

LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES Y SUS PROYECCIONES SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA¹

THE INTER-AMERICAN CONVENTION ON PROTECTING THE HUMAN RIGHTS OF
OLDER PERSONS AND THEIR PROJECTIONS ON LEGAL CAPACITY

Recibido: 09/07/2017 – Aceptado: 27/09/2017

Ludmila Andrea Viar²

Universidad Católica Argentina

ludmilaviar@gmail.com

1 El presente artículo se inscribe en el proyecto de investigación IUS 9/16 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina que se titula “Vulnerabilidad y capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”.

2 Abogada. Maestranda en Derecho Tributario en la Pontificia Universidad Católica Argentina e investigadora del proyecto de investigación IUS 9/16 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Vulnerabilidad y capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”.

Resumen

El trabajo se ha enfocado en analizar la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores que fuera aprobada por el Congreso Nacional por ley 27.360 (B.O. 31/5/2017). De esta forma, se busca estudiar cuáles son los principios que establece aquella en torno al modo en que debe concebirse a la persona mayor dentro del ordenamiento legal. Una vez descriptos los principios sustanciales que tutelan la dignidad, la protección y sobre todo la autonomía de la persona mayor, se ha observado la proyección de aquellos dentro del Código Civil y Comercial de la Nación. En este sentido, se han analizado temas centrales como la capacidad y la prestación del consentimiento informado. Por último, se llevó a cabo un estudio particularizado de la ley 5670 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que regula el funcionamiento de las residencias geriátricas, en relación a la Convención.

Palabras clave: Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; Código Civil y Comercial de la Nación; Derechos de los grupos en estado de vulnerabilidad; Derechos de las personas adultas mayores.

Abstract

This academic work aims at analyzing the Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons (from now on the Convention), which is in force since 31 May 2017 in the Argentinian judicial-legal system by National Congress Law 27.360. Thus, by means of analysis determine which are the principles that are established by the Convention regarding the concept of senior within the legal system. Once outlined the substantial principles that prescribe elders' dignity, protection and, above all autonomy; observation was carried out of their projection within the National Civil and Commercial Code. Accordingly, analysis was done of central themes such as the capacity and rendering of informed consent. To conclude, an ad hoc study was carried out of law 5670 issued by the local parliament of Buenos Aires city, which regulates geriatric residences, according to the Convention.

Keywords: Interamerican Convention on the Protection of the Elder People's Human Rights; National Civil and Commercial Code; Rights of vulnerable groups; Rights of the elderly.

Sumario

1. Introducción
2. Antecedentes y estructura de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores
3. Principios de la Convención con relación a la capacidad: dignidad, autonomía y protección
4. El artículo 30 de la Convención referido a la capacidad de las personas mayores
5. La capacidad ante los tratamientos médicos
6. La capacidad ante los cuidados de largo plazo
7. Proyecciones de la Convención en el ordenamiento jurídico argentino
 - 7.a Cuestiones generales
 - 7.b Proyecciones sobre la capacidad
 - 7.c. Proyecciones sobre el consentimiento informado
 - 7.d Proyecciones en cuanto a las residencias de largo plazo
8. Reflexión final
9. Bibliografía

1. Introducción

Con el objeto de “... 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” (artículo. 1), el 15 de junio de 2015, la Organización de Estados Americanos aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Esta Convención viene a sumarse a los instrumentos internacionales de regulación de personas vulnerables³. Así, Argentina ratificó la Convención por ley 27.360, cuya publicación en el Boletín Oficial de la Nación se realizó el 31 de mayo del 2017⁴.

3 DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba. “Derechos humanos, familia y vulnerabilidad”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2017. Mayo, 10/05/2017, pág. 20. AR/DOC/966/2017.

4 DABOVE, María Isolina. “Ciudadanía y derechos fundamentales de las personas mayores: de las políticas gerontológicas al derecho de la vejez”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC*.

Previo a la sanción de este compromiso internacional, el artículo 75 inc. 23 de la Constitución Nacional ya establecía a la ancianidad como grupo vulnerable. Si bien la Convención no utiliza el concepto de ancianidad, es indudable que existe una convergencia entre la ley suprema reformada en 1994 y este nuevo instrumento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, colocando en ambos casos a la persona como eje central y desplegando una especial protección en razón de la vulnerabilidad de quienes transitan la vejez.

El presente trabajo se propone considerar las disposiciones de la Convención que refieren a la capacidad jurídica, así como esbozar algunas primeras reflexiones en relación con la normativa argentina. Se comienza con una aproximación a la estructura de este instrumento de derecho internacional público, destacando al sujeto tutelado, su objeto y principios que viene a enumerar y tutelar. Luego se detallan los principios en torno a la capacidad, colocando el acento sobre los principios fundamentales, es decir la dignidad, la autonomía y la protección. Además, se realiza una aproximación a la capacidad en general ya la conceptualización que establece la Convención en su artículo 30. Dos aspectos adicionales de la Convención a considerar vinculados con la capacidad son: el consentimiento informado prestado por las personas mayores en torno a los tratamientos médicos que le son prestados y las residencias de largo plazo.

Como conclusión se proponen algunas reflexiones sobre las proyecciones de los aspectos estudiados de este instrumento en nuestro sistema jurídico interno.

2. Antecedentes y estructura de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Esta Convención es un nuevo instrumento de derecho internacional público que se suma a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de principios y directivas que giran en torno al tratamiento de la vejez como un grupo vulnerable de la sociedad.

Entre los documentos previos⁵ que se abocaron a la temática encontramos

Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013. Vol. 4, Núm. 1 (2013) pág. 19. AR/DOC/1272/2013.

5 Sobre el tema, en Argentina ver DABOVE, María Isolina. "Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad" *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: JA, 2000. Tomo 2000-IV, pág. 1020.

los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), así como instrumentos regionales como la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe (2012). Ahora se ha aprobado un instrumento con validez internacional y obligatoria para los Estados que lo suscriben en el ámbito del sistema interamericano.

Este compromiso internacional examina una problemática con relevancia jurídica como es la vejez, afirmando la necesidad de brindar una tutela particular. Es decir, si bien el sistema jurídico interno argentino reconoce los mismos derechos para toda la población, en los hechos estamos frente a un grupo en una situación de vulnerabilidad.

En este sentido, el centro de la Convención contempla a las personas mayores como sujetos beneficiarios de los lineamientos y principios establecidos por este instrumento. En el artículo 2 se define a la “persona mayor” como “aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años...”. Igualmente, el mismo artículo 2 define a la “vejez” como una “...construcción social de la última etapa del curso de vida”⁶.

El artículo 2 define al “envejecimiento activo y saludable”, como:

“Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con

6 Excede el ámbito de este breve trabajo considerar todos los aspectos implicados en esta Convención. En tal sentido, el énfasis puesto en definir la vejez sólo como “construcción social” nos genera algunas dudas e interrogantes aunque entendemos que otros aspectos son considerados, por ejemplo al definirse el envejecimiento en función de los cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales. Igualmente, tampoco estudiaremos algunos conceptos polémicos incluidos en la Convención, como la “perspectiva de género” y la salud sexual y reproductiva.

el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población”.

En cuanto a su estructura, la Convención comienza con un preámbulo en el que fundamenta y hace memoria de experiencias pasadas en la temática de las personas mayores. Luego establece el objeto, brinda definiciones de conceptos incluidos en el instrumento y determina el contenido de aquellos.

Enumera además una serie de principios, entre los cuales se destaca, en relación a la capacidad jurídica, el de “la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor” (artículo 3 inciso c).

Por último, enuncia una serie de derechos y deberes que se desprenden de los principios establecidos en el artículo 3⁷.

3. Principios de la Convención con relación a la capacidad: dignidad, autonomía y protección

Para introducir este tema debemos decir que el foco de este apartado se concentra sobre la autonomía como característica propia de la capacidad jurídica de la persona mayor, en cuanto a la aptitud para tomar decisiones sobre su persona. Esta autonomía viene ligada al principio de dignidad que se reconoce en todo ser humano.

La Convención, como es lógico, parte de un principio de autonomía en relación a la capacidad jurídica. A su vez, en razón de las eventuales alteraciones que puede sufrir la persona mayor en su envejecimiento en su capacidad cognitiva, se hace necesario el diseño de un sistema de apoyos para la toma de decisiones, junto con oportunas medidas de salvaguardia para protegerla contra potenciales abusos y aprovechamientos de su vulnerabilidad.

7 La Convención presenta un largo articulado, de textura abierta, con expresiones que pueden dar lugar a variadas interpretaciones. Escapa al propósito de este trabajo considerar esta modalidad de redacción de los compromisos internacionales.

El principio de dignidad, que viene ligado con el principio de igualdad, es tutelado desde el comienzo de la Convención en su preámbulo, sosteniendo que la protección de la libertad de la persona y la condena de la violencia hacia la persona mayor dimanar de dos valores inherentes al hombre que son la dignidad y la igualdad:

“Resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano;...”

Como ya adelantamos, la dignidad es enunciada como principio en el artículo 3 junto a los principios de independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor y se reitera en varias ocasiones, específicamente en el artículo 6. Es obligación de los Estados que suscriben el instrumento internacional no sólo adoptar las medidas necesarias sino también garantizar la vida en su última etapa con dignidad. Es decir, además de los cuidados sanitarios o médicos, debe procurarse evitarse cualquier tipo de actuar negativo por parte del medio en que se encuentra la persona mayor⁸.

La Convención integra la dignidad de la persona mayor, garantizando

8 El art. 6 se refiere al delicado tema del “fin de la vida” en los siguientes términos: “Los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población. Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado”. En razón de los debates existentes en distintos países, entendemos que debe interpretarse excluida cualquier forma de eutanasia o suicidio asistido, pues sería un contrasentido proclamar una Convención de protección de derechos que habilitara que se prive a las personas mayores de su primer derecho, el derecho a la vida.

aquella a través de la definición de servicios socio-sanitarios integrados⁹. Este concepto es fundamental, ya que es innegable que el paso del tiempo puede afectar funciones físicas o mentales que requieran de cuidados sanitarios especiales sin desligarlos del aspecto social con el que deben ser llevados a cabo, y sobre todo, cuidando de la dignidad de la persona. En este punto, el artículo 2 de la Convención define el “envejecimiento” como:

“... el proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio”.

Podemos decir que la dignidad de la persona mayor, se vincula con esa excelencia en el ser que corresponde a todo ser humano sin distinción de cualidades o accidentes. Este sentido de inviolabilidad de la dignidad no es patrimonio exclusivo de esta Convención, sino que lo podemos encontrar en la inmensa mayoría de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos¹⁰, e incluso en el artículo 51 del Código Civil y Comercial argentino. En el caso de las personas mayores, esta dignidad debe ser tutelada en relación a los cuidados que aquellos requieren en una interacción dinámica con su entorno¹¹.

Una de las dimensiones de la dignidad es la autonomía:

“... la dignidad deriva del mismo hecho de ser humano, es ontológica, y por tanto se reconoce a todo ser humano, ya sea que pueda ejercer o no una autonomía personal [...] Fundada en la dignidad humana de la persona

9 OEA. Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Art. 2

10 GROS ESPIELL, Héctor. “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. N°4, 2003, pág. 193-223.

11 Ver sobre este tema: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Las Personas Ancianas en la Jurisprudencia Argentina . ¿Hacia un Derecho de la Ancianidad?”. *Revista chilena de derecho*. Vol. 33 N°1, pp. 37-68 [2006] (Consultada el día 20 de septiembre de 2017). Disponible en web: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100004&script=sci_arttext

y fuertemente asociado a ella, surge la necesidad de protección de la autonomía individual, que implica “poder estar a cargo de la propia vida y tener la libertad de tomar decisiones”¹².

Por su parte, la autonomía está expresamente desarrollada en el artículo 7 de la Convención. La norma propende a que la persona mayor pueda tomar decisiones, definir su plan de vida de forma independiente y de acuerdo con sus propias elecciones¹³.

“Los Estados Parte asegurarán: a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos”.

La autonomía de una persona mayor comprende diversos ámbitos y dimensiones que tienen que ser reconocidos por los ordenamientos jurídicos, uno de los cuales es el de la capacidad jurídica, que involucra tanto la capacidad de derecho, como la de ejercicio o toma de decisiones sobre su vida.

Dentro de este marco de tutela de la autodeterminación de la persona mayor, la Convención conjuga también los necesarios apoyos y salvaguardias para proteger a la persona mayor ante eventuales peligros de abusos cuando se presente vulnerable en relación a la capacidad. La designación de apoyos viene a reforzar la capacidad de la persona que se ve afectada por algún padecimiento que le pudiera provocar daños por el ejercicio de la autonomía y para evitar posibles abusos del entorno social en el que se encuentre aquella.

La autonomía es el principio en relación a la capacidad y excepcionalmente se adoptarán apoyos y salvaguardias que refuercen la capacidad de la persona

12 LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y MUÑIZ, Carlos. “Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2015. Junio, pág. 147. AR/DOC/1411/2015.

13 JUANES, Norma y PLOVANICH DE HERMIDA, María Cristina. “La problemática del adulto mayor en orden a sus posibilidades de autodeterminación en el ejercicio de sus derechos. Experiencia local y extranjera”. *LLC2011*. Julio, pág. 587 y *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2011. Diciembre, pág. 151. AR/DOC/2021/2011.

mayor. Cuando nos encontremos ante limitaciones psíquicas padecidas por una persona mayor que pudieran afectar la toma de decisiones con riesgo de daño, también opera un mecanismo de protección.

Vale señalar que el principio de protección está presente desde el título mismo de la Convención. Se establece que los Estados parte se comprometen a establecer instituciones públicas que protejan, aseguren y garanticen los derechos humanos de las personas mayores¹⁴.

Asimismo, como un aspecto específico de la autonomía como veremos luego, la Convención hace hincapié en el derecho de la persona mayor de poder elegir dónde residir. En este caso podría ser en una institución geriátrica o bien en su domicilio con asistencia personalizada o con un profesional de la salud que lo asista en ciertos momentos, en caso de necesitarlo, para determinadas tareas.

No debe dejar de decirse que en los hechos, ocurre que este derecho de optar en dónde residir puede quedar restringido por causas económicas, ya sea por el alto costo que tienen las residencias geriátricas de calidad; bien por la falta de cobertura según el plan de salud que la persona mayor posea en relación a la asistencia domiciliaria; entre otras causas. En última instancia, a los efectos prácticos, deberá ser el pariente más cercano quien responda por los alimentos de la persona mayor (artículo 537 del CCC y ss.), lo cual no necesariamente garantiza, en todos los casos, un acceso a un lugar de residencia donde pueda desarrollar una vida digna y con los cuidados socio-sanitarios correspondientes. Por otra parte, este aspecto se relaciona con una cuestión de política de Estado que radica en un planteo más profundo en cuanto a los sistemas previsionales y su funcionamiento, los cuales exceden el contenido de este trabajo.

Un aspecto particular de protección lo encontramos en el artículo 9 inc. d de la Convención que establece el deber de los Estados de

“Establecer o fortalecer mecanismos de prevención de la violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, dentro de la familia, unidad doméstica,

14 Sobre el panorama latinoamericano de protección de los derechos humanos de las personas mayores ver: URBINA, Paola Alejandra. “Medidas tendientes a garantizar los derechos de los adultos mayores. La importancia de las políticas públicas con una perspectiva de derechos humanos”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2016. Octubre, 05/10/2016, pág. 224. AR/DOC/2816/2016.

lugares donde recibe servicios de cuidado a largo plazo y en la sociedad para la efectiva protección de los derechos de la persona mayor”.

La misma Convención establece sistemas de apoyo a la persona mayor que así lo requiera, así como la garantía de ciertos derechos básicos y humanos que deben ser prestados por la seguridad social:

“La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía”(artículo 12).

Pero, por sobre todo, se destaca la necesidad de tutelar la voluntad de la persona mayor, escuchando su opinión como corolario de la ejecución del principio de protección, del cual se requiere por circunstancias propias de la vejez:

“Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión” (artículo 12).

Podemos decir entonces, que a partir de lo desarrollado dentro de la Convención, se declara la autonomía de la persona mayor como carácter de su capacidad fundada en su dignidad de persona. En el caso de que exista alguna situación de vulnerabilidad provocada por el propio paso del tiempo, la Convención garantiza la tutela de la capacidad a través del principio de protección. De esta forma con la ponderación de estos principios se busca proteger la autodeterminación de la persona mayor sin que pueda ser dañada por un entorno abusivo¹⁵.

15 GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006 sobre personas con discapacidad”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos

4. El artículo 30 de la Convención referido a la capacidad de las personas mayores

Una de las dimensiones claves para la vida de las personas mayores se refiere a su capacidad jurídica. Aunque la edad de por sí no significa un deterioro de la capacidad cognitiva, existe una mayor prevalencia del deterioro cognitivo en personas mayores de edad avanzada, y tales padecimientos mentales, pueden conllevar el riesgo de daños por el ejercicio de la capacidad jurídica sin los adecuados apoyos y salvaguardias¹⁶.

Al respecto, nos parece oportuno traer a consideración la descripción que realiza Petrelli:

“Dada la situación actual de la mayoría de ancianos en nuestro país, con jubilaciones magras, sistemas de salud deficitarios y pérdida de afectos que conlleva a la soledad, en ellos son mucho más fuertes que en el resto de la población las dudas, las vacilaciones, los temores, la soledad, el dolor, el aferrarse a las pocas personas que los aman y aún viven, son frecuentes y agobiantes [...]. Así, el miedo lleva al sujeto a no actuar ni intentar defender sus derechos, pues existen las funciones intelectuales, pero se ve afectada la voluntad en cuanto la intención y la libertad”¹⁷.

En este contexto, la Convención se refiere a la capacidad en el artículo 30, partiendo del principio de que la capacidad se presume. De esta forma dice el texto de la Convención:

“Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Aires: La Ley, 2013. Enero-febrero, 01/01/2013, pág. 162. AR/DOC/ 5234/2012.

16 GIAVARINO, Magdalena B. “Edad avanzada vs. insanidad. El reconocimiento de la autonomía personal”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2011. Noviembre, 01/11/2011, pág. 245. AR/DOC/ 3643/2011.

17 PETRELLI, María Elisa. “Particularidades del acceso a la justicia en los adultos mayores”. *Cuaderno Jurídico Familia N° 2/ 15*. Buenos Aires: El Derecho, [2011].

Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria”.

El artículo 30 sigue casi textualmente al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)¹⁸, que tuviera tanta relevancia en las transformaciones operadas recientemente en los sistemas de

18 El artículo 12 ha sido objeto de la primera Observación General del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Naciones Unidas. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. 11º período de sesiones: 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General Nº 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17.

capacidad¹⁹. De alguna manera, el artículo 30 es una concreción del principio que vincula la dignidad con la autonomía, procurando, a su vez, adecuados mecanismos de protección contra situaciones de abuso o daños por el ejercicio de la propia capacidad. El artículo 30 adopta la idea de ampliar la capacidad jurídica²⁰, pudiendo ser dividido en partes para su mejor comprensión y funcionalidad.

En primer lugar, se expresa el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Ello es convergente con varios tratados de derechos humanos que señalan que todo ser humano es persona. Ser persona supone el reconocimiento de la titularidad de derechos en razón de la dignidad común a todo ser humano.

En segundo lugar, se fija el principio de igualdad en cuanto a la capacidad jurídica. Ello significa que no podrán adoptarse medidas de restricción a la capacidad por el sólo hecho de ser personas mayores. Es decir, las medidas que eventualmente se refieren a la capacidad jurídica deberán adoptarse teniendo en cuenta las reglas generales, sin que la edad pueda ser el único fundamento de una medida sobre la capacidad. Igualmente, como ya ha sido estudiado, la terminología adoptada por la Convención se refiere a la “capacidad jurídica”, término que engloba tanto la capacidad de derecho como la de ejercicio.

En tercer lugar, para el específico caso de la capacidad de ejercicio, la Convención propone el llamado modelo de apoyos. Esto supone una orientación marcada por la primacía de la decisión de la persona que se presupone capaz, y que puede requerir de medidas de apoyo que no sustituyan su voluntad, sino que la ayuden a expresarse. Valen aquí las consideraciones que se han formulado en general para el artículo 12 de la CDPD.

En cuarto lugar, también con relación a la capacidad de ejercicio, se

19 Entre muchos otros, ver PALACIOS, Agustina. “Reinterpretando la capacidad jurídica desde los Derechos Humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. En: PALACIOS, Agustina y BARIFFI, F. (coords) *Capacidad jurídica, discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, 2012; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y MUÑIZ, Carlos. “Los procesos civiles relativos la capacidad: de la Ley de Salud Mental al nuevo Código Civil y Comercial”. *Revista Pensar en Derecho*. UBA. Buenos Aires. N°. 9, 2016, p. 141-196.

20 SEDA, Juan Antonio. “Inhabilitación de personas con deterioro cognitivo leve”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2013. Enero-febrero, 01/01/2013. Op. cit. pág. 162.

reconoce que pueden verificarse circunstancias en que sea necesario adoptar medidas sobre la capacidad para impedir abusos. Esto supone reconocer que, bajo ciertas circunstancias, con la vejez pueden verificarse deterioros cognitivos que puedan significar peligros de daños por el ejercicio de la plena capacidad. En la redacción se sigue textualmente al artículo 12 CDPD en cuanto a las salvaguardias que pueden adoptarse diciendo que: deben ser proporcionales y adaptadas a la persona, en un plazo corto y revisable periódicamente; respetarse los derechos, voluntad y preferencias de la persona mayor y verificarse que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida²¹.

En quinto lugar, se adoptan disposiciones con particular referencia al ámbito patrimonial, garantizando la autonomía como regla y la adopción de medidas de protección para evitar que la persona sea privada de sus bienes de forma arbitraria.

Este artículo, de alguna forma, aborda los conflictos que pueden llegar a atravesar las personas mayores en cuanto víctimas de abuso o maltrato por parte de terceros ya sea dentro del entorno, familiar, institucional o social en general, en relación con la toma de decisiones sobre su persona o sus bienes. Justamente ahora nos proponemos considerar dos aspectos particulares del problema de la capacidad de las personas mayores: la aptitud para consentir tratamientos médicos y la cuestión del ingreso en residencias de estadías largas²².

21 Citamos este fallo de la Cámara argentina es un ejemplo de los conflictos intereses que pueden ocurrir en perjuicio de la persona mayor: CCivCom. y Cont. Adm. Rio Cuarto, 1ª Nom., 18/12/2009, autos "Uberto, Silvia Angélica y Serravelle, Sandra Edelvi en nombre y representación de Ana María Uberto c. Devia, Víctor Hugo", *Revista LLC*. 2010, pág. 337.

22 Citamos estos antecedentes jurisprudenciales que demuestran que situaciones de violencia contra las personas mayores, de hecho, ya se han tratado en los tribunales argentinos: Tribunal Oral en lo Criminal N° 14, 3-12-09, "Sacco, Adelma Cristina y otra s/privación ilegal de la libertad agravada"; Santiago del Estero, Sala Civil y Com., 10/06/2005, autos "Paz, Víctor G. y otro c. Paz, Luis A. y otro". *Revista LLNOA*. 2005, pág. 1185; CNCiv., Sala E, 19/03/2010, autos: "R. M. C. c/ G. L. J. s/ nulidad"; 1º C Civ. y Com. Córdoba, 15/03/2010, autos "Yosviak, Rogelio Agustín c. Gallardo Elsa Nilda", *Revista LLC*. 2010-655; CNCiv., sala M, 20/8/2010 - B., C. v. M., M. J. y otro, [SJA 9/2/2011]

5. La capacidad ante los tratamientos médicos

Sin perjuicio de la regulación antes mencionada sobre la capacidad jurídica, la Convención incorpora una norma específica sobre el consentimiento en el ámbito de la salud. Nos referimos al artículo 11 que dispone:

“La persona mayor tiene el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, los Estados Parte se comprometen a elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.

Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor.

Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico sin el consentimiento informado de la persona mayor.

En los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional.

La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y

a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional”.

Por cierto, dentro del amplio campo de la “capacidad jurídica”, si tomamos la clásica distinción entre actos de contenido patrimonial y actos de contenido extrapatrimonial, todo lo referido a las decisiones de salud y actos médicos configuran supuestos muy importantes de actos extrapatrimoniales que resulta relevante considerar. Además, en el caso de las personas mayores, la vejez puede ser ocasión para una mayor interacción con el sistema de salud y los profesionales médicos, lo que justifica una atención especial a esta realidad.

Vale adelantar que los parámetros establecidos por el artículo 11 de la Convención, en torno al consentimiento informado, no distan de los que nuestro sistema legal establece.

Un aspecto que la Convención menciona expresamente es la irrenunciabilidad del consentimiento informado, establecida en el primer párrafo del artículo transcrito. Es una novedad que resulta lógica, dado el carácter de derecho personalísimo que presenta el consentimiento informado, en tanto se vincula con el derecho a la integridad física. En tal sentido, otro aspecto relevante de la norma es el referido a las excepciones al consentimiento informado, que tienen que surgir de la ley. La mención de las directivas anticipadas también es una novedad y debe ser interpretada en línea con el derecho a la vida previsto en el artículo 6 de la Convención.

Creemos que existe una doble protección dentro del consentimiento informado. Por un lado, por parte del profesional de la salud que informa, acorde a los parámetros legales, el tipo de intervención que se va a realizar; por el otro, de la persona que acepta la intervención médica. En el caso de que la persona mayor no pueda expresar su voluntad o se niegue a recibir el tratamiento in-

dicado, la ley interna argentina establece la subsanación de esta situación. Este punto será abordado más adelante.

En principio, toda persona tiene derecho a que se le informe de forma clara y comprensible de acuerdo a sus capacidades la intervención médica que se le va a realizar. La Convención destaca la necesidad de que esta información sea clara y asequible a las capacidades de comprensión de la persona mayor, que como cualquier otro sujeto, será más sencillo de comprender para la persona mayor que tenga una formación en las ciencias médicas, en cuanto a que la información podrá brindársele quizá con mayor cantidad de tecnicismos, mientras que otra persona mayor que no detente un conocimiento similar, deberá trasmitírsele la información de la manera más llana posible.

Otro punto que trata el artículo 11 refiere al consentimiento informado en caso de experimentaciones biomédicas. Al respecto, tenemos que tener en cuenta que, tratándose de un grupo vulnerable, es requisito adoptar mayores resguardos para evitar cualquier tipo de afectación de la integridad física o psíquica de la persona mayor.

Finalmente, en los casos de inconsciencia, o en los que la persona mayor no esté en condiciones de prestar su consentimiento, la Convención reenvía a la legislación interna de los Estados partes en la que se establecen los casos en los que no se requiere el consentimiento informado para que se produzca la intervención médica.

6. La capacidad ante los cuidados de largo plazo

El artículo 12 de la Convención establece parámetros y directivas para el cuidado de las personas mayores en lo que hoy conocemos en Argentina como geriátricos u hogares de día. Las personas mayores viven el día completo en ellos y en los otros sólo asisten por una parte de la jornada diaria. El artículo dispone:

“La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía.

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

Los Estados Parte deberán adoptar medidas tendientes a desarrollar un sistema integral de cuidados que tenga especialmente en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor.

Para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos humanos en los servicios de cuidado a largo plazo, los Estados Parte se comprometen a:

a) Establecer mecanismos para asegurar que el inicio y término de servicios de cuidado de largo plazo estén sujetos a la manifestación de la voluntad libre y expresa de la persona mayor.

b) Promover que dichos servicios cuenten con personal especializado que pueda ofrecer una atención adecuada e integral y prevenir acciones o prácticas que puedan producir daño o agravar la condición existente.

c) Establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los servicios de cuidado a largo plazo que permita evaluar y supervisar la situación de la persona mayor, incluyendo la adopción de medidas para:

i. Garantizar el acceso de la persona mayor a la información, en particular a sus expedientes personales, ya sean físicos o digitales, y promover el acceso a los distintos medios de comunicación e información, incluidas las redes sociales, así como informar a la persona mayor sobre sus derechos y sobre el marco jurídico y protocolos que rigen los servicios de cuidado a largo plazo.

ii. Prevenir injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier otro ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación.

iii. Promover la interacción familiar y social de la persona mayor, teniendo en cuenta a todas las familias y sus relaciones afectivas.

iv. Proteger la seguridad personal y el ejercicio de la libertad y movilidad de la persona mayor.

v. Proteger la integridad de la persona mayor y su privacidad e intimidad en las actividades que desarrolle, particularmente en los actos de higiene personal.

d) Establecer la legislación necesaria, conforme a los mecanismos nacionales, para que los responsables y el personal de servicios de cuidado a largo plazo respondan administrativa, civil y/o penalmente por los actos que practiquen en detrimento de la persona mayor, según corresponda.

e) Adoptar medidas adecuadas, cuando corresponda, para que la persona mayor que se encuentre recibiendo servicios de cuidado a largo plazo cuente con servicios de cuidados paliativos que abarquen al paciente, su entorno y su familia”.

En estas instituciones se brinda una serie de cuidados sanitarios y terapéuticos que son necesarios para las personas mayores, en especial, aquellas que padecen algún tipo de dolencia física o mental.

Estos establecimientos requieren la asistencia de personal especializado, como enfermeras y médicos, que asistan a las personas mayores. También se desarrolla un entorno integrado con la visita de familiares y actividades recreativas que buscan estimular a las personas mayores.

“En tanto instituciones, las Residencias son, sin dudas, estructuras materiales y formales de acogida, que impactan sobre la conducta de las personas vinculadas a las mismas –básicamente a los ancianos residentes, al personal del servicio y a los visitantes–, en función de una idea fuerza o directriz: la consideración del propio anciano como sujeto titular primario de esta alternativa”²³.

Considerando que los protagonistas son las personas mayores, hacia ellos deben dirigirse los cuidados provistos por estas instituciones. En tal sentido, ellos deben mantener su autonomía, como lo hemos desarrollado, pudiendo tomar

23 DABOVE, María Isolina. “Las residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2014. Vol. 5 p. 173 – 214. AR/DOC/3603/2014.

decisiones y no ser inducidos por el personal de la institución ni sus familiares o allegados.

Ahora bien, los geriátricos las residencias, “pueden ser comprendidos jurídicamente también como organismos prestadores de servicio sociales, estatales o privados”²⁴. En este sentido, parece haber una contratación por parte de la persona mayor, en algunos casos por sí mismo, o con un apoyo, con su familia o a través de un representante legal que contrata el servicio en favor de la persona mayor, pero no habría propiamente una internación. Si hablamos de internación, estaríamos tratando con una afectación física o mental que requiere la intervención de organismos netamente sanitarios. Además, estaríamos hablando de internación para el caso en que la persona mayor pueda ser un peligro para sí o para terceros. Pero no creemos que esta situación encuadre en la de los geriátricos.

El tema es muy vasto y en este texto nos focalizaremos en la relación que guarda con la capacidad jurídica. Así, ahora encontramos una norma expresa que se refiere a la necesidad de manifestación libre y expresa de la voluntad de permanencia. Por cierto, aunque se podía deducir de las reglas generales, este texto viene a precisar un aspecto muy importante de la autonomía. Esta decisión libre y expresa puede contar con mecanismos de apoyos, pero sin lugar a dudas es uno de los puntos que más puede impactar en la práctica de las instituciones geriátricas de nuestro país.

Por otra parte, la Convención instruye en el artículo 12 el deber de:

“Establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los servicios de cuidado a largo plazo que permita evaluar y supervisar la situación de la persona mayor, incluyendo la adopción de medidas para...”

Este sería un punto esencial a incorporar en una ley nacional, en cuanto al modo de auditar y controlar por parte del Estado, y sobre todo de los Estado locales, las instituciones geriátricas, públicas o privadas, tutelando el respeto de la autonomía de la voluntad de la persona mayor, su dignidad y la tutela conjunta y armónica del principio de protección.

24 *Ibidem*.

7. Proyecciones de la Convención en el ordenamiento jurídico argentino

A continuación, nos proponemos estudiar algunas proyecciones de la Convención en el ordenamiento jurídico argentino en relación con el tema de la capacidad.

7.a Cuestiones generales

En lo terminológico, en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) no se utiliza el concepto de “persona mayor” en el sentido que establece la Convención. Las personas mayores son “personas humanas” y quedan comprendidas en toda la regulación del Título I del Libro I del CCyC. Vale advertir que la Convención autoriza, como hemos visto, a que los países establezcan una edad de inicio mayor o menor, con el límite máximo en los 65 años. El legislador argentino no ha hecho uso de esa opción por ahora, de modo que son personas mayores las que tengan al menos 60 años cumplidos.

Otro punto que resulta interesante analizar es el hecho de que las disposiciones de la Convención “se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones” (artículo 1). El concepto de “partes” no parece claro, no obstante, entendemos que se refiere con ello a los países que suscriben y que dentro de su conformación política contienen estados, provincias; municipios; u otras subdivisiones.

En el caso de Argentina, esta disposición se presenta como problemática, toda vez que queda establecido en el Preámbulo de la Constitución Nacional²⁵ y

25 Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

ARGENTINA. Constitución Argentina. Artículo 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

sobre todo en el artículo 121 de aquella, que son las provincias quienes delegan a la Nación determinadas facultades. Es decir que el poder originario pertenece a las provincias. Ahora bien, considerando la pluralidad de temáticas que aborda la Convención, encontramos que algunas constituyen materia reservada a las provincias y otras a la Nación. En tal sentido, nos preguntamos si el hecho de que la Nación apruebe la Convención ya supone que se aplique en todo el país de forma completa, aun en materias que son propias de las provincias. Pareciera lógico que las provincias también tengan que incorporar los principios rectores de la Convención. Sin embargo, algunos sostienen que ello no es necesario por tratarse de derechos humanos fundamentales. Para estos autores, cuando la materia corresponde a derechos humanos, las disposiciones federales vienen a establecer exigencias mínimas para todo el país que deben ser cumplidas por todas las provincias. El tema queda abierto, sobre todo en cuanto a la distinción entre cuestiones de fondo y cuestiones más operativas en las que pudiera haber un mayor margen de apreciación provincial²⁶. Un tópico podría ser el régimen administrativo de habilitación y control de los establecimiento geriátricos en armonías con los principios establecidos por la Convención. Un tema que parece pertenecer a las provincias y a su reglamentación local. En este sentido, remitimos al apartado del presente trabajo en donde se recoge una ley local y se la analiza en relación a los principios que establece posteriormente la Convención.

Debemos recordar que el artículo 75 inc. 23 es muy claro en cuanto establece, en cabeza del Congreso Nacional, la facultad de legislar y promover acciones positivas en pos de la “ancianidad”. En tal sentido, entendemos que no habría conflicto en la sanción de una normativa nacional a la cual las provincias adapten sus legislaciones internas de forma que se cumpla con ella nueva Convención y, sobre todo, con el artículo 28 de la Constitución Nacional.

26 Sobre el tema ver CLÉRICO, Laura. “El derecho a la salud de las personas con discapacidad: igualdad, federalismo”. En: CLÉRICO, Laura. *Tratado de Derecho a la Salud*. RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (Coords). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013. Tomo I, pág. 657-689; DULITZKY, Ariel E. “Al Gran Pueblo Argentino Salud: derechos, federalismo y tratados internacionales”. En: *Tratado de Derecho a la Salud*. Op. cit. Tomo II, pág. 1653-1698; LEGARRE, Santiago. “Poder de Policía de la salud: la irresistible tendencia de lo federal”. En: *Tratado de Derecho a la salud*. Op. cit. Tomo II, pág. 1699-1706.

De esta forma ambos niveles de gobiernos cumplirían con lo suscripto por el Estado en su conjunto, que obliga tanto a la Nación como a las provincias.

7.b Proyecciones sobre la capacidad

En cuanto a las proyecciones sobre la capacidad, el CCyC en los artículo 31 y siguientes establece un sistema de protección a través de la asistencia designada por apoyos para personas con capacidad restringida. Este sistema fue diseñado teniendo en cuenta las exigencias del artículo 12 de la CDPD²⁷, de modo que la disposición del artículo 30 de la Convención que aquí analizamos no vendría a imponer nuevos cambios a la regulación civil.

En particular, entendemos que para las personas mayores suele ser el deterioro cognitivo la alteración mental que puede llegar a tener impacto en su capacidad²⁸. Regirá en este punto el artículo 32 CCyC que en su parte respectiva dispone:

“Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece 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. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar

27 PEYRANO, Guillermo F. y LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. *Restricciones a la capacidad*. Buenos Aires: El Derecho, 2016; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, FERNÁNDEZ, Silvia y HERRERA, Marisa. “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código”. *Revista La Ley*. 18/08/2015. AR/DOC/2518/2015.

28 MUÑIZ, Carlos. “La capacidad civil y la problemática de los adultos mayores. El constante dilema entre autonomía y protección, a la luz de la ley de salud mental”. *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial El Derecho. 2014. N° 51/-5.

con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

Así, en principio, no hay ningún tipo de restricción a la capacidad de la persona mayor en razón de su edad avanzada. En cuanto hablamos de la capacidad jurídica, la misma se mantiene intacta, y así es como debe ser para tutelar la dignidad de la persona y su autonomía en cuanto a que las personas mayores tienen los mismos derechos y deberes sobre su elección de vida y desarrollo personal. No varía en este punto el status o situación jurídica al de cualquier otro sujeto de derecho.

Sin embargo, no puede omitirse el hecho de que el desgaste propio del paso del tiempo puede generar vulnerabilidades en la persona mayor, ya sea física o mentalmente. Es por ello que, según el caso, van a haber personas que lleguen a esta etapa de la vida con mayores dificultades que otras.

Un aspecto a destacar es que la Convención ratifica la importancia del modelo de apoyos, que es uno de los ejes centrales de la nueva regulación de capacidad del CCyC. En tal sentido, el citado artículo 32 tendrá que ser aplicado en concordancia con el artículo 43 CCyC.

El artículo 30 de la Convención guarda relación con nuestro CCyC, en particular con el artículo 707 que recoge el derecho a ser oído:

“Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

7.c Proyecciones sobre el consentimiento informado

En relación a los consentimientos médicos²⁹, lo dispuesto en la Convención

29 Ver otros trabajos como PUCHETA, Leonardo y VIAR, Ludmila. “El consentimiento informado en los actos médicos: un análisis comparativo entre la ley 26.529 de la Argentina y la ley 20.584 de Chile”. *Revista El Derecho*. Buenos Aires, 10 de septiembre de 2014, [259]. Este artículo también fue publicado por:

guarda relación con lo establecido en nuestro CCyC en el artículo 59 que define el consentimiento informado como necesario para la realización del acto médico y en cuya parte final determina que, para que la voluntad del paciente sea expresa, la información provista debe ser "...clara, precisa y adecuada...".

A su vez, luego de establecer las características que debe contener la información, establece una lista de 8 puntos que debe considerarse como parte de la información, entre ellas, el estado de salud, los riesgos, y las consecuencias. El tema también está regulado por la ley 26.529 de derechos del paciente.

Respecto al consentimiento informado para investigaciones en salud, parece procedente tener en cuenta nuevamente al artículo 59 CCyC y aplicar análogamente la parte final del mismo a la población de personas mayores cuando dice:

"Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite".

Nuevamente en este punto, encontramos una convergencia entre la Convención y el CCyC en tanto ambos adoptan un modelo de apoyos para la toma de decisiones. Sin embargo, el CCyC no menciona a la persona mayor. Pareciera lógico que en el futuro lo haga.

En tal caso, si la persona mayor se encuentra afectada o disminuida en su capacidad, por ser también un sujeto perteneciente a un grupo vulnerable como establece el artículo 75 inc. 23 de la CN, deberán proveerse los apoyos o, en palabras de la Convención, las salvaguardas necesarias para proceder o no a la prestación del consentimiento en caso de investigación médica.

El Código Civil y Comercial en el artículo 59 última parte establece y enumera una serie de personas que pueden prestar el consentimiento informado por la persona mayor que no se encuentra en condiciones de hacerlo, ya sea su cónyuge, apoyo, conviviente, representante legal, pariente o allegado que acompañe al paciente³⁰.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Biblioteca Central "Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield:
DSI / Doctrina y jurisprudencia. Enero 2014.

30 LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. "¿Quién decide? Orden de prelación para el consentimiento por representación

La ley brinda una amplia posibilidad hasta enumerar a un “allegado” que no necesariamente tiene que tener un vínculo legal con la persona.

Por último, en caso de no existir ninguna de estas personas, la ley habilita al médico a actuar sin el consentimiento informado. En el caso de que se hayan pactado directivas anticipadas en las que se determine una decisión previa por parte de la persona mayor, o que aquella haya nombrado a un tercero para que tome la decisión de prestar el consentimiento, deberá atenerse a ello (artículo 60 del CCyC).

7.d Proyecciones en cuanto a las residencias de largo plazo

Si bien tanto a nivel nacional como local, las constituciones prevén a la vejez como un grupo vulnerable, no abunda legislación en torno a la regulación de las instituciones geriátricas.

En línea con lo antes señalado sobre el impacto federal de la Convención, un aspecto a tener en cuenta es que las provincias se reservan la potestad administrativa de reglar la habilitación de estas instituciones, lo que no exime de que a nivel nacional se pueda sancionar una ley, hoy inexistente, que establezca parámetros de responsabilidad civil y penal especiales, además de lo ya previsto en el sistema legal.

Sin lugar a dudas, la disposición del artículo 12 de la Convención que dispone que es obligación del Estado

“... establecer mecanismos para asegurar que el inicio y término de servicios de cuidado de largo plazo estén sujetos a la manifestación de la voluntad libre y expresa de la persona mayor”,

se presenta como la disposición que mayor impacto tendrá en el funcionamiento del sistema de residencias de largo plazo.

Entre las leyes existentes podemos mencionar el caso de la Provincia de Buenos Aires, que sancionó una ley que regula los geriátricos (ley 14.268). Sin embargo, compartimos la opinión de Davobe en cuanto a que se observan al-

gunas contradicciones con respecto a los derechos previstos en el ordenamiento jurídico en general, como por ejemplo, la libertad de circulación;

“... toda vez que con la misma claridad con la cual se reconoce el “esencial y superior interés por el bienestar de los residentes en los establecimientos geriátricos”, al mismo tiempo en los artículos 7º y 8º se lo desconoce. En ellos, no se sostiene la regla de la autonomía y la libertad de estas personas, cuando se las obliga a no desarrollar prácticas de “autocuidados” sin distinción del estado de capacidad jurídica, de cada uno de ellos. Así como tampoco es consistente la regla que obliga al estricto control de las circulaciones y salidas “con notificación a la persona responsable del residente”, sin que vuelva a discriminarse el hecho de tratarse de una persona capaz, de una interdicta o bien, inhabilitada judicialmente...”³¹.

También podemos mencionar la ley 5670 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que regula y brinda parámetros institucionales que deben tenerse en cuenta al emitir la correspondiente habilitación administrativa. Asimismo, establece la obligación institucional de tutelar el bien jurídico, entendido tal como el desarrollo libre y digno de la vida de las personas mayores³².

Algunos de los ejes principales que señala esta ley y que concuerdan con las ideas que establece la Convención son las siguientes:

El artículo 5 realiza una enumeración reiterativa –considerando que estos derechos preexisten en el ordenamiento jurídico natural– de los derechos que gozan las personas mayores. Principalmente enumera el derecho de circulación, el de no padecer ningún tipo de violencia, de prestar consentimiento informado, de proveerle a la persona de forma clara la información, de ser escuchado, de poder disponer de sus bienes, entre otros. La ley, si bien plantea el derecho de

31 DABOVE, María Isolina. “Las residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC*. Op. cit. Pág. 17.

32 La Ciudad de Buenos Aires tiene sancionada la ley 5420 sobre Prevención y Protección Integral contra Abuso y Maltrato a los Adultos Mayores de la Ciudad de Buenos Aires. En este sentido ver ARIAS CÁU, Esteban J. “Ley de Prevención y Protección Integral contra Abuso y Maltrato a los Adultos Mayores de la Ciudad de Buenos Aires” *Revista LLCABA2017*. Nº 2 (junio). AR/DOC/422/2016.

entrar y salir de la residencia, en el inc. a establece la excepción de que exista una orden judicial –lo cual parece lógico siguiendo el ordenamiento judicial de argentina– u orden médica expresa:

“La presente Ley reconoce los siguientes derechos a las personas mayores:
a) A decidir su ingreso o egreso de la institución y a circular libremente dentro y fuera de la institución, salvo orden judicial o médica expresa. La decisión expresa de la persona mayor debe ser suficiente para autorizar su ingreso, no siendo óbice para ello el no contar con el consentimiento de otro responsable” (destacado propio). Este mismo conflicto se replica cuando la ley, en el inc. d del mismo artículo, dice que las personas mayores también tienen derecho “A no permanecer aislada en el establecimiento, salvo orden judicial o médica expresa que deberá ser excepcional, por el menor tiempo posible y debidamente informada a la persona mayor y a quien prestare su consentimiento para su ingreso al establecimiento, o en su defecto a alguna de las personas que tienen deber de asistirlo de acuerdo al Art. 5 de la presente Ley.”

No obstante, más adelante, en el título “De los Legajos Personales” la ley pone un límite a la orden médica al decir:

“Artículo 33.– En el caso de que a los fines de evitar un riesgo para sí o para con terceros se prescriba aislamiento, restricción de libertad ambulatoria o contención, deberán indicarse expresamente los motivos y el plazo de duración no podrá ser mayor a siete (7) días. El profesional podrá reiterar tal prescripción hasta un máximo de dos veces consecutivas de períodos idénticos. Cumplido ello el plazo solo podrá ampliarse mediante orden judicial, sin perjuicio de lo cual se podrá continuar la medida hasta tanto se expida el juez interviniente. Los pretales y sujetadores para muñecas y tobillos médicos son los únicos dispositivos autorizados para efectuar las sujeciones”.

Siempre y cuando la limitación de la movilidad sea necesaria para tutelar un bien mayor, como la vida, parecería quedar justificada la invasión en la libertad física de la persona según lo descripto en el párrafo anterior. A pesar de ello, estas acciones que la ley habilita a realizar sobre el sujeto deben exigir

la inmediata intervención del juez, dependiendo de la situación, previo a la intervención física o posteriormente de forma inmediata.

Otro punto que parece destacable es que la información debe ser provista de forma clara y que el consentimiento para el ingreso a la institución debe ser expreso. Esto coloca la opinión y la voluntad de la persona en el lugar de tutela de la autonomía bajo el enfoque de la Convención.

La ley establece un Registro de Geriátricos, así como una serie de requisitos administrativos que hacen a la habilitación de la institución y su funcionamiento. Primordialmente, dentro de los requisitos, en el artículo 17 se plasma una tabla con los profesionales de la salud que deben asistir a quienes residen allí. Es decir, médicos, psicólogos, nutricionistas, enfermeros y hasta una guardia médica³³. Estos datos no son menores, ya que, además, se exige que la institución disponga de un legajo con los datos de los residentes así como una historia clínica.

Finalmente, hay que señalar que, en el caso de una internación por razones de salud mental (tenga la persona mayor su capacidad restringida o no), estaríamos hablando de una situación distinta a la de las residencias de largo plazo y serían aplicables los artículos 41 y 42 del CCyC y la ley 26.657 de Salud Mental.

8. Reflexión final³⁴

En síntesis, podemos decir que, con la incorporación de la Convención Argentina adopta medidas de protección de derechos de las personas mayores como un grupo vulnerable, en convergencia con la reforma constitucional de 1994.

En lo que hace a la capacidad, la Convención no implica cambios sustanciales en comparación con las normas ya establecida en el CCyC. En tal caso, la Convención repite la fórmula prevista en el artículo 12 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en el año 2008 por la

33 ARGENTINA. Ciudad Autónoma Buenos Aires. Ley 5670 – Establecimientos para Personas Mayores. Artículo 17.

34 Dedicado a Madre Dolores Marquéz, quien en sus últimos años de vida padeció sufrimientos físicos ligados a la edad y que en muchos momentos la colocaron en situación de vulnerabilidad, pero que en Cristo esa cruz se volvió el paraíso en su última pascua.

ley 26.378. Además, aquella fue considerada al momento de reformar el CCyC sancionado en el 2014.

En lo que refiere al consentimiento informado, podemos decir que de la lectura tanto del documento suscripto de la Convención y del CCyC, en su artículo 59, se cumple lo establecido en cuanto a la exigencia de que el consentimiento informado por parte de la persona mayor debe ser prestado con los apoyos necesarios. Esto reafirma la idea de salvaguardas establecida en la Convención, además de la idea fundamental de que la información le sea brindada a la persona de forma precisa y clara.

Igualmente, a partir de la suscripción del Estado argentino de la Convención analizada, surge la necesidad de sancionar una ley nacional con lineamientos generales que impliquen la regulación de estos establecimientos geriátricos. Si bien a nivel local existen normativas, es necesaria la consideración de parámetros claros en torno al interés de la vejez y bajo los principios que establece la Convención en lo que tenga estricta relación a las personas mayores.

Aún queda un camino por recorrer para homogeneizar y establecer una normativa nacional que cumpla con los lineamientos fundamentales y que se relacionen estrictamente con las problemáticas de la vejez.

9. Bibliografía

- ARGENTINA. Ciudad Autónoma Buenos Aires. Ley 5420 sobre Prevención y Protección Integral contra Abuso y Maltrato a los Adultos Mayores de la Ciudad de Buenos Aires.
- ARGENTINA. Ciudad Autónoma Buenos Aires. Ley 5670 – Establecimientos para Personas Mayores.
- ARGENTINA. Constitución Argentina. Artículo 121.– Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.
- ARIAS CÁU, Esteban J. “Ley de Prevención y Protección Integral contra Abuso y Maltrato a los Adultos Mayores de la Ciudad de Buenos Aires” *Revista LLCABA* 2017. Nº 2 (junio). AR/DOC/422/2016.
- C 1ª Civ. y Com. Córdoba, 15/03/2010, autos “Yosviak, Rogelio Agustín c. Gallardo Elsa Nilda”. *Revista LLC*, 2010–655.
- CABITO, Silvia y ORTIS, Diego. *Maltrato hacia los adultos mayores* [en línea]. Argentina: Microjuris,

2015. MJ-DOC-7472-AR | MJD7472; 5-nov 2015. Diposnible en web: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/11/13/maltrato-hacia-los-adultos-mayores/>
- CLÉRICO, Laura. "El derecho a la salud de las personas con discapacidad: igualdad, federalismo". En: CLERICÓ, Laura. *Tratado de Derecho a la Salud*. RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín (Coords). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013. Tomo I, pág. 657-689;
- DULITZKY, Ariel E. "Al Gran Pueblo Argentino Salud: derechos, federalismo y tratados internacionales". En: *Tratado de Derecho a la Salud*. Op. cit. Tomo II, pág. 1653-1698.
- CNCiv. sala E 19/03/2010, autos: "R. M. C. c/ G. L. J. s/ nulidad".
- CNCiv. sala M 20/8/2010 - B., C. v. M., M. J. y otro, [SJA 9/2/2011].
- CCivCom. y Cont. Adm. Rio Cuarto, 1ª Nom., 18/12/2009, autos "Uberto, Silvia Angélica y Serravelle, Sandra Edelvi en nombre y representación de Ana María Uberto c/ Devia, Víctor Hugo", *Revista LLC*. 2010.
- DABOVE, María Isolina. "Las residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2014. Vol. 5, págs. 173 - 214. AR/DOC/3603/2014.
- DABOVE, María Isolina. "Razones iusfilosóficas para la construcción de un derecho de la ancianidad". *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: JA, 2000. Tomo 2000-IV.
- DABOVE, María Isolina. "Ciudadanía y derechos fundamentales de las personas mayores: de las políticas gerontológicas al derecho de la vejez". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNC*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013. Vol. 4, Núm. 1. AR/DOC/1272/2013.
- DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba. "Derechos humanos, familia y vulnerabilidad". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2017. Mayo, 10/05/201. AR/DOC/966/2017.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. "Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006 sobre personas con discapacidad". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2013. Enero-febrero, 01/01/2013. AR/DOC/ 5234/2012.
- GIAVARINO, Magdalena B. "Edad avanzada vs. insanidad. El reconocimiento de la autonomía personal". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2011. Noviembre, 01/11/201. AR/DOC/ 3643/2011.
- GROS ESPIELL, Héctor. "La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos". *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. N°4, 2003.
- JUANES, Norma y PLOVANICH DE HERMIDA, María Cristina. "La problemática del adulto mayor en orden a sus posibilidades de autodeterminación en el ejercicio de sus derechos. Experiencia local y extranjera". *LLC2011*. Julio y *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2011. Diciembre. AR/DOC/2021/2011.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, FERNÁNDEZ, Silvia y HERRERA, Marisa. "Bases para una lectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código". *Revista La Ley*. 18/08/2015. AR/DOC/2518/2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Las Personas Ancianas en la Jurisprudencia Argentina. ¿Hacia un Derecho de la Ancianidad?". *Revista chilena de derecho*. Vol. 33 N°1, pp. 37 – 68 [2006] (Consultada el día 20 de septiembre de 2017). Disponible en web:
http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372006000100004&script=sci_arttext
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. "¿Quién decide? Orden de prelación para el consentimiento por representación en la legislación argentina". *Revista Enfoques sobre Salud, Bioética & Derecho* (Ediciones Visión Jurídica). Buenos Aires, 2017. Edición 1/2017, págs. 53-68.
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y MUÑIZ, Carlos. "Los procesos civiles relativos la capacidad: de la Ley de Salud Mental al nuevo Código Civil y Comercial". *Revista Pensar en Derecho*. UBA. Buenos Aires. Nro. 9, 2016, p. 141-196.
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y MUÑIZ, Carlos. "Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2015. N° Junio. AR/DOC/1411/2015.
- LEGARRE, Santiago, "Poder de Policía de la salud: la irresistible tendencia de lo federal". En: *Tratado de Derecho a la salud*. Op. cit. Tomo II.
- MUÑIZ, Carlos. "La capacidad civil y la problemática de los adultos mayores. El constante dilema entre autonomía y protección, a la luz de la ley de salud mental". *Revista de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial El Derecho. 2014. N° 51/-5.
- NACIONES UNIDAS. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. 11° período de sesiones: 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General N° 1 (2014) (CRPD/C/GC/1), n. 17.
- OEA. Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.
- PALACIOS, Agustina. "Reinterpretando la capacidad jurídica desde los Derechos Humanos. Una nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". En: PALACIOS, Agustina y BARIFFI, F. (coords) *Capacidad jurídica, discapacidad y Derechos Humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Buenos Aires: Ediar, 2012.
- PETRELLI, María Elisa. "Particularidades del acceso a la justicia en los adultos mayores". *Cuaderno Jurídico Familia N° 2/ 15*. Buenos Aires: El Derecho, [2011].
- PEYRANO, Guillermo F. y LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. *Restricciones a la capacidad*. Buenos Aires: El Derecho, 2016.

PUCHETA, Leonardo y VIAR, Ludmila. "El consentimiento informado en los actos médicos: un análisis comparativo entre la ley 26.529 de la Argentina y la ley 20.584 de Chile". *Revista El Derecho*. Buenos Aires, 10 de septiembre de 2014, [259]. Este artículo también fue publicado por: Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Biblioteca Central "Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield: DSI / Doctrina y jurisprudencia. Enero 2014.

Santiago del Estero, Sala Civil y Com., 10/06/2005, autos "Paz, Víctor G. y otro c. Paz, Luis A. y otro". *Revista LLNOA*. 2005.

SEDA, Juan Antonio. "Inhabilitación de personas con deterioro cognitivo leve". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2013. Enero-febrero, 01/01/2013. Op. cit. Tribunal Oral en lo Criminal N° 14, 3-12-09, "Sacco, Adelma Cristina y otra s/privación ilegal de la libertad agravada".

URBINA, Paola Alejandra. "Medidas tendientes a garantizar los derechos de los adultos mayores. La importancia de las políticas públicas con una perspectiva de derechos humanos". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Buenos Aires: La Ley, 2016. Octubre, 05/10/2016. AR/DOC/2816/2016.