

El principio supremo de Justicia y el desarrollo del derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos en la Posmodernidad
(The supreme principle of Justice and the development of the fundamental right to life quality of elders in posmodern times)

MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA*
MARIANA ISERN*

Abstract

The process of specification of Human Rights put on the public agenda the problems surrounding human beings as elders. For its part, Elder Law has managed to incorporate the Paradigm of Inclusion and the Human Rights Approach as a systemic whole. The Paradigm of Inclusion, is a reaction against the processes of discrimination against the elderly, and is accepted by the iusfundamental model, presenting a logic that aims at strengthening the autonomy of elderly subjects, preventing unwarranted intervention of third parties in their sphere of freedom.

Elder Law, has built its core around the Fundamental Right to Life Quality of Elders. Consistent with our Integrative three-dimensional triaxial perspective of the law, in its analysis, we unveiled the sociological axiological and normative faces, dimensions that enrich us. It could not be otherwise, because the disengagement from the social and axiological dimension of old age, that is: putting aside the vicissitudes of the life of elders and their axiological meanings, would be to become willfully blind. The Supreme Principle of Justice requires organizing the group, that each one has a sphere of freedom -so broad-, that he can develop his personality, from individual to person.

* Abogada, Becaria del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario CIUNR (2009-2010), Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Jefa de Trabajos Prácticos en Taller de Derecho Civil; Jefa de Trabajos Prácticos en Derecho de la Ancianidad; Jefa de Trabajos Prácticos en Filosofía del Derecho; Jefa de Trabajos Prácticos en Introducción al Derecho – Cátedra A; Jefa de Trabajos Prácticos en Derecho Civil I – Parte General – Cátedra A; Docente tutor del Seminario de Grado de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNR). Miembro permanente del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho, UNR (C.I.De.A). Coordinadora del Área Geriátricos y Co-coordinadora del Área de Derechos Fundamentales del C.I.De.A; Secretaria de Comunicación y Prensa y Secretaria de Ciencia y Técnica del C.I.De.A; Secretaria General del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR; Miembro del Comité de Bioética del Hospital Geriátrico Provincial de Rosario (Santa Fe, Argentina). Investigadora ad hoc del Centro de Investigaciones en Derecho Civil de la Facultad de Derecho, UNR. mfernandez21@gmail.com. Dirección postal: Facultad de Derecho – U.N.R. – Córdoba 2020, 1er. Piso. Rosario – Santa Fe – Argentina (C.P. 2000). Tel. +54 (0341) 4111880 // 4802634 int. 168.

* Abogada, Mediadora, Becaria Doctoral del CONICET (2004-2008), Docente (Profesora Adjunta en *Epistemología de las Ciencias Sociales. Su proyección en el Derecho* – UNICEN Azul, JTP en *Derecho de la Ancianidad* y JTP en *Filosofía del Derecho* – UNR). Miembro activo del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho – UNR. marianaisern@yahoo.com.ar. Dirección postal: Facultad de Derecho – U.N.R. – Córdoba 2020, 1er. Piso. Rosario – Santa Fe – Argentina (C.P. 2000). Tel. +54 (0341) 4802634 int. 168.

The challenge of the Law in Postmodern times is to maintain the humanist sense of the system, and to understand the demands of a global population that requires from it an unprecedented effort for its organization.

Key words

Supreme Principle of Justice; Life Quality; Old Age; Elder Law

Resumen

El proceso de especificación de los Derechos Humanos puso en la agenda pública las problemáticas del ser humano en su condición de viejo. Por su parte, el Derecho de la Vejez ha logrado incorporar al Paradigma Inclusivo y la perspectiva de los Derechos Humanos en un todo sistémico. El paradigma de la inclusión, surge como reacción ante el panorama gravoso adidenciado en los procesos discriminatorios contra la ancianidad, y es receptado por el modelo jusfundamental, presentando una lógica que apunta a reforzar la autonomía del sujeto anciano impidiendo la intervención injustificada de terceros en su esfera de libertad.

El Derecho de la Vejez, ha construido su núcleo en derredor del Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos. En coherencia con nuestra perspectiva integrativista tridimensional trialista del Derecho, en su análisis develamos la faz sociológica, valorativa y normativa que nos enriquecen. Y no podría ser de otra manera, ya que el desentendimiento de la dimensión social y valorativa de la vejez, es decir, el poner a un lado los avatares de la vida misma del viejo y sus significaciones axiológicas, implicaría enceguecer voluntariamente la mirada. El principio supremo de justicia exige organizar a la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad, convirtiéndose de individuo en persona.

El desafío del Derecho en la Posmodernidad, consiste en mantener el sentido humano del ordenamiento, comprendiendo las exigencias de una población global que requiere de él un esfuerzo sin precedentes para su organización.

Palabras clave

Principio Supremo de Justicia; Calidad de Vida; Ancianidad; Derecho de la Vejez

Índice

1. Introducción	4
2. El Derecho de la Vejez.....	4
3. El Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos.....	5
3.1. La faz social	5
3.2. La faz normativa.....	6
3.3. La faz valorativa	9
4. Conclusión.....	10
Bibliografía	10

En una cultura en la que prevalece la orientación mercantil y en la que el éxito material constituye el valor predominante, no hay en realidad motivos para sorprenderse de que las relaciones amorosas humanas sigan el mismo esquema que gobierna el mercado de bienes y de trabajo. – Fromm (2007)

1. Introducción

Entendemos que el Derecho es un todo complejo y su comprensión científica ha de alcanzar al estudio del Derecho en su Universalidad (Ciuro Caldani 2002, p. 29 y ss). Sólo comprendiendo la complejidad sistémica -sin descuidar la visión analítica que ofrece el estudio de cada una de las ramas-, podremos observar los fenómenos y valores, que exclusivamente pueden aprehenderse desde una perspectiva *ius holística*. Es posible, igualmente, reconocer las tres posturas clásicas -notoriamente diversas entre sí- de comprender el mundo jurídico: por un lado el positivismo normológico, vinculado a un enfoque racionalista y lógico del Derecho (Bobbio 1994); Por otro, las escuelas *ius naturalistas*, como búsqueda del último fundamento de lo jurídico en un conjunto de principios universales e inmutables que conforman el derecho natural¹. Y por último, el positivismo sociológico/pragmatismo que considera al hecho como la única realidad científica y a la experiencia y la inducción, como los métodos exclusivos de la ciencia, perdiendo así el Derecho todo su contenido abstracto².

Por nuestra parte, reconocemos en el Derecho una realidad de conductas (repartos) captadas por normas y valoradas, las conductas y las normas, por un complejo axiológico que culmina en la Justicia³, como principio orientador para la elaboración de normas y la solución de controversias. Esta complejidad pura desnuda la escena de lo descrito *puramente* en las normas, en miras de evitar las injusticias propias de las concepciones infradimensionalistas.

Es en este el marco teórico en el cual el **Derecho de la Vejez** se ha constituido, *marca genética* que le ha valido para configurar el contorno mismo de su objeto, logrando incorporar para sí, al Paradigma Inclusivo y la perspectiva de los Derechos Humanos en un solo cuerpo integrado.

2. El Derecho de la Vejez

El **Derecho de la Vejez** (Dabove 2002) como rama del Derecho en desarrollo, es transversal, materialmente autónoma y orientada a la consideración de los ancianos como sujetos de derecho en sentido pleno. Al configurarse transversalmente, se convierte -por su posicionamiento dentro del sistema- en una nueva perspectiva, la cual ha conducido a reevaluar las situaciones y relaciones jurídicas con su *mirada fresca*.

En su recorrido *a caballo* de las *ramas clásicas* -entiéndanse por estas, el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Comercial, etc.- llevando consigo la premisa humanista, ha puesto en entredicho prácticas e instituciones jurídicas consolidadas, señalando lo especialísimo del sujeto que ocupa el centro de su reflexión: el hombre anciano, en "comunicación consigo mismo y con sus circunstancias" (Dabove 2002, p.12).

Así dispuesta, procura -como bases de su constitución- el reconocimiento de la **igualdad**, en tanto *exigencia de homogeneidad vital*, necesaria para el

¹ Quien desee ampliar v. Ciuro Caldani (1994); Russell (1973).

² Como expresara Oliver W. Holmes, Jr. (1880, p. 13 y ss.): "La vida de la ley no es la lógica, sino la experiencia."

³ La teoría trialista fue elaborada básicamente por Werner Goldschmidt (1958, 1978, 1986), y en la actualidad ha continuado su desarrollo enriqueciéndolo, el Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani (1982; 1984, 35 y ss.; 1990, p. 17 y ss.; 1999, p. 33 y ss; 2000). El trialismo deviene de esta forma en una de las respuestas más atrayentes al desafío de la complejidad que tanto nos ocupa en el tiempo presente.

sostenimiento de un sistema jurídico coherente, por un lado; pero por el otro, la afirmación de la **unicidad**, en cuanto *reclamo de diferenciación valiosa* y de respeto por la identidad de la persona.

3. El Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos

Se le debe al proceso de especificación de los Derechos Humanos (Bobbio 1991), el haber puesto en la agenda pública las problemáticas del ser humano en su condición de *viejo*.

En consonancia y gracias a su constitución tridimensional -como hemos señalado más arriba-, el Derecho de la Vejez ha logrado incorporar al Paradigma Inclusivo y la perspectiva de los Derechos Humanos en un todo sistémico. Así, ha construido su núcleo en derredor del **Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos**.

En coherencia con **nuestra perspectiva de teoría general**, este derecho se manifiesta de una forma *tridimensional*. Por lo que en su análisis develamos su faz sociológica, valorativa y normativa. Y no podría ser de otra manera, ya que el desentendimiento de la dimensión social y valorativa de la ancianidad, es decir, el poner a un lado los avatares de la vida misma del viejo y sus significaciones axiológicas, implicaría engeguecer voluntariamente la mirada. Dicho esto, he aquí las tres dimensiones...

3.1. La faz social

Partiendo de la dimensión sociológica, *elam vital* de cualquier otra consideración, no es impropio afirmar que la ancianidad es aprehendida por los miembros de la sociedad como un complejo de adjudicaciones de **impotencia gravosa**, de carácter biológico y cultural. En las sociedades de control posmodernas, la ancianidad no constituye un prospecto promisorio: el corte de la normalidad resulta bien claro, la edad *privilegiada* resulta la juventud consumidora, productiva y reproductiva. El viejo se ha convertido en una carga que el sistema debe soportar: incluyéndolo sólo en cuanto puede ser consumido y hostigándolo generalmente con el rótulo "*for sale*" de *consumidor del mercado de la salud*.

La ancianidad es una pesada carga con la que tienen que asirse todos aquellos hombres que han vivido más allá de la *frontera útil* de la política de edades y se presenta como una "**condición resolutoria**" indefinida de ciertos aspectos de la **calidad de vida**, ante aquellos que tienen una alta probabilidad de llegar a ser viejos.

Es cierto que, más allá de ese peso genérico de la ancianidad en tanto adjudicación, los datos de las investigaciones gerontológicas demuestran que no todos los ancianos tienen las mismas posibilidades de hacer frente a semejante impotencia. Sabemos que el envejecimiento es un *proceso bio-psico-social único* y diferente para cada hombre, por lo que en la sociedad encontraremos algunos ancianos más débiles y otros más poderosos, ancianos que son meros receptores de lo que otros le dan, y otros, que aún en su vejez reparten potencia e impotencia a los demás.

Nos recuerda Michel Foucault (1989, p. 199 y ss.), que *en un sistema de disciplina*, el niño está más individualizado que el adulto, el enfermo más que el hombre sano; el loco y el delincuente más que el normal y el no delincuente. *Es hacia los primeros a los que se dirigen en nuestra civilización todos los mecanismos individualizantes; y cuando se quiere individualizar al adulto sano, normal y legalista, es siempre buscando lo que hay en él todavía de niño, la locura secreta que lo habita, el crimen fundamental que ha querido cometer.*

Quizá, llegado el tiempo de *individualizar* a un hombre -varón o mujer- adulto joven sano consumidor en edad productiva y reproductiva que ha llegado a su vejez, se busque en él lo perversamente *terminal*, lo secretamente *inútil*, lo horriblemente

enfermo, lo intrínsecamente *consumido*. La política de edades -control social de los *diferentes-*, es tajante y crea la *tercera edad*: esa época de la existencia sin referencia. *La primera o la segunda edad no están delimitadas claramente; la tercera edad demarca y advierte, con su función rotularia, sobre la peligrosa conclusión de la vida.* (Fernández Oliva 2010, p. 11)

Entendemos que los Derechos Humanos dependen de la realidad de las influencias humanas difusas de la cultura, siendo la **Posmodernidad** una era atravesada por el monopolio de la economía. Por esto, siendo la globalización el marco sociológico del sistema económico capitalista mundial -cuyo paradigma axiológico gira en torno de la Utilidad- creemos que las influencias humanas difusas económicas marcarán en forma definitiva el desarrollo del derecho fundamental a la calidad de vida de los viejos (Ciuro Caldani 2003).

Así, 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 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. El avance del capitalismo transnacional y el valor superlativo otorgado al consumo, que 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 (mujeres y los niños), puesto que éstos tienen -de alguna manera-, mayores posibilidades de ser admitidos en las tareas productivas.

Así considerados, los *viejos* constituyen un **grupo aislado** que recibe asistencia del resto de los integrantes de la sociedad, en la medida en que no amenaza el bienestar de los otros (Martínez, Morgante, Remorini 2008, pp. 73 y 84). En este sentido, ocupan el lugar que en la sociedad le conceden las generaciones más jóvenes. Los ancianos integran una posición minoritaria, no desde el punto de vista cuantitativo - la cantidad de gente anciana a nivel mundial es cada vez mayor-, sino como colectividad humana diferenciada que se halla en **posición** no dominante (Prieto Sanchís 1994, p. 368), encontrándose por ello en una situación clara de desventaja jurídica, institucional, económica y social.

3.2. La faz normativa

En Argentina, el **derecho fundamental a la calidad de vida de los ancianos** no cuenta con un articulado completo a nivel nacional⁴; pero a partir de su presencia constitucional, es posible inferir como lo haría un legislador atento a un modelo jusfundamental.

Así, se obtienen algunos de los elementos constitutivos del **derecho subjetivo jusfundamental a la calidad de vida de los ancianos**. Los conceptos y materializaciones de este producto normativo se enfrentan a la difícil tarea de describir la situación del anciano e integrar los valores configurados por el paradigma inclusivo de la vejez.

Cuando nos abocamos al análisis de las fuentes de las normas, en el Derecho de la Vejez nos encontramos con normativa diversa, de diferente rango y fuerza vinculante. Para buscar describir esta especial situación, usaremos los términos **hard law -instrumentos vinculantes- y soft law -derecho indicativo-**⁵. La

⁴ En Argentina no hay ley nacional como si lo hay en otros países latinoamericanos (por ejemplo, Brasil, México, Perú), más sí existen proyectos y leyes provinciales.

⁵ *In considering the body of law that affects the rights of older persons there are essentially two categories: 'soft law' geared to the protection of rights which includes documents such as the Madrid Plan of Action on Ageing (etc.) and 'hard law' which refers to statutes and conventions which link nationally and internationally and carries with it expectations of implementation and accountability. In*

Prof. Dra. María Isolina Dabove⁶ se expresa en el mismo sentido, ya que entiende que existe una serie de instrumentos directamente aplicables, cuya vinculación jurídica no es cuestionada, y otras fuentes que sirven solo como principios orientadores o criterios generales de interpretación jurídica dada su baja densidad vinculatoria (Dabove 2006).

Dentro del panorama normativo argentino, y en lo que respecta al Derecho a la Calidad de Vida, encontramos que el mismo se configura a partir de un **hard law general**, aplicable a todos los seres humanos, y un **soft law específico**, en cuanto se refiere puntualmente a la temática de la ancianidad. El **hard law** de la ancianidad -esto es las normas directamente estatuidas por la Carta Magna argentina en el artículo 75 inciso 22-, está conformado por instrumentos internacionales y regionales sobre derechos humanos en general.

Son de especial importancia para la temática:

- los **Pactos Internacionales** de Derechos Humanos de derechos civiles y de derechos económicos, sociales y culturales (1966),
- la **Convención Americana** sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969/1984) y su Protocolo facultativo sobre derechos económicos, sociales y culturales (**Protocolo de San Salvador**, 1999) - todos instrumentos ratificados por el gobierno argentino y constitucionalizados directamente desde 1994.

En lo que respecta al **soft law**, existe un amplio compendio de disposiciones sobre las necesidades especiales de los ancianos, que en tanto que *no vinculantes* ingresan al sistema legal argentino en forma indirecta, como principios orientadores y criterios de interpretación.

Son especialmente relevantes en este sentido:

- la interpretación del Pacto efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales volcada en la **Observación General N° 6** (1995)⁷,
- los **Planes de Acción Internacional sobre el envejecimiento** -Viena (para países desarrollados) y Madrid (para países en vías de desarrollo)-,

"soft law" there is quite a comprehensive treatment of issues and strategies but the discourse is not couched in legal terms and the flow of power is generally 'top-down'. Also, no sanctions for non-performance or infringements are attached, making the documents appear inept when compared with hard law. Despite this, soft law is quite specific and people usually abide by it in practice. Soft law is effective in capturing the vulnerability of persons in conflict, yet 'age' was not an issue on any agenda until the 1960's. In "hard law" the primary responsibility rests with the state to respect human rights; protect individuals and groups; and to fulfill on positive action. State responsibility includes resourcing the implementation and administration of law and in many cases new law requires both paradigm and attitudinal shifts which can be resource intensive to achieve. Therefore policy tradeoffs relate to obligations for states to expend resources and make policy in the most efficacious way. (Report Of The Expert Group Meeting "Rights Of Older Persons", 5-9 May 2009, Germany).

⁶ La Prof. Dra María Isolina Dabove es experta en Derecho de la Ancianidad. Doctora por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Titular de la Cátedra de Derecho de la Ancianidad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesora Asociada de la Cátedra de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho - Facultad de Derecho – UNR. Profesora titular de la Facultad de Derecho de la UNICEN y profesora de grado y postgrado de numerosas instituciones educativas de la Argentina y el exterior.

⁷ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha ido delimitando en sus observaciones generales algunos de los derechos y obligaciones derivados del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque estos documentos no tienen un carácter vinculante, ofrecen una interpretación general sobre los derechos económicos, sociales y culturales que ha contribuido a la definición de estos derechos y que ayudan en gran medida a comprenderlos adecuadamente. En el caso de las personas mayores, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preparó la Observación general N° 6 en el año 1995, que fue particularmente importante dado que a diferencia de lo que ocurre respecto de otros grupos sociales, no existe una estandarización de los derechos de las personas mayores, ni tampoco existen acuerdos de supervisión vinculantes ligados a esta esfera a nivel mundial.

- los **Principios de las Naciones Unidas** a favor de las personas de edad (1991),
- la **Estrategia Regional** de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid (CEPAL-CELADE 2003) y,
- la **Declaración de Brasilia** (2007).

En la reforma de la Carta Magna de la Republica Argentina, el constituyente captó en el artículo 75 inciso 23 a la ancianidad como una *diferencia relevante*, colocándola en el ámbito de la **vulnerabilidad y la debilidad jurídica**. En este sentido, se busca proteger al débil de la lógica despiadada de la igualdad formal, introduciendo el concepto de igualdad de oportunidades (Dabove 2002).

Así, desde el punto de partida encontramos el criterio guía de que todo anciano se encuentra en una situación jurídica vulnerable. Esto se convierte en el principio de consideración del derecho subjetivo al que nos referimos. Todos los ancianos -sin importar sus cualidades y características personales- son **titulares** de un catálogo de derechos subjetivos.

La norma constitucional argentina –hecha específica, gracias a su relación coadyuvante con el *soft law*- ofrece entonces, un **catálogo de derechos y deberes** que conforman un abanico de posiciones jurídicas que asumen la forma normativa de *principios*⁸. Estos principios operativos se encuentran descriptos en las metas elaboradas en la Estrategia regional: **coincidente** con todo lo consensuado en el soft law e **incluyente** con los derechos estatuidos por el hard law.

Así, concluimos que el derecho subjetivo fundamental a la calidad de vida de los ancianos, está conformado por:

- el principio de autonomía económica⁹,
- el principio de autonomía socio-sanitaria¹⁰ y
- el principio de participación¹¹.

En definitiva, existe un catálogo de derechos manifestados en forma de principios que son aplicables a todos los ancianos. Pero el funcionamiento efectivo del Derecho va a necesitar de la *ponderación*¹² de los impedimentos fácticos y las restricciones normativas a fin de tornarlo *derecho definitivo*.

La ponderación de sus impedimentos será esencial para el correcto funcionamiento del derecho subjetivo fundamental, teniendo en vistas lograr un reparto justo. Creemos –como lo hemos expresado en reiteradas oportunidades- que sería de una importancia radical la aplicación de una **clasificación de los titulares del derecho según su impedimento**.

⁸ V. la diferencia entre las normas como reglas y las normas como principios (mandatos de optimización) en Alexy (1993).

⁹ **Principio de autonomía económica.** *Las personas mayores deben gozar de las condiciones de seguridad económica que permitan la satisfacción de las necesidades básicas de las personas mayores y su plena inclusión en la sociedad y el desarrollo.* Aquí quedan comprendidos los derechos relacionados al **trabajo** (art. 6, 7 y 8 del Pacto), y los referidos a la **seguridad social** (art. 9 del Pacto). Y conforme al punto b del artículo 17 del Protocolo y a las resoluciones de la OIT.

¹⁰ **Principio de autonomía socio-sanitaria.** Las personas mayores deben tener acceso a servicios de salud integrales y adecuados a sus necesidades, que garanticen una mejor calidad de vida en la vejez y la preservación de su funcionalidad y autonomía. Aquí quedan comprendidos el derecho a la **salud física y mental** (art. 12 del Pacto), y los referidos a la protección de la **familia** (art. 10 del Pacto). Conforme al punto a del artículo 17 del Protocolo y las Resoluciones de la OPS que entienden a la salud en su faz de promoción, prevención y tratamiento.

¹¹ **Principio de participación.** *Las personas mayores deben gozar de entornos físicos, sociales y culturales que potencien su desarrollo y favorezcan el ejercicio de derechos y deberes en la vejez.* Aquí quedan comprendidos el derecho a un **nivel de vida adecuado** (art. 11 del Pacto), y el derecho a la **educación y a la cultura** (art. 13 del Pacto). Y conforme al punto c del artículo 17 del Protocolo.

¹² Sobre el *juicio de ponderación*, razonabilidad, o proporcionalidad (art. 28 de la CN) v. Ariza (2003).

Pero en el caso de la ancianidad, esta clasificación de los impedimentos no podría considerarse acabada con la enumeración de las barreras sanitarias¹³, sino que por el contrario deberán incluir todos los riesgos (Huenchuan, Morlchetti 2007, p. 155). que existen en el efectivo ejercicio de la autonomía del hombre viejo. Ellos pueden enunciarse en forma escueta como obstáculos económicos, sociales, emocionales, físicos o psíquicos/psiquiátricos.

Finalmente, el catálogo de *derechos positivos -ponderados en el caso concreto- para tornarse derecho definitivo*, deberá adecuarse a los fines deseables según el requerimiento de justicia específico para la ancianidad: esto es, la protección del anciano contra los otros individuos, el régimen, lo demás y él mismo (Goldschmidt 1986), en la medida y con los límites que señalamos más arriba.

3.3. La faz valorativa

El **principio supremo de justicia** exige “asegurar a cada hombre, una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad” (Goldschmidt 1986, p. 446), convirtiéndose de individuo en persona. De la *densidad* de esta esfera –es decir, la calidad de la “sustancia jurídica” que la compone- dependerá el ceder a los avatares de la lógica mercantilista, o resistir a la Utilidad avasallante del sistema económico de los tiempos actuales. La misión será, la de asegurar el desarrollo completo de los derechos subjetivos de todos los hombres –y en nuestro caso, de los ancianos, en particular-

La *eficacia* del sistema económico se mide en términos de rendimiento y lucro: producir lo más posible, al menor costo, con el objeto de obtener la mayor ganancia. Y esto es *virtuoso* en lo que a la Economía Capitalista se refiere. Pero esta lógica ha desbordado en la Posmodernidad, las estanterías del Mercado, y ha *contaminado* a todas las demás áreas de consideración ética, amenazando la premisa humanista que pone al hombre como un fin en sí mismo y no como el medio para el logro de otros fines.

El **paradigma de la inclusión**, como reacción ante el panorama gravoso de la ancianidad descrito, es receptado por el modelo jusfundamental¹⁴, y presenta una lógica que apunta a reforzar la autonomía del sujeto anciano impidiendo la intervención injustificada de terceros en su esfera de libertad. Tomando como base aquellas consideraciones, se elabora así un criterio especial de justicia de la ancianidad, que se configura teniendo en cuenta el grado de dependencia del sujeto.

Las incursiones en el ámbito de la **autonormativización**, sólo se hacen posibles en la medida de que el sujeto experimente la necesidad de socorro. Así es como se establece que en principio, se debe respetar la autonomía del anciano. Es solo en el caso de existir impedimentos al ejercicio de la libertad, que las intervenciones deben ser proporcionales al grado de dependencia sufrido en el caso concreto.

El **Paradigma de la Inclusión** afecta directamente en la dimensión valorativa del Derecho de la Vejez proporcionando una serie de postulados éticos que son receptados por los **principios básicos del Derecho de la Vejez** (Dabove Caramuto, Prunotto Laborde 2006):

- El principio de continuidad vital,
- El principio de privacidad y
- El principio de participación

¹³ V. por ejemplo, **CIF**-Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, OMS-OPS, 2001; **Libro Blanco**-Atención a las personas en situación de dependencia en España, Madrid, Imsero, 2005

¹⁴ El modelo jusfundamental del Derecho de la Ancianidad se elabora de acuerdo los postulados del Estado Constitucional de Derecho. V. Estado Constitucional de Derecho Zagrewelsky (1999); García Figueroa (1998); Ferrajoli (2001).

Estos principios tienen como fin reforzar la autonomía de los sujetos ancianos, sin desconocer la necesidad de ayuda de terceros que indudablemente requieren algunos. El Régimen de Justicia de la ancianidad se presenta de forma gradual, debido a un *requerimiento especial de justicia* que contempla la situación del autónomo y la del dependiente. Por este medio, se despliega una lógica que va desde un **Humanismo abstencionista** hasta un **Humanismo intervencionista justificado**, en tanto y hasta la medida, de la dependencia sufrida por el anciano en el caso concreto. El influjo provocado por este nuevo paradigma de la vejez, producirá una serie de conductas de reacción que tomarán forma normativa a través del derecho subjetivo jusfundamental a la calidad de vida de los ancianos.

4. Conclusión

El Derecho de la Vejez ha logrado incorporar al Paradigma Inclusivo y la perspectiva de los Derechos Humanos en un todo sistémico, construyendo su núcleo en derredor del **Derecho Fundamental a la Calidad de Vida de los Ancianos**.

El **principio supremo de justicia** exige organizar a la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad, convirtiéndose de individuo en persona.

Como hemos dicho, el **paradigma de la inclusión**, surge como reacción ante el panorama gravoso de la ancianidad descrito, y es receptado por el modelo jusfundamental, presentando una lógica que apunta a reforzar la autonomía del sujeto anciano impidiendo la intervención injustificada de terceros en su esfera de libertad.

Creemos que el desafío del Derecho es mantener el *sentido humano* del ordenamiento, *aggiornandose* a este tiempo del Mundo que hoy llamamos posmoderno y a las exigencias de una población global que requiere de él un esfuerzo sin precedentes para su organización.

Bibliografía

- Alexy, Robert, 1993. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ariza, Ariel, 2003, Emergencia y sistema de Derecho Privado. *Suplemento Jurisprudencia Argentina Lexis Nexis*, del 23 de abril, 1-58.
- Bobbio, Norberto, 1991. *El tiempo de los derechos*. Trad. Asis Roig. Madrid: Sistema.
- Bobbio, Norberto, 1994. *El problema del positivismo jurídico*. 3ª ed. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. México: Distribuciones Fontamara.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 1982. *Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, T. I a III.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 1984. Dos notas de Teoría General del Derecho. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 01, 35-70.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 1990. Dos perspectivas de Teoría General del Derecho. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 13, p. 17 y ss.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 1994. *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, T. II.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 1999. Lecciones de Teoría General del Derecho, *Investigación y Docencia* (Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 32.

- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 2000. *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 2000. *Metodología Jurídica*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel, 2002. Perspectivas de la Teoría General del Derecho. *Investigación y Docencia* (Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 35.
- Dabove Caramuto, María Isolina, 2002. *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dabove Caramuto, María Isolina, et al., coords., 2006. *Derecho de la Ancianidad: perspectiva interdisciplinaria*. Rosario: Juris.
- Fernández Oliva, Marianela, 2010. Los anormales y el Derecho. Acerca del anciano, el Derecho Privado y la posmodernidad. *Trabajos del Centro: Revista Electrónica del Centro de Investigaciones en Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNR* [en línea], 8. Disponible en: <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/viewFile/103/142> [Acceso 23 noviembre 2011]
- Ferrajoli, Luigi, 2001. Pasado y futuro del estado de derecho. *Revista internacional de filosofía política*, 17, 31-45.
- Foucault, Michel, 1989. *Vigilar y castigar*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- García Figueroa, Alfonso, 1998. *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Goldschmidt, Werner, 1958. *La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)*. Madrid: Aguilar.
- Goldschmidt, Werner, 1978. *Justicia y Verdad*. Buenos Aires: La Ley.
- Goldschmidt, Werner, 1986. *Introducción filosófica al Derecho*. 5ª ed. 6ª reimp. Buenos Aires: Depalma.
- Holmes, Oliver Wendell Jr., 1880. *The Common Law* [en línea]. Boston: Little Brown and Co. Disponible en: http://biotech.law.lsu.edu/books/holmes/claw_c.htm [Acceso 4 noviembre 2011].
- Huenchuan, Sandra y Morlachetti, Alejandro, 2007. Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina. *Revista notas de población* [en línea], 85, 145-180. Disponible en: http://www.eclac.org/publicaciones/xml/1/32261/lcg2346-P_7.pdf [Acceso 23 noviembre 2011].
- Martínez, María Rosa, Morgante, María Gabriela, y Remorini, Carolina, 2008. ¿Por qué los viejos? Reflexiones desde una etnografía de la vejez. *Revista Argentina de Sociología* [en línea], Año 6, 10, 69-90. Disponible en: <http://www.scielo.org.ar/pdf/ras/v6n10/v6n10a06.pdf> [Acceso 9 marzo 2010].
- Prieto Sanchis, Luis, 1994. Minorías respeto a la disidencia e igualdad sustancial. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 15-16, 367-387. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuaderno15/voll/doxa15_19.pdf [Acceso 9 marzo 2010].
- Russel, Bertrand, 1973. *Historia de la Filosofía*. Madrid: Aguilar.
- Zagrewelsky, Gustavo, 1999. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. 3ª ed. Madrid: Trotta.