

XVII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA Mar del Plata. 22 al 26 de octubre de 2012.

TITULO: Modos de implementar y garantizar la vigencia de la autonomía de la voluntad y las medidas de autoprotección de los Adultos Mayores Vulnerables.

CONCLUSIÓN

El generalizado aumento de la expectativa de vida, genera nuevas proporciones en los segmentos poblacionales. Esta mayor proporción de adultos mayores visibilizan ciertas problemáticas específicas que requieren medidas concretas de resguardo adicional. La persona humana en su último tramo vital, merece los mismos esfuerzos en proveer a su cuidado que los dedicados respecto de los que se encuentran en el primero (niños). Este resguardo debe de contemplar a la persona humana como un ser complejo, por lo cual no se puede desmerecer la satisfacción simultánea y coordinada de sus necesidades morales, afectiva, habitacionales, etc, respetando al máximo que sea posible su autonomía, tanto de gestión personal en la medida de sus capacidades, como de respeto a la voluntad manifestada anticipadamente previendo la propia incapacidad.

PROPUESTAS

Lege Ferenda. En el plano del cuidado personal, se propone generar políticas públicas que promuevan el cuidado de los adultos mayores vulnerables en los propios hogares, el de sus familiares y/o adultos referentes. En el plano del ejercicio de su capacidad, el respeto a su mayor autonomía adoptando medidas legislativas que permitan la vigencia de las instrucciones dadas para la propia incapacidad. **A fin de resguardar al máximo posible el uso de su autonomía se propone recurrir al concepto de competencia, herramienta de origen bioético, a fin de evitar que una medida de restricción a su plena capacidad civil pueda afectar el desarrollo autónomo de ciertos manejos personales y/o patrimoniales para los cuales no necesitaría asistencia. Asimismo se propone regular el reconocimiento de la vigencia de las disposiciones dadas en plena capacidad para regir en su ulterior incapacidad. Esto último requiere garantías adicionales, a fin de evitar eventuales desvíos en configuración de la estipulación o en la dinámica del ejercicio del mandato conferido. A tales fines se propone la figura de la homologación judicial del poder, que requeriría la aceptación del mismo por parte de los designados asistentes/acompañantes. La homologación judicial implicaría la designación de un Representante Promiscuo y tratamiento diferenciado del sistema de identificación y archivos de las causas.**

Lege Data: Posturas jurisprudenciales, que garanticen al adulto el goce pleno de su autonomía en la medida de sus posibilidades, recurriendo al concepto de competencia.

PONENCIA COMPLETA

SUMARIO

1.- Organismos Internacionales y protección del adulto mayor vulnerable. 2.- Marco constitucional y protección a los A.M.V. 3.- Marco legal interno y protección al A.M.V. 3.- 1.- Redacción original Código Civil (año 1871) 3.- 2.- Reforma Ley 17.711 (año 1968) 3.-3.- Reforma de la Ley de Salud Mental N° 26.657(año 2010). 3.- 4.- Proyecto Código Civil y Comercial Unificado (2012) 4.- Conclusiones. 4.-1.- Del estatuto de Derechos Humanos. 4.-2.-Del estatuto referencial de Niños 4.-3.- De la protección total e integral 4.- 4.- De su ubicación sistemática 4.- 5 Respeto al máximo de la autonomía de su Voluntad 4.-5.-1 El concepto de competencia como parámetro de capacidad 4.- 5.- 2 Vigencia de las estipulaciones para la propia incapacidad

1.- Organismos Internacionales y protección del adulto mayor vulnerable

Si bien es cierta la regulación formal de Instrumentos Internacionales consagrando Derechos Humanos Universales, la igualdad en el ejercicio de tales derechos para toda la humanidad en su conjunto se vio condicionada. Se vienen generando “reivindicaciones grupales o colectivas en las que los sectores o grupos sociales históricamente discriminados, postergados o desaventajados reclaman la remoción de barreras legales, económicas y sociales que impiden o limitan su participación y acceso a distintas esferas sociales” (Abramovich y Courtis, 2005).

Actualmente, no se considerara que la existencia del derecho formal, sea en los hechos realizable por propia inercia. La discusión teórico-política, viene señalando el fuerte androcentrismo de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y como consecuencia de ello, la necesidad de puntualizar con documentos que equiparen la realización en los hechos de los derechos formales para segmentos desventajados. Así se fueron concretando instrumentos específicos para revertir tales males respecto de las mujeres (Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1979); los niños (Convención sobre los Derechos del Niño en 1989); los pueblos originarios (Declaración de los derechos de los Pueblos Indígenas en 2007) y personas que requieren servicios de salud mental (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en 2007). En la agenda, se encuentra previsto el instrumento referente a Adultos Mayores Vulnerables (en adelante A.M.V.) el cual todavía no se concreta.

En este contexto, es que se viene trabajando para la inclusión específica de los A.M.V.: visibilizándolo como grupo, reconocimiento sus diferencias específicas y pretendiendo remover las pautas aparentemente neutrales que obstaculizan la aplicación de aquellos derechos ya reconocidos en general en otros instrumentos de derechos internacional. Como los anteriores grupos mencionados, los A.M.V. deben de revertir un fuerte atraso en el acceso real al ejercicio de los derechos reconocidos a la humanidad toda. “Tres variables se utilizan para conceptualizar su situación social compleja: la desigualdad, la dependencia y la vulnerabilidad.”¹

Hay Tratados Internacionales que declaman la igualdad de Derechos para todos los hombres, independientemente de sus contingencias concretas, incluyendo específicamente a ancianos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1988.

A su vez, se concretaron instrumentos internacionales de segunda línea, como recomendaciones, planes de acción etc, que específicamente trabajan sobre la temática de los A.M.V.: Recomendación 162 de la OIT sobre los trabajadores de edad (1980); Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (1982); Resolución 46/91 sobre los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2002); Resolución CE130.R19 sobre la Salud y el Envejecimiento de la OPS (2002); Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003) y Declaración de Brasilia (2007).

Este recorrido por Instrumentos Internacionales, que enfatizan la figura del A.M.V. como sujeto de derecho con dignidad intrínseca y autonomía, nos hace ver el interés de la Comunidad Internacional por revertir el retraso en el disfrute efectivo de los derechos formalmente reconocidos que afecta a los A.M.V.

2.- Marco constitucional y protección a los A.M.V.

La inclusión de los A.M.V como sujeto de protección en nuestra Constitución Nacional, sufrió los mismos avatares que en el concierto internacional.

¹ www.cepal.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/.../xml/...

De corte clásica, nuestra Constitución de 1853 considera que el reconocimiento universal de derechos es suficiente para garantizar el disfrute efectivo de los mismos a todos los hombres.

La reforma de 1954, incorpora derechos sociales, de los cuales sobrevivió a la derogación de 1956 el Art. 14 bis que consagra: “El Estado otorgara los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; **jubilaciones y pensiones móviles**; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la”.

Así, la satisfacción de las necesidades del segmento A.M.V., parecería estar vinculado a la garantía de un ingreso por jubilación o pensión. Como es de advertir, tales presunciones fueron desarticuladas por las realidades concretas del segmento, ya que no preveía la situación de los A.M.V. que no pudieron gozar de trabajo regular que le efectuara los aportes previsionales, o que los ingresos por jubilación y/o pensión resultaran insuficientes para llevar su vida con dignidad o cuando sus carencias fueran de carácter no económico.

Es decir que los A.M.V., quedaron, como otros segmentos, invisibilizados por la euforia de la plena capacidad del ciudadano.

Así llegamos a la Reforma Constitucional del año 1994, que nos trae dos importantes modificaciones. Se establece como competencia del Congreso de la Nación, art. 75 inc 23: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, **los ancianos** y las personas con discapacidad.”

Es decir, ya se visibilizan los segmentos sociales con retraso en el disfrute efectivo de los derechos formalmente reconocidos a todos los hombres. Dentro de esos grupos, específicamente los ancianos.

La segunda innovación es el de incorporar con jerarquía constitucional los siguientes Tratados Internacionales de Derechos Humanos en virtud del art. 75 inc 22: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

Una rápida comparación con los estatutos mencionados en el punto 1, nos indica que en Argentina gozan de status Constitucional los Instrumentos Internacionales que garantizan al grupo A.M.V. el acceso a los derechos civiles, políticos, culturales, económicos, sociales, etc. como sujeto de derecho digno, autónomo y merecedor de tutela diferenciada.

3.- Marco legal interno y protección al A.M.V.

Vamos a desarrollar la evolución de la protección de los A.M.V. en nuestro sistema de segundo grado, es decir las leyes nacionales.

Entendida como “la aptitud de las personas naturales para actuar por sí mismas en la vida civil”², advertimos que la capacidad de hecho tiene como contracara la incapacidad. La que pudiera afectar a los A.M.V. no necesariamente viene de la mano de enfermedades. El reblandecimiento de las funciones volitivas y/o cognitivas son parte de la evolución natural del humano, mal podría decirse que en sí sea una enfermedad. Los efectos en sí son similares.

3.- 1.- Redacción original Código Civil (año 1871)

En aquel sistema jurídico, la capacidad e incapacidad se regulaban como polos sin intermedios. Los adultos con capacidades disminuidas, sean o no valetudinarios, se declaraban incapaces.

Nuestra tradición jurídica, ubica a los supuestos protección de adultos incapaces dentro de las relaciones de familia. Se los sometía a la figura de la curatela (art. 468 y sgts C.C.³) que se encuentra en la Sección Segunda del Libro Primero bajo la denominación de “De los Derechos Personales en las relaciones de Familia”, tras ser regulada la tutela, (figura sustitutiva de la Patria Potestad) y remitiéndose a ella⁴. Curatela y Tutela conforman el bloque de Cuasifamilia. A tal extremo que asimila al mayor incapaz al estatuto del menor de edad, y dentro de los responsables de su resguardo se ubican los familiares.⁵

Esta ubicación sistemática de la figura no es neutra, sino que refiere claramente un posicionamiento desde el cual se trabaja la situación de los adultos con incapacidades, nuestros actuales A.M.V., en un marco de contención familiar. Podría haber estado tratado el tema en la Sección Primera del Libro Primero: “De las personas en general” cuando regula la capacidad e incapacidad de las personas.

Este marco referencial nos resulta de suma utilidad para justificar nuestro propio posicionamiento: la protección de los A.M.V. está necesariamente ligada a la contención del mismo en su grupo familiar y por ello su regulación civil debe de ubicarse entre las relaciones familiares como lo previó Vélez Sarsfiel.

3.- 2.- Reforma Ley 17.711 (año 1968)

Al modificar el C.C., la ley 17.711 innova en el ámbito de las personas adultas con capacidades disminuidas, incluyendo la figura de la inhabilitación (art. 152 bis⁶) como intermedia entre capacidad e incapacidad.

² LLAMBRÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General Tomo I, vigésimo segunda edición actualizada por Patricio J. RAFFO BENEGAS. Reimpresión. Abeledo Perrot. Bs. As. 2009, p 391.

³ Art. 468. Se da curador al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes.

⁴ Art. 475. Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces.

⁵ Art. 470. La declaración de incapacidad y nombramiento de curador pueden pedirla al juez, el ministerio de menores y todos los parientes del incapaz.

⁶ Art. 152 bis. Podrá inhabilitarse judicialmente:

Así la Jurisprudencia puntualiza: “El régimen de la inhabilitación judicial es una institución destinada a proteger a las personas que se encuentran afectadas por diversos tipos de deficiencias morales, psíquicas o de conducta, que inciden sobre su discernimiento, colocándolas en situación de inferioridad por la gestión de su patrimonio”⁷

Los adultos podían ser plenamente capaces, relativamente incapaces y por último totalmente incapaces. En estos dos últimos supuestos se les designaba curador. En la inhabilitación para completar la voluntad civil mermada. En la curatela para sustituir la capacidad civil retirada.

La situación de protección de los A.M.V. parecería haberse relocalizado en el ámbito de la capacidad, ya que el art. 152 bis se encuentra en la Sección Primera del Libro Primero: “De las personas en general”. No obstante ser tratado sistemáticamente como una cuestión de capacidad la legitimación para proveer a su protección sigue estando vinculada con la relación de familia, como se lee del propio artículo.

3.-3.- Reforma de la Ley de Salud Mental N° 26.657(año 2010).

Giro drástico en la lectura de la capacidad e incapacidad de los adultos se nos presenta con la sanción de la ley 26.657. Si bien se direcciona a las personas que requieren servicios de salud mental, afecta el estatuto de los A.M.V. en cuanto modifica el sistema de capacidad/incapacidad de los adultos al incorporar el art. 152 ter⁸.

1° A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio.

3° A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H “M., D” del 28/10/1993. LA LEY 1995-B, 527 AR/JUR/1373/1993.

⁸ Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

En un voto decisivo a favor del mayor uso posible de las facultades de las personas con capacidades disminuidas, se deja de lado el concepto de incapacidad absoluta, siendo en lo sucesivo todas las incapacidades de carácter relativo y temporario, debiendo indicar la sentencia de incapacidad los actos que gozan de restricción para el ejercicio autónomo.

Esto es en un todo coherente con el respeto a la dignidad humana. Nadie puede ser restringido en el ejercicio de los derechos que puede realizar por sí. En este sentido, la doctrina se refiere a capacidad regresiva, utilizando similares pilares a los que cimientan el tratamiento de la capacidad progresiva en los niños conforme el art. 12 de la C.S.D.N⁹ y los arts. 24 y 27 de la ley nacional de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes.¹⁰

⁹ C.S.D.N. Artículo 12: 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

¹⁰ LEY 26.061 ARTICULO 24. — DERECHO A OPINAR Y A SER OIDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

ARTICULO 27. — GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;

También utilizaremos el concepto de familia que nos da el art 7 del decreto 415/2006 reglamentario de la ley 26.061¹¹ de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescente, que no alude exclusivamente a la familia parental, sino a los vínculos significativos. Pretendemos trasladar este concepto de familia a los fines de definir el grupo en el cual el A.M.V. puede ser contenido.

Este paralelismo, nos resulta de gran utilidad para justificar nuestro posicionamiento en el sentido que ambos extremos vitales (niñez y vejez) deben de ser resguardados en sus necesidades específicas y respetados en el ejercicio autónomo su capacidades.

3.- 4.- Proyecto Código Civil y Comercial Unificado (2012)

Si bien es cierto que nos estamos refiriendo a un proyecto y como tal pasible de modificaciones hasta su eventual sanción, nos alineamos plenamente con las prescripciones proyectadas. Apoyamos enfáticamente la regulación estipulada a la merma de la capacidad de los adultos por dos razones. La primera en función que mantiene la línea de respeto a la autonomía del A.M.V. en cuanto se encuentre en condiciones de ejercicio. La segunda por la regulación de las medidas de autoprotección o medidas previendo la propia incapacidad o directivas anticipadas a los fines de la designación del propio curador¹².

Este dato no es menor, y también será considerado de especial interés para justificar nuestro posicionamiento al tratamiento de la situación del A.M.V.

4.- Conclusiones.

Desde la lectura coordinada de los antecedentes vamos a justificar nuestro posicionamiento,

4.-1.- Del estatuto de Derechos Humanos.

Como todo humano, el A.M.V. debe de ser tratado reconociendo su calidad intrínseca de digno.

“Ontológicamente, la dignidad humana viene explicada como el estatuto del hombre, en el sentido de ser tratado según su naturaleza objetiva, con una doble capacidad

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

¹¹ Decreto Reglamentario 415/2006: ARTÍCULO 7: Se entenderá por “familia o núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada.

Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares

¹² Proyecto Código Civil y Comercial Argentina: ARTÍCULO 139.- Personas que pueden ser curadores. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.

Los padres pueden nombrar curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

cognoscitiva y moral, interpretada fenomenológicamente como la expresión de sus condiciones antropológicas y culturales. No fraccionable, porque hay que abandonar una concepción meramente veterinaria del hombre, su dignidad es el conjunto de naturaleza y cultura, de cómo el hombre deviene persona”¹³

A los fines del ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a todos los humanos, el A.M.V. requiere de instrumentos específicos que posibiliten revertir el atraso relativo del grupo al cual pertenecen.

Se debe de apremiar la redacción de un documento internacional que visibilice a los A.M.V. identificándolo como grupo desventajado, reconociendo sus diferencias específicas y con fin de remover las pautas aparentemente neutrales que obstaculizan el efectivo disfrute de aquellos derechos ya reconocidos en general en otros instrumentos de derecho internacional.

4.-2.-Del estatuto referencial de Niños

El derecho reconoce en el niño una persona cuya situación de total dependencia inicial en su nacimiento va revirtiéndose paulatinamente, hasta el ejercicio de su plena autonomía.

En la dinámica de los A.M.V. la evolución es inversa. Siendo autónomo, progresivamente van perdiendo ese ejercicio en una mayor o menor dependencia (ver 9 y 10).

No nos vamos a detener en las causas de la pérdida de autonomía de los A.M.V. (motoras, psicológicas, sociales, culturales, etc), nuestra intención es proponer capitalizar la vasta experiencia en el tratamiento de la infancia en el otro extremo vital del humano.

El estatuto del niño, desarrollan exitosamente mecanismos legales que protegen a quienes por su condición etaria dependen de otros adultos que resguardan su persona y bienes, con un sistema que posibilita el ejercicio de su capacidad progresiva a quienes estén en condiciones de formarse un juicio propio, al desarrollo del máximo de sus posibilidades, a ser contenidos en su medio familiar de origen o pertenencia, a la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías que se les reconoce.

Estos principios son perfectamente traspolables al tratamiento que requiere el otro extremo vital del humano. Máxime en el sistema de protección integral de los niños regulado en Argentina, que prevé herramientas como la protección del centro de vida¹⁴ (ha sido vastamente trabajado el influjo benefactor que la estabilidad habitacional genera en todas las personas y en especial al A.M.V.), o el concepto de familia (ver 8) incluyendo no sólo a los parientes sino a los referentes afectivos.

4.-3.- De la protección total e integral

La protección de los A.M.V., debe de partir del presupuesto que, como humano, su naturaleza es compleja (ver 13).

Considerar que su protección integral se circunscribe a la satisfacción de las necesidades materiales, es una transgresión, entre otras, a los pactos que les reconocen derechos en el ámbito de la cultura.

Como persona compleja, su calidad de vida también está condicionada por otras variables tales como: contención; participación en la producción y disfrute de bienes culturales; espacios de esparcimiento en su sintonía que contemplen la adaptación a sus necesidades motoras, sensoriales, alimentarias, estética, etc.; consulta en el diseño de las políticas que le afecten; el saberse determinante en la toma de decisiones sobre su persona y bienes; entre otras.

4.- 4.- De su ubicación sistemática

¹³ BERTOLILNO, Rinaldo. La libertà di coscienza e i diritto umani, la nozione formazionee interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, ricerche dedicate al professor Filippo Gallo, IV ed. Jovene, Napoli, 1997, p 89, citado por MAYO Jorge en: Persona humana y dignidad. El orden público humanista. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. La Ley. Diciembre 2010. Pag 240.

¹⁴ Ley 26.061. Art. 3 inc f.: Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Como consecuencia necesaria de reconocer en el A.M.V. un ser complejo se deviene la ubicación de su protección en el derecho.

No es neutra la ubicación sistemática de los institutos destinados a la protección integral y promoción de los A.M.V. Como toda disciplina goza de particularidades derivadas del objeto que regula. Un tratamiento legislativo respetuoso del A.M.V., debe de responder a su especial condición de sujeto de derecho con capacidades mermadas en mayor o menor medida y con una progresión en tal sentido. No obstante ello, consideramos que la ubicación dentro de las ramas del derecho, debe de serlo en torno al Derecho de Familia, específicamente Cuasifamilia, conjuntamente con Tutela.

Ubicar la regulación de los A.M.V. en el ámbito de la capacidad de las personas, como si solamente de ello se tratara, implica consecuencias epistémicas y de repercusión académicas. Regular respecto de una persona que requiere de una intervención yuyiva adicional en el ámbito de su capacidad mermada, desconocería la complejidad del tema. Entre otras, no trabajaría sobre las barreras más o menos visibles que impiden la equiparación en el ejercicio pleno de los derechos que se le reconocen; las necesidades específicas que debe de cubrir el grupo a cuyo cuidado se encomienda; los especiales recaudos a cubrir para permitir el desarrollo al máximo posible de sus potencialidades y expectativas. Todo ello considerando que su situación no deviene necesariamente de una enfermedad, sino del reblandecimiento o de sus funciones cognitivas y/o volitivas.

Sin desconocer situaciones que requieren tratamientos de complejidad imposibles de cubrir en ámbitos domésticos, ya sea por necesidades tecnológicas o situación de violencia generada por el propio A.M.V. (como en alguna etapa del mal de alzheimer), consideramos que la contención en el medio familiar, es el más indicado. Esto así en razón del mayor grado de conocimiento personal, de ser parte de la historia, del componente afectivo que se supone vigente, etc. etc. que se puede aprovechar, capacitando a un/os pariente/s y con una contraprestación económica por la merma en la capacidad laborativa. Estos dos últimos puntos a cargo del Estado.

Este mayor compromiso personal, tiene su repercusión en el ámbito jurídico, ya que las legitimaciones activa para solicitar intervención judicial en resguardo de la protección integral de un A.M.V., se ubica en el ámbito de los parientes (ver 3). Asimismo las mayores responsabilidades, con sanciones por quebrantos graves a la solidaridad familiar tanto civiles (indignidad sucesoria prevista en el art. 2995 C.C.¹⁵) como penales (abandono de personas previsto en el art. 106 y 107 C.P.¹⁶), toman con carácter privilegiado la calidad de parientes de los responsables abdicantes.

¹⁵ C.C. Art.3295.- Lo es también el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo, o hacerlo recoger en establecimiento público.

¹⁶ Código Penal **ARTICULO 106.-** El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

ARTICULO 107.- El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge.

A los fines de la definición de familia, debe de hacerse extensiva para los A.M.V. el concepto elaborado por el art. 7 del decreto reglamentario N° 415/2006 a la ley de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes (ver 8). Así los afectos significativos del A.M.V. deben de ser considerados familia a la hora de atribuir derechos y responsabilidades en el cuidado personal y patrimonial del A.M.V.

4.- 5 Respeto al máximo de la autonomía de su Voluntad

Este punto es el que mayor interés nos despierta y vamos a subdividirlo en ejercicio de la autonomía vinculado al concepto de competencia y directivas para la propia incapacidad.

4.-5.-1 El concepto de competencia como parámetro de capacidad. Dentro de los parámetros vigentes en el ámbito del ejercicio por sí de los derechos, la doctrina de los derechos humanos respalda el mayor respeto al uso de la autonomía por parte de toda persona, incluso aquellas que tiene capacidad mermada (personas menores de edad, que requieren servicios de salud mental, A.M.V.).

Este posicionamiento, que es coherente con la lógica del respeto a la dignidad intrínseca del ser humano, genera ciertos inconvenientes a la hora de asegurar el tráfico jurídico. La certeza, regularidad y celeridad del tráfico jurídico/económico, requiere como presupuesto necesario, certezas sobre la capacidad del cocontratante a la hora del acuerdo.

La conciliación de estos dos principios elementales (autonomía/certeza), debe de partir de un instrumento que garantice el máximo posible la capacidad de ejercicio autónomo, a fin que los efectos jurídicos del mismo, se incorporen al tráfico sin inconvenientes. Ya la doctrina más autorizada viene señalando los inconvenientes que esto puede generar para el propio sujeto de derecho que se pretende preservar¹⁷.

Proponemos utilizar el concepto de competencia, cuya original aplicación en el ámbito de la bioética partiendo de la capacidad progresiva de los niños en el ámbito de la salud como opuesta a una idea fija de capacidad hasta una edad determinada, se trasladó al ejercicio de la autonomía progresiva en ámbitos jurídicos, con resultados auspiciosos.

Para ello se deberá de aplicar no solamente en concepto conforme se diseñó originalmente en la “Gillick-Competency” (G.C.) sino capitalizando los ulteriores desarrollos para el nítido perfil del mismo.

En el fallo “Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and DHSS” (1985) 3 All ER 402 (HL), y a partir de la petición de una madre que no se diera consejo y tratamiento anticonceptivo a sus hijas menores de edad, la Corte de los Lores elaboró los siguientes principios: 1) la autoridad parental disminuye a medida que se acrecienta la autonomía de los niños; 2) que no hay regla absoluta de autoridad parental hasta una edad fijada; 3) que los derechos parentales sólo se reconocen hasta tanto el niño arribara una edad de suficiente entendimiento e inteligencia; 4) que el médico tenía discreción para dar tratamiento y consejo anticonceptivo aun niña que hubiera arribado con suficiente entendimiento e inteligencia que la habilitara a entender completamente lo que le es propuesto; 5) que ese estándar es una cuestión de hecho a determinar en cada caso por el médico que diera consejo y tratamiento anticonceptivo y 6) que el médico diera consejo y tratamiento anticonceptivo a una menor sin el consentimiento de sus padres, dadas determinadas circunstancias sujetas a la discreción del juicio clínico no cometería ningún delito.

Originalmente la competencia fue conceptualizada como “Suficiente entendimiento o comprensión e inteligencia como para habilitar a entender completamente lo que es propuesto, tratándose de una cuestión de hecho”

Casos posteriores, requirieron mayores precisiones, las que conforme Ursula C. Basset⁽¹⁸⁾ se concretaron en cuatro ejes. 1) la estabilidad en la competencia, que no podía estar sujeta a los inestables estados anímicos de quien es evaluado; 2) que es lo que debe

¹⁷ LAFERRIERE, Jorge N. y MUÑIZ, Carlos “La nueva ley de salud mental. Implicaciones y deudas pendientes entorno a la capacidad” Diario E.D. del 22/02/2011.

¹⁸ BASSET Ursula. Autonomía Progresiva. Tendencias Jurisprudenciales. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. La Ley. Octubre 2010. Pag 228 y sgtes.

entender el niño: “madurez para entender lo que implica, no sólo en lo personal como en lo moral y familiar”, lo que 2.1 excluye un quantum insuficiente de conocimiento, 2.1 incluye el conocimiento de las consecuencias de sus actos, 2.3 excluye influencias indebidas, 2.4 no está afectado por experiencias traumáticas; 3) cómo diferencias entre consentimiento y rechazo al tratamiento y por último 4) los poderes que se reserva la Corte para evaluar.

Esta experiencia, como así la específicamente nacional, es altamente capitalizable a la hora de valorar la posibilidad del ejercicio autónomo de los derechos por parte de los A.M.V. Haciendo un paralelo entre su aplicación en el ámbito terapéutico y en el ámbito de los jurídicos, podríamos decir como la C.S.J.N. que el consentimiento informado, base para evaluar la competencia del paciente, “tiene su razón de ser en posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica”¹⁹.

No solamente el A.M.V. debe tener suficiente entendimiento o comprensión e inteligencia para entender, sino que tal entendimiento y determinación deben de ser estables, entender las implicancias en cuanto a la cantidad de información que se tiene, los efectos en su entorno, no estar influenciado, no estar bajo los efectos de un trauma y entender lo que se quiere y lo que no se quiere. En todos los casos sujeto a eventual revisión judicial.

Somos conscientes que nos posicionamos desde una intervención compleja que requerirá un nutrido cuerpo de especialistas para hacer efectivas las evaluaciones en tiempo oportuno en todo lo atinente al manejo personal y patrimonial por parte de un A.M.V. No obstante ello, no encontramos otra vía para que se de cumplimiento a las Convenciones de Derechos Humanos que se suscribieran por la República.

4.- 5.- 2 Vigencia de las estipulaciones para la propia incapacidad. Dentro de la línea de trabajo que resguarda el ejercicio de la autonomía al máximo que sea posible, proponemos la regulación de los “actos de autoprotección”, “mandatos instructorios”, “mandato preventivo”, “mandato de protección futura” (art 477 Código Civil Francés), “poder preventivo o mandato preventivo” en la doctrina española²⁰, o “estipulaciones para la propia incapacidad” como los llama el Dr. Fanzolato²¹: “reconociendo la validez de disposiciones adoptadas por personas capaces en previsión de su propia incapacidad, deterioro o disminución de sus facultades con la finalidad de que su voluntad y deseos se cumplan, en la medida de lo posible, en la hipótesis de una futura debilitación de sus aptitudes”.

Dentro de las estipulaciones, el interesado podrá dar directivas respecto de la o las personas, conjunta o sustitutivamente, tendrán a su cargo el acompañamiento en el ejercicio de su propia autonomía mermada, o el ejercicio de su representación ejecutando las instrucciones que se les dejan, tanto en lo personal como en lo patrimonial.

No nos vamos a detener en el contenido de la estipulación para la propia incapacidad, ya desarrollada in extensos²². Si nos interesa el modo de su instrumentación.

Existen regímenes muy completos que regulan las disposiciones que nos ocupan en torno a las intervenciones notariales o judiciales.

A nosotros nos atrae la posibilidad de regular un mandato consensuado, entre quien estipula y quien es designado como executor, para su ulterior homologación en el Fuero de Familia.

Esto trae aparejado varias ventajas. La primera de ellas es que el mandato de esta naturaleza es una “vía para fortalecer la autodeterminación de los adultos añosos y

¹⁹ C.S.J.N EN AUTOS “GODOY Aguirre Marta c/ Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro” 12/08/2008. La Ley Online. AR/JUR/9059/2008.

²⁰ Memoria adjunta a la ley 41/2003.

²¹ FANZOLATO, Eduardo Ignacio. Protección de la libre voluntad del Adulto Mayor Vulnerable. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. La Ley. Mayo 2011. Pag 184 y sgtes.

²² FANZOLATO. Ob. cit. pág. 190

asegurar el ejercicio de sus derechos”²³. En otro sentido la persona de confianza del mandante, acepta a su cargo las pautas del mandato. También que al ser homologado, necesariamente interviene el Asesor de Familia supervisando el respeto de sus derechos como si fueran los de un menor²⁴, quien ejercería una función compleja: se aseguraría de la competencia del mandante, de la legalidad de los poderes otorgados, y de la modalidad de su cumplimiento. Este acuerdo, puede ser dejado sin efecto y/o modificado en tanto y cuanto el mandante sea competente. Asimismo, en esta causa se tramitarán las cuestiones conexas que se susciten a futuro.

Una ventaja importante de esta propuesta es la gratuidad del servicio prestado por el Asesor de Familia en Etapa Previa, que implicaría la no necesidad de gastos para el adulto destinado a aportes u honorarios. Otra ventaja importante de la modalidad propuesta, es que en el Fuero de Familia, las causas son reservadas, por lo cual se resguardaría la intimidad de las directivas del causante. Se debería prever organizar un sistema de registro y archivos diferenciados para estas causas, a fin que con el nombre y documento del causante se pueda localizar inmediatamente la causa, asimismo que esté disponible en plazos perentorios, sugiriendo a tal fin las modalidad de pre archivo (es decir, expedientes que por su inmovilidad son localizados físicamente fuera del espacio del Juzgado pero dentro del ámbito material del edificio). Otra ventaja significativa a nuestro juicio, es el hecho que ante la primera necesidad de intervención, ya se encuentre un instrumento como punto de partida para resolver cuestiones atinentes a un A.M.V., con un Asesor de Familia ya interviniendo, incluso para cuestiones que se debatan en torno a sus alimentos, guarda, comunicación, etc.

PONENTE: Ab. Esp. WALLACE, Néida Mariana Isabel.

Abogada (Mat. N° 1-28091) Especialista en Derecho de Familia.

Docente Semiexclusiva, Categorizada de Privado VI Cátedra “A”, Familia y Sucesiones. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Argentina

Investigadora acreditada en SECyT Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Argentina

²³ DABOVE CARAMUTO, María Isolina y PRUNOTTO LABORDE, Adolfo. Derecho de la ancianidad. Perspectiva Interdisciplinaria. Juris, Rosario, 2006, p 10.

²⁴ Conforme C.S.J.N. 06/07/2010 en autos “RIVERA, Rosa Patricia (en nombre y representación de sus hijos menores) c/ Estado Nacional y/o Estado mayor Gral. del Ejército Argentino. 19/05/2009 “CARBALLO de POCHAT”