



Trabajo Final de Graduación

**LOS ADULTOS MAYORES Y LA PROTECCION DE SUS
DERECHOS**

Cuevas, Virginia

Abogacía

AÑO 2019

Resumen: La atención puesta en los adultos mayores ha sido considerada como un fenómeno nuevo y trascendente, tal es así, que la Organización de las Naciones Unidas lo define como una verdadera “Revolución Silenciosa”. El avance de la medicina y su impacto en el aumento de la expectativa de vida, lleva a un acelerado aumento de la población adulta, obligando al Estado y a la sociedad a focalizar su atención en este grupo vulnerable.

El presente trabajo está orientado a realizar un análisis de la visión jurídica actual de la protección de los derechos de los adultos mayores. La reciente ratificación de la Argentina de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y la consagración de normas específicas que invitan a los estados parte a adecuar su sistema normativo interno a los principios emergentes de la normativa internacional, hacen esencial la necesidad de estudiar cómo aquel cambio de paradigma impacta en el ámbito normativo nacional.

En este orden, se investiga el grado de adecuación o recepción a nivel normativo nacional de las normativas internacionales, para poder dilucidar si los adultos mayores gozan de una tutela efectiva destinada a la protección de sus derechos fundamentales.

Palabras Claves: adultos mayores, ancianidad, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de las Personas Mayores, tercera edad.

Abstract: The care given to the elderly has been considered as a new and transcendent phenomenon, such that the United Nations Organization defines it as a true "Silent Revolution". The advance of medicine and its impact on the increase in life expectancy, leads to an accelerated increase in the adult population, forcing the State and society to focus their attention on this vulnerable group.

The present work is oriented to carry out an analysis of the current legal vision of the protection of the rights of the elderly. Argentina's recent ratification of the Inter-American Convention on the Protection of the Human Rights of Older Persons, and the consecration of specific norms that invite states parties to adapt their internal normative system to the emerging principles of international regulations, make essential is the need to study how that paradigm change impacts the national regulatory environment.

In this order, the degree of adequacy or reception at the national normative level of international regulations is investigated, in order to be able to elucidate whether older adults enjoy effective protection aimed at the protection of their fundamental rights.

Key words: older adults, old age, Inter-American Convention on the Protection of the Human Rights of the Elderly, third age.

ÍNDICE

Capítulo 1: Adultos Mayores. Marco introductorio. Apreciaciones generales	8
Introducción	9
1.1 El colectivo de los adultos mayores, conceptos básicos	9
1.2 Aspectos socio-jurídicos de la adultez	10
1.2.1 Autonomía en la tercera edad	11
1.2.2 Derecho a la integridad personal de los adultos mayores	11
1.2.3 Derechos patrimoniales	13
1.3 Los adultos mayores en las relaciones jurídico-familiares	13
1.3.1 Igualdad y derecho al cuidado de las personas adultas mayores	14
1.3.2 La comunicación como derecho y obligación familiar ante los miembros de la familia que sean cualificables como adultos mayores	16
Conclusiones parciales	20
Capítulo 2: Aspectos legales en materia de protección de los derechos humanos de las personas mayores	¡Error! Marcador no definido.
Introducción	23
2.1 Los adultos mayores en el derecho internacional	23
2.1.1 Primeros Tratados relacionados a la protección de los adultos mayores	23
2.1.2 La Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores	26
2.1.2.1 La triple dimensión de los derechos protegidos	16
2.1.2.2 Principios Generales	26
2.2 Los adultos mayores en el ordenamiento nacional	27
2.2.1 Adaptaciones jurídicas y sociales en el nuevo Código Civil y Comercial en favor de los adultos mayores	28
2.2.2 Protección implícita en la Constitución Nacional	32
2.2.3 Proyectos de ley presentados en Argentina referidos a los derechos de las personas mayores	34
Conclusiones parciales	35
CAPÍTULO 3 :La obligación alimentaria y su vínculo con los derechos de los adultos mayores	¡Error! Marcador no definido.
Introducción	38
3.1 Alimentos a favor de la persona adulta mayor	38
3.1.1 Los alimentos y las personas obligadas al pago. Situación de los alimentos entre parientes conforme la normativa vigente	39
3.1.2 Necesidad de regulación legal de los distintos tipos de familia	40

3.1.3 La obligación alimentaria de las personas adultas mayores para con otros parientes: carácter subsidiario o complementario	41
3.1.4 Medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria.....	43
3.2 Jurisprudencia predominante	44
3.3 Situación de la legislación interna en relación a la temática abordada.....	45
Conclusiones parciales	47
CAPÍTULO 4: Los adultos mayores y el acceso a la justicia	48
Introducción	50
4.1 Políticas de administración de justicia	50
4.2 Acceso a la judicialización desde una perspectiva integral de derecho.....	52
4.3 Tratamiento jurisprudencial en Argentina.....	53
4.3.1 Adultos mayores en el ámbito laboral	53
4.3.2 Adultos mayores y grados de inhabilitación	54
4.3.3 Adultos mayores y el derecho de cuidado	55
4.3.4 Celeridad y plazos en el proceso	56
4.4 Herramientas para facilitar el acceso a la justicia de las personas mayores	57
Conclusiones Parciales	58
Conclusiones Finales	59
Bibliografía	61

INTRODUCCIÓN

Los adultos mayores conforman, en tiempos actuales, uno de los sectores humanos más frágiles en el ámbito de la República Argentina, se puede aventar a la manera de una primera conceptualización como el sector de la población de edad avanzada con mayor posibilidad de llegar a estados de vulnerabilidad, debilidad física o mental, necesitando generalmente una mayor asignación de recursos sociales y sanitarios. Se cualifican como un grupo pasible de protección especializada en orden a la vulnerabilidad ínsita en su condición de personas de edad avanzada, que quedan relegados de la sociedad, escasamente valorados por la familia y por el Estado. Lo expuesto lleva a la pregunta basal de este TFG, ¿gozan las personas mayores de una tutela adecuada y efectiva destinada a la protección de sus derechos fundamentales?, siendo su dilucidación el principal desafío a vencer en este trabajo, sin ánimo de agotar por supuesto la riqueza de las aristas asociadas a la delicada temática propia de este grupo esencialmente vulnerable. En Argentina, cabe considerar, que cuando Vélez Sarsfield redactó el Código Civil, la expectativa de vida de la población era muy breve; se calculaba en treinta o cuarenta años; actualmente gracias a los avances en la ciencia, salud y tecnología la expectativa de vida se encuentra entre los 80 y 90 años, siendo las personas de edad avanzada un grupo significativo de la población y de tendencia creciente, uno de los motivos que impulsó a la incorporación de su tutela en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – en adelante CCC-.

La dispersión normativa y el retroceso en la estandarización de la legislación actúan como las principales barreras que impiden a las personas de la tercera edad la recepción de una tutela oportuna y efectiva, quedando de esta manera planteada la hipótesis sujeta a comprobación a lo largo del presente trabajo.

El CCC que condensa las principales ramas del derecho privado en el país, a diferencia de legislación de otros países como México, no incluye normas específicas sobre la tutela de los adultos mayores, más, sin embargo, se vislumbra cierto animo de protección especial para los mismos. Con el surgimiento la Convención Interamericana sobre Derechos de Adultos Mayores, de enorme gravitación en la tutela especializada de los derechos de los mismos, ratificada por nuestro país en mayo del corriente año, resulta insoslayable la necesidad de adecuar el derecho interno vigente a la luz de la normativa supranacional, así como también interpelar al sistema jurídico interno en orden a propiciar

cambios y adaptaciones con el objeto de propender a una perfecta adecuación a sus términos.

Ante la necesidad planteada se enfrenta la realidad de nuestro sistema jurídico nacional, pues se advierte que no existe un modelo normativo completo nacional que coadyuve y dote de homogeneidad al sistema, más allá de ciertos intentos aislados de la normativa argentina tendientes a la tutela de los derechos de los adultos mayores. El quid de la cuestión está dado por la necesidad de ahondar en esfuerzos a los efectos de tornar efectivos los derechos consagrados en el corpus iuris internacional y garantizar de manera efectiva que dicha protección especializada se torne real en nuestro suelo argentino.

A modo de dar cumplimiento a lo plasmado como eje central se plantean objetivos específicos orientados al análisis de doctrina en la temática de la ancianidad, donde se debate sobre distintas cuestiones conflictivas como el carácter de la obligación de prestar alimentos a los adultos mayores, las responsabilidades jurídicas de la familia en la protección de los ancianos, y las barreras existente que les bloquaa el acceso a la justicia, situación que amplía aún más la esfera de dudas sobre la efectividad de su tutela.

Teniendo en cuenta el avance de la temática en cuestión, el enfoque de estudio y el alcance de los resultados que buscamos obtener, la metodología empleada para la presente investigación es de tipo descriptiva-correlacional, cuya fuente principal de información so las normativas internacionales y el marco normativo interno. La misma se encuentra dividida en tres partes fundamentales, la primera de ellas, abarca el Capítulo I, y su objetivo es netamente introductorio, en donde se partirá de conceptos básicos y aproximación a la terminología que se utilizará a lo largo del trabajo, propiciando una visión general del adulto mayor en las relaciones jurídico-familiares.

La segunda parte, comprende los Capítulos II y III, en el primero de ellos se abordará la protección de los adultos mayores en el plano internacional, considerando como herramienta principal la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, y finalizará con el estudio del nivel de adecuación o recepción a nivel normativo nacional interno de las normas convencionales.

El Capítulo III está destinado al análisis de la intervención de la doctrina en la temática de la ancianidad, generando debates sobre distintas cuestiones conflictivas, entre las que podemos destacar: el carácter de la obligación de prestar alimentos a los adultos mayores, y las obligaciones de los mismos con respecto a sus nietos.

Para finalizar, el Capítulo IV abordará el acceso de la justicia en materia de la ancianidad, el tratamiento jurisprudencial de la temática en cuestión, y su reciente incorporación por la CSJN. Es también digno enfatizar que el objetivo de la suscripta, está destinado investigar la recepción y la correcta adecuación o no del Derecho de los Adultos Mayores en la legislación nacional a la luz de las normativas internacionales.



Capítulo 1: Adultos Mayores. Marco introductorio.

Apreciaciones generales

Introducción

El envejecimiento progresivo de la población mundial deja en evidencia la problemática de desprotección que sufren los adultos mayores en la actualidad. Teniendo en cuenta la nueva concepción de envejecimiento, se procede a desarrollar el rol de la sociedad en general y del ámbito familiar en particular como ejes esenciales en la efectiva tutela de las personas mayores de edad.

1.1 El colectivo de los adultos mayores, conceptos básicos

El primer aspecto a considerar en la presente investigación, está relacionado a la interpretación de la terminología a emplear durante el desarrollo de la misma, se define a la vejez como la última etapa del curso de la vida, marcada por el desarrollo personal, la continuidad, el crecimiento y la construcción social. Es un proceso gradual que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales propios del ser humano.

Así como se considera el siglo XIX como el siglo del niño a partir de las ideas de Rousseau, el siglo XX como el siglo de la mujer con la irrupción del feminismo, este siglo podría definirse como el siglo de los mayores, a tal punto que las Naciones Unidas ha catalogado la atención puesta a la tercera edad como una verdadera “revolución silenciosa” y optó por una definición de anciano centrada en un aspecto cronológico: la edad. Las Naciones Unidas considera anciano a toda persona mayor de 65 años (países desarrollados) y de 60 años (países en vías de desarrollo). Mientras que para la Organización mundial de la Salud las personas de 60 a 74 años son de edad avanzada, de 75 a 90 años son ancianas y mayores de 90 años son grandes viejos. (Grosman,2015)

La palabra anciano, tiene su origen aproximado, en la primera mitad del siglo XIII, deriva de la lengua romance (anzi) que significa antes, razón por la cual es un concepto ligado con el tiempo; “la persona anciana es la que cuenta con un antes, un pasado mayoritario, que respalda el futuro que vendrá” (Davobe, 2002 p.103)

Según Morello, (2002) en la actualidad, se busca dejar de lado las expresiones que representa una imagen desvalorizada de la persona adulta como “viejo” o “anciano” por tener una connotación claramente peyorativa, relacionado con lo gastado, lo acabado, reemplazando en el ámbito jurídico estos vocablos por el termino adultos mayores, una expresión dinámica, que no se fija por una edad determinada. Es un tramo de la vida con requerimientos específicos y el modo en que la persona de instala frente a ella se

encuentra condicionado por múltiples factores, como la salud, la ecuación personal, familiar o económica.

Independientemente de las distintas posturas planteadas a nivel conceptual, y teniendo en cuenta que la edad como variable independiente no sirve para medir nada, se debe dejar en claro que todas las personas mayores tienen derecho al reconocimiento y al pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

1.2 Aspectos socio-jurídicos de la adultez

Desde un análisis socio-jurídico introductorio, un cambio central en materia de la ancianidad, en orden a su paulatino reconocimiento como materia especializada, lo introdujo las Naciones Unidas con los “Principios de Naciones Unidas a favor de las personas de edad” mediante los cuales enuncia cinco ejes fundamentales basados en la independencia, participación, derecho a cuidados, autorrealización y dignidad de las personas mayores.¹

La concepción de las personas mayores como sujetos de derecho busca la particularización de los Derechos Universales a favor de ciertos grupos vulnerables como los niños, las mujeres, los discapacitados y ancianos. Se entiende por grupos vulnerables: aquellos que por causas diversas-edad, raza, sexo, condición económica, cultural, política, discapacidad- se encuentran en mayor riesgo de violación de sus derechos y sufren la omisión o precariedad legislativa. (Gonzalez Galván Jorge, 2001). La noción de vulnerabilidad es un factor reconocido de manera expresa en el ámbito internacional por diferentes instrumentos de derechos humanos que reafirman y revalorizan la protección de determinados actores sociales.

En todo Estado Constitucional de Derecho, las personas deben gozar de la libertad y la igualdad en la mayor medida posible. Y los límites que el Estado quiera imponer a la libertad o la igualdad de una persona deben estar justificados en una meta válida y razonable.

¹ Resolución N°46/94 de la Organización de las Naciones Unidas del 16 de marzo de 1991.

1.2.1 Autonomía en la tercera edad

En la etapa de la ancianidad la autonomía puede verse resentida significativamente debido al decrecimiento progresivo que implica carencias intensas en materia de autoconciencia, argumentación y comunicación propias de la edad.

La capacidad jurídica es un atributo legal que implica respetar y garantizar el derecho de las personas a tomar decisiones y a ejercer derechos por sí mismas dentro de un marco jurídico determinado. La autonomía, por su parte, es un concepto más amplio, que se funda en la materialización de la posibilidad de vivir la vida según el plan que cada persona haya trazado. Así, la autonomía es un concepto que trasciende al de capacidad jurídica y lo complementa. (Jimenez, 2014). Dentro de este contexto, el derecho a la vida en la vejez, adquiere especial significación, en particular, respecto de las situaciones vinculadas con el fin de vida. A modo de ejemplo y siguiendo con este enfoque introductorio de la investigación, nuestro país no cuenta con una legislación que habilite la posibilidad de realizar prácticas de eutanasia, de modo tal que su desarrollo todavía da lugar a la incriminación penal por la comisión del delito de homicidio, o bien, por el de instigación al suicidio.

1.2.2 Derecho a la integridad personal de los adultos mayores

En nuestro sistema jurídico nacional, el derecho a la integridad personal encuentra eco en los Tratados, Pactos y Convenciones incorporados a nuestro bloque constitucional mediante la reforma de 1994, en el art. 75 inc. 22. Concretamente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manifiesta: nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.² ; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica – en adelante CADH- que establece: toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral y nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.³ Y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el espíritu general de su redacción.

² Art. 7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

³ Art. 5 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Es pertinente en este estadio de análisis recordar que, en la propia Constitución Nacional de 1853 ya lo encontramos reseñado en el art. 18, cuando establece que quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.⁴

A partir del año 1988 se sancionó la ley nacional N° 23.592, modificada por la 24.782, vigente en la actualidad, destinada a sancionar la ejecución de Actos Discriminatorios. Su sintética articulación cuenta con solo 4 o 5 apartados y su contenido principal puede verse sintetizado en el 1°. Allí se señala que:

“Art. 1: Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.”⁵

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

La persona mayor, como cualquier ser humano, puede ser sujeto pasivo de ataques a su integridad personal. Muchas de ellos son, incluso, pasibles de ser catalogados como actos discriminatorios de su persona, a esto se suma su especial situación de vulnerabilidad social y jurídica. Es por eso que no es ocioso considerar, en qué forma y con qué consecuencias impacta, la violación de la integridad personal de un adulto mayor.

Existen también otras formas, más sutiles de violación de estos derechos, métodos de discriminación de mercado, que absorben a los viejos como categoría de consumo, situaciones de violencia que operan, principalmente, a través de la manipulación, que es un mecanismo psicológico de control, o el maltrato, que se instala primeramente a través del lenguaje. También, la manipulación viene dada por lo que Dabove (1999) ha definido como la teoría de los hechos consumados, pues a la persona mayor se le presentan las **situaciones ya resueltas, a las que no puede oponerse.**

⁴ Art. 18 Constitución Nacional

⁵ Art. 1 Ley 24.782. Honorable Congreso de la Nación Argentina

1.2.3 Derechos patrimoniales

El Código Civil Velezano, por su parte definía la propiedad en el artículo 2056 como “el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”.⁶

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

Con respecto a los adultos mayores, el derecho de propiedad requiere especial atención, debido a la frecuente desprotección que sufren los ancianos ante las demandas abusivas de familiares y amigos. (ver capítulo III, fallos jurisprudenciales)

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

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

1.3 Los adultos mayores en las relaciones jurídico-familiares

Tal como se mencionó anteriormente, las situaciones de rechazos, conflictos, las acciones lesivas a su autonomía, libertad, derecho de propiedad, sumado al aislamiento tanto en la vida familiar como social son factores que generan incapacidad y mayor envejecimiento.

⁶ Art. 2.056 Cod. Civil.

1.3.1 Igualdad y derecho al cuidado de las personas adultas mayores

Citando las palabras esgrimidas por Scalabrini Ortiz (1950), regular a favor del más débil constituye un imperativo constitucional-convencional, ya que la verdadera protección de derechos de las personas se logra, si se tienen en cuenta las diferencias o particularidades de los diversos actores sociales que interactúan en la sociedad. El principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, siendo que un todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma.⁷

Los adultos mayores como las personas menores de edad –amen de las mujeres y las personas con discapacidad- constituyen grupos sociales con un denominador en común que debe ser tenido en cuenta para lograr una regulación acorde con la doctrina internacional de los derechos humanos: la situación de vulnerabilidad que los rodea. El cuidado como derecho universal, fue contenido de los numerosos compromisos asumidos en los pactos y tratados internacionales que se desarrollaran a lo largo de este trabajo de investigación.

En cuanto al espectro de derechos y obligaciones que existen en relación a los abuelos, es importante citar las palabras de la Dra. Kememajer de Carlucci (2006), quien sostiene lo siguiente: Así como las personas mayores tienen derecho a ser cuidadas y a cuidarse, también tienen derecho a tener relaciones con sus nietos y nietas, lo que implica atenderlos y cuidarlos en los casos que resulte necesario (...) Sabido es que el derecho de comunicación entre abuelos y nietos tiene un fundamento constitucional, porque forma parte del derecho a la identidad del niño o adolescente (...) La preservación de los vínculos familiares se asegura en el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional desde la reforma de 1994 que establece: Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin

⁷ Corte I. D. H, Opinión consultiva OC-4/48 19 de enero de 1984, Serie A, N°4, Capítulo IV, párrafos 56 a 58)

injerencias ilícitas⁸. También el artículo 376 bis del Código Civil Velezano ya garantizaba el derecho de trato y comunicación entre quienes se deban recíprocamente alimentos al decir: ...quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir la visita de los parientes que conforme a las disposiciones del presente Capítulo, se deban recíprocamente alimentos (sic); por lo que desde dicha perspectiva, resultaba una norma abarcativa de la relación o vínculo de los abuelos/as con sus nietos/as.

Es necesario indagar los derechos que tienen los adultos mayores dentro del ámbito familiar, partiendo de la idea de que pese a las últimas transformaciones jurídicas sufridas por el concepto de familia, sus formas, funciones y solidaridad intergeneracional siguen siendo necesarias y trascendentes para la sociedad.

La satisfacción de necesidades de la persona adulto mayor, cuando requiere de tareas de cuidado, nos enfrenta a considerar si tal rol corresponde a la familia en exclusividad o es necesario que lo asuma el conjunto de la sociedad, a través de una corresponsabilidad con entre Estado, mercado, familia y entre los géneros. Esta descripción demuestra la importancia de revisar la forma en que se organiza y distribuye el trabajo productivo en toda sociedad y regula el derecho al cuidado, para que los hijos puedan acceder a una infraestructura de contención, sin renunciar a su condición de sujeto obligado a proveer el cuidado.

El artículo 671 del Nuevo Código Civil y Comercial dice: Son deberes de los hijos: a) respetar a sus progenitores; b) cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior; c) prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.⁹

Por lo tanto, el reconocimiento y concreción del derecho al cuidado como derecho universal y no particular permitirá a la familia desenvolverse de otro modo: acompañada no solo por prestaciones públicas y servicios sociales, sino por definiciones concretas sobre las obligaciones que corresponde asumir al Estado, que posibiliten el reclamo del adulto mayor, mas no como persona con necesidades de ser asistida, sino como sujeto

⁸ Art. 8 Convención sobre los Derechos del Niño

⁹ Art. 671 Cod. Civil

con derecho a demandar obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos que desarrollaremos en el capítulo siguiente.

A nivel jurisprudencial se ha afirmado que el derecho de los abuelos a tener una adecuada comunicación con los nietos, es de carácter inalienable e irrenunciable, por lo que solo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral, todo lo cual requiere la incorporación a la causa de elementos suficientes como para descartar la continuidad de las visitas.¹⁰

2.1.2.1 La triple dimensión de los derechos protegidos

Para facilitar la comprensión y evitar realizar una mera transcripción de los artículos de la Convención, se procede a dividir su contenido en tres categorías, siguiendo la clasificación establecida por Dussel Enrique (2010):

En primer lugar, se encuentran los derechos emergentes, definidos como reivindicaciones de nuevos derechos o de derechos parcialmente recogidos en la normativa internacional y nacional vigente.

La Convención contiene tres derechos bajo esta categoría. Se trata del derecho a la vida y la dignidad en la vejez (artículo 6), el derecho a la independencia y autonomía (artículo 7) y el derecho a los cuidados de largo plazo (artículo 12).

En el primer derecho hay una innovación interesante. Se refiere al derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta la muerte sin discriminación de ningún tipo. Para ello garantiza, entre otros, los cuidados paliativos. El segundo derecho nuevamente coloca el acento en la integridad y dignidad de la persona, específicamente en la toma de decisiones, de conformidad con sus tradiciones y creencias. El tercer derecho, si bien puede provocar tensión entre la protección de las personas que viven en residencias frente al reconocimiento del derecho de las personas mayores de vivir de manera independiente, en la práctica es una respuesta al envejecimiento de la población y a los abusos que con frecuencia ocurren en las residencias.

En segundo lugar, están los derechos vigentes, es decir, aquellos ya contemplados en las normas internacionales, pero que requieren cambios para adaptarlos a las

¹⁰ CNCiv., Sala L, 5 de junio de 2008, citado en Grosman, 2013, ps. 243-244.

necesidades específicas de un grupo colectivo, ya sea por medio de nuevas interpretaciones o ampliación de contenidos.

En la subcategoría de nuevas interpretaciones se ubica la igualdad y no discriminación (artículo 5), el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (artículo 11), y la seguridad y la vida sin violencia (artículos 9 y 10).

En estos tres derechos la Convención aporta nuevos elementos para establecer específicamente las obligaciones de los Estados respecto de las personas mayores. Por ejemplo, se prohíbe la discriminación por edad en la vejez; se indican los requisitos para que la persona mayor brinde su consentimiento libre e informado, y se obliga a los Estados a crear mecanismos para que la persona mayor manifieste de manera expresa su voluntad anticipada y las instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención en salud, incluidos los cuidados paliativos. En seguridad y vida sin violencia se protege la integridad y dignidad de la persona mayor, sin discriminación de ningún tipo.

Aunque estos tres artículos no representan ningún contenido nuevo, ya que son parte de otros instrumentos internacionales como por ejemplo de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), hay que destacar que es la primera vez que se aborda de manera más específica la situación de las personas mayores en relación con cada uno de estos derechos.

En la subcategoría de ampliación de contenidos se ubican en general los derechos económicos, sociales y culturales. En la medida que estos derechos están reconocidos en el Pacto Internacional en la materia y que todas sus disposiciones se aplican a las personas mayores, la Convención hace una adaptación a la situación particular de este colectivo. Aquí se ubicarían el derecho al trabajo, el acceso a la salud, el derecho a la educación, entre varios otros.

Para finalizar, se encuentran los derechos extendidos, dirigidos específicamente para grupos de sujetos que no han disfrutado de ellos por omisión o discriminación. se han considerado dos derechos: el de accesibilidad y movilidad de las personas, y las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. Ambos derechos están establecidos en la Convención de Derechos de Personas Discapacitadas (CDPD), sin embargo, las personas mayores fueron omitidas en dicho instrumento, ya que no agregó un artículo específico, como ocurre con los niños y las mujeres. La Convención subsana este olvido por medio de la especificación de estos derechos.

Los primeros países en firmar el documento de la Convención fueron Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, indicando la intención del Estado de adoptar medidas para expresar su consentimiento a obligarse por el tratado en una fecha posterior.

El 31 de mayo del 2017 el gobierno nacional oficializó su adhesión a la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Lo hizo a través del Decreto N° 375/2015, que fue publicado en el Boletín Oficial con la firma del Presidente Mauricio Macri, el Jefe de Gabinete Marcos Peña y la Canciller Susana Malcorra¹¹.

A pesar que la Argentina lideró el proceso de impulsar un instrumento de protección de los derechos de las personas adultas mayores en la región, está sufriendo un retroceso en la estandarización de sus legislaciones, políticas y prácticas que garanticen una tutela oportuna y efectiva de las personas de la de tercera edad. Como se desarrollará en el acápite referido a las “Adaptaciones Jurídicas en el Nuevo Código Civil y Comercial para los adultos mayores”; así, estimo a manera de anticipo de mi ulterior análisis, que es necesario que cada Estado fomente y refuerce los mecanismos jurídicos y la homogenización de su legislación interna para poder atender a su aplicación.

En el sentido indicado, del artículo 4 inciso b de la mencionada Convención se destacan obligaciones esenciales a los efectos de hacer realidad los términos de la misma, al establecer lo siguiente: Los Estados Parte se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo, y a tal fin: adoptarán las medidas afirmativas y realizarán los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios para acelerar o lograr la igualdad de hecho de la persona mayor, así como para asegurar su plena integración social, económica, educacional, política y cultural. Tales medidas afirmativas no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado dicho objetivo.

¹¹ Dcto. 375/2015

Mención aparte merece el inciso c que dispone: adoptarán y fortalecerán todas las medidas legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de cualquier otra índole, incluido un adecuado acceso a la justicia a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.¹²

1.3.2 La comunicación como derecho y obligación familiar ante los miembros de la familia que sean cualificables como adultos mayores

Otra situación jurídica-conflictiva que se presenta en la relación abuelos y nietos deriva del llamado derecho de comunicación, generalmente interpretado de manera errónea como derecho de visita en donde el rol principal lo tiene el visitador (el o los abuelos). En cambio, el derecho de comunicación, pone énfasis en un derecho reflejo o bidireccional, que titularizan tanto los abuelos como los nietos, de conformidad con el derecho humano a la preservación de los vínculos familiares, colaboran con la revalorización abuelos-nietos desde la perspectiva jurídica y en consonancia con la importancia del rol social que asume esta interacción.

Desde el punto de vista de la legislación civil, el reconocimiento del derecho de comunicación surgió por decisión jurisprudencial que fue consolidada con el tiempo con tanta fuerza que logro tener su espacio en el Código Civil Velezano tras la sanción de la ley 21.040 en el año 1975, la cual incorpora el artículo 376 bis que expresa: Los padres tutores o curadores de menores e incapaces o a quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas deberán permitir la visita de los parientes que conforme a las disposiciones del presente Capítulo, se deban recíprocamente alimentos. Si se dedujere oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso.¹³

Siguiendo la misma línea el nuevo código implementó el art 555 que se refiere a los sujetos legítimos para petitionar este derecho de comunicación, y enumera a los

¹² Art. 4 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores del 15 de junio de 2015

¹³ Art. 376 Cod. Civ. Velez Sarsfield

ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado.¹⁴

Se advierte entonces, que el Código reconoce a los “parientes obligados” un derecho subjetivo a comunicarse, del que son titulares tanto los abuelos como los nietos. Esta admisión expresa en la ley, que ante un conflicto los abuelos, solo deben demostrar el vínculo para generar la presunción del derecho, siendo la carga negativa de la prueba para aquellos que se oponen, quienes deberán razones fundadas de por qué el mantenimiento entre abuelos y nietos no merece ser respetado.

Conclusiones parciales

El proceso de reconocimiento y necesidad de estudio pormenorizado de la realidad que atraviesa el colectivo de las personas adultas mayores y de la consecuente consagración de los derechos que de manera específica los tutelan, ha sido la consecuencia de un camino emprendido hace tiempo y nutrido de múltiples aristas entre las que se destacan aquellas de neto corte social y jurídico. Lo dicho tiene íntima vinculación con el concepto de derecho desde la perspectiva trialista establecida por el Dr. Goldschmidt (1996), para la cual el fenómeno “derecho” no está dado solo por la norma jurídica (derecho positivo-dimensión normativa) sino también por la conducta (dimensión sociológica) y el valor (dimensión dikelogica), de modo tal que aquel no puede permanecer ajeno a la realidad social y por lo tanto valorativa imperante en la sociedad sino más bien ha de ser el reflejo de la necesidad de cambio que experimenta el grupo social a la que pretende nuclear y proteger.

En el sentido indicado se pretendió en este capítulo delinear los aspectos basales asociados a la temática del grupo vulnerable de las personas adultas mayores expresión que inclusive a merecido un abordaje particularizado fiel reflejo de la evolución existente en la materia. Asimismo, se estimó prudente destacar la importancia de las relaciones jurídico familiares que circundan a este grupo esencialmente vulnerable las que adquieren un papel protagónico en materia de reconocimiento de sus derechos más esenciales.

¹⁴ Art. 555 Cod. Civ.

Es por ello que resulta loable el ánimo de reconocimiento de estándares tendientes a su debida reglamentación por los Estados, tal es el caso de la República Argentina que de manera paulatina ha procurado alinearse a las tendencias existentes a nivel internacional y auspiciar la igualdad y el cuidado de este colectivo.

Que por otro costado también se ha procurado enfatizar la importancia del derecho- deber de comunicación de las personas adultas mayores con aquellos miembros de su familia respecto de los cuales existe una obligación alimentaria desde la creencia de que si bien el Estado se erige en el principal garante de los derechos humanos de los grupos esencialmente vulnerables, es la familia la que ha de sostener como núcleo básico a sus miembros adultos/as mayores.

El camino hacia una mayor satisfacción de las necesidades de este grupo vulnerable y efectivización de sus derechos, exige un cambio paradigmático tendiente a la mayor toma de conciencia de que nadie esta ajeno de transitar las distintas realidades a las que están expuestos los adultos mayores en los casos en que su entorno y su Estado adolecen de sensibilidad y compromiso de cuidarlos con el debido respeto que se merecen.



Capítulo 2: Aspectos legales en materia de protección de los derechos humanos de las personas mayores

Introducción

En el presente capítulo, se presentará un panorama general y progresivo de la regulación a nivel internacional de los derechos fundamentales de los adultos mayores. Se tendrá en cuenta los tratados internacionales, en especial la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada de manera reciente por nuestro país. Paralelamente, se procederá a analizar el marco normativo nacional, y el retraso de su adaptación a las disposiciones convencionales.

2.1 Los adultos mayores en el derecho internacional

En la coyuntura simbólica de nuestros tiempos modernos, la vejez goza de un gran desprestigio. Tal como lo expresa Gewurzmann, G.(2008):

Pareciera estar encaminada a ser encasillada en alguna de las tres prisiones imaginarias en que los discursos vigentes la han depositado: la vejez excluida (personas mayores agredidas y despreciadas), la vejez protegida (a modo de caridad) y la vejez negada (ignorada por el sistema legislativo y la sociedad)

En sintonía con estas representaciones sociales, durante mucho tiempo el discurso internacional de los Derechos Humanos fue igualmente evasivo en el abordaje concreto de los derechos de los adultos mayores, más sin embargo de un tiempo a esta parte se denota con claridad, el ánimo de tutela específica de los derechos de este colectivo vulnerable, todo lo cual demanda acciones positivas de los Estados comprometidos a los efectos de tornar asequibles y palpables la debida protección de los intereses de los adultos mayores.

2.1.1 Primeros Tratados relacionados a la protección de los adultos mayores

Algunos de los instrumentos o tratados que fueron trascendentes y sirvieron como antecedentes en el camino de evolución hacia la debida tutela especializada de los derechos de los/las adultos/as mayores, prelude por lo tanto de la Convención fueron aquellos documentos que se pasan a describir en las líneas subsiguientes.

En primer lugar y a nivel regional, se destaca el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988. Específicamente el art 17 de dicho Protocolo dispone: “**Protección de los**

ancianos. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal sentido, 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.¹⁵

Que, por otro lado, año más tarde, concretamente el día 16 de diciembre de 1991, la Asamblea General de la ONU enuncia los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, basados en los principios de independencia, participación, dignidad, cuidado y autorrealización de los adultos mayores- cabe destacar que estos temas fueron abordados en el capítulo 1-. La misma Asamblea el 16 de octubre de 1992, mediante la Proclamación sobre el Envejecimiento, promueve la aplicación y promoción de los citados principios, así como la implementación de programas y asignación adecuada de recursos para la protección de las personas de edad avanzada.

Una década después, en el año 2002, las Naciones Unidas, realizo en Madrid, España la Segunda Asamblea Mundial sobre el envejecimiento en donde se propuso la adopción un Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento para responder a las oportunidades que ofrece y los retos que plantea el envejecimiento de la población en el siglo XXI y para promover el desarrollo de una sociedad para todas las edades. En el marco de ese Plan de Acción, se resuelve a adoptar medidas a todos los niveles, inclusive a nivel nacional e internacional, en tres direcciones prioritarias: las personas de edad y el desarrollo; la promoción de la salud y el bienestar en la vejez, y el logro de entornos emancipadores y propicios.

A su vez en el año 2007, en la carta de Brasilia, elaborada en el seno del Foro Regional sobre Envejecimiento de las Organizaciones de la Sociedad Civil de América Latina y el Caribe, los firmantes han exigido que se promueva el irrestricto respeto de los Derechos Humanos, teniendo en cuenta que las personas adultas mayores tiene derecho

¹⁵ Art. 17 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988

al disfrute de todos ellos y que se creen los mecanismos necesarios y suficientes para la exigibilidad y justiciabilidad de los mismos; que se haga efectivo el cumplimiento del derecho a la participación en forma autónoma, y al desarrollo de las capacidades de la sociedad civil organizada, en particular de la población adulta mayor, y en especial que se elabore una Convención Internacional en defensa de los derechos de las personas adultas mayores, o un texto equivalente que sea jurídicamente vinculante a fin de fortalecer y facilitar los instrumentos necesarios y suficientes para la reivindicación de todos sus derechos y orientar programas de promoción y capacitación, dirigido a todos los grupo de población, a los funcionarios de las instituciones gubernamentales y demás entidades relacionadas con el tema de la región.¹⁶

También cabe mencionar el impacto en la materia que ha implicado la consagración de las pautas emergentes de las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Iberoamericana del año 2008 que engloban el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial, lo cual si bien en principio podría catalogarse como un instrumento solamente aplicable en el ámbito de los poderes judiciales, también sería conveniente su observancia por el resto de los poderes de los Estados Partes (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) atento a que de dicho instrumento emergen notables estándares tendientes a garantizar el mejor acceso a la justicia lo que excede naturalmente el derecho de acceso a la jurisdicción. Dentro de los distintos grupos considerados en situación de vulnerabilidad se encuentran incluidos aquellos por razón de su edad. Al respecto se señala que el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentra especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.¹⁷

¹⁶ Carta de Brasilia. Evaluación del plan de acción internacional sobre envejecimiento. 1, 2 y 3 de Diciembre de 2007.

¹⁷ 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Iberoamericana del año 2008.

2.1.2 La Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores

Merece un tratamiento particularizado, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, la que fue aprobada por la Organización de Estados Americanos (OEA) el día 15 de junio del año 2015 constituyéndose como en el primer organismo intergubernamental que adoptó un instrumento jurídico vinculante a la ancianidad.

Este nuevo tratado ahonda en materia de protección de los derechos humanos de los vulnerables en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, y estandariza garantías de notable relevancia dentro de las cuales se destaca, que si bien devienen de otros instrumentos internacionales de DDHH tales como el Pacto de San José de Costa Rica, los explicita más aun y además adecua los derechos consagrados a las particularidades propias de las personas mayores, saldando de tal modo una deuda pendiente del sistema internacional de protección de derechos humanos el que ya se había ocupado de consagrar normativa específicas para otros grupos vulnerables de manera precedente (vgr: “Convención sobre los derechos del niño”, siendo los niños, niñas y adolescentes otro grupo vulnerable en razón de la edad).

2.1.2.2 Principios Generales

No quedan dudas, que la Convención constituye una herramienta invaluable para garantizar a las personas mayores el acceso a buenos sistemas de salud, la protección a su derecho de cuidado, de ingreso y de cualquier otra condición necesaria para preservar su dignidad e integridad humana. En su artículo 3 enuncia lo principios fundamentales sobre los que basa su contenido general:¹⁸

Son principios generales aplicables a la Convención:

- a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.

¹⁸ Art. 3 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores del 15 de junio de 2015

- b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.
- d) La igualdad y no discriminación.
- e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- f) El bienestar y cuidado.
- g) La seguridad física, económica y social.
- h) La autorrealización.
- i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.
- k) El buen trato y la atención preferencial.
- l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
- m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.
- n) La protección judicial efectiva.
- o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

En términos de Lorenzetti (1996):

Se trata de un cambio en los axiomas. Los elementos básicos estructurantes del sistema, aquellos a partir de los cuales se inicia la lógica de la inferencia en el juicio decisorio, se encontraban en el código. Ahora es perceptible que se encuentran en el Código, en la Constitución, en los tratados, en la costumbre, que son las fuentes donde encontramos las normas fundamentales.

2.2 Los adultos mayores en el ordenamiento nacional

En el ámbito nacional existe una importante dispersión normativa en lo que respecta a medidas destinadas a proteger específicamente a las personas de la tercera

edad; siendo la mayoría de ellas destinadas a otros grupos vulnerables como los niños o personas con discapacidad y de aplicación implícita para los adultos mayores.

Como sostiene Davobe (2000) p. 1025, los derechos de la ancianidad sufren una doble *capitis diminutio*: de un lado, en el mejor de los casos, forman parte del grupo de derechos humanos económicos, sociales y culturales, de limitada eficacia; del otro, constituyen un grupo de derechos bastante novedoso, de reciente consagración, por lo que son objeto, en el mejor de los casos, de políticas sociales coyunturales y no de derechos subjetivos directamente operativos

Continuando con una de las especialistas más destacadas del país en Derecho de la Ancianidad, Isolina Dabove (2008) en el derecho argentino no hay antídotos eficaces para lograr su erradicación. “Es por ello que, a mi parecer, la situación jurídica del anciano se torna aún más débil que para el resto de los sujetos de derecho. Su condición es de compleja fragilidad, tanto en el plano psicofísico como en su consideración histórica y cultural”.

Frente a este panorama, en la República Argentina, algunos autores propician la creación de un "Derecho de la ancianidad ", con un marco regulatoria que sirva de adaptación a las ramas tradicionales (derecho civil, comercial, administrativo, penal) y permita desenvolver un derecho que supere los límites que aíslan y marginan la situación del anciano.

2.2.1 Adaptaciones jurídicas y sociales en el nuevo Código Civil y Comercial en favor de los adultos mayores

El nuevo CCC establece como regla, que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas, pudiendo limitarse esta capacidad respecto de hechos o actos jurídicos determinados. En cuanto al ejercicio de los derechos de los que las personas son titulares, sostiene que, en principio, los sujetos pueden ejercer sus derechos por sí mismos, excepto limitaciones expresamente previstas en el cuerpo legal y/o en una sentencia judicial.

Ahora bien, se estima necesario realizar el siguiente planteo, ¿cómo se aplican las conocidas reglas de la capacidad a un grupo vulnerable, que muchas veces se encuentra

con su capacidad restringida para ejecutar ciertas tareas, lo que no significa que no tenga autonomía en sus decisiones?

Haciendo un análisis más detallado y orientativo a la temática en cuestión de la legislación vigente, en su artículo 31 establece: La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales¹⁹:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Si bien no se crea un capítulo exclusivo que tenga como sujetos a los grupos vulnerables, como en la mayoría de las legislaciones de los países desarrollados, se interpreta del inc. a del artículo mencionado, que la capacidad general de ejercicio es la regla y se presume aun cuando el adulto mayor se encuentre internado en un establecimiento asistencial. Se debe respetar incluso en estos casos, que las limitaciones a la misma sean de carácter excepcional y obligatoriamente decretadas por un juez competente, acorde al principio de autonomía de la persona, que integra la trilogía de principios de la ONU para personas de edad, enunciados en 1991.

En caso de ser necesario restringir el ejercicio de la capacidad, se aplicarán los llamados ‘sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad’, consisten en medidas de carácter judicial o extrajudicial que facilitan la toma de decisiones para dirigir su persona,

¹⁹ Art. 31 Cod. Civ.

administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general, con la finalidad de promover la autonomía, facilitar la comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad para el ejercicio de sus derechos. En consecuencia, la declaración de incapacidad y la designación de un curador son medidas de carácter extraordinario. (Marzoni, Cóceres y Gazzo Boeri, 2015)

En búsqueda de armonizar su contenido con aquel propio de los Tratados Internacionales de DDHH, máxime con aquellos dotados de jerarquía constitucional, tales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se destaca que el novel CCC introdujo el artículo 41, que dispone: La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección²⁰. En particular:

- a) debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;
- b) sólo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;
- c) es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;
- d) debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;
- e) la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.

Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.

Es útil aclarar, que en el momento en que entro en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, aun no se encontraba firmada la Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por lo que ha de interpretarse el

²⁰ Art. 41 Cod. Civ.

sistema en la materia de manera holística y teniendo como base el principio pro persona como aquel que permite enlazar los estándares incorporados a través de la normativa internacional posterior especializada. Un vacío importante en nuestro ordenamiento jurídico, si bien está dado por la falta de definición de un rango de edades a partir del cual el sujeto pasible de derechos y obligaciones comience a ser tratada como adulto mayor, todo lo cual es de mi estima, responde a la necesidad de erigir una normativa permeable a las mutaciones sociales y demográficas, fijando solamente pautas de interpretación que sean pasibles de ser adecuadas a las necesidades de tiempo y lugar.

Resulta útil referir a los aportes de la Ley 26.529 de “Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e instituciones de la Salud” modificada por la ley 26.742 del año 2012 que en su artículo 2, inciso e, señala la autonomía de la voluntad como uno de los derechos del paciente y reconoce el valor de directivas anticipadas en cuanto a la aceptación y rechazo de algunos tratamientos²¹ (ver anexo), y desde un enfoque comparativo, verificar el Código Civil y Comercial contempla la temática en cuestión en un sentido más amplio, sin limitarse a cuestiones de salud exclusivamente como lo hace la ley mencionada. Es así como en su artículo 60 establece: La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

El artículo prevé lo que actualmente se conoce como “mandato en previsión de la propia incapacidad”, es decir, la posibilidad de designar a quien ha de expresar el consentimiento para los actos médicos como también a aquel que ha de ejercer la – curatela, todo lo cual en orden a la vulnerabilidad ínsita en la condición de adultos /as mayores adquiere relevancia, por cuanto el envejecimiento muchas veces trae aparejado dilemas asociados a las disminuciones de la capacidad de la persona, derivadas de la mayor vulnerabilidad resultante en los casos de que la persona adulta mayor además fuera un persona con discapacidad y no pueda en determinados supuestos de hecho manifestar su verdadera voluntad ante cuestiones derivadas de su salud, por lo que la posibilidad de previsión de estas cuestiones se torna un instituto sumamente útil y en

²¹Art. 2 Ley 26.742 del 09 de mayo de 2012. Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e instituciones de la Salud. Restablecimiento de la vigencia de la Ley 26.529

beneficio del colectivo de las personas adultas mayores.

El Código, no hace referencia si se limita a los actos relacionados a la salud del adulto o incluye la posibilidad de delegar el manejo de sus bienes. Como respuesta a esta laguna, el jurista Crovi en su obra *Las directivas anticipadas, régimen actual y aspectos pendientes*, cita lo siguiente: “El mandato de autoprotección es el otorgado por la persona capaz a un tercero que actuara por el otorgante sobrevenido incapaz, ya sea en las cuestiones atinentes a la salud y /o el manejo total o parcial de su patrimonio”

Si conectamos lo establecido en estas disposiciones con la posibilidad que otorga el nuevo código de proponer al juez la designación de una o más personas que presten apoyo para el ejercicio de la capacidad y con la legitimación que se le otorga al propio interesado para solicitar su declaración de incapacidad o capacidad restringida, podría interpretárselo al nuevo artículo, aunque técnicamente no este explícito, como una proyección de las medidas de autoprotección reguladas en el artículo 60. (Martínez Alcorta, 2013)

Estas previsiones resultan sumamente valiosas para el supuesto de ancianidad, considerando que por el egreso de las patologías que paulatinamente irán mermando la aptitud y discernimiento de la persona, quien mientras las conserve podrá entonces diseñar su propia protección en el ámbito personal y patrimonial, por intermedio de su red de confianza.

2.2.2 Protección implícita en la Constitución Nacional

Como se adelantó de manera introductoria, si bien la Constitución Nacional no cuenta actualmente con preceptos específicos que reconozcan a las personas de edad, presenta algunas disposiciones relacionadas a la protección de los derechos humanos básicos, que de su análisis se podría interpretar que abarcan de manera genérica a los adultos mayores.

El artículo 14 bis, hace mención extensiva a la protección íntegra de la familia: El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la

familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.²²

En su artículo 33, la CN se refiere a los Derechos no enumerados, norma que posee un alcance amplio, y por lo tanto se podría interpretar que incluye a las personas mayores estableciendo que 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.²³

A su turno resulta inevitable la referencia en marco del análisis propuesto del artículo 75 de la CN en el que, tras la última reforma del año 1994, se observa que posee tres incisos vinculados con las personas mayores, siendo el de mayor relevancia el inciso 22, que otorga jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, introducidos mediante dicha reforma así como el mecanismo legislativo que se prevé como aplicable en aquellos supuestos de convenciones o tratados sobrevinientes que se pretenda dotar de carácter constitucional – lo que sería pertinente que ocurra con la Convención especializada en materia de derecho de los adultos mayores - . El inciso 19, incluye dentro de las atribuciones del Congreso la de “Proveer lo conducente al desarrollo humano”, como así también sancionar leyes de organización y de base de la educación que aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna.

Por último, el inciso 23 del mismo artículo que le otorga al Congreso, la facultad de Legislar 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.²⁴

Tal como surge del presente análisis, en nuestro país los derechos de los adultos mayores si están amparados constitucionalmente, aunque no de manera expresa o específica. Si bien la Argentina ha sido pionera en esta temática en el plano internacional, debemos referir que en el ámbito nacional existe una especie de vacío legislativo que

²² Art 14 bis Constitución Nacional

²³ Art 33 Constitución Nacional

²⁴ Art 75 inc 19,22 y 23 Constitución Nacional

abarque de manera concreta las particularidades del derecho de la ancianidad. (Pochtar y Pszemiarower, 2011)

2.2.3 Proyectos de ley presentados en Argentina referidos a los derechos de las personas mayores

En cuanto a la legislación infra constitucional, las personas mayores no cuentan con una ley nacional específica que provea atención integral y establezca medidas para hacer efectivos sus derechos fundamentales, es de destacar que se han presentado diversos proyectos de leyes tendientes a superar esta ausencia. Muchas provincias han considerado de manera expresa en el plano constitucional a los adultos mayores, aun cuando los designan con distintos nombres.

El vacío legal en cuanto al reconocimiento específico de sus derechos y de las obligaciones del Estado y la sociedad respecto de ellos, la alarmante violencia social, las graves deficiencias en materia de salud, trabajo y seguridad social, configuran un panorama preocupante que determina la imperiosa necesidad de trabajar en consecuencia.

Siguiendo el estudio realizado por Prach (citado en Grosman, 2015) se presenta de manera resumida algunos proyectos de ley que fueron presentados en la Argentina, teniendo como punto en común remarcar la necesidad de elaborar legislaciones específicas que delimiten y protejan los derechos de la ancianidad, de conformidad con los estándares internacionales y las obligaciones asumidas por el Estado en el ámbito internacional.

- Creación de la campaña nacional de comunicación del derecho de las personas mayores a ser respetadas y valorados como actores sociales (Trámite Parlamentario 156,31-10-2012, expte. 7709-D-2012)
- Declaración de interés prioritario sanitario en todo el territorio de la Republica Argentina la enfermedad de Alzheimer y otras demencias seniles
- Creación de un sistema de protección integral de los adultos mayores tendientes a asegurar su acceso a la atención de la salud.
- Régimen de adultos mayores (Trámite Parlamentario 063, 6-6-2012, expte 3701-d-2012) El proyecto de ley tiene como objeto preservar los derechos del adulto mayor, promoviendo su integración activa en la familia y la

comunidad, asegurándoles una vejez con bienestar físico, psicológico y socioeconómico mediante una asistencia integral

- Un proyecto interesante desde el punto de vista normativo, es el denominada Protección de los derechos de las personas adultas mayores (Trámite Parlamentario 041, 4-5-201 expte 2741-D-2012) que pretende regular los derechos de los adultos mayores en todos sus aspectos. Instaure una serie de deberes por parte del Estado como así también respecto de la sociedad y la familia en su obligación de brindar alimentos y cuidado. Además, propone considerar persona adulta mayor al individuo de 60 años o más. (parámetro no establecido en nuestra legislación).

Resulta pertinente referirse en este punto, al aporte de la Constitución Provincial de Santiago del Estero, reformada en Noviembre de 2005, la cuál cuenta con un artículo específico en la materia, que si bien estrictamente no guarda conexión lingüística con los conceptos que se desprenden de la Convención Especializada (por cuanto la CP fue reformada de manera precedente a la existencia en el mundo jurídico de la Convención) no deja de ser un antecedente útil en el camino del reconocimiento de los derechos de este grupo vulnerable, maximizando los niveles de su protección.

Artículo 34 CP SDE. - Amparo a la ancianidad. La familia prioritariamente, la sociedad y el Estado provincial, atenderán a la asistencia y protección de los ancianos, propiciando que la legislación contemple: el acceso irrestricto a la salud, a la vivienda y su integración social y cultural, tendiendo a que desarrollen tareas de creación libre, de reinserción laboral, de realización personal y de servicios a la comunidad²⁵.

Conclusiones parciales

Resulta notable el nivel de evolución de los instrumentos elaborados a nivel internacional y nacional tendientes a la tutela de los derechos de las personas adultas mayores, por lo que resulta un fenómeno de creciente interés para el mundo jurídico.

Si bien se desarrolló de manera cronológica, diversos tratados internacionales que mencionaron la ancianidad dentro de su contenido, no cabe duda que el mayor aporte se cristaliza en la Convención especializada que tiene como centro a las personas adultas mayores, su resultado ha sido óptimo y como se ha desarrollado en el presente TFG el

²⁵ Art. 34 de la Constitución Provincial de Santiago del Estero reformada en noviembre de 2005.

resultado de una evolución en la que la Republica Argentina por fortuna con sus avances y retrocesos está encaminada a acompañar.

Gracias a la Convención, resulta más fácil el proceso de estandarización de las legislaciones de los distintos países, más allá de las obligaciones jurídicas que conlleva, es un instrumento sólido para la sensibilización en el ámbito nacional, por medio de la toma de conciencia como eje central para poner en práctica los derechos humanos de las personas mayores, poniendo especial atención en las responsabilidades y acciones que emanan de ella.

La dispersión normativa en el país es una realidad, un escollo que paulatinamente se está superando por los operadores jurídicos cada vez más permeables a interpretar el sistema normativo propio de DDHH de manera holística e integral. No es un avance menor las adaptaciones jurídicas del nuevo Código Civil y Comercial aplicables a la temática en cuestión, de las que amerita resaltar el tratamiento de la capacidad como regla general, descartando la identificación automática de la vejez con la incapacidad lo que junto con el principio de autonomía les garantiza a las personas de edad avanzada la potestad de decidir sobre sus actos y su patrimonio.

Ahora bien, surge evidente que las normas que tutelan los derechos de los/as adultos/as mayores demandan para su perfecta efectivización el compromiso de los Estados para tornar reales sus términos, con aplicación concreta a las realidades vivientes y no meras declaraciones o expresiones de deseos en pos de lograr los objetivos consagrados en la Convención, siendo vital en este norte, la debida adecuación de la legislación interna a la propia del sistema internacional de protección de los DDHH.

El proceso esta iniciado, se ha comenzado a transitar un camino de adaptación normativa con el objetivo de hacer factible en su aplicación la pretendida igualdad de oportunidades presente en la Constitución Nacional en pos de adecuar el paradigma hacia uno de efectiva protección integral de derechos para este grupo vulnerable.



Capítulo 3: La obligación alimentaria y su vínculo con los derechos de los adultos mayores

Introducción

Los adultos mayores constituyen un grupo vulnerable de conformidad a los parámetros pasibles de análisis en los capítulos precedentes, siendo esta una característica que resulta de vital importancia a la hora de analizar el impacto de las obligaciones alimentarias respecto de las personas mayores, las que de conformidad a los entramados de las realidades familiares que les toca integrar, tornan indiscutible la necesidad de su abordaje el que prima facie ha de ser caracterizado como un derecho y deber particularizado, dotado de aristas peculiares que insuflan a la temática de un notable interés, de ahí la necesidad de su tratamiento en este TFG.

Del parentesco surgen una serie de derechos/obligaciones entre aquellos que son más cercanos en la familia -inclusive, ampliada- de brindarse determinadas ayudas de carácter físico y psíquico-sociales que se denominan como el derecho de alimentos entre parientes.

Como plataforma preliminar cabe destacar que el fundamento del derecho/deber de alimentos esta dado en el propio derecho a la vida que tiene toda persona el cual que se encuentra resguardado por la CN (art 75 inc. 22 y 33) así como también ha merecido tratamiento en numerosos tratados internacionales de DDHH.

A mayor abundamiento cabe destacar respecto de los alimentos entre parientes, que otro fundamento de la institución es la solidaridad entre los miembros de la familia (solidaridad familiar). Así se suele interpretar que si los padres han cuidado de sus hijos cuando estos eran pequeños y dependían para todo de ellos es justo que ocurra, al contrario, que sean los /as hijos/as (o nietos /as) los que se ocupen y auxilien a sus padres/ madres/ abuelos/abuelas, cuando estos lo necesitan. Que también es conocida la circunstancia de ser las personas mayores legitimadas pasivas de procesos tendientes a la tutela de los derechos alimentarios de sus nietos/as, todo lo cual será naturalmente considerado en estas líneas.

3.1 Alimentos a favor de la persona adulta mayor

Tomando como punto inicial, el contenido de la obligación alimentaria establecido en el Código Civil y Comercial, se describe en el artículo 541, el cual establece:

La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación.²⁶

Si se compara con el art 372 del Código de Vélez Sarsfield, el cual rezaba: La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades ²⁷, se observa como primera diferencia el cambio de expresión de “asistencia en las enfermedades” por “asistencia médica”, si bien no hay notas que indiquen la intención del mismo, se puede interpretar que el cambio de expresión manifiesta un concepto más extensivo que el anterior, que no se circunscribe a una enfermedad, sino que busca preservar tanto la salud física como la psíquica del adulto mayor, incluyendo medidas especiales de salud preventiva y reconstituyente como así también los servicios de rehabilitación.

En este marco de ampliación de cobertura, se cita lo establecido por Córdoba y Solari, 2016, p. 366 “*siempre debe existir una relación, a los efectos de la extensión de la prestación, entre las posibilidades y las necesidades: lo que no es un supuesto idéntico al de ingresos y necesidades*”. Se estima que la pauta válida es que la obligación se extienda a la necesidad en concurrencia con la posibilidad de la persona alimentante.

3.1.1 Los alimentos y las personas obligadas al pago. Situación de los alimentos entre parientes conforme la normativa vigente.

El Código Civil y Comercial establece el orden de prelación de las personas que se encuentran obligados al pago de los alimentos. Según su artículo 537 los parientes se deben alimentos en el siguiente orden:

- a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado;
- b) los hermanos bilaterales y unilaterales.

Se observa que en este último punto, se mejora la terminología en remplazo de la frase “medio hermanos” empleada por el Código Velezano.

²⁶ Art 541 Cód. Civil.

²⁷ Art 372 Código Civil de Vélez Sarsfield

En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.²⁸

Como se puede hacer notar del artículo enunciado precedentemente, se clarifica la cuestión de los casos en los que existe más de un posible legitimado pasivo, respecto de los ascendientes y descendientes centra la preferencia en los más próximos en grado, en tanto que cuando se refiere a los hermanos, habla de los que se encuentren en mejores condiciones para proporcionarlos.

Si se continua con el análisis de la obligación de brindar alimentos, surge el interrogante de cómo proceder en caso de que dos o más sujetos se encuentren en condiciones de hacerlo y la obligación les recaiga en partes iguales, desde esta perspectiva se puede deducir que el Código le otorga al juez la potestad de fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

3.1.2 Necesidad de regulación legal de los distintos tipos de familia

Como se mencionó al comienzo de este capítulo, es necesario analizar los cambios jurídicos sociales en el orden familiar que tienen injerencia a la hora de determinar los derechos y obligaciones que movilizan el ejercicio de solidaridades familiares respecto del adulto mayor según el tipo de familia y su incidencia en el derecho de alimentos entre las distintas generaciones.

Tal como lo señala Marco Navarro (2009) dada la pluralidad familiar, las legislaciones modernas en muchos casos optan por definir el para objeto con su ámbito de regulación, otorgando competencia a los tribunales en la determinación de la normativa aplicable al caso; es decir se limitan a dar cuenta de cuales derechos y relaciones se considera que deben protegerse y cuales excluirse el ámbito de las familias.

Como un trabajo de investigación no puede estar al margen del contexto por el que atraviesa la sociedad y los temas que se abordan en el día a día, se realiza un breve análisis sobre la perspectiva de género dentro de las obligaciones familiares, en donde no resulta un dato menor advertir que dentro del ejercicio de las solidaridades familiares y la distribución de roles en la familia, siempre las responsabilidades familiares en el cuidado

²⁸ Art. 573 del Cod. Civil.

tienen como epicentro a la mujer, para continuar con el tema cito las palabras de Laura Pautassi y Laura Royo (2009) , con relación al enfoque de género en la política alimentaria, quienes sostienen que:

“No se ha incorporado expresamente la sobrecarga de trabajo para las mujeres que significa asumir unilateralmente las tareas de cuidado de un gran número de personas, que no solo se concentra en la familia nuclear, sino que se extiende a otros miembros del grupo familiar, entre ellos progenitores, adultos mayores, suegros, hermanos o hermanas enfermos y otros parientes colaterales. Una y otra vez, la ausencia de la incorporación del impacto de la división sexual del trabajo al interior del hogar, como determinante de las asimetrías en torno a las responsabilidades de cuidado, afecta y vulnera derechos, no solo de las mujeres sino de los distintos sujetos demandantes de cuidado”.

Siguiendo con lo pautado en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores es necesario que la normativa nacional reconozca el derecho al cuidado como un derecho universal y no particular, acompañando no solo de prestaciones públicas y sociales cuyo análisis escapa a este de investigación, sino por definiciones concretas, efectivas y finalmente asequibles sobre las obligaciones que corresponde asumir al Estado, que posibiliten el reclamo del adulto mayor, mas no como personas débiles con necesidad de ser asistidas, sino como sujeto con derecho a demandar obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de Derechos Humanos.

3.1.3 La obligación alimentaria de las personas adultas mayores para con otros parientes: carácter subsidiario o complementario

En el desarrollo del presente trabajo, se colocó siempre al adulto mayor como sujeto pasible de recibir cuidado y atención, focalizando en su carácter de titular de derechos fundamentales, más en este título, se invierte esta posición para abordar el papel de los abuelos como personas destinadas a brindar alimentos a sus nietos.

Como se explicó anteriormente, los alimentos entre parientes corresponden en primer lugar a los familiares de primer grado, encontrándose los padres en un nivel anterior a los abuelos en línea ascendente, pero hay que advertir que cuando se trata de nietos, en la gran mayoría de los casos, están involucrados personas menores de edad – o mayores que estudian hasta los 25 años – quienes se encuentran en plena etapa de

desarrollo y donde la obligación alimentaria constituye un elemento central y básico de los tratados internacionales.

Se debe recordar que la obligación alimentaria entre padre e hijos se rige por principios basados en la patria potestad, siendo su contenido más amplio en comparación con la que deriva del parentesco. ¿Si el padre es el que abona la cuota alimentaria debe cubrir el derecho a la recreación, y si es el abuelo solo lo mínimo indispensable, aunque se encuentre en una posición económica que le permita afrontar una cuota alimentaria con la amplitud que la ley prevé cuando la causa fuele es la patria potestad? Sobre este interrogante se logró diferenciar tres posturas distintas:

La primera, adopta una figura tradicional defendiendo la interpretación lisa y llana del texto civil, es decir, la obligación alimentaria es subsidiaria en todo sentido, se debe ir contra el obligado principal y ante su resultado negativo, quedaría recién habilitada la vía para peticionar alimentos a los abuelos

La segunda postura en cambio, aplica el principio de subsidiaridad, admite que los abuelos deben aparecer en escena cuando los principales obligados no lo hacen, pero que esto no significa que, si la capacidad del alimentante lo permite, el contenido de la obligación restrictiva por ser parientes debe ceder.

La tercera se centra en el principio *pro debilis o pro minoris*, defendiendo los derechos e intereses de los nietos por encontrarse en plena etapa evolutiva y responder a los estándares internacionales.

Como corolario de lo expuesto, resulta necesario analizar la postura adoptada por la normativa nacional vigente. En este estado de cosas, se puede referir que el Código Civil y Comercial en su Título VII relativo a la responsabilidad paternal, art 668 expresa: Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.²⁹ Como se observa, se inclina por el principio de subsidiaridad relativa, no es lo mismo ser padre que ser abuelo, por lo que la obligación alimentaria respecto de los abuelos ingresa a escena ante el incumplimiento del principal obligado, pero no por eso la efectiva satisfacción de la cuota alimentaria debe serlo en un

²⁹ Art 668 Cód. Civil

nuevo proceso que retrase el iniciado. De este modo, lo que se admite en realidad podría llamarse una subsidiaridad de fondo, debiéndose mostrar fehacientemente el incumplimiento del principal obligado, es decir que en el aspecto procedimental no habría técnicamente subsidiaridad alguna.

De manera resumida, el abogado Nahuel Buy (2013) expresa que la norma proyectada, presenta un espacio ecléctico, un intermedio, una especie de conciliación de pujas respecto de los Derechos Humanos de los niños y de las personas adultas mayores, encontrando su punto en la atenuación de la subsidiaridad, con clave a una expresión terminológica de la norma del CCC. El cambio es notable, puesto que la norma no utiliza términos cerrados, dejando una interpretación abierta, que permite afirmar que el texto legal no exige certeza del hecho objetivo e impediendo (dificultad del cobro al obligado principal), al exigir verosimilitud, solo requiere humo de derecho, esto es de probabilidad.

Así planteado, el CCC no requiere que el juez evalúe la fundabilidad de la pretensión, sino que considere por lo menos que la pretensión tiene un sentido jurídico que la hace admisible y la constituye en un derecho subjetivo procedente. Asimismo, respecto de la palabra dificultad, usada en sentido amplio, se puede concluir, en interpretación armónica con la familia posmoderna, cooperativa y democrática que, valida el Derecho Constitucional mediante sus tratados y legislación derivada, que esta no refiere un impedimento absoluto o insalvable para conseguir el objeto de la norma, sino que se describe con un alcance más favorable a la concesión de la prestación alimentaria.

3.1.4 Medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria

El Código Civil y Comercial establece en su artículo 542: La prestación se cumple mediante el pago de una renta en dinero, pero el obligado puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, si justifica motivos suficientes. Los pagos se deben efectuar en forma mensual, anticipada y sucesiva pero, según las circunstancias, el juez puede fijar cuotas por períodos más cortos.³⁰ Esta posibilidad de satisfacer la obligación alimentaria en dinero, le otorga mayor autonomía al adulto mayor, dejando atrás la indefinición del antiguo Código sobre las alternativas de cumplimiento. A la vez se advierte que, debido a los acelerados efectos de la inflación sobre el poder

³⁰ Art 542 Cód. Civil

adquisitivo de la moneda, el juez debe actuar con celeridad o en su defecto prever cláusulas de actualización monetaria.

El CCC introduce como novedad las medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria, haciendo mención expresa de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos que legitima su imposición en un convenio o sentencia en donde se determine el valor cuota. Asimismo, le otorga facultad al juez para imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia. Esta fórmula abierta permite al juez, en aplicación concreta del principio de la realidad elegir la mejor opción relacionada con las circunstancias fácticas que presenta el caso.

3.2 Jurisprudencia predominante

En este estadio de análisis, cabe referir al conocido fallo dictado por el Tribunal de Familia N° 1 de Quilmes, de la Provincia de Buenos Aires el 18 de abril del año 2007 “B.L.E. c/ C.D. y otro”³¹ y delinear la plataforma fáctica del mismo relacionando su contenido con la temática en cuestión.

Se trata de una situación atípica en donde el padre en representación de su hija solicita alimentos contra la abuela materna. En el proceso de alimentos, se había fijado una cuota alimentaria provisoria, la cual había sido incumplida de manera total por la madre, por lo que el padre solicita que dicha cuota sea solventada por la abuela materna.

Ante lo planteado, el Tribunal dicta sentencia y hace lugar a la acción, decretándose la inaplicabilidad del referido art 367 del Código Civil que recepta un orden de prelación entre los obligados al pago de alimentos, aplicable al caso, todo ello en virtud del principio de subsidiaridad. Entre los fundamentos que merecen ser destacados, se encuentran los siguientes:

- 1- Que conforme al principio de subsidiaridad que emana del artículo 367 del CCC, la fijación de una cuota alimentaria inferior en su monto a la que se fijaría en cabeza de los progenitores como consecuencia de dicha subsidiaridad, y la exigencia del cumplimiento previo de los requisitos establecidos en la normativa,

³¹ Trib. Fam. de Quilmes “B.L.E. c/ C.D. y otro” (2007)

han sido receptados en forma estricta tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, con contadas excepciones.

- 2- Que con la confluencia de la normativa interna y las disposiciones de las declaraciones y convenciones que integran la regla de reconocimiento constitucional como la Convención de los Derechos del Niño, conminan a replantear algunas afirmaciones dogmáticas, que, hasta el momento, han sido consideradas absolutas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.
- 3- Que se ha flexibilizado también, la postura tradicional que considera que la obligación alimentaria de los abuelos nace cuando existe imposibilidad por parte de los propios padres para prestarla, afirmando que dicho principio debe ceder cuando se configura circunstancias especiales que denotan la necesidad de hacer primar la tutela de los derechos básicos de los menores
- 4- Que, si bien es en principio un criterio generalizado que la obligación alimentaria de los abuelos para con sus nietos surge a consecuencia de la imposibilidad de los padres para prestarla, no lo es menos que este concepto debe ceder cuando se den circunstancias especiales que denoten la necesidad de hacer primar la tutela básica de los niños
- 5- Que el orden de prelación que surge del inciso 1° del artículo 367 del CCC para los ascendientes más próximos e grado y que por ende configura el principio de subsidiaridad de la obligación alimentaria de los abuelos con relación a los padres, se contrapone con la establecido en la Convención de los Derechos del Niño que permite el reclamo alimentario del niño contra sus padres u otras personas encargadas, a otras personas responsables u otras personas que tengan responsabilidad financiera en un pie de igualdad sin sucesividad ni subsidiaridad alguna.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal procedió a declarar inaplicable parcialmente por inconstitucional para este caso concreto la primera parte inciso 1° del art 367 del CCC (preferencia en la obligación alimentaria para los ascendientes mas próximos) por contraponerse a las previsiones jurídicas de los tratados internacionales.

3.3 Situación de la legislación interna en relación a la temática abordada

De la misma manera que un niño tiene derecho de no renunciar a exigir que su padre le dé una pensión de alimentos, el padre y/o abuelo, tampoco podrá renunciar a ser

cuidado por su hijo, es decir, el deber de atender las necesidades de los ascendientes es una obligación legal tan importante como la de brindar alimentos a los hijos, nietos, aunque sea quizás, la menos conocida.

La mayoría de los adultos mayores después de una larga vida de trabajo recibe una pensión que muchas veces resulta insuficiente para satisfacer todas sus necesidades elementales, y éste es el contexto preciso en donde el cumplimiento de la obligación alimentaria aparece como una institución útil y necesaria.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en su artículo 12 establece: La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía.³²

Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión.

Si bien la firma de la convención especializada por parte de la Argentina, así como la reforma del CCC significó un avance en materia de protección a los adultos mayores, no existe legislación suficiente a nivel interno, que establezca los mecanismos nacionales que facilite el procedimiento de demanda de alimentos por parte de los adultos mayores para asegurar que el contenido de la obligación alimentaria sea efectivamente prestado. Los adultos mayores tienen derecho de alimentos en cuanto son ascendientes del alimentante, pero a diferencia que lo que sucede con los menores, no se valora la situación de vulnerabilidad que se encuentran por la edad que tienen.

Tampoco existe un sistema de determinación de responsabilidad administrativa, civil y/o penal por los actos que los hijos practiquen en detrimento de la persona mayor, según corresponda.

³² Art. 12 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores del 15 de junio de 2015

Sería ideal contar con una norma específica, pues de lo contrario el objetivo de protección propuesto por la Convención especializada, sobre este grupo de personas se transforma en una declaración ilusoria, sin aplicación alguna, más allá del imperio que le otorga el compromiso asumido por los estados partes (entre los que se encuentra Argentina).

Conclusiones parciales

La temática del derecho alimentario y su relación con los derechos y deberes de los adultos mayores, guardan notable vinculación con la implicancia de su presencia en las relaciones familiares (familia ampliada). El Código Civil y Comercial, permite el reclamo de alimentos para el menor a los ascendientes y progenitores en un mismo proceso, debiéndose acreditar verosímelmente en esos casos las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

Se puede decir, que la solución aportada por el texto legal, acogiendo la postura de subsidiaridad relativa planteada por la doctrina es justa, en armonía con una correcta interpretación de dos importantes elementos, por un lado la posibilidad de demandar alimentos conjuntamente en el mismo proceso (tanto a los ascendientes como a los progenitores) y por el otro, la exigencia de la verosimilitud respecto a las dificultades en orden a percibir alimentos del obligado principal. Es así como se presenta una especie de conciliación entre los Derechos Humanos de los niños y de las personas mayores, encontrando su punto de equilibrio en una subsidiaridad atenuada, que permite afirmar que la norma no exige certeza del hecho objetivo o impediendo (dificultad de cobro al obligado principal), solo se requiere humo de derecho, es decir la probabilidad.

Es importante destacar también la flexibilización de la jurisprudencia, que tal como se ejemplificó en distintos fallos analizados en el presente capítulo, comparte el criterio de ceder el tradicional principio que establecía que la obligación alimentaria de los abuelos nace únicamente ante la imposibilidad de prestarla por los propios padres, cuando se configuren circunstancias especiales que denoten la necesidad de dar prioridad a la tutela de los menores.

El Estado ha de procurar a través de resortes internos, muy especialmente a través de la legislación y de los recursos del poder judicial en caso de que los conflictos familiares lleguen a la instancia jurisdiccional, de auspiciar con el máximo de los recursos

disponibles la equidad y el debido resguardo de los derechos de los grupos vulnerables, máxime en casos de yuxtaposición de intereses de niños, niñas, adolescentes- en adelante NNA – y de las personas mayores.

Es por eso vital ahondar los esfuerzos en la investigación de este problema social cada vez más impuesto en la realidad del país, y propiciar soluciones ajustadas a la delicada problemática emergente siempre de la mano de la protección de los derechos de aquellas personas esencialmente vulnerables, para tornar efectivos los derechos consagrados en su favor en los tratados internacionales de DDHH.



Capítulo 4: Los adultos mayores y el acceso a la justicia

Introducción

Ante la existencia de un universo amplio de adultos mayores en situación de vulnerabilidad, que muchas veces desconocen sus propios derechos, resulta necesario analizar el acceso de los mismos a la esfera judicial. Tanto los jueces como los legisladores deben habilitar y dar a conocer las distintas vías para que el adulto mayor en estado de necesidad se sienta protegido jurídicamente, sus derechos sean visibilizados y puedan insertarse en esta comunicación intergeneracional a pesar de los obstáculos que se le presentan en la realidad social.

4.1 Políticas de administración de justicia

Como señala Petrelli (2011), en lo que respecta a la instancia judicial, se deben acompañar con medidas pensadas para empoderar al adulto mayor que ya tenga la decisión de iniciar un reclamo relativo a su salud, jubilación, alimentación, movilidad jubilatoria, entre otras cuestiones.

Es llamativo observar los pocos casos judiciales publicados que dan cuenta de reclamos alimentarios por ejemplo de padres o abuelos contra sus hijos o nietos. Expresa Gustavo Halbide (2006) que es evidente que la circunstancia de tener que llegar al extremo de imponer a un pariente la obligación de prestar colaboración para garantizar las posibilidades de subsistencia del alimentado, denota una problemática familiar previa, ya que, de otro modo, la solidaridad se hubiera generado espontáneamente en el seno de dicha familia. Es así, como el mencionado autor identifica dos clases factores:

- 1- En primer lugar, el proceso concluye con una sentencia condenatoria, y la vía ejecutiva impone el cumplimiento de una prestación del demandado (ej hijos o nietos) generan relaciones familiares conflictivas.
- 2- Segundo, la exigencia de probar el estado de necesidad afecta moralmente al adulto mayor, quien descarta la posibilidad de pedir auxilio.

A modo de ejemplo, México ya implementó a través de su Código Civil que toda persona que tenga conocimiento sobre la necesidad de una persona mayor de recibir alimentos o atención especial y tenga conocimiento de los sujetos obligados a proporcionarlo, pueden acudir al Ministerio Público Fiscal y denunciar dicha situación.

En el marco internacional, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores no ignora la necesidad de establecer vías

claras de acceso a la justicia y menciona siguiente³³: La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas.

Se comprometen también, a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

La actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

Asimismo, los Estados Parte desarrollarán y fortalecerán políticas públicas y programas dirigidos a promover:

- a) Mecanismos alternativos de solución de controversias.
- b) Capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor.

Sobre la base de esta normativa es importante facilitar el acceso a medios de información sobre los derechos que tienen los adultos mayores y de los procedimientos destinados a poder ejercer y reconocer los mismos. De la misma manera, si la conflictividad es un elemento disuasorio para incoar un reclamo judicial, tratar de acercar a las partes mediante formas alternativas de solución de conflictos.

³³Art. 31 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores del 15 de junio de 2015

4.2 Acceso a la judicialización desde una perspectiva integral de derecho

En virtud de la adhesión de la Argentina a la Convención especializada, se comienza a avizorar la necesidad de la implementación de cambios que faciliten el acceso de los adultos mayores a la esfera jurídica nacional para superar el estado de invisibilidad en el que se encuentran inmersos. A modo ejemplificativo, se analiza la experiencia de Costa Rica, donde se implementaron normativas de carácter diferencial para los adultos mayores creándose una Comisión de Accesibilidad del Poder Judicial cuyo objetivo era visibilizar las barreras y los obstáculos que enfrentaban las personas mayores para acceder a la administración de la justicia. Se diseñó un modelo específico para todos aquellos procesos judiciales que versen sobre reclamos básicos de personas que se encuentran en una franja etaria superior a los 60 años, el mismo incluía carátulas especiales fácilmente identificables, traslado de diligencias al sitio donde reside la persona mayor, entrega de un carnet especial con la información suficiente que le facilitara el seguimiento de la causa, entre otros.

Siguiendo las líneas de Chavez Cervantes (2012, p. 132) :

Es indispensable avanzar en la definición y reglamentación del acceso a la justicia que comprenda acciones afirmativas y buenas practicas, destinadas a garantizar a las personas mayores el conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos, mediante la atención y el trato preferente en la tramitación de los procesos judiciales, para obtención de una justicia prioritaria, comprensible de protección inmediata y efectiva por su doble carácter de derecho, derecho en sí mismo y a la vez instrumental, porque sólo así se puede pensar en una tutela plena.

El CCC reconoce la actuación de oficio, siendo un aporte inicial para la legislación de fondo. Establece la posibilidad de actuar y promover lo que corresponda cuando tengan noticias de un hecho que motive la apertura de la tutela.³⁴ Por ejemplo, cuando el adulto mayor no cuenta con algún beneficio de la previsión social u otra norma de protección, el juez, debería proporcionar una diligencia excepcional relacionada con el otorgamiento de los beneficios por edad avanzada o viudez.

³⁴ Ar 111, 2° párrafo Cód. Civil 20

4.3 Tratamiento jurisprudencial en Argentina

En el presente apartado se busca analizar el tratamiento jurisprudencial en nuestro país sobre determinados temas relacionados con los adultos mayores que resultaron controvertidos. Es función conjunta de los jueces y legisladores la proyección de la tutela de las personas de la tercera edad en el derecho interno,

Citando las palabras de la Dra Kemelmajer (2015): el rol del Derecho no es menor en estas situaciones, “a las normas corresponde determinar las condiciones sociales y valorativas que deber ser respetadas en relación con los adultos mayores”.

4.3.1 Adultos mayores en el ámbito laboral

En primer lugar, se aborda la inserción del adulto mayor en el mundo laboral, la Corte bonaerense en un conocido fallo de Sandez, Carlos c/ Gob. De la Ciudad de Bs. As, en el que un docente presenta un recurso de amparo contra la discriminación por razones de edad, resolvió de la siguiente manera: "la norma que establece como requisito para la inscripción en los listados oficiales de ingreso a la docencia el límite de cuarenta y cinco años de edad es discriminatoria y contradice el derecho a trabajar y a la igualdad ante la ley consagrado en la Constitución nacional, en la Constitución de la provincia de Bs. As. y en los tratados internacionales incorporados a dichas constituciones”.

Siguiendo los lineamientos de la Corte Federal, "las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran, o cuando consagran una manifiesta iniquidad" y el requisito de la edad tope presenta tales características de irrazonabilidad.³⁵

También resulta interesante exponer la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Franco, Blanca Teodora c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Gobierno)", en relación a la permanencia en las funciones según la edad, en el mencionado fallo, se decidió que el art 32 inc. 1 del dec. ley 9020/78, en cuanto dispone como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales la edad de 75 años, establece una presunción *iuris et de iure* de que quienes alcanzan dicha edad se encuentran incapacitados para ejercer funciones notariales, resultando arbitrario debido a su generalidad y a su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y

³⁵ TS de Bs. As., “Sandez c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, LL 2001-B-580

la garantía de igualdad ante la ley consagrados en la CN y en los tratados internacionales de jerarquía constitucional³⁶

Cabe señalar que la reconocida jurista Kemelmajer, sostiene que en la solución del fallo mencionado supra, incidió lo resuelto anteriormente por el tribunal en el caso "Fayt", que declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que limitó la permanencia de los jueces de la Corte hasta la edad de setenta y cinco años³⁷, decisión que había sido precedida por sentencia del 22/6/1999, que había nulificado un artículo de la Constitución de la provincia de Santa Fe según el cual "cesa la inamovilidad de los magistrados a los sesenta y cinco años de edad si están en condiciones de obtener jubilación ordinaria.

Desde mi punto de vista, resulta coherente no poner la edad como limitante del desempeño laboral sin que el avance de esta guarde una verdadera relación con la pérdida de rendimiento en el desempeño de sus funciones, para lo cual, se necesita niveles de protocolos más avanzados que permitan evaluar el rendimiento del adulto mayor en su trabajo. No son pocas las ocasiones, en las que en esta etapa de la vida se maximiza el profesionalismo y el tiempo que dedica uno a sus actividades laborales.

4.3.2 Adultos mayores y grados de inhabilitación

En la actualidad es muy común identificar el término ancianidad como causal de inhabilitación, la jurisprudencia argentina distingue lo que se conoce como senilidad calificada que ocasiona la real incapacitación o la inhabilitación del adulto mayor, siendo necesario nombrar un tutor para la gestión y aprobación de sus actos jurídicos de aquellas personas que a pesar de encontrarse en edades avanzadas cuenta plenamente con sus capacidades. En otras palabras: "senectud o ancianidad normal no equivale a senilidad patológica. Si bien no siempre hay nitidez absoluta entre un supuesto y otro, porque puede darse una evolución del cuadro normal de ancianidad que coloque al sujeto en un estado límite cuya dimensión sea arduo fijar con precisión, es incontrovertible que la vejez, por sí, no es sinónimo de enfermedad, aun cuando implique disminución de facultades de la persona"³⁸.

³⁶ C.S.J.N "Teodora c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Gobierno)" LL 2003-B-286; JA 203-II-464

³⁷ C.S.J.N "Fayt Carlos c/ Estado del a Nacion", Fallos 322:1616 (1999)

³⁸ Cám. Nac. Civ. sala D, 22/6/1982, LL 1983-A-312

Con igual criterio se decide que la ancianidad, como proceso fisiológico normal no excluye la salud. En virtud de ello, no corresponde entender que no gozan de ella personas en quienes la ciencia médica no registra modos de ser anormales en relación a su edad, máxime si, como en el caso, tampoco se ha demostrado el elemento jurídico determinante de la restricción a la capacidad, esto es, la presumibilidad de daño en mérito a circunstancias distintas de la biológicas. El temor de que el anciano no haga buenos negocios, como cualquier persona, no tiene su remedio en la inhabilitación si se acredita un estado patológico.³⁹

Por mi parte, considero que la niñez y la ancianidad son los dos grandes extremos a lo largo de la vida, y en ambas etapas aparece siempre la palabra “incapacidad”, en cuanto a la primera se cuestiona el status de incapacidad como criterio uniforme basado exclusivamente en la condición de edad, y es el mismo sentido tutelar que aparece de nuevo frente a los adultos mayores, utilizando en un espectro amplio la palabra incapacidad como mecanismo de protección, con lo cual no coincide. El abordaje jurídico no debe partir de la identificación de ancianidad con incapacidad, la legislación contemporánea debe preservar la autodeterminación de las personas mayores, y establecer regímenes que admiten graduaciones de la incapacidad preservando la autonomía personal en la medida de lo posible.

4.3.3 Adultos mayores y el derecho de cuidado

De los escasos fallos publicados sobre la temática en cuestión, se puede observar que las principales razones o causas que impulsaron la intervención judicial, responden a reclamos económicos o conflictos familiares de larga data en el que se disputa el cumplimiento de la obligación de cuidado o alimentación de la persona mayor.

Citando el fallo emitido por el STJ de Corrientes en el año 2012, en el que se desestima el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, interpuesto por la sobrina de una señora de 79 años, contra la sentencia que había confirmado la inadmisibilidad de la demanda de interdicción de su tía. La misma fue acusada de haber hecho firmar documentos y de cobrar para fines propios la pensión que percibía aprovechándose del retraso madurativo que, según ella, la señora padecía desde su nacimiento, teoría que fue descartada en base a las pericias realizadas, donde se concluye que la señora presentaba

³⁹ Cám. Nac. Civ. sala A, 1/6/2004, ED 209-206

caracteres psíquicos y físicos superiores de acuerdo a la edad, denegándole la declaración de inhabilitación⁴⁰.

En virtud de lo expuesto, resulta importante advertir sobre la necesidad de que el sistema judicial mantenga una especial alerta sobre estas situaciones, procurando encontrar la alternativa menos restrictiva a la capacidad de los adultos mayores que son atacados por sus mismos familiares impulsados por razones económicas o de apropiación de su patrimonio.

4.3.4 Celeridad y plazos en el proceso

En virtud del estado de vulnerabilidad en el que se encuentra el grupo de personas mayores, es necesario que la actuación judicial se de en un marco de eficiencia y celeridad, acortando no solo las distancia entre los adultos mayores y el espacio físico en el que se realizan los trámites judiciales sino también los plazos de caducidad y actuación por parte de los jueces encargados del proceso.

En otras palabras, y siguiendo los lineamientos de la CIDHPM, los Estados además de la preferencia en el trámite se obligan a que la actuación judicial sea particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

Se expone el caso “DPO Federal de Esquel c. PAMI INSSJyP”, el Defensor Público Oficial inició una acción de amparo colectivo contra PAMI y solicitó el dictado de una medida cautelar a fin de que la demandada satisfaga y regularice las obligaciones del Plan Médico Obligatorio en cuanto a la efectiva, oportuna e integral prestación del servicio de salud destinado a la totalidad de los afiliados de la delegación.

El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada. Para eso, tuvo en cuenta que "...aún en épocas de crisis, se ha establecido el deber de cumplir con las prestaciones obligatorias previstas en el PMO e incluso tras superadoras de aquel".

Con respecto al requisito de peligro en la demora, el magistrado sostuvo que "...va de suyo que por la etapa etaria que transita la mayoría de los afiliados al INSSJyP, se presenta como una seria posibilidad de menoscabo en su derecho constitucional a la salud

⁴⁰ STJ de Corrientes, 22-11-2012, “L., N. H. en nombre y representación de L. M. L. s/ Curatela”.

ante la eventualidad de que las prestaciones que otorga la demandada sean cumplidas de manera parcial o inclusive, incumplidas por completo".

Por otro lado, tuvo en consideración que para resolver la acción principal "...aún restan diversos trámites procesales como paso previo a la culminación del juicio. De este modo, la posibilidad de que la ejecución de una sentencia eventualmente favorable se torne ineficaz en su etapa ejecutiva, específicamente ante el riesgo de que los afiliados no reciban en tiempo y forma las prestaciones a las que tienen derecho, configura el requisito de peligro en la demora".⁴¹

Me pareció interesante dar a conocer la resolución del caso mencionado supra, por la importancia que amerita la celeridad en la ejecución de las acciones judiciales donde el peligro de la demora resulta evidente. En suma, es importante no solo garantizar el acceso a la justicia de la persona mayor a partir del momento que lo gestiona, ya sea en carácter de actora o demandada sino también rever la rapidez con la que se le otorga una respuesta jurídica, anteponiéndose a todas estas realidades con mecanismos adecuados a la condición de vulnerabilidad por la que atraviesa el adulto mayor en su estado de necesidad.

4.4 Herramientas para facilitar el acceso a la justicia de las personas mayores

Tanto el Estado como la sociedad deben colaborar y poner a disposición las herramientas necesarias para dar un paso evolutivo en el acceso y administración de justicia las personas mayores.

Para lograr tal fin, se debe proceder a una debida capacitación del personal encargado de tramitar tales asuntos y la asignación de los recursos presupuestarios necesarios. Muchas veces el desconocimiento es la principal barrera para el avance, por lo que no es una tarea menor la difusión de las normas y los principios de la Convención a la sociedad, en general, y las personas mayores, en particular.

La consuetudinaria desobediencia de la ANSeS a los fallos judiciales y la cruda realidad del fuero de la Seguridad Social, tantas veces denunciadas, no pueden mantenerse sin cambios, bajo pena de responsabilidad internacional del Estado argentino,

⁴¹ Juzgado Federal de Esquel. "DPO Federal de Esquel c. PAMI INSSJyP". Causa N° 8.664/2016. 24/6/2016. *Boletín de Jurisprudencia Ministerio Publico de Defensa*. Recuperado el 4/06/2018 de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2016.12.%20Adultos%20mayores.pdf>

como señala Gelli (2013 p.235), “resulta más sencillo sancionar o reformar normas jurídicas que modificar costumbres o pautas culturales”.

En palabras de Nieto (2002): *“El estrépito judicial supone un laberinto en el que quizás triunfe el Derecho, pero donde se pierde la Justicia”*. Un problema propio de los organismos judiciales destinados a recibir casi con exclusividad los reclamos de personas mayores, es que al ser todos los asuntos de interés prioritario, resulta evidente que ninguno termine gozando de dicha preferencia, por lo que se debería establecer protocolos de atención preferencial y especial para personas mayores que a la vez permitan la detección de los casos de vulnerabilidad múltiple o agravada (por salud, género, discapacidad, situación económica), y asignar a estos casos la preferencia y mayor celeridad.

Conclusiones Parciales

Ante la existencia de un universo amplio de adultos mayores en situación de vulnerabilidad que ni siquiera conocen los derechos que pudieran reclamar en instancias jurisdiccionales, es necesario que los Estados parte, en cumplimiento de lo establecido en la Convención, asuman el compromiso de adoptar mecanismos de ajustes de procedimentales en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas para garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales.

Entre los factores que obstaculizan el acceso de las personas mayores a la justicia pueden destacarse el retraso judicial, los formalismos, las barreras actitudinales, la utilización de un lenguaje excesivamente técnico e incomprensible. Los espacios normativos deben integrarse con la valoración ético-axiológica, que en el caso exhibe la necesidad de especificación de los principios universales aplicables a las personas mayores, poniendo criterios de diferenciación positiva en el ámbito legal y político. Estos mecanismos posibilitan la flexibilidad de las repuestas jurídicas, acorde el imperativo de ajustes y graduaciones de los mecanismos de asistencia que un Estado democrático debe diseñar e tutela de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

No obstante, el acceso a la justicia debe incluir la consolidación del principio de igualdad y permitir visibilizar a las personas mayores el conocimiento y defensa de sus

derechos. Se requerirá un esfuerzo importante y sostenido de la Administración y del Poder Judicial para dotar a sus distintos órganos de las herramientas para otorgar una atención adecuada y preferente a los asuntos planteados por las personas mayores. Solo de esta manera se podrá hablar de una tutela plena, que permita la obtención de una justicia prioritaria, comprensible de protección inmediata y efectiva

Conclusiones Finales

Uno de los aspectos más importantes que fue objeto del presente trabajo se refiere a la discriminación que vulnera los derechos de las personas mayores y las conduce a un estado de abandono y/o marginación. Se llama vejez excluida a la situación social de desautorización, invisibilidad y aislamiento del adulto mayor presente tanto en la sociedad como en el mismo núcleo familiar, donde se observa la falta de asistencia, la indiferencia, la vulneración del deber de cuidado, la obstrucción de la comunicación de la relación entre abuelos y nietos entre otros actos de violencia y abuso que lesionan progresivamente la libertad de las personas mayores.

A nivel normativo, la adhesión de nuestro país a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores como instrumento jurídico vinculante, consolida los derechos del grupo en cuestión y compromete a cada uno de los países a la creación y homogenización de sus leyes destinadas a la concreción de las normas y políticas necesarias para garantizar su vigencia, más allá de su reconocimiento por interpretación analógicas de otros tratados o instrumentos internacionales. Es importante destacar que con la última reforma del Código Civil del año 2015 se receptaron normas relativas a la protección del vínculo entre las personas mayores y sus parientes, dentro de las cuales pueden mencionarse las relacionadas a la prestación alimentaria, derecho de comunicación, y el derecho de visitas desarrolladas a lo largo del trabajo.

Continuando con la perspectiva jurídica-legal, la dispersión normativa es una realidad en nuestro país que genera un gran retroceso en la estandarización de la legislación y acceso a la justicia destinados a garantizar una tutela oportuna y efectiva de las personas de tercera edad. Resulta difícil y poco útil pensar que se reconozca formalmente un derecho si el titular del mismo no puede acceder de forma efectiva al sistema judicial para obtener la tutela de dicho derecho. Esto significa la necesidad de idear estrategias que posibiliten vencer la posición de dependencia o exclusión de los

adultos mayores que los lleva a tener una actitud pasiva en el momento de acceder a los servicios o la justicia para hacer valer sus reclamos.

Dentro de la serie de derechos y obligaciones que surge en virtud del parentesco, se analiza el impacto de la obligación alimentaria respecto de las personas mayores, cuyo fundamento radica en el propio derecho a la vida regulado por la Constitución Nacional. Es así como el Código Civil menciona a los descendientes como sujetos obligados a la prestación de alimentos teniendo en cuenta la condición y la posibilidad económica del alimentante.

Dado el estado de vulnerabilidad que se encuentran las personas al llegar a una determinada edad, se plantea la necesidad de un sistema de protección jurídica de acceso diferencial para los adultos mayores en el que se respete su derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de plazos razonables a su condición. Es función tanto de los jueces como de los legisladores la proyección de la tutela de las personas de la tercera edad en el derecho interno.

Por último, se aborda la perspectiva del adulto mayor en el ámbito laboral, donde la edad actúa en muchos casos como un limitante absoluto, es así como la Corte se expide a favor de la permanencia del adulto en sus actividades salvo que la edad guarde una verdadera relación con la pérdida del rendimiento en el desempeño de sus funciones. Con igual criterio se manifiesta en relación a los grados de inhabilitación de las personas de la tercera edad, descartando la recurrente frase que el anciano es incapaz de hacer buenos negocios.

A modo de cierre, la legislación contemporánea debe preservar la autodeterminación de las personas mayores y establecer protocolos que identifiquen niveles de incapacidad en función de la edad preservando siempre la libertad y la autonomía personal en la medida de lo posible, los adultos no ocupan el espacio que merecen en la agenda actual aún son insuficientes los intentos homogenizar la normativa vigente en la materia para resignificar esta etapa de la vida. No es un dato menor que más del 60% percibe de los adultos mayores en la Argentina gozan de buena salud y se mantienen en plena actividad, esto incita a dejar de lado la discriminación basada en estereotipos que no son inocentes y que solo buscan asociar la vejez a la enfermedad o a la dependencia.

Bibliografía

Doctrina

- Azpiri J, Barbero. O, Córdoba. M y Grosman. C (2016) Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. En A. Bueres (Ed.), *Deberes y derechos de los parientes* (p.366). Buenos Aires, Argentina. Ed:Hammurabi.
- Bay, N. (2013). Alimentos y abuelos. Subsidiariedad atenuada a la luz del derecho humano de niñas, niños y adolescentes en el proyecto de reforma argentina. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, 199 y ss.
- Bazo Royo y M. García Sanz, B. (2006), *“Envejecimiento y sociedad: una perspectiva internacional”*, 2º ed. Panamericana, Madrid.
- Belluscio, C (2012) *“Los alimentos en el Proyecto de Código”*, en L. L. p 3.
- Bobbio N. (1991), *“El tiempo de los derechos”*. Madrid: Sistema.
- Chavez Cervantes, L (2012). *El acceso a la justicia de las personas mayores: nociones avances y desafíos*. (p.132). Ciudad de Mexico. Ed. Cepal.
- Gelli, María A., Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, 4ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2013, t. II, pág. 235.
- Goldschmidt. W (1996). *“La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”*. 6º Edición. Buenos Aires. Editorial Depalma.
- Gonzalez Magaña(2013) *“La responsabilidad alimentaria de los abuelos frente al incumplimiento paterno”* I.J EDITORES.
- Grosman, C y otros. (2015) *“Los Adultos Mayores y la Efectividad de sus Derechos”*, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Halbide, G (2006). *El derecho a la cuota alimentaria*. (1ºed). Buenos Aires: Ediciones Centro Norte
- Jimenez. E (1992) *“Los Derechos implícitos de la tercera generación. La nueva categoría expansiva de derechos humanos”* Derecho.
- Kemelmajer, A. (2006). Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. *Revista chilena de Derecho*. 33 (1). 37-68.
- Lema Añon, C. (2006) *“Justicia y Salud con las personas mayores. Etarismo y Antietarismo como criterios de justicia”*. Madrid: Dickinson, p. 101 y ss.

- Marco Navarro, F. (2009). *Legislación comparada en materia de familia*. Santiago de Chile: Ed. Cepal.
- Nieto, Alejandro, *Balada de la justicia y la ley*, Madrid, Trotta, 2002
- Suarez, R.; Pescetto, C. (2005). *Sistemas de Protección Social para el Adulto Mayor en América Latina y el Caribe*". Washington. *Revista Panamericana de Salud Pública*. Disponible en: <https://scielosp.org/pdf/rpsp/v17n5-6/26279.pdf>

Legislación

Internacional

- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015)
- ONU, Resolución N° 46/91, 16/12/91
- Ley 7.935 - Ley Integral para la Persona Mayor (Costa Rica-1999)
- Ley 10.741 - Estatuto del Persona Mayor (Brasil-2003)
- 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Cumbre Judicial Iberoamericana (2008)

Nacional

- Constitución de la Nación Argentina
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de Velez Sarsfield

Provincial

- Constitución de la Provincia de Santiago del Estero

Jurisprudencia

- TS de Bs. As., "Sandez c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", LL 2001-B-580
- C.S.J.N "Teodora c/ Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Gobierno)" LL 2003-B-286; JA 203-II-464.
- Cám. Nac. Civ. sala D, 22/6/1982, LL 1983-A-312
- Cám. Nac. Civ. sala A, 1/6/2004, ED 209-206
- C.S.J.N "Fayt Carlos c/ Estado del a Nacion", Fallos 322:1616 (1999)
- Corte I.D.H, Sentencia Furlan y familiares v. Argentina. Sentencia del 31 de agosto del 2012. Serie C N°246.

- Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Sentencia del 19 de agosto de 2013. Serie C No. 264.
- Juzgado Federal de Esquel. “DPO Federal de Esquel c. PAMI INSSJyP”. Causa N° 8.664/2016. 24/6/2016. *Boletín de Jurisprudencia Ministerio Publico de Defensa*. Recuperado el 4/06/2018 de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2016.12.%20Adultos%20mayores.pdf>
- TS Ciudad de Bs. As Sandez, Carlos A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. LL 200-B-580. 29/11/2000.