

Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad

Una mirada a la situación jurídica de los adultos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil argentino

por **SILVIA FERNÁNDEZ**⁽¹⁾

A Manuel, resistencia y eficacia constante contra la invisibilidad

I | Nuestro objetivo

En estas breves líneas proponemos el inicio de un tentativo camino de análisis de la situación jurídica de las personas ancianas en el ámbito interno argentino, partiendo de la plataforma normativa internacional y de la perspectiva de derechos humanos inescindible a un Estado democrático de derecho.

Nuestro objetivo es analizar los institutos-mecanismos jurídicos aplicables a este grupo, que califica en la categoría de personas en situación de vulnerabilidad; en especial en esta ocasión, enlazando nuestra posición con

(1) Asesora de Incapaces del Depto Jud. Mar del Plata. Especialista en Derecho de Familia (UNR), Especialista en Magistratura Judicial (UNMDP), Docente de grado UAA, Profesora de Posgrado de la Especialización en Derecho de Familia UBA-UNMDP. Miembro Consultivo por el Grupo Argentino de la Red Iberoamericana de Expertos en los Derechos de las Personas con Discapacidad.

el aporte que propone la reforma propiciada por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino elaborado por la Comisión de Reformas del año 2011⁽²⁾.

1.1 | El colectivo abordado y su valoración en el espacio jurídico

Suele recurrirse a diversos términos para definir a este grupo de personas⁽³⁾; se habla de "adultos mayores", "ancianidad", "tercera y cuarta edad", "viejos"⁽⁴⁾.

En el ámbito internacional, la ONU emplea el término *envejecimiento* o *personas de edad avanzada*. La OMS define al envejecimiento como el proceso de cambio progresivo de la estructura biológica, psicológica y social de las personas que disminuye, a su vez, su capacidad funcional⁽⁵⁾.

Sin embargo en nuestra sociedad moderna, lejos de apreciarse como un proceso natural inherente al desarrollo humano, la vejez es valorada negativamente frente a los parámetros de salud y productividad; aparece como un segmento "caduco", una condición descalificante y estigmatizante.

Por lo demás este punto de vista, reduce el envejecimiento a "un problema biomédico", lo que conduce a que se lo califique como un fenómeno patológico, que equipara edad avanzada con enfermedad⁽⁶⁾.

Por el contrario, corresponde aclarar que la condición de ancianidad —y la pertenencia a este universo— no se mide exclusivamente desde el factor

(2) Creada por decreto 191/2011 de la Presidencia de la Nación Argentina.

(3) De crecimiento exponencial: el número de personas con 60 años de edad era de 700 millones en 2009 y proyecta alcanzar 2.000 millones en 2050. Ver CELADE—DIVISIÓN POBLACIÓN DE LA CEPAL, *El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe* (LC/L.2987/REV1), Santiago de Chile, 2009.

(4) Las definiciones no son indiferentes, el lenguaje no es neutral; así las calificaciones empleadas para definir a estas personas están teñidas de las valoraciones hechas hacia ellos.

(5) OMS, "A life course perspective of maintaining independence in older age", Ginebra, 1999, p. 4.

(6) GROVER, ANAND, "Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" Anand Grover. AGONU 04/07/2011.

edad⁽⁷⁾, sino por la confluencia de una multiplicidad de variables presentes en esta franja etárea —sociales, culturales, intelectuales, género, discapacidad, pobreza—.

Puede afirmarse que una nota central que atraviesa transversalmente a este colectivo es la fragilidad; “la fragilidad habla de esas formas sutiles de no reconocimiento de la dimensión mínima de la vida, que está fuera de la igualdad (...) indica ausencia de reconocimiento, desatenciones, miradas distraídas y a veces cínicas que sobrevuelan, no se detienen sobre estas vidas que no tienen la capacidad ni siquiera de luchar por los propios derechos; lo traducimos en ‘desprecio’, un vocablo que es exactamente lo contrario de ‘precioso’, vidas que no tiene precio, sin dimensiones de ‘valor’. Es la condición que se descubre cuando nos damos cuenta que ser hombres no es siempre una condición necesaria y suficiente para ser objeto y sujeto de humanidad”⁽⁸⁾.

Las personas de edad no son un grupo homogéneo: hombres y mujeres envejecen de forma diferente. Sin embargo todos experimentan similares tipos de discriminación —multidimensional—⁽⁹⁾. Y, mayormente, todos son tratados de manera uniforme en la instancia de construcción de su significación jurídica.

1.2 | Nuestra motivación. Las lagunas del espacio normativo argentino

La doctrina especializada señala la necesidad de reconocer en favor de las personas de edad al menos tres tipos de derechos fundamentales: derechos de autonomía, de participación y de prestación⁽¹⁰⁾. Cada uno de

(7) Emerge así el “edadismo” —prejuicios y discriminación contra ancianos—. Ver SAGRERA, MARTÍN, *El edadismo. Contra “jóvenes” y “viejos”. La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992.

(8) RESTA, ELIGIO, *La infancia herida*, Bs. As., Ad hoc, 2008, p. 16.

(9) “Fortaleciendo los Derechos Humanos de las Personas de Edad. Hacia una Convención de las Naciones Unidas”. Trad. Instituto del Envejecimiento Universitat Autònoma de Barcelona. www.envelliment.org.

(10) DABOVE, MARÍA, I., “Informe referido al derecho de la ancianidad en el bicentenario argentino (1810-2010)”, en *Revista Investigación y Docencia*.

ellos debe reconocer herramientas jurídicas favorecedoras de su promoción y protección.

Sostenemos que el escenario normativo argentino registra una severa deuda en este aspecto al no ofrecer mecanismos de tutela específicos, dirigidos a la adecuada satisfacción de los derechos de las personas ancianas.

El Código Civil vigente registra previsiones dispersas, no pensadas *exclusivamente* para estos sujetos, si bien ellas pueden operar como herramientas aplicables para su tutela⁽¹¹⁾. No se ha ideado un sistema normativo específico en razón de que, desde la calificación tradicional, los ancianos son sujetos “capaces”. Si bien esto es técnicamente correcto y acordamos que introducir una categoría jurídica especial importaría justamente el efecto indeseado —una discriminación inversa por razón de ancianidad—, es cierto que el principio de plena capacidad derivado de la mayoría de edad no puede sostenerse con igual entidad en los inicios de la adultez y en su final.

Emergen así varias situaciones, principalmente perceptibles frente a las cuestiones relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos —vgr. el derecho a la salud, el respeto al consentimiento informado, las decisiones en el final de la vida, el dictado de estipulaciones para la futura incapacidad, el derecho a elegir las relaciones personales/familiares, el derecho al matrimonio, a elegir el lugar de residencia—, aunque también ante derechos patrimoniales —administración y disposición de bienes en vida y para después de la muerte—, que demuestran la insuficiencia del régimen vigente para aprehender la adecuada tutela —en sentido protectorial y no paternalista— de estas personas.

Pensamos que, al respecto, la reforma civil propuesta aporta principios y normas que devienen útiles en el enfoque en que centramos nuestro análisis.

(11) Vgr. la anulabilidad de los actos jurídicos celebrados sin discernimiento, la lesión subjetiva, nulidad del matrimonio art. 3573, nulidad testamentaria, el derecho de habitación del cónyuge supérstite, además de las prestaciones sociales y previsionales previstas por leyes especiales.

2 | La ancianidad desde la perspectiva de derechos humanos⁽¹²⁾. El necesario proceso de especificación

Tradicionalmente la “edad” fue comprendida bajo la acepción “cualquier otra condición” empleada por instrumentos internacionales contra la discriminación⁽¹³⁾. Un cambio central lo constituyeron los “Principios de Naciones Unidas en favor de las personas de edad”⁽¹⁴⁾, que agrupan cinco ejes centrales: independencia, participación, derecho a cuidados, autorrealización y dignidad. Más adelante, otros documentos abordaron la temática de la ancianidad⁽¹⁵⁾. Pero no existe un compacto derecho promotor de la ancianidad, a diferencia de lo que ocurre con otros grupos que han sido valorados por su condición de vulnerabilidad —vgr. infancia, discapacidad—⁽¹⁶⁾.

(12) Los derechos humanos resultan un proceso constante de construcción de ciudadanía, que se expresa en el reconocimiento del “derecho a tener derechos”. HUENCHUAN, SANDRA y MORLACHETTI, ALEJANDRO. “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, en *Revista Notas de Población*, n° 81, Santiago de Chile, CEPAL, 2006, p. 61.

(13) El primer convenio en el que se reconoció explícitamente la edad como un motivo de discriminación fue la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;” luego la “Convención sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios” y la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”.

(14) ONU 16/12/1991, Resolución 46/91.

(15) “Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento”, en 1° Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, 1982; “Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento”, en 2da Asamblea Mundial, 2002; “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Protocolo de San Salvador —único documento vinculante para los países de América Latina y Caribe, que introduce medidas específicas dirigidas a las personas mayores (arts. 9 y 17, derecho a la seguridad social y a la protección especial)—; “Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento”; Res. N°A/47/339 AGNU, 1992; Res N° 5/47/5 AG, 1992; “Informe sobre los derechos de las personas de edad en relación con el PDESC”, UNdoc.E/C.12/1995/16/red 1, 1995; “Convención de La Haya sobre Protección internacional de los Adultos del año 2000”; “Recomendaciones para la acción sobre el envejecimiento”, Bogotá, 1986; “Declaración de Cartagena de Indias sobre políticas integrales para las personas mayores en el área iberoamericana”, 1992; entre otras. GONEM MACHELLO, G. “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”, en *Revista Jurídica La Ley*, 20-6-2008, p. 1.

(16) CIURO CALDANI, MIGUEL “Comparación iusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad” en *Investigación y Docencia* N° 25, 1994, p. 35. LINACERO DE LA FUENTE, M.

Frente a este panorama muchos países de Latinoamérica incorporaron a su Constitución y/o legislación interna, normas específicas de protección de la vejez. Así mientras Colombia, Cuba, Ecuador⁽¹⁷⁾, Honduras, Paraguay, Puerto Rico, Venezuela, abordan la situación de los ancianos en una norma constitucional particular, en otros países se la incluye como protección de la familia⁽¹⁸⁾.

Cabe destacar el caso de Brasil, cuya ley 10.741/2003 “*Estatuto de las Personas Mayores*” —a partir de los 60 años— expresa: “El envejecimiento es un derecho personalísimo y su protección es un derecho social. Es obligación del Estado garantizar a la personas mayores la protección de su vida y salud, mediante la aplicación de políticas sociales que permitan un envejecimiento saludable y en condiciones de dignidad”. Es decir, la ley contempla un “*derecho al respeto*” que supone la inviolabilidad de su integridad física, psíquica, imagen, identidad, autonomía, ideas, creencias, posesiones; reafirma los derechos fundamentales de la persona; prevé una “*garantía de prioridad*”, que comprende atención preferencial pública y privada, asignación privilegiada de recursos públicos, prioridad a la atención familiar y acceso a servicios de salud.

La concepción de las personas mayores como sujetos de derecho se inserta en un contexto más amplio de análisis teórico-político referido a la particularización de derechos universales en favor de ciertos grupos desfavorecidos⁽¹⁹⁾ —niños, mujeres, personas con discapacidad, ancianidad—. Este proceso de especificación⁽²⁰⁾ pretende paliar la situación de desven-

.....
 “Protección jurídica de las personas mayores” en *Actualidad Civil*, n° 19, 1-15/11/2004, Bs. As., La Ley, 2004, t. 2.

(17) Califica como “personas y grupos de atención prioritaria” a “adultas y adultos mayores”, garantizando la atención gratuita y especializada de salud, el trabajo remunerado, en función de sus capacidades, la jubilación universal, beneficios económicos, el acceso a una vivienda que asegure una vida digna, respeto a su opinión y consentimiento (art. 37, 38).

(18) Costa Rica Ley 7.935/99 para la persona adulta mayor; Guatemala Ley de Protección de las Personas de la Tercera Edad dec. 80-96, México Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, 2002, Paraguay Ley N° 1.885/2002, República Dominicana Ley 352—98 Protección de la persona envejeciente, 1998, El Salvador Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor, Dec. 717/2002; Uruguay ley 17796/04 “Promoción integral de los adultos mayores”.

(19) HUENCHUAN y MORLACHETTI, op cit.

(20) La especificación distingue categorías a las que reconoce derechos especiales en función de su situación cuando se detecta la inoperancia de los derechos generales. Ver BOBBIO,

taja social, no reparable mediante la igualdad formal en derechos, a través del reconocimiento de “derechos de grupo” como herramienta indispensable para la eficacia de los derechos individuales⁽²¹⁾.

Se entiende por grupos vulnerables⁽²²⁾ aquellos que por causas diversas —edad, raza, sexo, condición económica, cultural, política, discapacidad— se encuentran en mayor riesgo de violación de derechos⁽²³⁾, y sufren la omisión o precariedad legislativa⁽²⁴⁾ o política —por insuficiencia de las políticas públicas—.

La protección especial que se brinda a estos colectivos no debe verse como práctica de discriminación, sino como mecanismo para superar las condiciones de desigualdad que impiden a sus miembros el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad⁽²⁵⁾.

Podríamos decir, entonces, que la vulnerabilidad aparece como una calificación “equilibrante” y emparentada con la noción de **debilidad jurídica**.

En relación a los ancianos, es claro que titularizan los derechos fundamentales por su condición de personas, pero el problema no es de titularidad sino de ejercicio y actuación autónoma de sus derechos y libertades y de la consecuente obligación de respeto por los particulares y el Estado.

.....
NORBERTO, “Derechos del hombre y filosofía de la historia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, n°5, 1988-1989, p. 27.

(21) HUENCHUAN y MORLACHETTI, op. cit., pp. 50/51.

(22) Tales los casos de las mujeres, las embarazadas o en estado de lactancia, los niños y adolescentes, las personas en situación de calle o con desintegración familiar, la tercera edad, las personas con discapacidad, la población indígena, etc. GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 200, tomo III, p. 227.

(23) PÉREZ CONTRERAS, M. MONTSEERAT, “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”. *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

(24) GONZÁLEZ GALVÁN, op.cit., p. 227

(25) ESPINOSA TORRES, P. “Grupos vulnerables y cambio social”, en *Quórum*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas Cámara de Diputados, año IX, núm. 72, mayo—junio de 2000, p. 10.

El principal método de especificación resulta una convención particular, en el caso, sobre los derechos de las personas mayores⁽²⁶⁾, herramienta esencial para reafirmar el principio de no discriminación por motivos de edad⁽²⁷⁾.

Es que si bien los derechos de los ancianos resultan aprehendidos desde la universalidad de los instrumentos internacionales, hay dos cuestiones básicas a nuestro entender, que no son allí tratadas: la adecuación del ejercicio de la capacidad jurídica del adulto mayor, especificando en su favor sistemas de apoyo y salvaguardas ajustadas a su particular condición; y el ejercicio de su autonomía personal en el vasto campo de los derechos personalísimos. Temas ante los cuales la edad opera como una “categoría sospechosa” que impide realizar el concepto integral de igualdad —formal y material—.

Luego, a nivel local, los Estados debieran receptar en la legislación interna los estándares internacionales; no obstante, en virtud de la operatividad de los documentos ratificados por los Estados (art. 27, Convención de Viena sobre derecho de los tratados), sus normas ingresarían al derecho interno.

Ahora bien, a pesar de la falta de este contexto normativo, corresponde exigir en favor de los adultos mayores el reconocimiento de los derechos humanos propios a la condición de persona; en especial, la dignidad, traducida en la exigencia de eliminación de todas las formas de discriminación por la sola razón de edad —vgr. la presunción de discapacidad, de falta de autonomía, la sustitución en la toma de decisiones—; temas todos que aquí desarrollaremos.

En nuestro país, el primer antecedente que explícitamente consideró a los ancianos como categoría “vulnerable” lo aportó la Constitución de

(26) La Conferencia de La Haya sobre la Protección de los adultos mayores (13/1/2000) no fue ratificado por la mayor parte de los países. En la Declaración de Brasilia —2da Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe, 2007— se instó a los gobiernos a impulsar la elaboración de una convención en este sentido.

(27) Abramovich, Víctor (Dr.) —Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR—, Presentación en 2da Sesión Grupo de Trabajo Abierto de UN para la Protección de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, New York, 01/08/2011.

1949⁽²⁸⁾. La protección especificada constitucional —derogada— renacería a través de la cláusula de “medidas de acción positiva” (art. 75, inc. 23 CN⁽²⁹⁾), previsión particularizada necesaria ante el problema de eficacia de los derechos fundamentales que enfrentan, en nuestro caso, las personas de edad⁽³⁰⁾.

En esta línea encuadran también las “100 reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad”⁽³¹⁾, que contemplan a la edad⁽³²⁾ como un factor de vulnerabilidad.

En el caso de los ancianos, la debilidad jurídica se traduce en acciones/ omisiones que constituyen, a nuestro entender, claros supuestos de violencia —visible e invisible—, individual y colectiva. El propio sistema normativo ha descuidado la protección de la vulnerabilidad-ancianidad en el espacio de la violencia⁽³³⁾, pues a pesar de visualizarse en el caso cla-

(28) Capítulo III: “Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura”, que declaró como “derechos especiales de la ancianidad”, el derecho a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física y moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad, al respeto.

(29) “(...) Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

(30) BLÁZQUEZ MARTÍN, DIEGO (ed.), *Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 29.

(31) XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

(32) Regla 4ta.: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.” Regla 6ta.: “El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia”. Regla 11ma.: “Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima... que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización...Destacan...entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta”.

(33) La violencia que referimos excede los límites de lo doméstico/familiar, abarcando un modo de relación individual-estatal-social hacia el anciano, que traduce un trato de violencia invisible.

ras relaciones asimétricas, la legislación⁽³⁴⁾ y las políticas públicas se han centrado prioritariamente en la tutela de a mujeres, niños, personas con discapacidad⁽³⁵⁾. La elevada incidencia de la violencia contra las personas de edad⁽³⁶⁾ y sus particularidades, plantea la necesidad de un tratamiento jurídico independizado y exige acciones preventivas y reparadoras desde el Estado⁽³⁷⁾.

3 | Ancianidad y capacidad civil. Regulación actual y proyectada

Desde la conceptualización jurídica los ancianos se ubican en la categoría de capacidad civil adquirida con la mayoría de edad⁽³⁸⁾; sin embargo, es-

(34) Es de señalar que la ley 24.417 excluye al anciano de su consideración de sujeto de derecho y persona capaz, pues lo deshabilita a postular por sí denuncias en forma directa: art. 2: "Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o por el ministerio público."

(35) MUÑOZ TORTOSA, JUAN, *Personas mayores y malos tratos*, Madrid, Pirámide, 2004, p. 171.

(36) Se define este maltrato como "la acción única o repetida o falta de la respuesta apropiada, que causa daño o angustia a la persona mayor y ocurre dentro de cualquier relación donde exista una expectativa de confianza", OMS, "II Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento", Madrid, 2002.

(37) Podemos referir el **maltrato físico** —acciones u omisiones, sobre/submedicación, abandono alimentario, contenciones físicas—; el **maltrato emocional** —agresión verbal, amenazas, violación a la privacidad, humillación—; el **maltrato espiritual** —negativa a la toma de decisiones sobre la propia vida—; el **maltrato económico** —uso no autorizado de recursos económicos, intimidación o engaño en la disposición de bienes, la expulsión del hogar y ocupación por familia o terceros—; el **maltrato estructural o cultural**; los **maltratos por abandono** (LATHROP FABIOLA, "Protección jurídica de los adultos mayores en Chile", en RDF, n°49, p. 261); el **maltrato ante la seguridad social** —negativa y burocracia ante pensiones y beneficios sociales—; las **internaciones forzadas** —abuso de los procesos de "protección de personas" para este fin, privando de libertad (T. Oral Crim. n° 14, CABA, 03/12/09; CN Crim. Corr., sala 7, 12/04/2005) y privación de elección de la residencia familiar—; el **maltrato institucional** en residencias gerontológicas (RUBIO, RAMONA, "Concepto, tipos, incidencia y factores de riesgo del maltrato institucional de personas mayores", en Iborra Marmolejo, Isabel, *Violencia contra las personas mayores*, Barcelona, Ariel, 2005, p. 123.) —las residencias de internación muchas veces no recaban el consentimiento del anciano para su ingreso; otras carecen de infraestructura mínima, personal capacitado y controles estatales—. También configuran violencia institucional las legislaciones, acciones/omisiones de los poderes públicos que violan derechos. En tal sentido, resaltamos las actuaciones judiciales promovidas por familiares que estigmatizan a los ancianos mediante promoción de procesos de incapacidad por edad, originados frecuentemente por la exigencia de organismos públicos o privados.

(38) La capacidad civil es principio general (arts. 52, 140, 141 y ss. CC; arts. 3, 5 de la ley 26.657).

tas personas presentan ciertas particularidades que implican su desajuste al principio de plena capacidad y goce autónomo de derechos fundamentales⁽³⁹⁾.

Así como en materia de infancia las normas constitucionales de la Convención de Derechos del Niño —y la Ley de Protección Integral 26.061— exigen el respeto a la autonomía y no discriminación por edad, ello no ocurre frente a las personas de edad avanzada, quienes no obstante haber sobrepasado la valla de la adquisición de plena capacidad, tiempo más adelante —por el sólo hecho cronológico de haber envejecido— son identificadas con la minusvalía.

La calificación jurídica a que se recurre frecuentemente en la praxis para “proteger” a estas personas —visión paternalista— resulta la incapacidad civil⁽⁴⁰⁾. Consideramos que el empleo de este recurso como respuesta unitaria y masificadora deviene en una discriminación negativa de cada sujeto individual que no permite la diferenciación entre los distintos estadios del envejecimiento, la particularidad de cada persona y los diferentes procesos evolutivos⁽⁴¹⁾. Otras veces, por el contrario, la preservación de la plena

(39) El desajuste se aprecia desde una triple visión: la mirada social descalifica al anciano identificándolo con la minusvalía; en lo normativo, la ausencia de regulación específica impide una protección eficaz; desde lo axiológico, la vejez es apreciada en términos disvaliosos. DABOVE, M. ISOLINA, “Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad”, en JA 2000-4, p. 1024.

(40) Ver nuestra posición respecto a la incapacidad civil y su consecuente mecanismo sustitutivo en FERNÁNDEZ SILVIA, “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela”, en RDF, n° 52, p. 211.

(41) Existe un primer proceso involutivo luego de la madurez, que consiste en modificaciones anatómo funcionales determinantes de una vejez “no patológica”, llamado **senectud**. Esta situación se distingue de la **senilidad**, estado deficitario que constituye condición patológica. (Tribunal Superior de España, sala civil, 27/10/95). Entre estos dos extremos los estadios intermedios son variados. Se califica como **senescencia** a la declinación de transición con algunos rasgos patológicos —sin constituir aún la condición irreversible de senilidad—, caracterizada por pérdidas cualitativas y cuantitativas de las facultades que impide el autogobierno. Ver TOBIAS, JOSÉ W., “Debilitamientos decisionales. Vejez e inhabilitación (art. 152 bis)”, en RDFyP, La Ley, año 2 n° 1, 2010, p. 216; MÉNDEZ COSTA, M. JOSEFA, “Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada”, en RDF, n° 31, 2005, p.103 —pero aún el parámetro clínico es relativo y subjetivo—; S/A “Vejez, senescencia, senilidad y demencia”, en <http://www.fundacer.com.ar/vejez%20senecencia.htm>. 103; pero aún el parámetro clínico es relativo y subjetivo. “Vejez, senescencia, senilidad y demencia”, www.fundacer.com.ar/vejez%20senecencia.htm 01/09/2010.

capacidad puede dejar a una persona en indefensión, expuesta a múltiples riesgos o imposibilitarle ejercitar derechos.

Sostenemos que la respuesta jurídica frente a la situación de **debilidad aptitudinal** del anciano no se construye desde su identificación con la incapacidad civil⁽⁴²⁾. La llegada a un estadio etéreo como consecuencia del cual la persona requiere contención familiar y atención médica, no significa la inevitable ubicación de sus derechos dentro un proceso tutelar y su sustitución por terceros⁽⁴³⁾. Es necesario hallar formas de asistencia diferenciadas⁽⁴⁴⁾ así como considerar la existencia de otros institutos vigentes aplicables para la protección frente a los actos que puedan ejercer o de los que puedan resultar víctimas los ancianos⁽⁴⁵⁾. La incapacitación quedaría reservada para supuestos de senilidad que impida el autogobierno, evaluado desde la proyección social y no sólo desde la perspectiva biológica de la enfermedad⁽⁴⁶⁾.

Pensamos que el régimen jurídico actual resulta insuficiente⁽⁴⁷⁾ en la previsión de ajuste a cada persona mayor, partiendo del respeto al principio de capacidad y a los fines de garantizar la tutela de sus derechos. El aporte de la práctica diaria nos convence de esta afirmación. La multiplicidad de derechos, deberes, relaciones y situaciones que entrelazan el movimiento o el actuar cotidiano de estas personas, atravesado por el condicionante

(42) La edad avanzada por sí sola no supone inferioridad jurídica, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 28/09/1979.

(43) Las dolencias y afecciones propias de la edad avanzada no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil; de ser así la ley habría contemplado límites de edad máxima para la capacidad. Cámara Civil y Comercial, Paraná, sala 2, en Zeus, 12-J-116, n° 1892.

(44) Vgr. "Savaguarde de justice" (Francia, art. 491 code), "conseiller" (Quebec), y "Betreuung" (Alemania): se trata de formas de asistencia que no afectan la capacidad de obrar del asistido y deben contar con su voluntad.

(45) Vgr. estafa, anulabilidad por lesión y/o por vicios del consentimiento. Ver Cámara Comercial, Junín, fallo citado por Cámara Nacional en lo Civil, sala E, 01/07/2010.

(46) Para determinar los efectos en el campo de la capacidad deben considerarse circunstancias distintas a las exclusivamente biológicas. Las limitaciones en la deambulación, en la visión y audición propias de una edad avanzada no hacen procedente por sí la inhabilitación, Cámara Civil y Comercial, Junín, 22/09/2009, en RDFyP, n° 1, La Ley, p. 213; Cámara Nacional en lo Civil, sala J, 16/10/2007.

(47) Y no obstante la previsión oxigenadora del art. 152 ter CC, ley 26.657.

inconmovible de su dignidad inherente, nos proyecta a concluir que siendo el adulto mayor un sujeto de derecho, como tal deberá participar en el armado de cualquier estrategia de acompañamiento a la actuación y goce de sus facultades.

La razón de la defensa de la capacidad no es sólo jurídica sino filosófica; la capacidad de obrar es un derecho fundamental, configurador de la personalidad, cuyo respeto entronca con la dignidad. La pregunta es entonces, ¿cuál es la mejor forma de lograr la protección de ese interés de orden público, en el ámbito de la capacidad de obrar de la persona?⁽⁴⁸⁾

A los fines propuestos entendemos un recurso válido las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ley 26.378: estructurada a partir del reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad, descarta el modelo puramente médico y adopta el modelo social de la discapacidad⁽⁴⁹⁾. La Convención no apunta a la “protección de la persona”, sino a promover, proteger y asegurar el goce de sus derechos en condiciones de igualdad⁽⁵⁰⁾. Determina estándares y herramientas genéricas dirigidos a garantizar el ejercicio de las propias aptitudes, el respeto de la calidad de ciudadanos y personas, asumiendo la dignidad del riesgo.

El derecho proyectado para la República Argentina a través del Anteproyecto de Código Civil y Comercial ha tomado para sí en buena medida —si bien con algunas deudas pendientes, en nuestra opinión—, los principios emanados de la Convención. Ello, al eliminar la hegemonía de la incapacitación como herramienta de tutela de las personas con discapacidad

(48) BRANDI TAIANA, MARITEL, *Apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en el derecho español y argentino*, Buenos Aires, Ed. Astrea.

(49) Para su estudio recomendamos PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI, 2008 p. 104.

(50) El art. 12 de la ley 26.378 reza: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (...)”.

y la consecuente respuesta sustitutiva-tutelar dada por la representación —curatela⁽⁵¹⁾—.

En efecto, luego de reiterar la capacidad como regla, el Proyecto prevé la injerencia legal de “privación o limitación de la capacidad civil” (arts. 22, 31 incs. a y b) mediante sentencia judicial (art. 23). El art. 32 incorpora una norma diferenciadora de las instituciones **incapacidad civil y restricción de la capacidad civil**⁽⁵²⁾, distinciones que también se reflejan en el mecanismo legal establecido para la asistencia de la persona. En punto al régimen, dice el art. 32: “Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad de una persona mayor de trece (13) años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de trece (13) años de edad se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes, el juez puede declarar la incapacidad”.

En relación a la asistencia de la persona, “(...) en ambos casos, según corresponda, el juez debe designar un curador o los apoyos que resulten necesarios y fijar sus funciones. Los designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.” Por su parte, completa el art. 38, “La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la incapacidad y designar representantes o apoyos. Si el juez considera que la persona está en situación de conservar su capacidad con limitaciones o restricciones, declara los límites o restricciones a la capacidad y señala los actos y funciones que no puede

(51) Ver al respecto “Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2. inciso b) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.” CEDDIS/Res. 1. Mayo de 2011 que aborda la discrepancia conceptual entre la Convención interamericana y la Convención de ONU, pues conforme al art. 1. 2. inc. b de la primera la interdicción “no constituye discriminación”. El Comité exige la modificación de la Convención Interamericana; afirma que la interdicción sí constituye discriminación y que debe eliminarse el régimen de curatela.

(52) Si bien desde el lenguaje convencional resultaría preferente la denominación limitación al ejercicio de la capacidad civil y no restricción de la capacidad, en los términos del art. 12 CDPD.

realizar por sí mismo. A fin de que la persona tome su decisión le designará los apoyos necesarios (...)"

Dedica una sección especial a los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad (conf. art. 12 CDPD)⁽⁵³⁾: "Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas" (art. 43).

El régimen de apoyos⁽⁵⁴⁾ se complementa con la implementación de salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, que procuran que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, voluntad y preferencia de la persona, y buscan eliminar conflictos de intereses e influencias; estas salvaguardias deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, temporales y revisables (art. 12.4 CDPD).

Procurando una tentativa aplicación de esta normativa al caso de las personas ancianas, pensamos que, en primer lugar, el parámetro a considerar en punto al ejercicio de su capacidad civil guardará relación con la **capacidad funcional real** (OMS), independientemente de la edad y ajena a una

(53) Las medidas de apoyo se expanden a todas las áreas de desenvolvimiento de la persona. El apoyo es la herramienta; el fin es "la libertad de tomar las propias decisiones", que excede el ámbito netamente jurídico. Hablar de apoyos implica reconocer la capacidad jurídica, la autonomía, contar con medios alternativos de comunicación, permitir la toma de decisiones asistidas respecto a cuestiones personales, etc. Ver FERNÁNDEZ, SILVIA op. cit.

(54) Coincidimos con Bariffi en que hablar de apoyos supone la implementación de un sistema complejo que no solo requiere reformas legales, sino también una acción garantista del Estado. El cambio no consiste en reemplazar el nombre de curatela por "persona de apoyo" en la ley.

subsunción automática “médico-jurídica”, efectuando las calificaciones en cada caso concreto. La declaración de incapacidad guardaría relación exclusivamente con los casos de falta de autogobierno, pero no puede fundarse exclusivamente en características propias de la edad y progresivo envejecimiento⁽⁵⁵⁾.

Cabe reflexionar acerca de cuántos adultos mayores hoy día transitan por debilitamientos decisionales y, sin embargo, llegan al final de sus días sin declaración de su incapacidad. ¿Cuál es la diferencia por la que en la época actual se da un incremento exponencial de procesos de incapacitación de adultos mayores en comparación con épocas anteriores? Estos datos están íntimamente ligados a necesidades sociales insatisfechas que complejizan la situación de vulnerabilidad propia de la ancianidad (necesidad de obtener lugares para alojamiento o una internación mediante orden judicial, necesidad de obtener beneficios de pensión, reclamo de medicamentos o prestaciones a las obras sociales o al Estado)⁽⁵⁶⁾.

No obstante, advertimos que el exceso en la protección puede resultar tan peligroso como la laxitud, dejando a la persona desprotegida frente a sus actos y terceros⁽⁵⁷⁾. Por ello la ley y las decisiones deberán graduar el apoyo para, dentro de la voluntad de la persona, garantizar su ejercicio pleno mediante un mecanismo que auxilie, sostenga la autonomía, reconozca la capacidad y proponga salvaguardas en los casos necesarios.

4 | Ancianidad, autonomía personal y ejercicio de derechos personalísimos

El problema más importante que plantea el envejecimiento mundial no es por sí el factor demográfico ni sus consecuencias sociales, sino el garanti-

(55) Tribunal de Familia, n° 1, Mar del Plata, 09/08/2011.

(56) Hemos expresado esta opinión en dictámenes contrarios a la interdicción, (vgr. Tribunal de Familia, n° 1, Mar del Plata, 09/08/2011), que proponen emplear figuras alternativas como la curatela a los bienes y mantener la capacidad en el resto de los derechos personales.

(57) Así, vgr. la tutela necesaria frente a deterioros cognitivos o debilitamientos decisionales no procederá inevitablemente mediante procesos de restricción de la capacidad sino a través de la implementación de salvaguardias —patrimoniales y personales, arg. art. 234 CPCCBs.As.—.

zar el ejercicio de los derechos humanos de las personas mayores⁽⁵⁸⁾. Este objetivo posiciona el punto de análisis en la **autonomía personal**⁽⁵⁹⁾ inherente a la libertad constitucional (art. 19 CN), que promueve la realización del proyecto de vida autorreferencial de las personas⁽⁶⁰⁾.

La defensa de la autonomía en esta construcción personal involucra asimismo la puesta de límites constantes al poder de terceros y Estado⁽⁶¹⁾, y realiza el fin último de la justicia constitucional: la dignidad de la persona⁽⁶²⁾.

En el escenario de la ancianidad, la autonomía personal se exhibe en la posibilidad de concreción autodefinida de numerosos derechos personalísimos, entre los que destacamos el derecho de las personas mayores a contraer matrimonio⁽⁶³⁾, a vivir en familia y definir el lugar de residencia⁽⁶⁴⁾, a elegir las relaciones personales que se desean mantener o no⁽⁶⁵⁾, a la toma de decisiones informadas y participadas⁽⁶⁶⁾ en el campo de la salud, a la disposición de los bienes *posmortem*⁽⁶⁷⁾ y el destino del cuerpo, a la

(58) GROVER, ANAND, "Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", AGONU, 04/07/2011.

(59) Se señala que el término ajustado a la idea de libertad constitucional es **autonomía personal** y no **autonomía de la voluntad**. LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO. "Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias". *RDF* 51-1.

(60) Ver CSJN *in re* "Bahamondez", 06/04/1993; CSJN *in re* "Albarracín", 01/06/2012.

(61) EKMEKDJIAN, MIGUEL, *Tratado de derecho constitucional. El poder y la libertad. Sus relaciones*, Buenos Aires, Depalma, t. 1, 1994, p. 5 y ss.

(62) BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿para qué, hasta dónde, con qué alcance?" en *RDF* 1999-15-9.

(63) Sin injerencias de terceros, vgr., familiares, ni presunción de incapacidad.

(64) Ver Tribunal de Familia, n°1, Mar del Plata, 11/05/2011 y 26/08/2011, ídem, 19/09/2008.

(65) Respeto a las decisiones de vinculación con sus familiares, Cámara Nacional en lo Civil, sala J, 28/06/2011.

(66) La concepción actual avanza más allá de un **consentimiento informado**, mediante la necesaria **activa participación** del paciente en el proceso de atención. AIZENBERG, MARISA "Los Derechos del paciente: Análisis de la Ley N° 26.529". Revista de *CEDIQUIFA*. www.cedi.org.ar.

(67) La vejez no es automática causal limitativa de la "perfecta razón" (arts. 3615 y 3616 CC), tal como sostiene la Cámara Nacional en lo Civil, sala F, 16/5/2007 y la Cámara Nacional en lo Civil, sala D, 15/02/1983. No obstante, la vulnerabilidad a que se ven expuestos los ancianos

redacción de estipulaciones previsoras de la futura incapacidad —entre ellas, la autodesignación de persona de confianza para el ejercicio de la función asistencial en dicha instancia—.

Nos centraremos en el ejercicio de la autonomía en el ámbito sanitario y la auto-previsión de mecanismos de autotutela/autoprotección para la futura inhabilidad funcional derivada del desarrollo etiológico de la ancianidad.

4.1 | Autonomía en el campo de la salud y ancianidad

El ámbito sanitario presenta la paradoja de constituirse como el escenario de tutela de derechos centrales a la persona —vida, salud, integridad— pero, a la vez, la realización de estos objetivos inherentes al quehacer médico arrastra frecuentemente la vulneración de otros derechos personalísimos, como el derecho a la autodeterminación⁽⁶⁸⁾, a la información, al consentimiento informado en las instancias de la vida y de la misma muerte.

Estas violaciones importan supuestos no siempre advertidos de **maltrato sanitario**, término bajo el cual comprendemos los **múltiples desconocimientos** a la autonomía en este espacio; en especial, la no exigencia del consentimiento informado a que están expuestos los ancianos —reemplazados por sus familiares ante el equipo médico—: el anciano no es **sujeto de diálogo sanitario**⁽⁶⁹⁾.

Centrando nuestro objetivo en la materialización y respeto de la toma de decisiones autónomas o, mayormente, de **autonomía asistida** —y no sustituida—, enlaza la garantía del consentimiento informado, eje fundamental del respeto por la autonomía de la persona y su dignidad. Las personas

..... exige valorar prudentemente los actos realizados, conforme la Cámara Nacional de lo Civil, sala A, 04/08/2011.

(68) En nuestro país, el respeto a las opciones autorreferenciales es amparado por la ley 26.529, que califica como **derecho esencial** del paciente la **autodeterminación** (art. 2), comprensiva de la aceptación o rechazo de tratamientos con o sin expresión de causa, determinación de cuidados médicos, del destino del cuerpo/ órganos y la expresión de voluntad anticipada.

(69) En otras ocasiones la voluntad se sustituye mediante el recurso a procesos de incapacidad o la promoción inconsulta de autorizaciones judiciales de sustitución.

mayores están mucho más expuestas a recibir tratamiento y atención sin su consentimiento⁽⁷⁰⁾; se abusa de ellas por la ignorancia y el desamparo que se piensa que padecen y por su fragilidad física o mental. El enfoque de salud no sólo debe apuntar a la accesibilidad de sistemas de salud, sino también a garantizar los principios de igualdad, la no discriminación y el empoderamiento de los pacientes mayores, postulando su participación en los procesos de toma de decisiones⁽⁷¹⁾.

El art. 5 de la ley 26.529 —conf. ley 26.742— define el consentimiento informado como la “(...) declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada”. El parámetro de valuación lo aporta el art. 6 al disponer que “(...) En el supuesto de incapacidad del paciente, o **imposibilidad de brindar el consentimiento informado** a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con los requisitos y orden de prelación allí establecido (...) deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”⁽⁷²⁾.

Las evaluaciones en este aspecto no apuntan a criterios jurídicos sino empíricos, bioéticos, siendo aplicable la noción de **competencia de la persona concreta**, que desplaza presunciones prejuiciosas de incapacidad y pone en jaque la responsabilidad del hacer médico⁽⁷³⁾.

(70) La información sobre las cuestiones relacionadas con la salud ha de ser disponible sobre bases no discriminatorias, accesible de acuerdo con las necesidades de comunicación particulares de la persona (incluidas las circunstancias especiales físicas o culturales) que ha de otorgar el consentimiento. Informe del Relator Especial a la AGONU A/64/272, párr. 9 y 23.

(71) Estudio temático del Relator Especial de UN cit.

(72) Subrayados propios

(73) Por su parte el art. 59 del Anteproyecto define el consentimiento informado como “la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de

Entendemos que estas previsiones permiten perfectamente aprehender la situación de las personas ancianas.

La Observación general n° 14 del comité de DESC⁽⁷⁴⁾ ha descripto las obligaciones jurídicas de los Estados en la materia; las centrales son: respetar el derecho a la salud, protegerlo y garantizar su ejercicio. La primera es frecuentemente violada frente a los ancianos, quienes padecen restricciones a su autonomía en virtud de unas definiciones de capacidad carentes de especificaciones individuales. Según la Observación, el derecho a la salud entraña libertades y derechos; las libertades apuntan al derecho a tomar decisiones independientes sobre la propia salud; los segundos refieren a las obligaciones positivas del Estado —atención primaria y protección social—.

Desde otra perspectiva, el derecho a la salud resulta vulnerable no sólo en la atención primaria de salud, sino también respecto de los cuidados paliativos y toma de decisiones sobre el proceso de muerte⁽⁷⁵⁾. En este sentido, nuestro país recientemente sancionó la ley 26.742, que “libera al médico de su obligación de curar a cualquier precio y reivindica como su misión actual curar, acompañar, paliar y confortar”⁽⁷⁶⁾. El derecho a morir

.....
hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

(74) “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (E/C.12/2000/4, 11/8/2000)

(75) Ver en este sentido reciente modificación de la ley 26.529 por la ley 26.742, sanc 09/05/2012.

(76) Taiana de Barandi Nelly y Brandi Taiana Maritel, “La modificación de la ley 26.529, *Suplemento Especial Identidad de Género y Muerte Digna*, Dir. Graciela Medina, LL, p. 137. Esta norma postula, frente a una enfermedad irreversible, incurable, el derecho al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, reanimación artificial o retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados con relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento excesivo, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo del estadio irreversible. Involucra también el derecho a recibir cuidados paliativos en el proceso de atención de su padecimiento.

con dignidad es exigible también en favor de las personas mayores⁽⁷⁷⁾, quienes cuentan con menores posibilidades de recibir cuidados paliativos, lo que involucra una discriminación por edad⁽⁷⁸⁾.

Creemos que la situación de las personas ancianas patentiza la necesidad de reafirmar el principio fundamental de igualdad y no discriminación por motivos de edad y exige la adopción de “medidas de acción afirmativa”, que involucren un trato digno respecto de las personas de edad y aporten ajustes razonables, adaptando las normas generales a sus necesidades particulares.

4.2 | Estipulaciones previsoras de la futura incapacidad

Se incluyen bajo el concepto diversas manifestaciones de voluntad efectuadas por la persona en ejercicio de su capacidad, dirigidas a prever su situación de futura imposibilidad de autoejercicio de sus derechos, tanto en la faz personal como en la patrimonial⁽⁷⁹⁾. Estas estipulaciones se encuentran subordinadas a la sola condición del discernimiento al momento de su otorgamiento (art. 921 CC.)⁽⁸⁰⁾, por lo que consideramos corresponde admitir su dictado aún en los inicios de la ancianidad, si se conserva dicha aptitud⁽⁸¹⁾.

Entre ellas podemos mencionar: a) la auto designación de curador, b) los mandatos no revocables por incapacidad del mandante, c) las instrucciones

(77) Incluye las decisiones sobre el acceso a alivio del dolor y otras intervenciones necesarias, el lugar de la muerte y la posibilidad de rechazar un tratamiento destinado a prolongar la vida cuando no lo desee el paciente, aún anciano, permitiéndole morir con dignidad.

(78) (E/C.12/2000/4, párr. 25)

(79) PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, “La autotutela: desjudicialización de la tutela?” LL, año XXVIII n° 6665, 6/3/2007, pp. 1/6. El instituto se limita a cubrir la situación intermedia de desprotección en que puede hallarse un individuo que ve progresivamente mermado su autogobierno, sin incidir en su capacidad civil ni alterar su ejercicio. Berrocal Lanzarot, Ana, “El ‘apoderamiento o mandato preventivo’ como medida de protección de las personas mayores”. Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, n° 78, 17/01/2008, <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>

(80) La noción no se relaciona con el criterio de capacidad sino de competencia.

(81) Ver PÉREZ GALLARDO, LEONARDO, “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el derecho cubano? RDF 2009-III, p. 193.

sobre tratamientos médicos y prolongación artificial de la vida. El art. 11 de la ley 26.529, modificado por ley 26.742, dispone que: "Toda persona capaz⁽⁸²⁾ mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia⁽⁸³⁾, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó".

Las directivas deben permitir la designación de mandatario⁽⁸⁴⁾ para caso de imposibilidad de expresarse por sí, manteniendo validez dicho apoderamiento aun ante la incapacidad sobreviniente⁽⁸⁵⁾.

El art. 60 del Anteproyecto prevé: "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 por quien la manifestó".

Enmarca también aquí la expresión de la preferencia en la designación del apoyo o asistente⁽⁸⁶⁾. Hemos visto que la norma proyectada para el dere-

(82) El término *capaz* involucra una calificación eminentemente jurídica que quizás no resulte del todo apropiada considerando la temática regida prioritariamente por la noción de competencia.

(83) Entendemos que resulta cuestionable la judicialización de estas cuestiones, introduciendo una discriminación en relación a quienes sí puedan recurrir a un notario para su realización.

(84) Figura útil ante futuros adelantos médicos, habilitando al mandatario para interpretar lo que la persona "hubiese querido disponer", evitando la caducidad de las directivas.

(85) BERROCAL LANZAROT, op. cit.

(86) La Ley de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad de España establece que "cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor" (art. 223).

cho argentino exige la participación de la persona y la escucha de sus preferencias en la designación del sujeto que ejerza esta función de apoyo.

Pensamos que estas previsiones resultan sumamente valiosas para el supuesto de ancianidad, considerando el progreso de las patologías —vgr. enfermedades neurodegenerativas— 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.

5 | Palabras finales

Deseamos cerrar estas tentativas reflexiones a través de una relación signada por la inevitable condición natural-etérea de las personas.

Infancia y ancianidad constituyen los dos extremos de la línea de la vida; en relación a la primera se cuestiona el status de incapacidad como criterio uniforme basado exclusivamente en la condición de edad⁽⁸⁷⁾; sin embargo, el sesgo tutelar allí en retirada se “cuela” nuevamente como respuesta frente a la ancianidad, defendiendo la incapacitación como mecanismo de protección⁽⁸⁸⁾.

La autonomía progresiva de niños y adolescentes se hace plena, por reconocimiento legal, con el arribo a la mayoría de edad; más adelante dicha plenitud se debilita y desdibuja, parangonando una **autonomía “regresiva” —o en regreso—**⁽⁸⁹⁾, pero que no debe desconocer la calidad de sujeto de derecho de su titular y su aptitud para el ejercicio de derechos

(87) Arts. 5, 18 y concs. CDN; 3, 19, 24, 27 ley 26.061, que postulan el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes, determinada conforme la evolución de su edad, desarrollo y madurez, en las distintas instancias de la infancia. Posición tomada por el Anteproyecto.

(88) Diríamos que se replica en este ámbito —diferencias mediante— la discusión tiempo atrás desplegada en relación al universo de infancia, que permitió la erradicación normativa de una doctrina tutelarista y su superación por la opuesta de reconocimiento de derechos.

(89) “Regresivo”: volver hacia atrás; del verbo “regresar”: volver al lugar de donde se partió. Interpretación que postuláramos, Fernández, Silvia, Krebs Guillermina, ponencia II Congreso internacional de Derecho de Familia, Córdoba, 2010; reiterada en “La mayoría de edad en el final de la vida. Adultos mayores. ¿Autonomía regresiva? Necesidad de graduación de la capacidad civil.” RDF 51 p. 149. Gráficamente decía el novelista Joseph Heller “He llegado por fin a lo que quería ser de mayor: un niño”.

fundamentales, acorde su grado de discernimiento, comprensión y decisión⁽⁹⁰⁾.

Consideramos necesaria la creación de un estatuto orgánico para la protección jurídica integral de las personas de edad en sus relaciones públicas y privadas, que recepte los estándares del derecho internacional de ancianidad.

El abordaje jurídico no debe partir de la identificación con la incapacidad, sino de un modelo de promoción de derechos fundamentales, dentro del cual la injerencia estatal sea implementada mediante medidas de acción positiva⁽⁹¹⁾ ajenas a la subsunción automática de la persona en la incapacidad.

Por su parte, el respeto de la dignidad, exige validar la autodeterminación del paciente adulto mayor, la obtención de su consentimiento informado para cualquier práctica médica y la previsión de salvaguardas adecuadas para quienes no puedan prestarlo ante debilitamientos propios de la ancianidad (arg. art. 12, CDPD). La autonomía personal exige igualmente respetar los mecanismos de autoprotección en relación a tratamientos de salud y autotutela.

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 la persona, proponiendo criterios de diferenciación positiva en el ámbito legal y político. Estos mecanismos posibilitan la flexibilidad de las respuestas jurídicas, acorde el imperativo de ajustes y graduaciones de los mecanismos de asistencia que un Estado democrático debe diseñar en tutela de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Se ha dicho que “la persona (...) es la ‘singularidad original’ en el derecho, un punto de partida sin dimensiones del que se expande el universo jurídico”⁽⁹²⁾. Pensamos que las normas proyectadas posibilitan una vía de apertura a la construcción de esta singularidad en favor de las personas ancianas; objetivo que sólo no será estéril si los operadores, artesanos en

(90) La *vuelta* del adulto mayor a una limitada aptitud jurídica sería progresiva en el regreso, conforme los grados de avance de las disfunciones provocadas por los estadios fisiológicos.

(91) Vgr. en materia de asistencia residencial, económica, previsional, social, créditos para reacondicionamiento de la vivienda acorde las limitaciones emergentes, asistencia en salud.

(92) RAMOS CHAPARRO, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 163.

la aplicación de la estática norma, encuentran caminos —más o menos certeros— que conduzcan en un tránsito direccionado por la dignidad y la defensa de la libertad humanas.

Bibliografía

- AIZENBERG, MARISA, “Los Derechos del paciente. Análisis de la Ley N° 26.529”, en *Revista de CEDIQUIFA*. Ver texto en: www.cedi.org.ar
- BERROCAL LANZAROT, ANA I., “El ‘apoderamiento o mandato preventivo’ como medida de protección de las personas mayores”, en *Informes Portal Mayores*, n° 78, Madrid, Portal Mayores, 2008. Ver texto en: <http://www.imersomayores.csic.es/documentos/documentos/berrocal-apoderamiento-01.pdf>
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿para qué, hasta dónde, con qué alcance?”, en *RDF* 1999-15-9.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, DIEGO (ed.), *Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2006.
- BOBBIO, NORBERTO, “Derechos del hombre y filosofía de la historia”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, n°5, 1988-1989.
- BRANDI TAIANA, MARITEL, *Apuntes sobre los conceptos de capacidad e incapacidad en el derecho español y argentino*, Bs. As., Astrea.
- CELADE - DIVISIÓN POBLACIÓN DE LA CEPAL, *El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe* (LC/L.2987/REV1), Santiago de Chile, 2009.
- CIURO CALDANI, MIGUEL, “Comparación iusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad”, en *Revista Investigación y Docencia*, n°25, 1994.
- DABOVE, MARÍA I., “Informe referido al derecho de la ancianidad en el bicentenario argentino (1810-2010)”, en *Revista Investigación y Docencia*.
- DABOVE, MARÍA I., “Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad”, en *JA* 2000-4, p. 1024.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL, *Tratado de derecho constitucional. El poder y la libertad. Sus relaciones*, Buenos Aires, Depalma, t. I, 1994.
- ESPINOSA TORRES, P, “Grupos vulnerables y cambio social”, en *Quórum*, México, Instituto de Investigaciones Legislativas Cámara de Diputados, año IX, núm. 72, mayo-junio, 2000.
- FERNÁNDEZ, SILVIA, “Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela”, en *RDF*, n°52.
- FERNÁNDEZ, SILVIA y Krebs, Guillermina, “La mayoría de edad en el final de la vida. Adultos mayores. ¿Autonomía regresiva? Necesidad de graduación de la capacidad civil”, en *RDF* n°51, p. 149.
- GONEM MACHELLO, G., “Aportes para el pleno reconocimiento constitucional de los derechos de los ancianos”, en *Revista Jurídica La Ley*, 20/06/2008.

GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en *Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 200, tomo III.

GROVER, ANAND, “Estudio temático sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores realizado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, AGONU, 04/07/2011.

HUENCHUAN, SANDRA y MORLACHETTI, ALEJANDRO, “Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores”, en *Revista Notas de Población*, n° 81, Santiago de Chile, CEPAL, 2006.

LATHROP FABIOLA, “Protección jurídica de los adultos mayores en Chile”, en *RDF*, n°49.

LINACERO DE LA FUENTE, M., “Protección jurídica de las personas mayores”, en *Actualidad Civil*, n° 19, 1-15/11/04, Bs. As., La Ley, 2004, t. 2.

MUÑOZ TORTOSA, JUAN, *Personas mayores y malos tratos*, Madrid, Pirámide, 2004.

LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, “Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias”, en *RDF* n° 51, p. 1.

MÉNDEZ COSTA, M. JOSEFA, “Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada”, en *RDF*, n° 31, 2005-103.

OMS, “*A life course perspective of maintaining independence in older age*”, Ginebra, 1999.

OMS, “II Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento”, Madrid, 2002.

ONU, OBSERVACIÓN GENERAL “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, E/C.12/2000/4, 11/08/2000.

PALACIOS, AGUSTINA, *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI, 2008.

PÉREZ CONTRERAS, M. MONTSERRAT, “Aproximación a un estudio sobre vulnerabilidad y violencia familiar”, en *Revista Jurídica Boleín Mexicano de Derecho Comparado*.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO, “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacidad: ¿luz verde en el derecho cubano?”, en *RDF* 2009-III.

PEREÑA VICENTE, MONTSERRAT, “La autotutela: desjudicialización de la tutela?”, en *Revista Jurídica La Ley*, año XXVIII n° 6665, 6/3/2007.

RAMOS CHAPARRO, ENRIQUE, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, Tecnos 1995.

RESTA, ELIGIO, *La infancia herida*, Buenos Aires, Ad hoc, 2008.

RUBIO, RAMONA, “Concepto, tipos, incidencia y factores de riesgo del maltrato institucional de personas mayores”, en Iborra Marmolejo, Isabel, *Violencia contra las personas mayores*, Barcelona, Ariel, 2005.

SAGRERA, MARTÍN, *El edadismo. Contra ‘jóvenes’ y ‘viejos’. La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992.

TAIANA DE BARANDI NELLY y BRANDI TAIANA MARITEL, “La modificación de la ley 26.529”, en Graciela Medina (dir), *Suplemento Especial Identidad de Género y Muerte Digna*, Bs. As., La Ley.

TOBIAS, JOSÉ W., “Debilitamientos decisionales. Vejez e inhabilitación (art. 152 bis)”, en *RDFyP*, La Ley, año 2 n° 1, 2010.