

DERECHO DE LA ANCIANIDAD.  
REFLEXIONES SOBRE LA CONSTRUCCIÓN  
DE ESTA NUEVA RAMA JURÍDICA  
A PARTIR DE LA DIKELOGÍA TRIALISTA

ÉRIKA NAWOJCZYK \*

1. El presente trabajo pretende mostrar la importancia del Derecho de la Ancianidad como rama jurídica nueva construida a partir de las ventajas conceptuales y metodológicas que la iusfilosofía trialista proporciona; para a partir de allí, referirnos a una de las problemáticas más acuciantes para los ancianos, tal como es el derecho de acceso a la salud de las personas de edad.

2. En este sentido, el Derecho de la Ancianidad se construye como respuesta a requerimientos específicos de justicia<sup>1</sup>, en virtud de la situación de vulnerabilidad y mediatización que padece el anciano en la época actual.

En todos los tiempos, las sociedades han reaccionado frente a la ancianidad de diferentes maneras. Como categoría social, la vejez presenta una posición ambivalente, en tanto abarca un abanico que va desde el máximo privilegio y respeto hasta el más cruel desprecio y olvido<sup>2</sup>. Así pues,

---

\* Abogada UNR. Profesora Superior en Abogacía UCA. Becaria Doctoral del CONICET 2006-2009. Docente JTP ad honorem de la cátedra C de Filosofía del Derecho, Derecho de la Salud y Bioderecho y Derecho de la Ancianidad en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Docente Adjunta por concurso de Ética de la Abogacía y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

1 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Derecho de la Ancianidad", en "Investigación y Docencia", N° 20, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1992, págs. 39 y ss.

2 DABOVE, María Isolina, "Los Derechos de los Ancianos", Bs. As.-Madrid, Ciudad Argentina, 2002, págs. 115 y ss; WILDE, Zulema, "Derechos humanos de la familia hacia sus ancianos", en GROSMAN, Cecilia P. (dir.), "Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Salud mental y Derecho de Familia", Bs. As., Lexis Nexis-Abeledo Perrot, julio/agosto 2005, pág.147.

en palabras de la Dra. María I. Dabove, “toda la historia de la vejez ha sido un largo y doloroso ensayo de respuesta. Ensayo múltiple, discontinuo y variado”<sup>3</sup>.

Ahora bien, del tratamiento que se ha propiciado al anciano a lo largo de la historia, nos detendremos en el análisis de la situación de las personas ancianas en la edad postmoderna, dado que las características propias de esta época histórica, determinan las condiciones que generan los reclamos específicos de justicia que señaláramos precedentemente.

En este sentido, la postmodernidad, “época histórica que se ha iniciado a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial”<sup>4</sup>, se presenta como una realidad signada por el enorme desarrollo del capitalismo, los procesos de globalización/marginación<sup>5</sup> y los avances acelerados de la ciencia y la tecnológica.

Así pues, la evolución científica y técnica ha hecho posible el mejoramiento de los diagnósticos y pronósticos de las ciencias salud; ha permitido el avance de la farmacología, la biotecnología y de la producción en general. En suma, ha incrementado la calidad de vida de la población, con el consiguiente crecimiento de la expectativa de vida de las personas. Este hecho ha permitido denominar al siglo XXI como el siglo del envejecimiento

---

3 DABOVE, María Isolina, “Razones iusfilosóficas para la construcción de un Derecho de la Ancianidad”, en “Jurisprudencia Argentina”, número especial de Bioética N° 6218, Buenos Aires, 2000, pág. 19; DABOVE, “Los Derechos...” cit., págs. 116 y s.

4 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Panorama trialista de la Filosofía en la Postmodernidad”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 19, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 9 y ss.

5 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación...” cit., N° 27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1996, págs. 9 y ss.; “Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., N° 25, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1995, págs. 25 y ss. En sentido coincidente, Z. Bauman expresa La globalización divide en la misma medida que une: las causas de la división son las mismas que promueven la uniformidad del globo... Los procesos de globalización incluyen segregación, separación y marginación social progresiva... (págs. 8 y s.), V. BAUMAN, Zygmunt, “La Globalización. Consecuencias humanas”, trad. Daniel Zadunaiky, Brasil, Fondo de Cultura Económica, 1999. Asimismo, he consultado, y por tanto, sugiero, los análisis que sobre el proceso de la globalización realizan entre otros autores: JAMESON, Fredric, “Una modernidad singular. Ensayo sobre la ontología del presente”, trad. Horacio Pons, Buenos Aires, Gedisa, 2004, pág. 21; MALIANDI, Ricardo, “Ética: dilemas y convergencias. Cuestiones éticas de la identidad, la globalización y la tecnología”, Buenos Aires, Biblos-Universidad Nacional de Lanús, 2006, págs. 65/81; SORMAN, Guy, “El mundo es mi tribu”, trad. Pierre Jacomet, Barcelona, Andrés Bello, 1997.

demográfico, en tanto asistimos a un envejecimiento generalizado de la población, sin precedentes en la historia de la humanidad<sup>6</sup>.

Sin embargo, esta realidad postmoderna es ambivalente dado que, si bien la expectativa de vida de las personas ha aumentado, la calidad vital no es alcanzada por todos los seres humanos en igualdad de condiciones. En este contexto, los ancianos constituyen un grupo especialmente vulnerable, padeciendo, por ello, múltiples situaciones de discriminación.

De esta manera, en la sociedad actual, el cambio cada vez más rápido de los conocimientos y las costumbres, modifica la relación entre quien sabe y quien no sabe, afectando la comunicación intergeneracional, con el consiguiente aislamiento del anciano<sup>7</sup>.

Asimismo, el avance del capitalismo y el valor superlativo otorgado al consumo, exalta a los sujetos fuertes del mercado, marginando a los sujetos débiles, como los ancianos, los que muy pronto resultan mediatizados, cuando no, excluidos del sistema. En esta situación, los ancianos se encuentran en condiciones más graves que los otros grupos de sujetos débiles, como las mujeres y los niños, dado que éstos tienen, en estos tiempos, mayores posibilidades de ser admitidos en las tareas productivas.

Frente a esta situación el Derecho de la Ancianidad, en tanto rama jurídica autónoma y transversal, está orientado a fortalecer la situación de los ancianos como sujetos de derecho en sentido pleno. Para ello, procura integrar, en el marco de un régimen de justicia humanista, el reconocimiento de la igualdad, en tanto, exigencia de homogeneidad vital, necesaria para el sostenimiento de un sistema jurídico coherente; y la unicidad, en cuanto reclamo de diferenciación valiosa y de respeto por la identidad de la persona<sup>8</sup>, a partir de su reconocimiento como agente moral autónomo. En este aspecto, importa entender el envejecimiento como un proceso complejo que no es unitario sino múltiple, no se da de la misma manera en el hombre que en la mujer, dado que, en cada caso, el desarrollo presenta factores propios determinados por el estilo de vida y la posibilidad de acceso a los servicios con los que ha contado cada uno.

---

6 TOMASELLO, Andrés, "Derechos de la Ancianidad", en "Doctrina Judicial", t. 2002-3, pág. 929.

7 DABOVE, "Razones iusfilosóficas..." cit., pág. 22.

8 Conforme surge del desarrollo efectuado por la Dra. María Isolina Dabove en su obra "Los Derechos de los Ancianos", citada precedentemente.

3. Dentro de este escenario, la salud y el derecho de acceso a la salud de las personas ancianas constituye una de sus problemáticas principales que debe abordar el Derecho de la Ancianidad. Así, escribe Kofi Annan en el *Prólogo del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el envejecimiento de 2002*, que este sector de la sociedad, propio de la postmodernidad, se caracteriza por los especiales requerimientos de resguardo en cuanto a su vida, su salud y su bienestar en general.

En este sentido, desde el punto de vista normológico es posible señalar que, el derecho de acceso a la salud se halla reconocido en los artículos 14 bis-3<sup>er</sup> párrafo- y en el 42-1<sup>a</sup> parte-, de la Constitución Nacional. Así como también, en el artículo 12 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en los artículos 12 y 14 de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en los artículos 23 y 24 de la Convención sobre los derechos del niño. Fuentes formales internacionales, todas ellas, de rango constitucional, por su incorporación a la Carta Magna a través de la reforma del año 1994 (artículo 75 inc. 22). Los preceptos mencionados imponen al Estado un deber positivo: la obligación de otorgar a todas las personas que habiten en nuestro territorio, -entre ellos, los ancianos-, los beneficios de la seguridad social, dentro de los cuales se incluye el acceso a la asistencia sanitaria. Pero también, al propio tiempo, otorgan a sus beneficiarios la facultad para alcanzar estos servicios, a través de relaciones de consumo que se desenvuelvan en un marco de protección integral. El derecho al acceso a la salud de los ancianos es, por ello, un derecho humano social de acción positiva<sup>9</sup>, que compromete al Estado y a la sociedad en su conjunto.

Por su parte, el análisis de la realidad social del Derecho muestra que el acceso a la salud se vincula necesariamente con la problemática de la oferta y los recursos existentes para hacer frente a las necesidades y demandas de la población. En este sentido, bien cabe reconocer que la capacidad económica incide significativamente en la excelencia de la atención. “A

---

9 ALEXY, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales,” Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 173 y ss.; LIMA MARQUES, Claudia, “Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de ‘acciones afirmativas’”, en “Contratos de planes de salud y planes funerarios frente al consumidor anciano”, en LORENZETTI, Ricardo L., “Contratos de servicios a los consumidores”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 245; VIDIELLA, Graciela, “La justicia en la salud”, en LUNA, Florencia y SALLES, Arleen L. F., “Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 2008, pág. 394.

quien más tiene, más y mejor se le dará” –en tecnología, medicamentos y profesionales–. Por ello, si el Estado –obligado principal–, no contrarresta eficazmente este escenario, la univervalización del acceso a la asistencia sanitaria de los ancianos representa todavía, una simple –aunque interesante– “expresión de deseos”.

En el marco de este análisis, la perspectiva dikelógica del mundo jurídico, por su parte, nos permite valorar cómo el anciano se encuentra ubicado en la sociedad como un beneficiario del sistema pero en una posición jurídica débil, que se manifiesta, entre otras cuestiones, en el reconocimiento incompleto del derecho de acceso a la salud de los ancianos, lo que se no se corresponde con lo establecido en la Constitución Nacional y las fuentes formales en materia de Derechos Humanos.

La teoría de la justicia trialista nos permite identificar los criterios vigentes en materia de distribución de recursos sanitarios; identificación que nos muestra que el acceso a la asistencia sanitaria es un simple “privilegio” para los ancianos, una facultad graciosamente concedida a su favor, un subsidio temporario.

Por ello, consideramos que esta teoría de la justicia trialista constituye el camino para la construcción de un derecho a la salud de los ancianos con sentido humanista, que garantice el acceso real a la salud de las personas de edad en nuestro país, en defensa del bienestar y la dignidad de los ancianos.