

2. DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES A LAS NORMATIVIDADES NACIONALES. EL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES

Aída Díaz-Tendero

I. INTRODUCCIÓN: PERSONAS MAYORES Y DERECHO A LA SALUD

La salud de la persona mayor¹ tiene que ver con el enfoque de curso de vida. Ser persona mayor no significa ser una persona vul-

¹ Se denomina persona mayor (PM) o personas mayores (PMs), 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, PM, 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 (Juan Antonio Salmerón *et al.*, *Vejez, mujer y educación. Un enfoque cualitativo de trabajo socioeducativo*, Madrid, Dykinson, 2014). La mayor parte

nerable, enferma o dependiente, pero es constatable que las carencias padecidas a lo largo de la vida potencian la situación de vulnerabilidad en la vejez. En este sentido, la vejez es una fase vital y se percibe su conformación a partir de factores históricos, sociales, económicos y medioambientales que ocurren en etapas anteriores de la vida.

En el caso concreto del estado de salud que se gozará o padecerá en la vejez,² dependerá en gran medida de la positivización o tutela efectiva por parte del Estado, del derecho a la salud. Esto es, el acceso a servicios y prestaciones de salud de calidad desde la infancia y durante la juventud y la edad adulta, y por supuesto a lo largo de la etapa de la vejez. Es por esta razón que el derecho a la salud de las personas mayores debe incluir necesariamente una perspectiva de curso de vida,³ así como un enfoque de derechos humanos.⁴

de los países de la región de América Latina y el Caribe comparten el criterio de los 60 años, salvo Costa Rica y Ecuador. Por su parte, se considera persona muy mayor a la de 75 años y más.

² Si bien vejez se entiende como construcción social de la última etapa del curso de vida, y envejecimiento como 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” (definiciones de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*) en este texto se entiende vejez como etapa de la vida de las personas a partir de los 60-65 años.

³ Para mayor información sobre el curso de vida y otras teorías gerontológicas, consúltese Aída Díaz-Tendero, “Estudios de población y enfoques de gerontología social en México”, *Papeles de Población*, vol. 17, 2011, pp. 49-65.

⁴ El enfoque de los derechos conlleva un cambio paradigmático en este sentido, puesto que promueve el empoderamiento de las personas mayores y una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad. Esto implica que las personas mayores son sujetos de derecho, no solamente beneficiarios, y que, por lo 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.

Esta investigación tiene por objeto analizar el marco internacional del derecho a la salud de las personas mayores, y muy específicamente la protección que se le da en la reciente *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*,⁵ así como explorar los marcos normativos nacionales de una muestra de ocho países de la subregión de América Central y el Caribe.

El número de personas mayores crece en todos los países del mundo. Si bien los países más desarrollados han sido los primeros en envejecer, el mundo en desarrollo envejece a pasos agigantados. La subregión de América Central y el Caribe también se encuentra inmersa en este proceso. Es notable que Cuba está mucho más envejecido que los demás países y, en segundo lugar, Costa Rica, si bien se espera que en los próximos 31 años se duplique o incluso triplique la proporción de personas mayores sobre el total de la población en los ocho países estudiados.⁶

En cuanto a los sistemas de salud, la subregión se caracteriza por contar con sistemas segmentados (salvo Panamá y Costa Rica, que cuentan con sistemas integrados) lo cual incide en la calidad de las prestaciones dado que la segmentación genera sistemas de diferente nivel frente a la integración, que como su nombre indica, produce sistemas únicos que proveen la misma calidad de servicios para toda la población. En cuanto a la cobertura, Costa Rica presenta 86.8%, seguido de Panamá, con 64.6%, República Dominicana 27.5%, Nicaragua 18.8%, Guatemala 16.6%, El Salvador 15.8% y Honduras 8.2%. Cuba tiene un sistema de salud universalista, pero no se dispone de datos de cobertura.⁷

⁵ Organización de Estados Americanos, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, 2015.

⁶ CEPAL, *Observatorio Demográfico 2015. Proyecciones de población*, Santiago de Chile, CEPAL, 2016.

⁷ Carmelo Mesa-Lago, *Efectos de la crisis global sobre la seguridad social de salud y pensiones en América Latina y el Caribe y recomendaciones de políticas*, Santiago de Chile, CEPAL, 2009.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

En el ámbito universal y regional existen (ámbito europeo, africano y latinoamericano) numerosas fuentes normativas de distinta categoría jurídica, diverso alcance y disímil contenido, en torno a los derechos de las personas mayores. En este abanico se encuentran ciertas alusiones al derecho a la salud de las personas mayores, si bien es la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*⁸ el instrumento que, como se verá, plantea de manera más explícita y concreta el derecho a la salud de las personas mayores.

1. Instrumentos universales

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH-NU) en su resolución⁹ 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 de la protección de los derechos de las personas mayores, es en esta resolución de 2012 en la que se encuentra, por primera vez, el derecho a la salud.

⁸ OEA, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, 2015.

⁹ Resolución 21 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2012 (A/CDH/21/L15).

2. Instrumentos regionales

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 de 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.

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

Ámbito africano

El *Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas Mayores en África* fue firmado en Addis Ababa, Etiopía, el 31 de enero de 2016. El hecho de que necesite la ratificación de 15 países para su entrada en vigor previsiblemente ralentizará el proceso.

En su articulado existe un precepto específico para la protección del derecho a la salud. El artículo 15 está dedicado al acceso a los servicios de salud de las personas mayores dentro de los recursos disponibles, así como incluir la geriatría y gerontología en la preparación de los profesionales de la salud.

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,¹⁰ pero no a la salud en la vejez.

En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (suscrita en 1969 aunque 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 específica de las PMS 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

¹⁰ “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”.

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”.¹¹ 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. 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.¹² 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 consecuencias sanitarias (entre otras) derivadas del ritmo de envejecimiento demográfico (inciso 2); los efectos del VIH/SIDA en las personas de edad (inciso 5); el acceso equitativo a los servicios de salud integrales, oportunos y de calidad (inciso 12); y que se brinden cuidados paliativos¹³ a las personas de edad que padecen enfermedades en fase terminal y se preste apoyo a sus familiares (inciso 15).

¹¹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *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, CEPAL, 2007, p. 10.

¹² Sandra Huenchuan, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”, en Sandra Huenchuan [ed.], *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, México, CEPAL-Celade, 2012, pp. 40-41.

¹³ 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.

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 las personas mayores en el debate y crear la necesidad de la elaboración de un instrumento regional, que se cristalizó en la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*.

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.

Firmada en el seno de la Organización de Estados Americanos por Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay el 15 de junio de 2015, la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* 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 han adherido El Salvador (18 de abril de 2018) y Ecuador (12 de febrero de 2019). Por su parte Argentina¹⁴ (30 de junio de 2017) y Chile¹⁵ (11 de julio de

¹⁴ Argentina formuló las siguientes reservas: la declaración interpretativa al artículo 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 artículo 23: “El gobierno argentino establece que no quedarán sujetas 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 éstos entiendan por ‘indemnización justa’”.

¹⁵ 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

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 dicha Convención. Esto es, son dos los países centroamericanos, Costa Rica y El Salvador, que ya la han ratificado.

Este instrumento coloca a la Organización de 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.¹⁶ Es preciso destacar importantes aportaciones tanto en el enfoque, como en los contenidos¹⁷ del instrumento.

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 énfasis 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 artículos: el 5 y el 18, inciso segundo, ambos en relación con el Artículo 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.

¹⁶ Wendy Acevedo, “El Grupo de Trabajo sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Organización de los Estados Americanos”, en Sandra Huenchuan y R. I. Rodríguez, *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, México, Naciones Unidas, 2014, pp. 48-49.

¹⁷ Para una revisión completa de los contenidos de la Convención *Cf.* Aída Díaz-Tendero, “Dimensiones civil, política y social de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Luis René Guerrero [coords.], *Derechos del pueblo mexicano: México a*

III. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Son varios los derechos involucrados y relacionados con el efectivo ejercicio y goce del derecho a la salud por parte de las personas mayores, recogidos en este instrumento: discriminación por razón de edad¹⁸ (artículo 5), derecho a la vida y a la dignidad en la vejez¹⁹ (artículo 6), derecho a la independencia y autonomía²⁰ (artículo 7), derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes²¹ (artículo 10), derecho a brindar con-

través de sus Constituciones, t. V, *Transversalidad constitucional con prospectiva convencional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Miguel Ángel Porrúa, 2016, pp. 187-202.

¹⁸ Es el primer artículo de la *Convención* relativo a los derechos de las personas mayores propiamente. El reconocimiento en este artículo de una ampliación de los criterios de discriminación es muy relevante, dado que en la discriminación por edad en la vejez se incluyen género, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, 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.

¹⁹ Tiene como principal especificidad que se garantice el acceso a los cuidados integrales —incluidos los cuidados paliativos— 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.

²⁰ 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”.

²¹ En su contenido refuerza 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

sentimiento libre e informado en el ámbito de la salud²² (artículo 11), derecho a la libertad de expresión y de opinión, y al acceso a la información²³ (artículo 14), derecho a la privacidad y a la intimidad²⁴ (artículo 16), derecho a la seguridad social²⁵ (artículo 17), y derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado de largo plazo²⁶ (artículo 12).

el abuso financiero o patrimonial, la expulsión de su comunidad, el maltrato el abandono o negligencia dentro y fuera del ámbito familiar.

²² Según el derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud, la información que se brinde 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 instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos.

²³ El derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información consiste en la igualdad de condiciones en el ejercicio de este derecho por parte de la persona mayor.

²⁴ El derecho a la privacidad y a la intimidad 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.

²⁵ El *derecho a la seguridad social* consiste en que toda persona mayor reciba del Estado un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social, esto es, mediante sistemas contributivos y no contributivos.

²⁶ Se introduce que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar 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

Todos estos derechos afectan más o menos directamente al derecho a la salud, si bien en esta investigación el análisis se centrará, *stricto sensu*, en los artículos denominados “derecho a la salud” tanto en la *Convención*, como en las legislaciones nacionales de los ocho países centroamericanos y caribeños estudiados.

El derecho a la salud propiamente (artículo 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,²⁷ paradigma que ha tenido diversas denominaciones a lo largo de la historia de la Gerontología pero que 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, la propuesta de lograr la disponibilidad y accesibilidad a los medicamentos

la persona mayor a la información, privacidad e intimidad en los actos de higiene. El citado artículo advierte de la mayor vulnerabilidad de la mujer mayor.

²⁷ 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 (artículo 2 de la *Convención*).

reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, “incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos” (inciso *m*).

Otros aspectos relevantes son: en primer lugar, que el encabezado del artículo reza: “la 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”.

IV. NORMATIVIDADES NACIONALES EN CENTROAMÉRICA Y EL CARIBE

Costa Rica cuenta con la *Ley Integral Para la Persona Adulta Mayor* (1999) que establece como deber del Estado, garantizar condiciones óptimas de salud para este grupo etario (artículo 12). Se contemplan, de igual manera, deberes estatales de manera más específica como la creación de servicios de geriatría y la atención integral de la salud y el fomento de estilos de vida saludables (artículo 17). Se determinan acciones correspondientes al Ministerio de Salud que de manera general se dirigen a coordinar y garantizar que existan programas de salud dirigidos a las personas mayores (artículo 18). Asimismo, se fijan programas de especialización, procurando su desarrollo e impulsando los programas de geriatría y gerontología para brindar una atención integral a la persona mayor (artículo 20).

Si bien no es el objetivo de esta investigación identificar la normatividad en el área de cuidados paliativos, es muy significativo

que en este país centroamericano exista desde 2007 una *Norma para la habilitación de establecimientos que brindan atención en cuidados paliativos modalidad ambulatoria y domiciliar*, que demuestra que Costa Rica se encuentra a la vanguardia en la subregión y también en América Latina.

Dicha norma contempla la presencia de personal de salud capacitado y especializado para brindar atención a la persona mayor que se encuentre dentro de los establecimientos dedicados a brindar atención integral.

El marco legislativo cubano protege el derecho a la salud de las personas mayores en el decreto 139 del *Reglamento de la Ley de la Salud Pública* (1988) según el cual la persona mayor recibirá atención por parte del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la rehabilitación, promoción, prevención y curación de sus enfermedades o dolencias médicas (artículo 52).

El marco normativo guatemalteco contempla este derecho en dos de sus ordenamientos jurídicos internos, por un lado en la *Constitución de la República de Guatemala* (1985) que en primer lugar, establece que el Estado será el encargado de brindar protección a la salud de las personas mayores (artículo 51), y en segundo lugar, establece que el Estado es el encargado de velar por la salud y asistencia social de todos los habitantes (artículo 94).

Adicionalmente, la *Ley de Protección Para las Personas de la Tercera Edad* (1999) establece que uno de los derechos fundamentales de las personas mayores es el derecho a tener buena salud, por lo que se les deberá asistir de manera gratuita en todo lo que a su salud corresponda (artículo 13). Asimismo, el Ministerio de Salud deberá desarrollar acciones encaminadas a proteger a las personas mayores tanto en su salud física como en su salud emocional (artículo 15).

En el caso hondureño la *Ley Integral de Protección al Adulto Mayor y Jubilados* (2006) establece en diversos artículos la protección al derecho a la salud: en primer lugar, la persona mayor tiene derecho a

tener acceso a los servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación así como a recibir atención médica humanizada (artículo 6); por otra parte, se determina que la Secretaría de Estado en los Despachos de Salud Pública tiene la obligación de brindar los servicios especializados a las personas mayores en el ámbito de la salud (artículo 15); asimismo, a la persona mayor se le deberá prestar atención médica hospitalaria (artículo 17) y se estipula que los suministros médicos necesarios podrán ser importados libres de todo impuesto (artículo 60).

La legislación nicaragüense fija en la *Ley 720 o Ley del Adulto Mayor* (2010) que la persona mayor tiene derecho a recibir atención médica de calidad (artículo 6), así como descuentos y, en su caso, la gratuidad en dichos servicios (artículo 7); asimismo, en la misma ley se fija que el Estado tiene las siguientes responsabilidades: proporcionar atención en el sector salud a la persona mayor, implementar los servicios necesarios y contar con el personal capacitado para prestar dichos servicios (artículo 10).

En el caso panameño este derecho se encuentra protegido en la *Constitución Política de la República de Panamá* (1972 y reformas de 1978, 1983, 1993, 1994, 2004) que determina que el Estado protegerá la salud física, mental y moral, extendiendo la concepción de la salud. Se hace referencia específicamente a las personas mayores, que junto con los menores serán quienes gocen de la protección de este derecho por parte del Estado (artículo 56). Por otra parte, fija que el Estado es el encargado de velar por la salud de la población en general, que incluye los derechos a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla (artículo 109).

El marco legislativo de la República Dominicana que protege el derecho a la salud de las personas mayores consiste en la *Constitución de la República Dominicana* (1994) que determina que toda persona tiene derecho a la salud integral otorgándole al Estado la responsabilidad de garantizar su cumplimiento y velar por su

correcta aplicación (artículo 61), y en la *Ley de Protección a los Envejecientes* (1998), que establece que la persona mayor que padezca alguna enfermedad grave tendrá derecho a una protección especial (artículo 4), y fija que las personas mayores que tengan algún problema de adicciones o de dependencia también tendrán derecho a recibir un tratamiento (artículo 11); por su parte la *Ley General de Salud* (2001) dispone que es deber del Estado velar por que a las personas mayores se les brinde la atención necesaria para la protección de su salud y la prevención de las enfermedades (artículo 31).

En El Salvador este derecho está protegido por la *Constitución de la República de El Salvador* (1983 y reformada en 1992), la *Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor* (2002) y el *Código de Familia* (1860 y reformado en 1998).

La *Constitución* fija que la salud es un derecho público y que el Estado es el encargado de supervisar su cumplimiento (artículo 65). La *Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor* reconoce los derechos fundamentales de las personas mayores dentro de los cuales se encuentra el derecho a recibir asistencia médica cuando así se requiera (artículo 5) y finalmente el *Código de Familia*, en el reconoce también los derechos de las personas mayores y dentro de esos derechos se encuentra el de recibir asistencia médica, geriátrica y gerontológica (artículo 394).

V. CONCLUSIONES

Se aprecia en general una gran distancia entre los marcos normativos nacionales y la cobertura real de los sistemas de salud en los países de la subregión.

Desde el punto de vista normativo, si bien se constata que todos los países de la muestra han avanzado en la protección del derecho a la salud de las personas mayores, la revisión de los preceptos de la

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores relativos a la salud da cuenta de la profundización y adecuación a la realidad de la persona mayor presentes en la concepción del derecho a la salud contenido en dicha *Convención*. En este sentido, puede mencionarse que entre los múltiples aciertos de ese instrumento 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.

Se espera la ratificación o adhesión por parte de todos los Estados de la subregión (ya lo han hecho Costa Rica y El Salvador) así como de la región de América Latina de este instrumento que establece y protege el derecho a la salud y el amplio abanico conformado por los derechos humanos de las personas mayores.

Los marcos normativos nacionales que se revisaron en esta investigación ofrecen amplias posibilidades para complementarse con los contenidos de dicho instrumento interamericano en diferentes sentidos: por una parte, para guiar a los impartidores de justicia de todos los niveles en la protección de los derechos y sanción cuando ocurra una violación de los mismos; por otra parte, para orientar a los tomadores de decisiones en relación al diseño, alcance, implementación y evaluación de las políticas públicas; y por último, para ilustrar a los colectivos que trabajan con las personas mayores, pero también a las familias, a las comunidades, y a las mismas personas mayores, sobre el amplio abanico de derechos humanos que tienen las personas mayores.

Finalmente, los derechos de las personas mayores son por su naturaleza “derechos de todos, derechos universales”. Si entendemos la perspectiva de curso de vida, la etapa de la vejez es el periodo en el que se recogen, en sentido positivo y negativo, las ventajas o en su caso desventajas²⁸ que se han sumado a lo largo de la vida

²⁸ Existe, a propósito de esta afirmación, una teoría gerontológica denominada “teoría de la desventaja acumulativa” cuya premisa es que la desigualdad no

de cada ciudadano, de todos los ciudadanos. Los derechos de las personas mayores no son derechos de grupo, ni generacionales, ni segmentarios, y deben recibir el tratamiento de derechos universales. La lucha por el reconocimiento de los derechos humanos de las personas mayores, su positivización en políticas públicas, y la tutela efectiva de su cumplimiento en los tribunales competentes es, en verdad, la lucha por el reconocimiento de los derechos humanos de todos los ciudadanos.

VI. EPÍLOGO: EL CASO POBLETE-VILCHES
O LA PRIMERA PIEDRA DEL SISTEMA
INTERAMERICANO PARA LA PROTECCIÓN
DEL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES

El caso Poblete²⁹ constituye un hito: es la primera vez que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia de manera directa sobre el derecho a la salud de las personas mayores. La Corte utiliza por primera vez el concepto de persona mayor, basándose en la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, y con ello sienta un importante precedente. Sin embargo, no puede apoyar su sentencia en este instrumento, debido a que fue ratificado por el Estado chileno el 11 de julio de 2017.

es un resultado estático, sino que es un proceso acumulativo que se desarrolla a lo largo del curso de la vida. Para abundar más sobre la misma, consúltese: Dale Dannefer, Cumulative Advantage/Disadvantage and the Life Course: Cross-Fertilizing Age and Social Science Theory, *The Journals of Gerontology: Series B*, vol. 58, núm. 6, 1 noviembre, 2003, pp. S327-S337.

²⁹ Sobre el caso Poblete-Vilches consúltese la obra: Mariela Morales y Laura Clericó [coords.], *Interamericanización del derecho a la salud. El caso Poblete de la Corte IDH bajo la lupa*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2019.

1. Hechos

El 17 de enero de 2001 el señor Vinicio Antonio Poblete Vilches, de setenta y seis años, ingresó al hospital público Sótero del Río a causa de una insuficiencia respiratoria grave. Estuvo cuatro días hospitalizado en la unidad médica de cuidados intensivos. Después ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos Quirúrgica donde se le practicó una intervención quirúrgica, cuando el paciente se encontraba inconsciente, sin haber obtenido el consentimiento de sus familiares. El 2 de febrero fue dado de alta de manera temprana, sin mayores indicaciones y sus familiares tuvieron que contratar una ambulancia privada para trasladarlo a su domicilio, ya que el hospital no contaba con ambulancias disponibles.

Tres días después ingresa el señor Poblete al mismo hospital público, donde permanece en la unidad de cuidados intermedia, no obstante que la ficha médica disponía su internación en la sala de cuidados intensivos. Asimismo, requería de un respirador, que no le fue proporcionado. El señor Poblete-Vilches falleció dos días después, el 7 de febrero de 2001.

Los familiares presentan una primera querrela criminal en 2001 y una segunda en 2005. El 11 de diciembre de 2006 el Juzgado Primero Civil ordenó el sobreseimiento de la causa; se desarchiva en 2007. Nuevamente, el 30 de junio de 2008 sobreseimiento y el 5 de agosto se desarchiva. Llega a la Corte en 2018.

2. Fondo

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 multiplicidad 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.

La Corte establece que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también de un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. La obligación general se traduce en el deber de los Estados de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, asegurando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

En relación con este derecho, la Corte determinó diversas omisiones, basándose en un amplio abanico de instrumentos internacionales³⁰ además del artículo 17 del *Protocolo de San Salvador*. En el segundo ingreso, existió urgencia de las prestaciones de salud requeridas, que el sistema de salud pública no proveyó. El Estado chileno no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete cumplieran con los estándares referidos, por lo que incumplió el deber de otorgamiento de medidas básicas, es decir, de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia (artículo 26 de la *Convención*

³⁰ El artículo 17 del Protocolo de San Salvador contempla el derecho a la salud de las personas mayores; el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas de Edad en África, y la Carta Social Europea; los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad, el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento, la Proclamación sobre el Envejecimiento, la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, así como otros de carácter regional como la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe, la Declaración de Brasilia, el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la Salud de las Personas Mayores, incluido el Envejecimiento Activo y Saludable, la Declaración de Compromiso de Puerto España, la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe.

Americana de Derechos Humanos o *Pacto de San José*). La edad resultó ser una limitante para que recibiera la atención médica requerida, esto es, se violó la obligación de respetar los derechos y libertades sin discriminación (artículo 1.1).

Se señala en el fondo del caso que las personas mayores tienen derecho a una protección reforzada del derecho a la salud y, por ende, exigen la adopción de medidas diferenciadas. La Observación General Núm. 6 del Comité de DESC de la ONU resalta el deber de los Estados partes del Pacto (PIDESC) de tener presente que mantener medidas de “prevención, mediante controles periódicos, adaptados a las necesidades de las mujeres y de los hombres de edad, cumple un papel decisivo; y también la rehabilitación, conservando la funcionalidad de las personas mayores”. En la Observación General núm. 14 del Comité DESC se detallan las cuestiones sustantivas que se derivan de la aplicación del derecho a la salud incluida “la prevención, la curación y la rehabilitación destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad. La Corte nota que, en muchas situaciones, se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud, como limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación.

3. Sentencia

El Estado chileno fue declarado, por unanimidad, responsable por no garantizar al señor Poblete Vilches su derecho a la salud sin discriminación, mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a su situación especial de vulnerabilidad como persona mayor, lo cual derivó en su muerte (artículo 26: desarrollo progresivo de de-

rechos económicos, sociales y culturales; artículo 1.1: obligación de respetar los derechos y libertades sin discriminación; artículo 4: derecho a la vida), así como por los sufrimientos derivados de la desatención del paciente (artículo 5: derecho a la integridad personal). De la misma manera, la Corte declaró que el Estado vulneró el derecho a obtener el consentimiento informado por sustitución y el acceso a la información en materia de salud, en perjuicio del señor Poblete y de sus familiares (artículo 26: desarrollo progresivo de derechos económicos, sociales y culturales; artículo 13: libertad de pensamiento y de expresión que incluye el derecho a recibir información; artículo 7: derecho a la libertad y seguridad personales; artículo 11: protección de la honra y de la dignidad, éstos en relación con el artículo 1.1: obligación de respetar los derechos; así como el derecho al acceso a la justicia (artículo 8: garantías judiciales; y artículo 25: protección judicial) e integridad personal, en perjuicio de los familiares del señor Poblete (artículo 5: derecho a la integridad personal).

4. Medidas de reparación

Como medidas de satisfacción, Chile debe publicar la sentencia y realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidades. Como medidas de rehabilitación dicho Estado deberá brindar, a través de sus instituciones de salud, la atención médica psicológica a las víctimas. Como garantías de no repetición el Estado chileno deberá implementar programas permanentes de educación en derechos humanos, informar a la Corte sobre los avances que ha implementado en el hospital Sótero del Río, fortalecer el Instituto Nacional de Geriátrica y su incidencia en la red hospitalaria, diseñar una publicación o folleto que desarrolle los derechos de las personas mayores en materia de salud, y diseñar una política general de protección integral a las personas mayores. Como indemnización compensatoria se deberá pagar la cantidad fijada en

la sentencia por concepto de daño material e inmaterial así como un monto de reintegro de gastos y costas, y los gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas. Finalmente, la Corte supervisará el cumplimiento íntegro y lo dará por concluido una vez que se haya dado cabal cumplimiento.

5. *Envergadura y proyección del caso*

Es preciso tener presente que la Corte está protegiendo derechos sociales basándose en una interpretación del artículo 26 de la Convención Americana, dado que el Pacto de San Salvador, si bien es el instrumento idóneo para la protección de los derechos humanos económicos sociales, culturales y ambientales, sólo protege el derecho a la educación y los derechos sindicales.

La Corte, en los casos más recientes, se ha valido de esta interpretación jurídica para ejercer una protección efectiva y sentar un irrevocable precedente en la materia.

El caso Poblete-Vilches es, además del más reciente, el caso paradigmático e insignia en la historia de la protección del derecho a la salud de las personas mayores, dado que establece estándares y conceptos que constituyen la primera piedra en su justiciabilidad.

VII. 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 Sandra Huenchuan y Luis Rodríguez-Piñero, *Autonomía y dignidad en la vejez: teoría y práctica en políticas de derechos de las personas mayores*, México, Naciones Unidas, 2014, pp. 48-49.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Población, Envejecimiento y Desarrollo*, Trigésimo Periodo de Sesiones de la CEPAL, San Juan, 20 de junio al 2 de julio, 2004.

_____, *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, CEPAL, 2007, p. 10.

_____, *Observatorio Demográfico 2015. Proyecciones de población*, Santiago de Chile, CEPAL, 2016.

Dannefer, Dale, “Cumulative Advantage/Disadvantage and the Life Course: Cross-Fertilizing Age and Social Science Theory”, *The Journals of Gerontology: Series B*, vol. 58, núm. 6, 1 noviembre, 2003, pp. S327-S337.

Díaz-Tendero, Aída, “Dimensiones civil, política y social de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores” en, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Luis R. Guerrero [coords.], *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus Constituciones*, t. V, *Transversalidad constitucional con perspectiva convencional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas / Miguel Ángel Porrúa, 2016, pp. 187-202.

_____, “Estudios de población y enfoques de gerontología social en México”, *Papeles de Población*, vol. 17, 2011, pp. 49-65.

Huenchuan, Sandra, “Igualdad y universalidad de los derechos humanos en contexto de envejecimiento”, en Sandra Huenchuan [ed.], *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI: situación, experiencias y desafíos*, México, CEPAL-Celade, 2012, pp. 40-41.

Mesa-Lago, Carmelo, *Efectos de la crisis global sobre la seguridad social de salud y pensiones en América Latina y el Caribe y recomendaciones de políticas*, Santiago de Chile, CEPAL, 2009.

Morales, Mariela y Laura Clericó [coords.], *Interamericanización del derecho a la salud. El caso Pobleto de la Corte IDH bajo la lupa*, Queréta-

ro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro, 2019.

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

Instrumentos

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981.

Carta de San José sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, 2012.

Carta Social Europea, 1961.

Código de Familia, El Salvador, 1860; reformado en 1998.

Constitución de la República de Guatemala, 1985.

Constitución de la República Dominicana, 1994.

Constitución Política de la República de Panamá, 1972 y reformas de 1978, 1983, 1993, 1994, 2004.

Constitución de la República de El Salvador, 1983 y reformada en 1992.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969 entra en vigor en 1978).

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, OEA, 2015.

Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 1948.

Declaración de Brasilia, 2007.

Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, 2003.

Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor, El Salvador, 2002.

Ley 720 o Ley del Adulto Mayor, Nicaragua, 2010.

Ley General de Salud, República Dominicana, 2001.

Ley Integral Para la Persona Adulta Mayor Costa Rica, 1999.

Ley Integral de Protección al Adulto Mayor y Jubilados, Honduras, 2006.

Ley de Protección Para las Personas de la Tercera Edad, Guatemala, 1999.

Norma para la habilitación de establecimientos que brindan atención en cuidados paliativos modalidad ambulatoria y domiciliar, Costa Rica 2007.

Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Personas Mayores en África, 2016.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, 1988.

Reglamento de la Ley de la Salud Pública Cuba, 1988.

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