

CONSEJO DE REDACCIÓN

Luis Baliña, Ludovico Videla, Alberto Espezel, Rafael Sassot, Rebeca Obligado, Carlos Hoevel, Lucía Piossek Prebisch (Tucumán), Jorge Saltor (Tucumán), Julia Alessi de Nicolini (Tucumán), Cristina Corti Maderna, Lucio Florio (La Plata), Francisco Bastitta, M. France Begué, Jorge Scampini o.p., Isabel Pincemin, Andrés Di Ció, Adolfo Mazzinghi, Matías Barboza, Luisa Zorraquin de Marcos, Agustín Podestá, Ignacio Díaz.

COMITÉ DE REDACCIÓN

Dr. Luis Baliña, Prof. Carola Blaquier, † Mons. Eugenio Guasta, Mons. Dr. José Rovai (Córdoba), P. Dr. Miguel Barriola (Córdoba), Prof. Dr. Raúl Valdez, Carlos J. Guyot, Dr. Florian Pitschl (Brixen)

Director y editor responsable: Pbro. Dr. Andrés Di Ció

Vicedirector: Dr. Francisco Bastitta Harriet

Secretaria de redacción: Prof. Cristina Corti Maderna

COMMUNIO

Editorial	3
Thomas Söding La profecía de la vejez. Una promesa en el Nuevo Testamento.	6
Bernard Schumacher Recibir la ancianidad	17
André Vingt-Trois Un momento de verdad.	27
Ysabel de Andia Meditación sobre la pérdida de la autonomía y el abandono.	32
Ivica Raguž Una pequeña teología de la vejez	37
Luis Baliña Envejecer como acontecimiento de la misericordia	53
Matías de Martini El desafío de una mirada positiva sobre la vejez	58
María Isolina Dabove Derecho de la vejez. Principios y alcance	66
Grégori Solari La Presencia, la Palabra y el mal de Alzheimer	74
PERSPECTIVAS:	
Alberto Espezel Resurrección y teología actual	80

Derecho de la vejez

Principios y alcance

—

María Isolina Dabove*

El derecho de la vejez, denominado también derecho de la ancianidad, es una nueva especialidad transversal, destinada al estudio de la condición jurídica de las personas mayores, de 60 y más años de edad, en el derecho interno, regional e internacional. Se propone, también, el reconocimiento de las situaciones de aminoración, vulnerabilidad, discriminación, inestabilidad o abuso que puedan padecer estos sujetos por el hecho de ser “viejos”. Además, aborda el análisis de las herramientas jurídicas que permiten, legítimamente, la intervención y restitución de la autonomía, libertad, igualdad, participación o dignidad dañada en el caso.

El derecho de la vejez está ligado a un fenómeno demográfico y social inédito hasta ahora: el *envejecimiento global y multigeneracional*. Por dicha razón, esta especialidad no es otra cosa que un intento de respuesta integral, frente a la creciente demanda de fortalecimiento, inclusión y protección de las personas por el hecho de ser longevas y estar situadas en la última etapa de vida.

Algunos de los particularismos más significativos que caracterizan a este sector poblacional se derivan de las situaciones de empobrecimiento y exclusión del sistema económico que, con frecuencia, padecen los ancianos. Otros se asocian a la soledad, a la pérdida de autoestima y a la “gerontolescencia” o crisis de identidad. Importante es, asimismo, el aumento de los riesgos de sufrir deterioros físicos y cognitivos. También, los duelos crecientes por la pérdida de seres queridos o referentes, y la cercanía con la propia muerte. El abandono, el destrato, los abusos y hechos de violencia hacia ellos son tristemente habituales. En suma, todas estas peculiaridades están ligadas tanto al declinar biológico como a las costumbres “edadistas o viejistas”: práctica social habitual de generar circunstancias de discriminación en razón de la ancianidad.

Sea ello como fuere, lo cierto es que hoy la vejez nos coloca ante un nuevo desafío jurídico: comprender nuestras propias injusticias respecto de esta etapa de la vida a fin de resolverlas.

* Investigadora del CONICET-UBA. Abogada (UNR). Doctora en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid). Directora del Centro de investigaciones en Derecho de la Vejez de la UNR. Este artículo fue realizado en base al libro Dabove, María Isolina, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Buenos Aires, Astrea, 2018.

Por eso, conforme al modelo de Estado neoconstitucional en el cual se inserta esta nueva rama, el principio de igualdad y no discriminación articula y da sustento *normativo y valorativo* a la estructura y al desarrollo del derecho de la vejez. Los derechos humanos informan su contenido, abren líneas de interpretación y promueven novedosas figuras jurídicas en pos de un reconocimiento dinámico de las *particularidades fácticas* de este grupo vulnerable.

Este trabajo habla acerca de estas injusticias, recoge la voz de quienes intentan remediarlas y propone directrices para el cambio, que esperamos sean factibles de sustento en nuestro tiempo.

1. Envejecimiento global y multigeneracional: proyección jurídica

Según los estudios demográficos de la actualidad, la centuria pasada legó a la humanidad la posibilidad cierta de perdurar. A tal punto esto es cierto que hoy, en el siglo XXI, el envejecimiento es considerado tanto un fenómeno global como multigeneracional y está caracterizado por varios rasgos, algunos poblacionales, otros económicos, y también los hay de tipo cultural.

Desde el punto de vista poblacional se destacan, en particular, el aumento generalizado y sostenido de la expectativa de vida en todo el mundo; la feminización de la vejez, por la menor mortalidad de las mujeres de edad avanzada, y la ampliación cronológica de la vejez como último estadio de la vida, con una duración promedio de veinte años para cada persona.

Otros rasgos son la existencia simultánea y en expansión de dos generaciones envejecidas, no siempre vinculadas por lazos de parentesco; junto a la coexistencia de tres o cuatro generaciones de personas partícipes de una misma familia: bisabuelos, abuelos, padres e hijos. También se da la convivencia de dos generaciones sucesivas de personas envejecidas y vinculadas por lazos de familia: hijos de sesenta y tantos años con padres que han superado los ochenta; así como la coincidencia de *dos generaciones* alternas de familia: abuelos y nietos.

Sobre este rico escenario poblacional, la gerontología fue identificando formas variadas de vejez y de envejecimiento. Todo esto hizo posible, al mismo tiempo, una más nítida disociación entre la ancianidad normal y el envejecimiento frágil (ligado al padecimiento de algún tipo de discapacidad) o el patológico (o senilidad, vinculada sin más con la enfermedad).

Un ejemplo interesante de este panorama lo representa la República Argentina, en donde la esperanza de vida creció notablemente en las últimas cinco décadas. En efecto, durante 1960, el porcentaje de personas mayores era

de un 5,5 % respecto al total de habitantes. En 1991, el porcentaje ascendió a casi un 8,9 %; en el último censo realizado en 2010, la población adulta mayor alcanzó el 10,2 %. Para el 2020 se prevé que los hombres llegarán a alcanzar la edad promedio de 73 años, mientras que las mujeres promediarán los 80. La proyección para el año 2050 estima que la de los hombres rondará los 77 años y la de las mujeres podrá llegar a los 84 (INDEC, 2012; ONU, 2002). Por ello, y haciéndose cargo de este escenario, la ONU ha reconocido sin tapujos que “la notable transición demográfica que se está produciendo hará que para mediados de siglo los porcentajes de la población mundial correspondientes a viejos y jóvenes sean iguales. Según se prevé, el porcentaje de las personas de 60 y más años en todo el mundo se duplicará entre el año 2000 y 2050 y pasará del 10 % al 21 %”.

En el plano económico, el envejecimiento multigeneracional se desenvuelve simultáneamente como un proceso de progresiva dependencia. Al respecto, señala Bellina Yrigoyen que “una de las pérdidas que los ancianos deben afrontar se vincula con el cese de sus actividades laborales lucrativas. No solamente las personas hoy están obligadas a jubilarse, sino que un gran porcentaje percibe un beneficio previsional que no llega a cubrir sus requerimientos”¹. En este contexto, poco a poco las generaciones concurrentes tejen entre ellas una compleja red distributiva de recursos, que suele trasladar a la más joven el papel proveedor; bisabuelos y abuelos con magras jubilaciones y pensiones; hijos integrados al mercado de trabajo que subsidian a sus mayores; nietos jóvenes que se preparan para ello, cual carrera de postas.

La perspectiva cultural muestra, además, que el envejecimiento multigeneracional bien puede ser entendido como una variante del multiculturalismo, del pluralismo político y del plurijuridismo. Cada generación esgrime en su haber una forma de entender la vida, códigos de convivencia y prácticas discursivas que le son propios, experiencias políticas diversas, memorias colectivas diferenciables y valores específicos. Estas culturas interactúan entre sí, se “arrastran” de un grupo a otro, dialogan y compiten, sedimentan y estratifican en un universo heterogéneo de significaciones.

Desde el plano jurídico, esta longevidad global y multigeneracional ha habilitado el sostenimiento cultural del paradigma de la autonomía personal para esta etapa de la vida. Pero, además, permitió dos reconocimientos internacionales importantes: la capacidad como atributo ineludible de la persona y la adopción concomitante de los sistemas de apoyo y salvaguardas, remedios de las situaciones puntuales en las cuales sean necesarias restricciones judiciales.

¹ Bellina Yrigoyen, J., *La economía política de los fondos de pensiones*, Rosario, UCEL, 2004.

En suma, el envejecimiento multigeneracional es un fenómeno complejo. Nace con los cambios demográficos de la segunda mitad del siglo XX. Se alimenta del aumento de la esperanza de vida, que permite la convivencia simultánea de varias generaciones. También se consolida –como dice Bobbio– *con el devenir del tiempo de los derechos* y la creciente conciencia del pluralismo jurídico. Es, en suma, un fenómeno social multitemporal, plurieconómico y multicultural.

Ahora bien, a pesar del auspicioso escenario sociodemográfico actual, “ser viejo” todavía significa vivir sujeto a una triple situación de debilidad en el mundo jurídico. Así, la dinámica jurídica social torna vulnerable al viejo en tanto lo estereotipa y lo constriñe en su ámbito de actuación. El sistema normativo lo debilita por no ofrecerle completamente un marco de empoderamiento y protección jurídica adecuado a las características particulares de su vulnerabilidad. También lo debilitan los valores jurídicos imperantes, cada vez que no reconocen suficientemente a la vejez como un dato diferenciador relevante para el sistema jurídico, fuera del ámbito asistencialista de la seguridad social. En este marco, no resultará extraño que la persona mayor vea debilitada su voluntad y padezca situaciones reales de desprotección jurídica –o discriminación–. Tampoco será infrecuente que su vida y su patrimonio se vean afectados negativamente, por causa de las disfuncionalidades de un régimen de capacidad diseñado para una persona abstractamente considerada.

El envejecimiento global plantea, pues, una serie de preguntas que no fueron identificadas con claridad sino hasta ahora. El derecho se incorporó a la gerontología recién hace unos treinta años y lo hizo a través de un documento “simbólico”: la Resolución de la Asamblea Mundial de Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, celebrada en Viena en 1982. A partir de entonces –y muy lentamente–, comenzaron a desarrollarse estudios referidos a la responsabilidad estatal hacia las personas mayores que fueron visibilizando esta cuestión y despertaron la voluntad política de trabajar a favor de su pleno reconocimiento jurídico. Como veremos en el apartado siguiente, todo ello se fue desarrollando en el marco del proceso de especificación de los derechos humanos, en cuyo seno se plasmó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Asimismo, el derecho de la vejez se fue configurando gracias al aporte de la bioética, surgida en los setenta como disciplina filosófica que se despliega en relación con la vida, la salud y la tecnología de la postmodernidad. Este marco disciplinar ofrece una interesante puntualización de principios axiológicos y éticos que bien permiten fundamentar y legitimar la construcción de esta nueva rama como problemática autónoma formal dentro del derecho.

Desde esta perspectiva, encontramos que los derechos de los mayores se pueden interpretar y aplicar siguiendo el criterio valorativo del principio de beneficencia (beneficiar o, al menos, no perjudicar), el de autonomía (respeto por las decisiones del sujeto anciano) y el de justicia (que exige tratar igual a los iguales, pero desigual a los desiguales). Con los parámetros bioéticos se puede intentar fortalecer la posición de los ancianos dentro del sistema jurídico, en tanto sujetos situados en condiciones de vulnerabilidad social, frente a los demás individuos y al propio régimen, frente a las circunstancias –sobre todo, en relación con la pobreza y la enfermedad–. En forma simultánea, también se los podrá fortalecer ante el riesgo de generar su propio aislamiento y desintegración.

En Argentina ha sido este panorama el que hizo posible el desarrollo de esta nueva especialidad, llamada derecho de la vejez o derecho de la ancianidad. Aquí usaremos indistintamente ambas expresiones por considerarlas adecuadas y valiosas para este tiempo, más allá de la discusión terminológica tratada con amplitud en otros estudios.

En la actualidad, esta rama comprende el estudio de cinco cuestiones principales:

- a) La discriminación por edad, la vulnerabilidad y la capacidad jurídica de las personas mayores.
- b) Los derechos humanos de autonomía referidos a la autodeterminación, la libertad y la propiedad en la vejez.
- c) Los derechos humanos de inclusión vinculados a la familia, la inclusión social y la participación política.
- d) Los derechos de protección referidos a los cuidados y las exigencias de la igualdad material de las personas mayores.
- e) Las garantías en orden a asegurar el acceso a la justicia de este grupo.

Cada uno de estos ejes, a su vez, se vincula con uno de los Cinco Principios a Favor de las Personas de Edad, documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991. Así, la problemática de la discriminación por edad, la vulnerabilidad y la capacidad jurídica de las personas mayores está ligada al principio de la autorrealización; el segundo eje, destinado a los derechos humanos de autonomía, se asocia con el principio de independencia; los derechos humanos de participación, con el principio homónimo (participación); los derechos sociales, con el principio de los cuidados, y el principio de dignidad, por último, informa todo lo relativo a las garantías y los sistemas de protección.

2. Proceso de especificación de los derechos humanos en la vejez

El derecho de la vejez es fruto de la historia reciente, dentro de la cual se destaca la compleja evolución atravesada por los derechos humanos desde la Edad Moderna. Específicamente, nuestra rama nace y se desarrolla en el marco del *proceso de especificación* de estos derechos, iniciado por las Naciones Unidas a partir de la década de los 50. Por eso, el derecho de la vejez es heredero también, de los modelos iniciales de derechos –el inglés, el americano y el francés– a partir de los cuales fue posible su positivación, generalización e internacionalización.

El proceso de especificación llega hasta nosotros como un fenómeno dialéctico y complejo. Dentro de él, se pudo amalgamar la afirmación de los derechos civiles y políticos del liberalismo moderno con la posterior expansión de los derechos económicos, sociales y culturales del constitucionalismo social contemporáneo. Norberto Bobbio ha definido este proceso como *el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos*. Por ello, supuso una ruptura con el modelo racional y abstracto de la modernidad, y una cierta aproximación al modelo de la igualdad material, al completar la idea de los destinatarios genéricos, los hombres y los ciudadanos, con la de las personas situadas –como mujeres, niños, administrados, consumidores, usuarios de servicios públicos, personas con discapacidad– y al matizar también los contenidos con la aparición de nuevos derechos, vinculados al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, etcétera.

Así pues, el derecho de la vejez se presenta hoy en calidad de síntesis dialéctica entre aquella concepción abstracta del ser humano de la modernidad y su versión más radical –material y positiva– de los contemporáneos. En esta síntesis, intentan proyectarse los contornos de una idea diferente de lo humano. Se expresa, ahora, una concepción referida a un ser humano situado: corpóreo, específico, distinto, necesitado y contingente; pero, a la vez, genérico e igualmente circunstanciado. Se vislumbra, en suma, una visión de la vida dibujada desde su yo biológico, más también desde su yo histórico y cultural.

Por ello, cuando hoy hablamos del niño, del joven y del viejo, por ejemplo, o bien, del educando y del educador, del varón y la mujer, del científico, del artista, del productor, del empresario, del obrero o del consumidor, lo hacemos pensando en categorías existenciales relevantes, legítimamente diferenciadoras para el mundo jurídico. Y en todas ellas no se hace sino aludir a esta manera nueva de percibir la humanidad. De tal modo, en esta concepción del ser humano situado, se hace referencia al lugar real que ocupan las personas en su circunstancia. Se hace alusión, en suma, al punto de contacto entre el hombre y su realidad, a su condición

de sujeto capaz de dar cuenta de sus necesidades, de su libertad y de los modos comunicacionales de su existencia.

En este nuevo despliegue de lo jurídico, observa el profesor Prieto Sanchís, se concede ahora la palabra a unos individuos que ya no pueden hacer abstracción de su historia ni de su específica condición social. Tampoco es necesario *mutilar parte de su existencia, a la hora de definir los principios de un modelo justo de sociedad*. Así, desde este paradigma, comenzaron a tener vigencia un gran número de documentos internacionales absolutamente novedosos en esta materia.

Ahora bien, en el actual estadio del proceso de especificación, la comunidad internacional sigue compelida a resolver dos problemas relevantes que todavía afectan al derecho de la vejez. En palabras de Bobbio, es necesario, por un lado, “aprestar garantías válidas para esos derechos universalmente declarados”, y por otro, urge lograr el perfeccionamiento de su contenido, “articulándolos, especificándolos, actualizándolos, de modo tal que no cristalicen y se vuelvan rígidos en fórmulas, tanto más solemnes cuanto más vacías”.²

En el campo particular del derecho de la vejez, la comunidad internacional ha ido generando una serie de documentos que contienen principios orientadores o criterios generales de interpretación jurídica. Desde el año 2003, la Primera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe inició la tarea de construcción de un espacio institucional para debatir la necesidad de elaboración y el contenido de una Convención Internacional de Derechos Humanos para las Personas de Edad. A partir de ese momento, los países de la región –particularmente, Argentina, Brasil y Chile– se han puesto a trabajar intentando generar vías democráticas e incluyentes de participación. Por su parte, el 21 de diciembre de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento.

3. El logro americano: la primera convención sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores

Simultáneamente al proceso de Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos (OEA) trabajaba en el desarrollo de un instrumento para su región, en cuyo marco, el 15 de junio de 2015, se aprobó finalmente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Este documento, vinculante para todos los países que lo

² Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*; trad. R. de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 111.

ratifiquen en su derecho interno, es el primero en su género y constituye un hito dentro de este proceso de especificación. Hasta el año 2018, seis países lograron completar su ratificación y depósito: Uruguay, Costa Rica, Bolivia, Chile, Argentina y El Salvador; desde el 11 enero de 2017 entró en vigor en el sistema americano de derechos humanos.

En su artículo 1, la Convención establece que su objeto es “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”.

Por su parte, el artículo 2 define las palabras clave de la Convención: abandono, cuidados paliativos, discriminación, discriminación múltiple, envejecimiento, envejecimiento activo y saludable, maltrato, negligencia. Asimismo, define el concepto de persona mayor, persona mayor que recibe cuidados a largo plazo, los servicios sociosanitarios integrados, la unidad doméstica u hogar y la propia vejez, conceptualizada como “construcción social de la última etapa del curso de vida”.

El Capítulo IV, atendiendo significativamente a la problemática de la dignidad e integridad de las personas mayores, contiene los derechos protegidos: la igualdad y no discriminación por razones de edad; el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez; el derecho a la independencia y a la autonomía; el derecho a la participación e integración comunitaria, entre muchos otros.

A continuación, el Capítulo V establece la obligación del Estado y la sociedad de trabajar para el logro de una toma de conciencia integral acerca de los derechos de las personas en esta etapa de la vida. Así, el art. 32 dispone fomentar “una actitud positiva hacia la vejez y un trato digno, respetuoso y considerado hacia la persona mayor y, sobre la base de una cultura de paz, impulsar acciones de divulgación, promoción de los derechos y empoderamiento de la persona mayor, así como evitar el lenguaje e imágenes estereotipadas sobre la vejez” (inc. b), y promover “el reconocimiento de la experiencia, la sabiduría, la productividad y la contribución al desarrollo que la persona mayor brinda a la sociedad en su conjunto” (inc. e).

4. Recepción constitucional de los derechos humanos en la vejez

Las consideraciones relativas a la protección internacional de los derechos humanos de las personas mayores deben ser comprendidas, asimismo, a la luz del paradigma estatal de la postmodernidad: el Estado constitucional de derecho. En este nuevo modelo de organización de la vida jurídica, la

Constitución nacional se ha convertido en el eje fundante de la práctica del derecho en su conjunto. Junto a ella, un papel central lo ocupan los instrumentos internacionales y regionales referidos a los derechos humanos de este tiempo.

En suma, el Estado constitucional de derecho requiere que los principios –o derechos humanos– constitucionalmente receptados se apliquen en la mayor medida posible, o bien, que tengan la mayor expansión posible. Con una única excepción: el respeto por el orden público, la moral y las exigencias igualmente fundamentales de un derecho constitucional contradictorio. Así, bajo este nuevo modelo de Estado y de derecho, la aprobación de una Convención Internacional de Derechos Humanos de las Personas Mayores resulta central, en tanto asisten en su favor razones demográficas, sociales, económicas y políticas suficientes, tal como hemos visto en este trabajo. Además, es vital lograr receptarla con las mayorías previstas en la Constitución nacional a fin de que integre el bloque de constitucionalidad.

5. Conclusiones

El envejecimiento poblacional, global y multigeneracional, es un fenómeno afortunadamente irreversible. El progreso en la calidad de vida de los mayores ha hecho posible que los niños nacidos en ese siglo cuenten con una expectativa de vida centenaria. El derecho de la vejez, o de la ancianidad, intenta dar respuestas jurídicas a la creciente cantidad de necesidades y conflictos nuevos que aquel genera.

En este trabajo, hemos pasado revista al contenido de esta nueva disciplina, a sus principios y a su historia. Los derechos humanos y el modelo neoconstitucional del Estado actual y de la comunidad internacional sustentan su desarrollo y auguran el nacimiento de nuevas herramientas que hagan realidad la aspiración de construir una sociedad para todas las edades. “Lo que nos mueve, con razón suficiente –como nos recuerda Amartya Sen–, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediabiles en nuestro entorno que quisiéramos suprimir”³.

³ Sen, A., *La idea de justicia*, trad. H. Valencia Villa, México, Taurus, 2010, p. 11.