

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

*Aída Díaz-Tendero Bollain**

1. INTRODUCCIÓN: EL CASO *POBLETE VILCHES* COMO PARTEAGUAS

El caso *Poblete Vilches* constituye un hito. Es la primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte) se pronuncia de manera directa sobre el derecho a la salud de las personas mayores.¹ Si bien este Tribunal, en este caso concreto,

* Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe, UNAM.

¹ Se denomina persona mayor o personas mayores, preferentemente, frente a anteriores denominaciones como adulto mayor, o persona adulta mayor, a partir de la adopción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores por la Organización de los Estados Americanos (OEA), en junio de 2015. En cuanto a la edad, a partir de la cual se considera a una persona mayor, el consenso internacional generado por las organizaciones internacionales del Sistema de Naciones Unidas, particularmente la Organización Panamericana de la Salud (OPS), ha establecido los 60 años de edad como límite etario inferior para el grupo de personas mayores. En general, en los países más desarrollados se establece a partir de 65 años y en los países menos desarrollados a partir de los 60 años, Salmerón, Juan Antonio *et al.*, *Vejez, mujer y educación. Un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Madrid, Dykinson, 2014. La mayor parte de los países de la región de América Latina y el Caribe comparten el criterio de los 60 años, salvo

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

no aplicó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM o Convención), en tanto los hechos son anteriores a la misma, lo cierto es que una vez que considera el derecho a la salud dentro de la protección de la Convención Americana, la Corte utiliza un amplio *corpus iuris*.

Que la Corte haya interpretado que la protección del derecho a la salud se deriva de la Convención Americana no es una cuestión menor, como tampoco lo es la multiplicidad² de instrumentos presentes en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso *Poblete Vilches* que protegen el derecho a la salud.

Si bien, con base en este amplio abanico de instrumentos de diversa índole, la Corte ha cumplido su función de garante de los derechos humanos, y específicamente del derecho a la salud, la región de América Latina y el Caribe cuenta, desde el 15 de junio de 2015, con un tratado internacional de carácter vinculante que protege específicamente el derecho a la salud de las personas mayores, además de un amplio abanico de derechos de este grupo etario.

Costa Rica y Ecuador. Por su parte, se considera persona muy mayor a la de 75 años y más.

² Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art.5.e), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12.1), Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2.1), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 25), Carta Social de las Américas (art. 17), Carta Social Europea (art. 11), Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 16), Declaración y Programa de Acción de Viena (secc. II, inc. 41), observación general 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas 2008, E/C.12/2000/4, y observaciones generales 3, 4, 5, 6, 15, 16, 18, 19 y 20. Asimismo, el Grupo de Trabajo de la OEA para el análisis de los Informes Anuales sobre Indicadores de Progreso referido al análisis del derecho a la salud.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

Firmada en el seno de la Organización de los Estados Americanos por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay, a los que se sumó Bolivia en 2016, la Convención ha sido ratificada por Costa Rica (12 de octubre de 2016), Uruguay (7 de noviembre de 2016), Bolivia (13 de marzo de 2017), y recientemente se ha adherido El Salvador (18 de abril de 2018). Por su parte, Argentina³ (30 de junio de 2017) y Chile⁴ (11 de julio de 2017) la han ratificado con reservas.

Entró en vigor el 11 de enero de 2017, el trigésimo día a partir de la fecha en que se depositó el segundo instrumento de ratificación, tal y como se establece en la CIPDHPM.

³ Argentina formuló las siguientes reservas: la declaración interpretativa al art. 31: “Las obligaciones contraídas en los incisos cuarto y quinto del artículo 31 deben entenderse como obligaciones de medios, enderezadas a las adopción de medidas, atendiendo a un criterio de progresividad y a los condicionamientos políticos propios del diseño de competencias constitucionales”; y al art. 23: “El gobierno argentino establece que no quedarán sujeta a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de «utilidad pública» o «interés social», lo que estos entiendan por «indemnización justa»”.

⁴ Chile formuló las siguientes reservas: en cuanto a conceptos: el enfoque de curso de vida será entendido como el continuo de la vida de la persona, desde el inicio de su existencia hasta la última etapa de su vida, que, condicionada por diversos factores, como el familiar, social, económico, ambiental y/o cultural, configuran su situación vital, siendo el Estado el encargado de desarrollar este enfoque en sus políticas públicas, planes y programas, con especial interés en la vejez; la identidad de género a que alude la Convención será entendida en armonía con lo dispuesto en su legislación nacional; en cuanto a los arts. 5 y 18, párrafo segundo, ambos en relación con el art. 2 de la misma Convención, no impiden, de ninguna forma, la adopción de medidas legítimas, razonables y proporcionadas, como son las que, fundadas en las exigencias, ya sea del funcionamiento de una institución, o en las propias de la naturaleza del cargo o función, establecen límites de edad para desempeñar ciertos cargos o funciones públicas, por lo que no podrán considerarse como constitutivas de un acto de discriminación; en relación con el artículo 11 de la Convención, el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud al que ella se refiere deberá ser prestado en conformidad a los requisitos tanto formales como sustantivos y a todas las demás disposiciones aplicables en la materia vigentes en el ordenamiento jurídico chileno.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

2. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES EN LOS ANTECEDENTES DE LA CIPDHPM

Con anterioridad a la Convención, existían a nivel regional numerosas fuentes normativas de distinta categoría jurídica, diverso alcance y disímil contenido, que complejizaban la definición de los derechos mínimos de las personas mayores. Esto es, no existía vacío jurídico sino dispersión de los derechos de este grupo en distintos instrumentos.⁵ Como parte de la pluralidad de instrumentos anteriores a la Convención, tanto en alcance, como en categoría y contenido, se han ordenado en instrumentos universales, regionales y latinoamericanos:

2.1. Instrumentos universales

A partir de las distintas recopilaciones que hacen Rocío Barahona,⁶ Mónica Roqué⁷ y Sergio Vieira⁸ se pueden hacer las siguientes observaciones sobre la paulatina inserción del enfoque de los derechos humanos de las personas mayores y rastrear desde esa perspectiva la presencia del derecho a la salud:

⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “Propuesta de estrategia para avanzar, desde la perspectiva de América Latina y el Caribe, hacia una convención internacional sobre los derechos humanos de las personas de edad”, LC/L.3220(CEP.2010/5), documento presentado al Comité Especial de la CEPAL sobre Población y Desarrollo, Santiago de Chile, mayo 2010.

⁶ Barahona, Rocío, “Nivel de vida adecuado, derechos humanos y envejecimiento”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.

⁷ Roqué, Mónica, “De la necesidad y fundamento de un tratado internacional sobre personas mayores”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI...*, cit.

⁸ Vieira, Sergio, “Una perspectiva internacional basada en el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento de las Naciones Unidas”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI...*, cit.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 —recuérdese que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en 1948 en Bogotá, se adelantó por más de siete meses a aquella— no se hace referencia alguna a la vejez, al envejecimiento ni a las personas mayores. Sus disposiciones se aplican a todos los miembros de la sociedad, pero no se alude a ellos en específico en ningún momento.

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el artículo 9 alude —dentro del derecho a la seguridad social— a las prestaciones por vejez. Incluso se adelanta el hoy tan vigente tema de las pensiones no contributivas.⁹

El Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (1982) señala con detalle las medidas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos de las personas mayores en cumplimiento de los pactos internacionales, lo cual constituye su mayor valor, si bien se enfoca en el envejecimiento en los países desarrollados, en opinión de Rocío Barahona.

Los Principios de las Naciones Unidas a Favor de las Personas de Edad (1991) se corresponden con los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —que entró en vigor en 1976—, tal y como señala Rocío Barahona. Los principios que se sugiere guíen los programas nacionales son los de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad.

En 1995 se realizó la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social que promovió el concepto de una sociedad para todas las edades, noción que volvió a enfatizarse en 1999, durante el Año Internacional de las Personas de Edad, señala Sergio Vieira.

⁹ Las pensiones contributivas son aquellas que se derivan del historial de cotización del trabajador y se perciben una vez cumplidos cierto número de años de cotización a la seguridad social y, adicionalmente, haber cumplido cierta edad. Las no contributivas se otorgan por tener una edad determinada —universales— o por cumplir este requisito y además pertenecer a un estrato socioeconómico vulnerable o no percibir pensiones contributivas —por comprobación de medios—.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

La Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2002 emana de la Segunda —y última hasta el día de hoy— Asamblea Mundial sobre Envejecimiento convocada por Naciones Unidas. Uno de los grandes cambios entre una y otra Asamblea —identificado por Sergio Vieira— es la concepción de las personas mayores como agentes de cambio en lugar de sujetos pasivos, así como contribuyentes y no solo beneficiarios del desarrollo económico y social. Asimismo, debe subrayarse la integración de los principios (1991) en el espíritu del documento, así como el enfoque de derechos humanos.

Un segundo gran cambio global acontecido a lo largo de los veinte años que transcurrieron entre la Primera Asamblea y esta (1982-2002), ha sido la intensificación del proceso de envejecimiento en los países desarrollados y el inicio del mismo en los países en desarrollo, como los de la región latinoamericana.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2008 se ocupó de los contenidos normativos del derecho a la seguridad social, al determinar:

Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para establecer planes de seguridad social que concedan prestaciones a las personas de edad, a partir de una edad determinada prescrita por la legislación nacional. El Comité subraya que los Estados partes deben establecer una edad de jubilación apropiada a las circunstancias del país y para la que se tenga en cuenta, entre otras cosas, el tipo de trabajo, en especial si se trata de un trabajo en ocupaciones peligrosas, y la capacidad de trabajar de las personas de edad. Los Estados Partes deben establecer, hasta el máximo de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas, servicios sociales y otros tipos de ayuda para todas las personas mayores que, al cumplir la edad de jubilación prescrita en la legislación nacional, no tengan cubiertos los periodos mínimos de cotización exigidos, o por cualquier otra causa no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otro tipo de prestación o ayuda de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos.¹⁰

¹⁰ Observación general 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/19, 2008, párr. 15.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

La edad se encuentra en los motivos prohibidos de discriminación¹¹ en el siguiente tenor:

La edad es un motivo prohibido de discriminación en diversos contextos. El Comité ha destacado la necesidad de ocuparse de la discriminación contra los trabajadores desempleados de más edad que buscan trabajo o acceso a la capacitación y readiestramiento profesional, y contra las personas de más edad que viven en la pobreza con acceso desigual a las pensiones universales de las personas mayores como resultado de su lugar de residencia.¹²

En 2008, el Comité de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes estableció los grupos que corren mayor riesgo de ser torturados en la observación general número 2, y entre ellos señaló a las personas mayores, tal y como apunta Mónica Roqué.

Señala la misma autora que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer también se ha ocupado del tema a partir de 2009, cuando elaboró una nota conceptual sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos.

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en 2010, prioriza los derechos de las mujeres mayores en la recomendación 27,¹³ así como en la 7,¹⁴ que incluye todos los aspectos que afectan la vida de las mujeres mayores, tanto de 60 años como de edades más avanzadas.¹⁵

¹¹ Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada. La discriminación obstaculiza o deja sin efectos el reconocimiento, el goce y el ejercicio de los derechos humanos.

¹² Observación general 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/20, 2008, párr. 29.

¹³ Recomendación 27 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CETFDCM/C/GC/27, 2010.

¹⁴ Recomendación 7 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CETFDCM/C/GC/7, 2010.

¹⁵ Ara Begum, Ferdous, "Women, Lifecycle and Human Rights", en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI...*, cit.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), en su resolución¹⁶ de 2012 en relación con los derechos humanos de las personas de edad, exhorta a todos los Estados a garantizar el disfrute pleno y equitativo de los derechos de las personas mayores, incluyendo la adopción de medidas para luchar contra la discriminación, la negligencia, el abuso y la violencia, y para abordar las cuestiones relacionadas con la integración social y la asistencia sanitaria adecuada. En el ámbito universal, es en esta resolución de 2012 en la que se encuentra por primera vez el derecho a la salud de las personas mayores.

2.2. Instrumentos regionales

2.2.1. *Ámbito europeo*

Los principios detrás de la Carta Social Europea (1961) —revisada en 1996— son la autonomía y la independencia de las personas mayores, y ya se introducen temas como el respeto a la vida privada, que debe garantizarse en las instituciones de cuidado de largo plazo.

La recomendación sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores del Consejo de Europa, aprobada en 2014, consiste en un instrumento no vinculante pero que proporciona orientación para aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea a las personas mayores.

Los principios que guían la recomendación son la autonomía, por una parte, y la protección por otra, y ambos guían este instrumento. Mencionará Nicola D. Cangemi¹⁷ que ambos principios son interdependientes y, en este sentido, uno es ineficaz sin el otro.

¹⁶ Resolución 21 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, A/CDH/21/L15, 2012.

¹⁷ Cangemi, Nicola Daniele, “La Recomendación sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del Consejo de Europa”, en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

Resulta muy innovador el hecho de que la recomendación no defina la edad a partir de la cual se considera que una persona es mayor.

Se define a las personas mayores como aquellas cuya edad constituye, sola o en interacción con otros factores —incluyendo las percepciones y las actitudes—, un obstáculo para el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones.¹⁸

Algunos de los temas abordados en la recomendación europea son la no discriminación de las personas mayores, especialmente la discriminación múltiple¹⁹ (mujeres mayores, migrantes de edad o personas mayores con discapacidad); la autonomía y la participación en la toma de decisiones; la protección de las personas mayores frente a la violencia, el abuso —físico, psicológico, emocional, financiero, sexual— y el descuido intencional o no intencional, tanto en el hogar como en una institución de cuidado de largo plazo. En cuanto al sistema de justicia, se mencionan aspectos como la mejora de las condiciones de detención, la prestación de asistencia jurídica gratuita y el derecho a un juicio rápido. Asimismo, se favorecen el acceso y la adaptación de la vivienda para facilitar la movilidad y el fortalecimiento de su participación en la sociedad.

La salud de las personas mayores ocupa un lugar preponderante e incluye la atención de calidad y los cuidados paliativos.

2.2.2. *Ámbito africano*

En la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 pueden encontrarse disposiciones relativas a los an-

¹⁸ *Ibidem*, pp. 32-33

¹⁹ Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación, por ejemplo: edad e identidad de género, o edad y etnicidad, así como orientación sexual, migración, pobreza, marginación, afrodescendencia, y también la discriminación ejercida hacia personas sin techo, en prisión, pertenecientes a pueblos originarios, grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

cianos y las personas con discapacidad que enfatizan su mayor necesidad de protección. Por su parte, en el Protocolo de Maputo de 2003 (protocolo a la Carta Africana) se subraya la especial vulnerabilidad de las mujeres mayores, especialmente en el texto que señala Sandra Huenchuan:

[...] y pide a los Estados adoptar una serie de medidas en consonancia con su desarrollo físico, necesidades económicas y sociales, así como su acceso a la formación ocupacional y profesional, y a garantizar el derecho de las mujeres de edad avanzada a vivir libres de violencia, incluido el abuso sexual.²⁰

En la quincuagésima primera sesión ordinaria de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, celebrada en Banjul en mayo de 2012, se distribuyó un avance de proyecto para la protección de los derechos de las personas mayores, que fue aprobado en 2016. Algunas de sus características son los principios de independencia, dignidad, realización personal, participación y atención. Es de notable relieve, por no aparecer en otros instrumentos semejantes, la alusión a las injustas acusaciones de brujería que padecen las mujeres de edad avanzada y, en este tenor, señala Yeung K.J. Yeung Sik Yuen:

Se promueve la eliminación de las prácticas sociales y culturales perjudiciales que las afectan, incluyendo las acusaciones de brujería, los abusos relacionados con la propiedad y el derecho a la tierra, y la protección de los derechos de herencia.²¹

Hay algunas coincidencias entre el protocolo de África y la recomendación europea, por ejemplo, en relación con los derechos considerados: el derecho a tomar decisiones, al empleo, la protección social, la protección contra el abuso y las prácticas tradicionales nocivas, el cuidado y el apoyo. En ambos instru-

²⁰ Huenchuan, Sandra, "Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento", en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI...*, cit., pp. 40-41.

²¹ Yeung Sik Yuen, Yeung Kam John, "La protección de los derechos de las personas mayores en África", en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez...*, cit., p. 40.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

mentos se incluye la protección especial para grupos específicos de personas mayores, y se establecen las obligaciones de los Estados al respecto. Entre estos grupos se encuentran las mujeres mayores, las personas de edad que tienen a su cuidado huérfanos y niños en situación de vulnerabilidad, y en el protocolo africano, específicamente niños que han perdido a sus padres por causa del VIH/sida. En el caso de la recomendación europea se considera a las personas mayores en situación de cárcel, y en su informe explicativo se llama la atención acerca de la situación específica de las mujeres mayores, los inmigrantes mayores y las personas de edad con discapacidad.

2.2.3. *Ámbito latinoamericano*

La Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948 (Bogotá) alude a la vejez en su artículo XVI, en la explicación del derecho a la seguridad social:

Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Es interesante resaltar la percepción sobre la vejez que se hace presente en este artículo, como circunstancia que imposibilita mental o físicamente para obtener los medios de subsistencia, es decir, es una visión de la vejez asociada a la vulnerabilidad y a la dependencia.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en 1969 aunque entra en vigor a partir de 1978, también llamada Pacto de San José, no se alude a la vejez ni a las personas mayores.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (1988) dedica el artículo 17 a la protección de las personas mayores e incluye el derecho a la atención médica especializada. Reconoce la situación

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

específica de las personas mayores y es un instrumento de orden vinculante:

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. Los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

En cuanto a los preparativos o acciones concretas dirigidas a la elaboración de la Convención, debe mencionarse en primer lugar la elaboración de la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento de 2003, que es el antecedente de la Declaración de Brasilia de 2007, en cuyo artículo 26 se menciona el compromiso de “impulsar la elaboración de una convención sobre los derechos humanos de las personas de edad en el seno de las Naciones Unidas”.²² Esto es, la Declaración de Brasilia constituye la contribución de América Latina y el Caribe a la Comisión de Desarrollo Social del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que se celebraría en 2008. En opinión de Sandra Huenchuan, hay un antes y un después de la Declaración de Brasilia, en tanto la preocupación por la situación de vulnerabilidad en el ejercicio de derechos en que se encuentra la población mayor en el mundo y, especialmente, en la región latinoamericana. Una revisión de la misma pone de manifiesto el importante antecedente que constituye para la Convención. En concreto, en materia de derecho a la salud, se destacan los siguientes temas: la atención que debe proporcionarse a las con-

²² CEPAL, Informe sobre la aplicación de la estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, LC/L.2749(CRE-2/3), Santiago de Chile, 2007, p. 10.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

secuencias sanitarias (entre otras) derivadas del ritmo de envejecimiento demográfico (inc. 2); los efectos del VIH/sida en las personas de edad (inc. 5); el acceso equitativo a los servicios de salud integrales, oportunos y de calidad (inc. 12), y que se brinden cuidados paliativos²³ a las personas de edad que padecen enfermedades en fase terminal y se preste apoyo a sus familiares (inc. 15).

Finalmente, la Carta de San José sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe se adoptó en la Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en 2012 y aborda gran parte de los temas que son tratados en la Convención.

El aporte esencial de este abanico fue instalar sólidamente los derechos de personas mayores en el debate y crear la necesidad de la elaboración de un instrumento regional vinculante.

3. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Este instrumento coloca a la Organización de los Estados Americanos a la vanguardia del derecho internacional de los derechos humanos de las personas mayores y constituye un referente tanto para el trabajo que se desarrolla en las Naciones Unidas como en otras regiones del mundo.²⁴ Es preciso destacar importantes aportaciones, tanto en el enfoque como en los contenidos del instrumento.

²³ Siguiendo la definición de la Convención los cuidados paliativos para las personas mayores consisten en la atención que necesitan las personas mayores para enfrentar, en un entorno adecuado, el dolor y otros síntomas angustiantes.

²⁴ Acevedo, Wendy, "El Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Organización de los Estados Americanos", en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014, pp. 48-49.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

En cuanto a las concepciones del envejecimiento²⁵ y la vejez²⁶ y al enfoque de derechos humanos aplicado a las personas mayores, la Convención introduce un cambio paradigmático en este sentido, puesto que promueve su empoderamiento y una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad. Frente a la concepción predominante que ha construido la vejez como una etapa de carencias de todo tipo, conforme al nuevo paradigma las personas mayores son sujetos de derecho, no solamente beneficiarios y, por tanto, disfrutan de ciertas garantías y tienen determinadas responsabilidades respecto de sí mismos, su familia y su sociedad, con su entorno inmediato y con las futuras generaciones.²⁷

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario enfatizar la protección jurídica hacia las personas mayores, sobre todo hacia aquellas que por obvias razones constituyen grupos denominados “frágiles” en el sentido de que son más vulnerables, y de que pueden ejercer con menor facilidad, por diferentes razones, acciones de autodefensa de sus intereses o derechos lesionados.²⁸

El reto de un instrumento dedicado a la protección de los derechos humanos de las personas mayores es establecer un balance entre la dimensión empoderadora de la persona mayor y la

²⁵ Envejecimiento: proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio (definición de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores).

²⁶ Vejez: construcción social de la última etapa del curso de vida (definición de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores).

²⁷ Huenchuan, Sandra y Rodríguez-Piñero, Luis, *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.

²⁸ Martínez Maroto, Antonio, “Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores”, en Fernández-Ballesteros, Rocío (dir.), *Gerontología social*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2009.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

dimensión protectora,²⁹ tarea que no es sencilla en absoluto, y que es uno de los objetivos de la CIPDHPM. El derecho a la salud integra ambas dimensiones, dado que el derecho a la salud de la persona mayor debe estar protegido y al mismo tiempo la persona mayor debe estar empoderada para tomar decisiones respecto a su propia salud.

Finalmente, el enfoque de un instrumento de esta naturaleza debe incluir, como lo hace la Convención, el enfoque de género. La feminización del envejecimiento³⁰ tiene al menos dos manifestaciones: por una parte, las mujeres sobreviven a los hombres en todos los países del mundo³¹ y como consecuencia, en el último tramo de vida, la mayor parte de las mujeres son viudas, divorciadas o solteras. Debido a su mayor longevidad, a la diferencia de edades entre cónyuges y menor propensión a volver a casarse que los hombres, las mujeres mayores viven solas en mayor proporción que los hombres mayores. En esas circunstancias, son más susceptibles de sufrir aislamiento social y privaciones económicas. Por otra parte, la mayor parte del cuidado de las personas mayores recae sobre las mujeres, esto es, sobre las hijas, nietas y nueras.

En relación con los contenidos, es evidente que en su elaboración han participado tanto juristas como científicos de la gerontología y el envejecimiento. Es un instrumento de vanguardia que introduce novedosos conceptos en materia de envejecimiento y vejez. Asimismo, sorprende el balance que evidencia la Convención entre la dimensión civil, social y política de los derechos, sin subrayar ni obviar ninguna de las dimensiones, en la línea del argumento de que los derechos sociales están entrelazados con los civiles y políticos que sugiere un análisis de los mismos siguiendo la matriz marshalliana³² de 1949. Recuérdese que, de acuerdo

²⁹ Doron, Israel, "Jurisprudential Gerontology: Theorizing the Relationships Between Law and Aging", en Bengtson, Vern L. *et al.*, *Handbook of Theories of Aging*, Nueva York, Springer, 2009.

³⁰ O'Rand, Angela M. y National Academy on Ageing, *The vulnerable majority: older women in transition* (Advisory Panel Report), Nueva York, Syracuse University, 1994.

³¹ Salvo en el África Subsahariana.

³² Marshall, Thomas H., "Citizenship and Social Class", en Marshall, Thomas H., *Class, Citizenship, and Social Development*, Nueva York, Anchor Books, 1949, pp. 71-133.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

con la clasificación de Thomas H. Marshall, la ciudadanía plena está compuesta por las dimensiones civil, política y social:

La ciudadanía civil consiste en los derechos necesarios para la libertad individual, entre los que figuran las libertades de expresión, de pensamiento y de religión, el derecho a la propiedad, el derecho a cerrar contratos válidos y el derecho a la justicia. Esta etapa de desarrollo tuvo lugar —en el entorno geográfico e histórico del autor— en el siglo XVIII y las instituciones asociadas son los tribunales.

La ciudadanía política se enmarca cronológicamente en el siglo XIX y está relacionada fundamentalmente con el derecho al voto y de asociación, mientras que las instituciones correspondientes son el parlamento y los concejos de gobierno local.

La ciudadanía social se refiere a los derechos al bienestar y a la seguridad económica, y se ubica en el siglo XX con la extensión del sistema educativo y los servicios sociales del Estado de bienestar. Entre los derechos sociales figuran: el derecho a un empleo y a un salario, a la protección social —jubilación, seguridad social, desempleo, bajas laborales por enfermedad, maternidad o paternidad, accidentes laborales—, a una vivienda, a la educación, a la sanidad, a un medioambiente saludable, al acceso a la cultura y a todos los ámbitos de la vida pública.

Thomas H. Marshall considera que la ciudadanía social es el corolario de la ciudadanía civil y de la ciudadanía política. Esta progresión es interesante porque presenta una sucesión escalonada según la cual, para la existencia de la dimensión social es precisa la preexistencia de las dimensiones política y social, de la misma manera que para la existencia plena de la dimensión política se requiere de una consolidada dimensión civil.

En la actualidad existe un consenso en torno a esta progresión, si bien se añade la necesidad del cumplimiento de la dimensión social, para el efectivo ejercicio de las dimensiones civil y política. El ejemplo más evidente sería que para el ejercicio autónomo e independiente del derecho pasivo al voto, se requiere una mínima dimensión social de la ciudadanía, esto es, una satisfacción de las necesidades básicas del ciudadano, sin la cual,

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

el voto que se ejercería podría ser susceptible de intercambios (compra del voto) y, por tanto, no ejercerse libremente, desembocando en una falta de dimensión política de la ciudadanía basada en un déficit de la dimensión social de la ciudadanía.

La vigencia de esta clasificación, así como de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los tres órdenes de derechos necesarios para la ciudadanía plena, se ha reforzado actualmente, si bien su largo andar en el derecho internacional se originó en la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán (1968), como recuerda Humberto Nogueira, cuando se precisó “que la plena realización de los derechos civiles y políticos es imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales”.³³ Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó que “todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles”.³⁴ En este mismo tenor, la Organización de los Estados Americanos estableció en 1988, en el preámbulo del Protocolo de San Salvador, que:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana [...] exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.³⁵

En cuanto al alcance, la CIPDHPM integra ambas esferas del Sistema Interamericano, dándoles competencia a la Corte y la Comisión, mientras que el Protocolo de San Salvador les da com-

³³ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, p. 151.

³⁴ Resolución 32/130 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1977.

³⁵ OEA, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, San Salvador, 17 de noviembre de 1988.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

petencia a ambos órganos solamente en el caso de dos derechos sociales concretos: educación y de tipo sindical.

CUADRO 1. Derechos civiles, políticos y sociales presentes en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

Ciudadanía civil	A la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5), a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6), a la independencia y autonomía (art. 7), a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia (art. 9), a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10), a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11), a la libertad personal (art. 13), a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14), a la nacionalidad y a la libertad de circulación (art. 15), a la privacidad y a la intimidad (art. 16), a la propiedad (art. 23), igual reconocimiento como personas ante la ley (art. 30), a la justicia (art. 31)
Ciudadanía política	Derechos políticos (votar libremente y ser elegido) (art. 27), de reunión y asociación (art. 28)
Ciudadanía social	A la participación e integración comunitaria (art. 8), derechos de la persona mayor que recibe cuidados de largo plazo (art. 12), a la seguridad social (art. 17), al trabajo (art. 18), a la salud (art. 19), a la educación (art. 20), a la cultura (art. 21), a la recreación, al esparcimiento y al deporte (art. 22), a la vivienda (art. 24), a un medioambiente sano (art. 25), a la accesibilidad y a la movilidad personal (art. 26), situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 29)

Elaboración propia con base en la CIPDHPM y en T.H. Marshall (1949)

Como ya se mencionó, es muy significativo que la Convención recoja derechos civiles, políticos y sociales; recuérdese que el Protocolo de San Salvador (1988) introduce únicamente derechos sociales, mientras que la Convención Americana so-

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

bre Derechos Humanos establece solo derechos civiles y políticos.

4. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CIPDHPM

4.1. Derechos civiles en el ámbito de la salud

A la luz del caso *Poblete Vilches* se deduce que los derechos civiles violados específicamente —y por tanto, los derechos civiles involucrados y/o relacionados en/con el derecho a la salud— son, al menos, los siguientes: discriminación por razón de edad (art. 5); derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6); derecho a la independencia y autonomía (art. 7); derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 10); derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11); derecho a la libertad de expresión y de opinión, y al acceso a la información (art. 14), y derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 16).

El derecho a la igualdad y no discriminación por razón de edad (art. 5) es el primer artículo de la Convención relativo a los derechos de las personas mayores propiamente. En este artículo se introducen conceptos como el de interseccionalidad³⁶ sin aludir a dicha denominación. La interseccionalidad es uno de los conceptos que, pese a su largo uso desde la década de los ochenta como marco explicativo de los procesos de estratificación social, sigue siendo uno de los conceptos que genera mayor consenso en las teorías actuales de sociología del envejecimiento, tal y como reconoce Vern L. Bengtson.³⁷ El reconocimiento en este artículo

³⁶ La interseccionalidad describe procesos micro respecto de la forma en que cada individuo y grupo ocupa una posición social en las estructuras entrelazadas de opresión. Deben estudiarse conjuntamente las dimensiones y relaciones de clase, género, raza-etnia, Dressel, Paula, Minkler, Meredith y Yen, Irene, "Gender, Race, Class, and Aging: Advances and Opportunities", en Minkler, Meredith y Estes, Carroll L., *Critical gerontology: Perspectives from political and moral economy*, Nueva York, Baywood, 1999.

³⁷ Bengtson, Vern L. et al., *Handbook of Theories of Aging*, Nueva York, Springer, 2009.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

de una ampliación de los criterios de discriminación³⁸ es muy relevante, dado que en la discriminación por edad en la vejez³⁹ se incluyen género, discapacidad, orientación sexual,⁴⁰ identidad de género,⁴¹ migración, pobreza, marginación, afrodescendencia, indigenismo, y también la ejercida hacia personas sin techo, en prisión, pertenecientes a pueblos tradicionales, grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales.

³⁸ Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada —definición de la Convención—.

³⁹ 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 y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (definición de la Convención).

⁴⁰ La distinción entre orientación sexual e identidad de género requiere, primeramente, de la diferenciación entre género y sexo. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha establecido que el término “sexo” se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas: “La orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género; se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de su mismo género o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con personas. Es un concepto complejo cuyas formas cambian con el tiempo y difieren entre las diferentes culturas”, ONU, Orientación sexual e identidad de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, América del Sur, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas Derechos Humanos, 2012, p. 3.

⁴¹ La identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la experimenta profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de técnicas médicas, quirúrgicas o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”, *Idem*. En este grupo se incluyen el transgenerismo, el transexualismo y la intersexualidad.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

El derecho a la vida y a la dignidad en la vejez (art. 6) tiene como principal especificidad que se garantice el acceso a los cuidados integrales —incluidos los cuidados paliativos—⁴² así como que se manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, y que se evite el sufrimiento innecesario y las intervenciones inútiles. Asimismo, se precisa el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento libre e informado, para lo cual existe en el mismo instrumento un artículo específico que enuncia el derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud (art. 11). Este artículo tiene cabida en la dimensión civil de la ciudadanía, pero también en la dimensión social, por tratarse de un derecho civil referido a un ámbito social. Por tratarse de un derecho civil, se presentará a continuación:

Según el derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, la información que se proporcione debe ser adecuada, clara y oportuna, presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor. Por otra parte, las instituciones y los profesionales de la salud “no podrán administrar tratamiento, intervención o investigación alguna sin el consentimiento informado de la persona mayor” —salvo en los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado—. Este derecho de la persona mayor incluye aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos —incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria— y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión. Asimismo, los Estados deben establecer un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar su voluntad anticipada e

⁴² La atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan (definición de la Convención).

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos.

El derecho a la independencia y a la autonomía (art. 7) abunda en el derecho a tomar decisiones, a definir el plan de vida —conforme a la cultura y tradiciones de la persona mayor, si así lo desea— y a desarrollar una vida autónoma e independiente conforme a sus tradiciones y creencias. Merece especial atención la inclusión del componente cultural/tradicional en este derecho. Asimismo, está incluida la libertad de residencia, en este tenor, “que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir [...] y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”. Este inciso en concreto representa una de las tensiones más claras entre el individuo y la familia,⁴³ inclinándose el texto por el individuo —la persona mayor—.

El artículo 9 se dedica a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia. En su contenido refuerza nuevamente la no discriminación derivada de las dimensiones como la raza, la etnia, la identidad indígena y la cultura, el género, el sexo, y todas las descritas en el artículo, acotando la vida sin violencia a especificidades como el abuso financiero o patrimonial, la expulsión de su comunidad, el maltrato,⁴⁴ el abandono⁴⁵ o la negligencia⁴⁶ dentro y fuera del ámbito familiar.

⁴³ Para una mayor profundización entre la tensión individuo-familia, consúltese Doron, Israel, “Jurisprudential Gerontology: Theorizing the Relationships Between Law and Aging...”, *cit.*

⁴⁴ Acciones u omisiones, realizadas intencionada o negligentemente, que no tienen carácter de accidentalidad, y hacen referencia a daños físicos, psíquicos y/o económicos, independientemente de que ocurra en una relación de confianza (definición de la Convención).

⁴⁵ La falta de acción deliberada o no para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral (definición de la Convención).

⁴⁶ Error involuntario o falta no deliberada, incluido entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias (definición de la Convención).

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

El artículo 14 —que señala el derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información— y el artículo 16 —el derecho a la privacidad y a la intimidad— se fundamentan en el principio “igualdad de condiciones y no discriminación”:

- El derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información (art. 14) consiste en la igualdad de condiciones en el ejercicio de este derecho por parte de la persona mayor.
- El derecho a la privacidad y a la intimidad (art. 16) en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, contiene una alusión especial a los actos de higiene. Por otra parte, subraya la tutela de este derecho especialmente en el caso de las personas mayores que reciben cuidados de largo plazo. Y podría añadirse la aplicabilidad de este derecho, a la luz de *Poblete Vilches*, a los casos de hospitalización.

4.2. Derechos políticos en el ámbito de la salud

En la clasificación de Thomas H. Marshall, la participación y el derecho de asociación son claramente derechos políticos, sin embargo, en la CIPDHPM está contenido tanto en el artículo 27 “Derechos políticos” como en el artículo 28 “Derecho de reunión y de asociación”:

Crear y fortalecer mecanismos de participación ciudadana con el objeto de incorporar en los procesos de toma de decisión en todos los niveles de Gobierno las opiniones, aportes y demandas de la persona mayor y de sus agrupaciones y asociaciones. (art. 27.d)

Fortalecer las asociaciones de personas mayores y el desarrollo de liderazgos positivos que faciliten el logro de sus objetivos y la difusión de los derechos enunciados en la presente Convención. (art. 28.b)

También el actuar de las asociaciones responsables de que ciertos casos lleguen a los tribunales internacionales para defender, por ejemplo, el derecho —social— a la salud, podría considerarse un derecho político ejerciendo la exigibilidad de un derecho social. Dicho de otro modo, por el papel tan relevante que

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

desempeña el derecho político de asociación en la exigibilidad y justiciabilidad de todos los derechos, podría considerarse que el derecho político de asociación es transversal, y su vocación pandimensional o multidimensional.⁴⁷

4.3. Derechos sociales en el ámbito de la salud

Son derechos de este tipo el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social. Este segundo derecho contextualiza al primero. El derecho a la seguridad social alude directamente a los Estados de bienestar, o entre nosotros, regímenes de bienestar⁴⁸ que tutelan o positivizan dicho derecho a través de la política social y sus dos brazos, a saber, la seguridad social y la asistencia social.

El derecho a la salud propiamente (art. 19) está muy desarrollado en la Convención y pueden destacarse varios aspectos: en primer lugar, la atención que se presta a la medicina tradicional, alternativa y complementaria, que ocupa dos incisos diferentes dentro del artículo (a y k). En segundo lugar, la mención del envejecimiento activo,⁴⁹ paradigma que ha tenido diversas denominaciones a lo largo de la historia de la gerontología, pero que

⁴⁷ Sobre la idea de la pandimensionalidad *Cfr.*, Díaz-Tendero, Aída, “Derechos humanos de las personas mayores en Centroamérica y el Caribe” en Díaz-Tendero, Aída (coord.), *Derechos humanos y grupos vulnerables en Centroamérica y el Caribe*, Ciudad de México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe-UNAM (en dictamen).

⁴⁸ Para una valoración de los diferentes regímenes de bienestar en los países de la región de América Latina y el Caribe según los criterios taxonómicos de los diferentes autores latinoamericanos, consúltese Díaz-Tendero, Aída, “Political Economy of Aging in Latin America and the Caribbean: Economic (In) Security of Older Persons in the Twenty-First Century”, en *Open Journal of Social Sciences*, vol. 5, núm. 8, ago, 2017, pp. 83-100.

⁴⁹ Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población (art. 2 de la Convención).

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

sigue constituyendo uno de los más vigentes paradigmas sobre envejecimiento. En tercer lugar, la alusión a la salud sexual y reproductiva de la persona mayor y la inclusión de los servicios de salud asequibles y de calidad para el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual en esta población. En cuarto lugar, el objetivo de mejoramiento del estado nutricional de la persona mayor. En quinto lugar, la contemplación de servicios socio-sanitarios para el tratamiento de enfermedades que generan dependencia como las crónico-degenerativas, las demencias y la enfermedad de Alzheimer. En sexto lugar, el objetivo de hacer posible la accesibilidad a los servicios de cuidados paliativos. En séptimo lugar, se propone la disponibilidad y acceso a los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, “incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos” (inc. *m*). En el inciso *n* se garantiza el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, abundando en el artículo 14, descrito en la dimensión civil.

Si se lee el artículo 19 a la luz del caso *Poblete Vilches* se aprecian los siguientes aspectos: en primer lugar, que el encabezado del artículo reza: “[1]a persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación”. En el inciso *i* se establece que se deben “fortalecer las capacidades de los trabajadores de los servicios de salud, sociales y socio-sanitarios integrados y de otros actores, en relación con la atención de la persona mayor, teniendo en consideración los principios contenidos en la presente Convención”. Asimismo, en el inciso *n* se precisa el deber de “garantizar a la persona mayor el acceso a la información contenida en sus expedientes personales, sean físicos o digitales”.

Es oportuno presentar, junto al derecho a la salud, los derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado de largo plazo⁵⁰ (art. 12) que, como se adelantó, podrían considerarse asi-

⁵⁰ 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 (definición de la Convención).

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

milables a los derechos de las personas hospitalizadas. Se incluyen varios aspectos, como el sistema integral de cuidados, la cobertura de servicios sociales, la seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda. Se introduce que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar⁵¹ y mantener su independencia y autonomía. Incluye también medidas de apoyo para los cuidadores; necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados; respeto a la dignidad e integridad física y mental; así como garantizar el acceso de la persona mayor a la información, privacidad e intimidad en los actos de higiene. El citado artículo advierte sobre la mayor vulnerabilidad de la mujer mayor.

Si bien son numerosos los incisos del artículo 19 de la Convención que los impartidores de justicia pueden y podrán utilizar para proteger el derecho a la salud de las personas mayores, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho a la seguridad social (art. 17), y sobre los dos artículos pueden hacerse algunos señalamientos:

A pesar de los amplios contenidos y específicas alusiones a temas cruciales en el ámbito de la salud de las personas mayores, es preciso señalar con ánimo crítico que no se contextualiza de manera suficiente la falta de cobertura de los sistemas de salud y de seguridad social de la región. La mayor parte de los países de América Latina y el Caribe se caracterizan por la desprotección en el ámbito de la salud y de la seguridad social de amplios sectores de personas mayores y de todos los grupos etarios, dependiendo en gran medida de la posición que ocupan en la estratificación social derivada de la raza/etnia, tipo de localidad (rural/urbana), género y clase, entre otras dimensiones. En este sentido, la cobertura de los sistemas de seguridad social y de los sistemas de salud en América Latina y el Caribe tiene un fuerte sesgo urbano, de clases medias y altas, y de género. La condición rural, indígena, perteneciente a minorías o a un estrato de ingreso bajo, resulta en una alta desprotección. Si alguna de las condiciones anteriores se

⁵¹ El grupo de personas que viven en una misma vivienda, comparten las comidas principales y atienden en común las necesidades básicas, sin que sea necesario que existan lazos de parentesco entre ellos (definición de la Convención).

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

suma a ser mujer mayor,⁵² las vulnerabilidades aumentan considerablemente. Es criticable, por tanto, que la positivización de un derecho tan importante por sí mismo y también para el derecho a la salud, como el derecho a la seguridad social (art. 17), contenga la limitación “dentro de los recursos disponibles”, cuando son los sistemas de seguridad social las estructuras que contienen a los sistemas de salud.

Recuérdese también que la “salud” constituye junto a la “seguridad económica” y los “medioambientes favorables” las tres áreas prioritarias de acción señaladas por Naciones Unidas en la Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento, celebrada en 2002 en Madrid y, por tanto, se esperaría una mayor profundización y proyección de la positivización de la dimensión social de este derecho en un instrumento como la Convención.

5. CONTEXTO JURÍDICO REGIONAL

La Convención constituye la primera herramienta con vocación vinculante, a nivel mundial, que recopila y estandariza los derechos humanos de las personas mayores.

En el ámbito regional, la firma de la Convención coincide con relevantes fenómenos jurídicos transnacionales en auge en América Latina y el Caribe, como el impulso a la justiciabilidad de los derechos humanos. Sandra Huenchuan cita a Lynn Hunt cuando escribe que:

Los derechos humanos solo cobran sentido cuando adquieren un contenido político, es decir, cuando se positivizan. No son los derechos humanos en la naturaleza, son los derechos humanos en sociedad, y por consiguiente deben ser garantizados en el campo político.⁵³

⁵² Cfr. Díaz-Tendero, Aída, *La Teoría de la Economía Política del Envejecimiento. Un nuevo enfoque para la gerontología social en México*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2012.

⁵³ Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets Editores, 2009, cit. por Huenchuan, Sandra, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento...”, cit., p. 26.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

Si los derechos humanos de las personas mayores se refirieran únicamente a un ideal de conducta —como ocurre con los actuales Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, aprobados por la resolución 46/91 de la Asamblea General— no sería tan complicado su reconocimiento por parte de la comunidad internacional. El disenso surge por la necesidad de que los derechos humanos estén vinculados a un instrumento positivo como un requisito *sine qua non*, puesto que, tal y como señala Francisco J. Gutiérrez:

Es exactamente la posibilidad de que la conducta sea exigible, lo que distingue la obligación jurídica de una obligación moral.⁵⁴

Los derechos humanos de las personas mayores deben estar formalizados positivamente, puesto que solo de esa forma se convertirían en una condición necesaria y suficiente para imponer una exigencia a un tercero —obligación— que se funda en la elección de este efecto por parte del titular del derecho. Asimismo, el avance en la tutela efectiva de los derechos de un grupo etario repercute en la justiciabilidad de los derechos de todos los demás grupos etarios, de toda la ciudadanía.

El impulso a la justiciabilidad de los derechos sociales es también un importante fenómeno jurídico transnacional en América Latina y el Caribe que contextualiza la Convención, tal y como muestra la actuación de la Corte en el caso *Poblete Vilches*. Según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), los Estados tienen obligaciones generales y deben tomar medidas adecuadas. Además se deben crear recursos legales para defender los derechos sociales. Todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, en algún aspecto, dimensiones de justiciabilidad, esto es, aspectos significativos que pueden ser llevados ante los tribunales, señalan Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor.⁵⁵ Explican los autores mexicanos que ha sido

⁵⁴ Gutiérrez Suárez, Francisco Javier, *Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas*, Getafe, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2011, p. 27.

⁵⁵ Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Ciudad de México, Editorial Flores-IIIJ-UNAM, 2014.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

una práctica reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y precisar las obligaciones de los Estados. A partir del principio *pro personae* se efectúa la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, lo que impide, además, que se utilicen otros instrumentos internacionales para restringir los derechos del Pacto de San José.

6. EPÍLOGO

El envejecimiento poblacional se ha reconocido como un fenómeno sin precedentes y se ha reparado en su posible impacto en el ejercicio de los derechos humanos. El crecimiento en números relativos y absolutos de las personas mayores en las regiones en desarrollo, y especialmente en América Latina y el Caribe, se caracterizará por producirse a una velocidad mucho mayor que la de los países más avanzados en la transición demográfica, como los europeos.⁵⁶ Esto es, los Estados, las sociedades, las instituciones y las familias tendrán menos tiempo para prepararse para el envejecimiento de sus poblaciones.

Los instrumentos internacionales que se han ordenado como antecedentes universales, regionales y latinoamericanos de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores han evolucionado desde la visibilización de las personas mayores en un primer momento, el reconocimiento de las personas mayores como susceptibles de ciertas vulnerabilidades y necesitados de protección en un segundo momento, hasta una visión empoderadora que enfatiza que la persona mayor es sujeto de derecho, basándose en los principios de independencia y autonomía. Sin embargo, el empoderamiento no debe opacar la vulnerabilidad que presentan ciertos sectores de la población mayor. Un balance entre protección y autonomía

⁵⁶ ONU, *World Economic and Social Survey 2007. Development in an Aging World*, Department of Economic and Social Affairs, Nueva York, 2007.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

es necesario, tal y como lo expresa Nicola G. Cangemi, al comentar la recomendación europea:

Propone un equilibrio entre la autonomía y la protección de las personas mayores. Al respecto, es importante no tener temor de hablar acerca de la protección, y hacer hincapié en que ello no implica un enfoque “paternalista” porque la autonomía y la protección son interdependientes, y una es ineficaz sin la otra.⁵⁷

En el caso de los países en desarrollo es aún más delicado lograr el balance de la dimensión protectora con la dimensión de autonomía, dado que los Estados tienen todavía un déficit considerable en la positivización o tutela efectiva de la primera.

La vejez por sí misma no representa una situación de vulnerabilidad. Sin embargo, la notoria inequidad social que caracteriza a las sociedades latinoamericanas y los altos índices de pobreza que se registran configuran una situación de alta vulnerabilidad para millones de personas mayores. En la región, envejecer es una experiencia muy diferente según el grupo étnico-cultural de pertenencia, el género, el nivel económico y social, el tipo de localidad —rural/urbano—, independientemente de otras características que condicionan la vejez como la salud física y psicológica, así como las redes y el medioambiente —físico o social— más o menos favorables que, por lo demás, también están relacionadas con las diferencias de clase, género, tipo de localidad y raza/etnia.⁵⁸

A partir de este contexto, parecería que la dimensión social de la ciudadanía o derechos sociales serían los primeros que el Estado debe garantizar, dado que, en palabras de Norberto Bobbio:

Los derechos sociales tienden a hacer menos grande la desigualdad entre quienes tienen y quienes no tienen, o a poner un número de individuos siempre mayor en condiciones de ser menos desiguales

⁵⁷ Cangemi, Nicola Daniele, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁸ Díaz-Tendero, Aída, *La teoría de la economía política del envejecimiento...*, *cit.*

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

respecto a individuos más afortunados por nacimiento o condición social.⁵⁹

Sin embargo, si bien el déficit en materia de derechos sociales de las personas mayores —en materia de salud, pero también pensiones y medioambientes favorables— requiere de acciones progresivas y contundentes por parte del Estado, el círculo virtuoso que tiene por principios la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos civiles, políticos y sociales muestra la importancia de avanzar en las tres dimensiones simultáneamente, sin obviar ni subestimar ninguna de ellas.

Entre los múltiples aciertos de la CIPDHPM se encuentra la precisión y detalle con los que se particularizan derechos que son comunes a otros instrumentos de derechos del hombre o del ciudadano al caso de las personas mayores. La clasificación de los derechos presentes en la Convención según la matriz marshalliana evidencia en primer lugar el amplio espectro contenido en este instrumento y, en segundo lugar, la fortaleza con la que se asienta la dimensión civil de la ciudadanía de las personas mayores, o dicho de otro modo, los derechos civiles de las personas mayores.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores tiene la potencialidad de ser el faro para el desarrollo progresivo y simultáneo de las tres dimensiones de la ciudadanía de las personas mayores. A la luz del caso *Poblete Vilches* queda muy clara la violación de derechos pertenecientes a las esferas civil y social que desembocan en la vulneración del derecho a la salud, así como la vinculación entre dichas esferas.

Finalmente, se espera la ratificación o adhesión por parte de todos los Estados de la región de este instrumento que establezca y proteja los derechos humanos de las personas mayores y que guiará a los impartidores de justicia de todos los niveles, así como a los tomadores de decisiones en materia de políticas públicas.

⁵⁹ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 151.

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo, Wendy, “El Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Organización de los Estados Americanos”, en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014.
- Ara Begum, Ferdous, “Women, Lifecycle and Human Rights”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.
- Barahona, Rocío, “Nivel de vida adecuado, derechos humanos y envejecimiento”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.
- Bengtson, Vern L. et al., *Handbook of Theories of Aging*, Nueva York, Springer, 2009.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- Cangemi, Nicola Daniele, “La Recomendación sobre la Promoción de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del Consejo de Europa”, en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014.
- Carbonell, Miguel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, Ciudad de México, Editorial Flores-IIJ-UNAM, 2014.
- Díaz-Tendero, Aída, *La teoría de la economía política del envejecimiento. Un nuevo enfoque para la gerontología social en México*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2012.
- , “Political Economy of Aging in Latin America and the Caribbean: Economic (In) Security of Older Persons in the Twenty-First Century”, en *Open Journal of Social Sciences*, vol. 5, núm. 8, ago, 2017.

El derecho a la salud en la Convención Interamericana sobre la Protección...

- Doron, Israel, “Jurisprudential Gerontology: Theorizing the Relationships Between Law and Aging”, en Bengtson, Vern L. *et al.*, *Handbook of Theories of Aging*, Nueva York, Springer, 2009.
- Dressel, Paula, Minkler, Meredith y Yen, Irene, “Gender, Race, Class, and Aging: Advances and Opportunities”, en Minkler, M. y Estes, Carroll L., *Critical gerontology: Perspectives from political and moral economy*, Nueva York, Baywood, 1999.
- Gutiérrez Suárez, Francisco Javier, *Universalidad de los derechos humanos. Una revisión a sus críticas*, Getafe, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2011.
- Huenchuan, Sandra, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.
- y Rodríguez-Piñero, Luis, *Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.
- Marshall, Thomas H., “Citizenship and Social Class”, en Marshall, Thomas H., *Class, Citizenship, and Social Development*, Nueva York, Anchor Books, 1949.
- Martínez Maroto, Antonio, “Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores”, en Fernández-Ballesteros, Rocío (dir.), *Gerontología social*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2009.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009.
- O’Rand, Angela M. y National Academy on Ageing, *The vulnerable majority: older women in transition* (Advisory Panel Report), Nueva York, Syracuse University, 1994.
- Roqué, Mónica, “De la necesidad y fundamento de un tratado internacional sobre personas mayores”, en Huenchuan, San-

AÍDA DÍAZ-TENDERO BOLLAIN

dra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.

Salmerón, Juan Antonio *et al.*, *Vejez, mujer y educación. Un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Madrid, Dykinson, 2014.

Vieira, Sergio, “Una perspectiva internacional basada en el Grupo de Trabajo de composición abierta sobre el envejecimiento de las Naciones Unidas”, en Huenchuan, Sandra (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, Ciudad de México, CEPAL-CELADE, 2012.

Yeung Sik Yuen, Yeung Kam John, “La protección de los derechos de las personas mayores en África”, en Huenchuan, Sandra y Rodríguez, Rosa Icela (eds.), *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, Ciudad de México, Naciones Unidas, 2014.