

LAS LIBERTADES QUE OLVIDAMOS DE LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES

THE FREEDOMS WE FORGET ABOUT THE ELDERS

Edward Cayotopa Luna*

Resumen:

El artículo expone el desarrollo del principio de igualdad desde su dimensión material en base a lo expuesto por Robert Alexy. De este modo, precisa que en situaciones donde no se trata de forma igual a las personas, se generan los conceptos conocidos como “ajustes razonables” y “discriminación por indiferenciación”. Este último (discriminación por indiferenciación) supone una discriminación legal por parte del legislador quien al regular un determinado ámbito no previó las particularidades de algunos sujetos, en materia de este artículo, los adultos mayores.

Así, para exponer la problemática, se citan diversos casos emblemáticos y se compara el tratamiento que reciben los derechos de las personas mayores en la “Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe” (que prohíbe la discriminación legal que limite el acceso a satisfacer diversas necesidades mínimas) y en la “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea” (que pone énfasis en garantizar la autodeterminación sin interferencia). Finalmente, el artículo da cuenta que el Tribunal Constitucional del Perú ha perdido numerosas oportunidades para evaluar las libertades de las personas adultas mayores pues no ha favorecido la autodeterminación de dicho grupo social.

Palabras clave: Constitucionalismo, derecho de igualdad, ajustes razonables, discriminación por indiferenciación, adulto mayor.

*Asesor de magistrado en el Tribunal Constitucional peruano. Egresado de la maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios, con estudios en “Justicia Constitucional” por la Universidad de Génova (Italia). A la fecha desarrolla el curso de especialización en “Técnicas de interpretación y motivación de las decisiones judiciales” en la Universidad de Girona en coordinación con la Universidad de Genova (Italia), y es pasante, a nivel de posgrado, en la Universidad de Bologna (Italia). Autor de diversos artículos de su especialidad. Contacto: edward.cayotopa@pucp.edu.pe



Abstract:

The article explains the development of the principle of equality from its material side according to Robert Alexy's perspective. In this manner, the article specifies that in situations where people are not treated equally, the concepts known as 'reasonable accommodation' and 'discrimination by differentiation' are applied. This last one (discrimination by differentiation) supposes a legal discrimination by the legislator who, when regulating a specific area, did not anticipate the particularities of some subjects, in the case of this article, the elderly.

Therefore, to expose the problem, several emblematic cases are discussed and the approach to the rights of the elderly is compared in the 'Charter of San Jose on the Rights of Older Persons in Latin America and the Caribbean' (which prohibits legal discrimination that limits access to satisfy various minimum needs) and in the 'Charter of Fundamental Rights of the European Union' (which emphasizes guaranteeing self-determination without interference). Finally, this article explains that the 'Peruvian Constitutional Court' has missed several opportunities to evaluate the freedoms of the elderly because it hasn't favored the self-determination of this social group.

Keywords: *Constitutionalism, right to equality, reasonable accommodation, discrimination by differentiation, elderly.*



1. Introducción

Richard Rorty señalaba que el problema de los peores violadores de los derechos humanos es que estos están convencidos, y así justifican su accionar, que los grupos con los que atentan no son parte de su comunidad, al no tener la misma valía (Rorty: 1993). Ello es ejemplificativo para señalar que a los derechos sociales no basta determinar su justificación con la pertenencia a una comunidad política, pues, así como ejemplificaba Rorty para el caso de Serbia, esto conduciría a que el ejercicio de los derechos sociales de las personas dependiera de la ciudadanía.

Los derechos sociales son derechos humanos, y en tal sentido debe entenderse su universalidad. Si bien la crítica se ha centrado en señalar que los derechos sociales solo refieren a favor de un grupo, lo cual impediría su caracterización universal, las posiciones doctrinarias han apuntado en resaltar en que el desarrollo de la vida de una persona requiere la satisfacción de necesidades básicas que sufren una carencia o se encuentran en estado de subordinación, y que ello no contradice la universalidad sino que más bien debe entenderse a partir de la distinción entre titularidad y ejercicio (Maestría en Derecho Humanos PUCP, 2020, 22-25).

Entonces todas las personas tienen el derecho a un acceso social, solo que su ejercicio dependerá de si se presentase una situación de carencia, subordinación o simplemente se presente una necesidad humana básica (y aquí pienso en la accesibilidad de una vacuna para ejercer el derecho de salud que en el contexto de pandemia era requerido por todas y todos independientemente de su estado de vulnerabilidad o de carencia de medios socioeconómicos).

Aun así, los derechos sociales, así como otros derechos (de primera generación) entre estos el de propiedad, están condicionados por la escasez de recursos máxime si así se encuentra direccionado el esquema neoliberal económico: no todas las personas van a acceder ni van a ejercer a la vez su derecho a la salud. Y en muchas situaciones de crisis económicas, es posible constatar que la escasez de recursos del Estado provoca lamentablemente la regresión de derechos sociales, pese a que la violación de un derecho social se produce cuando no se materializa en la adopción de medidas apropiadas o en impedimentos que condicionen su ejercicio.

Teniendo en cuenta que la igualdad es piedra angular del Estado Constitucional, y que de ella es posible sostener el reconocimiento de mayores derechos, considero, esta investigación estará orientada a justificar que es posible señalar que el derecho social de igualdad en relación a poblaciones vulnerables, específicamente con adultos mayores, y los ajustes razonables hacia este grupo.

Señalado lo anterior, la presente investigación tiene por objeto definir el concepto de discriminación y ajustes razonables para determinar a partir de prejuicios se está condicionando la libertad de las personas adultas mayores. Cabe precisar que para tal fin verificaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y las principales consideraciones de los órganos de control internacionales.

2. Desarrollo temático

2.1. Precisiones conceptuales

Considero que tanto el concepto de ajustes razonables como el de discriminación por indiferenciación están vinculados a la noción material del principio de igualdad. En la doctrina, el principio de igualdad tiene dos formas de abordarse, ya sea como igualdad formal o igualdad material. La igualdad formal ha permitido, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada en 1789 en Francia, que se reconozca que todas las personas sean iguales ante la ley (igualdad formal), esto es, la ley es igual en sus permisiones y mandatos a todas(os). Sin embargo, debido a que la igualdad ante la ley podía conducir a planteamientos como el resuelto en *Plessy vs. Ferguson*, y, constándose a su vez situaciones o condiciones diferentes en las cuales se encuentran numerosas personas, se hizo necesario ampliar la noción de igualdad formal a una igualdad material.

De este modo, a partir de la igualdad material resulta mejor explicable el apotegma de «tratar a los iguales como iguales y desigual a los desiguales». Este apotegma, en su última parte, ya reconoce que entre las personas no cabe la uniformidad, y, ante la diferencia, se hace necesario un trato distinto.

Ahora bien, el planteamiento de los ajustes razonables y la discriminación por indiferenciación se enmarca en la consideración consistente en «tratar de manera desigual a los desiguales». Esto implica un análisis que va más allá de la formulación más clásica en la cual «hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales».

En esa línea de pensamiento, Robert Alexy explica que existen dos maneras de abordar la formulación más clásica del apotegma antes expuesto. Por un lado, su primera parte, referida como igualdad formal, en el cual se “limita al postulado de una práctica de decisión universalista” (1993: 385), a saber, «tratar igual a los iguales». Y en otro sentido, formulada como igualdad material; esto es, como exigencia a su contenido y no solo a su fórmula lógica de mandato (Alexy 1993: 386).

Evidentemente, aquel tratamiento diferenciado, que tanto los ajustes razonables como la discriminación por indiferenciación sostienen, se aparta de toda práctica de decisión universalista, pues se concentra en determinadas propiedades o particularidades, evidenciando un “juicio sobre igualdades o desigualdades *parciales*”. Ello implica una referencia a algunas propiedades fácticas y no a todas (Cobrerros 2007: 95).

Como punto en común también a destacar, observamos que ambas visiones tienen un fuerte contenido de progresividad de los derechos, a pesar de que gracias a aquellas se posibilita el ejercicio de libertades civiles y políticas (Bregaglio 2010: 49). Ambas se condicen con el principio de máxima efectividad de los derechos



fundamentales, porque se centra en el contenido del derecho a la igualdad, que supera incluso la presunción de constitucionalidad que otorga Alexy a la legislación diferenciadora (Alexy 1993: 396-398).

2.1.1. Ajustes Razonables

El concepto de ajustes razonables pareciera que tuviese una definición zanjada, pues la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) la define expresamente.

Esta noción presupone un entorno o contexto particular, el cual necesariamente debe ser adaptado. De allí que muchas veces se confunda a los “ajustes razonables” con la noción de “accesibilidad”. Ajustes razonables y accesibilidad son nociones cuya distinción ciertamente no es clara (Asis, 2017: 3). No obstante, el mismo autor señala que los ajustes razonables “adquieren su significado cuando el bien de la *accesibilidad* no se puede satisfacer de manera universal” (Así, 2017: 3). Esto significa que la accesibilidad supone un objetivo, muchas veces difícil y oneroso de obtener (Pérez Bueno 2012: 4), que precisamente su no alcance o satisfacción constata una situación particular a corregir o adaptar.

El Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (en adelante CRPD), en su observación general N° 2, ha realizado precisiones en torno a las nociones de accesibilidad y ajustes razonables:

- a) La obligación de proporcionar accesibilidad es una obligación *ex ante*.
- b) La accesibilidad se relacionan con grupos de personas, por lo que se realizan a través de un diseño legal universal y general.
- c) Los ajustes razonables se relacionan con casos individuales, esto es cuando la norma no ha considerado situaciones particulares y resulta insuficientes.
- d) “La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación *ex nunc*, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona los solicita en una determinada situación” (CRPD 2016: 5).

Para complementar lo anteriormente expuesto, el ajuste razonable no implica necesariamente un cambio en la legislación, su adaptación se centra preferencialmente en situaciones particulares que la norma no ha considerado.

A modo de ejemplo, en la ciudad de Lima el transporte público denominado “bus corredor” está obligado a garantizar el acceso a todas las personas sin excepción para uso del servicio, cuyo vehículo tiene dos entradas. Tal como se puede verificar en la actualidad, el ingreso al “bus corredor” es por la parte delantera del vehículo, en donde el validador y torniquete no están pensados para garantizar que las personas usuarias de sillas de ruedas ingresen al bus, debido a su reducido espacio, gradinas y torniquete de control, más bien se limita su acceso.

Así, si bien en la ley se garantiza la accesibilidad sin restricción, en los hechos se dificulta a este grupo de personas porque les impide el uso del servicio público. En atención a las consideraciones del concepto de *ajuste razonable* que hemos expuesto, implicaría la adopción de una tercera puerta del bus fijada exclusivamente para personas usuarias de sillas de ruedas, así como la adopción de paraderos especialmente establecidos para facilitar el acceso de dicho servicio. Recordemos que los ajustes razonables se orientan a adaptar o modificar situaciones que generan exclusión y contribuyen a mantener barreras sociales desproporcionadas.

2.1.2. Discriminación por indiferenciación

El concepto de discriminación por indiferenciación por su parte supone un tipo de discriminación legal, establecido exclusivamente por el legislador (Añón 2013: 660). Esto significa que el legislador al regular un determinado ámbito “no ha tenido en cuenta las especificidades de algunos sujetos que tenía que haber previsto” (Cobrerros 2007: 92).

Para llegar a esta conclusión ciertamente se parte de la segunda parte de la máxima de trato igual a los iguales y diferenciado a los distintos. Esto es, superar la presunción que Alexy otorga a la legislación diferenciadora. Recordemos que Alexy consideraba que debía probarse una razón suficiente para justificar un tratamiento diferente, caso contrario la diferencia sería contraria al principio de igualdad (Alexy 1993: 395). Cobrerros cuestiona este planteamiento al advertir que, de la segunda parte de la máxima en comentario, se desprende que “si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces está ordenado un tratamiento desigual” (2007: 94-95).

Así, pues, conforme a la estructura de la norma de un tratamiento desigual se puede sostener que “el principio de igualdad ordena *prima facie* un tratamiento igual; permite, justificándolo, un tratamiento diferente; y ordena, también justificándolo un tratamiento diferenciado” (Cobrerros 2007: 95). Alexy planteó lo inverso de lo aquí revisado, pues su análisis se centra en no establecer diferencias no permitidas por una fundamentación jurídica racional. “En caso de que existan razones suficientes para la permisión de un tratamiento desigual, no está ordenado un tratamiento igual. Pero, bajo esta condición, tampoco está ordenado un tratamiento desigual, pues, para ello exige razones suficientes para la permisión pero no para la obligatoriedad de un tratamiento desigual” (Alexy 1993: 400).

En este sentido, la discriminación por indiferenciación supone un análisis más unitario y más completo del principio de igualdad. Dado que se vulnera el principio de igualdad “por no establecer diferencias ordenadas” (Cobrerros 2007: 97). Esto es, que existe “ley discriminatoria por regular de modo indiferenciado e injustificadamente lo claramente distinto (Añón 2013: 660). Por tanto, el legislador, para no incurrir en una discriminación por indiferenciación, debe contemplar en la ley las especificaciones o excepciones que respondan a las particularidades de ciertos



sujetos. Debe quedar claro que con este planteamiento no se establece diferencias para todo lo diverso, “sino solo para aquellos casos en los que diferenciar tenga por consecuencia discriminar” (Cobrerros 2007: 105).

Esta noción encaja de forma coherente con los grupos en vulnerabilidad, pues en caso el legislador desconozca las particularidades de estos grupos vulnerables en su diseño normativo, será evidente la vulneración al principio de igualdad respecto a su segunda parte.

El caso que abre el telón para este tipo de discriminación es la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 06 de abril de 2000, caso Thlimmenos contra Grecia. Como se recordará, el señor Thlimmenos era testigo de Jehová, el cual fue condenado por su negativa a llevar uniforme por motivos religiosos. La controversia surge cuando, luego de ganar un concurso público para ocupar la plaza de auditor contable, se le negó designarle al puesto, por existir una ley que impedía ejercer la función pública a aquellos condenados por delitos. El Tribunal resuelve este conflicto al señalar que el rechazo a tratar al demandante de manera diferente de las otras personas declaradas culpables de un delito no tenía ninguna justificación objetiva y razonable.

Sin embargo, en la doctrina se cuestiona el concepto de discriminación por indiferenciación, por lo que a continuación los eschematizamos a partir de la jurisprudencia española (principalmente el caso María Luis Muñoz Díaz que aquí analizamos) como de la doctrina que lo abordan.

i) El trato de los desiguales constituye una injusticia

Este argumento se constituye en uno de los principales cuestionamientos. Lo hemos podido encontrar en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que revocó la sentencia que fue favorable a la señora Muñoz Díaz. Este planteamiento considera que cualquier ley general del ordenamiento jurídico debe ser aplicable a todos sin excepción.

A nuestro juicio, este cuestionamiento parte de una concepción, puramente formalista, de igualdad ante la ley; a saber, una “garantía de paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho” (Salomé 2015: 23).

Aunque parezca ya descontextualizado, este tipo de planteamiento se ha utilizado para que no se creen más excepciones de aquellas previstas por el legislador. Es decir, también presupone al principio de división de poderes, pues señala que únicamente al legislador le corresponde definir las excepciones.

ii) La ley de forma imprescindible debe ser general

Este planteamiento, a diferencia del anterior, ya no resulta uno forzado. Se basa

en que la generalidad de la norma es una garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad (STCes num. 70/1991, de 8 de abril, FJ. 7). De modo que, según este planteamiento el juicio de igualdad únicamente debe limitarse a los criterios legales establecidos por la norma para la distinción, sin atención a casos particulares individualizados.

Esta concepción del requisito de la generalidad era clave en la idea de Rousseau para garantizar la igualdad de los destinatarios de la ley, sin embargo, los presupuestos actuales y del legislador han cambiado. Esta idea es compartida por García cuando refiere que la evolución del concepto de igualdad ha supuesto una ruptura, al menos parcial, de los caracteres de universalidad y generalidad, cuando se admite leyes singulares o sectoriales (en función de los sujetos destinatarios), leyes temporales (su validez se limita a un determinado momento), leyes diferenciadoras (las cuales otorgan tratamientos diferenciados en función de determinadas características de ciertos grupos) (2000: 172).

Asimismo, Fernando Rey señala que dicha concepción liberal ha sido superada por el modelo de Estado social y democrático de derecho, en el cual el legislador asume roles distintos (2011: 170). El legislador, al regular cualquier asunto, normalmente, traza diversas diferencias de trato en función de determinadas circunstancias (Rey 2017: 129).

Y ello en función de que en la actualidad es comúnmente aceptado que no todos partimos de las mismas condiciones. Al respecto, consideramos que, si asumimos el criterio de la generalidad, como consecuencia de ese planteamiento, nos acercaríamos a la idea de identidad, el cual en nada reflejaría la configuración desigual planteada por una Constitución. Lo común en el Derecho es la desigualdad de trato no la igualdad (Rey 2017: 129).

2.1.3. Caso María Muñoz

Esta sentencia resulta importante porque evidenció la existencia de situaciones particulares de algunos sujetos que deben considerarse, y de no tenerse en cuenta constituye discriminación. Es decir, fue un primer paso a decisiones contra España, en las que se le ha condenado por incurrir en discriminación cuando en el diseño legal y el actuar de sus autoridades no había tenido en cuenta particularidades de grupos vulnerables (v. caso Beauty Solomon c. España).

El presente caso que se analiza fue iniciado por María Luisa Muñoz Díaz, ciudadana española de origen gitana, quien contrajo matrimonio, mediante el rito gitano, con el señor M. D. en noviembre de 1971. Tuvieron seis hijos que fueron inscritos en libro de familia, y en 1986 se les reconoció como familia numerosa de primera categoría conforme a las leyes correspondientes españolas. El esposo de María Luis Muñoz murió en el año 2000, el cual había aportado a la seguridad social durante diecinueve años. La controversia se suscita cuando María Luis Muñoz pide



al Instituto Nacional de la Seguridad Social una pensión por viudez. Esta solicitud fue negada debido a que a juicio de dicha entidad la solicitante no ser o haber sido cónyuge del fallecido al no haber contraído matrimonio, conforme a ley.

La señora Muñoz cuestiona aquella decisión ante la jurisdicción laboral, y en primera instancia obtiene un resultado favorable. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó esta decisión, por lo que la demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español. Posteriormente, tras el rechazo del Tribunal Constitucional español, acudió a instancias internacionales.

La sentencia del Tribunal Constitucional español, sentencia 69/2007, de 16 de abril, que resuelve denegar la “acción”¹ de amparo es relativamente corta. En primer lugar, parte de que el artículo 14 de la Constitución española, referido al principio de igualdad, solo refiere textualmente que “los españoles son iguales ante la ley”.

En segundo lugar, refiere que en tanto los ritos gitanos no han sido considerados por el legislador como forma válida para contraer matrimonio, entonces no se podría afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos étnicos.

En tercer lugar, refiere que no existe un supuesto de discriminación por indiferenciación en el ordenamiento jurídico español, como a continuación exponemos:

«Al respecto este Tribunal ya ha reiterado que resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE la “discriminación por indiferenciación”, al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual»

Por último, concluye que el Código Civil español solo reconoce un vínculo matrimonial por motivos civiles o religiosos. De allí que, al no presentarse ninguna de las situaciones antes expuestas, deniega el recurso presentado por Muñoz Díaz.

El TEDH no otorga efectos civiles al matrimonio gitano. El Tribunal europeo “se niega a considerar que el no reconocimiento de la forma tradicional del matrimonio gitano como matrimonio con efectos civiles suponga una violación del derecho a contraer matrimonio del artículo 12 del Convenio de Roma, o de una forma de discriminación racial (Rey 2017: 161).

La sentencia sí considera que la denegación de la pensión de viudez ha sido discriminatoria, pero no por razones basadas en diferencias étnicas, sino debido a que las autoridades españolas con los diversos reconocimientos oficiales crearon falsas

¹ Recordemos que el diseño legal planteado en el ordenamiento jurídico español es como una acción (recurso), a diferencia del caso peruano que es un proceso que inicia en el poder judicial.

expectativas en la demandante (parr. 63), y porque aquella supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes respecto a la buena fe matrimonial (parr. 64).

En suma, el TEDH tampoco establece la discriminación por indiferenciación en favor del matrimonio gitano, como se puede observar del párrafo 80 de la sentencia en comentario. A pesar de que tuvo la oportunidad de pronunciarse, pues en España, a mi juicio, existe una discriminación por indiferenciación a los ritos gitanos porque el legislador no los reconoce, a diferencia de otras formas religiosas de consentimiento matrimonial como la católica, protestante, musulmana e israelita.

Hemos pretendido esbozar estas nociones conceptuales porque hemos notado que el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. 00889-2019-PA/TC² ha considerado que se ha concretizado una discriminación por indiferenciación. Ello en razón de que el Estado peruano “viene tratando de la misma forma a quien tiene como lengua materna al castellano y quien no” (STC Exp. N° 00889-2019-PA/TC, FJ. 23). En otras palabras, para el Tribunal Constitucional la actuación de cualquier persona que tenga una cuota de autoridad debe establecer una diferenciación ante situaciones que exigen distinto tratamiento.

A juicio del Tribunal la demandante tiene derecho a utilizar su lengua originaria, máxime en una zona donde predominantemente la población se comunica a través de esta. De modo que, para el Tribunal Constitucional peruano, si en los procedimientos administrativos no se toma en cuenta tal situación es un acto de discriminación por indiferenciación. Sin embargo, y a pesar de que es valiosa esta sentencia por el problema estructural y el estado de cosas inconstitucionales que se constatan, la noción de discriminación por indiferenciación utilizada por el Tribunal Constitucional peruano es en realidad una suerte de ajuste razonable. Ello en razón de que aquí el problema no es el diseño legal del legislador en referencia que ha excluido una lengua un reconocimiento de oficialidad para su uso en la zona donde predomine, sino más bien de accesibilidad.

Ahora bien, señaladas estas precisiones conceptuales, considero que es posible verificar que las personas de mayores de edad son grupos históricamente vulnerables, y que por su condición hace necesario que en un Estado Constitucional de Derecho no incurra en discriminación por indiferenciación, sino que por el contrario plantee ajustes razonables en función a su especial vulnerabilidad para garantizar el goce y disfrute de necesidades humanas básicas.

² A modo de síntesis, el caso surge a partir de la controversia entre la señora Díaz Cáceres de Tinoco y la restricción de la Municipalidad de Carhuaz -región de Áncash- al horario de venta de sus productos ambulorios (frutas y helados) en la vía pública. La intervención de la municipalidad se concretiza de forma negativa cuando hace firmar un acuerdo de compromiso, redactado en español, a una persona quechua hablante y analfabeta en el castellano, mediante el cual se comprometía a acatar una restricción de horario en su punto de ventas. El Tribunal Constitucional reconoce aquí la oportunidad de pronunciarse sobre la oficialidad de lenguas distintas al castellano porque en Carhuaz casi el 75% de su población es quechua hablante.



Sin embargo, la noción conceptual no quedaría completa si no nos respaldamos en pronunciamientos de los órganos de control internacionales, de allí que el siguiente acápite tendrá por objetivo analizar las principales decisiones a favor de las personas adultas mayores.

2.2. Análisis de los principales pronunciamientos de los órganos de control internacionales en favor de personas mayores de edad

Consideramos que existe una manera diversa de abordar el derecho de las personas mayores de edad entre la región latinoamericana y la centroeuropea. Debemos especificar que sobre los adultos mayores no se tiene un tratado o una convención concreta del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas, como sucede para otros grupos particulares (Celade, 2011: p.1).

Aun así, es posible evidenciar que la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, del año 2012, señala los principales objetivos que como región los países latinoamericanos pretenderían direccionar sus esfuerzos y adopción de medidas. Y del mismo modo, la modificada Carta europea de derechos plantea una dirección particular que se hará notoria cuando revisemos las principales decisiones del Tribunal Europeo sobre las personas mayores de edad. Al respecto, el presente cuadro nos permitirá desarrollar estas diferencias entre ambas Cartas:

| Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe | Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea |
|---|--|
| <p>Art. 1. Reafirmamos el compromiso expresado en la Declaración de Brasilia de no escatimar esfuerzos para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas mayores, trabajar en la erradicación de todas las formas de discriminación y violencia y crear redes de protección de las personas mayores para hacer efectivos sus derechos.</p> <p>Art. 6. Reforzaremos las acciones dirigidas a incrementar la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional y nos comprometemos a:</p> | <p>Art. 25. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.</p> |

| | |
|--|--|
| <p>a. Adoptar medidas adecuadas, legislativas, administrativas y de otra índole, que garanticen a las personas mayores un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos y prohíban todos los tipos de discriminación en su contra (...)</p> <p>f. Garantizar y proveer los recursos necesarios para el acceso de las personas mayores a la información y a la divulgación de sus derechos.</p> <p>Art. 7. Acordamos mejorar los sistemas de protección social para que respondan efectivamente a las necesidades de las personas mayores, mediante el impulso de las siguientes acciones:</p> <p>d. Promover la universalización del derecho a la salud de las personas mayores.</p> <p>Art. 8. Fomentamos el cumplimiento del derecho de las personas mayores a trabajar y tener acceso a actividades que generen ingresos, mediante las siguientes acciones:</p> <p>a. Promover el desarrollo de medidas dirigidas a asegurar la igualdad de trato y de oportunidades, en particular la igualdad en materia de condiciones de trabajo, orientación, capacitación y formación en todos los niveles, en especial la formación profesional, y colocación laboral.</p> <p>e. Estimular el emprendimiento y facilitar el acceso al crédito (...)</p> <p>Art. 12. Hacemos hincapié en las obligaciones de los Estados con respecto a un envejecimiento con dignidad y derechos, sobre todo la obligación de erradicar las múltiples formas de discriminación que afectan a las personas mayores, con especial énfasis en la discriminación basada en el género, por medio de:</p> <p>d. Garantizar el acceso equitativo de las mujeres y hombres mayores a la seguridad social y otras medidas de protección social, en particular cuando no gocen de los beneficios de la jubilación.</p> | |
|--|--|



Y es que mientras la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe pone énfasis en prohibir la discriminación legal que limiten el acceso a satisfacer diversas necesidades mínimas de las personas mayores de edad y el acceso a servicios, la Carta Europea, por su parte, pone énfasis en garantizar la independencia (autodeterminación sin interferencia) de las personas mayores de edad y en optimizar el libre desarrollo de la personalidad.

A lo mejor, esta afirmación preliminar deba sustentarse con un análisis más detallado, que excedería los objetivos de esta investigación, pero pueda sustentarse en que los países europeos tienen índices muy altos de población conformada por personas adultas mayores, a diferencia de lo que ocurre en los países latinoamericanos. Entonces, a diferentes necesidades, los países se enfocan en dar respuesta a distintas demandas en las políticas públicas.

Ahora bien, pese a lo señalado anteriormente, es posible corroborar lo anteriormente señalado con los principales pronunciamientos de los órganos de control internacional de ambas regiones. Y es que una intersección transversal en los casos “Cinco pensionistas vs. Perú”, “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, “Acevedo Buendía y otros vs. Perú”, “García Lucero y otras vs. Chile”, “Poblete Vílches y Otros vs. Chile” resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el énfasis en la prohibición de discriminación por indiferenciación al ser personas en estado de vulnerabilidad, la exigencia en adopción de medidas diferenciadas y la inclusión del adulto mayor en las políticas públicas (sociales).

Por su parte, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun cuando se ha observado similares preocupaciones en torno a la protección de los derechos de las personas mayores³, lo cierto es que en su más reciente jurisprudencia que hemos revisado a partir de la introducción de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea el giro al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de autodeterminación sin interferencia resulta interesante.

En ese sentido, el asunto *Dodov v. Bulgaria* hizo que el Tribunal se pronunciara en 2008 sobre la negativa de una persona adulta mayor a permanecer en un hogar social para personas con trastornos mentales por decisión propia. De igual modo, en el asunto *María Muñoz v. Spain*, si bien la sentencia del Tribunal Europeo evalúa principalmente que la denegación de la pensión de viudez ha sido discriminatoria, el trasfondo del caso es la participación de una persona adulta mayor gitana en la vida social y cultura en condiciones de igualdad.

Sin embargo, el caso más emblemático fue resuelto en el año 2017 en *Carvalho v. Portugal*. Y es que allí, dicho Tribunal hizo especial énfasis que las personas adultas mayores tenían derecho a decidir sobre su vida sexual y que suponía un

³ Cfr. TEDH, *Caso Sawoniuk Vs. Reino Unido*, No. 63716/00. Sentencia de 20 de mayo de 2001; *Caso Farbtuhs Vs. Letonia (Fondo y Satisfacción Equitativa)*, No. 4672/02. Sentencia de 2 de diciembre de 2004, y *Caso Dodov Vs. Bulgaria*, No. 59548/00. Sentencia de 17 de enero de 2008, párrs. 80 y 81.

estereotipo suponer que dicho grupo de edad no podría desarrollar libremente el ejercicio de sus derechos sexuales. En ese sentido, podemos sustentar a partir de los casos revisados que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por los problemas que se han presentado, tiene como eje la optimización del segundo párrafo del artículo 25 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Al respecto, conviene reflexionar si el Tribunal Constitucional peruano se encuentra en el marco propuesto por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o más bien ha evidenciado esta diferencia revisada entre los dos principales Cortes Internacionales de Derechos Humanos. A efectos de lo expuesto, proponemos el siguiente acápite.

2.3. Análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano sobre las personas adultas mayores

En el Tribunal Constitucional peruano es posible señalar que han existido oportunidades perdidas. Desde que formalmente se reiniciaron las labores del Tribunal no se evidencia una línea consolidada en el reconocimiento de derechos a las personas mayores de edad, más allá de algún pronunciamiento particular de algún(a) magistrado(a) puesto en su voto singular o en un fundamento de voto.

Así, por ejemplo, aun cuando el caso *Díaz Cáceres de Tinoco* (sentencia 00889-2017-PA/TC) aborda un problema estructural en el Perú: el derecho a que en las zonas donde predominen lenguas originarias, estas se instituyan como lenguas oficiales, y plantea una ruptura a un problema histórico, el cual se encuentra normalizado, lo cierto es que no tiene presente que la demandante, a la fecha de publicación de la sentencia, es una persona mayor de edad.

Ahora bien, este caso es analizado aquí sobre todo porque es la primera vez que el Tribunal Constitucional considera en un caso que se ha concretizado una discriminación por indiferenciación. Ello en razón de que el Estado peruano “viene tratando de la misma forma a quien tiene como lengua materna al castellano y quien no” (v. STC Exp. N° 00889-2019-PA/TC, FJ. 23). En otras palabras, para el Tribunal Constitucional la actuación de cualquier persona que tenga una cuota de autoridad debe establecer una diferenciación (a partir de las particularidades de algunas personas o grupos de personas) a situaciones que exigen distinto tratamiento.

De otro lado, también se perdió a nuestro juicio una oportunidad en el caso “Ley universitaria”, pues los profesores mayores de setenta años debían legalmente cesar de enseñar en las aulas universitarias. Aunque el caso finalmente permitió que las universidades, por decisión de su autonomía universitaria, contratasen aquellos profesores que requieran, no se evaluó una discriminación por edad, como apuntaba el magistrado Miranda Canales en su voto a dicho caso, y que recientemente ha sido expuesto en el expediente 03037-2019-PA/TC.



Tampoco en materia previsional se habría realizado una mayor optimización de los derechos de las personas adultas mayores, más allá de un reconocimiento a una situación de tutela de urgencia para evaluar un caso directamente por el Pleno cuando se verificaba que el solicitante de la pensión era una persona de 80 años en adelante. Lo cierto es que, por ejemplo, nuestro sistema previsional hasta ahora impone discriminación en razón de edad como ha sido evidenciado por el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña, pero que no sirvió para cambiar el resultado de la decisión por fundada. Al respecto, reproduzco el cuadro propuesto por dicho magistrado:

| PENSIÓN DE VIUDEZ | | |
|--|-----------|-----------|
| Decreto Ley 20530 (Artículo 32, c) | | |
| CRITERIO DE DIFERENCIACIÓN | MUJERES | VARONES |
| Incapacidad de auto subsistencia | No aplica | Requisito |
| Carecer de rentas o ingresos superiores al monto de la pensión | No aplica | Requisito |
| No afiliación a cualquier sistema de seguridad social | No aplica | Requisito |

Fuente: Voto Singular del Magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, v. Exp. 1752-2081-PA/TC.

Y es que, en el Perú, aún por estereotipos planteados por el legislador, se dispensa al varón un trato desventajoso respecto al de la mujer para obtener una pensión bajo el Decreto Ley 20530.

Pese a lo expuesto, el caso emblemático que ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional es el expediente 05157-2014-PA/TC (Caso María Chura Arcata). El caso plantea el problema que el Banco de la Nación impedía que la señora Chura, quién había cumplido 76 años, acceda a unos préstamos *multired* porque, a juicio del banco, su política del riesgo excluía a dichos grupos de personas. En este caso, el Tribunal Constitucional sigue a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reconocimiento de vulnerabilidad de las personas mayores de edad, en la necesidad de adoptar medidas legislativas que prohíban discriminaciones contra este grupo vulnerable, así como en la necesidad de inclusión de las políticas públicas del Estado peruano. Sin embargo, a mi juicio, pierde una oportunidad para pronunciarse sobre la independencia financiera de las personas adultas mayores y su vínculo con su libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, considero que esto no es un tema que debe ser obviado, pues pueden limitarse el contenido de derechos por la continua práctica judicial, como lo son

la dimensión del libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación que tienen las personas adultas mayores.

De las sentencias que hemos seleccionado podemos verificar que el Tribunal Constitucional peruano no ha tenido especial interés en evaluar las libertades de las personas adultas mayores que optimice su autodeterminación, máxime si se pone especial énfasis en que al primer caso peruano sobre inscripción de la unión civil celebrada en el extranjero entre dos personas del mismo sexo —y que fue rechazado mayoritariamente (STC 01739-2018-PA/TC— ni los jueces constitucionales, ni la academia peruana, se tuvo en cuenta que quien pretendía el reconocimiento de su unión civil en el Perú era una persona mayor de edad (Ugarteche Galarza).

3. Conclusiones

- Las nociones de discriminación por indiferenciación y ajustes razonables se enmarcan en la segunda parte del principio de igualdad, igualdad para los iguales y un trato diferente para lo distinto.

- Las nociones de discriminación por indiferenciación y ajustes razonables no son equivalentes. El primero presupone una discriminación de tipo legal, esto significa que es el legislador quien las configura con la no consideración de excepciones o especificaciones a situaciones diferentes. El segundo, más bien, refiere a adaptaciones o modificaciones necesarias en situaciones particulares.

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos plantean una dimensión del contenido distinta para los derechos de las personas adultas mayores. Mientras, la Corte se aboca a la inclusión de acceso de los derechos sociales a favor de los adultos mayores, la prohibición de discriminación y su inclusión en las políticas sociales; el Tribunal, por su parte, se orienta además al libre desarrollo de la personalidad de los adultos mayores.

- El Tribunal Constitucional peruano ha perdido valiosas oportunidades para optimizar el contenido de los derechos de las personas adultas mayores. Y reproduce en su jurisprudencia la orientación evidenciada para la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



4. Bibliografía

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

AÑÓN, M. J. (2013). Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio. En IGLESIAS, Alberto (coord.). *Historia de los derechos fundamentales*. Siglo XX. Tomo IV, vol. V, libro II, Madrid: Dykinson.

BREGAGLIO, R. (2010). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales desde una concepción dinámica y evolutiva de la progresividad, indivisibilidad e interdependencia: más allá de los tratados*. Tesis para obtener el grado de magíster en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía. (2011). *Los derechos de las personas mayores*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

COBREROS, E. (2007). Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta. España: *Revista española de derecho constitucional*, 27(81). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2695404>

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2014). *Observación general N° 2 Artículo 9: Accesibilidad*. CRPD/C/GC/2. <https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/2>

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2016). *Observación general núm. 3, sobre las mujeres y niñas con discapacidad*. CERPD/C/GC/3. <https://undocs.org/es/CRPD/C/GC/3>

CONSTANTINO, R. y GALICIA, S. (2015). *La configuración de los ajustes razonables en el ámbito laboral peruano: Definiciones, omisiones y propuestas*. Lima: Anuario de Investigación del Cicaj, 2013-2014.

CONTRERAS, F. (1994). *Derechos Sociales: Teoría e ideología*. Madrid, Editorial Tecnos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2003 Caso Cinco pensionistas vs. Perú.

2005 Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay.

2009 Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú.

2013 Caso García Lucero y otras vs. Chile.

2018 Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile.

DE ASÍS, R. (2017). De nuevo sobre la accesibilidad: diseño, medidas, ajustes, apoyos y asistencia. *El tiempo de los derechos*. <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1815>

ESPINOSA-SALDAÑA, E. (2019). *Sobre los límites del juez constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

FINSTERBUSCH, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. *Ius et Praxis* (07172877), 22(2). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200008

GARCÍA, J. (2000). La cláusula general de igualdad. En LÓPEZ GUERRA Luis y otros (autores). *Derecho Constitucional*. Volumen I. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blach.

MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS. (2020). *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Quinta edición. Lima: PUCP- Escuela de Posgrado.

PÉREZ BUENO, L. (2012). La configuración jurídica de los ajustes razonables. En: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. *Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*. Madrid: Ediciones Cinca. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4281611>

REY, F. (2011) ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional? Granada: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (45). <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/529>

REY, F. (2017). *Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018*. Madrid: UNED *Revista de Derecho Político*. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/20685/17163>

RORTY, R. (1993). *Human Rigths, Rationality, and Sentimentality*. Connecticut: *The Yale Review*, 81(4).

SALOMÉ, L. (2015). *La discriminación múltiple como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación*. Tesis para obtener el grado de magíster en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

1991 Sentencia 70/1991, de 8 de abril. <http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/>



BOE/BOE-T-1991-11643.pdf

2007 Sentencia 69/2007, de 16 de abril. <http://hj.tribunalconstitucional.es/ES/Resolucion/Show/6036>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

2017 Expediente 05157-2014-PA/TC

2018 Expediente 00889-2017-PA/TC

2021 Expediente 01752-2018-PA/TC.

2021 Expediente 03037-2019-PA/TC.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

2008 Case Dodov v. Bulgaria.

2009 Case Muñoz Díaz v. Spain.

2010 Case Louisa Watts v. United Kingdom.

2017 Case Carvalho v. Portugal.

