

## ***Geriátricos en Argentina\****

### **Complejo punto de encuentro del derecho público y privado**

**Por María I. Dabove**

#### **1. Introducción**

En la actualidad, el geriátrico constituye una alternativa adoptada por la sociedad, la familia y el Estado como respuesta considerada eficaz, frente a la necesidad de alojamiento y asistencia médica que requieren, en ciertos casos, los ancianos.

Siguiendo a Guillemard podríamos decir que, en principio, los geriátricos constituyen estructuras de acogida, gracias a las cuales las personas de edad avanzada pueden abandonar su domicilio de manera provisional o definitiva para ingresar en instituciones colectivas o semicolectivas. Desde esta perspectiva las residencias pueden ser definidas, entonces, como “viviendas especiales”, en tanto en cuanto su diseño y su dinámica deben responder a las características específicas de la persona anciana, quien será la beneficiaria directa del servicio de residencia<sup>1</sup>. Sin embargo, aunque apropiado, este concepto requiere de algunas matizaciones. Desde este enfoque, se resaltan los aspectos materiales del fenómeno residencial –las necesidades y los fines gerontológicos que le dan origen–, sin poner de manifiesto los aspectos formales o normativos que, desde éste, también se generan y exigen delicada consideración.

Así, pues, al hilo de estas cuestiones puede afirmarse que los geriátricos constituyen fenómenos jurídicos complejos en su definición, tanto como en su funcionamiento, según veremos. Si consideramos las enseñanzas acerca de la complejidad del derecho que nos ofrece la teoría trialista<sup>2</sup>, estaremos en condiciones de observar que estas instituciones se estructuran en tres dimensiones: la referida a la realidad social, a los valores y a normas. En efecto, los geriátricos se configuran a partir de una “realidad social específica”: las necesidades de alojamiento y cuidados de la población que ya ha alcanzado la vejez. Se organizan, en segundo término, teniendo como eje el reconocimiento de “fines especiales y exigencias de justicia particularizadas” consideradas relevantes. En nuestro caso: lograr el “fortalecimiento de los ancianos en tanto sujetos vulnerables del sistema social, político y jurídico”. Pero además, estas residencias se ordenan y funcionan en el marco de un “entramado normativo”, que describe y encauza la realización de los fines y la satisfacción de las necesidades a las que se dirigen.

---

\* Extraído del artículo publicado en Alterini, Atilio A. - Nicolau, Noemí L. (dirs.) - Hernández, Carlos A. (coord.), “El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización”, Bs. As., La Ley, 2005, p. 51 a 58. [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Guillemard, Anne M., *Análisis de las políticas de vejez en Europa*, Madrid, INSERSO, 1992, p. 35 y siguientes.

<sup>2</sup> Al respecto puede verse: Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Panorama trialista de la filosofía del derecho en la postmodernidad*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 20, 1997; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, “Metodología Jurídica”, Rosario, FIJ, 2000.

En este sentido, y tomando como referencia la línea de discusión iusfilosófica del institucionalismo abierta por Hauriou y continuada por Mac Cormick y Weinberger podríamos decir que los geriátricos son, en suma, instituciones. Es decir, estructuras materiales y formales de acogida, que impactan sobre la conducta de las personas vinculadas a éstas –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<sup>3</sup>. En los geriátricos nos encontraremos, pues, con un soporte social en el cual se desarrolla la vida del anciano (sus necesidades, la estructura del edificio, sus habitaciones, los servicios, el personal, etc.); con fines o valores que orientan las acciones y decisiones de los sujetos vinculados en ese marco y, por último, advertiremos también la presencia de normas jurídicas que encauzan aquellos fines y conductas.

Por otra parte, los geriátricos pueden ser definidos también, como instituciones destinadas a brindar un servicio que puede calificarse de beneficioso para la población en general. En este sentido, los geriátricos son organismos prestadores de servicios sociales. De manera que, en tanto tales, pueden muy bien organizarse en calidad de órganos estatales, o en carácter de entes privados. En Argentina, dos han sido los caminos generalmente adoptados hasta el presente, para este cometido: 1) los institutos gerontológicos han funcionado como entidades oficiales, prestadoras de servicios sociales públicos; 2) la otra alternativa ha consistido, en cambio, en organizar las residencias como entidades privadas, recurriendo a cualquiera de las figuras previstas en el ámbito civil o comercial. Claro que, en este caso, la institución queda sujeta a la autorización y habilitación, fiscalización y control del Estado, en función de las características de la prestación (servicio social). Ya se adopte un camino u otro, es importante destacar que, en general, en nuestro derecho se ha reconocido que estamos, en suma, frente a un tipo institucional que tiene a su cargo el cumplimiento de una función que reviste interés legítimo para toda la comunidad.

## **2. Complejidad de los geriátricos en el derecho argentino**

Es este mismo propósito, entonces, el que permite advertir que los geriátricos actuales están sujetos a una especial complejidad jurídica, pues su constitución y funcionamiento se ve transversalmente atravesado por todas las ramas del derecho. En este sentido, cabe destacar que estas residencias son objeto de regulación del derecho administrativo tanto como del derecho civil y comercial. Es abordado por el derecho penal, tributario, de la seguridad social y los seguros, simultáneamente con las ramas vinculadas con los derechos humanos y el derecho constitucional. Incluso podríamos agregar que también se refieren a ellos, el derecho laboral y las normativas propias del ejercicio de las profesiones liberales, implicadas en la atención a los ancianos.

Por ello, resulta adecuado afirmar que estamos frente a un instituto jurídico verdaderamente polisémico. Como dijimos, en su configuración intervienen normas del derecho público y reglas del derecho privado en forma simultánea y se generan

---

<sup>3</sup> Respecto al desarrollo de esta línea iusfilosófica puede verse el interesante trabajo de Ansuátegui Roig, Francisco J., *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (una aproximación)*, Madrid, Dykinson, 1996.

variados tipos de relaciones jurídicas, en atención a los múltiples sujetos que allí intervienen. Así, por ejemplo, las cuestiones de competencia y la naturaleza jurídica de los geriátricos están previstas en normas constitucionales y administrativas. Pero, los vínculos que se entablan entre los ancianos residentes y la institución, son regidos por normas de derecho privado y normas de faltas o penales, según el caso.

Ahora bien, no obstante esta pluralidad de matices normativos –o quizás, debido a ella, según observaba en otra oportunidad–, los geriátricos argentinos no cuentan con una fuente formal nacional que contemple de manera específica y homogénea su organización y funcionamiento<sup>4</sup>. Los productos normativos referidos a las instituciones gerontológicas son en verdad profusos, en cantidad y calidad y, además, no logran ofrecer una visión sistemática del problema.

Lamentablemente, la historia argentina muestra que existe una estrecha dependencia entre estos institutos y los vaivenes de las políticas sociales en boga. Así como también es posible reconocer cierto empecinamiento en el sostenimiento de criterios administrativos asistencialistas, decimonónicos, no demasiado adecuados a las características postmodernas de la ancianidad.

De lo hasta aquí expuesto es factible extraer algunas primeras observaciones generales. En Argentina los geriátricos están sujetos a una superposición sumamente compleja de ramas jurídicas, dando paso a soluciones interpretativas incluso antitéticas entre sí. Esta situación hace que no siempre sea posible integrar plenamente, “con lógica y legitimidad”, las distintas respuestas que se ofrecen a consecuencia de aquellas interpretaciones. O quizás, de hecho, no siempre se realice tal integración. Sea ello como fuere, lo cierto es que en muchos casos, la condición jurídica de los ancianos residentes en geriátricos y el contenido de su regulación misma, resultan ambigua y riesgosa. Tanto en relación a la seguridad del sistema normativo, como a la concreción de las necesidades especiales de este grupo humano y de los valores en juego<sup>5</sup>.

### **3. Características generales de los geriátricos**

Si observamos las normas vigentes y lo sostenido por la doctrina administrativa en esta materia, es posible afirmar que los geriátricos se configuran en calidad de servicios sociales, en tanto en cuanto, su prestación forma parte de los denominados cometidos públicos de bienestar o progreso social<sup>6</sup>. Sin embargo, desde el derecho civil y su jurisprudencia, el vínculo que se establece entre institución y anciano residente, en virtud de la prestación de este servicio social, será calificado co-

<sup>4</sup> Dabove, María I., *Derecho de la ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas*, en “Libro homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, t. III, p. 221 y ss.; *Los derechos de los ancianos*, Bs. As., Ciudad Argentina, 2000.

<sup>5</sup> Dabove, *Derecho de la ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas*, p. 222 y siguientes.

<sup>6</sup> Ver, entre otros, Maljar, Daniel E., *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, Bs. As., Hammurabi, 1998, p. 221 y ss.; Cassagne, Juan C., *La intervención administrativa*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1992, p. 41 y ss.; Sarmiento García, Jorge H., *Noción y elementos del servicio público*, en González de Aguirre, M. (coord.), “Los servicios públicos (régimen jurídico actual)”, Bs. As., Depalma, 1994, cap. 1 y 9.

mo relación jurídica contractual (contrato atípico o de hospedaje)<sup>7</sup>. De modo tal que la naturaleza jurídica de los geriátricos deberá analizarse también, a la luz de los puntos de contacto de ambas ramas del derecho. Al hilo de estas ideas, es posible sostener entonces que, los geriátricos, constituyen un tipo de servicio social particular, por su carácter contractual respecto de las partes vinculadas con su funcionamiento.

Ahora bien, al tratarse de un servicio social contractual, la organización y puesta en marcha de residencias para ancianos, en efecto, no sólo es realizada por particulares. Mediante aplicación del principio de subsidiariedad el Estado asume esta labor, proyectándose su actividad en políticas públicas realizadas por las instituciones oficiales. El Estado, pues, se ve obligado a actuar en aquellos sectores sociales cuyas necesidades no han sido cubiertas por la actividad de los particulares. Frecuente será, entonces, que esta acción pública se ejerza a fin de garantizar el acceso a ciertos servicios básicos relativos a salud, educación, vivienda, entre otros<sup>8</sup>.

Siguiendo a Maljar, podríamos decir que los geriátricos de la actualidad, responden a la figura jurídica de los servicios sociales de carácter contractual, por varias razones. En primer lugar, porque estamos frente a instituciones cuya actividad: o bien es organizada por la Administración pública; o bien es asumida por los particulares; o incluso, en algunos casos es ejercida por ambos, de manera concurrente. La segunda razón aparece cuando se advierte que, en aquellos casos en que el geriátrico está a cargo de un particular, éste ejerce sus derechos y obligaciones sometido a autorización y control estatal. En tercer lugar, los geriátricos constituyen instituciones prestadoras de servicios sociales en función de su objeto o finalidad: aseguran la vivienda para los mayores de edad, promueven la salud pública, impulsan mejoras en la calidad de vida de la población en general, etcétera<sup>9</sup>.

Desde este encuadre, es posible entonces atribuir a los geriátricos ciertas características jurídicas especiales, propias de la consideración contractual del servicio

---

<sup>7</sup> Ver, entre otros, CNCiv, Sala A, 23/10/86, "Aulesa, José D. y otro c/Instituto Geriátrico Constitución s/cobro de pesos", *LL*, 1987-A-601; *JA*, 1988-I-447 y en *ED*, 1999-122. En el mismo sentido puede consultarse el fallo de la CNCiv, Sala K, 29/3/94, "Mandic, Miguel J. c/Hogar Rivadavia SRL s/daños y perjuicios", *JA*, doc. 198779; CNCiv, Sala D, 3/10/95, "P., M. O. c/Establecimiento Geriátrico La Residencia SRL", *LL*, 1996-E-3.

<sup>8</sup> La aplicación de este principio, no está sujeta sólo a las prioridades que la ideología política de turno establezca sino que hace al sistema jurídico fundamental, admitido por nuestra Constitución nacional (ver, especialmente, art. 75, inc. 23, y los derechos de igualdad y libertad establecidos en la parte dogmática, a los que ya hicimos referencia). Ver también, Cassagne, *La intervención administrativa*; González Mora, Juan M., *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000.

<sup>9</sup> Señala que "se entiende por servicios sociales a aquellas actividades concretas organizadas por la Administración pública, o asumidas por los particulares, previamente autorizados, que tienen por objeto impulsar la cultura; promover la salud pública; asegurar la vivienda para todos los ciudadanos; estimular el financiamiento, la organización, el funcionamiento y el control de la seguridad social; desarrollar la educación, etcétera" (Maljar, *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, p. 226).

social que brindan<sup>10</sup>. Observaremos cada una de ellas, utilizando de manera básica, las categorías de análisis que ofrece la teoría trialista del mundo jurídico<sup>11</sup>:

1) La finalidad normativa de esta prestación consiste en lograr un mejoramiento de las condiciones de vida de sectores sociales desprotegidos o carenciados (adjudicación de potencia, acorde con exigencias de justicia distributiva).

2) Pueden ser sujetos activos de esta actividad (repartidores, legitimados para actuar) en función de las normas vigentes: la Administración pública de forma directa, los particulares –ya sean personas físicas o jurídicas– por derecho propio, pero están sometidos a la obtención de autorización estatal y fiscalización permanente. A veces, éstas se constituyen como personas jurídicas de derecho público no estatales.

3) Los destinatarios de estos servicios (recipiendarios, legitimados para ser beneficiarios) –en particular, los públicos– suelen ser ancianos “vulnerables”, es decir, personas que se encuentran en situaciones de riesgo sanitario, económico, jurídico y político.

4) La prestación geriátrica es variada y doblemente compleja (objeto, repartos de potencia e impotencia). De un lado, incluye la satisfacción del alojamiento, comida, asistencia sanitaria, recreación, relaciones sociales y familiares, etc., en base a un estándar básico. Pero de otro, estos servicios deben acomodarse a las necesidades concretas de sus destinatarios<sup>12</sup>.

5) El cumplimiento de estos servicios constituye una obligación pública, generando situaciones de responsabilidad por parte del Estado en caso de incumplimiento (constituye una impotencia inmediata para el prestador, pero potencia para el beneficiario). Si los particulares no se hacen cargo de esta prestación, el Estado debe hacerlo, subsidiariamente.

6) Las entidades estatales que brindan este servicio deben hacerlo sin fines de lucro (razones de igualdad).

7) Por ello, en la mayoría de los casos la realidad indica que, la prestación se encuentra sujeta a límites económicos importantes. Muchas instituciones de este tipo resultan, incluso, deficitarias. Su financiación suele sostenerse, verbigracia, mediante impuestos o contribuciones especiales.

8) Otros límites relevantes a los que suelen verse sometidos los geriátricos, en tanto servicios sociales, son los prejuicios asistencialistas (límites culturales) que atentan contra la consideración de la autonomía del anciano residente (disvaliosos en este caso).

9) Por último, cabría señalar que los geriátricos en tanto servicios sociales –ya sean públicos o privados–, están sujetos a planificaciones. Éstas, generalmente se formalizan a través de decretos y reglamentos del poder administrador, fácilmente modificables por las políticas de turno. El recurso a la ley no es obligatorio, como

---

<sup>10</sup> En este punto, también seguimos a Maljar, *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, p. 226 y siguientes.

<sup>11</sup> Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*; Ciuro Caldani, *Panorama trialista de la filosofía del derecho en la postmodernidad*.

<sup>12</sup> Maljar, *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*, p. 227 a 229.

sucede con otras figuras jurídicas, tales como los impuestos o la creación de servicios públicos.

#### 4. A modo de conclusión

A lo largo de este trabajo, fue posible advertir que los geriátricos constituyen instituciones sumamente complejas del derecho argentino, abarcando planos sociológicos, axiológicos y normativos. Los geriátricos se organizan y funcionan mediante el recurso a una figura propia del derecho público: los “servicios sociales”, ya los presten particulares u organismos estatales. Pero, las normas administrativas vigentes en esta materia, sólo contienen referencias procedimentales y edilicias. Nada dicen acerca de los derechos y garantías fundamentales de sus moradores. Quizás por esta razón, en la práctica, la aplicación de estas fuentes no logra satisfacer la vigencia plena de los derechos y obligaciones de las partes vinculadas por la residencia. Al tiempo que, tampoco integra debidamente las exigencias publicistas con las pertinentes a las relaciones jurídicas iusprivatistas que en su seno se desarrollan. El síntoma más claro de esta afirmación lo encontramos en las frecuentes faltas de consideración real de los derechos fundamentales y personalísimos de los ancianos, por parte de las instituciones en donde habitan<sup>13</sup>.

Por ello, aún cuando cabe reconocer que la institución del servicio social constituyó una herramienta poderosa para el sostenimiento del Estado de bienestar<sup>14</sup>, su funcionalidad actual debe revisarse, a la luz de las consideraciones del derecho privado.

Son muchos los desafíos que enfrentan los geriátricos actuales. Los cambios demográficos y culturales que ocasionan el actual proceso sostenido de envejecimiento, la profusión de fuentes formales a la que el uso de la figura administrativa del servicio social da lugar. Así como también, las lagunas e incoherencias normativas que se presenten en esta instancia. Todo ello, en suma, amerita un cuestionamiento jurídico de fondo al respecto<sup>15</sup>.

Un elemento a considerar a tal fin es, sin dudas, la recuperación del respeto por los derechos fundamentales y personalísimos de los ancianos en esta materia. A título ilustrativo repasemos tan sólo estos derechos constitucionales atribuibles a toda persona anciana residente<sup>16</sup>. El derecho a residir en una vivienda digna y a vivir en un medio ambiente adecuado. La protección del ejercicio del derecho a la salud y a la intimidad, en particular, respecto de los espacios necesariamente compartidos por el anciano con los demás. El derecho de los residentes en cuanto a visitas. De-

---

<sup>13</sup> Dabove, *Derecho de la ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas*, p. 224 y siguientes.

<sup>14</sup> Contreras Peláez, Francisco J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994; *Defensa del Estado social*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1996.

<sup>15</sup> Dabove, *Derecho de la ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas*.

<sup>16</sup> Recordemos entonces que, al respecto merecen ser destacados los derechos fundamentales de libertad, igualdad y propiedad, en particular, respecto a los arts. 14 a 20 y 33. Los derechos sociales del art. 14 bis. El derecho a la seguridad social, especialmente a la jubilación, pensión, al acceso a una vivienda digna. El derecho al trabajo. Los arts. 41 a 43 que consagran de manera expresa el derecho a la vida, a la salud y a residir en un medio ambiente adecuado.

rechos referidos al ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ingreso y el egreso del gerontocomio.

En este sentido, altamente significativa resulta la aplicación de la figura del consentimiento informado. El respeto de sus derechos sobre las prácticas médicas a las que pueda verse sujeto el residente o, simplemente, frente a los cambios de hábitos o del lugar habitual. Mas tampoco se puede dejar de mencionar, la necesidad de reforzar el cumplimiento del derecho de propiedad. En particular, respecto al disfrute de las jubilaciones o pensiones de las cuales sean beneficiarios. Por último, este panorama debe completarse con la referencia expresa del art. 75 y su inc. 23 al desarrollo de políticas de acción afirmativa para los ancianos. Así como también, del inc. 22 que recepta las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, directamente aplicables a las personas de edad<sup>17</sup>.

En suma, la situación actual de los geriátricos en Argentina, más que nunca reclama para sí un estudio profundo y sistemático de su condición jurídica. Nos exige pensar con creatividad, nuevas fórmulas de integración de las esferas de lo público y de lo privado. Sin embargo, para ello sigue siendo condición previa ineludible, la adopción de teorías que puedan dar cuenta de la complejidad de la persona y del fenómeno jurídico. Desde el trialismo, por ejemplo, urge reconocer la necesidad de realizar estudios ius-sociológicos, que muestren cabalmente las ambiguas relaciones de poder y debilidad en la que los ancianos residentes se ven sumergidos. Podremos advertir las inconsistencias normativas que aquellas relaciones autoritarias e interesadas, producen, en detrimento de los derechos de los mayores. Así como también se mostrará a nuestra conciencia, el significado de la palabra “dignidad” y los frágiles grados en que ésta se materializa en los geriátricos. El derecho privado no puede quedar ajeno a este desafío.

Sobre todo, estando en juego el respeto de la persona anciana, débil jurídico de este tiempo.

© Editorial Astrea, 2015. Todos los derechos reservados.

---

<sup>17</sup> Cabe mencionar de manera especial por su vinculación estrecha a nuestra materia a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 (de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.