

**INTERÉS SUPERIOR DE LA VEJEZ**  
**BEST INTEREST OF OLD AGE**  
**INTERESSE SUPERIOR DAS PESSOAS IDOSAS**

*Mariana Blengio Valdés\**

**RESUMEN.** El envejecimiento como fenómeno social ha pasado a ser en las últimas décadas una de las temáticas más desafiantes para el derecho y la bioética. A partir de esta premisa se abordan sus diferentes aristas, analizando específicamente la necesidad de proyectar la protección de los derechos de las personas de mayor edad desde una perspectiva que pretende proporcionar elementos para promover posibles ajustes en la legislación especialmente en sede de garantías, así como la promoción y puesta en marcha de buenas prácticas administrativas. En tal sentido se propone incorporar el concepto de interés superior de la vejez como parámetro a utilizar al momento de prevenir o resolver conflictos que atañen a las personas mayores. El enfoque se centra en la consideración del envejecimiento como un tránsito en la vida misma que no debe asociarse por defecto, a la enfermedad ni a la discapacidad e incapacidad, asumiendo la sociedad toda, el desafío de erradicar la estigmatización de los individuos de mayor edad previniendo con esto, su exclusión social.

**PALABRAS CLAVE.** Envejecimiento. Establecimientos de larga estadía. Autonomía. Vulnerabilidad. Garantías.

**ABSTRACT.** Aging as a social phenomenon has become over the last few decades one of the most challenging issues for law and bioethics. Starting from this assumption, its different as-

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales Universidad de la República. Magíster en Derecho y Bioética Universidad de Barcelona. Prof. Agr. Derechos Humanos y Bioética Facultad de Derecho Universidad de la República y CLAEH. Correo electrónico: [ius@netgate.com.uy](mailto:ius@netgate.com.uy)

pects are addressed, specifically reviewing the need to project the protection of the rights of elderly people from a perspective that intends to provide elements to foster potential adjustments to legislation, especially with regards to guarantees, as well as the promotion and enforcement of good administrative practices. Thus, this paper proposes to include the concept of best interest of old age as a parameter for preventing or solving disputes related to elderly people. The approach focuses on considering aging as a passage of life itself that must not be directly associated to sickness, disability or inability. Society as a whole faces the challenge of eradicating the stigma on elderly people in order to prevent their social exclusion.

**KEY WORDS.** Aging. Long-term care institutions. Autonomy. Vulnerability. Guarantees.

**RESUMO.** O envelhecimento como fenômeno social tem virado nas últimas décadas um dos assuntos mais desafiantes para o direito e a bioética. Partindo dessa premissa, se abordam seus diferentes aspectos, analisando especificamente a necessidade de projetar a proteção dos direitos

das pessoas idosas desde uma perspectiva que pretende proporcionar elementos para promover possíveis ajustamentos à legislação, especialmente em relação com as garantias, assim como a promoção e instauração de boas práticas administrativas. Neste sentido, se propõe incorporar o conceito do interesse superior da pessoa idosa como parâmetro para prevenir ou resolver conflitos vinculados as pessoas idosas. A abordagem considera o envelhecimento como um trânsito da própria vida, que não tem que se associar por defeito à doença, deficiência e incapacidade; assumindo a sociedade toda o desafio de eliminar a estigmatização das pessoas idosas, para evitar sua exclusão social.

**PALAVRAS-CHAVES.** Envelhecimento. Moradias de longa permanência. Autonomia. Vulnerabilidade. Garantias.

## I. INTRODUCCIÓN

El envejecimiento como fenómeno social ha pasado a ser en las últimas dé-

cadav una de las temáticas más desafiantes para el derecho y la bioética. El envejecimiento de las poblaciones determinado esencialmente por la longevidad, viene generando múltiples consecuencias que transversalizan los impactos en diferentes ámbitos, tanto económicos, sociales, culturales, sanitarios, educativos. A la vez que interpelan a numerosos actores tanto públicos como privados, en función de la necesaria búsqueda de fórmulas que permitan proyectar el envejecimiento y asegurar su abordaje desde la perspectiva de los derechos humanos y su debida protección jurídica incluyendo la incorporación de garantías que aseguren el derecho ante posibles vulneraciones.

Entre 2015 y 2020 el aumento de la población mayor de 60 años en el mundo, ha superado a la de menos de 5 años, lo que arroja una estadística relevante para reafirmar la importancia del análisis de la realidad a la cual nos enfrentamos, entre otras razones, por las consecuencias que la misma conlleva<sup>1</sup>. Los seres humanos que habitan en países con ingresos altos y medianos han prolongado notoriamente los años que viven y no solo lo han hecho en forma temporal sino también en forma cualitativa. Es decir, esas personas en términos generales viven no solo más tiempo, sino aunque no siempre, en forma más sana, en virtud entre otras razones de avances científicos y tecnológicos que han permitido el control de enfermedades y el descubrimiento de medicamentos y tratamientos además de otros múltiples avances que facultan a los individuos vivir mejor o sobrellevar con mejor resultados sus dolencias. Unido a una búsqueda de bienestar a partir del aprendizaje en el plano alimentario y físico que permite fortalecer los procesos de prevención de enfermedades. Fenómeno que por cierto no es ajeno a la pobreza y por ende sujeto a las consecuencias devastadoras que ésta genera en las personas que dependen de pensiones o jubilaciones.

Esa esperanza de vida mayor a los 60 irrumpe en el universo colectivo generando no solo cambios en el plano demográfico sino también en el cultural y social. Con aristas que trascienden como hemos dicho las clásicas previsiones normativas. Lo relevante de este fenómeno que es preciso atender, es que en la medida que la tendencia se mantenga, en unos 30 años la población mayor de 60 años llegará a 28 % y la esperanza de vida trascenderá a los 80 años. No resulta difícil entonces visibilizar algunas de las consecuencias que esta nueva realidad determinará en relación a las condiciones que las personas requerirán en materia de protección de sus derechos y específicamente el concepto amplio de cuidados.

---

1 <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/envejecimiento-y-salud#:~:text=Desde%20un%20punto%20de%20vista,y%20finalmente%20a%20la%20muerte>.

En el Uruguay y atento a los últimos datos estadísticos relevados en el último censo de 2011, el 14 % de la población contaba con más de 64 años. Actualmente se estima que ese porcentaje se sitúa en el 19.5 % y al igual que en otros países es el grupo de personas de más de 80 años el que más aumenta. Siendo más las mujeres que los varones.<sup>2</sup> Como dato también estadístico corresponde destacar que el 87 % de los adultos mayores de 65 vive en zonas urbanas. Los departamentos que más personas mayores tienen son: Rocha, Flores, Florida, Lavalleja y Montevideo. Y en relación al entorno familiar el 97 % de las personas mayores de 65 años vive en este ámbito mientras que el 3 % sería el porcentaje que mayoritariamente habita en establecimientos de larga estadía. (Llado y Pérez, 2016).

## II. ¿QUE ES EL ENVEJECIMIENTO?

El envejecimiento es un tránsito, una etapa de la vida misma. No se trata de una etapa separada de nuestra vida cotidiana. Tampoco se debe asociar envejecimiento a enfermedad. El gran desafío radica en lograr erradicar la estigmatización de los individuos que tienen más años, discriminación que parte de la premisa que son dependientes y deben ser asistidos o atendidos bajo tutorías, asumiendo una situación de presunta dependencia. Para entender esta etapa de la vida que generalmente se tiende a estratificar, debe vencerse el miedo a la dependencia que en muchos casos se encuentra alimentado por estructuras de poder. Pues el miedo que produce la vejez es una puerta para la exclusión social. Y esa exclusión genera en el universo colectivo el concepto de que la persona mayor es una carga para la sociedad. A diferencia de la niñez, cuya ventana de vida hace que su tratamiento sea radicalmente distinto. También es esta última, una etapa de la vida misma. Un tránsito hacia la adolescencia, juventud y luego el ser adulto.

Partiendo entonces del envejecimiento como etapa en la vida de la persona más allá de sus singularidades como las que la infancia pueda tener, corresponde visualizar algunos de sus elementos constitutivos. Para ello reafirmar que no existe una persona mayor típica (OMS, 2018). Del punto de vista biológico se entiende que el envejecimiento implica una acumulación de daños de tipo molecular y celular lo que puede determinar en formas muy variadas una posible disminución en las capacidades físicas o mentales. Lo que puede derivar además

2 Atlas Socio Democrático de la desigualdad en Uruguay. Envejecimiento y personas mayores en Uruguay. 2016. Coordinado por Llado, M y Pérez, R. Disponible en: <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/34017/Atlas+Fasciculo+7/#:~:text=1%20aspectos%20sociodemogr%C3%A1ficos-,del%20envejecimiento%20poblacional,personas%20superan%20los%20100%20a%C3%B1os>

en un riesgo de enfermedad y muerte. Pero se trata de visualizar una etapa en la cual coexisten múltiples factores y determinantes que no nos permiten sistematizar en un solo modelo o tipo, a la vejez.

### **¿Qué tipo de respuesta normativa se ha dado al envejecimiento de la población?**

Las personas que transitan esta etapa de la vida en la cual sus edades ascienden a los 60 o 65 años gozan de todos los derechos que los demás habitantes. Están comprendidos en su carácter de sujetos de derecho en todas las normas que tanto en el ámbito interno como internacional protegen los derechos y libertades de las personas, asegurando éstas como se puede visibilizar en la normativa, garantías eficaces para que, en caso de ser necesario, se hagan valer los derechos de las personas en forma lo más inmediata posible.

En su carácter de sujetos de derechos las personas mayores de 60 o 65 años pueden invocar múltiples fuentes normativas en las cuales habrán de ser contemplados en su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo, educación, salud, bienestar entre tantos derechos que se erigen del valor de la dignidad humana. Valor jurídico que funda nuestro ordenamiento jurídico y determina a la vez la existencia de principios que lo nutren. Incluyendo el conjunto de garantías. Lo que nos permite reafirmar que las bases ético legales para abordar la protección de las personas en esta etapa de sus vidas, coexisten en el Uruguay, tomándose como base la propia Constitución de la República fortalecida ésta por las normas internacionales de derechos humanos.

Partiendo de dicha premisa conviene destacar que en las últimas décadas se ha producido un fenómeno de especificación de normas tendientes a proteger en forma puntual a los sujetos de derecho en esta etapa de la vida. Así podemos ver como en el plano internacional una reciente y novedosa Convención en el ámbito regional ha puesto en el centro de la protección de derechos a los mayores de 60 años. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores adoptada por la Asamblea General de la OEA en Washington entró en vigor en 2017 previendo un catálogo amplio y completo de previsiones vinculadas al derecho y la bioética. Si bien a la fecha solo 8 países de los 35 del continente americano<sup>3</sup> la han ratificado es de suponer que este documento observará un paulatino proceso de aceptación siendo por lo pronto desde nuestro concepto altamente recomendable.

<sup>3</sup> [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores\\_firmas.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp)

En su preámbulo este texto destaca que “las personas mayores tienen los mismos derechos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos incluido el de no verse sometido a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad humana y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”. Puede constatar también como el documento refiere a texto expreso a diversas declaraciones e instrumentos regionales referidos al envejecimiento, apostando a que éste se incorpore en las políticas públicas de los diversos Estados. El otro punto relevante de esta norma radica en su ámbito de aplicación en la medida que dispone que si el ejercicio de derechos y libertades no estuviere garantizado en la legislación interna los Estados se comprometen a adoptarlas con arreglo a sus procedimientos constitucionales. Disposición que ilustra la especial naturaleza de los tratados internacionales de derechos humanos que desde su tronco común con el derecho internacional público imponen obligaciones a los estados que los ratifican en función de todas las personas que habitan en su jurisdicción.<sup>4</sup>

El otro elemento interesante a destacar de este tratado emana de las definiciones que se encuentran incorporadas en el artículo 2. Allí se define lo que se entiende por envejecimiento y en forma específica la “discriminación por vejez” lo cual resulta de interés a la hora de aplicar el derecho. Se trata de “cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos en la esfera política, económica, social, cultural o de cualquier otra esfera de la vida pública o privada”. El texto también define algunas conductas ilegítimas como el “maltrato”; la “negligencia”; y el “abandono. Lo singular también radica en que el texto incorporará conceptos con una clara referencia al abordaje bioético. Así encontramos la definición de “cuidados paliativos” y en sede del reconocimiento al derecho humano a la salud las voluntades anticipadas o directivas finales. Estableciendo además el principio de autonomía y auto determinación de la persona mayor de 65 años. Lo que se proyecta en el artículo 11 al consagrar a texto expreso el “derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud”, considerándolo “irrenunciable” y previendo que la “negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor”. Agrega en sede de características de este consentimiento que el mismo debe ser informado, libre, previo y expreso. Con la posibilidad de revocación. Todo ello

---

<sup>4</sup> Puede ampliarse en BLENGIO VALDÉS, Mariana. Manual DDHH, 2019. IJ Editores. Montevideo.

aplicable en cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación en el ámbito de la salud.<sup>5</sup>

La Convención incorpora estas previsiones en observancia del principio de autonomía, uno de los cuatro principios unánimemente aceptados por la Bioética y el Derecho a partir de instrumentos de especial relevancia histórica como el Código de Nuremberg de 1947; la Declaración de Helsinki de 1964, el Informe Belmont de 1978 y especialmente la Declaración de Bioética y Derechos Humanos adoptada por la UNESCO en 2005.

Esta Convención sobre Derechos de Personas con mayor edad, marca un hito en la especificación normativa referida a la protección de los derechos que comprenden la vida, integridad física, libertad, salud, educación, acceso a la justicia, derechos políticos, seguridad social entre otros. Así también del punto de vista procesal consagra en su artículo 36 a texto expreso la posibilidad de presentar peticiones individuales ante la Comisión Interamericana por una persona o grupo de personas o entidad gubernamental que consideren que alguno de los artículos de este tratado ha sido violado por un Estado Parte. Teniéndose en cuenta la naturaleza progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales entre otras consideraciones.

Evidentemente el hecho de otorgar a la normativa internacional el rango de tratado incorporando esta especificidad en función etárea resulta por demás ilustrativa de una realidad que el derecho internacional también pretende abordar como imperativo ético jurídico. De ahí la importancia de la incorporación de principios específicos de la bioética en forma armónica con los demás del ordenamiento jurídico.

En el ámbito interno y específicamente en Uruguay la regulación normativa del envejecimiento se evidencia paulatinamente. A los efectos de su descripción reiteramos la consideración inicialmente formulada en función de la normativa que le es aplicable como persona humana sin perjuicio de la singularidad etárea. Por tanto la enumeración normativa partirá de la Constitución de la República en función de la sección II y otros artículos concordantes referidos también a la protección de los derechos humanos y sus garantías. Sobre el punto conviene destacar el artículo 67 de la Carta referido a los derechos que devienen de la seguridad social, jubilación, seguros y pensión a la vejez. Y muy concretamente

---

5 Puede ampliarse en BLENGIO VALDÉS, Mariana. "La autonomía de las personas mayores en el ámbito sanitario. voluntades anticipadas y suspensión de tratamientos" en Revista Derecho Público, [S.L.], n. 51, p. pp. 7-13, jul. 2017. ISSN 2301-0908. Disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/ojs/index.php/Rdp/article/view/48>

las dos reformas parciales de la Constitución vigente de 1967. En el año 1989 la ampliación de la normativa referida al derecho a la seguridad social en los incisos 2 y 3 del artículo 67 que estableció que los ajustes a las jubilaciones y pensiones no podrán ser inferiores al índice medio de salarios y se establecerán en las mismas oportunidades que se establezcan ajustes o aumentos en las remuneraciones de los funcionarios de la Administración Central. Y en 1994 la anulación de leyes violatorias de éste en sede de disposiciones transitorias y especiales (artículo 2, letra V).

En materia legal encontramos diversas disposiciones que cuentan con varias décadas verificándose hoy una institucionalidad en relación a la responsabilidad en la protección de los derechos de las personas mayores. La misma se encuentra compartida por el Ministerio de Salud Pública y el Ministerio de Desarrollo Social. Habiéndose instaurado además dentro de éste último un Instituto específico para la atención de los Mayores con carácter nacional (INNMAYORES).

En el año 2004 se aprobó la ley 17796 que atiende la promoción integral de las personas que tengan 65 años. Prevé en su artículo 2 el reconocimiento de derechos civiles, económicos y sociales como vida, integridad física, salud, educación goce de trato digno entre otros. En forma concomitante en el año 2009 la ley 18167 la deroga creando a la vez el INNMAYORES en la órbita del MIDES. A dicho instituto se le asigna como competencias la promoción integral de los adultos mayores y la planificación, diseño, ejecución y evaluación de las políticas nacionales relativas al adulto mayor.

Estas normas tanto la regional como las referidas a nivel nacional confluyen en una nueva perspectiva. Que centra al envejecimiento en la protección basada en el reconocimiento de principios como hemos expresado. Donde la autonomía resulta un elemento sustancial lo que no se opone a la necesidad de que puedan existir necesidades en función de cuidados. “Pero éstos deben ser dispensados sin suplantar la voluntad de la persona ciudadana, prestándole colaboración y ayuda pero sin sustituirla en todo aquello que pueda llevar a cabo por sí misma” (Casado, 2020).

A este proceso hay que agregarle la regulación específica de los lugares en los cuales habitan personas mayores en modalidad de residenciales o establecimientos que los albergan. Para lo cual corresponde remitir a la ley 17066 de 1998 que atiende el régimen de los establecimientos privados que alojan a personas de mayor edad. En este caso otorgaba al MSP las competencias para ejecutar políticas en el tema. Además clasificó los establecimientos privados a los que



definió genéricamente como todos aquellos que ofrecen vivienda permanente o transitoria como alimentación y otros servicios de acuerdo al estado de salud de los beneficiarios. Dentro de la clasificación la norma distingue: hogares “aquellos que sin perseguir fines de lucro ofrezcan vivienda permanente, alimentación y servicios tendientes a promover la salud integral de los adultos mayores” (artículo 3); residencias como “establecimientos privados con fines de lucro que ofrezcan vivienda permanente, alimentación y atención geriátrico gerontológica tendiente a la recuperación, rehabilitación y reinserción del adulto mayor a la vida de interrelación” (artículo 4). También se definieron los “centros diurnos y refugios nocturnos” en su carácter de establecimientos privados con o sin fines de lucro que brinden alojamiento en horario parcial, ofreciendo servicios de corta estadía, recreación, alimentación, higiene y atención sico social (artículo 5). Y por último la ley de 1998 previó los servicios de inserción familiar (SIF) “ofrecidos por un grupo familiar que alberga en su vivienda a personas mayores auto válidas en número no superior a tres, no incluyendo aquellas a las que se deben obligaciones alimentarias. Para brindar este servicio deberán operar como núcleo familiar continente, estar dotadas de sólidas condiciones morales y estabilidad, procurando el desarrollo de la vida del adulto mayor con salud y bienestar” (artículo 6).

En lo que refiere a las habilitaciones se previó en una primera instancia que estuviera a cargo del Ministerio de Salud Pública, competencia que a partir de las modificaciones legales reseñadas pasará a ser compartida con el Ministerio de Desarrollo Social en la órbita de INNMAYORES. A la normativa legal prevista en la categorización de centros donde habitan personas mayores se agrega en el año 2016 el decreto 356 que reglamenta la regulación, habilitación y fiscalización que ofrezcan servicios de cuidados a personas mayores. Su ámbito de aplicación refiere a los establecimientos públicos y privados que en forma permanente o transitoria brinden cuidados a personas mayores, tales como alojamiento, alimentación y otras prestaciones sociales y sanitarias además de los comprendidos en los servicios de cuidados residenciales del Sistema de Cuidados. En esta disposición que como vemos atiende a la fiscalización de estos establecimientos, quedan excluidos centros diurnos, refugios nocturnos y Servicios de Inserción Familiar (SIF).

En lo que refiere a la normativa que venimos reseñando corresponde también agregar las disposiciones vigentes del sistema nacional de cuidados que se crea en el 2015 a partir de la ley 19353, para casos de personas que carezcan de

autonomía para desarrollar actividades y atender por sí mismas sus necesidades básicas de la vida diaria siendo mayores de 65 años.

### III. INSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE ENVEJECIMIENTO

De la breve reseña realizada surge que en el Uruguay se ha institucionalizado la temática del envejecimiento a través de un proceso paulatino que ha incorporado previsiones normativas que atienden al fondo, esto es el reconocimiento de derechos de las personas con mayor edad, así como también en relación a la parte orgánica a través de la creación de un organismo INNMAYORES, abocado a la promoción de políticas públicas destinadas a la vejez entre otras competencias que hemos visto. Todo ello en la órbita del Poder Ejecutivo. Sobre la eficiencia de este organismo algunos datos vienen observándose en forma constante como por ejemplo la falta de recursos humanos suficientes para atender la problemática a nivel nacional, tal cual ha observado la INDDHH en informe preliminar sobre envejecimiento del año (2021) entre otros aspectos puntuales objeto de recomendaciones.<sup>6</sup> Los objetivos trazados por la ley de creación del organismo no pueden ejecutarse adecuadamente en la medida que las administraciones no le brinden más recursos que permitan proyectar su capacidad operativa. Lo que en la temática específica de la fiscalización de los establecimientos de larga estadía constituye sin lugar a dudas un problema palpable. De ahí la preocupación que se ha hecho visible en los últimos años por fortalecer esta función a los efectos de poder hacer viable y efectiva la protección de los derechos de las personas que se encuentran internadas en estos centros.

Al respecto la situación de los centros de larga estadía ha sido objeto de especial atención y la denuncia incluyendo manifestaciones del propio Poder Ejecutivo a la hora de implementar la atención ante la situación de pandemia.

En relación específica a los centros de larga estadía y la necesaria fiscalización, pueden verse manifestaciones diversas. Entre ellas la preocupación de la Fiscalía de la Nación y el Poder Judicial que analizaremos a continuación, al igual que ya referido informe de la INDDHH en el ámbito de la protección no jurisdiccional como parte de sus competencias donde se incluyen diversas recomendaciones. Estas últimas, si bien se focalizan en la temática de los establecimientos de larga estadía permiten visualizar un amplio abanico de problemáticas incluyendo posibles ajustes a la legislación y las buenas prácticas tanto

---

<sup>6</sup> <https://www.gub.uy/institucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/comunicacion/noticias/inddhh-presenta-informe-preliminar-envejecimiento-derechos-humanos-su-impacto>.

administrativas como judiciales.

#### **IV. PROBLEMAS VINCULADOS A LOS CENTROS DE LARGA ESTADÍA Y SU TRATAMIENTO EN EL ÁMBITO JUDICIAL**

Especial atención nos merecen dos sentencias dictadas por el Poder Judicial en el transcurso de estos dos años en primera y segunda instancia<sup>7</sup>. Las que vinculan a la problemática denunciada en centros de larga estadía (ELEPEMs). Lo relevante de ambos casos resulta ser que es la Fiscalía en lo Civil de Montevideo en la persona del Dr. Daniel Gutiérrez, la que en su calidad de representante legal de intereses difusos del Departamento de Montevideo la que solicita la adopción de medidas de protección legal de personas internadas en residenciales o establecimientos de cuidados al Poder Ejecutivo. En la persona de los Ministerios de Salud Pública y Desarrollo Social. La demanda denuncia que siendo Uruguay uno de los países que posee mayor porcentaje de personas mayores no todos los residenciales para alojarlos en la capital se encuentran habilitados sin existir además, un plan específico para proceder a la fiscalización y por ende habilitación efectiva ni tampoco sanciones que determinen en su caso el cierre ante la constatación de violaciones a los derechos humanos. En tal sentido la demanda alude a la necesidad de fortalecer a estos ancianos en su calidad de residentes de estos centros de larga estadía en tanto sujetos vulnerables del sistema social, político y jurídico. Instando a que los residenciales también se ordenen y funcionen en el marco de la normatividad.

En primera instancia el fallo de la magistrada V. Ginares en atención a la denuncia incoada condena al MSP y al MIDES a intimar a los establecimientos y alojamientos de personas mayores del departamento de Montevideo en plazos de 30 y 180 días para regularizar la habilitación. En la sentencia se expresa que: “si la normativa impuesta por el legislador supera las posibilidades reales del país no puede servirle de excusa al Estado para flexibilizar el cumplimiento de la legislación que ha dispuesto en la protección de las personas vulnerables”. (punto 8 de la sentencia).

En apelación (TAT 4º. T, sentencia 110/2021) se confirma parcialmente el fallo condenándose al MSP y al MIDES a intimar en forma coordinada a los establecimientos de alojamiento de larga estadía de personas del departamento de Montevideo que no hayan cumplido sus habilitaciones a que en un plazo de 30

<sup>7</sup> Sentencia de primera instancia Nro. 41/2020 de 29 de julio 2020, dictada por el Juzgado Letrado en lo Civil 7º. T. Sentencia de segunda instancia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º. Turno. Nro. 110/2021 de 18 de octubre 2021.

días en los caos de ELEPEM de situación crítica y de 180 días en los demás casos continúen y avancen en sus distintas etapas en el proceso de regularización de sus habilitaciones. Debiéndose acreditar ante la sede el cumplimiento de la obligación impuesta mediante la acreditación de las intimaciones cumplidas.

Ambas sentencias refieren a la calificación realizada por el informe de IN-MAYORES que obra en el expediente según éste mismo indica. Lo que entendemos no incluiría los servicios de inserción familiar, esto es los ofrecidos por un grupo familiar que alberga en su vivienda a personas mayores auto válidas en número no superior a tres, sin comprender aquellas a las que se deben obligaciones alimentarias. Podría agregarse un elemento que no surge de la demanda ni de las resultancias que alude a la transparencia en relación a la actualización de datos vinculados a las habilitaciones en función del principio de transparencia incorporado en la ley 18831.

En lo central de la temática el accionamiento y los fallos abordan la situación de las personas que son alojadas o internadas en establecimientos de larga estadía cuyo porcentaje en Uruguay se estima en el 3 % de los adultos de mayor edad. Se trata de una realidad en la cual, el abordaje de las condiciones de alojamiento, constituye una constante en la interacción de la sociedad uruguaya desde hace décadas. Con situaciones muy variadas. En tanto co existen establecimientos habilitados con cumplimiento de normativa y muy buenas condiciones de atención, junto con otro conjunto de situaciones que en este caso son las que focalizan las sentencias del Poder Judicial que no lo cumplen. Y que permanecen en un tránsito indefinido. Las que, en diversas situaciones, arrojan luces rojas como las que ilustra este tipo de demandas y fallos. Que lo que hacen es poner a la luz problemas subterráneos que la sociedad en su conjunto no quiere ver. Que la sociedad calla porque en su nudo se encuentran muchos actores, individuales y sociales, no solo las personas que pasan a ser residentes de estos denominados ELEPEM sino también las familias o los responsables cualesquiera sean formalmente. Además del Estado.

El rol del Estado en la fiscalización no es una mera formalidad es una forma de legitimación de un servicio que debe ser habilitado en función de parámetros sanitarios y sociales por corresponder. Habiendo sido consagrado en vía legal y por ende de necesario cumplimiento con una justificación muy legítima que atiende un interés general que es el bienestar de personas. Quienes, en la mayoría de los casos, no van a poder salir libremente del lugar donde han sido destinadas a vivir un período de tiempo cuya extensión resulta indeterminada.

En forma acorde con lo reafirmado conviene repasar la referencia que se hace a los aportes de Kemelmajer, 2006 en el primer fallo:

*El aumento del número de ancianos alojados en geriátricos es muestra, entre otros factores, del espacio vacío dejado por la familia. Los geriátricos constituyen fenómenos jurídicos complejos en su definición y en su funcionamiento. Se trata de un instituto jurídico polisémico: en su configuración intervienen normas de derecho público y reglas de derecho privado. El fenómeno también se enmarca dentro de uno de los signos visibles de la economía contemporánea caracterizada por una fuerte expansión del sector de los servicios prestados a los consumidores, dentro de los cuales es posible ubicar a la prestación de servicios geriátricos. Desde esta perspectiva, el anciano actúa como un consumidor o usuario en el cual la relación económica aparece teñida por un fuerte interés público que se exterioriza a través del poder de policía estatal. El contrato celebrado es atípico, bilateral, oneroso de tracto sucesivo, de cambio. Desde esta perspectiva se ha resuelto que la prestación de servicios de geriatría importa una relación contractual atípica que involucra un conjunto de servicios que trascienden al simple suministro de alojamiento y alimentación, incluyendo también el cuidado, la vigilancia y la prestación médica convenida.*

De ese triángulo en el cual confluyen responsabilidades es que emergen las problemáticas. El rol del Estado de fiscalizar, las responsabilidades individuales y colectivas en función el contrato que da origen al vínculo y múltiples aspectos conexos. Aspectos todos que conviene destacar no se resuelven con la habilitación como mera formalidad, sino con la constante fiscalización de las condiciones a largo plazo. Al igual que se mantiene una constante vigilancia de establecimientos en los cuales se brindan servicios sociales por privados.

Múltiples aristas entonces reúne este problema que lleva a evaluar la eficacia de las estructuras en función de capacidades y recursos humanos del Estado para llevar adelante la tarea, que no se agote en formalidades sino que atienda a una permanencia acorde con la función directiva y responsabilidad final en la esencia de la habilitación. Por tanto el reforzamiento de las instituciones como INMAYORES en esta tarea debería ser analizada a la luz de los resultados. Así como también la búsqueda de mecanismos que permitan una interconexión entre los ámbitos sanitario y social, esto es MSP y MIDES, en relación a la tarea misma a realizar. Que no suponga nunca una superposición o desfasaje.

Otros aspectos ya exceden la temática de las habilitaciones y remiten a una

realidad que nos lleva a analizar la necesidad de instrumentar mecanismos de protección eficaces para las situaciones de presunta vulneración o vulneración misma tal cual abordaremos en el próximo punto.

## V. GARANTÍAS ESPECÍFICAS EN FUNCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA VEJEZ

En materia de garantías el ordenamiento jurídico nos abre un abanico interesante. En este caso tanto en materia de amparo partiendo de la interpretación armónica de la Constitución en sus artículos 7, 72 y 332, la ley 16011 nos permite accionar en casos de amenaza o lesión de un derecho. En su carácter residual el instituto operará cuando no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el resultado pretendido o que no fueran lo suficientemente eficaces.

Sobre amparo dos normas complementarias han focalizado acciones vinculadas a la infancia o niñez y la violencia de género. El Código de la Niñez y Adolescencia (ley 17823) introdujo bajo el título “acciones especiales” la acción de amparo para la protección de los niños y los adolescentes en su artículo 195. Son titulares de esta acción los interesados, instituciones de interés social, asociaciones y el Ministerio Público. Fue un ajuste normativo desde nuestro concepto que apunta a promover la protección de niñas, niños y adolescentes en situaciones de riesgo o vulneración de derechos.

En forma similar aunque basada en la temática vinculada a la protección de la igualdad de género, la ley 19846 de 2019 incorpora disposiciones que apuntan a garantizar la igualdad de derecho y la no discriminación en base al género entre mujeres y varones. En su artículo 20 se introduce la garantía específica de la acción de amparo en función de la violencia de género.

La elaboración de instrumentos jurídicos que permitan abordar situaciones garantistas en función de la edad y la problemática constituye una importante herramienta para promover los derechos de las personas. Y en este caso comprendemos que al igual que se incorporó una perspectiva de infancia en la garantía del amparo a través del Código de la Niñez y la Adolescencia, es clara la analogía en relación a la vejez. Máxime teniendo en cuenta que en los tiempos vitales aun siendo esenciales en cada minuto para cualquier ser humano, en el caso de la vejez potencian aún más esta circunstancia. En este sentido una previsión normativa que permitiera elaborar una vía legal que habilite el accionamiento más ajustado, rápido y expedito resultaría de especial armonía con

las previsiones de la propia Convención Interamericana para la Protección de Adultos Mayores que justamente ordena la adopción de disposiciones que promuevan la protección.

Por cierto y en materia de garantías específicas en forma complementaria podría ser pertinente su abordaje específico desde la protección no jurisdiccional. Sobre el punto reviste especial interés la experiencia de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través del Defensor de la Tercera Edad a cuya regulación y labor nos remitimos.<sup>8</sup>

Con respecto a nuestro país si bien la protección de los derechos de los adultos mayores está comprendida en las competencias de la INDDHH en función de la cual se ha emitido el informe sobre Envejecimiento anteriormente relacionado y así como también diversas resoluciones sobre la problemática, la experiencia argentina a través de una Defensoría de la Tercera Edad creada y habilitada para accionar en forma específica dentro de las competencias de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires puede servir de referencia. En esta línea reviste especial interés el proyecto de ley de creación de la Defensoría del Adulto Mayor en el ámbito de la INDDHH (Carpeta No. 1225 de 2021. Repartido No. 358 de marzo 2021)<sup>9</sup>

En forma armónica con lo expresado y vinculándolo específicamente al acceso a la justicia pueden verse las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad emitido en la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2008.<sup>10</sup> Estas reglas están destinadas a garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna a los efectos del pleno goce de los servicios del sistema judicial. Son beneficiarios las personas en situación de vulnerabilidad dentro de las cuales en función de la edad se establece: “el envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia”. Estas reglas de Brasilia tienen como destinatarios actores del sistema de justicia incluyendo Poder Judicial, Fiscales, Defensores Públicos, Abogados y Colegios de abogados, Ombudsman, policías y todos los otros posibles operadores en este ámbito. Un repaso de las

8 <https://defensoria.org.ar/noticias-tipo/adultos-mayores/>

9 A estudio de la Comisión de Constitución y Códigos. Defensoría del Adulto Mayor. Creación. Proyecto presentado el 9 de marzo de 2021 por el Representante Nacional por Maldonado Diego Echeverría.

10 <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

reglas nos permite verificar los aspectos que habilitan que el acceso a la justicia sea efectivo como ser la asistencia legal y defensa pública en forma especializada y gratuita. Especial atención merece la sección 4 sobre la revisión de procedimientos y requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, propiciándose la simplificación de requisitos, la oralidad, la elaboración de formularios de fácil acceso para el ejercicio de determinadas acciones, el anticipo jurisdiccional de la prueba que permite evitar la reiteración de declaraciones que agraven la enfermedad o discapacidad. Así también la agilidad y prioridad de la tramitación de las causas relacionadas con mayores de edad; la elaboración de mecanismos interinstitucionales; la especialización de los profesionales en la materia; la interdisciplinariedad; y la proximidad territorial en casos de situación de vulnerabilidad.

Lo que vuelve a remitirnos a la Convención Interamericana para protección de Adultos Mayores cuyo artículo 31 establece en relación al acceso a la justicia: Que la persona mayor debe ser oída con debidas garantías en igualdad de condiciones que los demás individuos. Debiéndose ajustar los procedimientos en todos los procesos judiciales y administrativos cualesquiera sean sus etapas. Garantizándose la debida diligencia y el tratamiento preferencial de la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales. Debiendo la actuación judicial ser absolutamente expedita en caso que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

Sobre el punto y volviendo al capítulo referido a los fallos judiciales comentados, no podemos dejar de observar que la demanda implementada por la Fiscalía de la Nación a la cual hemos hecho referencia tuvo lugar en setiembre de 2019, dictándose un fallo definitivo en primera instancia casi un año después (julio 2020) y en función de la apelación dos años después la sentencia de segunda instancia (octubre 2021). Tiempos procesales que en la última etapa de la vida pueden determinar la ineficacia para muchos residentes de establecimientos a quienes se pretendió proteger.

Antes de concluir este capítulo y con el fin de insistir en el tema de las garantías reafirmando lo expresado corresponde remitirnos a las recomendaciones efectuadas por el Grupo de Opinión del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona sobre Envejecimiento y Vulnerabilidad.<sup>11</sup> El objetivo del documento consiste en analizar los aspectos bioéticos relacionados con la vulnerabilidad y las limitaciones de la autonomía que afrontan las personas

---

11 <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08532.pdf>



mayores. Parte de la necesidad de respetar su voluntad y preferencias en la toma de decisiones. Recomienda además sensibilizar a la sociedad y a la Administración para promover una cultura de respeto y reconocimiento a los mayores. Recomienda adoptar medidas preventivas y mecanismos de protección y garantía de los derechos de las personas mayores con el fin de, entre otros: establecer mecanismos de control que impidan que la familia, los profesionales, los directores de centros y servicios u otras personas puedan tomar decisiones que corresponden a las personas mayores. Así también crear mecanismos de asesoramiento y acompañamiento jurídico para garantizar el ejercicio y defensa de los derechos de las personas mayores. Además, y para el caso de vincularse con situaciones de discapacidad, en función de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de ONU, recomienda revisar los mecanismos de autoprotección existentes, como los poderes preventivos y de asistencia, al momento de establecer los procedimientos y controles necesarios para evitar abusos y asegurar el ejercicio del derecho. Y en forma específica sugiere difundir la figura del asistente introducida en el Código Civil catalán (artículo 226).

Y en relación específica a situaciones de capacidad modificada jurídicamente punto que reviste especial interés en relación al ingreso y egreso de los establecimientos de larga estada además de los asistenciales, el documento señala que se debe tener en cuenta “asegurar que las sentencias de modificación de la capacidad de las personas sean individualizadas, flexibles, temporales y designar asimismo una persona que acompañe y apoye a la persona con capacidad natural limitada”. Así también “establecer una regulación específica para garantizar la idoneidad de los ingresos involuntarios tanto en centros asistenciales como residenciales”. (punto 7).

En conclusión, la concreción de Instrumentos que operen de garantías específicas que en forma efectiva tutelen los derechos entendemos fortalece las políticas públicas a seguir desarrollando en el ámbito de las personas con más edad. Todas ellas tienen como fundamento la consideración del factor tiempo. No solo desde la perspectiva general de los procedimientos que habilitan por ejemplo la acción de amparo, sino en función de los sujetos que debo proteger: personas mayores a quienes debe atenderse en su situación de vida y no tardíamente. Porque para la vejez, si bien la tardanza la daña tanto como a todas las personas, puede suponer en el caso de los mayores, una reparación o una aten-

ción inexistente.<sup>12</sup> Pues a la hora de materializarse, la tardanza en esa etapa de la vida, implica la muerte.

## VI. INTERÉS SUPERIOR DE LA VEJEZ

Acuñamos esta expresión en forma conceptual, de forma análoga a la introducida por la Convención de los Derechos del Niño de 1989 en su artículo 3 párrafo 1 y en forma indirecta en otras disposiciones del mismo tratado (artículos 9, 10, 18 entre otros) así como en el Protocolo Facultativo a la Convención relativo a la venta de niños, prostitución infantil y en el de Comunicaciones. El tratado otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten. Tanto en la esfera pública o privada. A la fecha se ha constituido en uno de los grandes valores de esta Convención que parte de un cambio de paradigma trascendente en materia de protección del grupo etéreo de la infancia y adolescencia basado en la protección integral en sustitución de la vieja doctrina de la situación irregular. Concepto que trasciende desde la norma internacional a la nacional, incorporándose a texto expreso en el año 2004 con la sanción del Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 6 y que se viene aplicando por la jurisprudencia en forma progresiva y constante.

Y para tomar este concepto en forma análoga, resulta de especial interés remitir a la Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a su interés superior emitida por el Comité de los Derechos del Niño el 29 de mayo de 2013.<sup>13</sup> El documento refiere al interés superior del niño en su triple calidad: de principio, derecho y norma de protección.

La conceptualización de un interés superior de la vejez, permite al intérprete abarcar dinámicamente la situación de las personas mayores en función de sus problemáticas. No se pretende con este, determinar en forma estandarizada la solución, sino habilitar a que se pueda definir en función del interés superior de la vejez cual o que, es lo mejor. Atendiendo esa prioridad. Tanto en lo legislativo, administrativo o judicial. Como forma de guía no solo en lo público para aquellos que adoptan decisiones administrativas de alcance general o individual; legisladores; magistrados, fiscales u operadores del derecho así como también a los familiares o representantes de las personas mayores o incluso éstos mismos en la invocación de sus derechos.

---

<sup>12</sup> Aspecto que puede verse también en los fallos relacionados y el informe de INDDHH relacionado supra.

<sup>13</sup> <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>

En función de la obligación de observancia del interés superior de la vejez, el Estado debería garantizar su aplicación en medidas de ejecución y procedimientos administrativos o judiciales. Así también velar y cumplir porque dichas decisiones se respeten. Guiar además todas las políticas públicas que se adopten tanto a nivel local como departamental y nacional. Dando pie este interés superior de la vejez, para el establecimiento de mecanismos de monitoreo, denuncia o reparación a fin de dar pleno efecto a los derechos de la población de mayor edad.

Sobre el punto pueden destacarse también dos aspectos. El primero vinculado con la institucionalización de las personas mayores. Así como el interés superior del niño lleva a considerar su institucionalización como último recurso el “interés superior de la vejez” debe promover que la internación en establecimientos sea el último recurso. El segundo aspecto vinculado al envejecimiento activo y la existencia digna y autónoma implica erradicar el concepto generalizado de que las personas mayores tienen disminuida su capacidad o entendimiento lo que se visualiza al invertirse el principio de que todos somos capaces salvo que se pruebe lo contrario.

El desafío transformador radica en elaborar herramientas que permitan desde la información y capacitación de toda la población y especialmente algunos operadores, proyectar la singularidad del abordaje de esta etapa de la vida. Y que esto permita eliminar los estereotipos que dañan al colectivo. Entre ellos la creencia de que las “personas viejas son pobres”, “asexuadas”, “sin aspiraciones”, “sin capacidad de crear” entre las miradas que visualizan a las personas de mayor edad simplificando sus problemas y ubicándolos en la presunción de su dependencia física y síquica, inhabilidades, incapacidades y enfermedad.

Se trata de buscar que el Estado desde sus diferentes capacidades elabore una política pública que apunte a desterrar el temor a la vejez. Desmitifique una supuesta realidad alimentada por una forma de control social que resulta ilegítima, muchas veces cargada de una perspectiva sanitaria que pretende su medicalización más que su atención en bienestar y salud y amplificada en algunos casos, por el posible lucro en función de patologías acentuadas por la edad.

Que la sociedad rompa el espejo en la cual se mira, porque es ella misma la que está del otro lado de la imagen y no una problemática ajena al existir.

El interés superior de la vejez habría de incluirse entre los principios rectores que se ubican en el máximo nivel del ordenamiento jurídico en materia social, política y económica. La protección de las personas mayores como un principio

que basado en su interés superior se integre las disposiciones constitucionales en una futura reforma que tenga como objetivo la consideración de este concepto que deba guiar las decisiones en materia de envejecimiento. Incorporando la temática de la vejez como principio rector, como ya se constata en otros ordenamientos jurídicos (Constitución Española, 1978 artículo 50). Lo que entendemos facilitará a fortalecer los cambios legislativos necesarios para que pueda actuarse en función del interés superior de la vejez en forma rápida y efectiva tanto en lo administrativo como lo judicial.

Por último consideramos que bajo estos lineamientos debería forjarse a partir de la acción estatal un acuerdo social que promueva una revisión desde la educación de los de menos de 5 años comprendida toda la infancia, en un salto que les permita interiorizar su proyección a la longevidad. Además de la incorporación de programas que tanto en lo formal del sistema educativo como en lo informal, contribuyan a la transformación cultural que nos interpela a visualizar a los adultos de más edad como sujetos de derecho y no como objetos de cuidado.

## REFERENCIAS

- Atlas Socio Demográfico de la desigualdad en Uruguay. Envejecimiento y personas mayores en Uruguay. 2016. Coordinado por Llado, M y Pérez, R. Disponible en: <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/34017/Atlas+Fasciculo+7/#:~:text=1%20aspectos%20sociodemogr%C3%A1ficos-,del%20envejecimiento%20poblacional,personas%20superan%20los%20100%20a%C3%B1os>
- CASADO, Maria. Cuestiones ético sociales y decisiones individuales en torno al envejecimiento. Master Bioética y Derecho. Observatorio de Bioética y Derecho Universidad de Barcelona. 2021.
- Envejecimiento y salud. OMS. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/envejecimiento-y-salud#:~:text=Desde%20un%20punto%20de%20vista,y%20finalmente%20a%20la%20muerte.>
- Informe sobre envejecimiento y DDHH. Su impacto en políticas públicas. Con especial referencia a los cuidados, ingreso y permanencia en establecimientos de larga estadía. INDDHH, 2021. <https://www.gub.uy/inst-tucion-nacional-derechos-humanos-uruguay/comunicacion/noticias/inddhh-presenta-informe-preliminar-envejecimiento-derechos-humanos-su-impacto>

- Documento sobre Envejecimiento y Vulnerabilidad. Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona, España, 2016. <http://www.publicacions.ub.edu/refs/observatoriBioEticaDret/documents/08532.pdf>
- Observación General NO. 14 Comité de Derechos del Niño, ONU, 2013. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/03/OG14.pdf>