LOS DERECHOS EL ADULTO MAYOR. PROTECCION DE LA SALUD MENTAL. RAZONABILIDAD EN TIEMPOS DE PANDEMIA.

Una sociedad puede ser definida por el lugar que asigna a sus ancianos, las representaciones que sobre este colectivo se formula, las imágenes que pone en movimiento. Porque la vejez es un hecho biológico y también una construcción social. "El sentido que los hombres asignan a su existencia, su sistema global de valores es el que define el sentido y el valor de la vejez. A la inversa, por la forma en que una sociedad se comporta con sus viejos, descubre sin equívoco la verdad –a menudo cuidadosamente enmascarada– de sus principios y sus fines" (DE BEAUVOIR S; 1970:107)

Marco normativo sobre adultos mayores y discapacidad.

Para comenzar a comprender la coherencia del sistema normativo que involucra a los adultos mayores en relación a su capacidad, sus derechos, y en especial el tratamiento multidisciplinar de la salud mental, y el análisis de las medidas que en relación a ellos se adopte, lo sean en un marco de razonabilidad, por lo que es necesario centrarlo en el estudio de los Derechos Humanos.

Esta re lectura es necesaria, máxime en este tiempo de a-normalidad, como lo es el tiempo señalado por la pandemia causada por el Covid 19, que dio como respuesta para enfrentarla diversas medidas, vistas como necesarias para casi todos los gobiernos del mundo, mediante un sistema que dio preeminencia a la protección de la salud pública como derecho colectivo, y que en cierto modo afecta la órbita de los derechos inherentes a la persona humana, comenzando por la libertad en sus diversas expresiones.

Hoy nos centramos en un colectivo que está especialmente protegido, como el de los adultos mayores. No es posible agotar la mirada sin realizarlo con el sistema normativo integrado.
Por ello es necesario tener presente para este abordaje integral y no necesariamente en este orden sino en forma conjunta como mínimo:

1) La Constitución Nacional y la Constitución provincial de Misiones. [1]
2) La CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES [2]

---

1 (https://www.congreso.gob.ar/constitucionNacional.php , http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/misiones.htm)

2 (ratificada por el Congreso de la Nacion bajo Ley 27360 HONORABLE CONGRESO DE LA NACION ARGENTINA el 09-may-2017 Publicada en el Boletín Oficial del 31-may-2017 Número: 33635:

3) La CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD,[3]
4) La CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS [4]

6) El Código Civil y Comercial de la Nación [5]
7) La Ley de Salud Mental 25657 [6] **,** entre otros.

Nos proponemos a partir de este mínimo, -el que se debe ampliar con todos los instrumentos internacionales por su intima conexión- poner la mirada muy especialmente sobre un colectivo que requiere un sistema de protección integral, cuyas normas integrantes de ese ordenamiento protectorio deben ser articuladas en forma armónica y coherente a fin de asegurar una respuesta adecuada y oportuna.

Esta integración está dada por los propios objetivos, preámbulos y aspiraciones de cada instrumento internacional, y, como ilustrativamente lo expresa la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre y transcribo: …

"Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional;

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos

---

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

3 (https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf)

4 (https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf)

5 (http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf)

6 http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm , https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/11/ReglamentacionSM-1.pdf)

económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, …"

(Sistema de proteccion integral de los derechos de las personas con discapacidad https://www.porigualmas.org/articles/313/sistema-de-protecci-n-integral-de-las-personas-con-discapacidad)

Vemos que esa mirada " protectora internacional, de naturaleza nacional" ya no es coadyuvante o complementaria" del derecho interno, sino que es derecho positivo operativo y vigente, desde su constitucionalización en 1994 con la reforma constitucional (Art 75 inc 22) y reiterado dicho carácter en la sanción y promulgación del Codigo Civil y Comercial de la Nacion (Art. 1 y 2). Todos los derechos humanos se han sensibilizado ante los decretos de necesidad y urgencia que han restringido el ejercicio de algunos de ellos en funcion del bienestar colectivo y de la salud publica.

Los nuevos doctrinarios brindan una mirada amplia de la necesidad siempre vigente de RE PENSAR EL DERECHO:

> *" A la luz de su magnitud, la pandemia se perfila como desastre [7] ; entendido no sólo como evento de la naturaleza sino y fundamentalmente como un fenómeno social donde emergen la expresión social de vulnerabilidad y el estado de incertidumbre por parte de las instituciones.*
>
> *La emergencia nos llama a repensar el derecho, las normas y su aplicación, procurando adoptar intervenciones y disposiciones que respondan a las necesidades y derechos de aquellos que la pandemia expone como colectivos vulnerabilizados. Adoptando como criterio el cuidado de la salud mental, la integridad, dignidad y derechos reconocidos en nuestro ordenamiento.[8]*

Extraeremos del sistema normativo los aspectos procesales relevantes para el ejercicio jurisdiccional:

APLICACIÓN de la ley en el tiempo. Procedimientos.

El CCyCN trae múltiples disposiciones de naturaleza netamente procesal que modifican la legislacion local, la cual debera oportunamente adecuarse en cada legislatura provincial.
Parte importante de la doctrina sostiene que, a partir de la vigencia de la nueva legislación, ésta se aplica en forma inmediata a todos los juicios pendientes.
No obstante, es necesario señalar que los trámites, diligencias y plazos que hayan tenido principio de ejecución o comenzado su curso deben regirse por las disposiciones anteriores, y ello alcanza a los procesos de restricción de la capacidad y a los procesos de incapacidad,

---

7 Siena, Mariana. "Desastres y vulnerabilidad: un debate que no puede parar". Bulletin de l'Institut français d'études andines [En línea], 43 (3) | 2014. Publicado el 08 diciembre 2014, consultado el 21 marzo 2020. URL: http://journals.openedition.org/bifea/5900; DOI: https://doi.org/10.4000/bifea.5900. (citado por Derecho y salud mental, algunas reflexiones en tiempos de pandemia Autora: Pérez, Adriana Silvia Cita: RC D 1642/2020)

8 Pérez, Adriana S., Derecho y salud mental, algunas reflexiones en tiempos de pandemia, Cita: RC D 1642/2020

debiendo adecuarse al CCyCN en cada etapa en que estos se renuevan, revisan o apelan, conforme integran el sistema protectorio.
Es decir, el proceso de restricción o incapacidad o in habilitación iniciados durante el Codigo Civil sin sentencia firme, deberán adecuarse a las prescripciones del CCyCN y la Ley de Salud Mental, y en lo pertinente el CPCCFyVF, a fin de asegurar un máximo de garantías legales y procesales al sujeto de derecho.
Una vez dictada la sentencia en primera instancia, tenemos dos escenarios aun subsistentes: que esta pueda haberse dado durante la vigencia del CC y su elevación en grado de consulta suceda o su revisión deba hacerse ya en vigencia del CCyCN lo cual requerirá una suerte de control de adecuación al sistema normativo y un control de razonabilidad de la medida decretada por el juez, sea esta la Incapacidad como excepción o la Restricción a ciertos actos con sistema de apoyos.
Si la decisión en primera instancia ha sido decretada sin la intervención del equipo interdisciplinario ello derivara en la necesidad de adecuar el procedimiento, dar cumplimiento al requisito esencial de la evaluación multidisciplinaria, y ello representaría en términos prácticos, cuestionar todo el proceso para estar acorde al sistema de protección y a fin de superar en la practica el concepto medico de salud mental, para luego si determinar la capacidad residual de ejercicio, y la continuidad, morigeración, aumento de apoyos, necesidad de curador, o el cese de la restricción, incapacidad o inhabilitación decretadas en la sentencia anterior.
Por eso es de destacar la importancia de las revisiones y las elevaciones en grado de consulta.
La importancia de la Consulta, en caso de no apelación del presunto incapaz o restringido importa un doble control y garantía del respeto al máximo atributo de la personalidad como lo es la capacidad humana, y evitar, entre otras cosas situaciones de limitantes en virtud de la vulnerabilidad en doble sentido, por adulto mayor y por discapacidad.

La importancia de la Revision radica en otra garantia del respeto a la dignidad humana y los derechos y garantias constitucionales que lo amparan, pues atentaria la perpetuidad de la declaracion sine die.

No necesariamente las sentencias que decreten limitaciones sobre la capacidad de ejercicio de la persona deben ser fijados en ese término, todo dependerá de la situación del sujeto y el pronóstico de evolución conforme surja del informe interdisciplinario, o a pedido de este.

En la faz practica ello ha sido previsto en el **ARTICULO 668.-**Verificacion.

> El Juez **debe** determinar si corresponde extender, ampliar, disminuir, o cesar la incapacidad o restriccion de la capacidad. .
>
> Si se comprobase el restablecimiento total de la persona acompanado que fuere el informe del equipo interdisciplinario, el Juez fijara una audiencia con la persona declarada incapaz o restringida en su capacidad, con la presencia obligatoria del asesor de incapaces, luego de lo cual se dara traslado al curador por el termino de cinco (5) dias. Cumplido el tramite determinado, previa vista a los representantes del Ministerio Publico, se dictara sentencia dentro de los quince (15) dias, decretando el cese de la incapacidad o restriccion de la capacidad" .

Este procedimiento se llevara a cabo mientras subsistan los limitantes al ejercicio de la capacidad de la persona.

Cabe acotar que el Código de procedimientos ha sido reformado **ANTES** de la entrada en vigencia del Código civil y comercial de la Nación, por cuanto la redacción del capitulo de procesos especiales referidos a la incapacidad, utiliza en forma indistinta y alternativa la terminología de restricción e inhabilitación, y entendiendo la diferencia marcada porla nueva legislación, ha quedado indefectiblemente modificado por el Codigo Civil y Comercial, advirtiendo que el art. 671 entiende que solo los procesos en que se declaro la "incapacidad" deben ser elevados en consulta a la Cámara de Apelaciones, cuando en dicha redaccion quedarían excluidos de la doble garantía (derecho a recurso) los restringidos a la capacidad, cuando del resto de la lectura del capitulo surge que estaria expuesto por ejemplo a la falta de doble control en los casos del 672 (….error o malicia del denunciante de la incapacidad o la restricción solicitada)

COMPETENCIA

El CPCCFyVF establece las Reglas generales de competencia en el Art. 5 inc. 8) 2° parr) En los procesos por declaración de incapacidad o sordomudez, y en los derivados de los supuestos previstos en el Articulo 152 bis del Código Civil, el del domicilio del presunto incapaz o inhabilitado; en su defecto, el de su residencia. En los de rehabilitación, el que declaro la interdicción;

EL ART 641.- Establece la Competencia del fuero familiar: Los Juzgados de Familia y Violencia Familiar tienen competencia para entender en las siguientes causas: ….**n)** declaración de incapacidad, inhabilitación, rehabilitación, internaciones previstas en la legislación civil y toda cuestión referente a la curatela; .

A su vez el **Art. 643 Impide la Recusación sin causa.** Los jueces con competencia en materia de Familia y Violencia Familiar no pueden ser recusados sin expresión de causa.

****** Esta regla es aplicable a todas las instancias (jueces de grado y Cámaras de Apelaciones). En cuestiones de competencia, esta puede sufrir modificaciones .

CCyC Parágrafo 4°. Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad Artículo 47. Procedimiento para el cese El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe **decretarse por el juez que la declaró,** previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona. Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.

En algunos casos puede suceder que el juez que decreto la restriccion o incapaciad y se declara incompetente en razon del domicilio del incapaz o restringido o su curador o apoyos, debera remitir al juez que considera competente en funcion del centro de vida del incapaz o restringido.

ALGUNAS INCONSISTENCIAS NORMATIVAS.

La LSM en su art. 4º prescribe que "Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental." Las personas con uso problemático de drogas, legales e ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud.

Concuerda con el Art. 32 del CCCN que refiere a la persona mayor de trece años que padece una adiccion o una alteracion mental permanete o prologada, de suficiente gravedad.
Y se contradice con el CPCCFVF que en su art 674 el cual podria pecar de discriminatorio al crear categorías de discapacidades que no son creadas por la ley ya que con la reforma Inhabilitados solo pueden ser los Pródigos (arts 48-50 CCCN) quedando los Alcoholicos habituales , toxicomanos y disminuidos sin una categoria distitna a aquellas personas que requieren la intervencion mediante el sistema de la LSM, por lo cual sostener la seccion segunda del codigo procesal en una distincion discriminatoria ya que podria quedar incluido en el la Seccion 1 amparados por las personas que requieran algun tipo de apoyo de ser necesario restringir el ejercicio autonomo de algun derecho si la afeccion representa un peligro o daño para si para sus bienes o para terceros.

ARTICULO 667 CPCCCN.-Sentencia. La sentencia se debe dictar en el plazo de quince (15) dias a partir de las vistas conferidas al Ministerio Publico. Si no verificare una incapacidad total, pero de la prueba resulta inequivocamente que del ejercicio de la plena capacidad pueda resultar riesgo para la persona o al patrimonio de quien presenta una disminucion de sus facultades el Juez puede resolver la restriccion de la capacidad del mismo respecto de los actos que puedan afectar a su persona o a sus bienes. .
En la sentencia se deben especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectacion de la personalidad sea la minima, cuando se trate de una restriccion de la capacidad, designandose en el mismo acto al curador definitivo del incapaz. **(Le falta la contemplacion de los apoyos)**

Al momento del vencimiento del plazo y de la Revision obligatoria, podemos afirmar que la sentencia debe ser revisada bajo la vigencia del nuevo código, es mas, a la fecha practicamente son pocas las que quedarian sin tal revision, y todos los casos debieran ya estar resueltos a la luz del nuevo codigo, y asi mismo cabe concluir que sera reiterado este procedimiento a cada vencimiento determinado por el juez, esto implica prácticamente una ausencia de cosa juzgada, con un nuevo procedimiento en forma continua en un mismo expediente con el mismo sujeto, pudiendo variar los apoyos o curadores que se hayan designado originalmente y las medidas necesarias para complementar el ejercicio de la capacidad residual del sujeto.

RECURSOS

ARTICULO 671.-APELACIÓN. Se puede apelar la sentencia dentro del quinto dia de su notificacion y el recurso se concede libremente y con efecto devolutivo; **en funcion al caracter cautelar d**e las medidas dispuestas en la sentencia en salvaguarda de la persona y de los bienes del declarado incapaz o con restriccion de la capacidad. .
En los procesos que se declare la incapacidad del sujeto, si la sentencia que la decreta no es apelada se debe elevar en consulta. La camara resuelve en el plazo de diez (10) dias previa vista al asesor de menores e incapaces, sin otra sustanciacion.

Leido literalmente y en sentido positivista, pareciera que los casos a elevar en consulta son solo los que declaran la Incapacidad del sujeto y excluye los casos en que Restringe la capacidad al mismo.

Elevados los expedientes a la Camara, en grado de consulta -a falta de apelación del interesado-, tanto en la declaración de Incapacidad, como también en la Restricción a la capacidad como los casos de Inhabilitación por prodigalidad (art 48 CCCN), ello supone en términos procesales, una cosa juzgada temporal por llamarla de algún modo,con el **máximo de tres** años fijados, a decisión del juez. Y que esa cosa juzgada sera siempre irrita, a pedido de parte de sus representantes ante cualquier cambio de situación del incapaz, restringido o inhabilitado.

Retomando la necesidad oficiosa de la **Consulta** quiero poner a consideracion Jurisprudencia Nacional, y ha sido seguida en diversos fallos de nuestra Circunscricpion judicial, ya que ha sido el pronunciamiento que arrojo mas luz a la necesidad de elevar en grado de Consulta los casos de **Restriccion**, no solo los de declaración de **Incapacidad;** ante la carencia normativa procesal que asi lo disponga y expresa:
..."ello no puede desplazar las pautas interpretativas vertidas en normas superiores y que guían a las decisiones judiciales. Así, en cuanto a la restricción a la capacidad, su especial protección llevó a que se la incorporara en los arts. 75 inc. 23 de la Const. Nac.; art. 36 inc. 5 de la Const. Provincia; arts. 1, 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos; la Declaración de Caracas del 14 de noviembre de 1990 sobre la Restructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina; arts. 1, 2, 3, 7 y conc. de la ley 26.657 - ley de salud mental-, entre muchas otras. Además, la flexibilización a las materias de familia se encuentra prevista en las normas del Código Civil y Comercial de la Nación que incorpora expresamente la noción de oficiosidad para el fuero. Cabe aclarar que en el caso de la Provincia de Buenos Aires los procesos de restricción a la capacidad son de competencia de familia, si bien no es así en todo el país. Empero, basta reflexionar que si para las materias sensibles el legislador nacional estableció pautas especiales, esta suerte de juicios no podrían quedar fuera de ello. Esto no es más que los mismos criterios que sientan las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en situación de Vulnerabilidad. Todas las disposiciones se conjugan para facilitar la tutela judicial efectiva, entendiendo la misma no sólo como los mecanismos más aptos para poder interponer las peticiones, sino también obtener el reconocimiento jurisdiccional y su cumplimiento efectivo (arts. 18, Const. Nac.; 15 Const. Provincial; 8 y 25, Convención Americana de Derechos Humanos).Así, nos lleva a enfocarnos en la propuesta del a quo quien considera que la elevación en consulta, aun cuando no esté regulada, es una forma de asegurar el acceso a los tribunales y lograr una decisión más justa.[9]

---

9 CÁMARA SEGUNDA CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA (SALA II INTEGRADA). Nuevo Código Civil y Comercial. Control de restricción de capacidad. Inadmisibilidad de consulta al superior.VJS L° de Sentencias INTERLOCUTORIAS N° LXXIICausa N° 120038; JUZGADO EN LO CIVIL Y COMERCIAL Nº25 -LA PLATAW.,M.C.S/DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICAREG. INT.: 172Sala II -FOLIO:378La Plata,16 de Agosto de 2016. disponible en:

Esta introducción en relación a la capacidad nos sirve para orientar el tipo de procesos en los que interviene el adulto mayor cuando lo que se cuestiona es su capacidad, en términos generales, y son tratados en procesos de restricción, incapacidad o inhabilitación.

PRINCIPIOS RECTORES de la Convencion Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores son análogos con la ley que lo aprueba y congruente con los principios esenciales de la Declaracion de Derechos Humanos, tambien incorporados el CCyCN (arts 1,2) necesarios repasarlos para no perder de vista a los sujetos de protección y el objetivo el sistema protectorio y recordar que su vigencia y operatividad incluye las normas de naturaleza procesal por las que se hacen efectivos los mandatos constitucionales.

La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.
La igualdad y no discriminación.
La participación, integración e inclusión en la sociedad.
El bienestar y cuidado.
La seguridad física, económica y social.
La autorrealización.
La equidad e igualdad de género.
La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.
El buen trato y la atención preferencial.
El respeto y valorización de la diversidad cultural.
La protección judicial efectiva.
La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración de la persona mayor, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

La Constitución de Misiones
El Titulo segundo destaca en los arts. 7, 8 y 9 en forma consecutiva la observancia de los derechos fundamentales de la Constitución nacional e instala el principio de dignidad humana.

ART. 7º.-Los habitantes de la Provincia gozan de todos los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, con arreglo a las leyes que reglamenten su ejercicio.

ART. 8º.-El Estado tutela la seguridad de todos y de cada uno de los habitantes de la Provincia; a tal fin se declaran inviolables los derechos y garantías a que se refiere el artículo precedente y los que posibiliten el pleno desarrollo de la personalidad y dignidad humanas.

---

https://www.mpba.gov.ar/files/documents/C120038.pdf

ART. 9º.-Los habitantes en la Provincia tienen idéntica dignidad social **y son iguale**s ante la ley, la que deberá tener acción y fuerza uniformes para todos y asegurar igualdad de oportunidades.

ART. 29.- Los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y los que ésta misma establece no serán entendidos como negación de otros no enumerados que hacen a la esencia de la democracia, al sistema republicano de gobierno, a la libertad, a la seguridad y a la dignidad humanas.

El articulo 37, inciso segundo de nuestra constitución provincial señala que **el Estado ampara "a la maternidad, a la infancia, minoridad, incapacidad y a la ancianidad" .**

LEY XIX Nº 41 (Antes Ley 3920) Ley provincial de los "Derechos de la Ancianidad"

Establece los objetivos de la ley como "promover, preservar y proteger los derechos de los ancianos estableciendo las responsabilidades que competen al núcleo familiar, a la comunidad y al Estado, a efectos de lograr la integración armónica en la familia y en la sociedad". **Véase que al hablar de Estado, involucra a los tres poderes.**
No distingue entre adulto mayor y anciano, sino que determina en su art. 2 "A los efectos de la presente Ley, se considera anciano a toda persona que tenga cumplidos los sesenta (60) años de edad"
Establece las acciones positivas que se desarrollan en casi su totalidad en el ambito social, cultural, de salud, deportivo, administrativo tanto provincial como municipal a cargo del estado en su faz administrativa. No hace referencia a la actuacion judicial.
Crea en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social, la Mujer y la Juventud, el Consejo Provincial de Adultos Mayores.

Tomamos este organismo, como referencia de las necesidades canalizadas a nivel provincial y surge que en su actual conformación, y de la ultima reunion llevda a cabo entre sus conclusiones en el ambito de la justicia nos interesa el siguiente aspecto:

..."Para conclusión del encuentro, el ministro Benmaor resaltó **la importancia de trabajar en cuestiones urgentes como la necesidad de acelerar los pasos de la justicia en casos de se encuentre en riesgo un adulto mayor, algo que denunciaron algunos participantes".**[10] **Además, destacó la importancia de la prevención y la actividad física y mental para llevar una vida saludable".**

Las 100 Reglas de Brasilia

Las reglas le otorgan un sentido especifico a la actuacion del sistema judicial en la labor especifica de ejercer la jurisdiccion en los casos que le son sometidos , y en ningun caso

10 Benmaor asumió como presidente del Consejo Provincial de Adultos Mayores. Publicado en Periodico On Line. Limite Informativo, disponible en https://www.limiteinformativo.com/index.php/secciones/politica/5350-benmaor-asumio-como-presidente-del-consejo-provincial-de-adultos-mayores .

puede ni debe constituirse en un “obstaculo” para la persona humana el hecho de iniciar un proceso o recurrir al reclamo judicial en defensa de sus derechos mermados o violentados
“El sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”

Especialmente destaca el colectivo de los adultos mayores cuando expresamente dice:
“2.- El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia”.

En este marco normativo, brevemente analizado, pasamos a consideraciones mas puntuales.

SUJETO Y PARTE.
Sujeto de derecho:

El sujeto de derecho es el adulto mayor y el anciano.
No quiere decir que nosotros lo declaremos sujeto de derecho en una sentencia o en un proceso,ni que le otorguemos esa calidad judicialmente, es un error común, pues el Adulto Mayor es sujeto de derecho por que le son inherentes los DERECHOS HUMANOS por el simple hecho de ser humano.

El Adulto mayor continua siendo **TITULAR** de todos los derechos humanos, y en cuyo interes el sistema jurídico le brinda un plus protectorio.
Es PARTE un colectivo sujeto de protección especial considerando las mayores necesidades que puedan manifestar en el devenir de su vida. Tambien es PARTE de un proceso que discute su reclamo ante la merma o negación de sus derechos humanos.

Sujeto de derecho:

Para desambiguar la terminología, resulta necesario recordar que en cuestión de capacidad la vida humana ha sido (cuasi) clasificadas asignándoles las distintas franjas etarias en que –tentativamente- se ha dividido la misma en términos coincidentes con la biología, el origen de la vida y el grado de comprensión de los actos; pero para las ciencias jurídicas y sociales, no podemos obviar que la edad solamente determinada en números no refleja la integralidad de la persona humana.
Ello se trasluce en la misma legislación, que considera en los inicios de la vida humana la capacidad de derecho y diversas etapas en la capacidad de ejercicio, siendo esta progresiva, dependiendo del grado de comprensión y capacidad evolutiva del menor de edad; luego reconociendo al niño, niña y al adolescente mayores facultades para ejercer sus derechos, reconociendo la plena capacidad luego al adulto; y con la presunción de capacidad como regla, llegamos a la etapa de adulto mayor y al anciano, momento de la vida en la que no hay que confundir con incapacidad por el hecho de envejecer, dado que la incapacidad o la restricción a la capacidad de ejercicio se trata a modo de excepción y debe ser declarada

judicialmente mediando un amplio informe interdisciplinario, abandonándose asi la concepción medica de la salud mental.

En un apretado resumen, nos centraremos en la regla del art. 32 del CCyCN que es la capacidad, y por ende, la misma se presume también en el adulto mayor y el anciano, hasta que se determine lo contrario, con las debidas garantías procesales.
Ahora bien como veremos, la condición de adulto mayor (mayor de 60 o 65 años según las distintas legislaciones) no es sinónimo de incapacidad ni disminución de la capacidad en forma automática, como tampoco en relación a la vejez, último tramo de la vida humana.
La regla sigue vigente y la excepción será ajustada a cada caso particular.
Y siempre ante la necesidad de protección por cualquiera de las situaciones de vulnerabilidad (en este caso por edad o salud mental capacidad intelectual o ambas a la vez) es exigible una mayor razonabilidad en las medidas que se adopten, a fin de que las mismas interfieran lo menos posible en la autodeterminación y dignidad de la persona protegida, y preserve la capacidad y autonomia.

Si el adulto mayor se puede valer por si mismo hasta el final de sus días, jamás pasara por un proceso que lo limite, y si lo atraviesa a pedido de los autorizados a hacerlo, puede y debe ejercer plenamente su derecho de defensa, y será encargado de ello, el Juez, quien deberá ponderar como garantía de máxima realización de todos los derechos en forma simultanea, al brindarle un adecuado acceso a la justicia, analizando los hechos aludidos sin pedir al interesado la prueba diabólica de demostrar que no es incapaz.

El análisis de los hechos y las pruebas es fundamental en el proceso de restricción o incapacidad, como asi en el de inhabilitación. **No debe confundirse la ralentización de los sentidos y la disminución de la fuerza física o motricidad como sinónimos de incapacidad.**
La declaración de incapacidad es como se diría la ultima ratio, una situación excepcional aplicable al sujeto que no pueda siquiera interactuar con el mundo exterior, que no pudiera siquiera consentir ni expresar su voluntad con un pestañeo, que no tuviera un grado minimo de comprensión del mundo circundante en la medida que ello afecte el campo de la protección de sus derechos e intereses, aunque tenga funciones vitales y alguna movilidad.

A propósito de la ancianidad, o ultimo tramo de la vida de la persona humana, que por la expectativa de vida se ha extendido a mas de los 75años, de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci ha dicho lo siguiente:

> "Al parecer, la palabra anciano nació en la primera mitad del siglo XIII; es un derivado de un vocablo de la lengua romance (anzi), que significa antes. Se trata, pues, de un concepto que señala la relación del ser humano con el tiempo; la persona anciana es la que cuenta con un 'antes, un pasado mayoritario, que respalda lo poco que vendrá '... Obviamente, en la conceptualización de la ancianidad tiene gran relevancia el dato cronológico; es difícil separar la ancianidad del paso de la edad cronológica. En biología, la senectud consiste en el conjunto de procesos biológicos que condicionan el deterioro de células, tejidos órganos. ¿A qué edad se produce ese fenómeno? ¿A los sesenta, los setenta, los setenta y cinco? No basta responder a esa pregunta; el problema es más complejo porque la ancianidad no constituye solo un proceso

biológico; es también un concepto histórico y cultural. Aparte de que existen enfermedades que aceleran el envejecimiento de una persona, 'la misma edad cronológica no significa lo mismo ni en términos biológicos ni culturales en todas las sociedades, razas, sexos, ni en todas las personas; no se envejece por igual en el campo que en la ciudad, con una alimentación adecuada o no, llevando una vida sedentaria o activa, fumando y bebiendo, etc.'. En suma, existe un cierto acuerdo en que **la noción de ancianidad no es exclusivamente biológica,** y aun desde esa perspectiva no se pueden fijar límites precisos. A los efectos estadísticos, en algunos casos se toma la vejez a partir de los 65 años, edad que se hace coincidir con el inicio de la jubilación para la población económicamente activa; la Organización Mundial de la Salud, en cambio, ha establecido la línea en los 75 años. En realidad, el límite se irá extendiendo a medida que aumente la longevidad de la persona humana merced, en gran parte, a los progresos de la ciencia..." [11]

En este sentido, el CCyCN en su capítulo 3 proclama l**os Derechos y actos personalismos, en el Artículo 51 que expresa textualmente:**

"Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. Artículo 52. Afectaciones a la dignidad La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

Este articulo bien pudo ser considerado al inicio del Código, por ser un principio fundante, un principio rector, **el principio de dignidad humana,** que baña todo el ordenamiento jurídico, y en virtud del cual se justifica la proclamación de los derechos humanos, y específicamente como abordamos en este trabajo, los derechos del adulto mayor y la vejez y de estos en relación a la salud mental. Son sujetos doblemente vulnerables, si consideramos la edad en perspectiva con lo que pueden continuar haciendo por sus propios medios, o es necesario brindarles algún tipo de apoyo físico material o intelectual para que continúen ejercitando sus derechos.

Por su ubicación podría considerarse que el legislador no ha tenido preferencia sobre este principio para ubicarlo antes del desarrollo de los atributos de la personalidad como la capacidad, pero al momento de resolver las cuestiones que involucran a las personas humanas en su integralidad psico física espiritual es menester fundar las decisiones en esta norma, que de por si es de carácter general y no limitada al fuero civil comercial y familiar, pues es transversal a todo el ordenamiento y por ello aplicable a todos los fueros jurisdiccionales.

---

11 Kemelmajer de Carlucci, Aída "LAS PERSONAS ANCIANAS EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA. ¿HACIA UN DERECHO DE LA ANCIANIDAD?" Revista Chilena de Derecho, vol. 33, núm. 1, enero-abril, 2006, pp. 3768 Pontificia Universidad Católica de Chile Santiago, Chile.

Es de destacar que la constitución de la Provincia de Misiones declara expresamente como principio el de dignidad humana en su texto.

CCyC Artículo 32. Persona con capacidad restringida y con incapacidad El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.
Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.
En EL CASO DEL ADULTO MAYOR EN SITUACION DE RESTRICCION O INCAPACIDAD SE LE APLICAN LAS REGLAS DE LA LSM Y CCYCN CON TODOS LOS DERECHOS Y GARANTIAS DEL SISTEMA PROTECTORIO DEL ADULTO MAYOR Y DE ACCESO A LA JUSTICIA.

OBJETO.
Teniendo presente la categoria protegida de Adulto mayor amparado por la ley de salud mental, partimos de su texto en cuanto la ley tiene por objeto asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Define la Salud mental -" En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona."

A su vez, el CCyC Sección 3ª. Restricciones a la capacidad Parágrafo 1°. Principios comunes Artículo 31. Reglas generales La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la **capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume,** aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) **las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional** y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) l**a intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario**, **tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;** d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su

comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Por todo lo que hemos analizado en parrafos anteriores, y con el enfasis puesto en las reglas generales veremos ahora tres fallos que analizan los limites al ejercicio de los derechos de las personas adulto mayores, partiendo de la presuncion de capacidad.

DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA. RESOLUCIONES MINISTERIALES.

En el Marco de los DNU decretados por el contexto de Pandemia causada por el Covid 19, surge que se han delimitado el ejercicio de ciertos derechos y garantias.

En relacion a ello, tengamos presente que en cuanto al dictado de leyes que **restrinjan los derechos y garantias** de los Adultos mayores la Convencion aprobada por Ley nacional **N° 27360, del año 2017** expresa que :

"Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos".

El dictado de los decretos de necesidad y urgencia que limita la salida de adultos mayores previa solicitud de unpermiso para ejercer sus derecho libremente, recientemente ha sido analizado en un fallo critico con un control de convencionalida dy constitucionalidad que nos hace pensar en la razonabilidad de las medidas y su justificacion de acuerdo a la necesidad y urgencia.

En el caso de analisis, el Sr. Silvano Lanzieri, inicio una acción de amparo contra el GCBA, tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la resolución conjunta N° 16/MJGGC/2020.

"En la demanda se persigue la declaración de inconstitucionalidad de la citada resolución, por considerar que es violatoria de garantías constitucionales, en particular los artículos 14, 14 bis, 16, 17, 18, 28,29, 31, 43 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

Se entiende que, si bien "es cierto que en situaciones de emergencia como la generada por la pandemia del COVID 19, los derechos pueden sufrir limitaciones, éstas deben ser razonables y nunca pueden realizarse en base a recortes arbitrarios a un segmento poblacional a partir de meros relatos especulativos. Donde se presume que por tener 70 años o más una persona es débil. Aquí la primer irrespetuosidad del pseudo legislador, al confundir adulto mayor con débil. El riesgo no lo da exclusivamente la edad..." (sic). Se sostiene que la medida de la administración fue dictada en excedo de sus facultades, ya que no puede alegarse que la Legislatura está imposibilitada de sesionar por causa de la pandemia "... porque el día 7 de abril sesionó adaptando el salón Dorado Hipólito Yrigoyen del Palacio y dispuso por el voto mayoritario de sus miembros, realizar sesiones a distancia mediante la utilización de tecnologías en línea... Es decir que la norma observada viola los artículos 80 y 81 inciso 2° de la Constitución local..." (sic). Se indica que, mediante la voluntad del Jefe de Gobierno, "... como en la Roma antigua, se ha decretado una nueva clase de personas con la "capitis diminutio" y se le ha declarado una verdadera muerte civil que es lo mismo..." (sic), ya que,

en su modo de ver la cuestión, "... generar una norma que arbitrariamente estigmatice a un ser humano por la edad atenta contra la dignidad de las personas..." (sic). Se concluye que, "... esta norma, lejos de cuidar al adulto mayor produce un impacto psicológico negativo y tóxico en el cerebro de este sector poblacional..." (sic).

En el fallo emitido Por el juzgado de primera instancia en lo administrativo N.º 14 de la ciudad de Buenos Aires, hace una interacción normativa y el control de constitucionalidad de la medida de restriccion a circular a personas de 70 años y expresa en su valioso analisis que

...”En este Sentido la Convención Americana sostiene que no son permitidos tratos discriminatorios, "por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Al respecto, los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. la Corte ha señalado que la edad, es también una categoría protegida por esta norma. En este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores, se encuentra tutelada por la Convención Americana.

“... Recientemente en la "DECLARACIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 1/20", dictada el día 9 de abril de 2020, bajo el título: "Covid-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales".

Allí, el máximo tribunal del continente señaló que: "Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".[12]

En otro estudio jurisprudencial de la defensa de los derechos y garantias de los adultos mayores encontramos la valoracion de la senectud diferenciado de enfermedad.

Senectud. Ancianidad. Senilidad. Patologias. La CNCiv. Sala D, ha dicho: "... senectud o ancianidad normal no equivale a senilidad patológica. Si bien no siempre hay nitidez absoluta entre un supuesto y otro, porque puede darse una evolución del cuadro normal de ancianidad que coloque al sujeto en un estado límite cuya dimensión sea arduo fijar con precisión, es incontrovertible que la vejez, por sí, no es sinónimo de enfermedad, aun cuando implique disminución de facultades de la persona". (CNCivil, Sala D, 22682, L. L. 1.983A312).

---

12 JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 14 SECRETARÍAN°27LANZIERI, SILVANO CONTRA GCBA SOBRE AMPARO – OTROS Número: EXP 3045/2020-0 CUIJ: EXP J-01- 00020842-2/2020-0 Actuación Nro: 14570412/2020 https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/089/543/000089543.pdf

Y por ultimo una sentencia que recuerda las funciones de los restantes poderes del estado de modo que se satisfagan los derechos de los Adultos mayores sin necesidad de judicialización.

Proteccion a los adultos mayores. No Necesidad de judicialización.
SUMARIO. Protección de personas - Derechos personalísimos - Adulto mayor - Protección de personas - Establecimiento geriátrico - Acompañante terapéutico - Ministerio Pupilar - Desjudicialización - Improcedencia Se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia que no hizo lugar a la medida de "Protección de Persona" respecto de un adulto mayor sobre la base de un informe emitido por la Dirección de Desarrollo Social de la Municipalidad, por el cual se describe una situación de vulnerabilidad del anciano, ya que no toma su medicación, no se higieniza y vaga por la calle. Ello así, por ser este informe la única prueba que acompaña la Defensora para solicitar esta medida cautelar con el fin de que la Dirección de Adultos Mayores dependencia del Ministerio de Desarrollo Social Provincial ubique al abuelo en un geriátrico o bien le asista con acompañantes terapéuticos diarios. Ello así, por corresponder a los organismos gubernamentales que actualmente se encuentran interviniendo, adoptar todas las medidas o acciones enfocadas a garantizar la integridad física y psíquica del adulto mayor en cuestión, incluso, la de gestionar ante su obra social su diligente intervención en el caso concreto. Decidir lo contrario, conlleva judicializar una situación que no lo amerita. En este sentido, uno de los nuevos criterios rectores que atraviesan el articulado del Código Civil y Comercial procura desjudicializar este tipo de cuestiones, interpretando el rol de la justicia como garante de derechos de las personas, por lo cual se insiste en la necesidad de no judicializar asuntos como el del caso, salvo claro está aquellas situaciones en las cuales la intervención judicial se observe como realmente necesaria a fin de garantizar debidamente los derechos del afectado, circunstancia ésta que no se verifica en la especie. Ministerio Pupilar en representación de J. C. s. Medida cautelar /// Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Sala B, General Pico, La Pampa; 29/03/2017; Rubinzal Online; 5948/2017; RC J 4165/17

.

Muchas gracias por su atencion.

Dra Liliana B. Komisarski
lbkdea@gmail.com