

Derecho de la ancianidad y bioética en las instituciones geriátricas*

Por María I. Dabove

*“Más viejos y más años de duración
de la vejez: multiplicad un número
por otro y obtendréis la cifra que revela
la excepcional gravedad del problema”
(Norberto Bobbio)¹*

1. Introducción

Nacemos a partir de una “casa” —el vientre materno—, pero también morimos desde ella —llámese habitación, espacio abierto, tierra—. La casa atraviesa toda nuestra existencia. Tanto que habitar y existir parecen funcionar como sinónimos. La casa, a veces es pensada como la “forma”; como el “marco”, dentro del cual hay una vida, en parte actual, en parte potencial, que se irá desplegando con los años. Es “vivienda”. La casa comprende todo el desarrollo vital, abarca las distintas posibilidades del ser².

Podríamos decir también que, en este sentido amplio, el término “casa” funciona como un concepto pantónimo —al igual que el de vida—³. Sin embargo, no resultan confundidos al expresarse con el tiempo. La casa es, de alguna manera, condición de la vida, es su “elemento accesorio”: la encauza, la acompaña, incluso la “regula” y la norma. Mas no siempre el binomio vida-casa transcurre su curso en un marco de vinculaciones armoniosas. Para el ser humano, el proceso deviene dialéctico, expresando las tensiones propias de su época entre naturaleza y cultura.

Cada etapa de la vida humana, evidencia una forma particular de relación dialéctica con la casa. En la niñez, el vínculo parece estrecho y nos viene dado. Hacia la juventud, el nexo se relaja, para dar lugar a un deseo: el de sitio propio. En tanto que, en la adultez, casa es sinónimo de “propiedad” —en sentido amplio—, de “terreno conquistado y nominado”, dentro del cual ya puede afirmarse la identidad y autonomía del sujeto.

Los cambios demográficos que se vienen produciendo desde la década del setenta están haciendo de la vida un espacio más extenso para residir, fácticamente esperable para todos. Sin embargo, esto que parece bueno, no se ve enteramente reflejado a la hora de habitar la ancianidad que se genera a partir de ello. Dos parecen ser las alternativas que se le abren al viejo de nuestros días en relación con la casa: vivir en el propio domicilio, o trasladarse a una residencia geriátrica. Sin embargo, mientras que para algunos la opción es libre, como observan Rocío Fernández

* **Bibliografía recomendada.**

¹ Bobbio, Norberto, *De senectute*, trad. Esther Benítez, Madrid, Taurus, 1997, p. 34.

² Desde la perspectiva etimológica la palabra casa —del lat. “casa, choza”— significa “pareja de macho y hembra”. Al respecto puede verse: Corominas, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, 3ª ed., Madrid, Gredos, 1980, p. 136.

³ De “pan: todo; nomos: ley que gobierna”. Al respecto puede verse Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, p. 391. *Administración social pública*.

Ballester y María Dolores Zamarrón, para otros se convierte en una necesidad inexcusable: la enfermedad crónica, la discapacidad funcional, la soledad, parecen ser razones que obligan al individuo a dejar su domicilio; y aunque éste ya no sea el marco físico de una familia, continúa siendo el “hogar” para el individuo (por muy deteriorado que se encuentre y muy poco confortable que pueda ser) y su pérdida (aunque sea para trasladarse a una lujosa institución) parece ser vivida con dolor⁴.

En esta etapa de la vida, los costos de una decisión forzada respecto de la residencia suelen ser altísimos para el individuo, al punto de llegar a poner en riesgo su final, apurando los tiempos de deceso, según veremos.

La dinámica del binomio “casa-ancianidad” ha sido siempre especialmente conflictiva. La historia misma de la vejez nos ofrece una riquísima gama de ejemplos concretos que avalan esta reflexión⁵. No obstante, en este trabajo tan sólo intentaré abordar algunas líneas de investigación puntuales, relacionadas en particular, con la problemática de la vida en los geriátricos.

Del pasado, podemos rescatar al menos tres momentos que sirven de referentes directos al proceso de institucionalización del anciano en nuestro tiempo: el retiro medieval, los hospicios-asilos de la modernidad y los hogares-hospitales de las sociedades de beneficencia que proliferan a partir del siglo XIX. Todos ellos, constituyen claros precedentes de los geriátricos actuales.

Las primeras experiencias de internación de ancianos, se remontan al siglo VI, durante los comienzos de la Edad Media. Al abrigo de los conventos y monasterios cristianos, la idea del “retiro” fue cobrando vida entre los ancianos con mayores recursos económicos. En el convento podían encontrar la paz y el descanso, puesto que se trataba de un sitio seguro. Podían cumplir con los mandatos de una sociedad culturalmente teocéntrica, aislándose del mundo cotidiano, poniendo fin a la rutina productiva y a las preocupaciones sociales y políticas; pues se pensaba a la vejez como etapa de preparación para la muerte, como proceso de despegue de todo lo terreno, como tránsito al más allá. Además, por esta vía, los mayores disfrutaban de ventajas cotidianas relevantes. Se aseguraban cierto grado de asistencia médica, de ayuda para los quehaceres domésticos –comida, aseo, orden–, la compañía, nuevos

⁴ Fernández Ballester, Rocío - Zamarrón, María D., *Vivir en una residencia: algunas expectativas*; en Salvarezza, Leopoldo (comp.), “La vejez. Una mirada gerontológica actual”, Bs. As., Paidós, 1998, p. 333 y siguientes.

⁵ Respecto de la historia de la vejez puede consultarse, entre otros: Alba, Víctor, *Historia social de la vejez*, Barcelona, Laertes, 1992. Beauvoir, Simone de, *La vejez*, trad. Aurora Bernárdez, Barcelona, Edhasa, 1989; Collomp, Alain, *Familias. Viviendas y cohabitaciones*, en Aries, Philippe - Duby, Georges (dirs.), “Historia de la vida privada. La comunidad, el Estado y la familia”, t. 6, Bs. As., Taurus, 1991, p. 103 y ss.; Gracia, Diego, *Historia de la vejez*, en Gafo, Javier (ed.), “Ética y ancianidad”, Madrid, Fundación Humanismo y Democracia, Universidad Pontificia de Comillas, 1995, p. 15 y ss.; Granjel, Luis S., *Historia de la vejez: Gerontología. Gerocultura. Geriátrica*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1991; Minois, Georges, *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, trad. Celia M. Sánchez, Madrid, Nerea, 1989; Perrot, Michelle, *Formas de habitación*, en “Historia de la vida privada. Sociedad burguesa: aspectos concretos de la vida privada”, t. 8, trad. Francisco Pérez Gutiérrez y Beatriz García, Madrid, Taurus, 1990, p. 9 y ss.; Philibert, Michel, *Le statut de la personne âgée dans les sociétés antiques et préindustriales*, “Sociologie et Sociétés”, vol. 16, n° 2, 1984; Rodríguez Domínguez, Sandalio, *La vejez: historia y actualidad*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1989.

caminos ocupacionales, y guía espiritual; todo ello de manera permanente por el resto de los días⁶.

Con el tiempo (siglos VIII-XII), la práctica del “retiro” se populariza, generando dos sistemas de acogida: el monacal y el régimen de pensionado. En el primero, el anciano aceptaba participar completamente de la vida religiosa. Asumía los oficios de la comunidad y vivía como un monje. En el segundo, la persona se hacía acreedora de un derecho a habitación, cuidados y alimentos, distintas de las conventuales, pues su vida no se confundía con la del monasterio. De todas formas, y sea cual sea el camino escogido por el interesado, la comunidad eclesiástica fijaba las condiciones de la residencia por contrato, con cada anciano. En algunos casos, los acuerdos eran tan prolijos que, incluso –como señala Michel Rouche– se llegaba a determinar el número de panes, la cantidad de vino o de cerveza y los vestidos que habría de recibir⁷.

Durante la Edad Moderna, se produce un proceso de laicización del concepto de “caridad”, propio del despliegue antropocéntrico de la época, que generará innegables consecuencias en el tema que nos ocupa. Entre ellas, el despliegue del Derecho de Pobres isabelino, en la Inglaterra de los siglos XVI y XVII, que se irá extendiendo poco a poco al resto de los países de cultura occidental⁸. Mediante este régimen jurídico, se estableció un complejo sistema de ayuda para pobres, estructurado en base a contribuciones proporcionales obligatorias de los ciudadanos⁹.

El Poor Law funcionaba en torno a dos cuestiones: a) la categorización de los pobres en tres clases: los aptos para trabajar; los desvalidos y ancianos, y los niños. b) la actuación estatal, a través de las parroquias, los jueces de paz condales y los inspectores de pobres, como órgano de ejecución y control¹⁰. Con la categorización se “ordenaba” la asistencia según el perfil de cada indigente, evitando el ejercicio de una “nociva caridad indiscriminada”, según creían. Por ello, de estas prácticas van a

⁶ Minois, *Historia de la vejez*, p. 186 y ss.; Patlagean, Evelyne, *Bizancio. Siglos X-XII. El espacio privado*, en Ariès, Philippe - Duby, George (dirs.), “Historia de la vida privada”, trad. Francisco Pérez Gutiérrez, Madrid, Taurus, 1992, t. 2, p. 169 y ss. y 195 y siguientes.

⁷ Rouche, Michel, *Alta Edad Media Occidental: la violencia y la muerte. Sagrado y secretos*, en Ariès - Duby (dirs.), “Historia de la vida privada”, t. 2, p. 57 y siguientes.

⁸ A partir del Statute of 1531 de Enrique VIII, toda una serie de disposiciones normativas se sucederán en favor del reconocimiento de la responsabilidad pública respecto de los marginados, entre ellos los ancianos. Le seguirán, el Statute of Artificers de 1562, el Statute of Apprentices de 1563, la ley de 1572, la ley de 1576, el Act for the Reliefe of the Poor de 1598. Este proceso culminará con la Poor Law Act of 1601, vigente hasta 1948, tan sólo modificada por la Poor Law Amendment Act de 1834. Desde 1948 rige esta materia la National Assistance Act. Al respecto puede verse: Moix Martínez, Manuel, *Bienestar social*, 2ª ed., Madrid, Trivium, 1986, p. 91 y ss.; Alba, *Historia social de la vejez*, p. 66 y ss.; Garces Ferrer, Jordi, *Administración social pública. Bases para el estudio de los servicios sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 38 y siguientes.

⁹ Lebrun, François, *Las reformas: devociones comunitarias y piedad personal*, en Ariès, Philippe - Duby, Georges (dirs.), “Historia de la vida privada. El proceso de cambio en la sociedad de los siglos XVI-XVIII”, trad. M. Concepción Martín Montero, Madrid, Taurus, 1992, t. 5, p. 71 y ss., Trevelyan, George M., *Historia social de Inglaterra*, trad. Adolfo Alvarez Buylla, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 127.

¹⁰ Incluso se imponía a cada parroquia la obligación de llevar al día un Registro de pobres a fin de hacer más fácil el control. Al respecto ver: Trevelyan, *Historia social de Inglaterra*, p. 114 y ss.; Moix Martínez, *Bienestar social*, p. 99 y ss.; Garces Ferrer, *Administración social pública*; Alba, *Historia social de la vejez*; Braudel, Fernand, *Las civilizaciones actuales. Estudio de Historia Económica y Social*, trad. J. Gómez y Mendoza y Gonzalo Anes, Madrid, Tecnos, 1986, p. 87 y siguientes.

surgir tres tipos de viviendas institucionalizadas para mendigos: las house of correction o work-house, para los categorizados “aptos para el trabajo”; las casa cunas o asilos, para “niños”; y los hospicios/asilos o alms-house para los “ancianos y desvalidos”, primer antecedente directo de las residencias gerontológicas actuales¹¹.

La edad contemporánea resolverá la cuestión del lugar de los ancianos, recurriendo al aporte de las sociedades de beneficencia que comienzan a multiplicarse en el siglo XIX. Con ellas, se instaurarán sistemas formalizados de ayuda privada, que impulsarán la construcción de hogares y hospitales destinados a la protección de los más indigentes, entre ellos de los viejos marginados. Resultaba muy frecuente en este tiempo, constituir organismos de socorro. Estas entidades eran creadas, como sabemos, por damas de la alta burguesía con el objeto de recaudar dinero para auxiliar a los más desamparados.

El aporte lo hacían instituciones de la ciudad, incluso las municipalidades y conventos, y algunas personas en nombre propio. O bien, se realizaban fiestas populares que generaban muy buenos resultados económicos y sociales. Así funcionaban, verbigracia, las sociedades para mujeres ancianas o inválidas, o los asilos de mendigos¹². En Argentina, las sociedades de beneficencia también jugarán un rol preponderante, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, con el asentamiento de la burguesía terrateniente. Influencia que se extenderá, incluso, hasta nuestros días¹³.

Nótese que ya en este siglo XIX, no sólo se levantaban viviendas gerontológicas para que funcionen como hogares; sino que éstas se construyen con el propósito de brindar asistencia medicalizada. Se edifican, pues, “hospitales-casas” para ancianos. Sobre este cambio de significación influyó, sin duda, la consagración de los primeros avances científicos en materia de geriatría. Recordemos en este sentido, los valiosos aportes de Adolph Quetelet y Francis Galton en relación al proceso de envejecimiento, que abren nuevos campos de investigación en la materia¹⁴.

2. Los geriátricos en la teoría general del derecho

a. La institucionalización de los ancianos desde la perspectiva ius-sociológica

El siglo XX se ha caracterizado por desarrollar un concepto de vejez ligado a los avances de la ciencia y de la tecnología. La expansión de la medicina, en particular, ha generado mejoras sustanciales en la calidad de vida, provocando cambios

¹¹ Dabove, María I, *Los derechos de los ancianos*, Bs. As., Ciudad Argentina, 2005, p. 211 y ss.; Trevelyan, *Historia social de Inglaterra*, p. 114 y ss.; Moix Martínez, *Bienestar social*, p. 99 y ss.; Garces Ferrer, *Administración social pública*; Alba, *Historia social de la vejez*; Braudel, *Las civilizaciones actuales*, p. 87 y siguientes.

¹² Hall, Catherine, *Sweet home*, en “Historia de la vida privada. La revolución francesa y el asentamiento de la sociedad burguesa”, Madrid, Taurus, 1991, t. 7, p. 76 y siguientes.

¹³ Al respecto puede verse, en particular, el interesante trabajo realizado por Verónica Marcaccini sobre la historia del Asilo de mendigos y dementes, hoy Hospital Geriátrico Provincial de Rosario, 1998, s/e.

¹⁴ De Adolph Quetelet cabe citar: *Sur l'homme et le développement de ses facultés*, publicada en 1835. Y de Francis Galton, *Hereditary genius: An inquiry into its laws and consequences*, editada en 1869.

estructurales en las pirámides de población. La disminución de la tasa de mortalidad infantil y el aumento la esperanza de vida más allá de los 70 años, junto a las bajas en la tasa de fecundidad producidas a partir de la década del '50, han posibilitado la mayor presencia de ancianos en las sociedades de nuestro tiempo. En este marco, los geriátricos actuales surgirán como respuesta de la comunidad a un proceso de envejecimiento creciente, que ya se reconoce como propio pues se desarrolla puertas adentro¹⁵.

En los años '70 la idea de la institucionalización de las personas de edad se populariza, dando lugar a una verdadera “explosión de residencias para ancianos”. A mi parecer, dos ejes temáticos movilizan este proceso: un concepto de vejez asociado a la idea de “vida declinante” –anciano: cuasi enfermo, sujeto dependiente–; y la necesidad de encontrar “respuestas eficientes”, en un mundo –como dice Bobbio– con un curso histórico cada vez más acelerado¹⁶. Desde estos parámetros, el binomio casa-senectud es resuelto mediante la construcción de lugares que medicalizan y concentran la última etapa de existencia humana. En estas instituciones, el viejo no sólo tiene cama, alimento y algo de compañía. También cuenta con cierto grado de asistencia sanitaria permanente, acceso a fármacos y personal de enfermería dispuesto a ayudarlo. Pero, su vida sólo transcurre al lado de otros ancianos, de otras personas que padecen problemas semejantes, en el mejor de los casos, en un contexto vivencial totalmente fabricado¹⁷.

La práctica de internación de ancianos en geriátricos ha demostrado sin duda que, con la concentración de personas en función de un común denominador, se obtienen ventajas inmediatas a nivel práctico. Por ejemplo, la posibilidad de poner en funcionamiento un sistema más eficiente de vida gracias a la especialización. Con ella, en efecto, es posible generar rutinas cotidianas que ahorran tiempo, energía y dinero. Mas no dejemos de recordar también que, cuando esta circunstancia se radicaliza, las condiciones de existencia del ser humano y de la sociedad se empobrecen notablemente en todas sus direcciones. En este sentido, señalan Buendía y Riquelme: ...no debemos olvidar que el principal problema de la institución geriátrica es la institución misma, en tanto que constituye una solución al problema asistencial centrada en la creación de “espacios para ancianos”, que son alejados de su contexto natural: el medio social¹⁸.

¹⁵ López Aranguren, Eduardo, *Los derechos de la tercera edad*, “Derechos y Libertades”, Instituto de Derecho Humanos Bartolomé de Las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid, n° 2, 1993. Rodríguez Castedo, Ángel, *El fenómeno del envejecimiento*, en “La tercera edad en Europa. Necesidades y demandas”, Madrid, Inerser, 1991, p. 11 y ss.; Vinuesa Angulo, Julio, *El proceso de envejecimiento de la población en Europa y en España*, en “La tercera edad en Europa”, p. 53 y ss.; Jiménez Lara, Antonio, *Proyecciones de la población española de 60 y más años para el período 1986-2010*, en “La tercera edad en Europa”, p. 85 y ss.; Renaud, François, *Investigación y desarrollo en el ámbito del hábitat y del alojamiento para las personas de edad*, en “Sociología de la vejez”, Madrid, Unión Democrática de Pensionistas y Jubilados de España -UDP-, 1992, p. 82 y ss.; Trop, Jorge, *El proceso de envejecimiento poblacional*, “Senderos”, n° 1, p. 5 y siguientes.

¹⁶ Bobbio, *De Senectute*, p. 27.

¹⁷ Ciuro Caldani, Miguel Á., *Derecho de la ancianidad*, “Investigación y Docencia”, n° 20, Rosario, FIJ, 1992, p. 39 y ss.; *Comparación jusfilosófica del derecho de menores y el derecho de la ancianidad*, “Investigación y Docencia”, n° 25, FIJ, 1995, p. 7 y siguientes.

¹⁸ Buendía, José - Riquelme, Antonio, *La experiencia depresiva en residencias geriátricas*, en Salvarezza, Leopoldo (comp.), “La vejez. Una mirada gerontológica actual”, Bs. As., Paidós, 1998, p. 361 y siguientes.

En la actualidad, casi un 6% de la población de ancianos de nuestro país vive en geriátricos. No obstante, como decíamos al principio, no en todos los casos esta alternativa de vida es decidida libremente por los ancianos. Veamos, pues, cuáles son los factores ius-sociológicos que condicionan esta elección. A tal fin, realizaremos un doble análisis de los mismos: a) por un lado, observaremos en qué marco se estructura y funciona la relación entre el anciano y la institución de acogida. Ésta será una tarea de comprensión micro-sociológica; b) más, de otro, intentaremos abordar la problemática global de las residencias gerontológicas, elaborando una perspectiva macro-sociológica de la realidad argentina¹⁹.

a) El principal problema que se pone en juego para el anciano en relación con la alternativa de su institucionalización es el sostenimiento de su autonomía²⁰. Desde el ingreso hasta su salida –por cualquier causa que sea–, el anciano no siempre es escuchado en estos ámbitos. La naturaleza del vínculo que se teje en torno a esta opción es en verdad compleja puesto que, generalmente, son tres los sujetos implicados en él: el geriátrico, el anciano y sus familiares o allegados.

En este marco frecuente será que, frente a su internación, el viejo se comporte de manera pasiva, aceptando sin hablar todo lo que se le diga. Es la familia –sus hijos, sobrinos o amigos– quienes se encargan de llevar adelante el pedido de ingreso a la residencia y, en repetidas ocasiones, son ellos también quienes firman el “consentimiento” de la solicitud para su alojamiento. Al anciano, nada le preguntan y poco le informan acerca de las nuevas condiciones de vida –ni las instituciones gerontológicas, ni sus parientes– porque no son los mayores quienes en verdad “deciden” su suerte²¹.

Esta circunstancia, hecha costumbre en líneas generales, convierte al anciano en un mero beneficiario, en sujeto pasivo, resignado ante el rumbo que otros le asignan a su destino, en un individuo, en suma, al que sólo le cabe esperar lo que los demás quieren de él. Desde esta mecánica fácil será que el anciano resulte presa de vínculos sociales –o repartos– que terminen siendo autoritarios²². Por otra parte, la institución geriátrica en tanto que institución es, no lo olvidemos, un centro que debe necesariamente regirse por una serie de normas, acrecentando con esto la pérdida del sentido de control personal en los nuevos usuarios²³.

¹⁹ Para realizar este análisis, tomaré como referente metodológico a la Teoría Trialista del mundo jurídico. Al respecto puede verse, básicamente: Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Derecho y política*, Bs. As., Depalma, 1976; Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política -t. I a III-, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-82; Perspectivas jurídicas, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985; Estudios jusfilosóficos, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

²⁰ Por autonomía vamos a entender también al despliegue sociológico de este principio en el campo de la bioética. Al respecto puede verse: Hooft, Pedro F., *La democratización y juridización de la sociedad: La autonomía de la persona y la doctrina del consentimiento informado*, “Bioética y Bioderecho”, n° 2, Rosario, FIJ, 1997, p. 29 y ss.; Gracia, Diego, *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema, 1989, p. 121 y siguientes.

²¹ En la ciudad de Rosario, por ejemplo, algunas residencias públicas están tratando de modificar esta costumbre, diseñando nuevos formularios de ingreso en los que conste de forma expresa la manifestación de voluntad del propio interesado mediante la firma de su consentimiento.

²² Dabove, *Los derechos de los ancianos*, p. 259 y ss.; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Derecho de la ancianidad*, p. 39 y ss.; *Comparación jusfilosófica*, p. 7 y siguientes.

²³ Buendía - Riquelme, *La experiencia depresiva en residencias geriátricas*, p. 359 y siguientes.

Ahora bien, aun cuando la opción de continuar la vida en este tipo de instituciones haya sido fruto de una elección directamente realizada por el propio interesado, el ingreso en ella supone una forma de reubicación especialmente dura y difícil de elaborar... Iniciar la vida en una residencia geriátrica –en palabras de Buendía y Riquelme– a diferencia del traslado que supone ir a vivir con algún familiar, lleva consigo la incorporación a un ambiente tan extraño como artificial, en el que el anciano, antes que cualquier cosa, es un desconocido. No resulta por lo tanto extraño que el recién ingresado se desorienta ante el desafío impuesto por la nueva realidad a la que se debe adaptar²⁴.

En este contexto, el anciano sólo puede recibir, en gran medida, impotencias de partida, que llegan incluso a condicionar severamente su permanencia en el lugar. El traslado se realiza, en efecto, a expensas de pérdidas importantes para el viejo, como por ejemplo, de su cama, su ropa, sus objetos queridos, en suma, de todo lo que hasta ahora había constituido “su” entorno. Corriente será entonces que, en la persona residente se acrecienten las actitudes de dependencia, llegando a mostrar un grado tan bajo de participación social y un incremento de su aislamiento que le impedirán comportarse en el mundo jurídico con pleno uso de la autonomía de su voluntad²⁵.

Para llevar adelante la internación, es posible recurrir a distintos tipos de caminos o formas de reparto. Así, por ejemplo, en el mejor de los casos, se tomará la vía de la negociación, del diálogo abierto entre el interesado, la institución e, incluso, los familiares y allegados. Mas no será ésta, la estrategia comúnmente utilizada. Todo depende del tipo de vínculos que el anciano haya podido establecer con los demás, en el pasado. Otros mecanismos que sí resultan habituales en nuestra realidad, lo constituyen la adhesión y el recurso a la mera imposición, en aras de concretar la orden de alojamiento.

En el primer supuesto, el viejo se somete al deseo y necesidades de los de su entorno, sin otra alternativa que la posibilidad de decir que “no” a lo propuesto. Cuando esto ocurre difícilmente los mayores se niegan, puesto que en esta instancia entran a jugar cuestiones afectivas, de personalidad, y hasta la historia personal, que constriñen la libertad de expresión. El uso de la mera imposición –o de la coacción psíquica o física– también es utilizado cotidianamente. Cada vez que no se le hace firmar al anciano su consentimiento para institucionalizarse, se está procediendo en base a una estrategia de presión que en nada contribuye al respeto de su libertad de expresión, de acción o de pensamiento²⁶. Aunque sabemos también que, en algunos casos, no

²⁴ Buendía - Riquelme, *La experiencia depresiva en residencias geriátricas*, p. 359 y siguientes.

²⁵ Esto hemos observado en algunas instituciones gerontológicas, con ocasión de haber realizado proyectos de investigación que incluían trabajos de campo. Esta tarea es llevada a cabo en el marco del Área de Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Además, puede verse: Giovagnoli, Dora, *Prevención primaria en niños y ancianos con proceso de retraining*, Rosario, Universidad Abierta Interamericana, 1998. Y también: Antequera-Jurado, Rosario - Blanco Picabia, Alfonso, *Percepción de control, autoconcepto y bienestar en el anciano*, en “La vejez”, p. 105 y siguientes.

²⁶ Dabove, *Los derechos de los ancianos*, p. 259 y ss.; *Comprensión jusfilosófica del derecho de la ancianidad*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 21, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 111 y ss; *La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho*, “Bioética y Bioderecho”, n° 1, Rosario, 1996, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, p. 49 y ss. Ciuro Caldani, *Derecho de la ancianidad*, p. 39 y ss.;

queda otro remedio más que acudir a ella, v.gr., cuando la persona anciana no está en condiciones de expresar su voluntad de manera plena.

Existen múltiples razones que avalan la decisión de vivir en un geriátrico. Casi tantas como sujetos involucrados en ella. Sin embargo, quizás sea posible detectar cuatro niveles de justificación que entran en juego en este complejo vital: razones históricas, materiales, normativas y razones valorativas. Por razones históricas vamos a entender tanto la vinculación que exista entre el pasado particular del anciano, sus allegados y la institución que condicionan directamente la alternativa actual, como el despliegue colectivo de la cuestión de la vejez en el imaginario social universal, que influye de manera sutil. Materiales son todas aquellas razones que operan directamente sobre la vida del anciano y su entorno, como por ejemplo: la necesidad de internación proveniente del padecimiento de alguna enfermedad que invalida objetivamente la independencia de la persona mayor. Muchos son los supuestos en los que éstas se esgrimen. Las razones normativas, en cambio, se constituyen cuando la institucionalización es fruto de alguna decisión judicial debidamente establecida, v.gr., la internación de algún anciano inhabilitado, o declarado incapaz. Por último, entre las razones valorativas cabe citar las consideraciones de justicia, salud, bondad, utilidad, cooperación, poder, solidaridad, previsibilidad, coherencia, etc., que cada parte estime oportuna al caso²⁷.

Estas cuatro clases de razones a veces, funcionan como móviles; es decir, se presentan sólo en la interioridad de cada sujeto. En ocasiones, se esgrimen abiertamente como fundamentos del obrar. Cuando esto sucede, nos encontramos frente a razones alegadas. Mas en otras situaciones, estas razones pueden aparecer también como justificaciones masivas de la comunidad, pudiendo o no coincidir con las anteriores. En este caso estamos en presencia de razones sociales, a veces convertidas en prejuicios²⁸.

b) Todo geriátrico, en tanto institución, constituye un orden de repartos vertical. Es decir, configura básicamente, un sistema organizado de vida en función de una idea eje, directriz. En terminología trialista, configura un plan de gobierno en marcha²⁹.

Como tal, la residencia gerontológica se estructura en torno a dos problemas claves: 1) el sostenimiento de determinados criterios y objetivos de actuación –criterios de repartos–, y 2) la configuración de autoridades que lleven adelante lo anterior –es decir, supremos repartidores–. El primer elemento permite direccionar la actividad de todo el personal institucional y de sus moradores, en función –como diría Maurice Hauriou–, de una idea fuerza³⁰. Esta idea fuerza nuclea un conjunto de valores e intereses que permiten concretar un plan de acción social homogéneo, que se proyecta en el tiempo.

Comparación jusfilosófica, p. 7 y ss.; Elizalde, Elvira, *Victimización en el anciano*, "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 21, FIJ, 1996, p. 109 y siguientes.

²⁷ Dabove, *Los derechos de los ancianos*, p. 419 y siguientes.

²⁸ Goldschmidt, *Introducción*, p. 57 y siguientes.

²⁹ Goldschmidt, *Introducción*, p. 83 y siguientes.

³⁰ Hauriou, M., *La teoría de la institución y de la fundación (Ensayo de vitalismo social)*, trad. A.E. Sampay, Bs. As., Surco, 1947. Sobre el desarrollo iusfilosófico del concepto de institución también puede verse, Ansuategui Roig, Javier, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (Una aproximación)*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, 1996.

Los geriátricos se organizan con un objetivo claro y aglutinante: brindar al anciano un espacio donde habitar lo que le quede de vida. Y es precisamente en torno a esta finalidad, donde se pone en juego un entramado complejísimo de hechos sociales, o adjudicaciones, que condicionan de manera radical tanto la vida cotidiana del anciano residente, como el ejercicio de la autoridad de los directivos del lugar.

En muchos gerontocomios esta red se integra con la presencia de instituciones que influyen de manera significativa en sus designios –al margen de su legalidad, de la buena o mala fe con que actúen, o del grado de justicia o injusticia que practiquen–.

Así por ejemplo, nos encontramos con residencias cuya dinámica está estrechamente vinculada a las directivas del PAMI, de Obras Sociales privadas, de la FEGERA –Federación de Geriátricos de la República Argentina–, de alguna Congregación Religiosa o Sociedad de Beneficencia, de Grupos vecinales, de la Cooperadora, de Laboratorios, y de los organismos estatales nacionales provinciales o municipales de control. Cuando ello ocurre, la vida del anciano se torna aún más dependiente, pues estos sectores funcionan como poderosos grupos de presión económico-políticos respecto del gobierno y de la vida de la institución.

Por otra parte, desde la perspectiva ius-sociológica, los geriátricos pueden ser clasificados en primer lugar como públicos, privados o mixtos, en función de quiénes sean los encargados de llevar adelante la planificación u objeto social, y en concordancia al origen del patrimonio utilizado. Según el ámbito de actuación, éstos a su vez pueden ser, locales o municipales, provinciales, nacionales o regionales. De acuerdo a la actividad que realizan es posible encontrar residencias gerontológicas –destinadas a brindar sólo alojamiento a cambio de una contraprestación pecuniaria–, asilos y hogares, cuyo objetivo es similar al de las residencias antes mencionadas, con dos diferencias: son gratuitos y están destinados a personas indigentes, generalmente autoválidas. O bien, hospitales geriátricos, en los cuales los ancianos no sólo tienen acceso a casa y comida, sino que también reciben asistencia sanitaria permanente. A este tipo de institución suelen acudir personas mayores con diferentes grados de dependencia psicofísicas. Por último, es posible mencionar también a los Centros de Día, estructuras más abiertas que los geriátricos tradicionales puesto que sólo tienen como finalidad otorgar al anciano un espacio para habitar durante el día, a la manera de guarderías³¹.

Ahora bien, a pesar de que los geriátricos suelen constituirse al hilo de la planificación, su aceptación social fue el fruto de un enorme proceso de ejemplaridad³².

Ha sido la costumbre, más que la previsión de esta vía por el Estado, quien ha generado la construcción de una vasta red de institutos gerontológicos en Argentina³³. En efecto, la proliferación de esta alternativa se fue originando principalmente de manera espontánea, tanto en el ámbito público como privado. Nuestro país no ha contado hasta ahora, con un plan gerontológico nacional que permitiera ordenar y racionalizar de antemano la puesta en marcha de esta vía en nuestro territorio, según veremos en la perspectiva normológica. Y es de desear que esta situación cambie.

³¹ Esta clasificación ha sido realizada en base a las ideas de Goldschmidt, *Introducción*, p. 85 y siguientes.

³² Goldschmidt, *Introducción*, p. 90 y siguientes.

³³ Cabral Prieto, Julia M., *La tercera edad*, Bs. As., Troquel, 1980, p. 142 y siguientes.



Muchos de los problemas de presión “intra e inter-institucional” que antes hemos mencionado, quizás podrían controlarse mejor en beneficio de la autonomía del anciano si contáramos con una planificación general referida a los geriátricos. Con ella se podrían establecer pautas mínimas comunes de acción gerontológica, y mecanismos reales de control, que puedan ser conocidos abiertamente tanto por las autoridades como por los residentes. De esta forma, se estaría garantizando no sólo la implantación de sistemas transparentes de viviendas sino también, la posibilidad de que las personas mayores puedan ejercer su derecho a rechazar o aceptar su internación sobre la base de una información transparente y cierta³⁴.

b. El marco normativo referido a los geriátricos

Pese a la compleja realidad social descrita en el apartado anterior, hasta la fecha, los geriátricos argentinos no cuentan con una fuente formal nacional que contemple de manera específica su modo de constitución y su funcionamiento. El desarrollo principal de esta temática, de hecho, ha sido librado a las provincias y a las municipalidades, quienes sí han generado un “frondoso” despliegue normativo al respecto. Sin embargo, como veremos, esta producción legislativa tan profusa lejos de aclarar el panorama jurídico referido a residencias para ancianos, lo ha complicado aún más. En particular, debido a que estas normas no han sido desarrolladas con carácter sistemático sino como medidas coyunturales, demasiado sujetas a las políticas sociales de turno.

Podríamos observar entonces que, en esta materia nos encontramos frente a un caso particular de laguna o carencia normativa que se produce por defecto y por exceso. Es decir, por no contar con una ley nacional sobre geriátricos que permita sistematizar este problema, de un lado. Mas también, por la vigencia de un número demasiado nutrido de decretos, ordenanzas, circulares y en el mejor de los casos leyes, referidos a estas instituciones, pero que sólo rigen en el ámbito provincial o municipal, de otro³⁵. Desde la perspectiva estática del ordenamiento jurídico vemos entonces, que la cuestión de los geriátricos resulta presa de un fenómeno de multi-normatividad en los niveles mencionados³⁶. Pero que, a la hora de su funcionamiento, en la dinámica del sistema, genera situaciones de insuficiencia normativa debido a las superposiciones temáticas, competenciales, temporales y reales de las regulaciones. Son, pues, las consecuencias de esta situación ambigua las que me llevan a afirmar la necesidad de elaborar un sistema nacional de residencias gerontológicas que establezca pautas mínimas generales de funcionamiento y control³⁷.

³⁴ Acerca de la importancia de los planes gerontológicos puede verse: Dabove, *Los derechos de los ancianos*, p. 419 y ss.; Defensor del Pueblo (España), *Residencias públicas y privadas de la tercera edad (Informes, estudios y documentos)*, Madrid, Closas-Orcoyen, 1990.

³⁵ Existen posturas a favor y en contra de esta idea de laguna. Posición contraria, por ejemplo, es la sostenida por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1998, p. 41 y ss. y 145 y ss. Estos autores afirman que, en estos casos se despliegan situaciones de “incoherencia normativa” y no de laguna. Posiciones a favor del concepto que proponemos en este trabajo, verbigracia, podemos encontrar en las ideas de Ulrich Klug, *Rechtslücke und Rechtsgeltung*, en “Festschrift für Hans Carl Nipperdey”, München-Berlin, 1965.

³⁶ Agradezco al prof. Ciuro Caldani, la sugerencia de este concepto.

³⁷ Respecto al concepto de carencia y elaboración que nos sirve de referencia puede verse: Goldschmidt, *Introducción*, p. 286 y siguientes.

A fin, pues, de corroborar esta hipótesis, en primer término, vamos a realizar un reconocimiento de los textos normativos relevantes que rigen esta cuestión, para luego poder extraer los principios jurídicos positivos que podrían servir como base de un sistema nacional de viviendas gerontológicas. En la dimensión axiológica, tendremos ocasión de examinar si estos principios vigentes deben ser enriquecidos con alguna otra exigencia de justicia que el caso requiera de manera específica.

El comienzo de esta tarea nos coloca, entonces, frente al art. 75 y sus incs. 23 y 22 de la Const. nacional, que deben ser integrados con los derechos y garantías contenidos en la primera parte de nuestra carta magna. En este sentido y citando únicamente los más relevantes a nuestro tema, merecen ser destacados: los derechos fundamentales de libertad, igualdad y propiedad, en particular, respecto a los arts. 14; 15; 16; 17; 18; 19; 20 y 33. Los derechos sociales del art. 14 bis. El derecho a la seguridad social: a la jubilación, pensión, al acceso a una vivienda digna. Al trabajo.

Como también deben ser vinculados estos incisos a los llamados “nuevos derechos y garantías” que, según sabemos, a través de los arts. 41; 42 y 43 han consagrado de manera expresa el derecho a la vida, a la salud y a residir en un medio ambiente adecuado.

Por otra parte, obsérvese que mediante el art. 75, inc. 23, se reconoce competencia al Congreso Nacional para dictar normas y medidas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos consagrados en favor de determinados grupos humanos, entre ellos: los ancianos. Nótese también que a través del inc. 22, se recepcionan importantes fuentes del derecho internacional, sobre todo referidas a derechos humanos, que resultan directamente aplicables a las personas de edad. Y, por último, recordemos que en nuestro sistema jurídico estas mismas normas gozan de jerarquía superior a las leyes, desde 1994³⁸.

Ahora bien como decíamos, a pesar de todo este rico entramado normativo, los geriátricos de la actualidad no cuentan con reglas nacionales definidas, que permitan encuadrar y controlar su actividad bajo patrones comunes, mínimamente respetuosos de las necesidades de los ancianos. Si quisiéramos saber ¿qué es un geriátrico, hoy, en Argentina? Nos tendríamos que responder: “es una pregunta lanzada en el vacío”, porque no contamos con conceptualizaciones básicas a nivel formal. Cuando el Estado o algún particular desean abrir, mejorar o cerrar una residencia para mayores, deben remitirse a las directivas contenidas en normas provinciales o municipales afines, que sólo contienen descripciones destinadas al trámite de habilitación administrativa.

En la provincia de Santa Fe, verbigracia, la cuestión de los geriátricos está regulada por numerosas fuentes formales que no sólo son diversas por su contenido, sino también por el tipo de norma que constituyen. Así por ejemplo, la Constitución provincial contempla la situación jurídica de los ancianos en el art. 23 cuando señala

³⁸ 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). A la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer de 1979; a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos Degradantes de 1984. A la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

la obligación estatal de brindar protección material y moral a la ancianidad, directamente o fomentando las instituciones privadas orientadas a tal fin. Este texto debe ser integrado con el art. 7, referido al respeto de la dignidad de la persona.

Con los arts. 8 a 17, que consagran básicamente los derechos de igualdad, libertad y propiedad. Mas también, debe ser vinculado, en particular, al art. 19 relativo al derecho a la vida y a la salud; y con los arts. 54, inc. 21 y 72, incs. 3, 4 y 5 que establecen las atribuciones del Poder Legislativo y del Ejecutivo en esta materia.

Luego, bajando en la escala jerárquica de la pirámide normativa, nos encontramos con el decreto provincial 02542 (B.S. 355) del 13/11/72, que describe el Reglamento Básico de Hospitales Generales, marco jurídico aplicable a los hogares - hospitales geriátricos. Contamos con el decreto provincial 2091/80 (B.S. 637), de 7 de julio, referido a la estructura, equipamiento y control de las instituciones geriátricas de carácter privado, y con el decreto provincial 1534/97, de 17 de septiembre, que contiene el Reglamento general de los Hogares Oficiales para adultos mayores. Junto a estas normas cabe citar aún, la ley provincial 8525, Estatuto del Personal de la Administración Pública, el decreto provincial 2695/53 sobre Escalafón del Personal Civil de la Administración Pública Provincial, y el decreto provincial 1919/89 de Régimen de Licencias, Justificaciones y Franquicias para el Personal de la Administración Pública; que resultan aplicables al funcionamiento de residencias públicas.

Adviértase que, en la mayoría de los casos estamos frente a normas derivadas del Poder Ejecutivo, es decir, ante “decretos” reglamentarios. Estas fuentes no cuentan con el mismo alcance jurídico-político que las leyes generales, ni garantizan los derechos subjetivos de manera fuerte en el sistema. Decretos y reglamentos pueden ser sustituidos fácilmente por la voluntad del gobernante de turno en el marco de sus circunstancias. De modo tal que, en la dinámica, frecuente será observar innumerables situaciones de inseguridad jurídica para el anciano residente.

El panorama normativo se “completa”, acudiendo a las legislaciones de las respectivas municipalidades donde se radican los geriátricos. Para tomar tan sólo un ejemplo paradigmático, repasemos el estado de esta cuestión en la ciudad de Rosario.

En este marco rige lo siguiente: La ordenanza municipal 3684/84, del 13 de septiembre, derogatoria del decreto-ordenanza 39.000/69 y demás reglamentaciones vinculadas al mismo (decreto 2043/74) que regula la habilitación de geriátricos privados³⁹. La ordenanza municipal 4526/88, de 24 de noviembre, sobre reglamentación y funcionamiento de Institutos Geriátricos privados, modificatoria de la ordenanza 3684/84 en sus arts. 1 y 2. La ordenanza municipal 5729/93, de 3 de diciembre, sobre creación de los Centros de Día para adultos mayores construidos por la Municipalidad de Rosario. La ordenanza 6098/95, de 2 de noviembre, referida a la creación del Foro de la Tercera Edad. La ordenanza 6287/96, de 26 de noviembre, sobre Residencias para Personas Mayores Públicas y Privadas. Y, por último, la ordenanza 6294/96, de 28 de noviembre, aclaratoria de la ordenanza 6287/96.

³⁹ El decreto-ordenanza municipal 39.000/69, del 4 de noviembre, se refería a la habilitación y funcionamiento de “Guarderías de Ancianos”; el decreto-ordenanza municipal 2043/74, del 3 de octubre, que reformaba los arts. 2 y 14 del decreto 39.000/69. La resolución del 7 de marzo de 1977, de la Secretaría de Salud Pública de la Municipalidad de Rosario, que establecía mecanismos de inspección y control.

Llegados a este punto observemos, entonces, de qué manera la carencia de una norma general nacional y este doble tejido jurídico –provincial y local– nos conduce en la práctica a situaciones de vacío normativo. En primer lugar, destaquemos que, a pesar de ciertos esfuerzos de uniformidad, las fuentes provinciales y locales no parecen articuladas sobre perspectivas y objetivos comunes. De modo que, al final, se generan lagunas por contradicción. A modo de simple muestra de lo que afirmamos bástenos recordar que, mientras en el decreto provincial 1534/97 se prevé la existencia de residencias que no cuenten con asistencia médica permanente (art. 12.10)⁴⁰, en la ordenanza municipal 6287/96 se la exige de manera expresa, reclamando para las mismas instituciones, incluso su presencia diaria (art. 4)⁴¹. Mientras a nivel provincial se permite expresamente que el “adulto mayor” pueda solicitar su ingreso a un hogar (art. 6)⁴², en la ordenanza municipal nada se dice al respecto, abriendo el juego a interpretaciones que pueden llegar a ser contrapuestas con lo reglado en la anterior⁴³.

Por último, observemos que, aun cuando podamos aplicar las reglas de la lógica jurídica que determinan las relaciones de las fuentes, su jerarquía y validez –*lex specialis*, *lex posterior derogat priori*, *lex superior*, etc.–, no siempre podremos arribar a conclusiones que resuelvan de manera cierta cuál es la norma aplicable al caso. En los dos niveles existen regulaciones de fondo y de forma, constituyéndose por ello en leyes especiales sobre la materia. En ambos, podemos encontrar normativas diversas que se aplican a una misma cuestión, pero que rigen de manera simultánea en el tiempo. Cuando estas situaciones aparecen, según reseñábamos en el apartado anterior, impiden saber concretamente a cuál norma “se debe” obedecer.

Dada, pues, la ambigüedad de esta dinámica jurídica, frecuente resultará que, en la práctica, las fuentes vigentes se diseñen y funcionen como meras normas de habilitación administrativas, no aptas para generar la responsabilidad jurídica que debería asumir una institución de estas características⁴⁴. Si a esto le añadimos el ingrediente político que se pone en juego en cabeza de gobernadores e intendentes –no siempre afines en sus ideologías–, o de inspectores municipales –no siempre rectos⁴⁵– de los cuales parece depender esta materia, la necesidad de un sistema nacional de residencias se manifiesta como una exigencia de coherencia interna y hermeticidad del ordenamiento normativo todo.

⁴⁰ El artículo señala: ... en caso de que el hogar no posea médico, la atención de la salud del adulto mayor deberá ser cubierta por el hospital o centro médico oficial más cercano...

⁴¹ Art. 4: Del personal afectado permanente: ...médico responsable de la residencia y de la salud en general de los internados, especialista en geriatría y/o clínica médica, con asistencia diaria. Si la residencia contara con 70 alojados o más, la misma deberá contar con: el médico responsable, más otro profesional médico que colaborará en la atención de la salud general de las personas mayores...

⁴² ...Todo adulto mayor podrá solicitar si ingreso a un hogar, cumpliendo las siguientes formalidades...

⁴³ Dejo para otra oportunidad el análisis comparativo detallado de estas fuentes por entender que excede nuestro planteo inicial.

⁴⁴ En este sentido ver la sentencia CNCiv, Sala C, 12/11/96, “Villega, María del Valle Nélica c/Aguiar Núñez, Lita s/daños y perjuicios”, SAIJ, v 1.8, 1999, cuando señala que: “la falta de habilitación municipal de un instituto geriátrico es una transgresión de orden administrativo municipal, por sí sola insuficiente para responsabilizar a la institución por la muerte de un internado”.

⁴⁵ Ver, p.ej., CNCrimCorr Cap. Fed., Sala 4, 30/6/87, “Botazzi, Jorge y otro s/cohecho”, SAIJ, v 1.8, 1999.

Otro punto interesante para el análisis, lo constituye el reconocimiento de la naturaleza de la relación jurídica que surge entre anciano y geriátrico. Así como también, el derecho de ingreso y retiro de aquél, y de admisión o alta, por parte de este último. Respecto a la cuestión de la naturaleza jurídica del vínculo entre anciano y residencia cabe destacar que, en principio, se trata de un contrato. Pero, sujeto a diferentes normativas en función del contexto institucional en el cual se celebre. Si la persona mayor acude a una residencia estatal se concretará entonces, un contrato de prestación de servicio público, que se regirá por las normas provinciales y municipales referidas a geriátricos, y por las normas generales del derecho administrativo. En Santa Fe y Rosario, verbigracia, este contrato se regularía, básicamente, por el decreto 1534/97, de 17 de septiembre –Reglamento General para los Hogares oficiales para adultos mayores–; o por la ordenanza municipal 6287/96, de 26 de noviembre, sobre Residencias para Personas Mayores Públicas y Privadas, el Reglamento Básico de Hospitales Generales, y el resto de fuentes mencionadas.

Ahora bien, cuando la persona pretende ingresar a una institución privada lo que realizará es un contrato de prestación de servicio privado. La jurisprudencia ha denominado a este tipo de relación como contrato innominado, o contrato de hospedaje. Así por ejemplo, para la Cámara Nacional Civil, Sala A, ...el contrato en virtud del cual una persona anciana se aloja en un establecimiento geriátrico, si bien participa de las características de los contratos de locación de cosas y de servicios, va más allá, constituyendo una figura que puede calificarse como de contrato atípico o innominado (conf. art. 1143, Cód. Civil), por el cual además del alojamiento ínsito en los hospedajes comunes, se prestan otros servicios de importancia, como lo son la alimentación racional y la vigilancia médica en la forma en que se conviniera⁴⁶.

Desde esta perspectiva, la relación jurídica que se genera quedará circunscripta a las reglas generales del contrato emanadas del Código Civil, o del derecho comercial en su caso, además de sujetarse a las fuentes locales que correspondan. Siguiendo el caso de Santa Fe y Rosario, se regirá por el decreto provincial 2091/80 (B.S. 637), de 7 de julio, referido a la estructura, equipamiento y control de las Instituciones geriátricas de carácter privado, y por la ordenanza municipal 6287/96, antes mencionada.

Producto del carácter contractual de este vínculo –público o privado– será tanto el derecho de ingreso y retiro del anciano, como el derecho respectivo de admisión o alta del geriátrico. Sin embargo, a mi parecer, deberán prevalecer los derechos del internado por sobre los de la institución, porque lo que está en juego es el ejercicio legítimo de la libertad de un sujeto. En este sentido, la misma Cámara Nacional de Apelaciones citada ha sostenido que ...los internados, pese a tratarse de personas ancianas, no por ello sufren ninguna merma en sus derechos individuales, de modo que son personas capaces, que ninguna restricción experimentan, es decir, que pueden entrar, permanecer y salir del establecimiento en la forma que lo deseen, salvo, claro está, lo que pueda haberse convenido en sentido adverso. O bien, como lo ha expresado el Dr. de Mundo, en su disidencia: ...la naturaleza jurídica de los establecimientos de geriatría no se diferencia en la legalidad sustancial e independientemente

⁴⁶ CNCiv, Sala A, 23/10/96, "Aulesa, José D. y otro c/Instituto Geriátrico Constitución s/cobro de pesos", JA, 1988-I-447, y ED, 122-199. Y también: 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", JA, 1998-III-Síntesis.

de las regulaciones comunales del hospedaje, ni les toca ninguna forma de guarda limitativa de la capacidad de hecho de sus huéspedes. De ahí que ninguna empresa de hospedaje, con o sin atención médica, puede destituir la libertad de quienes reciben sus servicios, porque no existen incapacidades dispuestas por médicos ni por comerciantes; y si lo pretendieren, su actitud es contraria a la norma legal del art. 140 del Cód. Civil, pudiendo asimismo constituir el supuesto de privación ilegítima de la libertad. O sea, la incapacidad y la internación con el sentido jurídico de estos vocablos, necesita siempre e inexcusablemente orden judicial⁴⁷.

En el análisis sociológico de este tema decíamos que resultaba frecuente observar internaciones de ancianos “directamente ejecutadas” por parientes o amigos; o bien, retenciones innecesarias de aquéllos por parte de la institución. Cuando esto sucede, la violación a los derechos subjetivos de los mayores es manifiesta, dando lugar no sólo a responsabilidad en el ámbito civil, sino incluso en el fuero penal. Recordemos si no, lo dicho por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal: ...la internación en un geriátrico, mediante engaño, con orden de impedir a la internada comunicación con familiares, constituye privación ilegal de la libertad, lo mismo que la omisión de retirarla⁴⁸. De todas formas, tampoco olvidemos que, en los casos de inhabilitación, de demencia declarada en juicio; o bien, cuando el propio anciano lo requiera, las contrataciones podrán ser realizadas por los terceros interesados que ejerzan su representación por designación judicial o por mandato⁴⁹.

Por último, me gustaría destacar que en los hechos más recurrentes en este marco suelen originarse en virtud de daños causados por el personal de la institución –generalmente, médicos o enfermeros– sobre los ancianos residentes. En estos casos, la jurisprudencia ha llegado a admitir no sólo la indemnización patrimonial por los perjuicios ocasionados sino, asimismo, la reparación moral por el dolor causado. Es procedente de conformidad con lo prescripto en el art. 522 del Cód. Civil –se dice en este fallo– la reparación del daño moral sufrido por una persona por la desaparición de su madre como consecuencia de una falta de cuidado por parte del establecimiento geriátrico a quien se le había confiado su guarda⁵⁰.

Este sintético recorrido normativo nos lleva a identificar al menos tres vías jurídicas de integración del derecho privado referido a los geriátricos y a la condición de los ancianos, que se ponen en juego ante cada conflicto: el recurso a la analogía por un lado, a los principios generales del derecho positivo, de otro; y a la equidad, que

⁴⁷ CNCiv, Sala A, 23/10/86, “Aulesa, José D. y otro c/Instituto Geriátrico Constitución”, JA, 1988-I-447.

⁴⁸ CNCrimCorr, Sala 5, 21/11/97, “Pelaez, Cecilia I. y otro s/Establecimiento Geriátrico”, SAIJ v 1.8, 1999.

⁴⁹ En este sentido, recordemos que: ...Si bien entre estipulante y promitente existe un vínculo de naturaleza contractual que permite a aquel exigir de éste no sólo el cumplimiento del contrato –la prestación en favor del tercero, beneficiario de la estipulación–, sino también la indemnización de los daños derivados de su incumplimiento, tales daños deben ser propios del estipulante (en el caso, se trataba de la estipulación en favor de una anciana convenida entre un instituto geriátrico y los parientes de aquélla (conf. art. 504, Cód. Civil). CNCiv, Sala A, 23/10/86, fallo citado.

⁵⁰ CNCiv, Sala K, 29/3/94, “Mandic, M. J. v. Hogar Rivadavia SRL s/Daños y perjuicios”, citada. Y también: CNCiv, Sala C, 12/11/96, “Villela, M. Del V. N. c/Aguar Núñez, L. s/Daños y perjuicios”, “SAIJ”, v1.8, 1999; CNCiv, Sala E, 9/11/83, ED, 107-433.

proviene de las circunstancias del caso (art. 16, Cód. Civil)⁵¹. Sin embargo, de todos estos elementos, es posible colegir algunos criterios mínimos que bien podrían funcionar como base de un sistema nacional de viviendas gerontológicas, como veremos en el análisis axiológico de este tema.

c) Perspectiva iusvalorativa y su conexión con los principios bioéticos

La problemática de las viviendas especiales para ancianos se configura a partir de un conflicto de valores complejo que excede, incluso, la condición misma de sus protagonistas. En este sentido es posible observar que los geriátricos nacen como resultado de una demanda proveniente de la utilidad –la necesidad de contar con espacios exclusivamente destinados a las personas de edad, en función de la no posibilidad de asumir su cuidado en el ámbito doméstico cotidiano–. Mas se trata de un requerimiento de utilidad condicionado, puesto que este lugar también debe proveer al respeto por la integridad de la persona residente –exigencia de justicia–.

Como la relación entre estos valores resulta particularmente tensa, sobre todo en el marco de culturas de mercado como la que rige en nuestra era, corriente será observar profundas relaciones de oposición entre ambos, con marcado predominio de la utilidad⁵². En este sentido caber recordar, por ejemplo, lo observado en la perspectiva sociológica respecto a la existencia de grupos de presión económicos –obras sociales, federaciones de geriátricos, etc.– que inciden de manera directa en la vida de los residentes. Y también, lo dicho en relación con los tipos de fuentes normativas utilizadas en este ámbito y su conexión con los despliegues político-presupuestarios.

Otro conflicto importante respecto del binomio casa-ancianidad, se desencadena entre exigencias de salud y de justicia que a veces aparecen contrapuestas. Ya sea, entre el anciano y su familia, en términos microvalorativos; o bien, entre los ancianos y la sociedad, en perspectiva macroaxiológica. En el primer supuesto, el problema se plantea en función de las crecientes demandas de asistencia sanitaria del viejo que terminan desbordando la capacidad de respuesta de sus allegados. Generalmente, cuando ello sucede es la familia quien opta por la internación a fin de proteger no sólo la salud comprometida del anciano, sino también la de ellos mismos. En el segundo caso, la cuestión que se genera requiere soluciones jurídicas generales y de política sanitaria, toda vez que se debe resolver los modos de distribución de los recursos de salud destinados al anciano, pero en relación a los otorgados al resto de la población.

En función de las críticas relaciones axiológicas antes apuntadas que suelen perjudicar a los mayores, urge destacar la necesidad de contar con un criterio especial de justicia que permita protegerlos e integrarlos a la sociedad. Sobre todo, porque estamos en presencia de un vínculo jurídico que se establece con la participación de fuerzas desparejas. En efecto, de un lado nos encontramos con las residencias, que

⁵¹ Goldschmidt, *Introducción*, p. 294 y siguientes.

⁵² Como ha señalado Ciuro Caldani, en estos tiempos es posible ser con más facilidad que antes homosexual, drogadicto, etc., pero el ser niño o un anciano inútil se paga muy caro, generalmente con el abandono o la reclusión en “antesalas de la muerte”, en *Filosofía del orden público en la post-modernidad*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 21, 1996, p. 25 y siguientes.

ofrecen un régimen de vida omnímodo, muy difícil de modificar por su estructura; y de otro, estamos frente a un sujeto frágil, el anciano, que acude allí movido básicamente por razones de necesidad vital⁵³.

A fin, pues, de nivelar la posición de los viejos en la sociedad, buena será la construcción de juicios axiológicos que permitan fortalecer la toma de sus decisiones.

En este sentido, escribe el profesor Goldschmidt que la justicia, en tanto valor orientador de la vida jurídica, exige asegurar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se personalice; es decir, para que sea capaz de desarrollar su personalidad en función de sus deseos y aspiraciones⁵⁴. Según este criterio, justo será entonces, aquel sistema que proteja el ejercicio de la autonomía individual del anciano, dentro de un marco propicio para la concreción de valores personales que no perjudiquen a terceros.

Para lograr este objetivo –siguiendo ahora expresiones de Nino–, habría que reforzar el cumplimiento de tres reglas valorativas que pueden derivarse del criterio general orientador citado. La legislación nacional requerida para los geriátricos debería construirse en el marco del respeto por el principio de inviolabilidad de la persona, no admitiendo situaciones que importen sacrificios para el anciano, aun cuando de ello dependa el beneficio de otros individuos implicados. Se tendrá que rescatar el principio de autonomía personal, defendiendo desde el sistema jurídico, sobre todo la posibilidad de expresar los planes de vida e ideales de excelencia que cada anciano pretenda para sí.

Mas también se deberá apelar al principio de la dignidad, que prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las que no se ejerce control alguno –como por ejemplo, el mismo proceso de envejecimiento en sentido biológico⁵⁵–.

La realización de este régimen humanista requiere del recurso a instrumentos jurídicos que permitan fortalecer la condición de los viejos en términos de igualdad, unicidad y tolerancia. Se debe proteger al anciano frente a los demás. Sean éstos, familiares, amigos o desconocidos, que actúan ilegítimamente en contra de aquéllos. O bien, incluso cuando se trate de acciones derivadas del propio régimen en el que viven.

Así como también se los debe fortalecer frente a lo demás, es decir, frente a las circunstancias y, a veces, respecto de sí mismo –sobre todo, en relación al autoaislamiento–. En estos ámbitos, urge recordar la aplicación directa que podemos hacer de los derechos humanos. En particular, de los contenidos en las fuentes internacionales del art. 75, inc. 22 de la Const. nacional. Así como también, puede preverse la posibilidad de acudir a criterios contenidos en disciplinas afines al mundo jurídico, como sucede con los principios bioéticos de autonomía, beneficencia y justicia. En este caso, la bioética bien podría proveer recursos de interpretación relevantes en la materia, que podrían esgrimirse en el funcionamiento del derecho.

Hemos visto en apartados anteriores cómo el principio bioético de autonomía no es respetado, cada vez que se le niega al anciano la prestación de su

⁵³ Dabove, *Los derechos de los ancianos*, p. 353 y siguientes.

⁵⁴ Goldschmidt, *Introducción*, p. 399 y siguientes.

⁵⁵ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 46 y siguientes.

consentimiento a la hora de tener que contratar los servicios de una residencia. Mas el principio de beneficencia también resulta de difícil cumplimiento, toda vez que la dinámica de los geriátricos resulta condicionada por intereses extraños al anciano: por los de aquellos sectores que actúan como grupos de presión. Esta trama de fuerzas encontradas, sólo contribuyen a la realización de este principio de beneficencia, v.gr., cuando permiten generar alternativas de participación y crecimiento al residente. Pero, como vimos, en un gran número de casos, lo obstruyen. El simple hecho de condicionar el ingreso de un anciano a un instituto público, o su nivel de estadía, en función a su pertenencia o no a determinada organización, es ya una muestra de lo que afirmamos⁵⁶.

3. Conclusión

Para finalizar con este análisis, me gustaría reseñar brevemente algunas pautas que podrían ser utilizadas como base de una legislación nacional sobre residencias geriátricas.

En primer lugar, esta norma general debería construirse considerando a la vez como un dato diferenciador relevante para nuestro sistema jurídico⁵⁷. El anciano es, como hemos visto, el sujeto débil de esta historia. Razón por la cual urge reforzar su posición en aras de lograr el respeto cierto de su condición en términos de igualdad ante la ley. En esta misma línea reflexiva, se debería garantizar de manera más sólida el ejercicio del derecho de libertad de los mayores, sobre todo, a fin de evitar internaciones no queridas por sujetos lúcidos.

La legislación que pretendemos debería contemplar de forma expresa el respeto por el ejercicio del derecho a la salud del residente a fin de que éste pueda preservar su integridad física y moral con el goce de una vivienda digna. Para lograr este objetivo necesario será recurrir a indicaciones precisas acerca de las obligaciones sanitarias del geriátrico –v.gr., contar con personal de enfermería y profesionales de la salud especializados en gerontología, con infraestructuras adecuadas en todo el edificio–.

Brindar un sistema de alimentación acorde con el perfil de cada residente. Ofrecer habitaciones y lugares de esparcimiento en los que pueda asegurarse el respeto por su derecho a la intimidad, etc. Y, finalmente, desde este ámbito se debería asegurar en términos más vigorosos el ejercicio del derecho de propiedad del internado. No sólo respecto de su patrimonio sino también, en relación a la disposición que quiera hacer de su propio cuerpo. En este sentido resultaría interesante incorporar a la legislación la figura del consentimiento informado. Pero, para que rija en todos los niveles de los derechos fundamentales de la persona –y no únicamente en la relación médico-paciente–⁵⁸.

⁵⁶ En algunos geriátricos públicos es posible advertir la existencia de pabellones bien equipados y cómodos que son destinados a los residentes que pertenecen a la institución aportante de los fondos de construcción.

⁵⁷ Dabove, *Los derechos de los ancianos*, p. 30 y siguientes.

⁵⁸ Al respecto puede verse, entre otros, Hooft, *La democratización*, p. 31 y ss.; Nicolau, Noemí, *Los vicios de la voluntad en la relación médico-paciente*, "Bioética y Bioderecho", n° 2, Rosario, FIJ, 1997, p. 33 y siguientes.

Instrumentos jurídicos que podrían servir como muy buenas referencias en este tema lo constituyen: el Plan Internacional de Viena sobre el envejecimiento de 1982, firmado por Argentina. Los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad –3/Res. 46/91 de la Asamblea General, de 1991–. Los Objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001 –Res. A/47/339 de la Asamblea General, de 1992–. La Proclamación sobre el envejecimiento –Res. 5/47/5 de la Asamblea General de 1992–. Y por último, el Informe sobre los derechos de las personas de edad en relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –U.N. Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1 de 1995–.

En suma, el sistema nacional de viviendas gerontológicas que pretendemos deberá considerar muy especialmente lo observado por el profesor Bobbio: ...en una sociedad donde todo se compra y se vende, también la vejez puede convertirse en mercancía como las demás⁵⁹. Contra ello, pues, se deberá trabajar y legislar.

© Editorial Astrea, 2020. Todos los derechos reservados.



⁵⁹ Bobbio, *De senectute*, p. 35.