

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VII – NÚMERO XII

1º SEMESTRE 2021

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO VII, N. XII, 1º SEM. 2021



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396-00012

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00012.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VII – NÚMERO XII

1º SEMESTRE 2021

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2021

COLABORADORES

Adriane Garcel	Marco Antônio Lima Berberi
Alfredo Soler del Sol	Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
Andréa Arruda Vaz	Maria Soledad Racet Morciego
Antônio César Bochenek	Marilene Araujo
Bento Herculano Duarte Neto	Matheus Schimilouski Duvoisin
Carmen Luiza Dias de Azambuja	Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto
Deilton Ribeiro Brasil	Narbal de Marsillac
Eduardo Szazi	Natália Cristina Chaves
Everson Alexandre de Assumpção	Pedro Lima Marcheri
Gerardo Bernales Rojas	René Palacios Garita
Jane Weyne Ferreira de Menezes	Saul Tourinho Leal
Judith Morales Barceló	Sergio Fernando Moro
Laurence Duarte Araújo Pereira	Tais Martins
Lucivania Dias Mendes	Vinícius Dalazoana
M ^a Pilar Dopazo Fraguío	Welma Maria Ferreira de Menezes

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universitat de Barcelona.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

Capítulo 01

DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

DERECHOS FUNDAMENTALES, EL COVID-19 Y LA AFECTACIÓN DE DERECHOS A LOS GRUPOS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD.

LOS ADULTOS MAYORES

FUNDAMENTAL RIGHTS, COVID-19 AND THE AFFECTATION OF RIGHTS TO GROUPS IN A SITUATION OF VULNERABILITY.

OLDER ADULTS

DOI: 10.19135/revista.consinter.00012.02

Recibido/Received 19.08.2020 – Aprobado/Approved 26.10.2020

*Gerardo Bernales Rojas*¹ – <https://orcid.org/0000-0003-1488-6976>

Email: gbernalesr1@gmail.com

*Lucivania Dias Mendes*² – <https://orcid.org/0000-0003-3257-3658>

Email: lucimendes2015@outlook.com

Resumen

La pandemia generada por el Covid-19, ha producido efectos globales no vistos en estos tiempos, y no solo en la salud, sino que, en todos los ámbitos de la vida, lo que ha llevado a que los gobiernos tomen decisiones de todo tipo y no solo sanitarias para disminuir la expansión de la pandemia y sus secuelas. Para ello los Estados se valen de las herramientas constitucionales que les permiten restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales, para alcanzar su objetivo. Sin embargo, estos “remedios” provocan efectos secundarios severos, en los llamados “grupos en situación de vulnerabilidad”³. En el presente artículo pretendemos analizar como en Brasil y Chile, las decisiones de la autoridad, si bien miran al bien común, tienen la contradicción de afectar particularmente los miembros de estos grupos, focalizando nuestro trabajo en la situación de los adultos mayores, dados ciertos efectos concretos que se radican en este segmento de la sociedad.

Palabras claves: Derechos Fundamentales y Covid-19; Adultos Mayores y Derechos Fundamentales; restricción de Derechos Fundamentales; Grupos Vulnerables.

¹ Profesor de Derechos Fundamentales en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de U. de Talca, magistrado del Primer Juzgado Civil de Talca, abogado por P. U. Católica de Chile; Magister en Derecho, Mención Derecho Público, por la U. De Chile; y Doctor en Derecho por U. de Talca. gbernalesr1@gmail.com.

² Bacharel en Derecho en la Facultad de Educación y Ciencias Humanas de Anicuns – Estado de Goiás/ Brasil, 2012. Master (c) en “Derecho Penal y Garantías Constitucionales”, en Universidad de Jaen, España, 2020. lucimendes2015@outlook.com.

³ BERNALES (2017), p. 301-302.

Abstract

The pandemic generated by Covid-19, has produced global effects not seen in these times, and not only in health, but in all areas of life, which has led governments to make decisions of all kinds and not only sanitary to reduce the spread of the pandemic and its aftermath. For this, the States use the constitutional tools that allow them to restrict the exercise of some fundamental rights, to achieve their objective. However, these "remedies" cause severe side effects, in the so-called "vulnerable groups". In this article, we intend to analyze how in Brazil and Chile, the decisions of the authority, although they look to the common good, have the contradiction of particularly affecting the members of these groups, focusing our work on the situation of older adults, given certain specific effects that lie in this segment of society.

Keywords: Fundamental Rights and Covid-19; Elderly and Fundamental Rights; restriction of Fundamental Rights; Vulnerable Groups.

Sumario: I. Introducción; II. Normativa supralegal; III. La situación normativa de Brasil respecto de los adultos mayores; IV. Los adultos mayores en Chile y las medidas decretadas frente al Covid-19; V. Conclusiones; VI. Bibliografía, normativa y documentos de referencia.

I INTRODUCCIÓN

La situación provocada por la pandemia del COVID-19, fue impredecible y única para estos tiempos, por lo mismo, la respuesta de los Estados para enfrentarla tiene mucho de improvisación (e imaginación sin duda), ya que, a pesar de los avances en ciencia y tecnología, no se cuenta con una repuesta precisa y eficiente para enfrentarla; todavía se exploran los tratamientos y se busca una vacuna en lo sanitario; pero a la vez, en lo social y político, dejó en evidencia la situación, aún más crítica, que provoca la pandemia en los *grupos en situación de vulnerabilidad*⁴; como también la carencia de respuestas eficientes por parte de los Estados respecto de estos grupos, especialmente en Latinoamérica⁵.

Particularmente, el COVID-19 ha causado sus efectos de mayor gravedad en los grupos de adultos mayores y en la población con enfermedades crónicas, es ahí donde la mortalidad tiene mayor presencia, lo que no excluye al resto de la población, por cierto. Ante esta realidad, y sobre todo a la incapacidad para detener

⁴ Estimamos que el concepto apropiado es “grupos vulnerabilizados” o “grupos en situación de vulnerabilidad o exclusión”, puesto que “ningún ser humano, ni grupo poblacional es vulnerable por naturaleza. Son las condiciones y factores de exclusión o discriminación, los que hacen que muchas personas y grupos de personas vivan en situación de vulnerabilidad y de bajo disfrute de los derechos humanos”. MENESES (2013).

⁵ La OEA reconoce que “los países de las Américas han respondido con agilidad y pragmatismo, y con una gama amplia de medidas de contención del virus y de mitigación de las consecuencias de los contagios, que van desde evitar el desabastecimiento de bienes básicos, la provisión de líneas especiales de crédito a las empresas para asegurar el pago de salarios, el congelamiento de pagos de servicios básicos, y prohibición de suspensión de estos servicios por no pago a los proveedores, el aumento del gasto social a través de la expansión de transferencias monetarias directas a hogares sin salario o a familias en situación de pobreza, así como la entrega de paquetes de alimentos a familias y a estudiantes que solo en las escuelas tenían acceso a una alimentación adecuada. También incluye la medida que más impacto está teniendo en la forma de coexistir como sociedades: la cuarentena domiciliaria o el aislamiento o distanciamiento social”. OEA (2020), p. 11.

su expansión, que hoy es global, las respuestas de los Estados se han focalizado básicamente en medidas de segregación respecto de los contagiados y aislamiento social en cuanto a los no contagiados; situaciones ambas que repercuten fuertemente, y de forma más negativa, en los sectores de mayor pobreza y vulnerabilidad. De esta forma, las consecuencias derivadas directamente de la acción del COVID-19 afectan gravemente a los adultos mayores y enfermos crónicos, por un lado; y los efectos secundarios de las acciones de los Estados llegan con mayor gravedad a los sectores más pobres y vulnerabilizados de la sociedad⁶. Así, las decisiones, tanto sanitarias como políticas; para controlar el contagio o atacar el virus; como para mantener al resto de la población sana, se han materializado por la vía de la regulación y afectación de algunos derechos fundamentales; como por ejemplo, la libertad de tránsito; el derecho al trabajo; o la libre autodeterminación, por citar los más determinantes⁷.

Estas medidas buscan tener un mayor control de las actividades de las personas, para evitar contagios⁸; y las medidas que se toman en concreto, parten con la declaración de algún estado de excepción constitucional, que les permite regular y afectar el ejercicio de algunos derechos fundamentales, lo cual debe estar en consonancia con la CADH, que permite esta afectación en los casos del artículo 27⁹

⁶ Una “cuarentena discriminatoria”, que afecta a los más vulnerabilizados, entre ellos los ancianos, señala Iñaki Rivera, citando a Boaventura de Sousa Santos. RIVERA (2020), p. 32.

⁷ Así lo ha reconocido la OEA: “...los efectos de los contagios y de las medidas antes mencionadas, también están teniendo serios impactos en la suspensión de clases de estudiantes, el cierre de fronteras, la aplicación de limitaciones en el tránsito y libre movilidad de las personas, la pérdida y suspensión de empleos y medios de subsistencia de miles de trabajadoras y trabajadores. La pandemia también ha causado la desestabilización de la economía mundial y con ello también la de los países de las Américas, además de los impactos físicos y psicológicos que está implicando para las vidas de todas y todos. Al mismo tiempo, en un hemisferio marcado por la desigualdad, las afectaciones en el derecho a la salud, y todas las esferas de los derechos humanos tienen impactos más acentuados, y terminan afectando de forma diferenciada, a las personas en situación de vulnerabilidad” [OEA (2020), p. 11]; y también la CIDH; “... [M]uchos países han introducido medidas de contención que incluyen cuarentena, distanciamiento o aislamiento social, cierre de escuelas y negocios, limitaciones de circulación a nivel nacional e internacional, así como orientaciones preventivas de higiene personal y comunitaria (...). [S]e han suspendido y restringido algunos derechos, y en otros casos se han declarado “estados de emergencia”, “estados de excepción”, “estados de catástrofe por calamidad pública”, o “emergencia sanitaria”, a través de decretos presidenciales y normativa de diversa naturaleza jurídica con el fin de proteger la salud pública y evitar el incremento de contagios”. “Asimismo, se han establecido medidas de distinta naturaleza que restringen los derechos de la libertad de expresión, el derecho de acceso a la información pública, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la propiedad privada; y se ha recurrido al uso de tecnología de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus, y al almacenamiento de datos de forma masiva”. CIDH (4/2020), p. 4.

⁸ Lo cual está en plena concordancia con lo señalado por las Naciones Unidas “COVID-19 and Human Rights We are all in this together, april 2020”. NACIONES UNIDAS (4/2020) p. 4.

⁹ Artículo 27 de la CADH: “Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho

y en la forma del artículo 30 de la citada convención¹⁰. De esta forma, dichas medidas, además de necesarias, son legítimas frente a la realidad que hoy nos presenta la pandemia, en tanto ponderen los criterios de finalidad justa y de proporcionalidad, lo que justifica la restricción de un derecho.

Lo anterior es razonable si todos están en condición de igualdad para enfrentar dichas medidas, además de la pandemia. Pero dicha condición de igualdad no existe, ni desde la perspectiva jurídica, donde, por ejemplo, no hay normas que regulen los derechos de los consumidores frente a una cada vez menor número de productores, que quiebra la balanza y no se aprecia como estos puedan hacer efectivos sus derechos¹¹; ni desde la perspectiva política y social, donde la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad, rompe esta igualdad y profundiza los efectos de la pandemia y de la restricción de derechos, vulnerabilizándolos aún más, generan la imperiosa necesidad de que en forma previa, o al menos simultánea, los estados creen mecanismos jurídicos y sociales que permitan a estos grupos, doblemente afectados, tener los resguardos indispensables para mitigar los efectos adversos que la restricción de alguno de sus derechos le puede provocar, evitando así que las restricciones causen diferencias discriminatorias respecto de ellos dada su situación de vulnerabilidad, algo que la misma ONU advierte cuando, paradójicamente, señala que los Estados tienen la necesidad de restringir derechos para enfrentar la emergencia sanitaria; pero agrega que las medidas deben ser necesarias, proporcionales y no discriminatorias¹².

Hay factores sociales, económicos, culturales, ambientales y genéticos que determinan la necesidad de regular de forma especial determinados casos, como la vejez¹³, y se hace necesario, para asegurar la efectividad de las medidas, considerar a estos grupos, pues los efectos secundarios pueden agravar más su condición. Se requiere asegurar condiciones de subsistencia, y que las medidas no sean una nueva vulneración, incluso, más grave que la enfermedad misma. Las medidas de los Estados buscan el bien común, finalidad que debe alcanzar a todos, como ingrediente necesario de toda actividad política¹⁴.

internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social...”.

¹⁰ Principio de Reserva legal, artículo 30 de CADH; “Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Tiene su símil en artículo 52.1 de la Carta de DDF de la Unión Europea.

¹¹ VALLESPIN (2020).

¹² “*While international law permits certain restrictions on freedom of movement, including for reasons of security and national emergency like health emergencies, restrictions on free movement should be strictly necessary for that purpose, proportionate and non-discriminatory...*”. NACIONES UNIDAS (2020), p. 4.

¹³ También, en términos generales, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de Vulnerabilidad, reconoce, en el 2 (6), que “*El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia*”. PAZMIÑO (2011), p. 13.

¹⁴ LOPEZ (1992), p. 236.

Así, la autoridad al restringir derechos, tiene el deber de considerar las particularidades que puedan incidir gravemente en los grupos vulnerabilizados, eficacia material y no solo formal, pues no todos somos iguales ni estamos en las mismas condiciones, toda vez que, como planteaba Rawls, el Estado debe superar esas condiciones de desigualdad para cumplir sus fines; la sociedad política se organiza en base a dos valores; Verdad y Justicia, y esta debe ser definida por el papel de sus principios al asignar derechos y deberes, y al definir la división correcta de las ventajas sociales¹⁵, o sea, la acción del Estado se fundamenta en corregir estas desventajas, sobretodo en situaciones excepcionales (y no en agudizarlas). El problema se presenta porque toda medida que toma un Estado, lo es a partir de promedios o generalidades, y no a partir de las particularidades en que están los sectores más vulnerabilizados.

Lo complejo y global que es el panorama actual, no exime al Estado de su deber frente a estos grupos en situaciones más debilitadas y para quienes la afectación de sus derechos constituye muchas veces la afectación de la vida misma.

En concreto, pretendemos ver estos efectos respecto de los adultos mayores, por lo imposible que resulta abarcar más grupos en situación de vulnerabilidad con la profundidad debida en un artículo. Así, pretendemos analizar la normativa vigente y la surgida en razón del COVID-19 en relación a los adultos mayores, conforme a la realidad de cada pueblo, para enfrentar la pandemia y la restricción de sus derechos, partiendo por reconocer que, en general, en Sudamérica no hay una cobertura de protección social fuerte, solo podemos reconocer en la Constitución de Ecuador, una preocupación por este grupo, la que, en los artículos 11, 37 y 38¹⁶, reconoce la condición de igualdad; les reconoce derechos, y a la vez, establece deberes para el Estado. Pero en el resto de las Cartas del subcontinente, solo hay referencias a criterios generales de igualdad y deber de protección, con escasa referencia a los adultos mayores; como ocurre con las constituciones de Colombia, Bolivia, Perú y Venezuela¹⁷.

¹⁵ Rawls señalaba que el concepto de justicia debía ser definido por el papel de sus principios al asignar derechos y deberes, y al definir la división correcta de las ventajas sociales. RAWLS (1995), p. 23.

¹⁶ La Carta de Ecuador; artículo 11, expresa la igualdad de derechos, deberes y oportunidades y prohíbe la discriminación, entre otras razones, por causa de la edad. adopta el concepto de personas y grupos de atención prioritaria, y dedica varias secciones a establecer protección de adultos mayores; quienes recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Adultos mayores son los que han cumplido los 65 años. El artículo 37 consagra derechos; atención gratuita y especializada de salud, acceso gratuito a medicinas; al trabajo remunerado en función de sus capacidades; la jubilación universal; rebajas en los servicios públicos y privados de transporte y espectáculos; exenciones tributarias; acceso a vivienda que asegure vida digna; respeto a su opinión y consentimiento. Artículo 38; el Estado se obliga a establecer políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores que consideren las diferencias específicas, por ejemplo; entre áreas urbanas y rurales; las inequidades de género; diferencias por razones étnicas, culturales, las propias de las personas, ¿las de las comunidades, pueblos y nacionalidades; y a fomentar el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.

¹⁷ En Colombia, el artículo 46. Bolivia destina la sección VII, artículos 67.I y II, y 68.I. En Venezuela, el artículo 89.5 y el artículo 80. Perú en el artículo 4.

Por último, pretendemos analizar la producción legislativa que ha surgido en nuestros Estados como consecuencia de la pandemia, analizando si ella considera o no, las condiciones de este grupo en situación de vulnerabilidad.

II NORMATIVAS SUPRALEGAL

Brasil y Chile, no tienen, a nivel constitucional, mayores diferencias en relación al resto del subcontinente; no hay un rol activo del Estado que permita establecer una red de protección social concreta previa en relación a los adultos mayores, no están aseguradas las condiciones mínimas de supervivencia de este grupo ante una situación como la pandemia provocada por el COVID-19. Así, las decisiones de las autoridades, restringiendo derechos para garantizar condiciones sanitarias seguras para la vida y salud de todos, pueden provocar una nueva afectación, específica de este grupo; ellas pueden vulnerar el principio de igualdad ante la ley en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

II.1 A Nivel Constitucional

La Constitución de Brasil, plantea, entre los objetivos esenciales, promover el bien de todos, sin prejuicios por la edad, o cualesquiera otras formas de discriminación; luego se refiere a la asistencia social para dar protección a la familia, la vejez, etc.; establece la garantía de un salario mínimo de percepción mensual al anciano que pruebe no poseer medios de proveer su propia manutención o no tenerla provista por su familia; establece el deber de la familia, la sociedad y el Estado de amparar a los ancianos, asegurando su participación en la comunidad, defendiendo su dignidad, bienestar y garantizándoles el derecho a la vida. Los programas de amparo a los ancianos serán ejecutados preferentemente en sus casas y garantizando a los mayores de sesenta y cinco años la gratuidad de los transportes colectivos urbanos¹⁸.

En el caso de la Constitución de Chile, ella es mucho más escuálida aún en la materia, puesto que no tiene normas específicas que mencionen al adulto mayor, solo la referencia del deber del Estado de dar protección a personas en estado de necesidad, y el reconocimiento del derecho a la seguridad social¹⁹, que por lo demás, es administrado por entidades privadas mayoritariamente, y estatales solo residualmente, con la excepción de las instituciones de las Fuerzas Armadas²⁰ y de Orden y Seguridad Pública²¹. Además, resulta curioso que la Constitución no se refiera particularmente a ningún grupo en situación de vulnerabilidad, pero si se preocupe específicamente de resguardar y garantizar actividades e instituciones.

¹⁸ Constitución de Brasil, artículos 3, 203 y 230.

¹⁹ Artículo 19 N° 18, derecho a la seguridad social.

²⁰ Artículo 61 (63) de Ley 18.948 de 27 de febrero de 1990.

²¹ Artículo 57 de Ley 18.961 de 7 de marzo de 1990.

II.2 A Nivel del Derecho Internacional

En el ámbito internacional, se debe señalar que ambos Estados tienen una fuerte presencia en la comunidad internacional; son suscriptores de la CADH, miembros de la OEA y, como tales, tributarios de sus normas y obligaciones.

II.2.1 Normativa previa a la pandemia

La CADH reconoce el derecho a la igualdad ante la ley²²; ella, conceptualizada como ausencia de discriminación²³, igualdad en dignidad y derechos, entendiendo que la edad constituye en sí, un criterio prohibido de discriminación. En consecuencia, por la CADH, los adultos mayores no pueden ser discriminados en razón de su edad en las medidas que puedan adoptar los Estados, lo que no significa que no pueda haber diferencias, pero para eliminar esos factores de desigualdad²⁴. Lo que no está resuelto es si las medidas que buscan superar las desigualdades (discriminación positiva) pueden ser exigidas al Estados.

En el caso de Chile, este ha aprobado la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHAM), por lo que también le son exigibles sus normas. Brasil aún no la ratifica, solo firmó dicha Convención el año 2015, lo que no impide que las normas que consagren derechos fundamentales, de conformidad a la CADH, le sean imperativas conforme al deber de adoptar las medidas para hacer exigibles los derechos que consagra²⁵, entre ellos, el derecho a la igualdad ante la ley, entendida como la ausencia de toda forma de discriminación, constituyendo el factor edad, un criterio prohibido para diferencias arbitrariamente o discriminar.

En concreto, la CIPDHAM es la fuente principal de deberes para los Estados respecto de los derechos de las personas mayores; el objeto de dicha Convención es asegurar el pleno respeto de sus derechos en condiciones de igualdad²⁶, y solo se pueden limitar sus derechos, en cuanto no contradigan los fundamentos de los mismos²⁷. Esta convención profundiza el derecho a la igualdad ante ley (consagrado en CADH), en relación a los adultos mayores; estableciendo que cualquier

²² Artículo 24 de CADH.

²³ STEIRNER y URIBE (2014), p. 586.

²⁴ En materia de empleo, por ejemplo, las medidas especiales de protección o asistencia no se consideran discriminatorias (artículo 5.2 de CONVENIO 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958).

²⁵ Artículo 2 de la CADH.

²⁶ Artículo 1, párrafo 1º CIPDHAM; "...[O]bjetos de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad...".

²⁷ Artículo 1, párrafo 3º de la CIPDHAM; "... Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos...".

limitación a sus derechos debe ser por ley y sin contradecir el propósito y razón de los mismos. Luego establece deberes generales de los Estados²⁸; señalando cuales son los derechos protegidos²⁹.

En este trabajo solo abordaremos los derechos a la Igualdad y no discriminación por razones de edad; a la independencia y autonomía; a la libre circulación; y el derecho al trabajo³⁰.

II.2.2 Después de iniciada la pandemia

La ONU ha señalado, el 22 de abril de 2020, que se advierte un doble peligro para los grupos vulnerabilizados. Lo prioritario es proteger la vida de las personas y proteger los medios de vida ayuda a hacerlo, por ello se debe abordar el impacto económico y social al mismo tiempo que la respuesta de salud pública: La asistencia sanitaria es imprescindible, pero la crisis de salud ha desencadenado una crisis económica y social que golpea fuerte a las personas, las familias y las comunidades, y reconoce que los estos efectos provienen tanto de la enfermedad misma, como también de las medidas que se han tomado para combatirlo. La causa de esto, es la existencia de factores subyacentes como desigualdades y sistemas de protección débiles, todo lo cual cae desproporcionadamente en algunos, los menos capaces de protegerse a sí mismos. Así, pobres y desempleados son los más afectados, y mientras los gobiernos enfrentan la crisis sanitaria, se afectan los trabajos y los medios de subsistencia, lo que hace imprescindible garantizarles derechos económicos y sociales básicos, lo que debe ser parte de la respuesta urgente a la crisis³¹.

El Alto Comisionado de DDHH, en el documento “Directrices esenciales para incorporar la perspectiva de los Derechos Humanos en la atención a la pandemia por COVID-19”, expresa, en relación a los adultos mayores, que las decisiones no pueden considerar únicamente el factor edad, deben establecerse protocolos que aseguren la igualdad de derechos³²; algo que preocupa enormemente ante la magnitud de la pandemia, y la capacidad hospitalaria limitada.

La Corte IDH, con fecha 9 de abril de 2020, en una declaración de trece puntos, refiere en dos de ellos a los adultos mayores, y en otro general, las consideraciones que deben tener los Estados al tomar sus medidas. Así, la declaración recuerda los criterios de necesidad y proporcionalidad para restringir el

²⁸ Artículo 4 de la CIPDHPM.

²⁹ Artículos 5 al 31 de la CIPDHPM.

³⁰ Artículos 5, 7, 15 y 18 de la CIPDHPM.

³¹ NACIONES UNIDAS (2020), pp. 7-8.

³² “Decisiones sobre la asignación de recursos médicos escasos, como los ventiladores en las unidades de cuidados intensivos, [no deben] ser tomadas únicamente en función de la edad, negando a las personas mayores su derecho a la salud y la vida en igualdad de condiciones con las demás personas. Deben desarrollarse y seguirse protocolos de clasificación para garantizar que tales decisiones se tomen en función de las necesidades médicas, la mejor evidencia científica disponible y no por criterios no médicos como edad o condición de discapacidad...”. NACIONES UNIDAS, ALTO COMISIONADO DDHH (2020), p. 3.

ejercicio de derechos y su temporalidad; además de que dicha garantía se extienda a la no discriminación, especialmente para los grupos más vulnerabilizados, como los adultos mayores³³.

La CIDH señalaba, en marzo de 2020, que las medidas deben evitar impactos diferenciados de desabastecimiento en los grupos vulnerables, particularmente en los adultos mayores³⁴. Además, dictó en el mes de abril la Resolución N° 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, que señala, a modo introductorio y como una de las características que debe considerarse, especialmente respecto de América; que se caracteriza por ser la región más desigual del planeta; por inseguridad alimentaria, altas tasas de informalidad laboral, entre otros factores, lo que impide tomar medidas por el impacto en los grupos más vulnerables³⁵. Esta Resolución 1/2020, recomienda las siguientes medidas: Garantizar los derechos humanos según las particulares condiciones; el Estado tiene un deber de protección, y si se deben restringir derechos, ellos deben ser con criterios de “*legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad*”³⁶. Luego señala que se debe asegurar

³³ “Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”. Luego agrega que “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños...”; y por último, señala que “En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores, las personas migrantes...”. CORTE IDH (2020). Declaración COVID-19 y Derechos Humanos.

³⁴ “...dado el carácter viral de la transmisión del COVID-19 ciertos grupos sociales se encuentran en mayor riesgo de sufrir impactos diferenciados y que sus derechos sean afectados más fácilmente, como son las personas con discapacidad, personas con determinadas patologías y enfermedades, y particularmente las personas mayores. En relación con estos grupos las medidas que se adopten deben incluir acciones de prevención del contagio y de garantía de la atención y tratamiento médico, medicamentos y provisiones evitando los impactos diferenciados del desabastecimiento; así como de acceso a la información en formatos adecuados a los diferentes grupos y sus necesidades diferenciadas...”. CIDH (3/2020).

³⁵ “...[E]s la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; (...) la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A lo que se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto socioeconómico del COVID-19. Todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas básicas de prevención contra la enfermedad, en particular cuando afecta a grupos en situación de especial vulnerabilidad...”. CIDH (4/2020), p. 3.

³⁶ “3.b. El deber de garantía de los derechos humanos requiere que los Estados protejan los derechos humanos atendiendo a las particulares necesidades de protección de las personas y que esta obligación involucra el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”; y en el 3.g. que, “Aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos – tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad– dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno...”. CIDH (4/2020), pp. 8-9.

la disponibilidad, accesibilidad y calidad de servicios de salud mental³⁷. En materia de Estados de excepción constitucional, destaca que debe, previo a cualquier restricción de derechos, asegurarse que no sea desproporcionado en los grupos más vulnerables, adoptando las medidas necesarias, antes de la restricción³⁸. Finalmente, en el ámbito laboral y sobrevivencia, señala que se deben adoptar las medidas necesarias que aseguren la alimentación, especialmente de los más vulnerabilizados³⁹.

La OEA entregó una guía destinada específicamente a tratar los grupos en situación de vulnerabilidad, allí señala, a modo editorial que la Pandemia nos afecta a todos, pero especialmente a los grupos más vulnerabilizados, quienes sufren una discriminación múltiple e interseccional⁴⁰. Luego, en el capítulo II, “Consideraciones para un respuesta inclusiva de las personas mayores ante la pandemia COVID-19 en las Américas”⁴¹; analiza la situación de los adultos mayores frente al COVID-19, citando que en Italia, la mortalidad de las personas entre 30 y 59 años era de un 1,1%, pero entre 60 y 79 era un 11,5% y sobre los 80 años se eleva a 24%; en China es de 3,6% para los grupos de 60-69 años, 8% para los de 70-79 años y 14.8% para los grupos de más de 80 años; por lo que se trata del grupo objetivo de mayor riesgo de muerte frente al COVID-19. Por ello, las medidas más efectivas han sido el aislamiento social, pero ello repercute seriamente en la salud mental de este grupo, lo

³⁷ “11. Mejorar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud mental sin discriminación ante los efectos de los contextos de pandemia y sus consecuencias, lo que incluye la distribución equitativa de tales servicios y bienes en la comunidad, particularmente de las poblaciones que se ven más expuestas o en mayor riesgo a verse afectadas, tales como personas profesionales de salud, personas mayores o personas con condiciones médicas que requieren atención específica de su salud mental...”. CIDH (4/2020), p. 11.

³⁸ “Asegurar que cualquier restricción o suspensión adoptada tenga sustento en la mejor evidencia científica y considere, de manera previa a su adopción y durante su implementación, los particulares efectos que puede tener sobre los grupos más vulnerables con el fin de asegurar que su impacto no sea especialmente desproporcionado mediante la adopción de las medidas positivas que resulten necesarias”. CIDH (4/2020), p. 13.

³⁹ “...Adoptar las medidas necesarias a fin de prevenir los contagios de COVID-19 de la población mayor en general y en particular de quienes se encuentren en residencias de larga estancia, hospitales y centros de privación de libertad, adoptando medidas de ayuda humanitaria para garantizarles la provisión de alimentos, agua y saneamiento y estableciendo espacios de acogida para personas en situación de pobreza extrema, calle o abandono o situación de discapacidad “. CIDH (4/2020), p. 16.

⁴⁰ “Esta pandemia nos afecta directa e indirectamente a todos. Sin embargo, para las personas en situaciones de vulnerabilidad el alcance del impacto, más allá del acceso limitado, o a veces nulo, a la atención médica, bienes y servicios, es mucho más profundo; y podría, muy probablemente, aumentar las brechas en su acceso a sus derechos económicos, sociales y culturales básicos, considerando que estos grupos de personas son víctimas de discriminación múltiple e interseccional, y que estas discriminaciones se exacerban en situaciones de crisis como la actual. Nos referimos a aquellos que son pobres y marginalizados, muchos de los cuales también pertenecen a otros grupos en situaciones de vulnerabilidad, como (...) personas mayores, (...). Las múltiples e interseccionales discriminaciones que se han naturalizado en nuestros países limitan su acceso y goce de derechos básicos, y en condiciones de emergencia, esta limitación y exclusión se agrava. Como resultado, su capacidad de sobrevivir a la pandemia es mucho menos probable. Se debe poner el énfasis en estas poblaciones que tienen que tener un apoyo especial porque su condición genera aún más retos para enfrentar la situación...”. OEA (2020), p. 7.

⁴¹ Páginas 24-29.

que exige monitoreo y estrategias sociales especiales para este grupo⁴². Entre las diecisiete medidas que sugiere esta Guía, destacan al menos, las siguientes: Los Estados deben respetar la salud, dignidad y participación de los adultos mayores en las decisiones que se tomen; en cuanto a la Libertad de Trabajo, considerada en relación a la falta o carencia de recursos económicos suficientes para sobrevivir con las pensiones, jubilaciones o ayudas estatales básicas en su condición de adultos mayores que deben estar en etapa laboral pasiva, pero que se ven obligados a trabajar, en este sentido, se debe garantizar la no especulación de precios de artículos de primera necesidad, la seguridad económica y el acceso a alimentos frescos para los adultos mayores; y en cuanto a la libertad de tránsito, debe garantizarse que las medidas no afecten la dignidad, no provoquen aislamiento, resguardar la seguridad física y mental en el confinamiento y no sancionar a quienes hagan uso de servicios de cuidados permanentes⁴³.

Por último, la CEPAL, emitió un documento dedicado a los adultos mayores; “COVID-19, Recomendaciones generales para la atención a personas mayores desde una perspectiva de derechos humanos”, en el cual hace recomendaciones especiales para este grupo, por ser el que más complicaciones puede tener con la pandemia⁴⁴.

Hay una amplia preocupación por los grupos en situación de vulnerabilidad, por parte de los organismos internacionales, quienes han dado una gran batería de recomendaciones en atención a los efectos propios de la enfermedad, como también expresamente en relación a los efectos secundarios de las medidas que toman los Estados, las que causan su mayor impacto negativo en estos grupos, especialmente en Latinoamérica, dada la extrema pobreza y la inequidad que no permiten a los sectores más vulnerabilizados tener condiciones dignas de aislamiento (alto hacinamiento), además de la carencia de recursos para sobrevivir, con una alta tasa

⁴² OEA (2020), p. 24-25.

⁴³ “Los Estados deberán garantizar que se cumplan plenamente los derechos de las personas mayores, poniendo especial énfasis en el derecho a la salud, la dignidad y la participación de las propias personas sobre los diferentes aspectos y medidas a tomar sobre su vida”; “Generar procesos de contraloría y supervisión de los precios de artículos de primera necesidad para las personas mayores, ya que en tiempos de una emergencia sanitaria los mismos pueden ver aumentado sus costos”; “Ante la situación de emergencia social y económica que acompaña la emergencia sanitaria, se deberán generar los mecanismos administrativos y burocráticos que garanticen la seguridad económica de las personas mayores, facilitando el acceso adecuado al cobro de pensiones e ingresos. Se debe tener en cuenta que no todas las personas mayores están familiarizadas con los sistemas electrónicos, por lo cual es indispensable mantener los servicios a las personas mayores de forma presencial”; “Generar acciones que permitan la sustentabilidad alimentaria y el acceso a alimentos frescos, los cuales son sustantivos para la salud de las personas mayores”; “Se deberán tener en cuenta todas las acciones que sean necesarias para que en ningún caso el derecho a la salud se imponga sobre la dignidad de las personas”; “Las medidas de distanciamiento físico o social de ninguna forma pueden producir aislamiento social, privación de libertad ambulatoria y restricciones de comunicación con terceros, hechos todos que se deberán prohibir”; “Promover medidas especiales de protección de situaciones de violencia, abuso y maltrato, atendiendo especialmente que las recomendaciones de no salir del domicilio pueden generar situaciones de aislamiento y agravar las situaciones de violencia intrafamiliar”; “Se deberán prohibir y sancionar las medidas de aislamiento social y privación de libertad de las personas mayores que hacen uso de servicios de cuidado permanente”. OEA (2020), p. 25-27.

⁴⁴ CEPAL (2020), p. 5.

de trabajo informal y jubilaciones que no permitan subsistir bajo confinamiento. De modo especial, los efectos negativos se reflejan con más fuerza en adultos los mayores, principal víctima mortal de este virus. Por ello estas recomendaciones se dirigen a los Estados, para que adopten medidas normativas y acciones concretas en favor de estos grupos.

III LA SITUACIÓN NORMATIVA DE BRASIL RESPECTO DE LOS ADULTOS MAYORES

En Brasil, la Ley N° 13.979 (6/02/2020)⁴⁵, fue la primera norma en la lucha contra la pandemia, con fines tanto sustantivos como instrumentales. En ella se establecían una serie de medidas restrictivas, como aislamiento, cuarentena, determinación obligatoria de reconocimientos médicos, cierre de puertos, carreteras y aeropuertos para la entrada y salida del país, entre otras medidas. En el mes siguiente, el Congreso Nacional emitió el decreto legislativo N° 6⁴⁶, instituyendo el Estado de Calamidad pública en el país, con base en el artículo 65 de la Ley de Responsabilidad Fiscal⁴⁷, competencia compartida por las entidades federativas. Desde esa primera ley de combate a la pandemia, y hasta el 16 de julio pasado, se publicaron 62 Medidas Provisionales, 43 Decretos, 2 Reformas Constitucionales, además de otros actos normativos⁴⁸. El Ministerio de Salud recibió la primera notificación de un caso confirmado de COVID-19 en Brasil el 26 de febrero de 2020⁴⁹.

La acción extrema del Estado, sustentada en el principio de legalidad⁵⁰, cambió drásticamente la rutina y comportamiento de la población, con el fin de mitigar los impactos provocados por la pandemia. Sin embargo, estas medidas restrictivas acentúan aún más el contraste social en una sociedad marcada por la desigualdad, pero, además, provoca un choque de derechos fundamentales, especialmente en los grupos en situación de vulnerabilidad, entre ellos, las personas mayores y sus realidades más diversas.

A la luz de la constitución brasileña, se promulgó el Estatuto del Adulto Mayor, que califica como anciano, dentro de los parámetros de la OMS, a las

⁴⁵ Dispone sobre las medidas para enfrentamiento de la emergencia de salud pública de importancia internacional debido al coronavirus responsable del brote de 2019.

⁴⁶ Reconoce, para los fines del artículo. 65 de la Ley complementaria N° 101, de 4 de mayo de 2000, la ocurrencia del estado de calamidad pública, en los términos solicitados por el Presidente de la República, por medio del Mensaje N° 93, de 18 de marzo de 2020.

⁴⁷ Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>; visitada el 09/08/2020.

⁴⁸ Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/quadro_portaria.htm>; visitada el 12/08/2020.

⁴⁹ Del 26 de febrero al 25 de julio de 2020, se confirmaron 2.394.513 casos y 86.449 muertes por COVID-19 en el Brasil. (Disponible en: <<https://saude.gov.br/images/pdf/2020/July/30/Boletim-epidemiologico-COVID-24.pdf>>; visitada el 15/08/2020).

⁵⁰ Art. 5° II, Constitución: “Nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de la ley”.

personas de 60 años o más⁵¹. Este documento amplía en detalle los derechos y garantías ya garantizados en la Constitución. Establece desde, garantías prioritarias a las personas mayores, hasta aspectos relacionados con el transporte, los derechos a la libertad, la dignidad y la vida. Además, precisa las funciones de las entidades públicas que atienden a dicho segmento de la sociedad: Derecho a la salud a través del Sistema Único de Salud (SUS); garantía a la alimentación, profesionalización y el trabajo; Derecho a la seguridad social; normas especiales respecto de delitos cometidos contra ellos; y derecho a vivienda, tanto respecto de las actuaciones del Estado, como de la sociedad en general, entre los más relevantes para este tema.

III.1 Efecto de La Pandemia en Los Derechos de Los Adultos Mayores

Con el catastrófico evento de la pandemia COVID-19, las medidas anunciadas por el gobierno federal no llegaron a todos por igual, y los 454 actos normativos sobre el Covid-19, dictados hasta julio, mostraron el temido efecto secundario predicho por los organismos humanitarios internacionales respecto de los grupos en situación de vulnerabilidad, especialmente los adultos mayores; se agudizó la desigualdad y quedó al descubierto la falta de políticas públicas especiales de protección social para las personas mayores para que ellos, en su situación, puedan enfrentar medidas como el aislamiento y la obtención de recursos para sobrevivir.

Según la Corte IDH, los desafíos que plantea el COVID-19, deben abordarse desde la perspectiva de los derechos humanos y con el respeto de las obligaciones internacionales contraídas por los Estados. Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben garantizarse, sin discriminación, a todas las personas sometidas a la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que se ven afectados de manera desproporcionada por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad, como aquellos en regiones o áreas menos privilegiadas, los sin techo o aquellos que viven en la pobreza.

La proyección de población publicada en 2018 por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), informó que Brasil tenía un promedio de 28 millones de personas de 60 años o más, lo que representa el 13% de la población del país⁵². Y en relación al COVID-19, en marzo el 89% de los muertos fueron mayores de 60 años; en abril el panorama varió, pero seguían siendo los muertos adultos mayores un 72% del total⁵³.

Con el aislamiento social, es oportuno resaltar la realidad de los grupos vulnerabilizados, referidos a la población anciana, son: Las personas mayores que se encuentran en la periferia de las grandes y pequeñas ciudades; los ancianos negros, que en muchos municipios del país constituyen la mayoría de la población anciana,

⁵¹ Artículo 1 de Ley N° 10.741.

⁵² IBGE (2018).

⁵³ Datos proporcionados por Ministerio de Salud, según periódico electrónico Folha de São Paulo. (Disponible en: <<https://www1.folha.uol.com.br/internacional/es/cienciaysalud/2020/04/las-muertes-por-covid-19-se-aceleran-entre-personas-menores-de-60-anos.shtml>>; visitada el 16/08/2020).

quienes generalmente han sufrido algún tipo de discriminación y exclusión a lo largo de su vida; la población anciana rural no asistida; las personas mayores que viven de trabajos informales, como los servicios de reciclaje y ahora con un consumo reducido, son aún más vulnerables; personas mayores que viven en situación de calle; personas mayores que viven solas, sin una red de apoyo; ancianos indígenas; inmigrantes ancianos; personas mayores que viven en instituciones de larga permanencia; personas mayores que tienen una discapacidad física o mental o que aún están en tratamiento contra el cáncer y otras enfermedades crónicas.

III.2 Medidas Presentes y Ausentes del Estado Brasileño

Detallando esta realidad, se evidencia que las medidas de contingencia excluyeron la toma de las medidas previas o simultáneas necesarias, recomendadas por los organismos internacionales, para aplacar los efectos negativos de las medidas restrictivas de derechos y la falta de condiciones mínimas para enfrentar las medidas sanitarias y políticas del Estado, y que eran imprescindibles para la población que debían priorizar.

Así, medidas y recomendaciones básicas de las autoridades, para las personas, son: el aislamiento social, es decir, quedarse en casa; el lavarse las manos frecuentemente con agua y jabón; evitar aglomeraciones; mantener distancia social, entre las más comunes. Por otro lado está la mejora de las plataformas en línea, posibilitando el trabajo remoto, las transacciones bancarias, el comercio electrónico, la telemedicina, la entrega de alimentos, el registro y seguimiento de la asistencia de emergencia⁵⁴, el cumplimiento de requisitos de beneficios realizados a través del sitio web y aplicación INSS⁵⁵, los cambios en las formas de concesión de beneficios, normas internas y formas de asistencia, etc. Todos estos cambios van en ayuda de la población en general, pero implican a la vez, una afectación de sus derechos fundamentales, como la libertad de tránsito; la libertad de trabajo y con ello la forma de tener recursos para subsistir; y la autonomía para tomar las propias decisiones, todos estos, derechos fundamentales afectados especialmente en los adultos mayores.

Sin embargo, todas estas medidas carecieron de las medidas de apoyo para la realidad en que viven los adultos mayores. En 2018, según el IBGE⁵⁶, el número de analfabetos mayores de 60 años, fue de casi 6 millones de personas, lo que equivale a una tasa de analfabetismo del 18,6% para este grupo de edad⁵⁷. En cuanto a la población sin hogar, en Brasil no existen datos oficiales sobre personas que viven en la calle, ya que el censo demográfico realizado por el IBGE, recopila datos de

⁵⁴ Ley n° 13.982 de 03/04/2020; Ley N° 13.998 de 02/04/2020. (Disponibles en: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13998.htm>; visitada el 01/08/2020).

⁵⁵ Instituto Nacional de Seguridad Social.

⁵⁶ Disponible en: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24857-pnad-continua-2018-educacao-avanca-no-pais-mas-desigualdades-raciais-e-por-regiao-persistem>>; visitada el 07/08/2020.

⁵⁷ Con variaciones en los ancianos blancos del 10,3%, y en los de color, aumenta hasta el 27,5%.

personas que tienen una dirección fija. Sin embargo, en 2015, a través de datos recolectados de programas sociales, publicados por el Instituto de Investigaciones Económicas Aplicadas, la población de personas mayores de 60 años en situación de calle estimada⁵⁸, superó las cien mil personas en todo Brasil⁵⁹.

Con el envejecimiento de la población y la situación de los grupos mencionados, los datos ponen de relieve la alta vulnerabilidad y desigualdad social existente, puesto que las medidas tomadas en el período pandémico provocan una exclusión indirecta de quienes más necesitan la ayuda del gobierno. He aquí algunas situaciones concretas:

i.- La implementación de medidas sanitarias de higiene y prevención en la lucha contra el virus, no incluye a la población de la calle y a quienes viven en las afueras de las grandes ciudades, mientras que algunos no cuentan con vivienda, otros no cuentan con saneamiento básico, aumentando el daño y exposición a Virus del COVID-19;

ii.- Tampoco se excluyen los ancianos que no tienen teléfono celular, (ya sea) porque no tienen condiciones económicas, porque tienen algunas limitaciones físicas o cognitivas, porque no tienen una persona que les pueda ayudar a manejar o porque son analfabetos. La falta de interacción digital significa que no pueden registrarse para los beneficios que el gobierno tiene actualmente.

iii.- Para quienes están jubilados y viven solos, sienten la necesidad de salir a recibir la jubilación, teniendo que hacer frente a colas y sujetos a multitudes para comprar medicinas y alimentos, y para quienes no tienen ingresos, no siempre es posible contar con benevolencia de otras personas.

iv.- Con el aislamiento social, los ancianos tienen más probabilidades de desarrollar depresión, ansiedad, trastorno de pánico e incluso suicidio.

Como dijo el Prof. Alexandre Kalache, del Centro Internacional de Longevidad de Brasil, varios planes de contingencia están dejando fuera a las poblaciones más vulnerables, como los ancianos, lo que además refuerza el flujo de exclusión de una sociedad hedonista, que adora la “*eterna juventud*”, tan prejuicioso contra los que han envejecido. Sin ser catastróficos, la epidemia llegó por los ricos todavía requiere tiempo en Brasil para convencer a todos de su gravedad; tiene el potencial de diezmar a las poblaciones más vulnerables; como los indígenas, los privados de libertad, los refugiados, los que viven en la calle y muchas otras, todas las que requieren de pautas específicas y claras; necesitan ingresos, vivienda, agua y jabón, y respuestas concretas del gobierno a sus necesidades, agrega el profesor Kalache⁶⁰.

⁵⁸ Se trata de personas sin vínculos sociales y familiares; de fragilidad habitacional y afectiva, discriminados, señalan las investigadoras Leao, Veiga y Passarella. LEAO et al (2007).

⁵⁹ Disponible en: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/26102016td_2246.pdf>; visitada el 12/08/2020.

⁶⁰ “...[V]ários planos de contingenciamento estão deixando de fora as populações de maior vulnerabilidade, incluindo não só os idosos e reforçando o fluxo de exclusão de uma sociedade hedonística, que cultua a “juventude eterna”, tão preconceituosa contra aquele que envelheceu. Sem

III.3 A Modo de Colofón

Esta epidemia que llegó con los ricos, en sus viajes transatlánticos, pero se quedó en los pobres y población más vulnerable, especialmente en los adultos mayores, sin que haya existido una preocupación especial por equiparar sus condiciones de supervivencia, cuando son escasas, para hacer efectiva la igualdad material ante la ley.

Los criterios de “*necesidad y ponderación racional de la proporcionalidad*” de las medidas adoptadas, no resisten mayor análisis ante la falta de medidas adicionales para igualar las condiciones de los adultos mayores frente a otros potenciales víctimas del COVID-19; ellos ya han dado 60 o más años de vida a Brasil, además hoy entregan su libertad con un confinamiento que es más severo para ellos; entregan su independencia para que otros decidan por ellos; entregan su afecto al quedar aislados; y entregan su dignidad, al ser solo un número más que debe sacrificar su vida sin haber tenido la posibilidad de condiciones mínimas para enfrentar la pandemia y las medidas igualitarias para grupos desiguales.

IV LOS ADULTOS MAYORES EN CHILE FRENTE A LAS MEDIDAS DECRETADAS FRENTE AL COVID-19

Separamos este título en dos partes; por un lado; analizar cuál fue la reacción normativa que tuvo el Estado de Chile frente a la pandemia; y por otro, analizar cuál es la afectación secundaria que tuvo esta actividad normativa, y las medidas concretas en los derechos fundamentales de los adultos mayores, determinando cómo esta afectación se encuadra dentro de las recomendaciones que han realizado, sobre la materia, los organismos internacionales.

IV.1 Actividad Normativa Motivada Por El Covid-19

En Chile, la llegada y expansión de la pandemia del COVID-19 se produce a partir del 3 marzo, pasando 23 días para que se publicara la primera ley motivada por el COVID-19, la Ley 21.219 de 26 de marzo; Ley de Reforma Constitucional que autorizaba al Congreso a sesionar en forma Telemática. Desde esa ley, y hasta el 31 de julio, se promulgaron y publicaron, a nivel legislativo, 32 leyes, de las cuales 22 están fundamentadas en la situación generada por la pandemia del COVID-19, es decir, el 69% de las leyes emanadas del poder legislativo en estos cuatro meses, son una reacción a la pandemia.

catastrofismo, a epidemia que chegou pelos ricos ainda demora a convencer a todos de sua gravidade. Ela tem o potencial de dizimar outras populações vulnerabilizadas, como os indígenas, privados de liberdade, refugiados, aqueles que vivem em situação de rua e muitos outros. Estas populações, além de orientações específicas e claras, precisam de renda, de moradia, de água e sabão, e respostas concretas do Poder Público às suas necessidades”. (Disponible en: <<https://www.abrasco.org.br/site/gtenvelhecimentoesaudecoletiva/2020/03/31/pandemia-do-covid-19-e-um-brasil-de-desigualdades-populacoes-vulneraveis-e-o-risco-de-um-genocidio-relacionado-a-idade/>>; visitada el 16/08/2020).

IV.1.1.- Producción legislativa: Aborda diversos tópicos, unidos por los efectos de la pandemia, resaltando que este solo fenómeno provocó 4 reformas constitucionales; de hecho, la primera ley emanada de la pandemia, reforma la Constitución para permitir al Congreso sesionar telemáticamente⁶¹; luego, el mismo día, se publica una segunda Reforma a la Constitución, la que altera el itinerario electoral de este año, incluido el plebiscito que puede generar una nueva Constitución⁶². Además se reforma la Constitución para permitir la rendición anual de la cuenta del Presidente en condiciones diferentes, parcialmente telemática⁶³, y por último, la más polémica de todas, se autoriza el retiro del 10% del ahorro previsional a las personas⁶⁴; 4 reformas en 4 meses.

En cuanto a la naturaleza de las leyes aprobadas, se pueden clasificar en tres grandes grupos de leyes; el primero destinado a obtener el funcionamiento de las instituciones, trabajos y servicios; un segundo grupo destinado al ámbito jurisdiccional; y un tercer grupo con leyes destinadas a otorgar beneficios económicos a las personas y pequeña y mediana empresa.

a) Primer grupo: Se debe señalar que, de las 4 reformas constitucionales, dos de ellas tienen relación con medidas que faciliten el funcionamiento o trabajo, a las cuales deben agregarse la reforma al Código del Trabajo para regular el trabajo a distancia⁶⁵, por lo que tres leyes están dedicadas al trabajo Telemático⁶⁶. Otra Reforma está destinada a modificar la fecha de un proceso electoral, y a ella deben considerarse las leyes destinadas a modificar otras elecciones y prorrogar los mandatos vigentes; Ley 21.235 de 29 de mayo, suspende elecciones en materia sindical, y prorroga mandatos de los actuales dirigentes; Ley 21.239 de 23 de junio, que prorroga mandatos vigentes en directorios, organizaciones y otros regulados por el Código Civil; y Ley 21.244 de 2 de julio, que prorroga mandato en organizaciones indígenas. Así, son cuatro las leyes destinadas a dar continuidad a las autoridades postergando elecciones en razón de la pandemia⁶⁷.

En el mismo sentido anteriormente señalado, se dictaron leyes para prorrogar vigencias de permisos y autorizaciones exigidas por la ley, a saber; Ley 21.222 de 1 de abril, prorroga por un año la vigencia de las licencias de conducir que vencían el año 2020; Ley 21.223 de 1 de abril, que prorroga el plazo para renovar el permiso de circulación de los vehículos; Ley 21.224 de 1 de abril, que prorroga la renovación de la Revisión Técnica de los vehículos motorizados. De esta forma, son tres las leyes dictadas en esta materia⁶⁸.

De lo anterior, se puede concluir que la mitad de las leyes dictadas y motivadas por el COVID-19, tuvo por objeto permitir o facilitar el funcionamiento de las instituciones, trabajos y servicios, bajo esta pandemia.

⁶¹ Ley 21.219 de 26 de marzo.

⁶² Ley 21.221 de 26 de marzo.

⁶³ Ley 21.237 de 30 de mayo.

⁶⁴ Ley 21.248 de 30 de julio

⁶⁵ Ley 21.220 de 26 de marzo.

⁶⁶ Leyes 21.219, 21.237 y 21.220.

⁶⁷ Leyes 21.221, 21.235, 21.239 y 21.244.

⁶⁸ Leyes 21.222, 21.223 y 21.224.

b) Segundo Grupo: En este, debe comprenderse la Ley 21.226 de 2 de abril, que establece medidas procesales para dar seguridad a miembros del poder judicial y usuarios, y asegurar la debida protección de los derechos de las partes; Ley 21.228 de 17 de abril, que concede indulto general conmutativo a condenados, entre ellos a los que tengan 75 años (art. 1); y otros adultos mayores a los que restan menos de 3 años en razón de su edad (art. 2); y la Ley 21.240 de 20 de junio, que sanciona penalmente la inobservancia de las medidas dispuestas por causa de la pandemia, es decir, se trata de tres leyes que regulan la actividad jurisdiccional bajo la pandemia⁶⁹.

c) Tercer Grupo: Se encuentran en este grupo la Ley 21.225 de 2 de abril, que concede bono de subsidio familiar y medidas para ir en apoyo de la pequeña y mediana empresa, la Ley 21.230 de 16 de mayo, que concede un ingreso familiar de emergencia y la Ley 21.243 de 23 de junio, que aumenta y extiende el ingreso familiar de emergencia. Ley 21.227 de 6 de abril, que faculta a acceder extraordinariamente al seguro de desempleo en caso de COVID-19, y la Ley 21.232 de 1 de junio, que faculta acceso a las prestaciones del seguro de desempleo. La Ley 21.229 de 24 de abril, que facilita crédito a pequeños y medianos empresarios; y Ley 21.242 de 24 de junio, que establece beneficio económico a los trabajadores independientes. Otra ley, la de 30 de julio⁷⁰, concede beneficios para los padres, madres o cuidadores de niños o niñas, y que concede una licencia médica especial; y la última ley es la cuarta reforma constitucional, que concede el derecho a retirar hasta el 10% de los ahorros previsionales para enfrentar la pandemia⁷¹.

De todas las leyes dictadas, ninguna va en ayuda de concreta de los adultos mayores, solo una, y de carácter penal, que establece el indulto en razón de ser adultos mayores; situación que no cambia mayormente respecto de otros grupos en situación de vulnerabilidad, se trata de leyes que prestan ayudas económicas, enfocadas en los segmentos más pobres de la sociedad.

IV.1.2 Actividad del ejecutivo

Le corresponde, tomar las decisiones concretas para hacer efectivas las leyes, y velar por el bienestar de toda la Nación.

En su labor destacan, la “Guía Práctica para el Autocuidado de la Salud en Personas Mayores”⁷², la cual explica porque la necesidad de cuidados especiales para este segmento de la comunidad, entrando luego a señalar medidas de autocuidado, como; aislamiento, comida saludable, mantención de rutinas, identificación de redes de apoyo, etc. Otro documento es el “Cuidémonos Entre Todos, Cuenta Conmigo”⁷³, que presenta modelos de autocuidado para replicar en

⁶⁹ Leyes 21.226, 21.228 y 21.240.

⁷⁰ Ley 21.247.

⁷¹ Ley 21.248.

⁷² MINISTERIO DE SALUD (2020).

⁷³ GOBIERNO DE CHILE (1/2020).

las comunidades, destinando uno de ellos a la ayuda al adulto mayor, y cuyo objetivo es ayudar a organizarse mejor para evitar el contagio. También está el documento “Saludable Mente”⁷⁴, que busca dar orientación de cómo enfrentar la cuarentena para un mejor bienestar y salud mental, incluyendo, entre las recomendaciones, algunas para los adultos mayores. Y por último, está el documento “Lineamientos éticos en la atención de pacientes en una situación de pandemia”, de la Mesa Social Covid-19 del Gobierno de Chile, la cual, respecto de los adultos mayores, expresa que “*Si bien los adultos mayores son una población de mayor riesgo, la edad por sí sola no es un factor que permita tomar conductas, ya que dependerá de la situación clínica general previa a la infección de cada paciente*”⁷⁵; esto, en relación a los criterios de admisión hospitalaria que señala dicho documento, haciendo alusión al momento en que se encuentre la pandemia; condiciones del paciente; situación de base previa del paciente (enfermedades preexistentes); pronóstico y posibilidades de recuperación.

Todo lo anterior se encuentra dentro de la orientación política con que se enfrenta el tema, y considerando las medidas restrictivas de derechos, en que destaca el confinamiento obligatorio para los mayores de 75 años.

IV.2 Situación de Los Adultos Mayores Frente Al Covid-19 y Las Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales

Desde la primera norma dictada en razón del Covid-19, el 26 de marzo de este año, se han dictado 439 normas de distinta naturaleza por parte del Estado de Chile hasta el 27 de julio pasado⁷⁶. La principal de estas es la Resolución Exenta 215 del Ministerio de Salud del 30 de marzo; en ella se decreta la cuarentena por tiempo indefinido a los mayores de 80 años⁷⁷; además prohíbe, también de forma indefinida, las visitas a los “Establecimientos de Larga Estadía de Adultos Mayores”⁷⁸; y por último, suspende el funcionamiento de los clubes de Adulto Mayor, y las reuniones de clubes y uniones comunales de Adulto Mayor, indefinidamente también⁷⁹, todo ello en relación al grupo respecto del cual nos referimos en este trabajo. Posteriormente, esta medida se amplió a los mayores de 75 años contar del 15 de mayo. Las consecuencias prácticas de estas medidas son, directamente; afectación de la libertad de tránsito y la autodeterminación, y de forma indirecta; la libertad de trabajo.

En este sentido, la situación de los adultos mayores queda en una situación desmejorada en relación al resto de la población, toda vez que no se aprecia la implementación, previa o simultánea, de las medidas necesarias y recomendadas por

⁷⁴ GOBIERNO DE CHILE (2/2020).

⁷⁵ MESA SOCIAL COVID-19 (2020), p. 4.

⁷⁶ Fuente, Biblioteca del Congreso Nacional (<https://www.leychile.cl/Consulta/listado_n_sel?_grupo_aporte=&sub=1236&agr=2&comp=>>).

⁷⁷ RESOLUCIÓN EX. 215, MINISTERIO DE SALUD (2020), decisión 2.

⁷⁸ RESOLUCIÓN EX. 215, MINISTERIO DE SALUD (2020), decisión 18.

⁷⁹ RESOLUCIÓN EX. 215, MINISTERIO DE SALUD (2020), decisiones 19 y 20.

los organismos internacionales, para mitigar los efectos secundarios provocados en este grupo, por parte del Estado⁸⁰. En efecto, y analizando solo la prohibición de salir de sus hogares respecto de este grupo objetivo en particular, se generan varias complejidades:

La CADH reconoce el derecho a la igualdad ante la ley⁸¹; y frente al confinamiento obligatorio y objetivo de solo los mayores de 75 años, se genera una discriminación entendida en cuanto se trata del grupo con mayor resultado letal por la pandemia. Sin embargo, dicha medida no discrimina si las persona pueden o no autosustentarse; no hay una evaluación que permita ponderar las diversas realidades; si tienen un lugar digno donde permanecer por tiempo indefinido; si tienen los medios para alimentarse y cubrir las necesidades básicas; si tienen una red de atención familiar, comunitaria o pública que permita un control o monitoreo permanente de sus condiciones y estado de salud física y mental, medidas que son necesarias en consideración a la situación de vulnerabilidad que presenta un sector importante de este grupo etario. Cuando la CADH habla de igualdad, se refiere a un igual trato a los iguales, pero donde hay diferencias importantes en las condiciones, como en los adultos mayores (y Chile no excepción), que no cuentan, en tiempos normales, con “*un marco adecuado de protección jurídica de la ancianidad*”⁸², a pesar de advertirse una mayor preocupación por ellos, se requieren medidas especiales urgentes para tiempos anormales.

Esta simple medida, el confinamiento de todos los mayores de 75 años, en algunos casos no supera el test de igualdad, ya que si bien el fin es legítimo, la razonabilidad de la proporcionalidad⁸³ de la medida no siempre se adecúa a todos los casos, dadas sus particularidades. Así, por ejemplo, ¿Qué pasa con los que carecen de compañía y queden definitivamente aislados⁸⁴? o ¿Qué se hace con aquellos que

⁸⁰ Sin perjuicio de una batería de medidas que se han adoptado, respecto de las cuales en muchas puede ser beneficiario el adulto mayor, pero que están pensadas principalmente en evitar el contagio y algunas ayudas económicas, como las resume el Servicio Nacional del Adulto Mayor: “*Ingreso familiar de emergencia; Llamado especial adulto mayor programa de subsidio de arriendo de vivienda; Programa saludablemente; Cuarentena preventiva obligatoria en todo el país para mayores de 75 años; Permisos de desplazamiento que involucran a las personas mayores; Desplazamiento a segunda vivienda; Cuarentena obligatoria e instalación de barreras sanitarias en ELEAM; Residencias espejo transitorias; Programa de ejercicios vivifrail; Bono de invierno; Vacunación contra la influenza; Guía práctica para el autocuidado de la salud en personas mayores; Campañas alianzas público-privada; Campañas de voluntariado*”. SENAMA (2020), p. 1.

⁸¹ STEIRNER y URIBE (2014), pp. 585-605.

⁸² LATHROP (2009), p. 108.

⁸³ STEIRNER y URIBE (2014), pp. 593-595.

⁸⁴ Solo por citar algunos casos de adultos mayores en Chile que fallecieron en solitario y fueron encontrados con posterioridad a su muerte; en comuna de Macul, Santiago (<<https://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/salud/coronavirus/adulto-mayor-con-covid-19-fue-encontrado-muerto-al-interior-de-su/2020-05-30/231838.html>>); en comuna de La Florida, Santiago (<<https://www.cooperativa.cl/noticias/sociedad/salud/coronavirus/hay-sospecha-fundada-de-covid-19-adulto-mayor-fue-hallado-muerto-en/2020-06-07/220039.html>>); en la comuna de Coquimbo (<<https://www.eldesconcierto.cl/2020/05/25/encontran-a-dos-adultos-mayores-fallecidos-en-su-domicilio-en-coquimbo-se-evalua-posibilidad-de-muerte-por-covid-19/>>); en la comuna de Curicó (<<https://elcontraste.cl/adulto-mayor-murio-de-covid-en-soledad-trabajadores-del-cementerio-lo-home-najearon/30/06/2020/>>).

carecen de los recursos económicos y trabajan para subsistir?, considerado que la pobreza tiene una importante presencia en este grupo en Latinoamérica, lo que obliga la intervención de los gobiernos en esa área⁸⁵. Así podemos señalar:

a) En relación al derecho a la igualdad, que la CIPDHPM, prohíbe discriminar por razones de edad⁸⁶; la medida así aplicada, a partir del diagnóstico internacional sobre la región y la realidad de la situación nacional, constituye, a secas, una discriminación fundada solo en un parámetro objetivo; la edad, pero no se hace cargo de las condiciones en que este grupo etario pueda enfrentar el confinamiento.

Además, si bien la Mesa Social Covid-19, en sus lineamientos éticos, previene que la edad no puede ser factor de discriminación⁸⁷, la consideración de posibilidades de recuperación, como factor, sobre todo frente al dilema de “el último respirador”, plantea una grave incertidumbre para este grupo, lo que puede contrariar a lo expresado por el Alto Comisionado DDHH, que pide no considerar la edad para la toma de decisiones, sino seguir protocolos de clasificación que garanticen una asignación de recurso médicos escasos con criterios no discriminadores⁸⁸.

El problema es que siempre el adulto mayor en situación de pobreza estará en peores condiciones de salud que otros, entonces, un factor preexistente (insuperable), en pandemia, puede postergarlo a priori en sus derechos. Preocupación también expresada por la Corte IDH que señala “...*especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada los derechos a la vida y a la salud de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación alguna, incluyendo a los adultos mayores...*”⁸⁹. Lo mismo afectación señala la CIDH, que expresa “...*las medidas que se adopten deben incluir acciones de prevención del contagio y de garantía de la atención y tratamiento médico, medicamentos y provisiones evitando los impactos diferenciados del desabastecimiento...*”⁹⁰. Y que está en consonancia con lo advertido en relación a que la pobreza, la inseguridad laboral y alimentaria, que impiden que los grupos más vulnerabilizados puedan adoptar las medidas de prevención y aislamiento decretadas por la autoridad⁹¹. Además se aprecian carencias en lo que respecta a salud mental, pues no hay un sistema institucional especial para la contingencia que garantice “*disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud mental sin discriminación ante los efectos de los contextos de pandemia y sus consecuencias...*”⁹²; advertencias también formuladas por la OEA⁹³ y por la CEPAL⁹⁴.

⁸⁵ NACIONES UNIDAS (2020), p. 8.

⁸⁶ Artículo 5 de la CIPDHPM.

⁸⁷ MESA SOCIAL COVID-19 (2020), p. 4.

⁸⁸ NACIONES UNIDAS, ALTO COMISIONADO DDHH (2020), p. 3.

⁸⁹ CORTE IDH (2020). Declaración COVID-19 y Derechos Humanos.

⁹⁰ CIDH (3/2020).

⁹¹ CIDH (4/2020), p. 3.

⁹² CIDH (4/2020), pp. 8-9.

⁹³ OEA (2020), pp. 25-27.

⁹⁴ CEPAL (2020), p. 5.

b) En cuanto al derecho a la independencia y autonomía, la imposición de la cuarentena obligatoria de los mayores de 75 años, afecta el derecho a la autodeterminación consagrado en la CIPDHPM⁹⁵, y respecto de la cual la OEA también ha puesto énfasis⁹⁶; puesto que el aislamiento y la simultánea necesidad de autoabastecerse, ponen en juego el objetivo de evitar el contagio, pues las mismas medidas de seguridad para recibir estos alimentos, las pueden tener ellos para adquirirlos, pero con una atenuante; al ser ellos, no dependen de terceros⁹⁷, lo que no solo dignifica su autonomía, sino que colabora en su bienestar mental⁹⁸.

c) Respecto al derecho a la libre circulación⁹⁹; puede constituir una afectación de la dignidad de la persona esta imposición, si la persona mayor estima que es autovalente para cuidarse, o si en la práctica, la medida lo deja incomunicado, o si el confinamiento afecta su seguridad en caso de violencia intrafamiliar, además de verse expuesto a sanciones por vulnerar esta prohibición. Todas estas situaciones fueron advertidas por la OEA expresamente¹⁰⁰.

d) En cuanto al derecho al trabajo¹⁰¹, se trata de una situación muy vinculada al nivel de ingresos económicos de este sector, pues no siempre las jubilaciones permiten la subsistencia, y ello se complementa con trabajo, normalmente informal, el que se ve impedido de realizarse en esta situación, y al no establecerse medidas concretas para resguardar esta situación, se vulnera lo recomendado por la CIDH¹⁰². Tampoco aparecen medidas como las sugeridas por la OEA, en relación a la especulación de precios, a garantizar la seguridad económica y el acceso presencial para ellos, ni para garantizar alimentos frescos, todo lo cual forma parte de las deficiencias estructurales previas, que se agravan y agudizan con estas medidas en los grupos en situación de vulnerabilidad¹⁰³.

No es fácil para ningún país tomar las medidas necesarias para enfrentar la pandemia, y al mismo tiempo, tomar las urgentes para grupos vulnerabilizados; sería

⁹⁵ Artículo 7 de la CIPDHPM.

⁹⁶ OEA (2020), p. 26.

⁹⁷ Se produce una seria contradicción respecto de ellos, ya que por un lado el Estado le obliga a permanecer confinado, y si bien aumentan las posibilidades de no contagiarse, ello no se asegura, como tampoco se asegura que tendrá para alimentarse. Y por otro lado, si se contagia, el Estado no le garantiza que tendrá un ventilador, en caso de necesitarlo, a pesar de que es el segmento de la población que más sacrificios ha hecho en la pandemia.

⁹⁸ Y cito al catedrático Colombiano Eudoro Echeverri, quien interpuso acción de nulidad en contra de la medida que decretó el confinamiento de los mayores de 70; *“La Justicia (...), es el único bien que acompaña a los hombres después de la muerte porque como ocurre con la materia todos los demás se degradan. Y es la injusticia, tal vez, la categoría o la condición existencial con la que los seres humanos jamás transigen, las personas mayores de 70 años registran con estupor cómo estando en condiciones vitales, quizá muchos, están confinados de disfrutar la existencia porque el Gobierno les quitó de vida es geoméricamente inverso al que tienen los jóvenes...”*. Consejo de Estado de Colombia, Expediente **110010324000202000177 00**

⁹⁹ Artículo 15 de la CIPDHPM.

¹⁰⁰ OEA (2020), p. 26-27.

¹⁰¹ Artículo 18 de la CIPDHPM.

¹⁰² CIDH (4/2020), p. 16.

¹⁰³ OEA (2020), p. 26-27.

injusto cuestionar hoy esta situación, pero no es injusto cuestionar el por qué no se tomaron antes, sin pandemia, si la urgencia y necesidad ya existían. Hoy las medidas apuntan a la población en general, lo que no tiene nada de malo, solo que una vez más, los grupos vulnerabilizados, en este caso los adultos mayores, deberán hacer el sacrificio por todos.

V CONCLUSIONES

1.- El COVID-19 ha desnudado de forma brutal las inequidades reinantes en Latinoamérica; las situaciones de pobreza, informalidad laboral y las carencias de los sistemas de salud y previsionales han impedido que las acciones de los Estados puedan implementarse como se debían, como en Asia o Europa, impactando con mayor fuerza en los grupos vulnerabilizados.

2.- Las respuestas de los Estados han sido en relación a la población en general, y los esfuerzos por ir en ayuda adicional de los grupos vulnerabilizados, han sido insuficientes en relación a la catástrofe social y económica que adviene junto a la crisis sanitaria.

3.- Los adultos mayores han sido no solo la principal víctima del COVID-19, sino que también la primera víctima indirecta de los efectos secundarios de las medidas de los Estados; primero por ser grupo que tienen presencia en todos los grupos en situación de vulnerabilidad (hay adultos mayores pobres, enfermos, cesantes, migrantes, etc.); y segundo porque la primera medida radical es el confinamiento para los adultos mayores, sin distinción alguna.

4.- Los organismos internacionales han dado una batería de recomendaciones que van en dos direcciones; prevenir el contagio y resguardar los derechos de todos, haciendo hincapié en la adopción de las medidas necesarias previas o simultáneas a la restricción de derechos fundamentales que amortigüen los efectos secundarios en estos grupos vulnerabilizados.

5.- Las medidas de los Estados han sido, en general, las mismas que en Asia o Europa, sin embargo, las recomendaciones no han podido tomarse por falta de recursos, o porque no se dimensionó o no se creyó en la gravedad de la pandemia, lo que se agrava más por el hecho de que tanto en Chile como en Brasil, no existe un sistema de protección social como el de aquellos continentes.

6.- Las medidas que afectan derechos fundamentales, no siempre, ni en todos los casos, cumplen las exigencias de necesidad y racionalidad de la proporcionalidad, especialmente respecto de los adultos mayores dado que se ha usado solo el factor edad a considerar.

7.- Es difícil exigirles más a los Estados por esta pandemia, pues no hay una fórmula para enfrentarla con éxito y rapidez, pero surgen preguntas para el futuro: ¿Es necesario una pandemia para gastar en 4 meses en protección social todo lo que se negó por décadas? Si se hubiera dado dicha protección en el tiempo, quizás la adopción de medidas más radicales podrían haber sido más rápidas y efectivas, pues no se puede confinar a quienes no tienen los medios para subsistir y además

requieren del apoyo afectivo y material, como los adultos mayores. Y, por último, ¿Los actuales sistemas de seguridad social y salud, garantizan un éxito si esto se repite?

VI BIBLIOGRAFÍA, NORMATIVA Y DOCUMENTOS DE REFERENCIA

BERNALES, Gerardo, “Reforma Constitucional chilena y grupos en situación de vulnerabilidad. Un breve análisis constitucional comparado”. (Santiago, capítulo del libro coordinado por AGUILAR, Gonzalo; “Poder Judicial. Reforma Constitucional y Derechos Fundamentales”. Editorial Librotecnia, 2017, pp. 301-341).

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

CEPAL, “COVID-19, Recomendaciones generales para la atención a personas mayores desde una perspectiva de derechos humanos”, 2020. (Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/45316-covid-19-recomendaciones-generales-la-atencion-personas-mayores-perspectiva>>; visitada el 13/07/2020).

CIDH (3/2020). “La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19”. (Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/060.asp>>; visitada el 15/07/2020).

CIDH (4/2020), Resolución N° 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”. (Disponible en: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>>; visitada el 10/07/2020).

CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA (2020), Exp. 110010324000202000177 00

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BOLIVIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BRASIL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ECUADOR

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE PERÚ

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE VENEZUELA

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (Disponible en: <https://www.cepal.org/sites/default/files/event_s/files/betilde_munoz_pogossian.pdf>; visitada el 20/05/2020).

CONVENIO 111 de la OIT (Disponible en: <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-87385_recurso_1.pdf>; visitada el 05/06/2020).

CORTE IDH (2020). “COVID-19 y Derechos Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”. (Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>>; visitada el 12/07/2020).

DECRETO LEGISLATIVO N° 6, Congreso Nacional de Brasil. (Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/quadro_portaria.htm>; visitada el 04/08/2020).

GOBIERNO DE CHILE (1/2020). “Cuidémonos Entre Todos, Cuenta Conmigo”. (Disponible en: <<https://www.gob.cl/cuentaconmigo/>>; visitada el 28/07/2020).

GOBIERNO DE CHILE (2/2020). “Saludable Mente”. (Disponible en: <<https://www.gob.cl/saludablemente/>>; visitada el 26/07/2020).

INSTITUTO BRASILEÑO DE GEOGRAFÍA Y ESTADÍSTICA (2018). “Idosos indicam caminhos para uma melhor idade”. (Disponible en: <<https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>>; visitada el 01/06/2020).

LATHROP, Fabiola (2009). “Protección Jurídica de los Adultos Mayores en Chile”. (Santiago, artículo publicado en Revista Chilena de Derecho, v. 36, n. 1, pp. 77-113).

- LEAO, Flavia/VEIGA, Milena/ PASSARELLA, Ana (2007). “Pobre, Anciano y en la Calle: Una trayectoria de Exclusión”. (Disponible en: <https://www.scielo.br/pdf/rlae/v15nspe/es_06.pdf> visitada el 15/08/2020).
- LEY n° 10.741, (01/10/2003), Brasil. (Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>; visitada el 04/08/2020).
- LEY n° 13.979, (6/02/2020), Brasil. (Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/quadro_portaria.htm>; visto el 14/08/2020).
- LÓPEZ, Mario Justo (1992). “Introducción a los Estudios Políticos”, volumen I. (Buenos Aires, Ediciones DePalma).
- MENESES, Gonzalo (2013). “Poblaciones vulnerabilizadas”. (Disponible en: <<https://prezi.com/cjufxsbdsrg/poblaciones-vulnerabilizadas/>>. Visitada el 06/08/2016).
- MESA SOCIAL COVID-19, GOBIERNO DE CHILE (2020). “Lineamientos éticos en la atención de pacientes en una situación de pandemia”. (Disponible en: <https://www.google.com/search?q=%E2%80%9CLineamientos+%C3%A9ticos+en+la+atenci%C3%B3n+de+pacientes+en+una+situaci%C3%B3n+de+pandemia%E2%80%9D%2C&rlz=1C1CHBD_esCL893CL893&oq=%E2%80%9CLineamientos+%C3%A9ticos+en+la+atenci%C3%B3n+de+pacientes+en+una+situaci%C3%B3n+de+pandemia%E2%80%9D%2C&qs=chrome..69i57j0.3859j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8>; visitada el 25/07/2020).
- MINISTERIO DE SALUD DE CHILE (2020). “Guía Práctica para el Autocuidado de la Salud en Personas Mayores”. (Disponible en: <<https://saludresponde.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/04/02-04-GUIA-PRACTICA-PARA-EL-AUTOCUIDADO-DE-LA-SALUD.pdf>>; visitada el 27/7/2020).
- NACIONES UNIDAS (2020). “COVID-19 and Human Rights We are all in this together, april 2020”. (Disponible en: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/un_policy_brief_on_human_rights_and_cov_id_23_april_2020.pdf>. Visitada el 14/07/2020).
- NACIONES UNIDAS, ALTO COMISIONADO DDHH (2020). “Directrices esenciales para incorporar la perspectiva de los Derechos Humanos en la atención a la pandemia por COVID-19”. (Disponible en: <<https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2020/04/Directrices-ONU-COVID19-y-DDHH.pdf>>; visitada el 12/07/2020).
- OEA (2020). “Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el COVID-19 en las Américas”. (Disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA_SPA.pdf>; visitada el 13/07/2020).
- PAZMIÑO, Ernesto (2011). “Las 100 Reglas de Brasilia”. (Ecuador, Impreso en V&M Gráficas).
- RAWLS, John (1995). “La Teoría de la Justicia”. (México, Fondo de Cultura Económica).
- RESOLUCIÓN EX. 215, MINISTERIO DE SALUD (2020), de 30 de marzo de 2020. (Disponible en: <<https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2020/03/Diario-Oficial-30-de-marzo.pdf>>; visitada el 25/05/2020).
- RIVERA, Iñaki –coordinador– (2020). “Pandemia. Derechos Humanos, Sistema Penal y Control Social (en tiempos de coronavirus)”. (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch).
- SERVICIO NACIONAL DEL ADULTO MAYOR (2020). “Medidas para las personas mayores en contexto COVID-19”. (Disponible en: <http://www.senama.gob.cl/storage/docs/MEDIDAS_PARA_LAS_PERSONAS_MAYORES_EN_CONTEXTO_COVID-1.pdf>; visitada el 19/07/2020).
- STEINER, Christian /URIBE, Patricia (2014). “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentarios” (Chile, Steiner y Uribe Editores)
- VALLESPÍN PÉREZ, D (2020). “Preguntas y respuestas, con motivo de la crisis del COVID-19, sobre derecho de los consumidores”, en ¿Cómo hacer frente a los efectos legales y litigios derivados del COVID-19?, obra colectiva, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid.