

Discriminación y Desigualdad en la Vejez: enfoque jurídico de los viejismos

*Discrimination and Inequality in Old Age:
the legal approach to “ageism”*

María Isolina Dabove¹

Universidad Nacional de Rosario, Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686
Año 6/N° 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180

<https://doi.org/10.24215/25251678e533>

Recibido: 01/09/2021

Aprobado: 15 /09/2021

<https://orcid.org/0000-0002-7577-3812>

Resumen: El envejecimiento de la población ha generado un peculiar escenario social que crece día a día de manera sostenida y se expande en el mundo muy rápidamente: la gerontoglobalización y el multigeneracionismo concomitante. Desde el punto de vista jurídico, este fenómeno no siempre conlleva la posibilidad de vivir en igualdad de condiciones que todos los demás. El viejismo es un tipo particular de discriminación por razones de edad (edadismo). En este trabajo, se analiza el alcance jurídico de este fenómeno,

¹ Abogada recibida en la Universidad Nacional de Rosario (1988). Doctora en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (1998) y dos veces posdoctorada en la Universidad de Valladolid (2009 y 2010). Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora titular regular de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y Universidad Nacional del Centro de la Provincia. de Buenos Aires.

las condiciones de su configuración y el impacto que ello tiene en el ejercicio de derechos y en los procesos judiciales requeridos para su restitución

Palabras clave: Discriminación – Desigualdad - Viejismos – Derechos humanos.

Abstract: The aging of the population has generated a peculiar social scenario that grows daily in a sustained way and it expands worldwide very quickly: the “global aging” and the concomitant “multigenerationism”. From a legal point of view, this phenomenon does not always entail the possibility of living in equal conditions as everyone else. “Ageism” is a particular type of discrimination based on old age. This paper analyzes the legal scope of this phenomenon, the conditions of its configuration and the impact that this has on the exercise of rights and the judicial processes required for their restitution.

Keywords: Discrimination - Inequality - Ageism - Human rights

I. Introducción

El envejecimiento de la población ha generado un peculiar escenario social que crece día a día de manera sostenida y se expande en el mundo muy rápidamente. Su alcance es mundial, genera sociedades multigeneracionales y se profundizará aún más con el tiempo².

² AUTOR (2018); LESSON, G. W. (2009). “Demography, politics and policy in Europe” en Ludow (ed.), *Setting EU Priorities*, pp. 102-124. The European Strategy Forum. Ponte de Lima; LESSON, G. W. (2009a). “Future Ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status” en Nurvidya and Ananta (eds.), *Older Persons in Southeast Asia*, pp. 47-67. Institute of Southeast Asian Studies. ISEAS, Singapore; LESSON, G. W. (2011). “Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging” en *Current History*. Journal of Contemporary World Affairs, 110 (733), pp. 75-80.

Así, en la actualidad cada persona puede aspirar a vivir una vejez de 20-25 años de duración en cualquier lugar del planeta, lo cual se intensifica entre la población femenina. En Argentina, por ejemplo, por cada varón mayor de 60 a 75 años se registran una y media mujeres, pero este número llega a 2 mujeres en el grupo de 75 y más³. Esta nueva longevidad provoca también múltiples consecuencias interseccionales que se expresan tanto en el campo económico, como en lo sociocultural y, por ende, en lo jurídico, afectando las condiciones de acceso y ejercicio de derechos.⁴

En el plano económico, la actual gerontoglobalización da lugar a un proceso de dependencia creciente, dado que una de las pérdidas que las personas mayores deben afrontar es el cese de sus actividades lucrativas⁵. Junto a ello se producen importantes tensiones socioculturales a nivel comunitario e individual⁶, ya que cada generación de mayores esgrime una forma de entender la vida, códigos de convivencia y prácticas discursivas propios, no siempre

³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (2014). *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*. Instituto Nacional de Estadística y Censos – INDEC, Buenos Aires, pp. 9-19; AUTOR (2002); AUTOR (1996); DI TULLIO BUDASSI, Rosana (2008). “El Derecho alimentario de los ancianos”, en *Derecho de Familia*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, N° 38, pp. 64-82.

⁴ AUTOR (2008); AUTOR (2015).

⁵ BELLINA YRIGOYEN, Jorge (2004). *La economía política de los fondos de pensiones*, UCEL, Rosario, pp. 12.

⁶ KYMLICA, Will (1995). *Ciudadanía multicultural*. Paidós, Barcelona, pp. 23 a 87; TAYLOR, Charles (1993). *Multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica, México, pp. 20; BRIONES, Claudia (1998). *La alteridad del cuarto mundo*. Colihue, Buenos Aires, pp. 12-37; PRIETO SANCHÍS, Luis (1994). “Minorías, respeto a la disidencia e igualdad sustancial”, en *Doxa*, N° 15-16, pp. 367-387; GEERTZ, Clifford (2006). *Los usos de la diversidad*. Paidós, Barcelona, pp. 4; SARTORI, Giovanni (2001). *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Taurus, Madrid, pp. 23; YTURBE, Corina de (2008). *Multiculturalismo y derechos*. Instituto Federal Electoral, México, D.F. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/490/1.pdf>

aceptados -y muchas veces resistidos-, por las generaciones más jóvenes⁷.

Desde el punto de vista jurídico, el envejecimiento global y multigeneracional tampoco conlleva la posibilidad de vivir una vejez en condiciones sociales equitativas. Al contrario, es frecuente que las personas mayores queden sometidas a situaciones de gran fragilidad jurídica, causadas por interacciones sociales discriminatorias, “viejistas”, que lesionan incluso sus derechos humanos más básicos. Los abusos y maltratos, la exclusión social, el abandono y aislamiento, la pobreza, la falta de acceso a la salud o las tecnologías, entre otras, son sólo algunos ejemplos de hechos que los convierten en un grupo vulnerable, debilitándolos para el acceso y ejercicio de sus derechos⁸.

En este trabajo nos preguntamos acerca de las características y alcances jurídico de las practicas viejistas de la actualidad. Junto a ello, abordamos el análisis de las condiciones de su configuración en el ejercicio de derechos y en los procesos judiciales requeridos para su restitución.

II. Prácticas “viejistas” y vulnerabilidad jurídica

El denominado *ageism* por BUTLER⁹, o bien, *viejismo* por SALVAREZZA¹⁰, es un tipo particular de discriminación por razones de edad (edadismo) basado en la vejez de su víctima. Alude a una serie de creencias, normas y valores que justifican la discriminación de las personas por su vejez, cuyas

⁷ DE SOUZA MINAYO, María Cecilia (2006). *Visão antropológica do envelhecimento humano. Velhices: Reflexões contemporâneas*. PUC-SP, San Pablo, pp. 47-59.

⁸ AUTOR (2002).

⁹ BUTLER, Robert (1969). “Age-ism: another form of bigotry”, en *The Gerontologist*. Winter, Nº 9 (4), pp. 243-246.

¹⁰ SALVAREZZA, Leopoldo (2002). *Psicogeriatría: Teoría y clínica*. 2º ed. rev. y ampl., Paidós Ibérica, Buenos Aires, pp. 5-320.

consecuencias son comparables a los prejuicios contra las personas de distinto color, raza o religión o contra las mujeres o personas trans en función de su sexo¹¹. Definen a la vejez desde enfoques reduccionistas y tendenciosos que derivan en justificaciones basadas en una comprensión falsa sobre personas o grupos a los que se dirigen. Son, pues, mecanismos desde donde se usa el poder para definir negativa o positivamente a unos en detrimento de otros.¹²

Para BUTLER, el viejismo se genera a causa de una alteración de los sentimientos, creencias o comportamientos que se produce en respuesta a la edad cronológica avanzada de un individuo o de un grupo de personas. En este proceso, los atributos de la persona referida son ignorados y los individuos son etiquetados de acuerdo con estereotipos negativos basados en la afiliación grupal. Un factor determinante de estas creencias e imágenes negativas es la dificultad de aceptar el paso del tiempo¹³.

Los estereotipos dan una visión exagerada de algunos rasgos de la persona mayor¹⁴, o brindan una concepción inventada, sin base real sobre el sujeto, pero que se considera razonable por su relación con tendencias de comportamiento que tienen cierto grado de verdad. Así, se

¹¹ IACUB, Ricardo (2011). *Identidad y envejecimiento*. Paidós, Buenos Aires, pp. 75-87.

¹² IACUB, Ricardo (2012). ¿Seguimos siendo los mismos? Actas III Jornadas de Musicoterapia en Geriátrica y Gerontología: Sonido, Salud y Vejez. Asociación Argentina de Musicoterapia, Buenos Aires, pp. 21-33.

¹³ BUTLER, Robert (1969), ob.cit.

¹⁴ PALMORE, Erdman Ballagh (1990). *Ageism: Negative and positive*. Springer, New York, pp. 4-260; LOSADA BALTAR, Andrés (28 de febrero, 2004). *Edadismo: consecuencias de los estereotipos, del prejuicio y la discriminación en la atención a las personas mayores. Algunas pautas para la intervención*. Informes Portal Mayores, Madrid, N° 14. Disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/losada-edadismo-01.pdf>; SÁNCHEZ PALACIOS, Concepción (2004). *Estereotipos negativos hacia la vejez y su relación con variables sociodemográficas, psicosociales y psicológicas*. [Tesis Doctoral, Universidad de Málaga], Málaga, pp. 27-46. Disponible en: <http://www.biblioteca.uma.es/bbldoc/tesisuma/16704046.pdf>

omiten, o no son suficientemente declaradas, las características positivas de la persona referenciada. No reflejan características positivas de las personas. No proporcionan información sobre la causa del dato que se señala. No facilitan el cambio, ni la observación de la variabilidad interindividual, siendo esto especialmente importante en el caso de las personas mayores, dadas las amplias diferencias de ellos entre sí. En definitiva, se trata de prácticas sociales dirigida a devaluar consciente e inconscientemente el estatus social de la vejez¹⁵.

El viejismo se manifiesta de manera explícita e implícita y ello genera actitudes profundamente ambivalentes, en donde los discursos y los hechos no siempre son coherentes entre sí¹⁶. Para LEVY y BANAJI, uno de los aspectos más insidioso del viejismo es que puede operar sin ser advertido, controlado, o dicho, con intención de dañar de manera consciente. Logran demostrar además, que todos los seres humanos, en diferentes grados, nos encontramos atrapados en la práctica del viejismo implícito y algunas imágenes o expresiones cotidianas lo ilustran con mucha claridad¹⁷. Entre ellas, el estereotipo del viejo cascarrabias, los llamados viejos verdes, porque demuestran sentimientos sexuales hacia otra persona; la idea de la ancianidad como segunda infancia; la asociación de la senescencia con el olvido, los problemas de audición, o bien, con la lentitud y la pasividad.

¹⁵ SALVAREZZA, Leopoldo (2002). *Psicogeriatría: Teoría y clínica*. 2a. ed. rev. y ampl. Paidós Ibérica, Buenos Aires, pp. 27-49.

¹⁶ SALVAREZZA, Leopoldo (1998), ob.cit.; IACUB, Ricardo (2011). *Identidad y envejecimiento*. Paidós, Buenos Aires, pp. 75-87; MORENO TOLEDO, Ángel (2010). "Viejismo (ageism). Percepciones de la población acerca de la tercera edad: estereotipos, actitudes e implicaciones sociales", en *Revista Electrónica de Psicología Social, Poiésis*, Nº 19, junio, pp. 1-10. Disponible en: <http://funlam.edu.co/revistas/index.php/poiesis/article/view/101/75>

¹⁷ LEVY, Becca R. y BANAJI, Mahzarin (2004). "Implicit ageism" en TODD, Nelson (comp.), *Ageism. Stereotyping and Prejudice against Older Persons*. The Mit Press, Massachusetts, pp. 5-17.

Lamentablemente, el viejismo no sólo es reproducido diariamente por cualquiera de nosotros. También es sostenido por los medios de comunicación, las redes sociales, o las artes¹⁸. Para LEVY y BANAJI, esto sucede porque los procesos y comportamientos mentales que demuestran sensibilidad por la vejez se producen automáticamente en los pensamientos cotidianos, sentimientos, juzgamientos y decisiones de la gente común¹⁹. De allí la importancia que tiene el desarrollo de una perspectiva crítica sobre estas prácticas, lo suficientemente consistente como para desarticularlas con fundamento.

Como dice IACUB, “uno de los factores más interesantes relativos a la constitución del término viejismo es que Butler contribuyó decisivamente a introducir un giro político en la temática”. Por un lado, antes de aceptarse este concepto, las personas mayores no eran reconocidos explícitamente como colectivo o grupo discriminado, como sí lo eran otros grupos en similares condiciones de vulnerabilidad social (negros, niños o mujeres). Y por otro lado, con ello, se ayudó a evidenciar la existencia de un problema cultural hacia la vejez, que debe ser interpretado también como un problema de toda sociedad que no acepta a ciertos grupos en su seno²⁰.

¹⁸ FUSTER, Sergio Luis y VELAZQUEZ, Rodolfo (2005). *La ancianidad con los ojos del cine*. Ciudad Gótica, Rosario, pp. 13-147.

¹⁹ LEVY, Becca R. y BANAJI, Mahzarin (2004), ob.cit.

²⁰ IACUB, Ricardo (2013). “Identidad social y variaciones del sí mismo en la vejez, entre los discursos modernos y posmodernos”, en MONTES DE OCA Verónica, *Envejecimiento en América Latina y el Caribe*. UNAM, México, pp. 75-89; IACUB, Ricardo (2011), ob.cit.; PONCE, Silvia (2016). *Personas adultas mayores y no discriminación. Mirada desde la psicología*. Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo, Buenos Aires, pp. 17-36; IACUB, Ricardo; CASTRO, Irene; PETRANGOLO, Myriam y TUCHMANN, Paula (2009). *Prácticas no discriminatorias en relación con adultas y adultos mayores*. Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo, Buenos Aires, pp. 11-35.

III. Condiciones jurídicas para la configuración de la discriminación

Para el Derecho, la discriminación por edad en general y la discriminación específica por vejez, traen aparejadas una compleja serie de efectos negativos, que inciden de manera directa sobre la persona en cuestión y le producen vulnerabilidad y dislocación social. En términos de MCGOWAN, por su causa se generan pérdidas importantes de espacios, funciones y valoración personal, que se expresan en todo estatus social disminuido y en la decreciente participación social²¹

La teoría jurídica comprende esta práctica como todo acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea realmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida²².

Es, por ello, un proceso complejo de poder, del cual derivan relaciones autoritarias, no valiosas e injustas para las partes, aun cuando generalmente cuentan con un alto grado de aceptabilidad social²³.

Para que la discriminación se configure jurídicamente tienen que darse, entonces, algunas condiciones.

- 1) En primer lugar, debe tratarse de una situación que viole el principio de igualdad, puede desarrollarse de manera activa o pasiva y cualquier sujeto puede ser su autor

²¹ MCGOWAN, Thomas (2007). "Ageism and discrimination", en BIRREN, James E., *Encyclopedia of Gerontology*. Academic Press, Nueva York, pp. 724.

²² RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús (2005). "Definición y concepto de la no discriminación", en *El Cotidiano*, N° 134, Universidad Autónoma Metropolitana, México, noviembre-diciembre, pp. 23-29; HUERTA OCHOA, Carla (2006). "La estructura jurídica del derecho a la no discriminación", en DE LA TORRE MARTÍNEZ, Carlos (coord.), *Derecho a la no discriminación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, pp. 185-204.

²³ AUTOR (2006); LEVY, Becca R. y BANAJI, Mahzarin. (2004), ob.cit.; IACUB, Ricardo (2013), ob.cit.; IACUB, Ricardo (2011), ob.cit.

(personas humanas o jurídicas, públicas y privadas, instituciones comerciales o altruistas).

- 2) Por otro lado, se deben producir efectos negativos directos sobre la vida de la persona aludida, que vulneran sus derechos y su posición social.
- 3) Asimismo, no tiene que haber en ella razón alguna que sustente esa particular calificación, la distinción, o el trato diferente, de la cual ha sido objeto²⁴.

La ruptura de la igualdad aparece como injusta, diría ARISTÓTELES, cada vez que se adjudican cosas iguales a quienes son desiguales; o bienes distintos a quienes son, en cambio, iguales entre sí²⁵. La Constitución argentina, por ejemplo, se refiere a la igualdad general ante la ley, en el artículo 16 y también a la igualdad como regla de justicia distributiva aristotélica, en el artículo 75 incisos. 23 y 17 (acciones positivas con políticas distributivas desiguales, en mérito a la vulnerabilidad que sólo ciertos sectores de la población, allí reconocidos, padecen).

El viejismo constituye una práctica social violatoria del principio de igualdad porque se basa en prejuicios o estereotipos no fundados, que dañan la posición jurídica de las personas mayores y los margina socialmente²⁶. Por ello, entre sus propósitos centrales, la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores estableció la obligación de trabajar en la promoción, protección y aseguramiento, en condiciones de igualdad, del reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos y li-

²⁴ HUERTA OCHOA, Carla (2006), ob.cit.

²⁵ ARISTÓTELES (1989). *La Política*. 18º ed., trad. DE AZCÁRATE Patricio, Espasa Calpe Austral, Madrid, pp. 89: "Así, la igualdad parece de derecho común, y sin duda lo es, no para todos, sin embargo, sino sólo entre iguales; y lo mismo sucede con la desigualdad; es ciertamente un derecho, pero no respecto de todos, sino de individuos que son desiguales entre sí"; AUTOR (2002).

²⁶ AUTOR (2002).

bertades fundamentales de la persona mayor y promover su plena inclusión, integración y participación social²⁷.

En el artículo 2 la Convención define a la discriminación, en general²⁸, para luego hacer referencia a la discriminación múltiple²⁹ y al vejeísmo o discriminación por edad en la vejez³⁰.

En el artículo 3, referido a los principios generales del tratado vuelve a aludir a la igualdad y no discriminación como postulado central explícito. También reconoce que el

²⁷ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. ASAMBLEA GENERAL. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo I, Artículo 1: “Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la 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”.

²⁸ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo I, Artículo 2: “Discriminación: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada”.

²⁹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo I, Artículo 2: “Discriminación múltiple: Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación”.

³⁰ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo I, Artículo 2: “Discriminación por edad en la vejez: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada”.

enfoque diferencial y la atención preferencial hacia las personas mayores son herramientas jurídicas clave para el desarrollo de la igualdad en tanto regla de justicia distributiva aristotélica³¹. Razón por la cual, los Estados parte tienen asimismo el deber de adoptar medidas afirmativas y de realizar todos los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos³².

El capítulo IV, referido a los derechos protegidos, reconoce la problemática de la igualdad y no discriminación en dos oportunidades. En el artículo 5, cuando establece la prohibición de discriminación por edad en la vejez y al aludir a la obligación de poner en marcha políticas, planes y legislaciones basadas en el enfoque específico del envejecimiento y la vejez, “que contemplen a la persona mayor en condición de vulnerabilidad y a aquellas que son víctimas de discrimi-

³¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo I, Artículo 3: “Son principios generales aplicables a la Convención:

- a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
- b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.
- d) La igualdad y no discriminación.
- k) El buen trato y la atención preferencial.
- l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
- m) El respeto y valorización de la diversidad cultural”.

³² ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo III, Artículo 4: “No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas afirmativas y ajustes razonables que sean necesarios para acelerar o lograr la igualdad de hecho de la persona mayor, así como para asegurar su plena integración social, económica, educacional, política y cultural. Tales medidas afirmativas no deberán conducir al mantenimiento de derechos separados para grupos distintos y no deberán perpetuarse más allá de un período razonable o después de alcanzado dicho objetivo”.

nación múltiple”³³. También lo hace en el artículo 30, cuando el tema reaparece con relación al derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley, a la capacidad jurídica y al ejercicio de sus derechos patrimoniales³⁴

En consecuencia, los estándares normativos interamericanos sobre la vejez nos llevan a pensar que el Derecho tiene

³³ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf , Capítulo IV, Artículo 5: Entre las cuales de manera explícita la Convención incluye a “las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales”.

³⁴ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, ASAMBLEA GENERAL. *Convención interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores*, Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf, Capítulo IV, Artículo 30: “Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria”.

que actuar empoderando y valorando la autonomía de las personas que forman parte de esta etapa de la vida. Como señala EYSENCK, si admitimos que los seres humanos somos diversos, nacemos diversos y nuestras experiencias vitales sirven para aumentar aún más si cabe la diversidad; es preciso entonces reconocer que “no es razonable ser tratados como si esta diversidad no existiera”³⁵.

IV. Las categorías sospechosas en el derecho de la vejez

La materialización jurídica de prácticas no discriminatorias es, como señala DWORKIN, la consecuencia más clara y directa del derecho más general que tienen las personas de ser tratadas como iguales, es decir con consideración y respeto equivalentes entre sí. Todo lo cual supone no justificar distinciones basadas en categorías que resultan irracionales o desequilibradas para la comunidad de que se trate. Por ello, la determinación del carácter sospechoso de una diferenciación es fundamental³⁶. También, exige establecer si la distinción es realizada de manera explícita o implícita. En general, las distinciones explícitas jurídicamente habituales son las que aparecen en la legislación, en cambio, las implícitas se registran en comportamientos sociales no necesariamente avalados por la normativa en vigor.

El problema de la determinación de la validez de las diferenciaciones jurídicas ha sido motivo de análisis y desarrollo jurisprudencial dando lugar al dispositivo de las “*categorías sospechas y del escrutinio estricto consecuente*”.

³⁵ EYSENCK, Hans Jürgen (1987). *La desigualdad del hombre*. 1º ed. 1º reimp., trad. SÁNCHEZ SÁINZ-TRAPAGA Natividad, Alianza, Madrid, pp. 198.

³⁶ DWORKIN, Ronald (1992). *El imperio de la justicia*. 2º ed., trad. FERRARI Claudia, rev. ABRIL Ernesto, Gedisa, Barcelona, pp. 268-272; DWORKIN, Ronald (1989). *Los derechos en serio*. 2º ed., trad. GUASTAVINO Marta, Ariel, Barcelona, pp. 332.

El primer precedente registrado sobre esta problemática se remonta a 1938, cuando la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos introduce el concepto de *categoría sospechosa* al desarrollar la doctrina del *escrutinio estricto* para resolver un caso de discriminación en materia tributaria³⁷, *United States vs. Carolene Products Co*³⁸. En ese caso, la Corte dejó entrever que toda vez que la legislación establezca distinciones, era necesario realizar un estricto escrutinio judicial para determinar si con ellas se estaban violando, o no, la igualdad ante la ley. Años más tarde, en 1944, en el caso *Toyosaburo Korematsu vs. United States*, la Corte se pronunció de manera aún más enfática al sostener que toda restricción legal que disminuye los derechos civiles de un solo grupo racial eran inmediatamente sospechosas³⁹. A partir de allí, entre 1950 y 1960, el escrutinio estricto se utilizó para fundar diversos fallos que debían resolver sobre problemas de discriminación racial.

³⁷ ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario (2014). “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 43, Valparaíso, diciembre, pp. 495-516; TREACY, Guillermo F. (2011). “Categorías sospechosas y control de constitucionalidad”, en *Lecciones y Ensayos*, Nº 89, pp 18-216. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200013>; SABA, Roberto (2008). “Igualdad, Clases y Clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo II. Disponible en: file:///C:/Users/Alejandro/Dropbox/0.%20Fundamentos%20del%20derecho%20de%20la%20vez/Lecturas/Categorias%20sospechosas/Desigualdad%20Estructural%20y%20Categor%C3%ADas%20Sospechosas%20_%20Roberto%20P%20Saba.html

³⁸ U.S. SUPREME COURT (1938). *United States vs. Carolene Products Co.* 304, US 144. Disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=304&invol=144>. La autora inicia una demanda contra el Estado Norteamericano en virtud de las regulaciones económicas “diferentes” impuestas al comercio interestatal de la leche en el contexto del “New Deal”

³⁹ U.S. SUPREME COURT (1944). *Toyosaburo Korematsu vs. United States.* 323 US 214. Disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=323&invol=214>.

En *Bolling vs. Sharpe*⁴⁰ se reclamaba en contra de la segregación en los colegios públicos del distrito escolar de Columbia, lo cual afectaba los derechos de los niños de color asegurados en la quinta enmienda de la Constitución Norteamericana. La Corte acogió la demanda y, entre otras cuestiones, declaró que las clasificaciones basadas sólo en la raza deben ser escrutadas con un cuidado particular, porque son contrarias a nuestras tradiciones y por lo tanto constitucionalmente sospechosas⁴¹.

En *Brown vs. Board of Education of Topeka*⁴², sobre segregación racial en las escuelas públicas de Topeka, Kansas, la Corte Suprema había resuelto en igual sentido.

Finalmente, en *Loving vs. Virginia*, la Corte pudo aplicar de una manera más contundente, el criterio de escrutinio estricto. Como nos recuerda ÍÑIGUEZ MANSO, el caso se relacionaba con la prohibición de casarse entre personas de distinta raza⁴³. En 1958, Richard Loving, de raza blanca, se casó con Mildred Jeter, una mujer de color. Ambos residían en Virginia, pero las leyes estatales no permitían el matrimonio interracial. En consecuencia, la pareja se casó en Washington D.C y regresaron a Virginia en donde fueron procesados por fraude a la ley y condenados en 1959 a un año de cárcel (la cual se conmutó si los Loving se comprometían a no volver juntos a Virginia durante 25 años). Por esa razón, el matrimonio se mudó a Washington D.C y, en 1963 presentaron una demanda contra el Estado de Virginia por vulnerar la enmienda catorce de la Constitución (que consagra la igualdad ante la ley). El Estado, por su parte, argumentó que el

⁴⁰ U.S. SUPREME COURT (1954). *Bolling vs. Sharpe*. 347 US 497. Disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=497>.

⁴¹ ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario (2014), ob.cit.; DWORKIN, Ronald (1992), ob.cit.

⁴² U.S. SUPREME COURT (1954). *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 US 483. Disponible en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=347&invol=483>.

⁴³ ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario (2014), ob.cit.

precepto legal tenía como fin “mantener la integridad racial de sus ciudadanos” y evitar “la corrupción de la sangre”.

Como decisión final, la Corte acogió el reclamo de los Loving y señaló que la cláusula de igual protección requiere que las clasificaciones raciales -especialmente si están contenidas en estatutos criminales-, deben sujetarse al más estricto escrutinio. Señaló que en las leyes de Virginia no había un propósito decisivo, independiente de una odiosa discriminación racial, que justifique esta clasificación. Pero, además, enfatizó que la prohibición de matrimonios interraciales entre las personas blancas era claramente una medida puramente eugenésica, solo destinada a mantener la supremacía blanca⁴⁴.

Años más tarde, la doctrina del escrutinio estricto de las categorías sospechosas de discriminación fue utilizada por otros Tribunales norteamericanos para proteger la igualdad ante la ley respecto del derecho al matrimonio de parejas homosexuales (casos Hernández vs. Robles de 2006 y Perry vs. Schwarzenegger de 2010)⁴⁵, consolidándose, así como herramienta jurídica aplicable⁴⁶.

La Corte Interamericana también ha dado lugar a fallos en los cuales se aplicó este dispositivo, con base en la normativa del Pacto de San José de Costa Rica (art. 1.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2.) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26), que contienen disposiciones referidas a la

⁴⁴ ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario (2014), ob.cit.

⁴⁵ U.S. COURT DISTRICT CALIFORNIA (2010). Perry vs. Schwarzenegger, 704 F Supp. 2d 921. Disponible en: <https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf>. U.S. NEW YORK COURT OF APPEALS (2006). Hernández vs. Robles, NY3d 338. Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/ny-court-of-appeals/1479219.html>.

⁴⁶ ÍÑIGUEZ MANSO, Andrea Rosario (2014). “La noción de ‘categoría sospechosa’ y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 43, Valparaíso, diciembre, pp. 495-516.

prohibición de todo tipo de discriminación basada en motivos de raza, religión, sexo, color, idioma, origen nacional, o la posición económica. Entre los más importantes se destacan dos casos Atala Riffo y niñas vs. Chile, y, Norín Catrimán y otros vs. Chile.

En el fallo Atala Riffo y niñas vs. Chile⁴⁷, la litis se trabó por un reclamo de responsabilidad internacional del Estado a causa del trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala. Durante el proceso judicial chileno, esta mujer fue discriminada al negársele el cuidado y custodia de sus hijas, menores de edad, debido a su orientación sexual.

En Norín Catrimán y otros vs. Chile, el concepto de categoría sospechosa fue utilizado, entre otras cuestiones, en virtud de la violación a la igualdad en el acceso a la justicia de ocho personas pertenecientes a pueblos indígenas⁴⁸.

En Argentina, como reseña BUTELER, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido adoptando la doctrina de las categorías sospechosas de manera creciente con relación a la nacionalidad, la sexualidad, la edad, la profesión y la libertad de expresión⁴⁹. La cuestión de la nacionalidad ha sido tratada en los casos: Repetto⁵⁰, Calvo y Pesini⁵¹, Hooft⁵², Go-

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2012). Atala Riffo y niñas vs. Chile. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014). Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

⁴⁹ BUTELER, Alfonso (27 de Julio, 2015). “¿Qué categorías son sospechosas de inconstitucionalidad?”, en *Diario Constitucional y Derechos Humanos*, Nro 77. Disponible en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/08/Doctrina1695.pdf>

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1988). Repetto. Fallos 311:2272

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1988). Calvo y Pesini. Fallos 321:194

⁵² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2004). Hooft. Fallos 327:5118

ttschau⁵³, R. A., D.⁵⁴, Mantecón Valdés⁵⁵ y Perez Ortega⁵⁶. La temática de la sexualidad, en el caso González de Delgado⁵⁷.

En la causa Arguello, se trató la discriminación por razón de edad, a causa del límite impuesto al ejercicio a la docencia universitaria⁵⁸. La discriminación en el ejercicio para la profesión notarial, en el caso Franco⁵⁹. La discriminación en el campo de la libertad de expresión en Verbitsky⁶⁰ y en S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias⁶¹. Por último, ha estimado contenedoras de la presunción de discriminación inconstitucional a las normas que imponen el pago de una deuda ajena tanto en Rodríguez⁶² y en el caso Escudero⁶³.

V. Conclusiones

El reconocimiento del *viejismo* como práctica violatoria de la igualdad se realizó por primera vez en el mundo en la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores”. Este tratado hizo visible tanto las condiciones para la calificación jurídica de un hecho de discriminación viejista, como también da consistencia al uso del dispositivo de las categorías sospechosas en toda lucha

⁵³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2006). Gottschau. Fallos 329:2986

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2007). R. A., D. Fallos 330:3853, voto de los jueces Petracchi y Argibay.

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2008). Mantecón Valdés. Fallos 331:1715

⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2013). Perez Ortega. Fallos 336:131

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2000). González de Delgado. Fallos 323:2659

⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2004). Arguello. Fallos 327:5002

⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2002). Franco. Fallos 325:2968

⁶⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1989). Verbitsky. Fallos 312:916

⁶¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2001). S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias. Fallos 324:975, voto disidente del juez Petracchi.

⁶² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1993). Rodríguez. Fallos 316:713

⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2000). Escudero. Fallos 323:2552

de derechos, la cual obliga a un escrutinio estricto de las razones de la distinción establecida. Este dispositivo puede ser utilizado para denunciar distinciones legislativas explícitas sin sustento gerontológico (Resolución conjunta N° 16/2020 Ciudad de Buenos Aires⁶⁴), tanto como para dar batalla a las costumbres o prácticas sociales sustentadoras de viejismos implícitos e explícitos, muchas de las cuales suelen rayar con prácticas de violencia simbólica o material.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuestras democracias adeudan todavía el desafío de suprimir la discriminación histórica y la situación de exclusión que viven muchas colectividades, grupos y personas mayores de las Américas, basadas en factores muy diversos entre sí⁶⁵. Sin embargo, nuestra región ha dado a luz herramientas jurídicas muy potentes, tanto para identificar situaciones de discriminación, como para construir respuestas jurídicas más ajustadas al sentido actual de la vejez que den lugar a soluciones basadas en el principio estratégico de la igualdad y no discriminación.

⁶⁴ GOBIERNO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. Resolución Conjunta n° 16/MJGGC/20. Disponible en: <https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/515289>

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014). *Universalización del sistema interamericano de derechos humanos*. Organización de Estados Americanos. OEA, Washington. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/universalizacion-sistema-interamericano.pdf>, pp. 43.