



Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos/ Instituto de Políticas Públicas em
Direitos Humanos – IPPDH -

El principio de igualdad y no
discriminación en la protección de los
derechos de las personas adultas
mayores.

Aportes para la discusión de una
Convención Internacional

IPPDH

Sarmiento 552, Piso 16 • C1041AAL

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

República Argentina

ippdh@mercosur.org.uy

PREFACIO.....	I
RESUMEN EJECUTIVO.....	II
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD. LA IGUALDAD ANTE LA LEY.....	3
III. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL Y OBLIGACIONES POSITIVAS.	7
III.a. Deber de producir información.....	11
III.b. Deber de adoptar medidas de protección especial	13
III.b.1 El derecho a la seguridad social contributiva.....	15
III.b.2. El derecho a la seguridad social no contributiva.....	18
III.b.3. Deber de cuidado	20
III.c. Enfoque diferencial en políticas de alcance general	22
III.d. Análisis del impacto discriminatorio	23
III.e. Derechos de participación.....	25
IV. DEBER DE PROTECCION BASADO EN EL PRINCIPIO DE DEBIDA DILIGENCIA.....	27
IV.a. La obligación de prevenir: el deber de producir información y generar diagnósticos de riesgo.....	29
IV.b. La responsabilidad del Estado por actos de particulares.....	30
IV.c. La obligación de garantizar medidas cautelares idóneas y la obligación de adoptar medidas de reparación	32
IV.d. El deber de diligencia frente a la institucionalización de personas adultas mayores	34
V. REFLEXIONES FINALES	35
REFERENCIAS.....	38



IPPDH



Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos / Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos

PREFACIO

Documento elaborado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) como base para la presentación del Secretario Ejecutivo, Dr. Víctor Abramovich, en la Segunda Sesión del Grupo de Trabajo Abierto de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, Nueva York, 1 al 4 de agosto de 2011. Participaron de la elaboración de este documento Constanza Argentieri y Laura Saldivia, investigadoras del IPPDH.

RESUMEN EJECUTIVO

El Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (en adelante, IPPDH) es un organismo del MERCOSUR que fue creado como una instancia de cooperación técnica, investigación y coordinación de las políticas públicas en derechos humanos de los países que integran el bloque regional. Tiene como contrapartes nacionales a las Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías de los Estados Miembros y Asociados del MERCOSUR, quienes se reúnen semestralmente en un espacio especializado conocido como la RAADDHH (siglas correspondientes a la reunión de estas altas autoridades gubernamentales), en donde funciona una Comisión Permanente que aborda de manera específica la promoción de los derechos de las personas adultas mayores.

La temática relativa a los derechos del grupo de personas adultas mayores y la promoción de la elaboración de una convención internacional es de relevancia significativa para los Estados del MERCOSUR.

En este sentido, el presente documento intenta ser un aporte para la discusión de un instrumento internacional, centrándose en tres ejes fundamentales relativos al reconocimiento explícito del principio de no discriminación por edad: la noción de igualdad formal ante la ley y la inclusión de la edad como categoría sospechosa con el objetivo de evitar diferencias de trato negativas; el concepto de igualdad estructural o material y su consecuencia en las obligaciones positivas del Estado, en especial en el ámbito de las políticas y servicios sociales; y, por último, la obligación de protección del Estado fundada en el principio de debida diligencia frente a diversas formas de violencia que afectan a las personas adultas mayores.

El primero de los ejes desarrolla el concepto de igualdad formal y de categoría sospechosa, entendiendo que el reconocimiento explícito del principio de no discriminación por edad es un tema esencial para el abordaje de esta temática desde una perspectiva de derechos humanos.

De esta manera, se señala que si bien pueden admitirse casos de diferencia de trato razonable y objetivo en función de la edad, por ejemplo la fijación de edades mínimas o máximas para realizar determinadas actividades laborales, el acceso a cargos públicos,

así como la adopción de medidas de protección especial basadas en la edad, existen supuestos en los que la edad funciona como la base de un trato discriminatorio. Es así que es necesario identificar adecuadamente esos supuestos en un instrumento internacional, ya que el uso de la edad como factor de diferencia de trato negativo se produce en situaciones en las que es utilizado en las normas y políticas estatales como límite máximo para acceder a beneficios, realizar actividades o ejercer derechos. En este contexto resulta importante conceptualizar la categoría edad como sospechosa de discriminación a fin de obligar a un escrutinio estricto de la razonabilidad de la medida. Por estos motivos, el uso de la edad como factor de diferencia de trato negativa debe ser incluido en los debates en el proceso de elaboración de la Convención.

Por otra parte, el segundo eje de este documento aborda una de las situaciones más complejas al hablar de igualdad que es la que se refiere al análisis de las discriminaciones que requieren de un estudio de las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas, es decir, de las condiciones estructurales que definen la vida de un colectivo o grupo social. En el desarrollo de este punto se señalan las distintas obligaciones estatales derivadas de esta noción de igualdad sustantiva.

Así, una de las principales derivaciones de este concepto es el deber del Estado de producir información que logre identificar aquellos sectores desaventajados o postergados en el ejercicio de derechos que requieran de una atención especial y prioritaria.

Otro de los deberes del Estado es el de adoptar medidas de acción afirmativas que tengan por objeto la protección especial de los derechos de determinados grupos que se encuentran en una situación de desventaja.

Un tema directamente vinculado con esta obligación de los Estados de adoptar medidas de acción afirmativa con relación al grupo de personas adultas mayores, y en particular a aquellas que reúnen otras características que agravan su exposición a acciones y prácticas discriminatorias, es el desarrollo de sistemas de seguridad social en sentido amplio, es decir, sistemas de seguridad social contributivos y no contributivos.

Otro de los temas abordados en este punto es el derecho al cuidado, que cobra una especial importancia en el caso de las personas adultas mayores, ya que genera en el

Estado la obligación de diseñar e implementar políticas públicas tendientes a erradicar cualquier tipo de discriminación o violencia, fundadas en un enfoque de derechos humanos que busque desterrar cualquier sesgo de asistencialismo.

Asimismo, más allá de la obligación de los Estados de adoptar medidas que estén dirigidas a la protección de los derechos de determinado grupo que ha sido identificado como víctima de una situación de violencia o discriminación, el análisis de las obligaciones estatales en términos de desigualdad estructural también debe comprender la inclusión de un enfoque diferenciado que tenga en cuenta las particularidades del grupo en los servicios sociales generales.

Igualmente, el principio de igualdad y no discriminación en su acepción más robusta, entendido como una herramienta jurídica de demanda concreta al Estado de adopción de medidas afirmativas, precisa que el significado social y la legalidad de una práctica o norma en apariencia neutral sean consideradas en términos de su impacto respecto del grupo.

Por último, dentro del concepto de igualdad estructural debe contemplarse la garantía del derecho a la participación, entendido como la posibilidad real de las personas de incidir en los procesos políticos, en la orientación y fiscalización de las decisiones del gobierno. El ejercicio de este derecho tiene un impacto enorme en materia de no discriminación de grupos en situación de vulnerabilidad, porque genera condiciones de autonomía e igualdad en cuanto a la participación ciudadana, lo que debería ser previsto al regular los derechos de las personas adultas mayores en una convención internacional.

El tercer eje del documento hace referencia a otra de las consecuencias que tiene esta noción robusta de igualdad sobre el rol de los Estados en cuanto a su deber de protección de derechos, en particular el derecho a la vida y a la integridad física y a contar con resguardos ante situaciones de violencia aún cuando estas acciones o prácticas violentas provengan de actores no estatales.

La obligación del Estado de protección, que incluye el deber de prevenir riesgos previsible de violencia, debe guiarse o fundarse en el principio de debida diligencia que demanda un comportamiento particular de las autoridades públicas.

El principio de debida diligencia supone las siguientes obligaciones por parte del Estado: generar diagnósticos de riesgo de posibles situaciones de violencia con el objetivo de desarrollar políticas de prevención, regular los actos de particulares (deber del Estado de proteger el cumplimiento de los derechos), garantizar la existencia de recursos judiciales accesibles e idóneos, y adoptar medidas de reparación integrales de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Los organismos internacionales de protección de derechos humanos han señalado al grupo de personas adultas mayores como un grupo víctima de patrones estructurales de violencia y, de manera particular, han identificado a las mujeres de edad como un grupo vulnerable a situaciones de múltiple discriminación. En este marco, la situación de institucionalización de las personas adultas mayores es un tema de especial preocupación.

Por este motivo, resulta relevante que en el proceso de discusión de un instrumento internacional sobre personas adultas mayores se otorgue un adecuado tratamiento a la cuestión del deber de protección basado en el principio de debida diligencia ante formas usuales de violencia y abusos que afectan el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas de edad, contribuyendo a delimitar su alcance y clarificando su relación con las demás obligaciones estatales, de manera particular con el principio de igualdad y no discriminación.

En definitiva, una convención internacional que proteja los derechos de las personas de edad debe recoger este principio de igualdad y no discriminación con el objetivo de que los Estados asuman todas aquellas obligaciones tendientes a erradicar y prevenir las situaciones de discriminación estructural que padece el grupo de personas adultas mayores.

No se trata de principios jurídicos abstractos. Su adecuada definición normativa contribuye a orientar las políticas públicas, en especial los sistemas de protección social diseñados e implementados por los Estados para la protección de las personas adultas mayores. Además, brinda pautas claras para la adaptación y adecuación de los servicios y políticas sociales de alcance general a las necesidades de este grupo, y provee un



IPPDH



Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos / Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos

marco para la regulación y supervisión de los servicios prestados por particulares.

I. INTRODUCCIÓN

El Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (en adelante, IPPDH) es un organismo del MERCOSUR creado por el Consejo de Mercado Común del MERCOSUR a través de la Decisión N° 14/09 del 23 de julio de 2009 como una instancia de cooperación técnica, investigación y coordinación de las políticas públicas en derechos humanos de los países que integran el bloque regional. Tiene como contrapartes nacionales a las Altas Autoridades de Derechos Humanos y Cancillerías de los Estados Miembros y Asociados del MERCOSUR quienes se reúnen semestralmente en un espacio especializado conocido como la RAADDHH en el cual se coordinan actividades e iniciativas a nivel regional.

En el ámbito específico de la RAADDHH funciona una Comisión Permanente de Adultos Mayores¹. Esta Comisión encomendó al IPPDH la realización de un estudio sobre la situación general de la protección de los derechos de las personas adultas mayores en la región, en miras a la promoción de una convención internacional de la ONU².

En este sentido, el IPPDH presentó en la XIX RAADDHH en el mes de abril de 2011 en Asunción, Paraguay, un estudio preliminar basado en la información disponible sobre los compromisos de índole normativa referidos a la protección de los derechos de las personas adultas mayores en los países miembros del MERCOSUR, la institucionalidad pública creada para abordar la temática y una sistematización de los diagnósticos de situación realizados por los propios Estados en los informes presentados ante los organismos internacionales de protección de derechos humanos³.

¹ La Comisión fue establecida en la XVIII RAADDHH, en la ciudad de Brasilia en el año 2010. Previo a adquirir rango de Comisión Permanente existía en el ámbito de la RAADDHH el Grupo de Trabajo de Adultos Mayores creado en la Ciudad de Asunción, Paraguay, en el año 2009.

² MERCOSUR/RAADH/ACTA N° 02/10.

³ En la XIX RAADDHH, la Comisión Permanente de Adultos Mayores manifestó la importancia de esta II Sesión del Grupo de Trabajo de Adultos Mayores de Naciones Unidas que se llevó a cabo entre los días 1 al 5 de agosto de 2011, y solicitó a la RAADDHH que promueva la participación activa de miembros de esta comisión en la misma. De esta manera, la RAADDHH también consideró de suma importancia la celebración

La temática relativa a los derechos de las personas adultas mayores y la promoción de la elaboración de una convención internacional es de relevancia significativa para los Estados del MERCOSUR.

El impulso de un instrumento internacional es importante en el contexto de una transformación demográfica de grandes dimensiones en los países americanos y en otras partes del mundo⁴. El envejecimiento de la población tiene repercusiones en el campo de los derechos humanos y en las políticas públicas dirigidas a su protección.

Si bien se ha avanzado considerablemente en el reconocimiento de ciertos derechos por los órganos de aplicación de tratados, la multiplicidad de fuentes normativas en esta materia, con distintas categorías jurídicas y alcances, exige, precisar el contenido de los derechos de las personas de edad y de las correlativas obligaciones de los Estados de respeto, protección y garantía, algo en lo que indudablemente podría contribuir un instrumento particular.

Asimismo, teniendo en cuenta la importancia del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos resulta fundamental el impulso de un mecanismo de supervisión que pueda de manera específica y especializada promover la efectiva protección de los derechos de los adultos mayores al interior de cada uno de los Estados.

Como ha señalado la Comisión Económica para América Latina (en adelante, CEPAL), una convención sobre los derechos de las personas mayores debería reafirmar el principio fundamental de igualdad y no discriminación por motivos de edad, como se

de esta II Sesión del GT de la ONU y exhortó a los Estados a participar activamente en esta instancia. Cf. MERCOSUR/RAADDHH/ACTA N° 01/11.

⁴ La población mundial está envejeciendo a un ritmo constante y significativo. El número total de personas de 60 años o más era de 700 millones en 2009 y se proyecta que alcanzará los 2.000 millones en 2050 (United Nations, 2009). En América Latina y el Caribe, como resultado de la transición demográfica, la población está envejeciendo gradualmente, pero de forma inexorable. En las próximas décadas se observará un aumento constante, tanto de la proporción como del número absoluto de personas de 60 años o más. En términos absolutos, la cantidad de personas de este grupo etario crecerá 57 millones entre 2000 y 2025 (43 y 100 millones, respectivamente), y 83 millones entre 2025 y 2050. Este grupo de población está incrementándose más rápidamente que otros más jóvenes; su tasa de crecimiento promedio anual entre 2000 y 2025 será del 3,4%, de hecho, el porcentaje de cambio de este grupo de edad será entre tres y cinco veces más elevado que en la población total en los períodos 2000-2025 y 2025-2050. Como resultado de ello, la proporción de personas de 60 años o más en la población total se triplicará entre 2000 y 2050 (8,2% y 24%, respectivamente). CEPAL (2009).

reconoce explícitamente en las normas internacionales y los órganos de derechos humanos (CEPAL, 2010: 57).

En este sentido, el documento se centrará en tres ejes fundamentales relativos al reconocimiento explícito del principio de no discriminación por edad, que deberían estar presente en las discusiones referidas a la elaboración de un instrumento internacional: en primer lugar, la noción de igualdad formal ante la ley y la inclusión de la edad como categoría sospechosa con el objetivo de evitar diferencias de trato negativas; en segundo lugar, el concepto de igualdad estructural o material y su consecuencia en las obligaciones positivas del Estado, en especial en el ámbito de las políticas y servicios sociales; y, por último, la obligación de protección del Estado fundada en el principio de debida diligencia frente a diversas formas de violencia que afectan a las personas adultas mayores.

II. LA DISCRIMINACIÓN POR EDAD. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

El reconocimiento explícito del principio de no discriminación por edad es un tema esencial para el abordaje de esta temática desde una perspectiva de derechos humanos. La inclusión en las normas de la prohibición de discriminación por motivos de edad constituye un requisito de suma importancia para la protección del derecho a la igualdad ante la ley de las personas adultas mayores.

Al respecto, corresponde indicar que sólo dos tratados internacionales mencionan a la edad de manera específica como un motivo prohibido de discriminación: el artículo 7 de la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias que enumera al “sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”; y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que en varios artículos también menciona a la edad como una posible fuente de discriminación múltiple o agravada cuando es combinada con la discapacidad.

Aunque los otros tratados internacionales de derechos humanos no enumeran a la edad como una categoría prohibida, el listado que contienen no es taxativo sino meramente ilustrativo. Entre las categorías listadas la referida a “cualquier otra condición social” tiene una entidad abierta y flexible que ha permitido a los Comités considerarla en algunos casos como discriminación por edad (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009: párr. 15).

Tal es el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) el cual ha considerado que “la edad es un motivo prohibido de discriminación en diversos contextos”⁵.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “mientras la edad no se encuentra enumerada como uno de los motivos prohibidos de discriminación en la segunda parte del artículo 26 del Pacto, el Comité opina que una distinción relacionada con la edad que no esté fundada en criterios razonables y objetivos puede ser incluida en el concepto de discriminación por “otras condiciones sociales”, o considerarse un incumplimiento a la igualdad ante la ley prevista en la primera parte del artículo 26” (Comité de Derechos Humanos, 2001, 2003, 2006).

Estos tratados internacionales al establecer la prohibición general de discriminación, enumeran una serie de categorías que exigen una prohibición de trato peyorativo diferenciado. Estas categorías reúnen las siguientes características: 1) refieren a rasgos permanentes de las personas, de los cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; 2) identifican a un grupo social sujeto a procesos históricos o factores estructurales de discriminación, por ejemplo un colectivo o grupo social que ha estado históricamente sometido a patrones de valoración cultural que tienden a denostarlo; y, 3) no constituyen per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales⁶.

⁵ Cf. Comité DESC (2009: párr. 29) “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 de más edad como resultado de su lugar de residencia”.

⁶ Fundamentación de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/00.

De esta manera, se presupone que una diferencia de trato expresada en una ley –en sentido amplio- o en una política fundada en alguna de esas categorías tiene una carga negativa en el ejercicio de los derechos de las personas, y por eso es reconocida por distintos órganos internacionales de protección de los derechos humanos como una posible situación de discriminación.

Por esta razón, el análisis sobre la igualdad bajo este enfoque formalista llega a la evaluación de las medidas estatales en los siguientes términos: cuando el Estado realice distinciones basadas en los motivos prohibidos de discriminación que impliquen la restricción de un derecho o de un beneficio dicho trato será considerado sospechoso y merecedor de un escrutinio estricto, es decir, de un escrutinio más elevado que aquél que obtienen las normas o prácticas diferenciadoras dirigidas a las personas que no pertenecen a alguna de tales categorías. Este examen más riguroso exige, invirtiendo la carga de la prueba, que el Estado justifique que el objetivo perseguido por la norma u acto resulta sustancial para los intereses públicos y que la distinción realizada es absolutamente indispensable para tal fin, no existiendo otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación en cuestión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha sido categórica al señalar que “para determinar la validez de una norma basada en una categoría sospechosa debe mediar un fundado grado de razonabilidad o proporcionalidad en la aplicación del criterio de distinción para justificar la restricción al derecho fundamental [...] y que dichas distinciones no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana” (Corte IDH, 2003: párr. 91).

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha sido clara en este punto al afirmar que “se debe demostrar que dicha restricción está basada en un objetivo estatal imperioso o urgente, que es técnicamente adecuada para lograr ese fin y que éste no puede ser alcanzado por un medio alternativo menos lesivo. Cuando no se pueda acreditar fehacientemente que la restricción cumpla con todos esos requisitos, la misma será inválida porque se asiente exclusivamente en el prejuicio” (CIDH, 2007: párr. 83).

Teniendo en cuenta esta noción de igualdad formal y el concepto de categoría sospechosa es importante discutir en el proceso de elaboración de la convención, el uso de la edad como factor de diferencia de trato negativa. De esta manera, si bien pueden admitirse casos de diferencia de trato razonable y objetivo en función de la edad, por ejemplo la fijación de edades mínimas para realizar determinadas actividades laborales, el acceso a cargos públicos, así como la adopción de medidas de protección especial basadas en la edad, existen supuestos en los que la edad funciona como la base de un trato discriminatorio. Es así que es necesario identificar adecuadamente esos supuestos en un instrumento internacional, ya que el uso de la edad como factor de diferencia de trato negativo se produce en situaciones en las que es utilizado en las normas y políticas estatales como límite para acceder a beneficios, realizar actividades o ejercer derechos⁷. En estos supuestos resulta importante conceptualizar la categoría edad como sospechosa de discriminación a fin de obligar a un escrutinio estricto de la razonabilidad de la medida.

De acuerdo a lo expuesto, el reconocimiento expreso de la edad en estas especiales circunstancias como motivo prohibido de discriminación y su inclusión como categoría sospechosa tiene importantes consecuencias en el respeto del derecho a la igualdad ante la ley de las personas adultas mayores. La exigencia de un escrutinio riguroso para la evaluación de la legalidad de aquellas normas o actos que restrinjan el ejercicio de los derechos fundadas en la edad de las personas, es un paso esencial para la protección de los derechos de los adultos mayores.

En el próximo apartado se tomará en cuenta la evolución del concepto de igualdad formal al de igualdad material o estructural y las consecuencias que ello tiene en las obligaciones del Estado frente a los grupos que padecen situaciones de desigualdad estructural.

⁷ Al pronunciarse con relación a una norma que fijaba en 25 años la edad mínima para adoptar, la Corte Constitucional colombiana sentenció que la categoría 'edad' no siempre es sospechosa de discriminación. Diferenció aquellas leyes que establecen edades mínimas para realizar una labor o recibir un beneficio de las que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una actividad o beneficio. Para el primer caso, sostuvo un análisis de razonabilidad leve, en cambio, para el segundo supuesto, por tratarse de regulaciones problemáticas o semi-sospechosas, el escrutinio de revisión debe ser estricto. El motivo del diferente tratamiento dentro de la misma categoría 'edad' se justificó en que las evidencias sociológicas muestran que las prácticas discriminatorias contemporáneas tienden a recaer primariamente sobre aquellas personas que han superado un cierto umbral cronológico. Sentencia C-093/01, (2001).

III. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL Y OBLIGACIONES POSITIVAS

Una de las situaciones más complejas al hablar de igualdad es la que se refiere al análisis de las discriminaciones que requieren de un estudio de las condiciones históricas, sociales, políticas y económicas, es decir, de las condiciones estructurales que definen la vida de un colectivo o grupo social. Como lo ha señalado el Comité DESC “hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación” (Comité DESC, 2009: párr. 1).

Este tipo de discriminaciones ha recibido el nombre de discriminación estructural por algunos autores o sistémica por parte del Comité DESC, el cual la define de la siguiente manera “El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros” (Comité DESC, 2009: párr. 12).

Es importante en primer lugar señalar que, desde una mirada social, el grupo es más que una serie de individuos que se encuentran en un mismo lugar en un mismo momento. En líneas generales, estos grupos se caracterizan por conformar una entidad autónoma, cuya existencia excede la de los miembros particulares, siendo posible hacer referencia al mismo sin nombrar específicamente a ninguno de sus integrantes. El grupo tiene una identidad propia, desarrollada a partir de la identificación de los miembros con el mismo, generando así una relación de interdependencia.

La situación de desventaja en la que se encuentran las personas pertenecientes a estos grupos, víctimas de patrones estructurales de discriminación, se traduce fundamentalmente en la falta de acceso a los derechos y garantías universalmente reconocidos, lo que ha llevado a revisar el concepto de igualdad y no discriminación,

repensando el rol de los Estados como garantes de los derechos fundamentales. Bajo esta mirada, la igualdad se protege cuando la legislación y las políticas públicas toman en consideración las específicas circunstancias y características de aquellas personas que se encuentran en una posición de desventaja social, política, económica o legal.

Así, se exige del Estado un rol más activo para generar equilibrios sociales a través de la protección especial de estos grupos que padecen procesos estructurales de discriminación. Se evoluciona desde una noción formal de igualdad, que presupone un punto de partida igual para todos, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, hacia un concepto de igualdad material o estructural. Este último concepto parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren de la adopción de medidas especiales de equiparación a efectos de modificar la estructura social, razón por la cual busca neutralizar y superar obstáculos y restricciones naturales o sociales a fin de realizar o alcanzar una estructura social inclusiva.

Es así que la desigualdad y la exclusión se tradujeron en un lenguaje jurídico propio que ha logrado desde el derecho internacional de los derechos humanos llamar la atención de los Estados sobre la situación que padecen determinados grupos y así exigirles una especial protección que se expresa en distintos deberes estatales tendientes a igualar las posibilidades de acceso efectivo a los derechos fundamentales.

Con relación específica a la situación de desventaja en la que se encuentran las personas adultas mayores, un reconocimiento de ella se encuentra en el Informe de Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento presentado en el mes de julio de 2010 ante la Asamblea General de Naciones Unidas donde se señala que “los mecanismos de derechos humanos han identificado a los hombres y las mujeres de edad como un grupo vulnerable que requiere medidas de protección especiales” (ONU, 2010: párr. 102).

Al respecto, el Comité DESC ha sostenido que la edad es un motivo prohibido de discriminación en varios contextos, entendiendo que “junto a personas de edad que gozan de buena salud y de una aceptable situación económica, existen muchas que carecen de

medios económicos suficientes para subsistir, incluso en países desarrollados, y que figuran entre los grupos más vulnerables, marginales y no protegidos”, incluyendo así a la personas de edad en la lista de grupos que pueden sufrir desventajas, vulnerabilidad o marginación, y especialmente aquellas personas que también se encuentran atravesadas por otros factores de discriminación (Comité DESC, 1995: párr. 17; 2003: párr. 16.h).

Por otra parte, es importante subrayar que los seres humanos no pertenecen sólo a un grupo social sino que sus vidas están atravesadas por factores de identidad diversos que pueden confluir en procesos de discriminación múltiples, circunstancia que complejiza aún más el análisis del caso particular. Esta idea de multiplicidad consiste en la noción de que la subjetividad está constituida por vectores tales como la raza, el género, la clase y la sexualidad que se reafirman y constituyen mutuamente⁸.

Este tema ha empezado a tener recepción en el sistema internacional de los derechos humanos, en particular en la Recomendación General N° 27 del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW). Esta Recomendación señala de manera expresa que “la discriminación que padecen las mujeres adultas mayores es multidimensional, es decir, basada no solamente en la edad, sino que también puede estar compuesta por otras formas de discriminación fundadas en el sexo, el género, el origen étnico, la discapacidad, los niveles de pobreza, la orientación sexual y la identidad de género, la situación de migrantes, el estado civil, el alfabetismo y otras condiciones sociales. Las mujeres adultas mayores que pertenecen a un grupo minoritario, étnico o indígena, o que hayan sido víctimas de desplazamientos frecuentemente sufren situaciones muy graves de discriminación” (Comité CEDAW, 2010: párr. 13).

Así también, este Comité en su Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer manifestó que, “la interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La

⁸ Este término fue acuñado por Kimberlé Crenshaw en su artículo “Demarginalizing the intersection of race and sex: black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics” (1989), donde destaca la multidimensionalidad de la experiencia identitaria y de opresión de los sujetos marginalizados.

discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal”⁹ (Comité CEDAW, 2010: párr. 18).

Igualmente, el preámbulo de la Resolución 7/24 sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, expresó profunda preocupación “por las formas múltiples o agravadas de discriminación y de desventaja [que] pueden cebarse especialmente en las niñas y algunos grupos de mujeres o aumentar su vulnerabilidad frente a la violencia, por ejemplo [...] las mujeres con discapacidades, las ancianas, las viudas...”.

En la misma línea, el Comité CEDAW, en su Recomendación General N° 24 sobre las mujeres y la salud, haciendo alusión a las situaciones de discriminación múltiple afirmó que las mujeres de edad son un grupo potencialmente vulnerable y desfavorecido (Comité CEDAW, 1999: párr. 24).

La evolución del concepto de igualdad, desde aquella versión formalista a esta mirada de igualdad estructural o material, es una herramienta clave para la exigibilidad de una intervención positiva del Estado que tenga en cuenta las situaciones de discriminaciones múltiples y estructurales y que procure equiparar las desigualdades existentes. Esta redefinición del rol del Estado como garante activo de los derechos tiene distintas consecuencias que se traducen en deberes concretos que se analizarán a continuación.

⁹ Cf. Comité CEDAW (2010, párr. 31). En esta misma Recomendación se señaló que “Las obligaciones de los Estados partes deben tomar en consideración el carácter multidimensional de la discriminación contra la mujer y velar por que el principio de igualdad entre los géneros se aplique a lo largo del ciclo vital de la mujer en la ley y en la práctica. A este respecto, se insta a los Estados partes a que deroguen o enmienden las leyes, reglamentos y costumbres vigentes que discriminan a las mujeres de edad y velen por que la legislación prohíba la discriminación por motivo de edad y sexo”.

III.a. Deber de producir información

Como lo ha señalado la CIDH “no todas las sociedades discriminan a las mismas personas. En algunas sociedades se discrimina a determinados grupos -por ejemplo, étnicos, religiosos o políticos- que otras sociedades integran. Asimismo, históricamente surgen nuevos grupos objeto de alguna forma de discriminación que antes no existían (por ejemplo, las personas portadoras de VIH-SIDA). Por esta razón, la identificación de "grupos en situación de vulnerabilidad" varía en cada sociedad y en cada momento histórico y también, en este sentido, cada Estado debe definir cuáles son esos grupos para formular políticas de inclusión apropiadas que les garanticen el ejercicio pleno de todos sus derechos” (CIDH, 2007: párr. 118).

Una de las principales derivaciones del concepto de igualdad sustantiva es el deber del Estado de producir información que logre identificar aquellos sectores desaventajados o postergados en el ejercicio de derechos que requieran de una atención especial y prioritaria.

Es decir, el avance de un concepto de igualdad formal a uno de igualdad sustantiva o material presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social y de producción de información debidamente desagregada para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección, teniendo en cuenta sus características particulares a la hora de adoptar medidas que los afecten¹⁰.

Esto también ha sido señalado por el Comité DESC refiriéndose en forma específica a la protección de los derechos de las personas adultas mayores al afirmar que los métodos que deben utilizar los Estados para el cumplimiento de las obligaciones contraídas

¹⁰ Este nuevo enfoque de intervención por parte del Estado para revertir situaciones de desigualdad estructural cobra relevancia en el caso particular del grupo de personas adultas mayores, considerando que, reiterando lo señalado en la introducción de este documento, “la población mundial está envejeciendo a un ritmo constante bastante espectacular. El número total de personas con 60 o más años de edad era de 700 millones en 2009 y se proyecta alcanzar los 2.000 millones en el año 2050”. CEPAL (2010).

respecto de las personas de edad serán los mismos que los previstos para el cumplimiento de otras obligaciones, entre los cuales señala la necesidad de determinar, mediante una vigilancia regular, el carácter y el alcance de los problemas existentes dentro de un Estado, y la necesidad de adoptar políticas y programas debidamente concebidos para atender las exigencias (Comité DESC, 2009: párr. 10).

Por su parte, el Comité CEDAW en la Recomendación General N° 25 reconoció que la edad es uno de los motivos por los que la mujer puede sufrir múltiples formas de discriminación, y de allí determinó la necesidad de disponer de datos estadísticos, desglosados por edad y sexo, a fin de evaluar mejor la situación de las mujeres de edad. Así como también en la Recomendación General N° 28 señaló que “los Estados partes tienen la responsabilidad internacional de crear y mejorar constantemente sus bases de datos estadísticos y profundizar el análisis de todas las formas de discriminación contra las mujeres en general y, en particular, contra las mujeres de determinados grupos vulnerables” (Comité CEDAW, 2010: párr. 10).

En el mismo sentido, la CIDH al referirse a situaciones de violencia que reflejan patrones estructurales de discriminación sostuvo que los Estados tienen el correlativo deber de vigilar la situación social mediante la producción de información estadística adecuada que permita el diseño y la evaluación de las políticas públicas, así como el control de las políticas que se implementen por parte de la sociedad civil. Y asimismo, señaló que “dado el relevante interés público de la información estadística vinculada al problema de la violencia contra las mujeres, los Estados deben contar con mecanismos legales y administrativos apropiados para garantizar un amplio acceso a esa información, estableciendo vías de difusión de la misma y promoviendo el debate y el escrutinio público de las políticas que se implementen en este ámbito” (CIDH, 2007: párr. 43).

La producción de información a cargo del Estado es una herramienta fundamental para el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas destinadas a erradicar situaciones estructurales de discriminación y a promover condiciones de igualdad material entre los distintos grupos sociales que componen una determinada comunidad.

La identificación de aquellos grupos que padecen situaciones de vulneración de derechos que deben ser atendidos de manera prioritaria, así como el relevamiento de los obstáculos en el efectivo acceso y ejercicio de los derechos fundamentales, deben ser la base sobre la cual los Estados diseñen sus políticas en materia de igualdad y no discriminación. La delimitación del ámbito sobre el que tienen que operar las medidas de protección de derechos sólo podrá ser posible si el Estado cuenta con políticas de producción y análisis de información.

Una convención internacional que reconozca y proteja los derechos de las personas adultas mayores debería establecer de manera específica la obligación estatal de producir información, como una de las herramientas claves para la adopción de medidas que resulten eficaces en su objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales.

III.b. Deber de adoptar medidas de protección especial

La noción de igualdad estructural trae aparejada una de las consecuencias más relevantes en materia de obligaciones del Estado para garantizar el principio de no discriminación. Esto es, el deber de adoptar medidas de acción afirmativas que tengan por objeto la protección especial de los derechos de determinados grupos que se encuentran en una situación de desventaja.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que “el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación... [E]n un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para

corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima” (Comité de Derechos Humanos, 1989: párr. 10).

Asimismo, el Comité DESC expresa que “para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible. Aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria”¹¹ (Comité DESC, 2009: párr. 9).

La implementación de este tipo de medidas funciona en la mayoría de los casos como la herramienta necesaria para garantizar el efectivo goce de los derechos de determinado grupo que, de no obtener este tratamiento especial, no podría acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos.

Respecto de los grupos que resultan vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos, el Comité DESC sostuvo que el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación y adoptar medidas especiales que

¹¹ Este Comité también ha establecido que respecto de grupos que resultan vulnerables o susceptibles de ser discriminados en sus derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene la obligación de sancionar normas que los protejan contra esa discriminación y adoptar medidas especiales que incluyan políticas activas de protección. La adopción de medidas especiales, incluso legislativas, y de políticas activas en resguardo de grupos vulnerables en relación a los derechos económicos, sociales y culturales surge de diferentes instrumentos. El Comité también expresa que debería garantizarse cierto grado de prioridad en relación al acceso a la vivienda a grupos desfavorecidos, como ancianos, niños y incapacitados físicos, enfermos terminales, pacientes VIH positivos, personas con problemas médicos persistentes, enfermos mentales, víctimas de desastres naturales o personas que viven en zonas riesgosas, así como el acceso a la tierra a los grupos desprovistos o empobrecidos. En igual sentido, el Comité señala que las mujeres, los niños, los ancianos y los pueblos indígenas y las minorías étnicas se ven afectados de manera desproporcionada por los desalojos forzosos, de modo que requiere adoptar medidas de protección apropiadas, OG No. 7, punto 10. En la OG No. 5, punto 18 se establece que las medidas que se adopten para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad no serán consideradas discriminatorias en el sentido del art. 2.2 del Pacto, mientras tengan fundamento en el principio de igualdad y se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo. Cf. Comité DESC (1990: párr. 9 y 12; 1991: párr. 8; 1994: párr. 9; 1995: párr. 17).

incluyan políticas activas de protección (Comité DESC, 1990: párrs. 9, 12, 13; 1995: párr. 17).

Es decir, además del deber general de no discriminar, el Estado asume la obligación de adoptar acciones afirmativas o positivas de equilibrio para asegurar el ejercicio de los derechos de estos grupos subordinados. Además, estas medidas implican en muchos casos un trato estatal diferente y el reconocimiento de ciertas prerrogativas fundadas específicamente en la necesidad de los miembros de un grupo identificado como desaventajado y víctima de una situación de desigualdad de índole estructural.

Con relación específica a la protección de los derechos de las personas adultas mayores, una convención internacional debería recoger esta mirada sobre la igualdad y establecer así obligaciones concretas que, como veremos a continuación, impacten de manera directa en el ejercicio de los derechos de las personas mayores, como por ejemplo el derecho a la seguridad social en su faz contributiva como no contributiva y el derecho a recibir cuidados.

III.b.1 El derecho a la seguridad social contributiva

Uno de los grandes temas directamente vinculados con la obligación de los Estados de adoptar medidas de acción afirmativa con relación al grupo de personas adultas mayores, y en particular a aquellos mayores que reúnen otras características que agravan su exposición a acciones y prácticas discriminatorias, es el desarrollo de sistemas de seguridad social.

La seguridad social busca proteger al individuo de determinadas contingencias asociadas a los riesgos y las inseguridades materiales que pueden estar asociadas a enfermedades, incapacidad para mantener el trabajo o para encontrar un empleo debido a la pérdida de habilidades, falta de ingresos para afrontar la maternidad o la crianza de los niños, la necesidad de garantizarse un ingreso luego del retiro laboral o ante la pérdida del sostén del hogar.

Como lo señala el Comité DESC los sistemas que se diseñen para proporcionar las prestaciones de seguridad social pueden consistir en: planes contributivos o planes basados en un seguro. Estos planes implican generalmente el pago de cotizaciones obligatorias de los beneficiarios, los empleadores y a veces el Estado, juntamente con el pago de las prestaciones y los gastos administrativos con cargo a un fondo común; o, planes no contributivos, como los planes universales o los planes de asistencia social destinados a determinados beneficiarios (Comité DESC, 2008: párr. 4), los que serán analizados en el siguiente punto.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce en general a la vejez como una de las principales condiciones que da origen al derecho a percibir prestaciones de la seguridad social (ONU, 2010: párr. 108). Esto se justifica en razón de que las personas adultas mayores se encuentran expuestas a muchas de las situaciones que la seguridad social intenta cubrir, especialmente las mujeres de edad avanzada, quienes en muchos casos padecen las consecuencias de la desprotección prestacional que resulta de su desventajosa inserción laboral durante las edades jóvenes.

El Comité DESC ha sido categórico al afirmar que “aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos” (Comité DESC, 2008: párr. 31).

El Estado tiene la obligación de establecer un sistema que funcione de manera eficiente, que garantice de manera efectiva y suficiente las prestaciones que intenta cubrir, que sea supervisado por las autoridades correspondientes de forma eficaz, y que sea sostenible a lo largo del tiempo.

El Comité DESC ha señalado de manera sumamente clara cuáles son los riesgos e imprevistos sociales que este sistema debe abarcar, entre los que se encuentran la atención de la salud, la enfermedad, la vejez, el desempleo, los accidentes laborales, las prestaciones familiares, la maternidad, la discapacidad, y los sobrevivientes y huérfanos (Comité DESC, 2008: párr. 12). También ha indicado las obligaciones concretas que el Estado asume en materia de protección del derecho a la seguridad social, entre las que se encuentran: la adecuación de los marcos normativos a los estándares de derechos humanos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), la adopción de una estrategia nacional de seguridad social y un plan de acción para la realización de este derecho, la promoción del derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente, en particular en las zonas rurales y en las zonas urbanas desfavorecidas o entre las minorías lingüísticas y de otro tipo, así como la protección especial de los grupos en situación de vulnerabilidad, como puede ser el caso de las personas adultas mayores (Comité DESC, 2008: párr. 48).

Este mismo Comité afirma que el Estado debe garantizar a todas aquellas personas que hayan sido víctimas de una violación de su derecho a la seguridad social el acceso a recursos judiciales o de otro tipo eficaces, así como a una reparación que podrá consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantía de que no se repetirán los hechos (Comité DESC, 2008: párr. 77).

Asimismo, se exige que antes de que el Estado o una tercera parte lleven a cabo medidas que interfieran en el derecho a la seguridad social, las autoridades competentes deberán garantizar que esas medidas se apliquen de conformidad con la ley y con el PIDESC. Entre las mismas cabe señalar: “a) la posibilidad de consultar efectivamente a los afectados; b) la publicidad oportuna y completa de información sobre las medidas propuestas; c) el aviso previo con tiempo razonable de las medidas propuestas; d) recursos y reparaciones legales para los afectados; y e) asistencia letrada para interponer recursos judiciales” (Comité DESC, 2008: párr. 78).

El cumplimiento del derecho a la seguridad social es de fundamental importancia ya que busca garantizar a todas las personas su dignidad humana frente a circunstancias en las que se encuentran privadas de su capacidad de ejercer plenamente algunos de sus derechos, promoviendo la reducción de la pobreza y fortaleciendo los mecanismos de inclusión social. Y, en el caso de las personas adultas mayores, cobra una especial relevancia por tratarse de uno de los grupos con mayor exposición a algunas de las situaciones que la seguridad social intenta cubrir. En este sentido, el derecho a la seguridad social debe ser uno de los principales ejes de una convención internacional en materia de protección de los derechos de las personas adultas mayores, traducido en la obligación del Estado de adoptar las medidas de acción positiva correspondientes que garanticen su efectivo ejercicio.

III.b.2. El derecho a la seguridad social no contributiva

El rol del Estado como responsable de adoptar medidas positivas tendientes a equiparar situaciones de desigualdad entre los distintos grupos sociales tiene consecuencias directas en el derecho a la seguridad social. Bajo este enfoque, el derecho a la seguridad social debe ser entendido como un derecho para todos los ciudadanos y ciudadanas independientemente de su condición de trabajador/a y de su contribución. Este derecho tiene entonces un alcance mucho más allá de la cobertura de riesgos y contingencias, ya que su ejercicio debe contribuir a generar condiciones básicas para el desarrollo de una existencia autónoma.

Es decir, la segunda de las modalidades de la seguridad social que se analizara en el punto anterior, esta es, la seguridad social no contributiva, debe reconocerse como un derecho fundamental de las personas y no como un mecanismo imperfecto de asistencia a grupos en situación de vulnerabilidad. La igualdad sustantiva o estructural exige del Estado la adopción de políticas de protección especial a determinados grupos, lo que en término de políticas concretas se traduce, entre otras, en el reconocimiento del derecho a la seguridad social no contributiva.

Este tema ha sido abordado por distintos órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Al respecto, el Comité DESC ha aclarado que el derecho a la seguridad social abarca tanto prestaciones contributivas, como planes de seguros y prestaciones no contributivas, financiadas con ingresos fiscales. Así, destacó específicamente que los Estados deben tener en cuenta dentro de los recursos disponibles prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita en la legislación nacional por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos (Comité DESC, 2008: párr. 4 y 15).

Por su parte, la Experta Independiente encargada de la cuestión de los Derechos Humanos y la Pobreza Extrema de las Naciones Unidas ha remarcado que “las pensiones no contributivas pueden reducir considerablemente la pobreza y la vulnerabilidad de las personas de edad, en particular las mujeres, que son más longevas y tienen menos probabilidades de beneficiarse de los sistemas contributivos” (ONU, 2010: párr. 4).

Como ya fuera señalado, las personas adultas mayores son un grupo que merece especial atención respecto del cumplimiento del derecho a la seguridad social, y dentro de este grupo el Estado debe identificar a aquellas personas que padecen situaciones de discriminación múltiple, como por ejemplo el grupo de mujeres para quienes el reconocimiento y el efectivo acceso al derecho a la seguridad social no contributiva es un tema de enorme relevancia. La desventajosa situación de inserción laboral de las mujeres a lo largo de su vida tiene un impacto muy negativo sobre el acceso a la seguridad social en la edad avanzada. Aquí tan sólo se busca dejar planteada esta cuestión en términos de obligaciones positivas del Estado y reconocimiento de derechos, pero cabe aclarar que este tema requiere de una profundidad de análisis que excede el propósito de este trabajo.

En definitiva, las obligaciones que asumen los Estados con relación a este grupo de personas adultas mayores suponen adoptar un conjunto de medidas entre las que se destacan aquellas políticas sociales tendientes a revertir una situación de desigualdad estructural que ha colocado a este colectivo en una situación de vulnerabilidad. Dentro del

conjunto de políticas sociales que el Estado debería impulsar, cobran una relevancia aquellas dirigidas al diseño, implementación y evaluación de un sistema de seguridad social en sentido amplio, que incluya tanto prestaciones contributivas como no contributivas (CEPAL, 2011), cuyo objetivo sea revertir aquellos patrones estructurales de discriminación que han determinado la marginación de este grupo y que contemple además situaciones de discriminación múltiple que los adultos mayores pueden padecer, por ejemplo la situación de las mujeres, indígenas o afrodescendientes, o las personas adultas mayores en situación de migración irregular, refugio o desplazamiento forzado (CIDH, 2008: 44). Este derecho y su correspondiente obligación estatal deberían también ser uno de los puntos principales en la redacción de una convención internacional.

III.b.3. Deber de cuidado

Conforme un informe publicado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de Naciones Unidas (CEPAL), el Centro Latinoamericano de Desarrollo (CELADE) y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) se espera que las personas con dependencia moderada-severa, que necesitan cuidados periódicos, se dupliquen en América Latina entre 2000 y 2050, pasando de 23 millones a 50 millones. Para el año 2050 se estima que la mitad de la población dependiente de cuidados tendrá 60 años y más. Este artículo señala que la oportunidad demográfica de contar con cuidadores será limitada en el período 2000-2050 en la región ya que no alcanzará a una persona por cada individuo que precise ayuda, y que tanto los marcos normativos generales y específicos de los países de la región como el abanico de programas sociales existentes relacionados con la protección de la infancia, la vejez y la dependencia revelan una creciente concentración en la familia de los riesgos asociados al cuidado, recayendo el peso especialmente sobre las mujeres, con independencia de su edad (CEPAL, CELADE, 2011: 45).

El cuidado en sentido amplio no ha sido un eje específico de la legislación ni de las políticas sociales, sino que por el contrario ha sido comprendido como una

responsabilidad casi exclusiva de los hogares y ajena a las políticas públicas, salvo situaciones excepcionales para aquellas familias que no pueden resolverlo por sí mismas.

La problemática del cuidado se encuentra directamente vinculada con el principio de igualdad en el ejercicio de derechos, ya que su falta de regulación expone a situaciones de mayor vulnerabilidad tanto a las personas que precisan de cuidado como aquellas que prestan asistencia. Por esta razón, el Estado tiene un rol fundamental en la regulación de un modelo de provisión y cuidado que garantice condiciones de igualdad en el acceso a los derechos para aquellas personas que sean cuidadoras como para quienes sean cuidadas. Para esto, el Estado debe tener en cuenta la dinámica del tiempo, el dinero y los tipos de servicios que se regulen.

En este sentido, el informe mencionado señala tres principios para guiar las reformas dirigidas a incorporar los cuidados como un nuevo pilar de la protección social: “En primer lugar, es fundamental favorecer la igualdad entre los ciudadanos y ciudadanas que precisan cuidados, de modo que no sea solo y únicamente el origen familiar o social el que determine la posibilidad de contar con servicios de apoyo en momentos de dependencia. De la misma manera, con el fin de alcanzar la igualdad de oportunidades para las mujeres, las responsabilidades de asistencia deberían repartirse entre los miembros de la familias y habría que desarrollar, de manera enérgica, políticas y programas que contribuyan a fortalecer la igualdad de género, involucrando tanto a los hombres como a las mujeres en las tareas de apoyo y permitir que cada uno concilie la vida familiar con la profesional. En segundo lugar, es necesario incorporar la universalidad como un principio básico de los servicios, las prestaciones y los beneficios dirigidos a las personas que precisan asistencia y a las que prestan cuidados [...] la universalidad no exime de la necesidad de ejercer determinados grados de selectividad, y no puede extenderse hasta niveles de protección que no sean financiables [...] En este sentido, es responsabilidad del Estado asegurar la calidad y accesibilidad de todos los ciudadanos y ciudadanas a los servicios existentes, y ejercer un rol activo en su prestación. Por último, los cuidados son un ejercicio práctico de la solidaridad. Aunque en principio están destinados a las personas que los necesitan con urgencia en la vida cotidiana, de manera indirecta ofrecen seguridad a todos” (CEPAL, CELADE, 2011: 59).

El deber de cuidado debe ser uno de los ejes centrales de las medidas positivas que los Estados adopten para la protección de los derechos de los adultos mayores, ya que es un grupo que, generalmente, se encuentra en una particular situación de vulnerabilidad, siendo víctima de discriminación, maltrato y violencia, ya sea en instituciones, hogares comunitarios, servicios de cuidado de largo plazo, instituciones psiquiátricas, centros de salud, en centros penitenciarios y en el seno familiar, entre otros lugares (CEPAL, CELADE, 2011: 31).

En este contexto, el derecho al cuidado, el que específicamente debería reconocerse y protegerse a nivel internacional en una convención de adultos mayores, cobra una especial importancia generando en el Estado la obligación de diseñar e implementar políticas públicas tendientes a erradicar cualquier tipo de discriminación o violencia contra las personas adultas mayores, y fundadas en un enfoque de derechos humanos que busque desterrar cualquier sesgo de asistencialismo¹².

III.c. Enfoque diferencial en políticas de alcance general

Más allá de la obligación de los Estados de adoptar medidas, ya sean legislativas o de política pública, que estén dirigidas a la protección de los derechos de determinado grupo que ha sido identificado como víctima de una situación de vulneración, el análisis de las obligaciones estatales en términos de desigualdad estructural también debe comprender la inclusión de un enfoque diferenciado que tenga en cuenta las particularidades del grupo en los servicios sociales generales.

Es decir, el Estado debe incorporar dentro de una medida de alcance general ciertas perspectivas que logren evitar que una medida en apariencia neutral tenga un impacto negativo para determinado grupo por no haber tomado en consideración ciertas

¹² “Las formas tradicionales de asegurar el cuidado en la vejez, principalmente a través de arreglos que tienen que ver con la herencia y el patrimonio (Drake, 1994), se han debilitado por distintos procesos, tales como las migraciones, la pobreza o la informalidad del trabajo, los que dificultan la estabilidad para acumular patrimonio y colocan a las personas mayores en una posición diferente a la que tenían algunas décadas atrás”. CELADE (2011: 53).

características que requerían de un enfoque especial en el marco de disposiciones universales.

En este sentido, las medidas generales que también tengan como destinatarios a las personas adultas mayores, como en materia de salud y educación, deben incorporar el enfoque de edad que este grupo requiere para poder efectivamente ejercer los derechos en igualdad de condiciones con el resto. En otras palabras, dentro del conjunto de obligaciones asumidas por los Estados respecto a la efectiva protección de los derechos de las personas adultas mayores se incluyen la necesidad de adoptar un enfoque diferencial que tome en cuenta a la edad en el diseño, la implementación y la evaluación de todas las políticas y servicios sociales de alcance general.

Algunos ejemplos de este tipo de medidas para la protección de los derechos de las personas adultas mayores son los programas educativos que permiten la participación activa de las personas de edad en las actividades educativas y, específicamente, la posibilidad de transmitir sus conocimientos, cultura y valores espirituales; y, en el caso del derecho a la salud, el diseño y ejecución de políticas que prevean un acceso preferencial a los medicamentos en caso de enfermedades relacionadas con la edad y la promoción del apoyo económico y técnico a la asistencia en el hogar, así como a formas de cuidado en las familias, con inclusión de capacitación y visitas periódicas (CEPAL, 2010: 22). Este tema también debería abordarse en las discusiones sobre un futuro instrumento internacional.

III.d. Análisis del impacto discriminatorio

El principio de igualdad y no discriminación en su acepción más robusta, entendido como una herramienta jurídica de demanda concreta al Estado de adopción de medidas afirmativas, precisa que el significado social y la legalidad de una práctica o norma en apariencia neutral sean consideradas en términos de su impacto respecto del grupo. De ahí la naturaleza eminentemente grupal o colectiva de este principio (CIDH, 2007: párr. 77).

La evaluación de las medidas que se adopten respecto de personas pertenecientes a grupos que padecen desigualdades estructurales debe realizarse en base al impacto discriminatorio que las mismas puedan tener sobre ese colectivo. De esta manera, normas y políticas aun cuando parezcan neutrales en su diseño pueden tener sobre estos grupos un efecto o resultado absolutamente perjudicial.

Este análisis, fundado en el principio de igualdad sustantiva, intenta detectar los factores objetivos que comprueben el impacto negativo que puede tener la adopción de medidas que no tomen en cuenta las desventajas estructurales que padecen determinados grupos.

El Comité DESC ha señalado al respecto que como parte de la supervisión deben evaluarse las medidas adoptadas y los resultados obtenidos en lo que respecta a la eliminación de la discriminación. En las estrategias, las políticas y los planes nacionales deben utilizarse indicadores y elementos de comparación apropiados, desglosados en función de los motivos prohibidos de discriminación (Comité DESC, 1999, 2002, 2005).

Como se expusiera en el punto anterior, la ausencia de un enfoque diferencial que tome en cuenta las particularidades de un grupo en situación de vulnerabilidad en políticas de alcance general –entre las que se encuentran de forma destacada su historia de sojuzgamiento y su perpetuación en el presente-, puede tener un impacto sumamente negativo sobre el colectivo que el Estado se comprometió a proteger de manera especial.

Por otra parte, cabe señalar que el impacto negativo que acarrear las distintas situaciones de discriminación basadas en patrones estructurales a lo largo de una vida tiene consecuencias devastadoras en las personas de edad. El impacto acumulativo de situaciones de discriminación tiene profundas consecuencias en el efectivo ejercicio y goce de los derechos de las personas adultas mayores. Por esta razón, es importante contemplar desde el derecho internacional de los derechos humanos no sólo las consecuencias de la múltiple discriminación, sino también las consecuencias que tiene sobre determinados grupos el impacto negativo de diversas situaciones de discriminación que han acumulado a lo largo de la vida.

Es importante remarcar que el impacto de las medidas que el Estado adopte con relación a grupos que padecen desventajas estructurales requiere de la previa producción y

análisis de información. Es decir, la obligación del Estado de producir información, que se describía en los primeros apartados de este trabajo, tiene una relación directa con este otro deber de evaluación y monitoreo del impacto que las decisiones estatales tienen sobre las personas. La única manera de acreditar las consecuencias positivas o negativas de las medidas adoptadas es la formulación y presentación de datos empíricos. El tratamiento idéntico en muchos casos produce discriminaciones, pero esta situación sólo podrá corroborarse a través de la producción de información.

III.e. Derechos de participación

Históricamente los sectores desaventajados no han podido participar activamente en ninguno de los procesos que conforman el real y efectivo ejercicio de un derecho. La falta de poder que muestran estos grupos está dada, fundamentalmente, por el desconocimiento de que son sujetos de derechos con un conjunto de garantías que pueden ser puestas en marcha para la demanda del cumplimiento de las obligaciones estatales.

Como lo señala el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante, PNUD) “Las explicaciones para la persistencia de la desigualdad no se encuentran solamente a nivel del hogar. El proceso político también responde de manera diferenciada a las necesidades de distintos grupos. La reducción sostenible de la desigualdad asume actuar sobre la baja calidad de la representación política, la debilidad institucional, el acceso diferenciado a la influencia sobre políticas concretas, y sobre fallas institucionales que derivan en corrupción y captura del Estado por grupos minoritarios” (PNUD, 2010: 21).

Este déficit deja en claro la ausencia de herramientas institucionales que habiliten los canales correspondientes para un ejercicio real de la ciudadanía.

Por esta razón, la obligación del Estado de garantizar el derecho a la participación en sentido amplio de aquellos grupos que históricamente han permanecido al margen de las

decisiones políticas y sociales que les conciernen debe ser un eje central en la adopción de cualquier medida destinada a la protección de sus derechos fundamentales.

Toda medida que se adopte debe, en primer lugar, procurar empoderar al grupo que intenta proteger. Este empoderamiento se genera a partir de normas y políticas dirigidas a personas que tienen derechos que pueden exigir, generando así una relación jurídica que determina de manera concreta el sujeto obligado y los mecanismos de reclamo que se activan ante el incumplimiento de la obligación, ya sea por acción u omisión.

Estas herramientas que el Estado debe proveer para garantizar el goce y ejercicio de los derechos a todas las personas en general, pero de manera particular a aquellas pertenecientes a grupos víctimas de patrones estructurales de discriminación, deben estar dirigidas a otorgar un poder jurídico y social de demanda concreta al Estado de determinados comportamientos.

El PNUD afirma que “una agenda básica orientada a reducir la desigualdad del desarrollo humano en América Latina y el Caribe y su transmisión intergeneracional podría plantear entre sus objetivos iniciales la disminución de las desigualdades de poder e influencias a fin de erradicar las prácticas institucionales irregulares, así como fortalecer las instituciones estatales claves y su credibilidad, de forma tal que se promueva el compromiso ciudadano. En este sentido, resulta crucial fomentar una participación ciudadana cada vez más activa y comprometida, que haga visibles a todos los sectores de la sociedad y sus necesidades y que reduzca al mínimo el efecto de las asimetrías de poder e influencias en la implementación de políticas públicas y en la asignación de los recursos del Estado” (PNUD, 2010: 106).

En definitiva, el derecho a la participación se refiere a la posibilidad real de incidir en los procesos políticos, en la orientación y fiscalización de las decisiones del gobierno. Esta situación tiene un impacto enorme en materia de no discriminación de grupos en situación de vulnerabilidad, porque genera condiciones de autonomía e igualdad en términos de participación ciudadana, lo que debería ser previsto al regular los derechos de las personas adultas mayores en una convención internacional.

El desarrollo de estos distintos temas que atraviesan el principio de la igualdad y no discriminación en términos estructurales intentan complejizar el debate alrededor de la elaboración de una convención internacional que reconozca de manera específica los derechos de las personas adultas mayores. En este sentido, hay derechos y obligaciones estatales que cobran una dimensión particular al tratarse de personas de edad avanzada, que deberían ser reconocidos en un instrumento internacional específico de acuerdo a los alcances que se han delineado al abordar cada uno de los puntos.

Continuando con el análisis del principio de no discriminación en un contexto de desigualdad estructural como el padecido por el grupo de las personas adultas mayores, en el siguiente punto se examinarán aquellos deberes de protección de la vida y la integridad física a cargo del Estado para la prevención de situaciones de violencia que vulneran sus derechos.

IV. DEBER DE PROTECCION BASADO EN EL PRINCIPIO DE DEBIDA DILIGENCIA.

En el punto anterior se ha señalado que el concepto de igualdad estructural tiene claras consecuencias sobre las obligaciones del Estado para garantizar a las personas adultas mayores el efectivo acceso y ejercicio de sus derechos. Asimismo, esta noción robusta de igualdad trae aparejadas otras consecuencias sobre el rol de los Estados en cuanto a su deber de protección de derechos, en particular el derecho a la vida y a la integridad física y a contar con resguardos ante situaciones de violencia aún cuando estas acciones o prácticas violentas provengan de actores no estatales.

La obligación del Estado de protección, que incluye el deber de prevenir riesgos previsibles de violencia, debe guiarse o fundarse en el principio de debida diligencia que demanda un comportamiento particular de las autoridades públicas.

En principio serían tres las situaciones de violencia o discriminación que deben contemplarse al hablar de este tipo de obligaciones por parte del Estado: 1. las

situaciones generadas por agentes estatales; 2. aquellas protagonizadas por actores privados en el ejercicio de funciones públicas, como por ejemplo en situaciones de institucionalización de adultos mayores; 3. las situaciones de violencia doméstica.

El desarrollo elaborado en este tema por distintos órganos internacionales que velan por la promoción y protección de los derechos de las mujeres resulta sumamente esclarecedor, y debe necesariamente tomarse en consideración al abordar este punto con relación a la situación que padecen otros grupos sociales. El camino recorrido por los movimientos feministas ha logrado que a nivel internacional puedan definirse estándares concretos de derechos humanos en materia de protección ante situaciones de violencia.

En este sentido, se ha logrado fijar el alcance de muchas de las obligaciones que asume el Estado respecto de la prevención, investigación y sanción de la discriminación y violencia contra el grupo de mujeres. Este enorme avance jurídico que han obtenido, entre otros, el Comité CEDAW, la CIDH, y la Corte IDH, debe ser considerado al intentar fijar estándares de derechos humanos para el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas tendientes a erradicar situaciones que reflejen patrones estructurales de discriminación.

Por esta razón, a continuación se desarrollarán los lineamientos fijados en el plano internacional para la violencia contra las mujeres que servirá como marco conceptual para la construcción de un modelo específico en materia de personas adultas mayores.

En primer lugar, cabe señalar que el Comité CEDAW ha señalado que la prohibición de discriminación contra la mujer no se limita a aquella causada de manera directa o indirecta por los Estados partes, sino que la Convención también impone a los Estados partes la obligación de proceder con la diligencia debida para prevenir e impedir la discriminación por actores privados. Al respecto afirma que, “en algunos casos, las acciones u omisiones del actor privado pueden atribuirse al Estado en virtud del derecho internacional. En consecuencia, los Estados partes están obligados a asegurarse de que los actores privados no cometan actos de discriminación contra la mujer, según la definición de la Convención” (Comité CEDAW, 2010: párr. 10).

Por su parte, el SIDH ha remarcado que el deber que tienen los Estados de actuar con la

debida diligencia frente a las violaciones de los derechos humanos comporta cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de los derechos humanos (CIDH, 2007: párr. 27). También ha señalado que la tutela del principio de igualdad en los términos expresados en el apartado precedente amplía las obligaciones del Estado en la formulación de políticas preventivas, especialmente frente a prácticas extendidas o situaciones estructurales de discriminación, aún cuando provengan de particulares (CIDH, 2007: párr. 107).

En consecuencia, el principio de debida diligencia supone las siguientes obligaciones por parte del Estado: la de generar diagnósticos de riesgo de posibles situaciones de violencia con el objetivo de desarrollar políticas de prevención, la de regular los actos de particulares (deber del Estado de proteger el cumplimiento de los derechos), la de garantizar la existencia de recursos judiciales accesibles e idóneos, y la de adoptar medidas de reparación integrales de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

IV.a. La obligación de prevenir: el deber de producir información y generar diagnósticos de riesgo

En el marco del diseño e implementación de políticas, el deber de protección supone la obligación del Estado de producir información y realizar diagnósticos para identificar y caracterizar situaciones de riesgo y patrones de violencia que pueden afectar a las personas, con el objetivo de construir capacidades institucionales para prevenir y evitar formas de vulneraciones de derechos, lo que incluye la regulación de actividades de particulares que pueden ser potencialmente riesgosas, como por ejemplo abusos y violencias en contextos de institucionalización de personas adultas mayores.

Este deber exige que el Estado cuente con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, pudiendo así prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia.

IV.b. La responsabilidad del Estado por actos de particulares

Como lo señala el Comité CEDAW “entre las medidas apropiadas [que debe adoptar el Estado] figuran la regulación de las actividades de los actores privados en cuanto a las políticas y prácticas en materia de educación, empleo y salud, las condiciones y normas laborales, y otras esferas en las que los actores privados prestan servicios, como el sector bancario y la vivienda” (Comité CEDAW, 2010: párr. 13).

Esto también ha sido remarcado por un Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias “la norma de la debida diligencia ha ayudado a cuestionar la doctrina liberal de la responsabilidad del Estado en relación con las violaciones que se producen en el “ámbito privado”. Esto significa que si el Estado no reacciona ante la violencia doméstica puede ser considerado responsable por no cumplir su obligación de proteger y castigar de manera no discriminatoria y puede ser acusado de complicidad en las violaciones de derechos que se produzcan en la esfera privada (ONU, 2006).

Por su parte, el SIDH también se ha ocupado de este tema, específicamente del deber de protección frente a actores no estatales en casos de violencia contra la mujer previsto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belém do Pará”. El artículo 7.b de ese instrumento obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Esta obligación asumida por los Estados Partes de esta Convención ha sido desarrollada en distintas causas contenciosas resueltas por la Corte IDH.

Al respecto, este Tribunal ha señalado que “el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos”, así como destacó, citando al Comité CEDAW, que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas” (Corte IDH, Caso

González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, 2009: párr. 252, 253).

Por otro lado, la responsabilidad estatal por los actos de particulares ha sido también abordada por la Corte IDH en un caso relativo al derecho a la salud mental y al tratamiento brindado a una persona por parte de un hospital privado, caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. En este caso, la Corte IDH estableció que la responsabilidad del Estado por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado se fundamenta en “las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”¹³.

En otro caso contencioso, la Corte IDH precisó el alcance de la responsabilidad estatal al afirmar que “un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo” (Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, 2006: párr. 123).

Esta doctrina ha sido extraída de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la que sugiere que puede aplicarse la responsabilidad estatal de violaciones

¹³ Cf. Corte IDH (2006: párr. 85). La Corte ha establecido que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”. “En relación con personas que se encuentran recibiendo atención médica, y dado que la salud es un bien público cuya protección está a cargo de los Estados, éstos tienen la obligación de prevenir que terceros interfirieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud.” Párrs. 88 y 89.

cometidas por terceros cuando se demuestra que el Estado tenía conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato y no adoptó medidas razonables para evitarlo¹⁴.

IV.c. La obligación de garantizar medidas cautelares idóneas y la obligación de adoptar medidas de reparación

Otra de las derivaciones del deber de protección que asume el Estado, y que cobra una especial relevancia en aquellos grupos que sufren situaciones de desigualdad estructural, es la obligación de garantizar recursos judiciales idóneos y efectivos para la protección cautelar de derechos fundamentales.

Este tema también ha sido abordado por el Comité DESC al señalar que “entre las instituciones que se ocupan de las denuncias de discriminación se suelen incluir los tribunales, las autoridades administrativas, las instituciones nacionales de derechos humanos y/o los defensores del pueblo, que deben ser accesibles a todos sin discriminación alguna. Estas instituciones deben investigar o juzgar las denuncias que se consideren pertinentes y abordar en forma independiente las presuntas violaciones relacionadas con el artículo 2.2, incluidas las acciones u omisiones de actores privados” (Comité DESC, 2009: párr. 40).

En la misma línea, el SIDH también ha hecho referencia a este punto. Al respecto, la CIDH, al definir el alcance de las obligaciones de los Estados de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad (artículo 7.d de la Convención de Belem do Pará), ha señalado que esta es una dimensión particular del derecho a la protección judicial que consiste en el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva. Así como ha remarcado que dentro

¹⁴ La Corte Europea ha señalado que: Para que surja esa obligación positiva, debe ser establecido que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de un individuo identificado o de algunos individuos respecto de actos criminales de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus poderes que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo.

del conjunto de medidas cautelares que el Estado debe proporcionar se encuentran “los servicios especializados para la atención, refugios, servicios de orientación para toda la familia, servicios de custodia y cuidado de los menores afectados. Ello, además de recursos judiciales de índole cautelar para conminar al agresor a cesar en sus acciones y proteger la integridad física, la libertad, la vida y la propiedad de las mujeres agredidas” (CIDH, 2007: párr. 56).

Con relación a este último punto, también la CIDH ha subrayado como una de las obligaciones del Estado el diseño e implementación de recursos judiciales de naturaleza cautelar, que sean sencillos, rápidos y accesibles, y que puedan funcionar como un remedio idóneo y efectivo.

El acceso a la justicia es un punto esencial en materia de deberes de protección basados en el principio de debida diligencia ante situaciones de violencia y discriminación¹⁵.

Igualmente, en el Informe sobre la Situación de Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas, la CIDH estableció algunos principios generales que deben regir las acciones de tutela cautelar en los Estados¹⁶.

¹⁵ La CIDH ha señalado algunos deberes de los Estados en materia de acceso a la justicia a víctimas de violencia, fundados en las disposiciones de la Convención de Belém do Pará, que incluyen: el desarrollo de programas de capacitación para el "personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer"; la implementación de acciones educativas orientadas al público en general "sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda" y la adopción de acciones públicas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer"; el ofrecimiento de servicios de apoyo para las víctimas de violencia" especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea el caso, y cuidado y custodia de los menores afectados"; y asegurar "la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios (...); Diseñar e institucionalizar programas de capacitación destinados a todos los funcionarios estatales involucrados en el seguimiento y supervisión de medidas de protección y medidas preventivas de actos de violencia contra las mujeres, particularmente a la policía, sobre la necesidad de asegurar el debido cumplimiento de estas medidas y las consecuencias de su incumplimiento. Cf. CIDH (2007: párr 34).

¹⁶ Al señalar las características de idoneidad de estos recursos, la CIDH señaló que: 2. Dada la naturaleza especial de estos recursos, en virtud de la urgencia y la necesidad en la que éstos deben actuar, algunas características básicas son necesarias para que éstos puedan considerarse idóneos en el sentido en que lo

Dentro del conjunto de obligaciones que integran el deber de protección del Estado fundado en el principio de debida diligencia se encuentra además el de adoptar medidas de reparación, que en los términos del SIDH deben ser “adecuadas, efectivas y rápidas”. La reparación a las víctimas de vulneraciones a derechos debe ser integral e incluir las garantías de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y no repetición (CIDH, 2007: párr. 58).

IV.d. El deber de diligencia frente a la institucionalización de personas adultas mayores

Los organismos internacionales han señalado al grupo de personas adultas mayores como un grupo víctima de patrones estructurales de violencia, y, de manera particular, han identificado a las mujeres de edad como un grupo especialmente vulnerable a situaciones de múltiple discriminación.

En este marco, la situación de institucionalización de las personas adultas mayores es un tema de especial preocupación. Es así que el Comité contra la Tortura recomendó que “los Estados partes prohibieran, impidieran y castigaran los actos de tortura y los malos tratos, entre otros lugares, en las instituciones que atienden a personas de edad” (Comité contra la Tortura, 2008: párr. 15). De la misma manera, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes ha resaltado que, “en los establecimientos penitenciarios y en las instituciones psiquiátricas las personas de edad se encuentran entre las más vulnerables, y ha señalado que sufren doble o triple

han establecido la Comisión y la Corte. Entre estas características se encuentran, por ejemplo, que los recursos sean sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes. Asimismo, es necesario que las personas cuenten con la posibilidad de acceder a las instancias judiciales federales o nacionales cuando se sospecha parcialidad en la actuación de los órganos estatales o locales. Igualmente, es necesaria una amplia legitimación activa de estos recursos, tal que permita que los mismos puedan ser promovidos por familiares u órganos públicos como fiscales o defensores públicos, o defensores del pueblo en representación de las personas amenazadas, sin requerir su firma. También es conveniente que tales recursos puedan tramitarse como recursos individuales e igualmente como acciones cautelares colectivas, esto es, para proteger a un grupo determinado o determinable conforme a ciertos parámetros, afectado o bajo situación de riesgo inminente. Además, debe preverse la aplicación de medidas de protección en consulta con los afectados y con cuerpos de seguridad especiales distintos de aquellos de los que se sospecha, entre otras previsiones. Cf. CIDH (2007: párr. 57).

discriminación” (Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, 2010: párrs. 231, 237 y 257). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha hecho referencia a “la vulnerable situación de las personas de edad internadas en hogares de cuidados de larga duración, que en algunos casos ha tenido como resultado el trato degradante de esas personas y la vulneración de su derecho a la dignidad humana” (CCPR/CO/80/DEU, 2004: párr. 17).

Así, cobran una relevancia fundamental las obligaciones que se derivan del deber de protección del Estado fundado en el principio de debida diligencia para el caso específico de institucionalización de las personas adultas mayores que pueden verse expuestas a graves situaciones de vulneración de sus derechos. Identificar a las personas adultas mayores como un grupo víctima de patrones estructurales de discriminación y violencia, especialmente al encontrarse en situaciones de institucionalización, tiene como consecuencia el reconocimiento de un conjunto de obligaciones que el Estado asume de manera especial para garantizar la efectiva protección de sus derechos fundamentales.

Es decir, se vuelven absolutamente operativas las obligaciones mencionadas en los párrafos precedentes de elaborar diagnósticos de riesgo, diseñar y ejecutar políticas de prevención, regular los actos de particulares, garantizar el acceso a recursos judiciales y adoptar las medidas de reparación correspondientes.

En este sentido, resulta relevante que en el proceso de discusión de un instrumento internacional sobre adultos mayores se otorgue un adecuado tratamiento a la cuestión del deber de protección basado en el principio de debida diligencia ante formas usuales de violencia y abusos que afectan el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas adultas mayores, contribuyendo a delimitar su alcance y clarificando su relación con las demás obligaciones estatales, especialmente con el principio de igualdad y no discriminación.

V. REFLEXIONES FINALES

El concepto de igualdad y no discriminación que aquí se expone tiene importantes consecuencias en las obligaciones del Estado para el efectivo respeto de los derechos de las personas adultas mayores, y debería ser uno de los principales puntos de debate en la elaboración de una convención internacional.

En primer lugar, de acuerdo a la noción de igualdad ante la ley desarrollada, resulta necesario identificar aquellos supuestos en los que la categoría edad es utilizada en las normas y políticas estatales como factor de diferencia de trato negativo o como límite máximo para acceder a beneficios, realizar actividades o ejercer derechos. En estos supuestos resulta importante conceptualizar la categoría edad como sospechosa de discriminación a fin de obligar a un escrutinio estricto de la razonabilidad de la medida.

En segundo lugar, ello debe ser realizado desde una perspectiva que abandone la noción de igualdad formal para adoptar en su lugar una noción más robusta de igualdad denominada estructural o material, la cual implica la ampliación de los deberes asumidos por los Estados con relación al grupo objeto de estudio en este trabajo, las personas adultas mayores. De esta manera, se demostró que existe un deber de adoptar medidas de acción positiva específicas para la protección del grupo, especialmente en materia del derecho a la seguridad social en sentido amplio y del derecho a recibir cuidados, así como de incorporar un enfoque diferencial en el diseño, implementación y evaluación de políticas de alcance general; para lo cual son sumamente relevantes los deberes de producción de información, el análisis del impacto de las medidas y el efectivo ejercicio del derecho a la participación de las personas adultas mayores.

En tercer lugar, debe tomarse en consideración en los debates que se den en torno a la redacción de un instrumento internacional el reconocimiento expreso de la obligación del Estado de protección fundada en el principio de debida diligencia ante situaciones de violencia y discriminación a las que se encuentran expuestas las personas adultas mayores.

No se trata de principios jurídicos abstractos. Su adecuada definición normativa contribuye a orientar las políticas públicas, en especial los sistemas de protección social diseñados e implementados por los Estados para la protección de las personas adultas

mayores, brinda pautas claras para la adaptación y adecuación de los servicios y políticas sociales de alcance general a las necesidades especiales de las personas adultas mayores, y provee un marco para la regulación y supervisión de los servicios prestados por particulares.

En definitiva, una convención internacional que proteja los derechos de las personas de edad debe recoger este principio de igualdad y no discriminación, asumiendo los Estados todas aquellas obligaciones tendientes a erradicar y prevenir las situaciones de discriminación estructural que padece el grupo de personas adultas mayores.

REFERENCIAS

Asamblea General de las Naciones Unidas.

- (2010) *Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*. Informe elaborado en respuesta a la resolución 64/132 de la Asamblea General. A/65/157. Sexagésimo quinto período de sesiones.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe de Naciones Unidas

- (2009), Informe “*El envejecimiento y las personas de edad. Indicadores sociodemográficos para América Latina y el Caribe*” (LC/L.2987/REV1), Santiago de Chile.
- (2010) “*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).
- (2010) “*Envejecimiento y derechos humanos: situación y perspectivas de protección*”.
- (2011) “*Protección Social Inclusiva en América Latina. Una Mirada Integral, un Enfoque de Derechos*”. Simone Cecchini y Rodrigo Martínez. Santiago de Chile.
- (2011) “*La protección de la salud en el marco de la dinámica demográfica y los derechos*” por Sandra Huenchuan publicado en el N° 100 de la Serie Población y Desarrollo.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- (2007) Informe de la sobre *Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007.
- (2008) Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en material de derechos económicos, sociales y culturales”, OEA.

Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- (2009) Observación General N° 20 “*La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”. E/C.12/GC/20.
- (2003) Observación general N° 15, “*El derecho al agua*” (E/C.12/2002/11).
- (2008) Observación General 19 “*El derecho a la seguridad social*”. E/C.12/GC/19.

Comité de Derechos Humanos.

- (1989) Observación General N° 18 “*No Discriminación*”.
- (2001) Comunicación 855/1999 Schmitz-de-Jong v. The Netherlands
- (2003) Comunicación 983/2001, Love et al. v. Australia
- (2006) Comunicación 1016/2001 Solís v. Perú
- (2003) Comunicación 998/2001 Althammer et al. v. Austria

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

- (2010) Recomendación General No. 27 sobre *las mujeres adultas mayores y sus derechos humanos*, C/2010/47/GC.1.
- (2010) Recomendación general N° 28 *relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*.

Comité contra la Tortura

- (2008) Observación General N° 2, “Aplicación del artículo 2 por los Estados partes”. CAT/C/GC/2.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- (2003) *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03. Serie A No. 18.
- (2009) Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- (2006) Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 140.

Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la pobreza extrema

- (2010) Informe A/HRC/14/31.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. PNUD.

- (2010) Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe “*Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad*”, PNUD, 2010, Introducción.

<http://www.idhalc-actuarsobreelfuturo.org/site/index.php>

Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, titulado

- (2010) Informe *“Estudio sobre el fenómeno de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el mundo, incluida una evaluación de las condiciones de detención”*. A/HRC/13/39/Add.5.

Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias

- (2006) Informe “Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la Perspectiva de Género: Violencia Contra la Mujer la Norma de la Debida Diligencia como Instrumento para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer”, Yakin Erturk, E/CN.4/2006/61.