

LOS ADULTOS MAYORES Y LAS NECESIDADES DE CUIDADO: AVANCES EN MATERIA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CUIDADOR EN ARGENTINA (*)

Camila Brugnoli y Gisela Ferrari
Universidad Católica Argentina

RESUMEN

Las autoras analizan el régimen jurídico del cuidador en Argentina. Se examina la legislación a nivel nacional y provincial que ha surgido con el fin de brindar respuestas ante los cambios demográficos, el envejecimiento poblacional y las nuevas necesidades de cuidado. Además, se realizan algunas reflexiones sobre la necesidad de que el Estado provea de capacitación a los cuidadores, y sobre la situación de los cuidadores informales o emparentados —es decir, los familiares que se dedican al cuidado del adulto mayor sin recibir por ello un salario— que, a pesar de su especial importancia, ha sido descuidada por la regulación existente.

1. Los cambios demográficos y las nuevas necesidades de cuidado

Un informe reciente de la CEPAL identifica como uno de los principales problemas relacionados con los derechos humanos de las personas mayores al cuidado¹. En los próximos años, debido a los cambios demográficos y el envejecimiento de la población, se invertirá la relación de dependencia de cuidados en América Latina: hoy en día, la mayor demanda de este tipo proviene de los niños, pero para el final del siglo, provendrá sobre todo de las personas mayores². En este sentido, la CEPAL sostiene que la demanda de cuidado de largo plazo se-

guirá aumentando en la región, y agrega “[d]e ello se deriva precisamente uno de los grandes retos de aquí a 2030: avanzar hacia el reconocimiento y la inclusión del cuidado en las políticas públicas en un marco de solidaridad e igualdad”³.

La demanda de personal calificado aumentará en los países en desarrollo. Se necesitará un incremento de los recursos destinados a la capacitación del personal médico y no médico⁴. A pesar de ello, en América Latina, los programas de capacitación de cuidadores “no siempre están institucionalizados, son de baja cobertura y de esporádica implementación”⁵. En este escenario, la CEPAL destaca el Programa Nacional de Cuidados Domiciliarios de nuestro país, que se estudiará en el siguiente acápite.

* Trabajo presentado en el XI Encuentro de Derecho de Familia, “El futuro del derecho de familia ante una sociedad que envejece”, llevado a cabo el 15 de noviembre de 2017 en la Universidad Católica Argentina.

¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía* (LC/CRE.4/3), Santiago, 2017, p. 65.

² Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Perspectivas globales sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores: 2007-2013*, Santiago, 2013, pp. 61-62.

³ *Ibidem*, p. 164. Ver también Sandra Huenchuan, “¿Qué más puedo esperar a mi edad?: Cuidado, derechos de las personas mayores y obligaciones del Estado”, en Sandra Huenchuan y Rosa Icela Rodríguez (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez...* (op. cit.), pp. 153-168.

⁴ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Envejecimiento, solidaridad y protección social en América Latina y el Caribe: La hora de avanzar hacia la igualdad*, Santiago, 2013, p. 177.

⁵ *Ibidem*.

Cuando los cambios demográficos se acentúen y el incremento de la demanda de cuidadores impacte con más intensidad en la sociedad, el gasto en atención a largo plazo aumentará significativamente, por lo que será esencial un mayor apoyo a los cuidadores familiares y profesionales: “El cuidado de relevo, el fomento del trabajo de medio tiempo y el pago de prestaciones a los cuidadores familiares podrían (...) ser políticas rentables que reducen la demanda de costosa atención institucional. En efecto, los cuidadores informales, es decir, los que se hacen cargo de sus familiares sin recibir por ello un salario, son una alternativa cada vez más interesante para las arcas públicas y el empleo”⁶. Como veremos, son estos cuidadores informales los más descuidados en la incipiente legislación argentina.

En este marco, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores –ratificada por nuestro país el pasado octubre– reconoce en su artículo 12 los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo. El artículo es amplio y engloba contenidos del derecho a un nivel de vida adecuado. No obstante, tiene una restricción: solo se aplica a las personas mayores que reciben cuidados en residencias, por lo que quedan excluidas aquellas que reciben cuidados en su domicilio⁷. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo afirma lo que los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, y que para ello deberán tener en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor y el respeto de su opinión. La deficiencia de este artículo, entonces, podría radicar en desatender la relevancia que las redes informales (es decir, la familia y la comunidad) tienen y tendrán en el cuidado de las personas mayores. En efecto, fuera de esta mención, la Convención no contempla adecuadamente

la situación y las limitaciones de esos cuidadores, lo cual podría impactar en la calidad del cuidado no remunerado, así como en los ingresos y en la salud de las familias cuidadoras⁸.

2. La respuesta normativa: Avances en materia del régimen jurídico del cuidador en Argentina

En nuestro país, la situación descripta en el acápite anterior ha generado respuestas normativas tanto a nivel nacional como a nivel provincial o local.

A nivel nacional, la ley 26844 (sancionada y promulgada en 2013), que versa sobre el régimen especial de contrato de trabajo para el personal de casas particulares, reemplazó al antiguo decreto ley

326/56 –que versaba sobre los beneficios, las obligaciones y los derechos para el personal que presta servicios en casas de familia–, al cual derogó en su art. 75.

La antigua regulación excluía a los cuidadores. En efecto, el primer párrafo del art. 2 sostenía que no podían ser contratadas como empleadas en el servicio doméstico las personas que sean exclusivamente contratadas para cuidar enfermos. Los cuidadores informales quedaban también excluidos, pues el artículo 2 sostenía que no podían ser contratadas como empleadas en el servicio doméstico las personas emparentadas con el dueño de casa⁹.

La nueva ley actualiza el enfoque del decreto en materia de cuidadores, pues establece que será aplicable “a la asistencia personal y acompañamiento prestados a los miembros de la familia o a quienes convivan en el mismo domicilio con el empleador, así como el cuidado no terapéutico de personas enfermas o con discapacidad” (art. 2). Sin embargo, excluye en su art. 3, inciso c, a “[l]as personas que realicen tareas de cuidado y asistencia de personas enfermas o con discapacidad, cuando se trate de una prestación de carácter exclusivamente terapéu-

⁶ *Ibidem*, pp. 178-179.

⁷ En efecto, el artículo 2 de la Convención define a la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo como “aquella que reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio”.

⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Derechos de las personas mayores...* (op. cit.), p. 155.

⁹ El término “emparentadas” aparecía también en el segundo párrafo del art. 3, que señalaba que los hijos menores de dieciséis años, que vivían con sus padres en el domicilio del dueño de casa, no eran considerados como empleados en el servicio doméstico, como tampoco las personas que acompañaban en el alojamiento a un empleado en el servicio doméstico y que emparentadas con él, no trabajaban en el servicio doméstico del mismo empleador.

tico o para la cual se exija contar con habilitaciones profesionales específicas”. En materia de cuidadores informales, la ley 26844 sigue los lineamientos del decreto ley 326/56, ya que en el art. 3, inciso b, señala que “no se considerará personal de casas particulares y en consecuencia quedarán excluidas del régimen especial las personas emparentadas con el dueño de casa, tales como: padres, hijos hermanos, nietos y/o las que las leyes o usos y costumbre consideren relacionadas en algún grado de parentesco o vínculo de convivencia no laboral con el empleado”.

La ley 26844 fue complementada a nivel nacional con una normativa específica en materia de cuidado de adultos mayores. En efecto, la Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores –dependiente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia– creó, por medio de la resolución 830/2016, el Registro Nacional de Cuidadores Domiciliarios. El registro fue creado “a efectos de desarrollar políticas públicas que permitan brindar a la sociedad la información y seguridad acerca de quiénes son las personas que asisten y brindan servicios de cuidados domiciliarios para los adultos mayores, como así también que cuenten con la formación necesaria para ejercer su rol”. Además de establecer el organismo a cargo del registro y la forma en la que este funcionará, señala los requisitos para iniciar el trámite de inscripción, y contempla el monitoreo, la evaluación y la actualización de la capacitación de los cuidadores.

A nivel provincial y local, existen regulaciones sobre cuidadores en la CABA, Mendoza, Chaco y Río Negro.

En el ámbito de la CABA, la ley 5671 versa sobre la actividad de los asistentes gerontológicos, y crea el Registro Único y Obligatorio de Asistentes Gerontológicos en el Ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La ley define a los asistentes gerontológicos como aquellas personas que prestan servicios especializados con visión gerontológica de prevención, acompañamiento, apoyo, contención y asistencia en las actividades básicas de la vida diaria a los adultos mayores de sesenta años o más, tanto en el domicilio de éstos o en instituciones (art. 2). Asimismo, establece que la autoridad de aplicación tendrá las siguientes atribuciones (art. 4):

- fijar las condiciones de formación y capacitación de los asistentes gerontológicos;
- realizar la acreditación de las instituciones formativas; y
- fijar las condiciones y los plazos para la inscripción de los asistentes gerontológicos al Registro Único y Obligatorio.

El Registro Único y Obligatorio de Asistentes Gerontológicos es público y gratuito, y depende de la Secretaría de Tercera Edad u organismo que lo reemplace (art. 5). Los asistentes gerontológicos que se desempeñen en el ámbito de la CABA deberán inscribirse en él (art. 4). Para poder inscribirse en el registro, los asistentes gerontológicos deben aprobar el curso de formación que cuente con el reconocimiento de la autoridad de aplicación (art. 6), que deberá ofrecerla en forma gratuita (art. 8). Los cuidadores deben renovar su registro anualmente, mediante la acreditación del cumplimiento de una actualización de conocimientos no menor a veinte horas (art. 7).

El decreto 101/017 regula la ley 5671, y establece cuáles son las funciones de los cuidadores (art. 2):

- colaborar con los equipos geriátrico-gerontológicos de trabajo;
- complementar o asistir al adulto mayor en sus actividades de la vida diaria;
- participar en programas de promoción y asistencia al adulto mayor tendientes a la prevención y al mejoramiento de su calidad de vida;
- realizar controles básicos de salud, tal como medición de presión arterial, nivel de glucosa en sangre, temperatura corporal, debiendo informar posibles alteraciones a las personas a cargo del adulto mayor;
- llevar adelante tareas de higiene, alimento del adulto mayor y tratamiento terapéutico para los que se hallen habilitados y/o autorizados; y
- colaborar en la aplicación de técnicas recreativas, fisioterapéuticas y de laborterapia.

El art. 2 también clasifica a los cuidadores en Asistentes Gerontológicos Institucionales y Asistentes Gerontológicos Domiciliarios, según presten servicios en instituciones no sanitarias para personas mayores o en el domicilio real del adulto mayor, respectivamente.

Las provincias de Río Negro, Chaco y Mendoza adoptaron leyes similares que contienen regímenes de cuidadores domiciliarios e institucionales (leyes provinciales 3474, 7852 y 8893, respectivamente). Así, crean el Registro de Cuidadores Domiciliarios de Río Negro, Registro de Cuidadores Domiciliarios y/o Polivalentes de Chaco, y el Registro de Cuidadores Polivalentes de Mendoza.

En los tres casos, la regulación se refiere tanto a los cuidadores que se desempeñen en establecimientos asistenciales y geriátricos privados como los que trabajan en domicilios particulares (art. 1 de la ley rionegrina, art. 2 de la ley chaqueña, y art. 1 de la ley mendocina). La ley rionegrina se refiere a los cuidadores, en todos los casos, como “cuidadores domiciliarios”, a pesar de incluir también a los que presenten servicios en establecimientos asistenciales o geriátricos, por lo que la terminología escogida puede no ser la más acertada.

Las leyes definen en forma similar a los cuidadores como personas que prestan el servicio de la atención de una persona anciana, discapacitada o con patologías crónicas o enfermedades invalidantes, con dependencia directa del mismo, de un familiar o persona a cargo (art. 2 de las leyes rionegrina, chaqueña y mendocina). La única diferencia en este punto es que, contrariamente a las leyes chaqueña y mendocina (arts. 2 y 7 de las leyes chaqueña y mendocina, respectivamente), en que la persona debe ser mayor de dieciocho años, en el caso rionegrino la persona debe tener más de veintiuno (art. 2).

Las leyes establecen también en forma similar las funciones esenciales del cuidador (arts. 3, 5 y 6 de las leyes rionegrina, chaqueña y mendocina, respectivamente). En las tres jurisdicciones, se establece como requisito para ser cuidador e inscribirse en el registro contar con un título o una capacitación otorgada por una entidad oficial o reconocida (arts. 7, inciso a, artículo 8, inciso a, art. 7 de las leyes rio-

negrina, chaqueña y mendocina, respectivamente). La ley mendocina tiene la particularidad de que requiere que se renueven anualmente los requisitos con los que los cuidadores inscriptos en el registro deben contar (art. 7).

En cuanto a la capacitación de los cuidadores, las tres leyes establecen que la formación, la capacitación y el perfeccionamiento de los cuidadores puede realizarse en organismos estatales o privados que cuenten con el aval de las autoridades locales correspondientes (arts. 8, 17 y 8 de las leyes rionegrina, chaqueña y mendocina, respectivamente). La ley cha-

queña va más allá y establece como obligación de los cuidadores concurrir a los cursos de capacitación que determine la autoridad de aplicación y que se dicten en su jurisdicción (art. 10, inciso f). Una deficiencia de la ley rionegrina en este punto es que omite mencionar la obligación de

las autoridades locales de impartir capacitación a los cuidadores, a diferencia de las leyes chaqueña y mendocina, que sí lo hacen (arts. 14, inciso b, y 10, inciso g, respectivamente).

En cuanto a la remuneración, y en general el régimen laboral de los cuidadores, las leyes establecen que se regirán por la legislación laboral vigente, el convenio colectivo de trabajo que rija la actividad y el contrato individual de trabajo celebrado entre empleador y trabajador (arts. 6, 11 y 11 de las leyes rionegrina, chaqueña y mendocina, respectivamente). Además, las tres leyes especifican que toda otra actividad que haga al cuidado del anciano que no se encuadre en las prescripciones de la ley, corresponden a la del profesional de enfermería por ser inherentes a la atención de la salud, o a la ley del servicio doméstico por corresponder al desenvolvimiento de las tareas del hogar y no de la atención de la persona (art. 7, art. 5 y art. 4 de las leyes rionegrina, chaqueña y mendocina, respectivamente).

Asimismo, las leyes chaqueña y mendocina establecen la obligación del cuidador de denunciar casos de vulneración de derechos de personas mayores (abusos económicos, maltratos, abandonos) frente a un organismo competente (arts. 10, inciso g, y 13, respectivamente; en el caso de la ley mendocina, la obligación está más bien orientada a denuncias que

En cambio, la situación de los cuidadores informales ha sido descuidada por la regulación existente. Si se tienen en cuenta las proyecciones demográficas mencionadas, es evidente que serán una alternativa valiosa y necesaria frente al gran incremento en la demanda de cuidadores. Si bien parece adecuado que se excluyan de la regulación laboral por su condición de familiares y no de empleados, no pueden soslayarse sus necesidades de capacitación y de apoyo económico.

encuadren en la ley nacional 24417 de protección contra la violencia familiar). Las jurisdicciones chaqueña y mendocina también disponen que la autoridad de aplicación deberá publicar vía internet el registro (arts. 15 y 12, respectivamente).

Finalmente, en cuanto a la relación del registro con las obras sociales, la ley rionegrina establece en su art. 10 que la obra social provincial (IProSS) solo puede contratar los servicios de aquellos cuidadores que estén inscriptos en el registro, y sugiere al resto de las obras sociales y empresas de medicina prepaga que operen dentro del territorio provincial contratar exclusivamente los servicios de aquellos cuidadores. La ley chaqueña, por su parte, dispone que las obras sociales y empresas de medicina prepaga que operen exclusivamente dentro del territorio provincial, podrán otorgar a sus afiliados un subsidio económico no reintegrable, según convenio entre la autoridad de aplicación y las obras sociales, bajo condiciones pactadas entre las partes y en el marco de lo establecido en la presente ley (art. 18). La ley mendocina, por último, establece como una de las funciones de la autoridad de aplicación celebrar convenios con las obras sociales y prepagas para afrontar los gastos que requiere el servicio de cuidador polivalente (art. 10, inciso i).

3. Algunas reflexiones sobre la regulación de los cuidadores a la luz de las proyecciones demográficas y las nuevas necesidades de cuidado

Dados los datos y las estadísticas reseñadas, así como las proyecciones demográficas a nivel regional, al analizar la respuesta normativa en nuestro país en materia de cuidadores, prestamos especial atención a diversas cuestiones: la forma en que las normas reconocen la labor de los cuidadores, las posibilidades de capacitación que les provee el Estado, y finalmente, la situación de los llamados cuidadores informales o emparentados –es decir, de los familiares que se dedican al cuidado del adulto mayor sin recibir por ello un salario–.

En cuanto al régimen de los cuidadores no emparentados, la regulación existente cubre en forma adecuada las cuestiones más relevantes: el reconocimiento de la labor de los cuidadores, la necesidad de que cuenten con capacitación, el control de su labor y el establecimiento preciso de sus funciones y sus obligaciones, así como también las de las autoridades locales de aplicación (con algunas deficiencias, como la omisión de la ley rionegrina en cuanto a la obligación estatal de proveer capacitación). La de-

cisión de Chaco y de Mendoza de publicar en internet sus registros provinciales parece adecuada, pues permite que el registro sea transparente y que el público pueda acceder fácilmente a los datos de quienes se encuentran inscriptos en el registro, aval de que han cumplido con los requisitos necesarios para ejercer el trabajo de cuidador. Es importante también que las autoridades locales lleguen a acuerdos con las obras sociales y las prepagas para que ayuden a las familias a afrontar los gastos necesarios en cuidado de los adultos mayores. Habrá que avanzar para que más provincias establezcan regímenes similares a los adoptados por la CABA, Río Negro, Mendoza y Chaco, más allá de que a nivel nacional, la ley 26844 y el Registro Nacional de Cuidadores Domiciliarios suplen parcialmente la falta de regulación local.

En cambio, la situación de los cuidadores informales ha sido descuidada por la regulación existente. Si se tienen en cuenta las proyecciones demográficas mencionadas, es evidente que serán una alternativa valiosa y necesaria frente al gran incremento en la demanda de cuidadores. Si bien parece adecuado que se excluyan de la regulación laboral por su condición de familiares y no de empleados, no pueden soslayarse sus necesidades de capacitación y de apoyo económico (ya que un familiar que se dedica al cuidado de un adulto mayor tendrá menos posibilidades de acceder a un empleo, o no tendrá la posibilidad directamente). Por ello, las leyes que prevén la creación de registros podrían incluirlos de un modo especial para que puedan acceder a una adecuada capacitación. Además, otras regulaciones podrían atender la situación económica de estos cuidadores, a través de subsidios o ayuda económica para aquellos que se dedican al cuidado de adultos mayores a tiempo completo.

VOCES: PERSONA - FAMILIA - CAPACIDAD - DERECHO CIVIL - DERECHOS HUMANOS - DISCAPACITADOS - TUTELA - CODIGO CIVIL Y COMERCIAL - PROVINCIAS