

ADULTOS MAYORES: DERECHOS A LA SALUD, A LA IGUALDAD Y AL SEXO

Jurisprudencia de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos. Derecho argentino.

Graciela Medina¹

SINTESIS.

Para lograr concretar en la práctica los derechos de los adultos mayores, se necesitó que la comunidad de naciones interamericanas dictara convenciones regional, en las cual los Estados se comprometían a establecer mecanismos idóneos para convertir en realidad los derechos de los ancianos, mediante la adopción de medidas positivas tendientes a evitar que, por su vulnerabilidad, no alcanzaran a gozar de sus derechos humanos básicos.

Dictadas la Convención Interamericana y aggiornadas las leyes nacionales, los datos que muestran la realidad y que plasman las estadísticas, reflejan que los longevos siguen siendo víctimas de violencia doméstica, sanitaria, y laboral en razón de su vulnerabilidad y que no gozan de igualdad con las demás personas en el ejercicio de sus derechos humanos básicos. Ello nos demuestra la necesidad de una ley de protección integral al adulto mayor y de campañas educativas para instalar el paradigma de su respeto.

SUMARIO: 1. Introducción y objetivos. 2. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de los Adultos mayores. 2.1. Derecho a la salud. 2.2. Derecho a brindar consentimiento, libre e informado en el ámbito de la salud. 3. Corte Interamericana de derechos Humanos Caso “Poblete Vilches y ots. vs. Chile”. 3.1. Los hechos. Contexto fáctico. 3.2. Sobre las personas mayores y el derecho a la salud. Enfoque de derechos humanos. 3.3. El Caso Poblete Vilches y el consentimiento informado por sustitución. Consentimiento por sustitución y acceso a la información en materia de salud a favor de los familiares. 3.4. La dignidad y la autodeterminación. 3.5. Conclusión al caso. 4. La salud sexual. 4.1. Los hechos. 4.2. Las sentencias de Portugal. 4.3. El recurso ante la Corte de Derechos Humanos de Europa. 4.4. La sentencia del TEDH. 5. Los adultos mayores en la legislación Argentina. 5.1. Protección constitucional. 5.2. Falta de legislación específica. 5.3. Código Civil y Comercial. Capacidad como regla y directivas anticipadas. 6. Conclusión.

1. Introducción y objetivos.

La Argentina, como muchos otros países se enfrenta al grave problema demográfico que presenta la tasa de natalidad relativamente baja, la alta tasa de desempleo y el envejecimiento de una parte de la población, que cada año aumenta su promedio de vida.

¹ Ex Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Consejera de la Facultad de Derecho de la UBA, Académica de la Academia de Córdoba de Ciencias Jurídicas.

El envejecimiento de la población (es decir, el incremento del porcentaje de personas de edad avanzada en la población global) es la consecuencia de los considerables progresos realizados en los ámbitos económico, social y médico.

Este aumento del promedio de vida es muy beneficioso para el ser humano pero plantea problemas en términos de respeto de sus derechos humanos ya que a menudo en la edad avanzada los adultos mayores se encuentran en situación de vulnerabilidad y dependencia. Y también plantea desafíos en términos de financiación de las jubilaciones y de mantenimiento de los adultos mayores que hoy viven hasta los 80 y 90 años, y que a menudo en la ancianidad se encuentran en situación de fragilidad y dependencia.

El envejecimiento de la población por otra parte tiene repercusión en la protección social y las finanzas públicas.

Con la política actual, el envejecimiento provoca una considerable presión al alza en los gastos públicos. Este déficit presupuestario pone en peligro el futuro equilibrio de los sistemas de jubilación, de protección social en general e incluso el potencial de crecimiento económico

Observando la situación demográfica del país advertimos el crecimiento de la expectativa de vida y el envejecimiento de la población, unido al desempleo que hace que cada día aumente el número de personas que tiene que ser mantenida por la población activa.

En nuestro país el camino hacia el envejecimiento poblacional se inició alrededor de 1920 y avanzó de manera intensa desde la segunda mitad del siglo XX hasta mediados de la década del 70. Entre 1914 y 1947 la tasa global de fecundidad pasó de 5,3 a 3,2 hijos por mujer y la esperanza de vida se incrementó en 12,6 años a causa de las mejoras relativas a la baja en la tasa de mortalidad. En el caso argentino, además de la caída en la fecundidad y de la mortalidad, el componente migratorio tuvo un impacto relevante en el comienzo de este proceso. Si bien el fuerte afluente de población migrante de ultramar de fines del siglo XIX era principalmente joven, al promediar el siglo XX el peso de los migrantes en la población de 65 años y más representaba casi el 60%. A partir de los años 70, el incremento de la población de mayor edad continuó con su tendencia creciente, pero a un ritmo mucho menor. Simultáneamente se produjo una reducción de la proporción de la población joven en un 30% de la población total.

A ello se le suma que en los últimos diez años se han agregado al sistema jubilatorio estatal 4.000.000 de personas que nunca realizaron aportes o que si los hicieron fueron hechos en forma incompleta y que deben ser sostenidos por el Estado Nacional, es decir por la clase activa.

El sistema Jubilatorio trasciende la garantía de percepción de ingresos monetarios, ya que conlleva además los beneficios del acceso a servicios de salud especializados y gratuitos, como los que proporcionan el PAMI, servicios turísticos, descuentos y promociones especiales.

Como vemos el tema de la ancianidad puede ser abordado desde distintas órbitas, en el presente artículo nos proponemos abordar el tratamiento específico del derecho a la igualdad y no discriminación en el derecho a la salud, incluida la sexual y a la autodeterminación de los adultos mayores.

Partimos de afirmar que las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada en materia de salud que exige la adopción de medidas diferenciadas. Sea en la esfera privada como en la pública, y que el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación.

El tratamiento del derecho a la salud puede ser realizado de múltiples maneras, por nuestra parte pensamos realizarla desde lo establecido por la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos², lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte de Derechos Humanos de Europa, el Derecho y la Jurisprudencia Argentina.

2. Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de los Adultos mayores

Los grupos más vulnerables en la sociedad contemporánea son los niños, las mujeres, los discapacitados y los ancianos. Los tres primeros tienen Convenciones Internacionales que los protegen mientras que los adultos mayores, carecen de ellas hasta el momento.

La Comunidad internacional trabaja activamente para su dictado con el convencimiento que en la lucha por los derechos humanos se obtienen mayores logros si el conjunto de naciones se pone de acuerdo en hacer efectivo los derechos de quienes más lo necesitan.

² En este análisis tendremos en cuenta las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) aprobada por ley 25.378 y que desde diciembre de 2014 cuenta con jerarquía constitucional (ley 27.044), y en especial la Observación General nro. 1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, que se refiere al derecho a planificar anticipadamente el ejercicio de la capacidad jurídica

Hasta ahora no existe ninguna convención internacional vinculante, pero Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobaron el 15 de Junio del 2015 la primera Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en la Asamblea General de la institución, y de inmediato la firmaron los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay en la sede principal del organismo hemisférico en Washington DC.

La convención fue aprobada teniendo en cuenta lo establecido en los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); la Proclamación sobre el Envejecimiento (1992); la Declaración Política y el Plan de Acción de Madrid sobre el Envejecimiento (2002), así como los instrumentos regionales tales como la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento (2003); la Declaración de Brasilia para la región de América Latina y el Caribe (2007), la Declaración de Compromiso de Puerto España (2009) y la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores en América Latina y el Caribe (2012).

El objeto de la Convención –el primer instrumento regional de su tipo en el mundo- es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce del ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayores, para contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. El punto de partida de la Convención es el reconocimiento de que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales existentes se aplican a las personas mayores, y que deberían gozar plenamente de ellos en igualdad de condiciones con los demás.

En la actualidad, las personas con 60 o más años de las Américas representan el 14 por ciento del total de la población del hemisferio (más de 135 millones de personas). En 2030, cerca de dos de cada cinco personas tendrán 60 o más años, y en total habrá más de 215 millones de personas mayores en las Américas. La Convención permitirá reforzar las obligaciones jurídicas de respetar, promover y realizar esos derechos humanos de las personas mayores. Su ratificación obliga a los Estados a adoptar medidas, a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos.

El texto de la Convención se estructura en un Preámbulo y VII Capítulos, que abordan: el primero, su objeto, ámbito de aplicación y definiciones, el Capítulo II y III se refiere a los principios generales y obligaciones de los Estados, el IV incluye los derechos protegidos, estos son: igualdad y no discriminación por razón de edad; derecho a la vida y dignidad en la vejez; independencia y autonomía; seguridad y a una vida sin violencia; a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud; derechos de las personas mayores que reciben servicios de largo plazo, libertad personal, de expresión, opinión y acceso a la información, nacionalidad y libertad de circulación, derecho a la privacidad e intimidad, seguridad social, trabajo, salud, educación, cultura, recreación, esparcimiento y deporte, derecho a la propiedad, vivienda, medio ambiente sano, accesibilidad y movilidad personal derechos políticos, y ante situaciones de riesgo y emergencia humanitarias y, finalmente, al igual reconocimiento como persona ante la ley. Existe un capítulo dedicado exclusivamente a la toma de conciencia y los últimos dos capítulos establecen los mecanismos de seguimiento, incluido un sistema de peticiones individuales y, finalmente, las disposiciones generales sobre entrada en vigor, reservas, denuncias, depósito y enmiendas.

La Convención sobre la protección de los derechos de las personas mayores se convierte en el nuevo estándar del continente americano, sentando de esta forma un precedente a nivel mundial.

Ella entró en vigencia en Octubre del año 2017 luego de que los Parlamentos de dos países del continente Argentina y Chile, la ratificaran.

Es importante señalar que para la Convención se es anciano a partir de los 60 años, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que ésta no sea superior a los 65 años.

2.1. Derecho a la salud

La Convención establece claramente que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación y correlativamente obliga a los Estados a diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor, a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social.

2.2. Derecho a brindar consentimiento, libre e informado en el ámbito de la salud

Correlativamente con el derecho a la salud la Convención reconoce a la persona mayor el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.

Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa; así como de ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación a cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, la Convención obliga a los Estados elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.

Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor.

Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico, sin el consentimiento informado de la persona mayor.

En los casos de emergencia médica que ponga en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional.

La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.

Al adherir a la convención los Estados Parte se comprometen a establecer un proceso a través del cual la persona mayor, pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada, e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluyendo los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a

través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional.

3. Corte Interamericana de derechos Humanos Caso “Poblete Vilches y ots. vs. Chile”

A continuación analizaremos el primer caso en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió sobre el derecho a la salud con respecto a los adultos mayores.

El conocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es fundamental porque la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha precisado que las decisiones jurisprudenciales de la Corte IDH, deben servir de guía en el control de constitucionalidad, aun cuando la Argentina no sea parte³.

Teniendo en cuenta lo anterior, creemos que es importante el conocimiento de este precedente, sobre todo teniendo en cuenta que en él, el Tribunal de Costa Rica, entendió que los Estados tienen un deber reforzado con respecto al derecho a la salud de los adultos mayores, y ello debe ser tenido especialmente en cuenta en un entorno con creciente población anciana.

La Corte IDH abordó en el caso “Poblete Vilches y otros vs. Chile” por primera vez el derecho a la salud como derecho autónomo, como así también el tema del consentimiento informado y la situación de las personas adultas mayores vinculado al derecho a la salud, teniendo en cuenta su situación de vulnerabilidad.

En el fallo del 8 de marzo de 2018, la Corte declaró por unanimidad la responsabilidad internacional de Chile, por no garantizar al sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches su derecho a la salud, sin discriminación, a través de servicios esenciales básicos y urgentes con relación a su situación de vulnerabilidad como persona mayor, produciéndose posteriormente su muerte. Declaró también que se vulneró el derecho a la vida e integridad personal, como el derecho de obtener el consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud. Todo ello en perjuicio del sr. Poblete y de sus familiares, como el derecho al acceso a la justicia e integridad personal en perjuicio de sus familiares.

3.1. Los hechos. Contexto fáctico

Este caso se refiere a la atención médica del Sr. Poblete Vilches de 76 años de edad en el Hospital Público Sótero del Río. La primera vez que Poblete Vilches ingresó al nosocomio lo hizo víctima de una afección respiratoria y fue intervenido estando inconsciente; sin haber prestado consentimiento

³ Caso “Giroldi” Fallos 318:514.

informado personal y sin consentimiento de su familia, encontrándose en terapia intensiva, se falsificó su consentimiento informado.

El Sr. Poblete Vilches fue luego dado de alta de manera temprana sin mayores indicaciones, volviendo a ingresar al hospital donde se lo internó en terapia intermedia. Se requirió en ese momento de un respirador mecánico, que no fue suministrado, y no se lo trasladó a otro centro que tuviera el respirador que el paciente requería. Finalmente el paciente fallece a los pocos días.

3.2. Sobre las personas mayores y el derecho a la salud. Enfoque de derechos humanos. ⁴

La sentencia de la Corte aborda el derecho a la salud de manera autónoma como parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), protegido por el art. 26 de la CADH y la situación de las personas mayores de edad en relación con el mencionado derecho a la salud.

La Corte incorporó en el catálogo de derechos protegidos, los DESCAs y conforme una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, recurre al corpus juris internacional y nacional en la materia, para dar contenido a los derechos tutelados por la Convención y de este modo precisa el alcance de las obligaciones específicas del derecho a la salud señalando que se trata de aquel derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, que implica las condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna.

El Tribunal en el párrafo 131 expresamente dice que *“[El] adulto mayor es un paciente vulnerable en general; es un paciente que va a necesitar no solamente del médico sino de la sociedad para llevarlo adelante. Ya no se habla más de expectativa de vida [...] [se habla de años de vida libre de enfermedad [...] por eso es que necesita el apoyo de todo el Estado. Nos tenemos que involucrar todos para que tengamos la mayor cantidad de años de vida [de calidad] [...] [todos vamos a envejecer si tenemos suerte [...]]. Lo que tenemos que hacer es formar gente y formar el medio, la sociedad para que tengamos el lugar correcto para ser tratados”*.

La Corte IDH concretamente entiende que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos y que todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino

⁴Medina, Graciela - Yuba, Gabriela” Las personas mayores y el derecho a la salud. Reflexiones a partir del caso "Poblete Vilches y otros vs. Chile" de la Corte IDH" • • DFyP 2018 (octubre) , 121 • TR LALEY AR/DOC/1843/2018

también a un estado completo de bien estar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. (párr. 118).

La Corte Interamericana pone de relieve que es la primera vez que le toca expedirse sobre el derecho a la salud y las personas mayores, y en este sentido expone que los estados tienen un deber reforzado frente a ellos para garantizarles el derecho a la salud.

En este sentido, la Corte IDH *destaca como un hecho ineludible que la población está Envejeciendo de manera constante y considerable. El cambio vertiginoso del escenario demográfico en los países de la región presenta retos y desafíos, por lo cual este impacto en los derechos humanos hace necesario que los Estados se involucren para dar respuesta* (párr. 130).

La Corte nota que, en muchas situaciones, se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud. Sobre el particular, resalta la existencia de diversos factores como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Asimismo, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico - paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación.

Respecto de las acciones y omisiones acreditadas, del acervo probatorio, se desprende que durante el *primer ingreso* del señor Poblete Vilches al Hospital Sotéro del Río, existían signos que demostraban que la decisión de dar de alta en forma temprana, no era una medida pertinente; Lo anterior, resultó en una acción médica, al menos irresponsable, ya que de la prueba se desprende que no existían las condiciones médicas necesarias para declarar el alta temprana, especialmente frente a la posibilidad de contraer una infección intrahospitalaria. Así, el paciente fue externado afiebrado y emanando pus por las heridas. Tampoco se les brindó a los familiares indicación alguna de cómo cuidar al paciente en su domicilio, ni cuáles podrían ser las señales de alarma. Por lo cual, es claro para la Corte que las autoridades tenían conciencia de su situación crítica y frente a ello, el alta temprana tuvo una incidencia considerable, al menos, en el rápido deterioro que sufrió inmediatamente luego de su pronta salida del Hospital Sotéro del Río, lo cual representó una negligencia médica.

Respecto de los elementos de *accesibilidad y aceptabilidad*, la Corte destaca que la edad del señor Poblete Vilches, resultó ser una limitante para recibir una atención médica oportuna, pues de los hechos del caso se desprende que no se le brindó el tratamiento médico adecuado, en parte, por su condición de persona mayor, razón por la cual no se priorizó su tratamiento médico a pesar de su condición crítica y su avanzada edad (párr. 52). Además, resulta inaceptable la falsificación del consentimiento de los familiares y la falta de información clara y accesible sobre la condición del paciente.

La Corte estima que el Estado negó al señor Poblete Vilches un tratamiento médico de urgencia, no obstante habría consciencia, por parte del personal médico, que su vida se encontraba en riesgo si no se dispensaba el soporte vital requerido, y particularmente frente a su situación de adulto mayor (párr. 137). Así, el Estado no adoptó las medidas necesarias, básicas y urgentes que razonablemente podrían haberse adoptado para garantizar su derecho a la vida (párr. 141 y 142). Asimismo, el Estado no aportó una justificación válida para haber negado los servicios básicos de urgencia.

3.3. El Caso Poblete Vilches y el consentimiento informado por sustitución. *Consentimiento por sustitución y acceso a la información en materia de salud a favor de los familiares*

Respecto del derecho a obtener un consentimiento informado, la Corte reconoce en el fallo Poblete que el artículo 13 de la Convención Americana incluye el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole lo cual protege el derecho de acceso a la información, incluyendo información relacionada con la salud de las personas. En este sentido, se estableció que el consentimiento informado consiste “*en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo*”.

El problema se presenta cuando el consentimiento no puede ser prestado por el paciente y debe ser dado por los familiares, que fue el caso que se presentó en Poblete Vilches y que se puede presentar en muchos supuestos de ancianos que pierden su capacidad temporariamente.

En ese supuesto la Corte ha resaltado que la información debe ser brindada a los familiares, para que el consentimiento prestado por el adulto mayor sea válido, a saber “*la Corte entiende que el consentimiento por representación o sustitución se actualiza cuando se ha comprobado que el paciente, por su especial condición, no se encuentra en la capacidad de tomar una decisión en relación a su salud, por lo cual esta potestad le es*

otorgada a su representante, autoridad, persona, familiar o institución designada por ley. Sin embargo, cualquier limitación en la toma de decisiones tiene que tener en cuenta las capacidades evolutivas del paciente, y su condición actual para brindar el consentimiento”.

3.4. La dignidad y la autodeterminación

En cuanto al derecho a la dignidad consagrado en el artículo 11 de la Convención Americana, la Corte analiza que un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

De este modo, la existencia de una conexión entre el consentimiento informado con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud exige, por un lado, que el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia.

3.5. Conclusión al caso

En definitiva en el caso concreto, la Corte considera que el Estado de Chile no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares referidos por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas, es decir de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia. Asimismo, el Estado incumplió con su deber de obtener el consentimiento informado por sustitución de los familiares frente a la intervención quirúrgica practicada, así como de brindar información clara y accesible para los familiares respecto del tratamiento y procedimientos practicados al paciente.

Las negligencias asumidas en el segundo ingreso, particularmente, al negarle un respirador, así como la posibilidad de ingresar a la unidad de cuidados requerida y no ser trasladado a otro centro que pudiera brindarle tales medidas, en parte por su condición de adulto mayor, redujo de manera considerable las posibilidades de recuperación y sobrevivencia del paciente, por lo que su fallecimiento resulta imputable al Estado. Asimismo, la Corte sostuvo que la edad del señor Poblete Vilches, como categoría protegida de la no discriminación, resultó ser una limitante para que recibiera la atención médica requerida.

4. La salud sexual

Dentro del concepto de salud, se encuentra incluido el de la salud sexual y del disfrute al derecho a la vida sexual, que debe ser igualitario tanto para hombres como para mujeres. A continuación vamos a analizar un fallo dictado por el Tribunal de Derechos Humanos de Europa, que reconoció que el derecho a la sexualidad exige que se permita la posibilidad de gozar del placer sexual sin discriminación por motivos de edad o sexo, al tiempo que reconoció el derecho a la libertad de gozar la sexualidad de las personas mayores, con independencia de su capacidad reproductiva y determinó que asociar el derecho a la sexualidad de la mujer con su capacidad reproductiva, constituía un atávico estereotipo, propio de una errada actitud patriarcal.

Evidentemente en la mayoría de los casos, la sociedad le sigue dando mayor valor a la vida sexual de los hombres después de cumplidos los 60 años, que a la sexualidad de las mujeres de igual edad. Esto constituye una clarísima y atávica forma de discriminación contra la mujer, por su condición de tal y de adulta.

Prueba de la diferente valoración del goce sexual de la mujer adulta a la del hombre adulto está dado por la sentencia de la Corte Administrativa de Portugal dictada en el caso de María Ivonne Carvalho Pinto de Sousa Morais⁵, donde el máximo Tribunal Portugués muestra la existencia de prejuicios, basada en estereotipos erróneos de género y edad y condena a indemnizar la incapacidad de goce sexual de una mujer en forma hasta cuatro veces menor, que la de un hombre, además de atribuir a la mujer una capacidad meramente doméstica.

Esta discriminatoria condena obligó a María Ivonne Carvalho Pinto de Sousa Morais a recurrir a la Corte de Derechos humanos de Europa quien condenó a Portugal por tal violación.

4.1. Los hechos⁶

María Ivonne Carvalho Pinto de Sousa Morais a la edad de 50 años, sufrió una incorrecta cirugía ginecológica que le causó daños trascendentes para su vida, ya que le produjo un 73% de discapacidad, y específicamente le causó problemas de movilidad, incontinencia e imposibilidad para mantener relaciones sexuales. Por tales daños reclamó una indemnización equivalente a 325,050, euros (EUR), por daño físico y 249,399 EUR por daño moral.

4.2. Las sentencias de Portugal

⁵ Corte Europea de Derechos del Hombre, "Case of Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal" (Application no. 17484/15) 25 de julio 2017.

⁶ Medina, Graciela "El valor del sexo para las mujeres después de los cincuenta años" DFyP 2018 (diciembre), 171 • TR LALEY AR/DOC/2424/2018

La Corte Administrativa de Lisboa, hizo lugar a la pretensión resarcitoria y condenó a pagar a la actora EUR 80,000 por daño no patrimonial y EUR 92,000, por daño patrimonial dentro de ellos EUR 16,000 estaban destinados a pagar una empleada para que le ayudara en las tareas cotidianas.

El Tribunal Supremo administrativo redujo el importe de la indemnización en el daño moral por pérdida de goce sexual porque consideró "(...) 3) *teniendo en cuenta la edad de sus hijos, la demandante probablemente solo necesita cuidar de su marido, lo que implica que no necesitaba tener a una empleada a tiempo completo.* 4) (...) *no debemos olvidar que cuando tuvo lugar la operación, la demandante ya tenía 50 años y dos hijos, es decir, estaba en una edad en la que el sexo no es tan importante como en edades más tempranas, pues su importancia disminuye con la edad*".

La indemnización fue reducida de de EUR 80,000 por daño moral a EUR 50,000.

En casos similares con respecto a hombres la Corte portuguesa había condenado a cifras muy superiores. En alguno caso al doble y en otros casos cuatro veces más.

Así p. ej., en un caso en que un hombre había sido sometido a una mala praxis en una cirugía de prostatectomía completa (prostatectomía radical) en el que al quitársele la glándula de la próstata le habían convertido en impotentes e incontinente. La Corte Suprema de justicia encontró que se había sido un error médico y otorgó a la demandante 224,459.05 euros en concepto de indemnización por daño moral. Para justificar el importe concedido el Tribunal declaró: "es irrefutable que el demandante ha sufrido daños morales por prostatectomía total que lo vuelve impotente e incontinente".

Es decir que la impotencia e incontinencia masculina fue valorada tres veces más que la impotencia e incontinencia femenina. Y al sentenciar a favor del hombre no se tuvo en cuenta que tener más de cincuenta años disminuye el goce sexual.

4.3. El recurso ante la Corte de Derechos Humanos de Europa

La demandante se quejó ante el TEDH, de que la decisión del Tribunal Supremo Administrativo de Portugal era discriminatoria por razón de sexo y de edad, y contraria al art. 14 del Convenio en relación con su art. 8º.

Concretamente María Carvalho planteó que la sentencia del Tribunal Supremo Administrativo en su caso le había discriminado en razón de su sexo y edad. Ella se quejó, en particular, que habían ignorado la importancia de una vida sexual para ella como una mujer adulta.

4.4. La sentencia del TEDH

El TEDH le dio la razón a la demandante. Consideró, en primer lugar, que el art. 14 era de aplicación al caso porque trataba del derecho a la vida privada de la demandante.

El TEDH recordó que deben darse razones de peso para justificar una diferencia de trato basada en el género (Sentencia "Konstantin Markin vs. Rusia [GC]"⁷), también puso de relevancia que una diferencia de trato basada en la edad precisa ser justificada, y encontró que no se trataba simplemente, que en la decisión del alto tribunal portugués, hubieran frases desafortunadas, sino que la edad y el sexo de la demandante habían sido decisivos para cuantificar los daños, no solo en cuanto a su vida sexual sino también, p. ej., cuando indicaba que probablemente solo necesitaba ya cuidar de su marido.

Por otra parte, el TEDH se fijó en la manera en que el Tribunal Supremo Portugués había tratado dos casos previos de negligencia médica o mala praxis en pacientes masculinos, de 55 y 59 años, que habían sufrido incontinencia e impotencia como consecuencia de sendas operaciones quirúrgicas de prostatectomía. Y puso de relieve la diferencia indemnizatoria con la mujer, señalando que el primero de los hombres recibió 100 000 euros de indemnización por daño moral y el segundo, 240 000 euros, mientras que la mujer de 50 años solo se indemnizó su daño inmaterial con la suma de Euros 50000.

En esos supuestos, el Alto Tribunal Portugués consideró que la imposibilidad para esos hombres de mantener relaciones sexuales normales había afectado a su autoestima y producido un "tremendo shock" y un "fuerte shock mental", mientras que la edad de ellos no se consideró, relevante en orden a valorar la incapacidad sexual.

Mientras que para cuantificar los daños y para reducirlos se valoró que la mujer ya "tenía 50 años" y en ningún momento se tuvo en cuenta como la falta de capacidad sexual influía en su autoestima.

El TEDH pone de relieve que la afirmación de que la sexualidad no es tan importante para una mujer de más de 50 años y madre de dos hijos como podría serlo para una mujer más joven "refleja una idea tradicional de la sexualidad de la mujer como esencialmente ligada a fines reproductivos e ignora su importancia física y psicológica de la auto-realización de la mujer como persona".

La corte reconoce que al decidir el reclamo relacionado con daños morales en el marco del procedimiento de responsabilidad, los tribunales nacionales puedan ser llamados a tener en cuenta la edad de los reclamantes.

El error de la sentencia portuguesa no está en considerar la edad o sexo para establecer la indemnización, sino en juzgar que la sexualidad no es tan

⁷ CEDH, "Case of Konstantin Markin vs. Russia" (Application no. 30078/06), 22 marzo 2012.

importante para una mujer de cincuenta años de edad y madre de dos niños en cuanto a alguien de una edad más temprana.

Ese supuesto refleja una idea tradicional de la sexualidad femenina ligada esencialmente a fines procreacionales y así ignora su importancia física y psicológica para la autorrealización de las mujeres como personas. Aparte de ser, de una manera prejuiciosa, este razonamiento omite tomar en consideración otras dimensiones de la sexualidad de las mujeres.

Por nuestra parte queremos poner de relevancia, que no se pueden reducir indemnizaciones morales de la mujer adulta mayor señalando que el sexo no es tan importante como en años más jóvenes porque ella habría perdido la fertilidad, ya que ello implica no reconocer el derecho sexual de los adultos mayores, ni garantiza a la persona mayor el goce efectivo del derecho a vivir con dignidad.

5. Los adultos mayores en la legislación Argentina

En la Argentina no hay una ley de protección integral para los ancianos, como si lo hay para las mujeres y para los niños, pero como nuestro país ha ratificado la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, existe una protección convencional para la tercera edad.

5.1. Protección constitucional

No obstante no existir una legislación específica para el adulto mayor, las políticas de estado en materia de vejez tienen antecedentes en la década de 1940, cuando se establecieron los “Derechos de la Ancianidad” por iniciativa de la Fundación de Ayuda Social, que reconocía el derecho de las personas que habían dado su esfuerzo en bien de la comunidad. Esta conquista, fue incorporada en la Constitución de 1949 que receptó el derecho a la asistencia, los alimentos, vestido, salud, recreación y trabajo del adulto mayor.

Derogada la Constitución de 1949, es recién en el año 1994 cuando la ancianidad recibe protección constitucional. En efecto con la reforma constitucional de 1994, se establecen en el artículo 75, inciso 23, las atribuciones del congreso para promover acciones positivas que garanticen el pleno goce de los derechos de los ancianos.

5.2. Falta de legislación específica.

Por otra parte, si bien los adultos mayores son mencionados específicamente en algunas leyes referidas a salud o a previsión social, por ejemplo respecto de las jubilaciones o a violencia, como decíamos antes, no se ha logrado una ley nacional de protección integral de los derechos de las personas mayores, como si se ha alcanzado en los casos de otros grupos,

mencionados en convenciones internacionales específicas, con lo cual para determinar el régimen que los rige hay que bucear en todo el ordenamiento

5.3. Código Civil y Comercial. Capacidad como regla y directivas anticipadas

Al respecto cabe señalar que en consonancia con la evolución de la temática de los adultos mayores, el Código Civil y Comercial del 2015, estableció como regla general la capacidad de las personas sin importar la mayor edad en orden a su determinación.

Por otra parte, las Cien Reglas de Brasilia para las Personas en Condición de Vulnerabilidad, consideró a la vejez como grupo vulnerable.

En relación con los adultos mayores en el ámbito penitenciario, tratándose de un grupo vulnerable, nuestro país considera que la práctica del encierro en unidades carcelarias constituye maltrato, se prioriza el cumplimiento de la prisión domiciliaria a partir de los setenta años.

Argentina sancionó un Código Civil y Comercial en 2015. Este Código reemplazó al Código Civil de 1869 y al Código de Comercio de 1862. El Código Civil y Comercial no regula específicamente a la "persona mayor" como grupo de edad a proteger, pero existen diversas normas que abordan indirectamente el tema. Ahora bien con respecto a la salud el sistema argentino permite dictar medidas voluntarias, permitiendo al propio adulto mayor designar representantes o personas de apoyo para el caso de su incapacidad o/y, dar instrucciones o expresar deseos sobre cuestiones que puedan surgir en caso de tal incapacidad.

Las directivas anticipadas son una declaración escrita de los deseos de una persona con respecto al tratamiento médico, que a menudo incluye una designación de representante, hecha para garantizar que esos deseos se lleven a cabo en caso de que la persona no pueda comunicarlos a un médico.

Sin entrar en el debate de fondo sobre la naturaleza jurídica de las directivas anticipadas, consignamos que se ha señalado que "las Directivas Anticipadas son instrucciones precisas que toda persona capaz deja por escrito sobre qué tipo de cuidados desea recibir o no, cuando no pueda tomar decisiones o expresar su voluntad; esta práctica de la autonomía pone en conflicto la relación con el médico si éste pretende retomar el esquema paternalista e imponer su voluntad sobre la del enfermo."

El advenimiento de las Directivas Anticipadas aparece entonces como una consecuencia necesaria para garantizar la autonomía del individuo y hace visible el cambio de paradigma en la relación médico-paciente⁸.

Por su parte, Ricardo Rabinovich-Berkman ubica a las directivas anticipadas como subgrupo dentro de las "Declaraciones Vitales de Voluntad" y las caracteriza como "*manifestaciones que involucran una orden terapéutica, para ser cumplida en un escenario futuro en caso de hallarse su otorgante privado de la posibilidad de emitir una decisión jurídicamente respetable*"⁹.

Una de las ventajas de las directivas anticipadas es que brindan a las personas la comodidad de saber que sus preferencias han sido declaradas y están disponibles para sus familias y médicos, y la tranquilidad que proviene de saber que podrán comunicarse con sus familias y médicos a través de una directiva basada en su filosofía personal, para que las decisiones se puedan tomar con tranquilidad y de acuerdo a sus creencias

El Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 60 se refiere a las Directivas Médicas Anticipadas, disponiendo que: "*La persona totalmente capaz puede anticiparse a las directivas y conferir un mandato con respecto a su salud y en previsión de su propia discapacidad. También podrá designar a la persona o personas que deban expresar su consentimiento a los actos médicos y ejercer su tutela. Las directivas que implican el desarrollo de prácticas de eutanasia se consideran no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser revocada libremente en cualquier momento*".

Entendemos que la regla Código Civil y Comercial de la Nación es muy valiosa porque no solo proporciona directivas médicas anticipadas, sino que también autoriza a dar un mandato para la discapacidad en sí. Este mandato, a diferencia de lo que ocurre con los mandatos ordinarios, no se extingue con la incapacidad del mandante, sino que asume efectividad cuando la persona es declarada incapaz o de capacidad restringida o se encuentra en tal condición que no puede expresar su voluntad.

El adulto mayor tiene la posibilidad de dictar directivas anticipadas, pero para poder otorgarlas el artículo 60 exige que la persona sea una "persona plenamente capaz". Esta disposición plantea problemas interpretativos en

⁸ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás - MUÑIZ, Carlos Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado DFyP 2015 (junio), 08/06/2015, 147; LALEY AR/DOC/1411/2015 FERRARI, Ma. Laura et al., "Directivas anticipadas: un progreso legislativo", Pensar en Derecho, nro. 3, Facultad de Derecho UBA, 2013, p. 285.

⁹ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, "Actos jurídicos y documentos biomédicos", La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 345.

lo que respecta a las personas con capacidad reducida o a las personas de edad avanzada. Si bien el artículo 60 exige "plena capacidad", los principios que rigen la materia no deben llevar a desconocer el derecho de un sujeto que está en condiciones de hacerlo y cuya capacidad no ha sido restringida en estos aspectos, a anticiparse a sus directivas sobre salud.

El envejecimiento es un proceso gradual que se desarrolla a lo largo de la vida e implica cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales con consecuencias variables, que se asocian a interacciones permanentes y dinámicas entre el individuo y su entorno. El envejecimiento representa un estado biológico normal inherente al propio proceso de la vida, en el que esa normalidad se traduce en disminuciones y cambios, tanto psíquicos como físicos, de carácter cuantitativo y armonioso que, siendo propios de ese estado, no pueden ser juzgados como síntomas patológicos.

Las limitaciones que se producen en esta etapa incluyen el pensamiento sensorial (visual y auditivo) y la conciencia, lógico y cognitivo (son escasamente impulsivas e iniciáticas); además, se exalta la autoafectividad. La senescencia aporta así un cuadro psicofísico de mutaciones que determinan manifestaciones de comportamiento sin precedentes, pero que son expresiones de un proceso biológico normal. Tanto es así que incluso se podría decir que lo anormal sería que tales cambios no se manifestaran.

En resumen, la senescencia no significa falta de salud, sino una salud con su propio significado, y en este orden de ideas se ha dictaminado con razón que los aspectos débiles de la psique de una persona mayor no son los indicios de desequilibrio mental, sino de la normalidad psíquica de un adulto mayor. Estas consideraciones nos llevan a advertir de que si se permitiera la restricción de la capacidad por el simple envejecimiento, la personalidad se vería seriamente afectada en un aspecto de tanta importancia como el de las medidas voluntarias. Así, las legítimas decisiones, conveniencias y preferencias de los ancianos estarían sujetas a la aprobación o censura de quienes pudieran emprender, o no, procesos de inhabilitación, en función de la docilidad o independencia de aquellos.

Dado que la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores está vigente en Argentina, la autonomía de estas personas debe ser respetada en la medida establecida por ella.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 11 de la Convención Interamericana alude específicamente a la obligación de los Estados Partes de establecer un procedimiento que permita a las personas mayores indicar expresamente por adelantado su voluntad e instrucciones con respecto a las

intervenciones de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. De acuerdo a ello creemos que en principio la persona mayor es plenamente capaz para dictar directivas anticipadas y que su mayor edad no puede restringir su capacidad.

6. Conclusión

Para lograr concretar en la práctica los derechos de los adultos mayores, se necesitó que la comunidad de naciones interamericanas dictara convenciones regional, en las cual los Estados se comprometían a establecer mecanismos idóneos para convertir en realidad los derechos de los ancianos, mediante la adopción de medidas positivas tendientes a evitar que, por su vulnerabilidad, no alcanzaran a gozar de sus derechos humanos básicos.

Dictadas la Convención Interamericana y aggiornadas las leyes nacionales, los datos que muestran la realidad y que plasman las estadísticas, reflejan que los longevos siguen siendo víctimas de violencia doméstica, sanitaria, y laboral en razón de su vulnerabilidad y que no gozan de igualdad con las demás personas en el ejercicio de sus derechos humanos básicos. Ello nos demuestra la necesidad de una ley de protección integral al adulto mayor y de campañas educativas para instalar el paradigma de su respeto.