a los derechos de la ancianidad como derechos sociales.*

¿Quién es el titular del deber de protección del anciano? *La protección del anciano es un deber del Estado Provincial- en concurrencia con el Estado Nacional (art. 14 bis, 33, 75 inc. 22 y 23 CN) y los municipios y comunas (art. 186 C.Cba)- la sociedad y la familia. De ello se sigue que, si bien el Estado es el custodio último del cumplimiento de los derechos fundamentales, la Provincia de Córdoba, Estado Social de Derecho (artículo 1º de la Ley Fundamental), refuerza e integra esa tuición particular a los ancianos, guiada por un conjunto de principios entre los cuales destacamos a la subsidiariedad.*

Este principio, implica que las necesidades de los hombres deben ser satisfechas, en primer lugar por los individuos y sus familias; en caso que no pudieran hacerlo por sí solas deberá intervenir subsidiariamente la sociedad y el estado. Esta directriz, tiene razón de ser cuando reconocemos que el hombre nació antes que el estado, para vivir en agrupaciones con otros hombres, en cuyo seno se realiza y perfecciona como tal.⁴⁷

⁴⁷ Cfr. CAPEL, Mariano, HARRINGTON, Paula, MIRANDA, Magali, ROBLEDO, Federico y TUR, Daniel, “Paisajes de una Argentina Invisible” en *Anuario de Derecho Constitucional Latino-*

¿Cuál es la extensión de los derechos de los ancianos? *La Constitución incluye un catálogo de derechos que conforman, a nuestro entender, un mínimo irreductible para la atención integral de las necesidades de la ancianidad. En concreto, reconoce:*

- el derecho a una protección [especial], que trasunta todas las dimensiones de sus situación particular y obliga a reinterpretar los derechos generales con el cariz de la ancianidad;
- el derecho a la integración social y cultural.

En segundo término, en el art. 57 se tutelan los derechos previsionales.⁴⁸

Finalmente, se incluye a la ancianidad en el Art. 186, que versa sobre la competencia material del municipio; es decir, la atribución específica de poder que la Constitución hace al Municipio para entender en asuntos específicos.⁴⁹ Particularmente, en el inc. 7, le otorga a los municipios y comunas de la provincia competencia en materia ancianidad, la cual reviste carácter social,⁵⁰ en concurrencia con la que se reserva el estado provincial y la que corresponde al estado nacional.

Es menester poner de resalto, que nuestra Constitución junto con la de Santa Cruz, son las únicas del país que invisten expresamente a los municipios de atribuciones y poderes respecto de la ancianidad.

americano, 12° Año, Tomo 2, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Impreso en Mastergraf, Montevideo, 2006, pág. 1283.

⁴⁸ Constitución de la Provincia de Córdoba, art. 57: “*El Estado Provincial, en el ámbito de su competencia, otorga a los trabajadores los beneficios de la previsión social y asegura jubilaciones y pensiones móviles, irreductibles y proporcionales a la remuneración del trabajador en actividad.*”

El régimen previsional debe ser uniforme y equitativo y debe procurar la coordinación con otros sistemas previsionales.

La ley establece un régimen general previsional que contemple las diferentes situaciones o condiciones laborales, conforme lo establece el artículo 110, inciso 17 de esta Constitución.

Los recursos que conforman el patrimonio de las cajas previsionales son intangibles y deben ser utilizados sólo para atender sus prestaciones específicas.”

⁴⁹ Cfr. BOCCOLINI, Gustavo Luis, *Práctica Municipal II*; Ediciones Avatar, Córdoba, pág. 257.

⁵⁰ En ingual sentido ver HERNÁNDEZ, Antonio (h), *Derecho Municipal*, 2ª Edición Actualizada y aumentada, Volumen I, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 472; BAULINA, Angel V, *El Gobierno Municipal. Manual Práctico de Derecho y Administración*, Assandri, Córdoba, 1941, pág. 204; MOONEY, Alfredo y BRUGGE, Juan, *Derecho Municipal Argentino. Aspectos Teóricos y Prácticos*, 2ª Edición Actualizada, Francisco Ferreyra Editores, 1998, Córdoba, pág. 521-522; BOCCOLINI, Gustavo Luis, *Práctica Municipal II*; Ediciones Avatar, Córdoba, pág. 263.

Ello pone en evidencia, la importancia mayúscula del municipalismo en el diseño constitucional de nuestra provincia, y la necesaria integración de los tres niveles de gobierno (nacional, provincial y municipal) en la elaboración de políticas que protejan a los ancianos, tal como efectivamente, lo propone la propia Constitución en el artículo 59, segundo párrafo, al establecer el contenido del derecho a la Salud.

5. Breve repaso de la experiencia legislativa

Razones de espacio nos impiden explorar en profundidad cómo la legislación acompañó estos esfuerzos que el constituyente nacional y los provinciales han realizado por incorporar la protección efectiva de la ancianidad, en sus múltiples facetas.

No existen leyes nacionales generales sobre ancianidad. En algunas provincias sí encontramos textos que vienen a reglamentar las cláusulas constitucionales, como Mendoza, Misiones, San Juan, Tierra del Fuego, entre otras. Algunas también abordan, desde la perspectiva de los beneficios -no sólo los de la seguridad social- esta problemática, como San Luis o Formosa.

En la provincia de Córdoba, encontramos la Ley N° 7077, de 1984 ⁵¹, modificada por la Ley N° 7434 de 1896 ⁵², que establece la creación del “*Programa de atención al anciano*”, por el cual el Estado Provincial “... *a través de albergues, hogares de día, comedores, viandas domiciliarias y cualquier otra alternativa de ayuda económica al grupo familiar, para mantener al anciano en el núcleo de origen, atenderá a la ancianidad carenciada de todo el territorio Provincial, para erradicar definitivamente la situación de ancianos abandonados, y otorgarle el bienestar necesario*” (texto según reforma). Se establecen condiciones de ingreso al programa (más de 60 años, residir en la zona, imposibilidad de autoabastecerse y carencia de parientes obligados por ley de proporcionar cuidado). La norma prevé la generación de convenios con Municipios, Comisiones Vecinales, Cen-

⁵¹ Ley N° 7077, “Programa Permanente de Atención al Anciano”, - Córdoba- (B.O., 30-04-1984).

⁵² Ley N° 7434 - Córdoba- (B.O., 09-10-1986).

tros Vecinales, e instituciones de bien público sin fines de lucro. Los servicios brindarán asistencia social, médica, de educación y recreación en la medida de sus posibilidades. Una ley posterior, la 7.723⁵³, incorpora al Programa de Asistencia Integral Córdoba -PAICOR- el servicio de atención a “hogares de tercera edad”.

Asimismo, encontramos invocaciones muy genéricas a la ancianidad en las disposiciones del artículo 8, inciso a) de la ley 8835, Carta del Ciudadano⁵⁴ -derechos de la solidaridad-. Recordemos que esta ley aún no ha sido reglamentada.

La ley 7872,⁵⁵ modificada por la Ley 8677⁵⁶, establece el Régimen de Establecimientos Geriátricos Privados de la Provincia de Córdoba. Esta norma ha sido recientemente considerada por el Ministerio de Salud, impulsándose una nueva reglamentación de la misma (cuya factura ha sido desarrollada en gran parte por este servicio jurídico), finalmente consagrada como Decreto 657/09. El instrumento legal clasifica a estos establecimientos en seis categorías⁵⁷ y precisa criterios de fiscalización, a cargo del Ministerio de Salud. Estas normas son completadas mediante la Resolución del Ministerio de Salud 394/09, que permite operativizar dicha fiscalización en un extenso y detallado catálogo de requerimientos, brindando certeza jurídica a los operadores y facilitando los mecanismos de habilitación categorizante y posterior contralor de las obligaciones a cargo de los prestadores.

El plexo sanitario “duro” cordobés no hace menciones específicas a la ancianidad como colectivo específico de protección particular. La estructura orgánica del Poder Ejecutivo no hace mención expresa a la ancianidad, aunque diversos programas o acciones del Ministerio de Desarrollo Social -Secretaría de Inclusión Social- la han contemplado; cuya reseña no es útil a los fines de esta exploración.

⁵³ Ley N° 7723, “Programa Asistencial Integral Córdoba” -Córdoba- (B.O., 17-11-1988).

⁵⁴ Ley N° 8835, “Carta del Ciudadano” -Córdoba- (B.O., 27-03-2000).

⁵⁵ Ley N° 7872, “Establecimientos geriátricos privados” -Córdoba- (B.O., 28-12-1989).

⁵⁶ Ley N° 8677 - Córdoba- (B.O., 17-06-1998).

⁵⁷ Establecimientos para ancianos autodependientes; para ancianos semidependientes; para ancianos dependientes; para adultos mayores con asistencia psico-geriátrica; hogares de día para personas adultas mayores; hogares de residencia (cfr. Artículo 2° del Decreto 657/09).

En el Ministerio de Salud, coexisten áreas con competencia en el desarrollo de políticas, de administración de programas, de fiscalización y efectores. Entre los dos primeros grupos, encontramos a la Subsecretaría de Inclusión Sanitaria -que a su vez administra el Programa Federal (PROFE)-, y la Subsecretaría de Programas. Entre los fiscalizadores, a la Jefatura de Área del Registro Único de Prestadores de Salud, encargado de aplicar la normativa supra invocada. Entre los efectores, en general, casi todos ellos -en particular los que presentan mediana y alta complejidad- cuentan con servicios de especial interés para lo que podríamos denominar tercera y cuarta edad. En el interior de la provincia, encontramos tres efectores especializados en internación geriátrica -nosocomios de Despeñaderos (Departamento Santa María), San Francisco del Chañar (Departamento Sobremonte) y San Francisco (Departamento San Justo).

6. Conclusiones

Los hombres de mayor edad han tenido reconocimiento en toda la historia del hombre: no sólo como grupos vulnerables, o como débiles, sino también como sabios, como conductores o guías. Su formación, experiencia, luchas y laboriosidad en el cultivo de la familia y de la sociedad, ha merecido la atención de aquellos que ejercieron la autoridad en cualquier ordenamiento humano. Sobran los ejemplos de su importancia, no sólo dentro de la célula social, sino como el puente indestructible de equilibrio entre el individuo aislado y la especie humana.

En la actualidad, los ancianos se encuentran inmersos en una difícil encrucijada: cómo lograr que su expectativa de vida, mucho mayor, se encaje positivamente dentro de la percepción social, y de la dinámica que esta produce. Ello permitirá reducir la discriminación, abuso y abandono, entre otros males públicos que exigen la presencia de un “bien público”.

El Siglo XXI reclama no sólo el reconocimiento integral de los derechos de los ancianos, ya efectivizado en el constitucionalismo formal, sino también su realización concreta, a través del constitucionalismo de la realidad, y del adecuado balance entre la vigencia de sus cuerpos dogmáticos y orgánicos. Subyace, con crudeza, un profundo problema ético. Que los derechos y deberes individuales a decidir entre opciones, a proteger y ser protegido en el ingreso y desarrollo dentro de la tercera edad y en una posible transición a la

cuarta, encuentren en el contexto la adecuada y suficiente medida, acorde con pautas socio culturales razonables.

Así las cosas, el Estado, en sus tres niveles de gobierno, asume un rol central en esta tarea. Pero como la constitución lo enseña, no está solo. La responsabilidad de proteger a nuestros ancianos recae también en la sociedad y las familias, de acuerdo con el Principio de Subsidiariedad Federal.

Son muchos los problemas: las incompletas respuestas de la Seguridad Social, la reducción del tamaño de las familias, la crisis de la institucionalización intentada por el Estado (asistencialismo sin completa eficacia) y el sector privado (especulación económica), la desarticulación de los esfuerzos estatales, en particular por no existir planes integrales.

El derecho deberá hacer, si no mucho más, mucho mejor.

