

EL DERECHO DE LA ANCIANIDAD EN LA CONVENCIÓN OEA-70 (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

Resumen: Se atiende a los significados del Derecho de la Ancianidad con motivo de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (OEA-70) aplicando la construcción integrativista tridimensionalista de la teoría trialista del mundo jurídico que incluye las dimensiones sociológica, normológica y dikelógica y diferencia especificidades materiales, espaciales, temporales y personales.

Abstract: We explore the meanings of Elder Law on the occasion of the Inter-American Convention on Protecting the Human Rights of Older Persons (OAS - 70) using the threedimensional integrativist construction of the trialistic theory of the juridical world, including the sociological, normological and dikelological dimensions and the material, spatial, temporal and personal specificities.

(*) Exposición del autor en el II Seminario de Trabajo sobre la Convención OEA-70 realizado el 4 de diciembre de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Homenaje del autor a las queridas memorias de los ancianos de su familia y de sus profesores Werner Schlosshauer y Jeannette Cerçeau.

Se pueden v. por ej. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (A-70), Organización de los Estados Americanos, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp, 2-12-2015; "La OEA aprobó la Convención sobre la protección de los DDHH de los mayores liderada por Argentina", *Télam*, 15/06/2015, <http://www.telam.com.ar/notas/201506/108871-washington-asamblea-general-oea.html>, 12-12-2015.

C. v. gr., DABOVE, María Isolina (dir.), "Derechos humanos de las personas mayores", Bs. As., Bogotá, Astrea, Fundación Navarro Viola, 2015. Se puede ampliar asimismo por ej. en nuestros trabajos "Derecho de la Ancianidad", en "Investigación y Docencia", N° 20, págs. 35 y ss. (1992); "Comparación jusfilosófica del Derecho de Menores y el Derecho de la Ancianidad", "Investigación..." cit., N° 25, págs. 7 y ss.

(**) Profesor titular de la Facultad de Derecho de la UNR y profesor emérito de la UBA (e-mail: mciuroc@arnet.com.ar).

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

Palabras clave: Derecho de la Ancianidad. Convención Interamericana. Protección. Personas Mayores. Integrativismo. Tridimensionalismo. Trialismo. Dimensión sociológica. Dimensión normológica. Dimensión dikelógica.

Keywords: Elder Law. Inter-American Convention. Protection. Older Persons. Integrativism. Threedimensionalism. Trialism. Sociological dimension. Normological dimension. Dikelogical dimension.

Agradezco profundamente la invitación a participar en este Seminario y felicito a los organizadores, especialmente a la profesora doctora María Isolina Dabove por su valiosísima participación en el desarrollo del *Derecho de la Ancianidad*, denominado ahora con frecuencia Derecho de la Vejez.

Es importante que, como lo propone la *teoría trialista del mundo jurídico*, la referencia al anciano en el espacio se haga en una complejidad pura integradora y tridimensional socio-normo-dikelógica, teniendo en cuenta las diversificaciones materiales, espaciales, temporales y personales interrelacionadas, de modo que el cambio en uno de los despliegues se vincula con modificaciones en los demás ¹. En nuestro caso, es relevante

¹ El trialismo es un modelo que abre el pensamiento jurídico en una *complejidad pura* parte de la gran complejidad pura con que ha de hacerse referencia a la cultura. Acerca del integrativismo tridimensionalista trialista que se propone en el trabajo v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5ª ed., Bs. As., Depalma, 1976; "La ciencia de la justicia. Dikelogía", Madrid, Aguilar, 1958 (2ª ed., Bs. As., Depalma, 1986); "Justicia y verdad", Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/961/795>, 6-10-2015; "Metodología Dikelógica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/1003/883>, 6-10-2015; "Estudios Jurídicos del Bicentenario", Rosario, UNR Editora, 2010, Libros de Integrativismo Trialista, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1360/1556>, 6-10-2015; "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico", Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 6-10-2015; "Bases del pensamiento jurídico",

en particular que la modificación material producida en la ancianidad tiene sentidos espaciales importantes a atender, por ejemplo, mediante convenciones como la que nos ocupa. La ancianidad es un desafío para la *internacionalidad* y, de manera recíproca, la internacionalidad es un reto para la ancianidad.

En cuanto a la *dimensión normológica*, una de las perspectivas relevantes es siempre la de la *exactitud* de las normas, que se logra cuando éstas se cumplen. Con referencia a la exactitud hay que tener en cuenta que la relación de las captaciones normativas con la realidad social puede producirse mediante condiciones, a menudo concurrentes, de *normatividad de cumplimiento inmediato*, de *programación* y de *propaganda* para lograr opinión favorable al cumplimiento. Incluso puede haber “falsa” normatividad, con carácter de *espectáculo*. Uno de los problemas importantes de las normas del Derecho de la Ancianidad en general y de la Convención que nos ocupa en especial es lograr la exactitud. Hay que atender a sus diversos despliegues normativos posibles: inmediatos, programáticos y de propaganda. Muchas veces las normas protectoras de los ancianos son diversamente inexactas. Incluso hay que tener cuidado respecto de las normas espectáculo.

La Convención es una *fuerza real formal* de normatividad, cuya existencia depende de las fuentes *materiales* constituidas por los repartos mismos, en los que nace y se desarrolla. En su carácter de fuente real se relaciona con las fuentes *de conocimiento* que constituyen la doctrina, como la que se desarrolla en esta Jornada. La normatividad de la ancianidad va

Rosario, UNR Editora, 2012, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/index.htm>, 27-11-2015. Es posible v. asimismo por ej. DABOVE, María Isolina, “El derecho como complejidad de saberes diversos”, en “Ideas y Derecho”, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, III, 3, págs. 95 y ss.; BENTOLILA, Juan José (coord.), “Introducción al Derecho”, Bs. As., La Ley, 2009; BANCHIO, Pablo R., “Introducción a la Filosofía del mundo jurídico”, Universidad de Belgrano, <http://repositorio.ub.edu.ar:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3214/3956%20-%20introducci%C3%B3n%20a%20la%20filosof%C3%ADa%20del%20mundo%20jur%C3%ADico%20-%20banchio.pdf?sequence=1>, 30-10-2015. En general, v. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/>, 6-10-2015; Facultad de Derecho de la Unicen, Portal Cartapacio de Publicaciones Jurídicas, http://www.cartapacio.edu.ar/index.cgi?wid_seccion=2&wid_item=3, 6-10-2015. Tal vez pueda hacerse referencia a una teoría general de la relatividad aplicada a las especificidades jurídicas.

teniendo un amplio desarrollo, no solo en los tratados en general y en lo específico del bloque constitucional sino en el campo de las leyes, donde es relevante lo que puede desenvolverse en el *Código Civil y Comercial*.

Los proyectos de repartos captados en las normas alcanzan su realización a través del difícil recorrido del *funcionamiento*, que suele requerir tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación y síntesis. A veces en el funcionamiento se evidencian carencias (lagunas del ordenamiento) por falta de normas o porque, explícita o implícitamente, se las descarta por considerarlas “disvaliosas”. Además del funcionamiento formal es relevante el funcionamiento conjetural, desenvuelto de modo tal que en muchos casos obramos según lo que conjeturamos que sería el funcionamiento formal. El funcionamiento significa relaciones, a menudo tensas, entre los autores de las normas y los encargados del mismo. Para el éxito de los repartos proyectados es importante que los encargados estén compenetrados de su significado profundo, por ejemplo, que los jueces, los administradores y los abogados tengan esta formación. Toda esta problemática se presenta en nuestro caso. Dice la Convención en su artículo 1 que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en ella no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de dicha Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Es recomendable que los jueces, los abogados y los administradores tengan especial formación en cuanto a la juridicidad de la ancianidad. No lo es, por ejemplo, que un juez abrumado por asuntos comerciales pase, sin ninguna capacitación previa, a atender cuestiones de ancianidad.

La Convención expresa en el mismo artículo que lo dispuesto en ella no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados Parte, a favor de la persona mayor.

Las captaciones normativas se producen mediante *conceptos* que *integran* los repartos captados dándoles claridad e incorporándoles sentidos en base a los cuales en principio actuamos. En el artículo 2 la Convención se ocupa especialmente de establecer los alcances de varios conceptos, correspondiendo por ejemplo lugares destacados a los de *persona mayor* y *envejecimiento activo y saludable*. Entre los conceptos importantes a debatir en nuestra materia está asimismo el de ancianidad o vejez, marco

éste en el que según creemos la *ancianidad* tiene una amplitud cultural y específicamente humana mucho más amplia y valiosa que el de la mera vejez, aplicable también de manera relativamente indiscriminada a objetos y a la limitación de nuestro cuerpo. Hay que evitar los desvíos hacia los que puede conducirnos el realismo de los universales: no existe “la” ancianidad, existe la realidad de *cada ser humano*, específica, que incluimos dentro de la noción de ancianidad. En el marco conceptual es relevante atender siempre a los *derechos* y *deberes*, en este caso de los ancianos, de *cada anciano* (v. Derechos protegidos IV²). Vale considerar además que un anciano no es un “no joven” ni un “no adulto”. Importa evitar eufemismos como el de la expresión “tercera edad”, cuando no se hace referencia ni a la primera ni a la segunda edad.

La Convención habrá de considerarse integrada en el *ordenamiento normativo*, formando parte de un *subordenamiento con principios propios*

² Según la Convención los ancianos tienen derechos a:

- Igualdad y no discriminación por razones de edad,
- Vida y dignidad en la vejez ,
- Independencia y autonomía,
- Participación e integración comunitaria,
- Seguridad y vida sin ningún tipo de violencia,
- No ser sometidos a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes,
- Brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud,
- Cuidados de salud,
- Libertad personal,
- Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información,
- Nacionalidad y libertad de circulación,
- Privacidad e intimidad,
- Seguridad social,
- Trabajo,
- Salud,
- Educación,
- Cultura,
- Recreación, esparcimiento y deporte,
- Propiedad,
- Vivienda,
- Medio ambiente sano,
- Accesibilidad y movilidad personal ,
- Derechos políticos,
- Reunión y asociación,
- Integridad en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias,
- Igual reconocimiento como persona ante la ley,
- Acceso a la justicia.

entre los que ocupa un lugar muy destacado la protección del anciano (cabe atender al Capítulo II³). Con un alcance debatido el subordenamiento corresponde a la ubicación de los tratados de derechos humanos en niveles muy altos, incluso por sobre las Constituciones y los bloques constitucionales de los Estados. Según hemos indicado, la Convención y el Derecho de la Ancianidad pueden encontrar más amplias vías de realización a través de las grandes facultades que brinda a los jueces el Código Civil y Comercial.

La *existencia específica* de la Convención, que desarrolla y aplica derechos contenidos en otros instrumentos internacionales, es *necesaria* entre otras razones para asegurar la situación de los ancianos. De modo análogo el Derecho del Trabajo, cuyas soluciones podrían obtenerse básicamente del despliegue de otras ramas más generales, como el Derecho Civil o incluso el Derecho Procesal, es necesario para asegurar la situación de los trabajadores. Podría decirse también que de cierta manera el Derecho del Trabajo es un desarrollo de la institución de la lesión. Quizás, radicalizando el ejemplo, sería viable afirmar que todas las reglas jurídicas serían reemplazables por un principio supremo de justicia, pero entonces la inseguridad sería francamente insoportable.

³ Artículo 3: Son principios generales aplicables a la Convención:

- a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
- b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.
- d) La igualdad y no discriminación.
- e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- f) El bienestar y cuidado.
- g) La seguridad física, económica y social.
- h) La autorrealización.
- i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.
- k) El buen trato y la atención preferencial.
- l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
- m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.
- n) La protección judicial efectiva.
- o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

En la *dimensión sociológica* es relevante atender a las *adjudicaciones* de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la *vida humana*. Uno de los rasgos muy jerarquizadores que a nuestro parecer tiene la propuesta de construcción trialista es la inclusión en esta dimensión de *distribuciones* que producen la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar y *repartos* originados por la conducta de seres humanos determinables. Entre las influencias humanas difusas cabe referir las que producen la economía, la religión, la lengua, la ciencia, la técnica, el arte, la educación, la concepción del mundo, etc. Es en este marco de distribuciones y repartos donde se desenvuelve la realidad social de la ancianidad. Se es anciano según adjudicaciones naturales, económicas, religiosas, lingüísticas, científicas, técnicas, artísticas, educativas, de concepción del mundo, de conducción por seres humanos determinables, etc. Por ejemplo: se es anciano en situaciones económicas de producción, distribución y consumo, de estructura de clases, etc.

En cuanto a los *repartos*, hay que tener en cuenta quiénes son los repartidores y los beneficiarios de la ancianidad y de los repartos donde actúan los ancianos; cuáles son las potencias y las impotencias que se adjudican en esos repartos (por ejemplo, de qué vida se habla en concreto cuando se dice que hay ancianidad); cuál es la forma con que se llega al comienzo de los repartos de ancianidad y producidos por los ancianos (particularmente difícil por los obstáculos comunicacionales que suelen tener física y culturalmente los ancianos) y cuáles son las razones, como móviles, alegaciones y juicios, que se producen en dichos repartos. Muchas veces bajo el discurso de beneficiar a los ancianos se beneficia realmente a otras personas. Vale atender a que a menudo hay una escasa razonabilidad de la ancianidad.

Los repartos pueden ser *autoritarios* o *autónomos*, realizados respectivamente por imposición o acuerdo y realizadores de los valores poder y cooperación. Los ancianos han pasado de tener más lugares de poder a otros donde defienden más su autonomía.

El *orden de los repartos*, denominado también régimen, puede producirse por *planificación gubernamental en marcha*, que satisface el valor previsibilidad, o por *ejemplaridad* (desarrollada por el seguimiento de repartos considerados razonables) con satisfacción del valor solidaridad. Es importante que hayan razonabilidad de la ancianidad y consecuente solidaridad con los ancianos (en cuanto a la toma de conciencia, v. Capítulo V de la Convención).

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

Todos los repartos, también los de la ancianidad y en este caso específico los de la Convención, encuentran su espacio en marcos de *factores de poder* y de *límites necesarios* que pueden obstaculizarlos. La Convención y el Derecho de la Ancianidad se harán realidad en la medida que encuentren ese ámbito. Hay que construir la *viabilidad* de la Convención y en general del Derecho de la Ancianidad.

Las *categorías básicas* de la dimensión sociológica incluyen la causalidad, la finalidad objetiva que “encontramos” en los acontecimientos, la finalidad subjetiva, la posibilidad, la realidad y la verdad. Cuando la finalidad subjetiva logra que las otras categorías correspondan a ella hay repartos exitosos, de lo contrario se trata de repartos fracasados o desbordados por otros repartos coincidentes. En la ancianidad las posibilidades de éxito suelen ir reduciéndose. Todas las categorías básicas recién referidas, menos la finalidad subjetiva, son pantónomas, es decir, se dirigen a la totalidad de sus manifestaciones. Como esta amplitud nos es inalcanzable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarlas cuando no podemos conocer o hacer más, produciendo *certeza*. La ancianidad suele ser un momento de grandes cambios en la causalidad, la finalidad objetiva, la posibilidad y la realidad generadores con frecuencia de *incertidumbre*. Muchas veces los ancianos no sabemos “a qué atenernos”. A menudo la ancianidad es caracterizable como *reducción* de las posibilidades.

En la *dimensión dikelógica* -denominada de este modo porque Diké era una de las divinidades griegas de la *justicia*- la construcción trialista incluye un complejo de valores que culmina en ese valor. Otros valores importantes son, v.gr., la utilidad, la verdad, la belleza y el amor. Es relevante que la influencia de la utilidad, que a menudo se desenvuelve de manera beneficiosa y en otros casos perjudicial, sea equilibrada en un complejo de valores, en este caso a realizar por los ancianos y en particular por cada anciano: verdad, belleza, amor, etc. Al fin hay que tener en cuenta que cada *ser humano*, también cada anciano, vale al fin en relación con el *valor humanidad* que es el deber ser de cada uno de nosotros; por la humanidad valemos más allá de todos los “disvalores” que podamos presentar.

La condición del anciano significa un gran cambio en las consideraciones de justicia, de modo que ante los *desfraccionamientos* se encuentra a menudo en situación de *inseguridad*. Pese a que la justicia ha de atender al pasado, al presente y al porvenir, con frecuencia la legitima-

ción del pasado, donde está instalada una parte relevante de la ancianidad, suele ser recortada.

Proponemos un *principio supremo de justicia* que requiere adjudicar a cada individuo el espacio de libertad necesaria para *desarrollarse plenamente*, para convertirse en persona. Ese principio es aplicable a los repartos y el régimen justos.

La legitimación de los ancianos como *repartidores*, que a veces eran considerados aristocráticos por su superioridad moral y del saber, se ha reducido. El saber del pasado pierde valor en el mundo débil de la posmodernidad y en días de un enorme cambio histórico. La tendencia a la justicia del papel de los ancianos como repartidores suele apoyarse más en su autonomía. En relación con los repartidores suele plantearse la *responsabilidad* por sus propios repartos y por el régimen. Vale atender a la responsabilidad de los ancianos y *por los ancianos*. La legitimación de los ancianos como *recipiendarios* puede provenir en mucho de su conducta vivida, de sus méritos, pero a menudo suele remitirse además con fuerza a la necesidad, es decir a sus merecimientos. Los *objetos* de reparto justo son repartideros. Como hemos indicado, la Convención pone atención en detallar las potencias e impotencias a las que tienen derecho los ancianos. Entre ellas por su notoriedad cabe mencionar, por ejemplo, la medicina y el cuidado. Es importante la legitimidad de la *forma* y las *razones* de los repartos de la ancianidad, en este caso a través de una específica fundamentación.

El *régimen* es justo cuando es *humanista*, es decir, toma a cada individuo como un *fin* y no como un medio. El humanismo ha de ser abstencionista y subsidiariamente intervencionista. Es relevante saber cuál es el nivel en que puede justificarse la intervención en la vida de los ancianos. El régimen ha de considerar a cada individuo en su *unicidad*, su *igualdad* con los demás y su pertenencia a la *comunidad*. El discurso actual, sobre el que suele servir de apoyo a la justicia del trato de los ancianos, es predominantemente de igualdad. Es muy destacado en este sentido el rechazo de la *discriminación*. Sin embargo vale no desconocer los otros despliegues, v. gr. para atender que cada anciano es y debe ser único. Para la comunidad importan las ideas de *inclusión* y *participación*.

A fin de que se realice el régimen de justicia es necesario *proteger* al individuo contra todas las amenazas, de los demás individuos como tales y como régimen, excepcionalmente de sí mismo y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). En el marco de la

protección respecto de los demás cabe el amparo de *minorías*. En esta problemática hay que entender los despliegues de la necesidad de protección de los ancianos, que constituyen una muy notable minoría, no sólo por su número sino por su condición básica de debilidad (v. por ej. Deberes de los Estados Parte, Capítulo III y Mecanismo de seguimiento de la Convención y medios de protección Capítulo VI). Es necesario atender a la vinculación de la condición de los ancianos con la *vulnerabilidad*.

Es importante que diversos factores: gubernamentales, de organizaciones no gubernamentales y sobre todo de los *proprios ancianos* confluyan para lograr la protección que requiere un régimen de justicia al respecto.

La Preámbulo de la Convención reconoce que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades. Se hace referencia asimismo a la decisión de incorporar y dar prioridad al tema del envejecimiento en las políticas públicas, así como a destinar y gestionar los recursos humanos, materiales y financieros para lograr una adecuada implementación y evaluación de las medidas especiales puestas en práctica.

Entre las diversidades de materia, espacio, tiempo y personas que evidencia el *trialismo* cabe reconocer las diferencias materiales que constituyen *ramas jurídicas*, algunas de ellas nuevas, con gran capacidad para enriquecer transversalmente a las demás, y contribuir a la realización de los derechos humanos. El *Derecho de la Ancianidad* es una rama nueva muy significativa para las otras. En este caso lo encontramos en integración principal con el Derecho Internacional y los Derechos Humanos.

Creemos que, según lo expuesto, la Convención puede ser interpretada fructíferamente dentro de los marcos del integrativismo tridimensionalista de la teoría *trialista* del mundo jurídico.

Los desarrollos del *trialismo* evidencian la importancia de la *estrategia jurídica*, La Convención constituye un elemento relevante para la construcción de la estrategia del Derecho de la Ancianidad y la juridicidad en general.

El Derecho de la Ancianidad es un aporte imprescindible para lograr un Derecho más justo y más humano. La Convención contribuye a enriquecerlo.