

COMENTARIOS A FALLOS

Adultos mayores. Derecho a la vivienda y a la salud. Competencia

CSJN. “Rodríguez, Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo - amparo colectivo”, 5 de mayo de 2020

Por María Isolina Dabove¹ y Martín Ava²

1. Introducción

El envejecimiento de la población ha generado un peculiar escenario social que crece día a día de manera sostenida y se expande en el mundo muy rápidamente. Es considerado un fenómeno global y multigeneracional que se profundizará con el tiempo³ –incluso a pesar de la pandemia–, cuyos rasgos se expresan en el plano demográfico, en el campo económico, en el área cultural y, por ende, en el plano de los derechos.⁴

1 Abogado (UBA). Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (Universidad de Chile). Maestrando en Derechos Humanos (UNLA).

2 Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA).

3 Dabove, M. I. (2018). *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance* (pp. 5- 51). Buenos Aires: Astrea; Lesson, G. W. (2009). Demography, politics and policy in Europe. En Ludow (ed.), *Setting EU Priorities* (pp. 102-124). Ponte de Lima: The European Strategy Forum; Lesson, G. W. (2009a). Future Ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status. En Nurvidya y Ananta (eds.), *Older Persons in Southeast Asia* (pp. 47-67). Singapur: Institute of Southeast Asian Studies (ISEAS); Lesson, G. W. (2011). Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging. *Current History. Journal of Contemporary World Affairs*, 110 (733), 75-80.

4 Dabove, M. I. (2008). Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Revista de Derecho de Familia, julio/agosto* (40), 39-54; Dabove, M. I. (septiembre de 2015). Elder Law: A Need that emerges in the course of life. *Ageing International*, (40). doi: 10.1007/s12126-013-9193-4.

Argentina es uno de los países con mayor población de personas mayores en América Latina y el Caribe. Según estimaciones del Instituto Nacional de Estadística y Censo para el año 2020, las personas mayores en nuestro país alcanzarían más del 15% del total,⁵ entre las cuales la mayoría son mujeres.⁶ En el grupo de personas de 60 hasta los 75 años, hay una y media mujeres por cada varón. Mientras que en el grupo que abarca a las personas de 75 y más años, hay dos mujeres por cada varón.

Este nuevo escenario social expresa también el aumento de la demanda de cuidados gerontológicos de largo plazo. En la actualidad, las residencias gerontológicas y los centros de día constituyen alternativas adoptadas por la sociedad, la familia y el Estado como respuestas eficaces frente a la necesidad de alojamiento, asistencia, recreación o cuidados cotidianos que requieren, en ciertos casos, las personas mayores.⁷

Su diseño y expansión son deudores de una compleja red de factores diversos. Uno de ellos es el nuevo escenario demográfico ocasionado por el aumento de la esperanza de vida y los cambios en las pirámides de población que se vienen produciendo desde el siglo XX. Otros están referidos a las modificaciones materiales y culturales acaecidas en la estructura familiar. También es relevante el impacto de los avances científico-tecnológicos, sin los cuales no hubiese sido posible mejorar la calidad de vida y, menos aún, hacerla más longeva.⁸

La pandemia de COVID-19 afectó particularmente a todas las instituciones de cuidados de largo plazo, en especial a las residencias gerontológicas. Muchas sufrieron contagios masivos, a raíz de los cuales se produjeron incluso varios fallecimientos, y otras simplemente tuvieron que cerrar por no poder ofrecer las condiciones de seguridad requeridas por las autoridades para atender la emergencia sanitaria.

En este trabajo nos proponemos reflexionar acerca de estas problemáticas a la luz del fallo “Rodríguez” de la CSJN (*Fallos* 343: 283), en el que se rechazó una acción de amparo colectivo promovida por uno de los inquilinos de una residencia de larga estadía para personas mayores, con el objeto de que se protegieran sus derechos (y los de todas las personas que habitaban la residencia) a la vivienda y a la salud, por considerarse que el pleito no reunía los requisitos necesarios para surtir la competencia originaria de la CSJN.

Para llevar a cabo nuestro trabajo, nos posicionaremos desde la perspectiva del derecho de la vejez y utilizaremos la metodología jurídica de la teoría trialista del derecho.

5 Oliveri, M. L. (2020). “Envejecimiento y atención a la dependencia en Argentina”. *Nota técnica IDB-TN-2044*, BID/IADB. Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Envejecimiento-y-atencion-a-la-dependencia-en-Argentina.pdf>

6 INDEC (2014). *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*. Buenos Aires: INDEC; Dabove, M. I. (1996). Comprensión jusfilosófica del derecho de la ancianidad. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (21), 11; Di Tullio Budassi, R. (2008). El Derecho alimentario de los ancianos. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (38), 64-82.

7 Dabove, M. I. (2012). En el tiempo de los derechos: una mirada iusfundamental a las residencias gerontológicas. *Jurisprudencia Argentina*, I (fascículo 4), 3-58.

8 Dabove, M. I. (2018), *op. cit.*, pp. 5- 51.

El derecho de la vejez es una rama jurídica transversal que estudia la condición jurídica de las personas mayores (de 60 y más años), expresadas en las prácticas sociales, las normatividades y las valoraciones jurídicas que se desarrollan en torno a esta etapa de la vida. Está compuesto por cinco ejes principales: la persona mayor y sus atributos (nombre, domicilio, estado, capacidad), los derechos humanos de autonomía, los derechos humanos de inclusión y participación, los derechos humanos de protección, asistencia y cuidados y los remedios procesales para el acceso a la justicia.⁹

Por otro lado, la metodología empleada tiene su base en la teoría trialista del mundo jurídico. Como enseña Ciuro Caldani, para la propuesta trialista el derecho es una perspectiva de la vida humana toda, que nos incumbe de diversas maneras como individuos y como partes del complejo humano.¹⁰ Para este enfoque, el derecho es un fenómeno complejo, constituido por adjudicaciones (dimensión sociológica), descriptas por normas (dimensión normológica), que se orientan a la realización de la justicia (dimensión axiológica).¹¹

El fallo abordado atraviesa los cinco ejes que componen el derecho de la vejez e ilustra la compleja trama de decisiones y adjudicaciones referidas a las personas mayores. El plano normativo está referido a las fuentes formales (reglas o principios) del ámbito estudiado. En el caso a abordar, se ponen en juego los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Nacional y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIDPM). Por último, es necesario realizar un análisis de los criterios valorativos tensionados en el caso y de los medios requeridos para la construcción de un derecho humanista que garantice que las personas mayores puedan ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones que todas las demás.

Las secciones que siguen están destinadas a examinar los hechos, la normativa aplicable y los criterios de justicia imperantes al momento de dictarse la sentencia. También, veremos qué aprendizajes nos deja esta experiencia judicial.

2. Los hechos del caso y la decisión judicial

A comienzos de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró “pandemia” al brote del coronavirus COVID-19 que se habría originado en China. En virtud de ello, tanto el Estado argentino como el gobierno de la provincia de Buenos Aires emitieron una profusa normativa, destinada

9 Dabove, M. I. (1996). Comprensión jusfilosófica del derecho de la ancianidad. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (21), 11; Dabove, M. I. (2002). *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina; Dabove, M. I. (2008a). La problemática de la vejez en el derecho argentino: razones para la construcción del derecho de la ancianidad. *Estudios Interdisciplinarios sobre o Envelhecimento*, 13(1), 7; Dabove, M. I. (2017). *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, segunda edición. Buenos Aires: Astrea; Dabove, M. I. (2018). *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance* (pp. 5-51). Buenos Aires: Astrea; Dabove, M. I. y Prunotto Laborde, A. (dirs.) (2006). *Derecho de la ancianidad*. Rosario: Juris.

10 Ciuro Caldani, M. A. (2020). *Una teoría trialista del Derecho*, segunda edición. Buenos Aires: Astrea.

11 Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Depalma; Ciuro Caldani, M. A. (2011). *Estrategia Jurídica*. Rosario: UNR Editora; Ciuro Caldani, M. A. (2020). *Una teoría trialista del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.

a prevenir el contagio y la propagación del virus, y a resguardar los derechos fundamentales de la población, particularmente, de las personas mayores que habitan en residencias. Entre otras cosas, se dispuso la restricción de la circulación en todo el territorio y el aislamiento social preventivo y obligatorio y se establecieron diversos protocolos sanitarios.

En este contexto, el 20 de abril de 2020, el señor Rodríguez (en adelante, “el actor”) se encontraba viviendo en una residencia de larga estadía para personas mayores en la localidad de Avellaneda, provincia de Buenos Aires, cuando la empresa que tenía a su cargo la administración de la residencia (en adelante, “la demandada”) le notificó que procedería a cerrar definitivamente el establecimiento, ya que no podía cumplir con el protocolo establecido por el Ministerio de Salud en relación con la pandemia en lo atinente a las personas mayores de edad residentes en el inmueble, no solo por falencias edilicias, sino también por no contar con los recursos económicos y humanos para su implementación. Asimismo, la demandada solicitó a los familiares del actor y de los demás residentes que procedieran a trasladarlos a otros establecimientos, o bien, a sus propios hogares, antes del 15 de mayo de 2020.

Cabe señalar que el actor había ingresado a la residencia en 2014 por requerir de cuidados activos a causa de una enfermedad oncológica y un cuadro de depresión, que sus familiares no estaban en condiciones de proveerle. Asimismo, había contratado los servicios de la residencia de manera privada, ya que no le fue posible acceder a una a través de la cobertura que le brinda su obra social, el Programa de Acción Médica Integral (PAMI).

Ante la decisión de la demandada, el actor promovió una acción de amparo colectivo en su contra, sumando también al reclamo a la provincia de Buenos Aires y al Estado nacional, exigiéndoles la tutela de su derecho a la vivienda y a la salud, así como los de quienes se encontraban alojados en la residencia.

En concreto, el actor pretendía que (a) se garantizara la vivienda y la habitación de todas las personas mayores que habitaban en la residencia administrada por la codemandada; (b) se dispusieran todas las medidas necesarias para proteger la salud de los residentes de acuerdo con los protocolos aplicables; y (c) se otorgara una solución definitiva al problema de habitación y de salud, con la participación de los afectados y sus familiares.

En su demanda, el actor sostenía que el Estado nacional estaba obligado a proteger los derechos de las personas mayores, y, en particular, su derecho a la salud y a una vejez digna, en virtud de la CIDPM y del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, que establecía la obligación de asegurar a las personas afectadas por las medidas sanitarias una atención sin discriminación y un trato digno. Agregaba que las personas mayores se encontraban en un estado de especial vulnerabilidad durante la pandemia y que no habían recibido un tratamiento digno, con un control exhaustivo de las autoridades sobre las condiciones en las que vivían y eran tratadas.

Asimismo, señalaba que la provincia de Buenos Aires también estaba obligada a garantizar los derechos de las personas discapacitadas y de las personas mayores, así como el derecho a la salud de sus habitantes, en virtud de lo establecido en su Constitución (art. 36, incs. 5, 6 y 8), y le correspondía

ejerger el poder de policía sobre todas las residencias de larga estadía para personas mayores que funcionan en su territorio.

El actor también sostuvo que el desalojo en el contexto de la pandemia ponía en riesgo la salud de las personas que habitaban en la residencia, y que el traslado a otros establecimientos era de cumplimiento imposible, ya que estaba prohibido por el Ministerio de Salud.

Finalmente, solicitó cautelarmente que se prohibiera a la demandada la realización de cualquier traslado o desalojo de las personas residentes en el establecimiento (salvo razón urgente de salud o previo consentimiento informado), y que se le ordenara tomar todas las medidas necesarias para asegurar la salud y la integridad de sus habitantes, así como para permitir la comunicación con sus familiares y responsables.

La demanda fue interpuesta directamente ante la CSJN, en función de su competencia originaria, ya que el reclamo estaba dirigido contra el Estado nacional y la provincia de Buenos Aires, además de la empresa prestadora del servicio.

En su dictamen preliminar el Procurador Fiscal de la Nación consideró que la causa correspondía *prima facie* a la competencia originaria de la CSJN, ya que (a) el Estado nacional y la provincia de Buenos Aires eran parte en el pleito; (b) ambos habían adoptado medidas para atender los derechos fundamentales de la población y, en particular, de las personas mayores en residencias; y (c) la CIDPM les imponía a ambos obligaciones en materia de salud y vivienda.

Sin embargo, la CSJN resolvió, de manera unánime, que no era competente para entender en la causa, y dispuso su remisión a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, para que fuera ella quien decidiera qué tribunal provincial resultaría competente para intervenir, de acuerdo con las disposiciones locales.

Para arribar a dicha decisión, la CSJN se basó en varios precedentes propios, según los cuales una acción de amparo puede tramitar ante la CSJN siempre que, además de verificarse las hipótesis que habilitan la competencia originaria del tribunal (arts. 116 y 177 de la CN y art. 24, inc. 10, del Decreto-Ley 1285/58), la materia sobre la que verse el pleito sea de manifiesto contenido federal, o bien, de naturaleza civil y exista distinta vecindad o nacionalidad de la contraria, quedando excluidos los procesos que se rigen por el derecho público local.

La CSJN entendió que la materia del pleito de marras carecía de carácter federal, pues el actor cuestionaba hechos y omisiones de las autoridades provinciales en ejercicio de sus facultades previstas por la CN (arts. 121 y 122), que presuntamente violaban sus derechos protegidos por la CN y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, es decir, garantías que no son exclusivamente federales sino concurrentes con el derecho público local.

En este sentido, la CSJN recordó que el término “Estado” empleado en el artículo 14 bis, párrafo tercero de la CN, alude tanto al Estado nacional como a los Estados provinciales, de manera que su reglamentación no es privativa del gobierno federal y, en caso de facultades concurrentes, una potestad

legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse sobre una misma materia sin que esto implique la violación de algún principio o precepto jurídico, siempre que no exista una incompatibilidad manifiesta e insalvable entre esas facultades.

La CSJN también recordó que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce en forma expresa los derechos de las personas mayores (art. 36, inc. 6), y establece que la provincia debe promover políticas asistenciales y de revalorización del rol activo de dichas personas. En este sentido, la CSJN observó que la Ley N° 14263 de la provincia de Buenos Aires había establecido el marco regulatorio de las residencias de larga estadía, tanto de gestión pública como privada, que prestaban servicios en el ámbito de la provincia. Asimismo, la CSJN señaló que el Decreto N° 1190/2012, reglamentario de dicha ley, disponía que las residencias debían observar condiciones adecuadas de alojamiento, alimentación, higiene, recreación y atención médica para el bienestar y comodidad de sus residentes.

Por otra parte, la CSJN sostuvo que, de acuerdo con las dos normas señaladas en el párrafo anterior, la habilitación, categorización y fiscalización de las residencias en territorio bonaerense debían ser realizadas por la autoridad de aplicación, que es el Ministerio de Salud de la provincia, y que una vez otorgada la habilitación provincial las municipalidades debían registrar dicha habilitación y tenían competencia concurrente con la autoridad de aplicación para, entre otras cosas, inspeccionar periódicamente los establecimientos y fiscalizar el cumplimiento de los requisitos establecidos para su funcionamiento.

En virtud de las disposiciones mencionadas, la CSJN resolvió que la responsabilidad primaria en el asunto traído a su conocimiento recaía sobre el Estado provincial y la municipalidad en cuya jurisdicción se encontraba ubicada la residencia, de modo que la acción de amparo incoada por el actor debía tramitar ante los jueces provinciales, en tanto el respeto del sistema federal y de las autonomías locales requería que fueran ellos los que intervinieran en causas en las que se ventilaran asuntos de esta naturaleza. Asimismo, la CSJN aclaró que todas las cuestiones federales que pudieran estar comprendidas en el caso eran susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario federal.

Por otra parte, la CSJN sostuvo que la sola violación de cláusulas constitucionales y de derechos reconocidos en tratados internacionales incorporados a la CN proveniente de autoridades provinciales no sujeta, por sí sola, las causas que de ella surjan al fuero federal, pues este solo tendrá competencia cuando sean lesionadas por o contra una autoridad nacional. Y agregó que, en este caso, la demandante no había individualizado ni concretado los hechos u omisiones de carácter antijurídico en que habrían incurrido las autoridades nacionales y de los que se derivara un daño para ella, por lo que no podía decirse que el Estado nacional estuviera sustancialmente demandado en la causa, es decir, que tuviera un interés directo en el pleito.

3. Protección normativa de las personas que viven en residencias

Desde la perspectiva normativa, las residencias gerontológicas pueden ser consideradas establecimientos complejos en los cuales se desarrolla la vida de una persona mayor. Se constituyen con el fin de brindar prestaciones socio-sanitarias integrales. Algunas adquieren personerías jurídicas privadas, ya adopten el modelo de las fundaciones o asociaciones civiles; otras se organizan como sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas; y también existen residencias que son estatales. En los establecimientos privados el servicio puede ser cubierto por obras sociales o empresas de medicina prepaga, por la propia persona residente, o por sus familiares. En cambio, los establecimientos públicos brindan el servicio de manera gratuita para sus residentes.¹²

Hasta el presente, en Argentina no existe una ley nacional referida a este tipo de instituciones, pero su existencia atraviesa transversalmente al derecho en su conjunto.

De la cadena de producción normativa propia del sistema representativo, republicano y federal, tres son los ámbitos institucionales que han ejercido facultades regulativas y de control, aplicables a las residencias argentinas: el Estado nacional, las provincias y los municipios. Los tres se hallan habilitados, incluso, para ejercer competencias “concurrentes” en este punto.

No obstante, no ha sido este el criterio impuesto en atención a las potestades de creación y control de servicios de interés público, como es el de las residencias, que provincias y municipios parecen haberse reservado dentro del esquema de gobierno federal. Y este, precisamente, ha sido el enfoque que el fallo analizado priorizó para la construcción de su respuesta.

Ahora bien, desde el año 2017 en Argentina rige la CIDPM con jerarquía supralegal. En ella se reconoce expresamente a la “persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo” como nueva categoría de protección. El artículo 2 de la CIDPM la define como aquella persona mayor que

reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio.

Más adelante, en el artículo 12, la CIDPM se refiere de manera específica y detallada a los servicios de cuidado de largo plazo bajo el estándar de la igualdad y no discriminación, el enfoque de género, el respeto de la capacidad jurídica y de los derechos humanos de autonomía, libertad y autodeterminación.

¹² Dabove, M. I. (2012), *op. cit.*, pp. 3-58; Dabove, M. I. (2014). Las residencias gerontológicas en el Derecho de la Vejez: panorama normativo en Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, nueva serie II*, V(2), 173-215.

En particular, la CIDPM considera la independencia y la autonomía como un derecho de las personas mayores a tomar decisiones, a planificar y llevar sus vidas, a mantener sus tradiciones y creencias en igualdad de condiciones con otros segmentos de la población y a tener acceso a los mecanismos que les permitan ejercer sus derechos. Asimismo, la CIDPM establece específicamente el deber del Estado de adoptar programas, políticas o acciones que faciliten y promuevan el pleno goce de esos derechos por las personas mayores, facilitando su autorrealización, el fortalecimiento de todas las familias, las relaciones afectivas y los lazos sociales (arts. 4, 5- 7, 9- 16, 19, 23, 24 y 30).

En cuanto a los principales estándares específicos sobre servicios de cuidados de larga duración establecidos por la CIDPM, se pueden destacar algunas ideas clave. En primer lugar, el tratado impone una nueva perspectiva a la vejez: el envejecimiento empoderado, activo y saludable. En segundo lugar, la CIDPM establece como objetivos especiales la erradicación de la discriminación por edad, la promoción de la autonomía de las personas mayores y el desarrollo de un sistema integral de atención integrado por servicios sociales y de salud.

A su vez, el artículo 1 de la CIDPM establece que

el propósito de esta Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Entre los principios más relevantes que establece la CIDPM, el artículo 3 menciona los de igualdad y no discriminación de las personas por envejecimiento; la equidad e igualdad de género y el enfoque de ciclo de vida; el bienestar y trato adecuado; la atención preferencial; y la protección judicial efectiva de sus derechos y libertades.

Por su parte, el artículo 4 del tratado reconoce deberes generales de los Estados parte en relación con este tipo de servicios. En especial, se establece que deben adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar prácticas como el aislamiento, el abandono, la restricción física prolongada, el hacinamiento, los tratos degradantes, la expulsión de la comunidad, la privación de alimentos, la infantilización, los tratamientos médicos, entre otros, inadecuados o desproporcionados o que constituyan malos tratos o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de las personas mayores.

Asimismo, la CIDPM establece nuevos derechos protegidos en relación con el cuidado de las personas mayores, a saber, los derechos a la vida y la dignidad (art. 6); a la seguridad y a una vida libre de violencia de cualquier tipo (art. 9); a la salud (art. 19); a dar el consentimiento libre e informado en materia de salud (art. 11) y a un sistema integral de cuidados de larga duración (art. 12).

El artículo 12 regula exhaustivamente los derechos de las personas mayores que reciben servicios de cuidado a largo plazo. Allí se obliga a los Estados a garantizar la salud, cobertura de servicios sociales (seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestido y vivienda), autonomía, integridad y perspectiva de género a las personas mayores, así como diseñar medidas de asistencia para las familias y cuidadores. Adicionalmente, se establecen tareas específicas para cumplir con esos fines, tales como asegurar que el inicio y finalización de los servicios de cuidados de larga duración sea decidido por libre y expresa voluntad de las personas mayores, evaluar y fiscalizar las instalaciones, legislar sobre responsabilidad del personal de servicios de cuidado a largo plazo y garantizar cuidados paliativos.

Por otro lado, es importante resaltar que la CIDPM refleja los estándares establecidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). El artículo 30 de la CIDPM replica en su totalidad el contenido del artículo 12 de la CDPD, que introdujo una verdadera revolución copernicana en cuanto al concepto de autonomía y capacidad jurídica. Vale la pena tener en cuenta que el artículo 12 de la CDPD protege el derecho a ejercer la agencia legal con más claridad que cualquier instrumento anterior de derechos humanos.¹³

En consecuencia, ni la CDPD ni la CIDPM hacen distinción entre la capacidad de disfrute y la capacidad de ejercicio o agencia jurídica, una vez que estas capacidades han sido plenamente adquiridas a los 18 años. Por otro lado, ambas consideran que toda persona con discapacidad o mayor (incluso las que padecen enfermedades mentales) tienen derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Finalmente, desaprueban categóricamente cualquier restricción a la capacidad jurídica que implique la sustitución de la voluntad de la persona.¹⁴

A pesar de contar con este riquísimo entramado normativo que goza de jerarquía suprallegal, la CSJN se pronunció atendiendo a un criterio administrativo solo afín a la distribución fáctica de competencias. Quizás, una de las razones para adoptar este posicionamiento haya sido la declaración interpretativa al artículo 31 de la CIDPM que formuló la Argentina a la hora de hacer el depósito del instrumento de ratificación en la sede de la OEA, el 23 de octubre de 2017. Allí, nuestro país expresa que

13 Arstein-Kerslake, A. y Flynn, E. (2017). The right to legal agency: domination, disability and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *International Journal of Law in Context. Special Issue: Legal Capacity and Human Rights*, 13(1), 22-38. doi: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000458> ; Minkowitz, T. (2017). CRPD and transformative equality. *International Journal of Law in Context. Special Issue: Legal Capacity and Human Rights*, 13(1), 77-86. doi: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000483>; Rosales, P. O. (2012). *Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*. Buenos Aires: Infojus; Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca.

14 Dabove, M. I. (2016). Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 16(30-1), 38; Dhanda, A. (2017). Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. *International Journal of Law in Context*, 13(1), 87-95. doi:10.1017/S1744552316000501; De Bhailís, C. y Flynn, E. (2017). Recognising legal capacity: Commentary and analysis of Article 12 CRPD. *International Journal of Law in Context*, 13(1), 6-21; Smith, A. (2014). Are guardianship laws and practices consistent with human rights instruments? In A. K. Dayton (ed.), *Comparative perspectives on adult guardianship* (pp. 247-271). Durham, Carolina del Norte: Carolina Academic Press.

las obligaciones contraídas en los párrafos cuarto y quinto del artículo 31 [referido a Acceso a la justicia] deben entenderse como obligaciones de medios, enderezadas a la adopción de medidas, atendiendo a un criterio de progresividad y a los condicionamientos políticos propios del diseño de competencias constitucionales.

Sea ello como fuere, en materia de residencias gerontológicas no rige una distribución de competencias expresa en la CN, ni tampoco rigen prohibiciones, ni reservas de poderes en favor de las provincias o municipios. La facultad para legislar, administrar y justiciar es, pues, concurrente, y ese hubiese sido un camino muy interesante que podría haberse seguido en este caso, con el beneficio de otorgar la protección reforzada de derechos que exige la CIDPM.

4. Valoración de la sentencia ante el impacto de la pandemia en las residencias

Tal como se mencionó anteriormente, la decisión de la CSJN en este caso se centró en el examen de los requisitos que habilitaban su competencia, sin llegar a tratar el fondo del asunto. En este sentido, la CSJN resolvió declinar su intervención en el juicio por entender que las cuestiones que se le planteaban se referían exclusivamente a facultades propias de las provincias y a potestades regulatorias concurrentes. De esta manera, convalidó la distribución implícita de competencias que existe en nuestro país en torno a la regulación del contrato de servicios residenciales para personas mayores, pero dejó sin respuesta otras cuestiones más relevantes que se traían a su conocimiento.

La carencia de una regulación de alcance nacional, específica y de fondo, que establezca un marco jurídico de orden público para el establecimiento y funcionamiento de servicios residenciales, sumada a la confusión que genera la existencia de competencias concurrentes y la consiguiente incertidumbre en torno a la jurisdicción que resulta más idónea para resolver los conflictos que puedan suscitarse, se vuelve particularmente problemática en el marco de una situación de emergencia como la planteada por la pandemia del COVID-19.

En efecto, la crisis que desató la propagación del virus puso en evidencia las múltiples fallas que existen en torno a diversos institutos y servicios para personas mayores, como sucede con los residenciales. Los problemas edilicios, la carencia de personal especializado, la falta de insumos y la incapacidad para adecuar los servicios a las medidas y protocolos impuestos desde el Estado, tuvieron un impacto muy serio en los derechos de las personas que habitan en las residencias y sus familiares. Al mismo tiempo, este grupo ha sido uno de los más proclives a adquirir el virus, con las mayores tasas de mortalidad por dicha causa.

En este contexto, la perspectiva jurídica más adecuada a adoptar en un caso como el que estamos analizando habría sido aquella que maximizara los mecanismos de protección existentes, a fin de aventar dilaciones innecesarias y potenciar la capacidad protectora del entramado normativo vigente.

En otras palabras, el decisorio podría haberse motivado en un enfoque centrado en la persona mayor y sus necesidades, que facilitara al actor el acceso a la justicia y el ejercicio de sus derechos, en lugar de detenerse en cuestiones meramente procedimentales, que tampoco habrían sido óbice para su intervención, dado que, como se apuntó más arriba, las potestades en esta materia son concurrentes.

Como lo venimos advirtiendo en investigaciones anteriores, la vejez exige la construcción jurídica de nuevos despliegues valorativos.¹⁵ Impone la tarea de realizar ajustes razonables en todo juicio de valor, “asegurando a cada persona mayor, en cuanto tal, el espacio de libertad que necesita para continuar personalizándose e interactuar con los demás, en igualdad de condiciones”.¹⁶

Por otra parte, es importante resaltar que la tónica valorativa de esta decisión no se condice con las consideraciones vertidas por la CSJN en otras causas recientes, en las que, haciendo referencia a la importancia de la actuación del órgano jurisdiccional en situaciones de emergencia como la que estamos atravesando actualmente, ha dicho que las autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos, y que ni siquiera estados de grave conmoción social, incluso aquellos que llevaron a la declaración del estado de sitio, pueden hacer que se excluya la intervención de los jueces, tuitiva de los derechos individuales (*Fallos* 343-1: 195).

5. Conclusión

El envejecimiento poblacional y la longevidad actual de la vejez son fenómenos extraordinarios, que transforman profundamente nuestra mirada de la vida, de las instituciones y de la cultura toda. Se trata, pues, de una verdadera revolución, silenciosa, creciente y sostenida en el tiempo. Sin embargo, la práctica jurisdiccional no siempre está a tono con esta nueva realidad social, ni tampoco con los estándares supraleales de derechos humanos formalmente en vigor gracias a la CIDPM, tal como lo ilustra el fallo analizado.

La “gerontoglobalización” llegó para quedarse. Nuestro continente ha dado a luz el primer tratado vigente que así lo reconoce. El mundo debate hoy la elaboración de una Convención Universal de Derechos Humanos para las Personas Mayores.

Se necesita, pues, una justicia que asuma de manera sustantiva esta nueva realidad jurídica y comience a tomar decisiones correspondientes con los valores supraleales plasmados en la CIDPM y con el carácter concurrente de la facultad para legislar, administrar y justiciar que nuestra CN habilita para este ámbito.

En suma, es necesario garantizar la exigencia de “igual consideración y respeto” que cada uno tiene en cuanto persona, tan bien señalada por Dworkin.¹⁷ Se precisa consolidar el derecho a una distribución

15 Dabove, M. I. (2002). *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

16 “El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, de personalizarse” (Goldschmidt, W. [1987]. *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Depalma, pp. 399 y 417).

17 Dworkin, R. (2012). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, p. 332.

igual de oportunidades, recursos o cargas, y el derecho a ser tratado como igual, a recibir la misma consideración y respeto que le correspondería a cualquiera. Se debe garantizar que los intereses de las personas mayores sean tratados tan extensamente como los de cualquier otro ser humano. El mundo “gerontoglobalizado” nos impone a todos la tarea de equilibrar mejor las adjudicaciones concretas de bienes y cargas entre los miembros de una sociedad determinada, favoreciendo a los que están peor situados con el propósito de igualarlos en términos globales.¹⁸

Bibliografía

- Arstein-Kerslake, A. y Flynn, E. (2017). The right to legal agency: domination, disability and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *International Journal of Law in Context. Special Issue: Legal Capacity and Human Rights*, 13(1), 22-38. doi: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000458>
- Ciuro Caldani, M. A. (2011). *Estrategia Jurídica*. Rosario: UNR Editora.
- (2020). *Una teoría trialista del Derecho*, segunda edición. Buenos Aires: Astrea.
- Dabove, M. I. (1996). Comprensión jusfilosófica del derecho de la ancianidad. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (21), p. 11.
- (2002). *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- (2005). *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina.
- (julio-agosto de 2008). Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Revista de Derecho de Familia*, (40), 39-54.
- (2008a). La problemática de la vejez en el derecho argentino: razones para la construcción del derecho de la ancianidad. *Estudios Interdisciplinarios sobre o Envelhecimento*, 13 (1), 7.
- (2012). En el tiempo de los derechos: una mirada iusfundamental a las residencias gerontológicas. *Jurisprudencia Argentina*, I (fascículo 4), 3-58.
- (2014). Las residencias gerontológicas en el Derecho de la Vejez: panorama normativo en Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, nueva serie II*, V (2), 173-215.
- (septiembre de 2015). Elder Law: A Need that emerges in the course of life. *Ageing International*, (40). doi: 10.1007/s12126-013-9193-4.
- (2016). Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 16 (30-1), 38.

¹⁸ En este sentido, uno de los principios básicos de justicia compartibles según Rawls es aquel que indica que “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que se compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”. Pero además se impone que las desigualdades sociales y económicas sean conformadas de modo tal que a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. Más aún, los valores sociales –libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, las bases sociales y el respeto a sí mismo– “habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos”. Dabove, M. I. (2005). *Los derechos de los ancianos*, segunda edición. Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina, p. 437; Rawls, J. (1993). *Teoría de la justicia*. (Traducción de M. D. González). Madrid: Fondo de Cultura Económica, pp. 75 y 82.

- (2017). *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*. Buenos Aires: Astrea.
- (2018). *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*. Buenos Aires: Astrea, pp. 5- 51.
- Dabove, M. I. y Prunotto Laborde, A. (dirs.) (2006). *Derecho de la ancianidad*. Rosario: Juris.
- De Bhailís, C., y Flynn, E. (2017). Recognising legal capacity: Commentary and analysis of Article 12 CRPD. *International Journal of Law in Context*, 13 (1), 6-21. doi:10.1017/S174455231600046X
- Dhanda, A. (2017). Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. *International Journal of Law in Context*, 13(1), 87-95. doi:10.1017/S1744552316000501
- Di Tullio Budassi, R. (2008). El Derecho alimentario de los ancianos. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (38), 64-82.
- Dworkin, R. (2012). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Depalma.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (2014). *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*. Buenos Aires: INDEC.
- Lesson, G. W. (2009). Demography, politics and policy in Europe. En Ludow (ed.), *Setting EU Priorities* (pp. 102-124). Ponte de Lima: The European Strategy Forum.
- (2009a). Future Ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status. En Nurvidya and Ananta (eds.), *Older Persons in Southeast Asia* (47-67). Singapur: Institute of Southeast Asian Studies (ISEAS).
- (2011). Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging. Current History. *Journal of Contemporary World Affairs*, 110 (733), 75-80.
- Minkowitz, T. (2017). CRPD and transformative equality. *International Journal of Law in Context. Special Issue: Legal Capacity and Human Rights*, 13(1), 77-86. doi: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000483>
- Oliveri, M. L. (2020). *Envejecimiento y atención a la dependencia en Argentina*. Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Envejecimiento-y-atencion-a-la-dependencia-en-Argentina.pdf>
- Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la justicia*, primera edición, segunda reimpresión. Traducido por M. D. González. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Rosales, P. O. (2012). *Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*. Buenos Aires: Infojus.
- Smith, A. (2014). Are guardianship laws and practices consistent with human rights instruments? In A. K. Dayton (ed.), *Comparative perspectives on adult guardianship*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, pp. 247-271.