

PODER ECONÓMICO Y DISCRIMINACIÓN ETARIA:

LA TUTELA DEL ADULTO MAYOR COMO DERECHO HUMANO EMERGENTE¹

Gilbert Armijo²

1.- Introducción; 2.- Efectos económicos y sociales del envejecimiento en Costa Rica; 2. 1.- La perspectiva económica; 2.2.- La configuración social y humanitaria; 3.- La globalización y el conflicto generacional; 3.1.- Los Chicago Boys; 3.2.- El poder político y la tercera edad; 4.- La tutela constitucional del anciano; 4.1.- La problemática de los derechos fundamentales de la tercera edad; 4.2.- ¿Será necesario crear un Reglamento de la justicia pronta y cumplida para los ancianos?; 5.- Casos de discriminación económica en contra de las personas de la tercera edad; 5.1.- La retención de los fondos con destino específico para los ancianos; 5.2.- La Ley del Equilibrio Financiero y la pensión obligatoria a los 65 años; 5.3.- Discriminación por razones de edad para el acceso al crédito; 6.- Conclusión.

1.- Introducción

El tema de la tercera edad, es un tema invisible, tal pareciera que el envejecimiento, al igual que la muerte, es un problema de otros, nunca nuestro. Al grado de que en nuestra sociedad del siglo XXI, existen dos grandes grupos desprotegidos, los niños y los ancianos, se podría decir que conforme

¹Artículo publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Honrad Adenauer.

² Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Costa Rica. Profesor Universitario de la UCR y UNA. Premio “Alberto Brenes Córdoba 1996” por el Colegio de Abogados, Premio “Ulises Odio Santos 1998” por el Poder Judicial. Autor de diversas publicaciones especializadas. Magistrado de la Sala Constitucional de Costa Rica.

envejecemos, nuestros derechos constitucionales, también tienen una fecha de caducidad.

Conforme las canas aparecen, comienzan a desaparecer los derechos mínimos, la libertad ambulatoria, nuestra libertad sexual, y porque no, la realidad nos dice que, conforme avanzamos, nuestros hijos poco a poco asumen el papel de padres y los padres el de hijos.

Por ello, es bueno reflexionar si es necesaria la existencia de un derecho especializado que los proteja. Desde luego admitirlo, implica tácitamente reconocer que los derechos de los que somos destinatarios por nuestra sola existencia, ya no son eficaces para este grupo etario. Debemos, preguntarnos ¿qué cambia al cumplir por ejemplo, sesenta y cinco años? y que norma dice que a partir de ese momento, no sólo debemos pensionarnos, sino que nuestros derechos también asisten a su jubilación³.

Indudablemente, conforme pasa el tiempo, este grupo de la tercera edad, tiene nuevas necesidades, por ello, es preciso

³ Debemos advertir que el análisis que se hace no es el clásico de los derechos económicos, sociales y culturales.

que la sociedad le brinde su apoyo para solucionar sus problemas, algunos tan simples como una mayor oferta de medicinas, otros más complejos como la soledad.

Ante esta realidad, diferentes ONG's e incluso las Naciones Unidas, han mostrado una creciente preocupación, por el diseño de una protección internacional especial para este grupo. Para algunos, esto es inconcebible, pues los derechos humanos no están diseñados para la protección de categorías⁴. Sin embargo, cada vez más asistimos a un replanteamiento de esta vieja tesis, conforme las protecciones específicas se multiplican a favor de los trabajadores, los discapacitados, las mujeres, los niños y ancianos. Sin que por ello, se pueda considerar que la tutela de las minorías, implica, por sí misma una violación al principio de igualdad, precisamente por las necesidades tan especiales que caracterizan a cada grupo⁵.

2.- Efectos económicos y sociales del envejecimiento en Costa Rica

⁴ Categoría que se vuelve minoría económica, véase Luis Prieto Sanchíz: Igualdad y minorías, en "Derechos y Libertades", Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, N. 5 año II, julio-diciembre de 1995 (120).

⁵ Sandra Huenchuan y Alejandro Morlachetti: Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores. Notas de población. CEPAL, n. 81, 2003 (50-51).

El envejecimiento, no solo tiene efectos personales, como la disminución de nuestras capacidades físicas, psíquicas, de salud, entre otras, sino que también, tiene una serie de efectos sociales, que han obligado a los Estados a tomar decisiones de políticas públicas.

¿Qué ocurre para que ello sea necesario? Solo a modo de ejemplo, citamos un estudio de *Pedro Nikken* sobre el crecimiento mundial de este grupo. Conforme la sociedad brinda una mayor calidad de vida, las expectativas de esta crecen en igual proyección, por ejemplo en la última década, las personas mayores de sesenta años han aumentado proporcionalmente. Para el año 1950 eran 200 millones, para 1975 la cantidad aumento a 350 millones y para el 2025 se espera que existan 1100 millones de personas mayores de sesenta años, en términos absolutos ello implicó un aumento del 224 por ciento en sólo cincuenta años⁶. En la Declaración de Montevideo, se hablaba de números igualmente preocupantes para los Estados Latinoamericanos y el Caribe, pues para el año 2000 la proyección en nuestros países era que el 8.1% de los habitantes tendrían más de sesenta años para un total de 42 millones de personas. Para el 2020, los

⁶ Pedro Nikken, en Revista Interamericana de Derechos Humanos, julio-diciembre 1986 (32).

porcentajes abrían ascendido a la cantidad de 84 millones de personas, para un total de un 12.4% de la población total⁷.

Podríamos decir que el tema puede ser abordado desde dos perspectivas: la económica y la social o humanitaria. Las tesis no son necesariamente antagónicas, pero desde luego pueden ser entendidas de esa manera.

2. 1.- La perspectiva económica.

Desde el enfoque económico, el envejecimiento se ve, como un problema. Implica un cambio de estructuras, que conlleva una serie de falencias y dificultades que debe enfrentar el país cuando disminuye la población económicamente activa, entendida como aquella susceptible de producir riqueza mediante el trabajo físico e intelectual. Lo que obliga a una reformulación de la planificación para el desarrollo, ocasionada por los nuevos factores demográficos⁸.

⁷ En nuestro caso, la esperanza de vida aumento de manera extraordinaria, paso de 42 años en 1930 a 78,5 en el 2008, que es la segunda más alta de América, por debajo únicamente de Canadá, pero por encima de países como Estados Unidos y Cuba. Programa Estado de la Nación (Costa Rica). Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible un informe desde Centroamérica y para Centroamérica. San José C. R.: Estado de la Nación, 2008 (183).

⁸ En la transición hacia el envejecimiento hay un período en el que grupo de menores de 15 años se reduce y el de mayores de 64 años aún no ha crecido de manera sustancial por lo que la dependencia demográfica permanece baja, a esto se le denomina el “bono demográfico”. En Costa Rica el beneficio del “bono demográfico” finaliza en quince años. Programa Estado de la Nación (Costa Rica). op.citp. (184).

En este primer modelo, la economía juega un papel esencial, y por ende se toman una serie de medidas tendientes a contener el gasto social, y a implementar nuevas políticas para hacer generar producción a los improductivos, entendiéndose a las personas de la tercera edad. La forma de hacerlo es imponerles nuevos impuestos a las pensiones o jubilaciones, pues deben contribuir cada vez más al sostenimiento del régimen. En igual sentido, se vuelve una práctica común, de acuerdo a estudios actuariales, las constantes reformas a la ley del régimen de pensiones, sobre la base jurídica de que el derecho se adquiere hasta el momento de pensionarse y hasta que esto ocurra solo cuentan con una expectativa de Derecho⁹. Esta tesis jurídica permite cambiar las reglas del juego, en la normativa pertinente, y desde nuestra perspectiva se llevan a cabo en perjuicio de los futuros pensionados. Se aumenta la edad de jubilación y el dinero que efectivamente van a recibir cada vez es un porcentaje menor. Para entendernos, desaparecen las pensiones del cien por ciento, que se disminuyen al ochenta, al setenta y en algunos casos al cincuenta por ciento del salario devengado.

⁹ Véase las constantes reformas a la Ley de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional (Ley 8536 del 27/07/2006; Ley 7946 del 18/11/1999; Ley 7531 del 10/07/1995, entre otras).

En síntesis, cada vez es más difícil que una persona pueda subsistir con una pensión, por lo que se les obliga indirectamente a continuar trabajando si desean mantener su status de vida¹⁰.

En otros, casos, la tramitología burocrática, se ensaña con este grupo etario, pensionarse se vuelve un verdadero calvario. Esto debido a la cantidad de trámites administrativos que deben completarse de previo a disfrutar de la pensión, a veces por años, como ocurre en nuestro caso, con la Junta de Pensiones y Jubilaciones¹¹.

Por ahora diremos, que por cada día que el Estado atrasa la pensión a la persona de la tercera edad, ésta debe vivir de la caridad ajena o convertirse en un dependiente más de su familia, en especial, si no tiene los suficientes ahorros para superar la transición de trabajador activo a pensionado. Una vez que se acoge a la pensión no recibe salario, pero tampoco pensión porque está en trámite.

¹⁰ Sonia Cuentas: Propuestas e iniciativas para la seguridad económica de los adultos mayores en América Latina y el Caribe, en *DEHUIDELA*, en Universidad Nacional Vol. 13, Año 7, junio-diciembre 2006 (18). En igual sentido OIT: Seguridad de los ingresos en la vejez, en *DEHUIDELA*, en Universidad Nacional Vol. 13, Año 7, junio-diciembre 2006 (22).

¹¹ Cerca de un 40% de los amparos que nos ingresaron en el año 2008 fueron por estas razones.

El Estado por el contrario, por cada día, mes o año que retarde el pago, puede utilizar esos dineros para solventar otras “necesidades más apremiantes”, prácticamente, se produce un enriquecimiento ilícito por parte del Estado. Pues cuando finalmente se le da la pensión o la jubilación a la persona de la tercera edad, no se produce ninguna indexación, ni tampoco se le pagan intereses por el tiempo transcurrido.

Debemos agregar, que existe una doble injusticia, en nuestro país, la edad promedio de vida de una persona es de 76 años, si nos jubilamos a los 65 prácticamente sabemos que esa persona ha cotizado para un régimen de pensiones por treinta años, para disfrutarlo a los sumo diez. Si tomamos en consideración que el otorgamiento efectivo de la pensión demora aproximadamente de tres a cuatro años, tenemos que esa persona solo vivirá en condiciones medio dignas seis años. En síntesis, cada vez que se atrasa el pago de una pensión, se le roba a la persona lo más valioso, que es precisamente lo que no tiene, el tiempo y el acompañar ese tiempo con el derecho a morir con dignidad.

2.2.- La configuración social y humanitaria.

Desde el enfoque social y humanitario, las respuestas son diferentes se reconoce que el anciano tiene necesidades específicas, y sobre todo que su dignidad no debe ser menoscabada, porque no se trata de una minoría sobreviviente, débil e improductiva, sino de un ser humano que ingresa a una nueva etapa de su vida. Por ello, se trata de darle énfasis a la solución de problemas puntuales, como la salud, la calidad de vida, su independencia y libertad, educación, sólo por mencionar algunas¹².

Desde luego, los críticos de esta tesis insisten, en que ello, sólo es posible cuando se cuenta con los medios económicos que puedan darle sostenimiento a esas estructuras sociales.

En doctrina, las discusiones han sido arduas y en algunos casos infructuosas, sin embargo, se sigue discutiendo sobre cómo encontrar el equilibrio entre desarrollo económico y la potenciación de los aspectos humanitarios.

¹² Víctor Abramovich y Christian Curtis: *Los derechos sociales como derechos exigibles*: Madrid, Editorial Trotta, 2004 (65).

La comunidad internacional y la OIT, en un primer momento a través de la Sociedad de Naciones, desarrollaron una serie de mínimos en cuanto a edad de retiro, las condiciones bajo las cuales debía pensionarse un ser humano y últimamente, se insiste sobre el derecho al trabajo, la dignidad, el derecho a la vivienda, solo por mencionar algunos de los derechos básicos.

Evidentemente, se ha tenido que recorrer un largo camino. Desde 1948, fecha en la cual se inicia una serie de esfuerzos en ese sentido. Le corresponde a la delegación Argentina, el honor de presentar ante Naciones Unidas, un primer esbozo de lo que se pretendía que fuera la primera “Declaración de las personas de edad avanzada”. El intento fracasó, pues no se logró contar con los consensos necesarios para que fuera aprobado. En 1982, se convocó la “Primera Asamblea Mundial sobre las personas de Edad” y logra aprobarse la Resolución 33/52, que posteriormente pasó a ser conocida como la “Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento”¹³.

Estas recomendaciones no eran vinculantes para los Estados miembros de las Naciones Unidas, pero por lo menos

¹³ Para un estudio detallado de los instrumentos internacionales que existen véase Sandra Huenchuan y Alejandro Morlachetti: Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores. Notas de población. CEPAL, n. 81, 2003.

establecían un plan de acción, que pretendía conciliar el desarrollo económico con los asuntos humanitarios. De ahí que resaltemos la importancia de la jurisprudencia de la Sala Constitucional ya que traslada el contenido de las recomendaciones y le dan alcance *erga omnes*, pues una sola sentencia que interpreta los alcances de un instrumento internacional o lo dispuesto en la norma constitucional, tiene carácter vinculante y puede significar la diferencia entre el respeto a los derechos humanos o no, frente al caso concreto, aspecto que desarrollaremos posteriormente¹⁴. En todo caso, el plan contemplaba, por parte de los Estados, el desarrollo especializado en cuanto a la población de la tercera edad, de temas como la salud, vivienda, medio ambiente, familia, bienestar social, educación, empleo y seguridad de ingresos. Entre otras, se establecía que el derecho a la pensión de retiro, debía tener un mínimo, que debía de ser equivalente a los ingresos previos; se establecía el principio de no discriminación por edad para acceder y mantener el trabajo; y por último, nos interesa mencionar que la jubilación debía ser voluntaria y no forzosa.

¹⁴ Véase por ejemplo, la siguiente sentencia que establece el derecho de pertenencia al régimen de pensiones. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 1999-06842, a las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del tres de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

En cuanto a la jubilación y el derecho a la pensión, se ha establecido en diferentes ordenamientos que la mora o el atraso en cuanto a conceder la pensión, es uno de los aspectos que deben ser evitados a toda costa, porque para este grupo etario el tiempo es un bien escaso. Sobre este problema, en España, el Defensor del Pueblo, en uno de sus informes anuales se quejaba de que “... esta circunstancia es tanto más grave por cuanto es patente que las personas que se pueden considerar con derecho a obtener una pensión son, en su gran mayoría, de edad avanzada, y un retraso prolongado en ser reconocido su derecho puede convertirla, de hecho en una negación definitiva del disfrute de tal pensión...”¹⁵

Desde luego, lo relacionado con el exceso de requisitos, es un tema complejo que en nuestro caso, incluso ameritó que se aprobara una ley especial, para defender al ciudadano de la voraz burocracia estatal¹⁶. El retraso prolongado en resolver

¹⁵ Ver Informe del Defensor del Pueblo del año 1986 (162), citado por Marí Isolina Dabove Caramuto: *Los derechos de los ancianos*: Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2002 (280).

¹⁶ Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, n. 8220 de 4 de marzo de 2002.

una pensión, es solo una de las aristas que deben enfrentar las personas de la tercera edad¹⁷.

3.- La globalización y el conflicto generacional.

Estas situaciones extremas, no son exclusivas de nuestro medio, en algunos países de Europa se han ensayado varias alternativas que debemos conocer al enfrentar el cambio demográfico con humanidad y más aun sobre quién debe cargar con los costes de los programas sociales.

Un primer enfoque, retoma el aumento sostenido del gasto social (Suecia, Holanda, Inglaterra), llegando en algunos países a la cuarta parte del producto interno bruto (que se destina para la atención de este grupo etario). El Estado Social decide intervenir, y se hace cargo de los programas sociales, que deben brindarle a su población una calidad de vida digna

¹⁷ Es común, que la prestación de los servicios sanitarios, conlleve malos tratos y atención inoportuna. Uno de estos casos, que merece ser contado es el de un anciano, que es llevado por sus hijos al hospital para que reciba atención médica, una vez estabilizado el personal del hospital trata de contactar a la familia, sin resultado alguno, a pesar de lo expuesto se le da de alta y se le lleva en ambulancia a la dirección donde vivía, sin embargo, nadie abre la puerta, y al preguntarles los paramédicos al anciano si tiene otros familiares que lo puedan recibir, da una nueva dirección con igual resultado. Al conocer el amparo la Sala lo declara con lugar y se le ordena al Director del Hospital que debe mantener al anciano en dicha institución hasta que sea trasladado a un sitio apropiado, donde reciba los cuidados mínimos por parte del Estado o de la familia, pero que es contrario al principio de dignidad, expulsar a una persona de la tercera edad del hospital, sin que tenga un lugar apropiado donde ubicarse. la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 2003-02045, a las dieciséis horas con dos minutos del doce de marzo de dos mil tres.

en la ancianidad. Algunos de estos Estados, históricamente han entendido el problema de manera diferente al resto de occidente, tal es el caso de los países nórdicos, donde las políticas sociales constituyen verdaderos derechos efectivos de todos los ciudadanos. Además, el Estado persigue solucionar cada uno de los problemas de los diferentes grupos que componen su sociedad: niños, jóvenes, adultos, ancianos, etc¹⁸.

Podríamos sostener que la segunda, gran prioridad del aumento del gasto social, fue tratar de evitar lo que algunos denominan **“la guerra de las edades”**. Los recursos económicos son bienes escasos, y deben dirigirse con prioridad a sostener el gasto de lo que el Estado define como sus prioridades estratégicas. El problema desde luego, es cuáles son las prioridades y desde luego quién tiene el poder para definir las.

En Inglaterra, por ejemplo, sus políticas sociales han fluctuado de acuerdo al partido político que asuma el poder. El dinero se

¹⁸ En Suecia cuando la vida esta de por medio, la edad, no es un parámetro válido de discriminación. Ver Magnus Johannesson y Per-Olov Johansson: “The economic of ageing: on attitude of Swedish people to the distribution of health care resources between the young and the old”, en *Health Policy*, n. 37, 1996 (154 y ss).

utiliza en las prioridades del partido que gobierne, así el énfasis será fortalecer la economía y como subproducto lo social, o por el contrario, el concepto de una vejez digna prevalece. Estamos conscientes, de que el espectro social, es mucho más rico y complejo que una simple visión en blanco y negro. Para otros, lo económico, solo es una excusa formal, en lo que algunos denominan el conflicto generacional por el poder político¹⁹.

3.1.- Los Chicago Boys

Ciertamente, en los ochenta y noventa los Chicago Boys representaron el sumun del cambio. Este joven y brillante grupo de profesionales que se gradúa en la Universidad de Chicago, es el responsable, en un primer momento, de difundir por América Latina y el mundo, el nuevo mensaje de la globalización.

Pertencen a la nueva generación de Internet, donde el mundo se encuentra al alcance de un “clic”. La red les brinda la

¹⁹ Sobre los conflictos generacionales ver Karl Mannheim: “El problema de las generaciones” trad. Sánchez de la Yncera, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas -REIS-*, n. 62, 1993 (193 y ss). Pedro Lain Entralgo: *Las generaciones en la historia*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, MCMXLV.

oportunidad de conversar, al mismo tiempo con New York, Londres o París. En su criterio, el Estado solo es una ficción que no existe en su mundo globalizado; las instituciones nacionales son solo espejos de las reales, en las grandes plazas de la bolsa internacional, al fin y al cabo el mundo es un pañuelo que esta ahí para el que quiera tomarlo.

Desde luego, los ideólogos del cambio saben que la economía solo puede globalizarse, cuando se cuenta con las personas “claves” en los puestos apropiados. Por ello, la toma de las instituciones nacionales no se salva del obligado cambio generacional en los puestos de mando²⁰. Por eso, no sorprende que se incentiven las jubilaciones prematuras, en la judicatura, en los puestos claves de la administración del Estado, y de la Economía.

Actualmente, las vacantes son llenadas, con personas más jóvenes, que por lo general, han sido formados en Universidades de los países del primer mundo. Desde luego, la idea es integrar a sus subdesarrolladas economías al primer mundo, no importa si para lograrlo, el concepto de Estado debe transformarse, las economías liberarse y todo lo que en

²⁰*Derechos Humanos en la tercera edad*, México: Comisión Nacional de derechos humanos, 1999 (11).

principio pueda representar un obstáculo, debe desaparecer. Desde este punto de vista, todo se reduce al criterio económico de eficiencia versus equidad²¹. El dinero es un bien escaso y el Estado debe colocarlo donde se pueda obtener un mayor rendimiento, lo social, solo representa un lastre del viejo modelo proteccionista. Y por ende, se deben replantear las prioridades y redirigirse los escasos recursos económicos a potenciar las exportaciones, atraer nuevos inversionistas, que no pagan impuestos, pero que el Estado subvenciona. Se trata de desarrollar el país a la mayor brevedad. Esto sólo es posible si la gente correcta esta en los puestos apropiados. Esta corriente de pensamiento, generó en Europa y en el mundo, un silencioso conflicto generacional.

El criterio, descrito anteriormente, solo lo compartimos parcialmente, porque en realidad, siempre se trata del control real y efectivo del poder, y de la sustitución de un modelo económico por otro. Curiosamente, muchas veces los que han estado detrás de los hilos del poder, también pertenecen al segmento de la tercera edad, pero no han contado, en su momento, con la fuerza necesaria para introducir los cambios

²¹ Sobre el tema véase Santos Pastor Prieto: Ah de la Justicia. Política Judicial y economía. Madrid: Civitas, 1993 (37).

que consideran apropiados para transformar al mundo o la economía. Desde luego, este tipo de enfrentamiento, ha sido normal en el mundo de la gran industria, siempre ha sido un verdadero problema nombrar el heredero correcto (caso de la Fiat), y por lo general, dos grupos se enfrentan por el control.

3.2.- El poder político y la tercera edad.

Establecimos que una primera reacción ante el problema del crecimiento demográfico de las personas de la tercera edad fue la de aumentar el gasto social, sin embargo, en la lucha por el cambio del “status quo”, otros logran introducir lo contrario y potencian la reestructuración de las políticas sociales de vejez. Entre estos esfuerzos merecen destacarse: la contención del gasto social, que se traduce en pensiones-jubilaciones cada vez menores. Lo anterior, conlleva no sólo la disminución de costos, para justificar la sostenibilidad del fondo jubilatorio, sino que desde el derecho económico, implica un desestímulo a las pensiones prematuras para evitar que los puestos de decisión puedan ser asumidos por los competidores del nuevo modelo. La decisión conlleva dirimir el conflicto por los escasos dineros del Estado a favor de lo social y de la

implementación de nuevas políticas asistenciales a favor de este grupo etario. Esto sólo será posible, si las personas cercanas a jubilarse mantienen sus puestos de jefatura. Esto afecta a los tres poderes clásicos del Estado, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Por ello, no es de extrañar que en Europa por lo general, los jueces sean personas de edad avanzada, al igual que la dirigencia política.

Desde luego, el conflicto tiene luces y sombras, en lo social, por mencionar un caso, se potencia por ejemplo, por una de las partes en contención, los recortes en los servicios hospitalarios para este sector. La reacción no se deja esperar, y el sector que representa a la tercera edad, fomenta la implementación de otras alternativas asistenciales más flexibles, como el alojamiento hospitalario solamente por el tiempo absolutamente indispensable, y en centros geriátricos especializados (en nuestro caso el Hospital Blanco Cervantes), donde la pauta que parece reinar es la vuelta a casa lo más rápido posible.

En el modelo europeo, la seguridad social, pasa por brindarles viviendas adaptadas a las nuevas necesidades, como casas de

una sola planta, para que no tengan que subir escaleras, baño con agarraderas, alarmas para recibir auxilio médico inmediato, etc. En cuanto a las políticas asistenciales, podemos mencionar dos: la ayuda a domicilio, que brinda la alternativa del pago de una empleada doméstica que se encargue del trabajo de la casa y para aquellos que se encuentran enfermos pero no ameritan estar hospitalizados, se les garantiza los cuidados de enfermería necesarios. El círculo, se cierra, con centros sociales en los vecindarios, que tienen con principal función servir de lugares de encuentro para las personas de la tercera edad que viven en la zona, estos centros programan actividades para el día, como cursos y pasatiempos, que pretenden brindar una mayor calidad de vida. En Costa Rica se ha intentado implementar con el concepto de “Hospital de Día” y casas del Adulto Mayor por ejemplo.

4.- La tutela constitucional del anciano

En nuestro caso, los ancianos gozan de la protección expresa de la Constitución (artículo 51), sin embargo, quizá por el escueto desarrollo que hace la norma de los derechos de lo

ancianos, ha sido la jurisprudencia de la Sala Constitucional, la que ha hecho visible este derecho humano emergente²².

Ciertamente, nadie niega que los derechos de la persona humana, deben verse globalmente, esto es que todos los derechos fundamentales comprendidos en la Constitución son inherentes también para este grupo etario, si esto es cierto, quizá sobra preguntarse ¿por qué la Constitución los tutela expresamente? Lo innegable del asunto es que parece derivarse del artículo 51 de la Constitución Política, la necesidad de que el Estado le brinde una protección especial al anciano. A estas alturas resulta casi paradigmático, reafirmar que el anciano debe ser considerado como sujeto de derechos constitucionales, valga decir de manera clara como “persona humana”, sin embargo el enfoque es novedoso, porque implica que es posible desarrollar un derecho constitucional de la ancianidad. Tradicionalmente, este tema se aborda desde la óptica de los derechos económicos, sociales o culturales o como sostiene Dabone Caramuto como derechos derivados de

²² Sobre el tema en España, véase Marí Isolina Dabone Caramuto: *Los derechos de los ancianos*: Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2002 (316).

la condición de trabajador y “*no por consideración de la vejez como significativa principal*”²³.

4.1.- La problemática de los derechos fundamentales de la tercera edad.

Si es sujeto de derechos, ¿frente a quién es necesario que se hagan valer estos derechos? En primer lugar, frente a los abusos que puedan cometer los otros ciudadanos y en segundo lugar, esta protección debe ser extensiva frente al Estado.

Parece curioso, que esto sea así, nuestros derechos constitucionales, los cuales se les reconocen a cualquier persona, por el solo hecho de existir, tengan que ser visibilizados o hacerlos emerger la Sala Constitucional cuando se trata de personas que han cumplido los sesenta y cinco años.

Por ejemplo, el derecho de circular con libertad, o la libertad sexual que todos tenemos, resultaría absurdo que cualquiera

²³ Marí Isolina Dabove Caramuto: *Los derechos de los ancianos*: Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2002 (318).

de esos derechos nos los cercenaran; ²⁴ lo cierto, es que existen derechos constitucionales, que tienen límites fijados por la propia ley, por ejemplo, la libertad, puede ser restringida en los casos que el ordenamiento penal lo establezca, fuera de esos supuestos la persona tiene completa libertad para circular por el territorio nacional cuando lo considere pertinente.

En aquellos casos donde la libertad de cualquiera fuera restringida ilegítimamente, posiblemente se estaría cometiendo un delito (secuestro). Sin embargo, tratándose de los ancianos, esto no necesariamente es siempre así. Veamos el caso de, una señora mayor que tiene su domicilio en Golfito, decide establecer una unión de hecho, con un señor de la tercera edad. Años después, le descubren una enfermedad de tal seriedad, que debe ser trasladada a San José, donde es hospitalizada y tiempo después es dada de alta, una de sus hijas se ofrece a tenerla en su casa mientras se recupera. Días después, se presenta el compañero de la madre a la casa de la hija, y solicita verla. La hija sorprendida le dice que a su casa no entra y que tampoco tiene autorización para ver a su

²⁴ Sobre los conflictos generacionales ver Karl Mannheim: "El problema de las generaciones" trad. Sánchez de la Yncera, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas -REIS-*, n. 62, 1993 (193 y ss). Pedro Lain Entralgo: *Las generaciones en la historia*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, MCMXLV.

madre y menos para visitarla de forma íntima. El señor, le recuerda a la muchacha, que él convive en unión de hecho con la señora "X", y que ambos tienen derecho a cohabitar juntos de manera voluntaria, y que la señora, tiene derecho a verlo. Pese a los reclamos, se le advierte que si ingresa a su casa, puede ser denunciado penalmente, por violación de domicilio. El ofendido acude ante la autoridad de policía de Hatillo, luego ante el juzgado de familia de la zona, sin ningún resultado. Posteriormente, interpone un recurso de habeas corpus ante la Sala Constitucional, pues considera que se le restringe la libertad ambulatoria. La Sala se ve imposibilitada de conocer el asunto debido a que el recurrente incumple la prevención de aportar la dirección donde pudieran ser localizados los accionados, y remite el asunto a la vía penal respectiva²⁵. En mi criterio, el recurso podría haberse declarado con lugar con base en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y los artículos 5 inciso a) y h) de la Ley 7935, que tutelan para las personas de la tercera edad, tanto, su libertad de movimiento como de libre escogencia de sus parejas sexuales. Lo interesante, es que dos personas mayores, que forman una pareja estable

²⁵ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 2004-04952, a las catorce horas y treinta y dos minutos del once de mayo de dos mil cuatro.

necesite acudir ante la Sala Constitucional para que les asegure un derecho que se supone tienen todos los costarricenses.

4.2.- ¿Será necesario crear un Reglamento de la justicia pronta y cumplida para los ancianos?

¿Por qué sería necesaria esa transformación procesal? O bastaría con una transformación menos radical. La Corte Plena, ha regulado para otros casos, el establecimiento de reglas propias que solucionen problemas concretos de determinados grupos en vulnerabilidad. Así por ejemplo, tenemos un reglamento, que regula especialmente el caso de los reos presos, donde se establece la obligación de los jueces de tramitar con especial urgencia, todos los casos donde se encuentre una persona privada de su libertad, en estos casos existe la obligación de darles prioridad en la fijación de debates o para resolver la prisión preventiva lo que implica que la audiencia oral, tiene prelación sobre cualquier otro asunto, precisamente por el bien constitucional en juego: la libertad²⁶. También existen reglas específicas para los casos de violencia

²⁶ Véase: Reglamento sobre reos presos, publicado en el Boletín Judicial número 1, de 2 de enero de 1986.

doméstica o cuando está de por medio la protección a las víctimas de agresiones sexuales, las reglas potencian la no revictimización, lo cual implica que los interrogatorios a la ofendida deben ser realizados en un mismo acto, por todas las partes y los mismos se graban, para evitarle a la víctima el constante recuerdo del hecho cometido en su perjuicio²⁷.

Tratándose de este grupo etario, parece que lo aconsejable sería que el principio constitucional de justicia pronta y cumplida (artículo 41 de la Constitución Política), fuera aplicado de manera rigurosa en los casos donde un “ciudadano de oro” este involucrado, como demandante o demandado, precisamente, porque el tiempo es un lujo del cual no disponen, por lo menos en regla de principio, por ello, tal y como ocurre ahora, para los reos presos, podría regularse que cuando esté un anciano de por medio deben aplicarse rigurosas reglas de celeridad en los litigios que sean parte²⁸.

5.- Casos de discriminación económica en contra de las personas de la tercera edad

²⁷ Recomendaciones sobre el tema de no revictimización de las personas víctimas de delitos sexuales y violencia doméstica, aprobado por Corte Plena en la sesión N. 29-05, celebrada el 19 de septiembre de 2005, artículo XXV.

²⁸ Aspecto en el que somos deficitarios, véase el Proyecto Reglas de acceso a la justicia y tutela efectiva de derechos de las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad en Costa Rica, San José, Corte Suprema de Justicia, 2007 (Capítulo III).

Ciertamente, hemos avanzado bastante en cuanto los derechos de libertad de expresión y petición o con relación a la intimidad y el honor, sobre los derechos de reunión y asociación; hemos protegido con especial celo, el patrimonio de las personas de la tercera edad, así como su integridad física, el despojo de que pueden ser objeto de sus bienes muebles e inmuebles. Cuando un anciano es despojado de sus bienes materiales o es maltratado física o psicológicamente por un familiar directa o indirectamente éste tiene que hacerle frente a un proceso de indignidad. Los protegemos también ante posibles abusos que puedan cometer los legisladores y los patronos que aplican la ley, así no admitimos que una persona pueda ser despedida en forma automática sólo por llegar a una determinada edad²⁹. Ahora, esta fuera de discusión el derecho a compartir pareja a casarse o no, pese a ese amplísimo as de derechos, todavía nos falta mucho por andar, podríamos pensar por ejemplo, en implementar los **“salarios familiares”** para aquellos que tengan a su cargo algún anciano, tal y como ocurre en Holanda y Suecia o en la

²⁹ Véase los votos de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 1146-90, a las catorce horas y treinta del veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa. También SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 5377-97, a las catorce horas y treinta del cinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete.

alternativa de **excepción de impuestos** por cada anciano que esté a cargo del grupo familiar como ocurre en España ¿Por qué son necesarias esas ayudas adicionales a familias que tenga un anciano? Con la ayuda económica se pretende estimular que las familias mantengan en el grupo familiar a sus parientes de más edad y que no se busque la opción del asilo de ancianos, porque la mayoría de ellos, no pueden atenderlos, pues ambos cónyuges trabajan. Por otro lado, el anciano continuaría en su propio entorno, el conocido, y el tercer factor que se lograría sería evitar la ayuda informal. Para decirlo claro, muchos ancianos deben mendigar para sobrevivir, pues los que los sostienen son los vecinos o los amigos y desde luego algunos parientes que gozan de una situación económica más holgada.

5.1.- La retención de los fondos con destino específico para los ancianos.

Además, porque el modelo que hemos escogido para subvencionar a las personas de la tercera edad, parece que no ha dado los resultados deseados. Hasta ahora, hemos acudido a múltiples leyes con **destino específico**. Tal pareciera que en

nuestro medio cuando legislamos para grabar con nuevos impuestos a cualquier producto o servicio, este proceso, en criterio de los legisladores, es mejor percibido por los ciudadanos cuando parte de lo que se paga por concepto de impuestos tiene un destino social y no únicamente contribuir con las cargas públicas, tal pareciera que es mal visto que nos obliguen a pagar impuestos, pues sea cual sea la justificación del gravamen, la mayoría presume que nunca se destinarán para lo que se dice³⁰, y el ciudadano solo siente una sensación de impotencia frente al Estado todopoderoso que le exprime sus ahorros, con razón o sin ella³¹.

Así por ejemplo, en el voto 2003-8471, de las 14:38 horas del 13 de agosto del mismo año, la Sala Constitucional, analizó cual era el destino de los impuestos específicos de la Ley 7972 del 24 de diciembre de 1999, que gravan los licores, cervezas y cigarrillo que se venden en el país. El recurso lo

³⁰ Reiteradamente los ciudadanos acuden ante la Sala, para reclamarle al Estado que les entregue los dineros recaudados por concepto de impuestos y que tienen un destino específico, pero que no llegan al servicio que se pretende, véase a modo de ejemplo, los destinados para la reparación de la red vial cantonal en SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res: 2005-06979, a las catorce horas con treinta y nueve minutos del siete de junio del dos mil cinco. También, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 2005-011578, a las catorce horas y treinta y tres minutos del treinta de agosto del dos mil cinco.

³¹ En algunos supuestos los ciudadanos ante el incumplimiento del Estado, acuden a la Sala denunciando un verdadero despojo de los ciudadanos, por conductas que consideran prácticamente punibles por parte del Estado. Ver SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res: 2003-02794, a las catorce horas con cincuenta y dos minutos del ocho de abril del dos mil tres

interpone la Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano, porque acusa al Estado de no entregarle en tiempo los dineros que se recaudan por concepto de estos impuestos. Al dársele audiencia al Ministerio de Hacienda, este reconoce que lo que se recauda al año por este impuesto es la suma de 3.500.000.000 millones de colones, y que es cierto que en el año dos mil se entregaron solamente 300 millones, en el año dos mil uno se depositaron en favor de los ancianos 49 millones, pero que en el año de interposición del amparo, el Gobierno estaba haciendo un gran esfuerzo para darles 545.6 millones de colones, aunque le correspondían al Consejo recurrido la suma de 1.091.2 millones de colones. En síntesis, el Estado estaba reteniendo en la Caja Única del Estado, los dineros que se recaudan por concepto de impuestos y que tienen como destino específico atender las necesidades sociales de este grupo específico. La Sala sienta el precedente de que desviar esos fondos y negarse a entregarlos a quienes corresponde implica “una grave desviación de poder” que viola el artículo 51 de la Constitución. Se le advierte al Estado que el artículo 14 de la Ley N°7972 en sus párrafos 2° y 3° no sólo prohíbe la subejecución del presupuesto en esta materia sino que los montos recaudados por los impuestos

contemplados en esta Ley no se encuentran sujetos a las directrices del Poder Ejecutivo tendentes a la restricción del gasto público. Tampoco el principio de anualidad presupuestaria, puede ser utilizado como excusa para negarse a entregar los dineros que le corresponden a la Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano, para realizar las obras de fin social que les han sido encomendadas³².

Tampoco se ha admitido, en otros casos, el argumento de que el Estado no puede entregar en tiempo los recursos porque que no existen las rentas de financiamiento, por lo que el Ministerio se ve obligado a asignar los montos según la realidad de las finanzas públicas. El Estado, nos dicen, “no puede desatender otras obligaciones, entre ellas, las del Fondo Especial para el Financiamiento de la Educación Superior, otros gastos operativos del Ministerio de Educación, seguridad ciudadana, los servicios de salud, FODESAF, CONAVI, PANI, el Poder Judicial, entre otros. El artículo 6º de la Ley N°8131 veda la posibilidad de financiar los gastos corrientes con ingresos de capital. En cuanto a la vinculación de los impuestos con destinos específicos a los derechos

³² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res: 2003-08471, a las catorce horas con treinta y ocho minutos del trece de agosto del dos mil tres.-

fundamentales, si persiste la obligación de respetar los contemplados en la Ley N^o8114, ello podría incidir sobre el goce de otros derechos de primera o segunda generación, entre ellos el derecho al trabajo y al salario de los servidores públicos, la imposibilidad de cubrir las obligaciones contraídas con los pensionados, el derecho a la educación, o destinar recursos a la administración de una justicia pronta y cumplida”³³. En todo caso, la Sala le recuerda al Poder Ejecutivo y a los Diputados de la Asamblea Legislativa, que tienen todas las potestades para modificar la ley que establece los destinos específicos a favor de este grupo, pero mientras no lo haga, el dinero debe entregarse a este sector de la sociedad. En consecuencia, el recurso es declarado con lugar y se condena al Estado a entregar los fondos que se habían retenido y desviado a la Caja Única del Estado³⁴

Idéntica finalidad proclama tener la Ley de Loterías N. 7395, de 3 de mayo de 1994, que debe financiar los asilos,

³³ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res: 2004-12927, a las quince horas con dieciséis minutos del dieciséis de noviembre del dos mil cuatro

³⁴ Criterio que la Sala ha mantenido reiteradamente, pese a las quejas de los Ministros de Hacienda de las distintas administraciones, que han insistido en: “... que se le aclare si estos destinos específicos deben ser pagados con prioridad sobre otros compromisos estatales; si con esto no se rompe el principio constitucional que exige crear las rentas necesarias siempre que sean dispuestos nuevos gastos; si las leyes que asignan destinos específicos deben ser colocadas por encima del principio de equilibrio presupuestario...” SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res: 2001-09010, a las nueve horas con cincuenta minutos del siete de septiembre del dos mil uno.

albergues, centros diurnos de protección de este segmento de la población, así como debe financiarse las obras que lleva a cabo la Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano.

En otros casos, se aprueban normas como la Ley del Sistema Financiero Nacional de la Vivienda, que pretende financiar aquellos proyectos de interés social destinados a garantizarles una vivienda digna a los adultos mayores, para que puedan ser propietarios y no deban vivir en condiciones de pobreza.

5.2.- La Ley del Equilibrio Financiero y la pensión obligatoria a los 65 años.

La otra cara de la vertiente económica en nuestro medio, lo represento la Ley del Equilibrio Financiero, que obligaba a los empleados del sector público a pensionarse al cumplir los 65 años. Una persona afectada por la medida, aduce que la disposición viola su derecho al trabajo. Desde luego el enfoque es novedoso, porque la persona ya ha ejercido su profesión durante un plazo equivalente al que le permite retirarse, y otros, pueden optar al puesto y desde luego en nuestra

sociedades el trabajo es un bien escaso. Sin embargo, reclama ante la Sala Constitucional, que existen una serie de Convenios Internacionales que le garantizan el derecho al trabajo, entre, otros el Convenio 111 de la OIT, que establece la prohibición de discriminar a las personas por razones de edad, y les garantiza el derecho al empleo y a la ocupación.

Desde luego el reclamo representa a un derecho humano sumergido, que emerge a través del reclamo del recurrente. La Sala, así lo evidencia sin decir que estamos frente a un derecho emergente, pues de los considerandos se desprende la siguiente interrogante ¿Puede el Legislador obligar a una persona a jubilarse por razones de edad sin analizar otros factores? ¿Esa es una ley justa y acorde con nuestra Constitución o se produce un vaciamiento del contenido esencial de la norma constitucional? Como, por ejemplo, el artículo 56 que consagra el derecho al trabajo a todo costarricense, sin establecer límite alguno por razones de edad. La sentencia, potencia el derecho al trabajo como la condición natural de todo ser humano, y desde luego no acepta que existan condiciones de causalidad entre la vejez y la inutilidad³⁵.

³⁵ Ver SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto 1146-90.

Curiosamente, la Procuraduría, respalda la obligación que establecen los legisladores de pensionarse al cumplir 65 años, porque en su criterio, la norma protege al trabajador. La Sala no comparte este criterio y sostiene que el argumento solo sería válido si la posibilidad de pensionarse fuera voluntaria, pues la jubilación forzosa atenta contra el derecho humano al trabajo y establece una política de empleo claramente discriminatoria que afecta a este segmento de la población costarricense.

5.3.- Discriminación por razones de edad para el acceso al crédito.

Nuestra normativa ordinaria, les garantiza a las personas de la tercera edad, igualdad de derechos, acceso al crédito para vivienda e incluso la posibilidad de suscribir una póliza de vida³⁶. Igual acontece, desde la perspectiva de los derechos humanos, pues conforme a los principios de solidaridad social y de no discriminación etaria no sería legítimo que a una

³⁶ Véase Reglamento a la Ley N.7935, Ley Integral para la Persona Adulta Mayor. Publicada en la Gaceta N. 93 de 16 de mayo del 2002

persona se le niegue alguno de estos derechos por razones de edad.

A nivel internacional los Parlamentos del América Latina, se han preocupado por el tema desde la VIII Reunión de la Comisión de la Salud del Parlamento Latinoamericano, de junio de 1996. Un año después, 1997, se aprueba incorporar en las agendas legislativas latinoamericanas, el tema de la protección del adulto mayor. Ese mismo año la Declaración de Caracas, tiene como norte incluir el tema en la Cumbre Iberoamericana de 1998. Múltiples han sido los diagnósticos que llevaron a aprobar la resolución titulada “Por un Envejecimiento Saludable”. Por otro lado, diferentes instrumentos jurídicos multilaterales contemplan de manera específica a los adultos mayores, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25.1, en el cual se establece, expresamente, el derecho de toda persona a los seguros en caso de “vejez”, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVII, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, artículo 17, El Plan de Acción Intencional de Viena sobre el Envejecimiento, adoptado por la Asamblea

Mundial sobre el Envejecimiento en 1983, las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas Números 40/30 de 1985 y 44/76 de 1989 y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Incluso, la Asamblea General de Naciones Unidas declaró el año 1999 como el “Año Internacional de las Personas de Edad”, conforme a su resolución 47/5 de 1992³⁷.

Sin embargo, cabe cuestionarse si esos derechos realmente, son efectivos o se trata de derechos invisibles. ¿Cómo ven a las personas de la tercera edad las entidades aseguradoras y de crédito? ¿Ha sido necesaria la intervención de la Sala Constitucional para hacer emerger estos derechos?

En reiterados asuntos, las personas de la tercera edad acuden ante el sistema bancario nacional, solicitando créditos para vivienda, en unos casos, los bancos le exigen a la persona como requisito previo el contar con una póliza de desempleo y de vida, el único inconveniente es que el Instituto Nacional de Seguros (en adelante INS) no emite este tipo de póliza a

³⁷ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N. 2005-009776, a las nueve horas nueve minutos del veintisiete de julio de dos mil cinco.

personas mayores de 65 años, si la persona no cumple con el requisito, no es sujeto de crédito por razones de edad. Lo dramático es que algunas veces, esa persona tampoco encuentra apoyo en la jurisdicción constitucional³⁸.

En otros supuestos, se le exige a la persona que desea tener una tarjeta de crédito que debe suscribir una póliza colectiva, que lo respalde en caso de muerte o robo, desde luego el Banco debe verificar que la persona se encuentre en los supuestos que exige el INS (mayor de 15 y menor de 65 años). No obstante, muchas personas un buen día reciben una comunicación del Banco donde se les notifica que unilateralmente se suspende el rebajo de los pagos de la póliza pues ya han superado los 65 años. Uno de ellos, sufre un robo y desde luego su tarjeta es utilizada en diversos comercios, cuando solicita que el INS cubra los montos sustraídos se le notifica que no es posible, porque cuando ocurre el percance, la persona ha superado la edad límite. Interpuesto el amparo, el INS, argumenta que todo se debe a un error de interpretación, que llevó al Banco de Costa Rica a

³⁸Véase por ejemplo, con el voto salvado de los Magistrados Armijo y Quiroga, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N. 2007-001457, a las ocho horas cuarenta y siete minutos del dos de febrero de dos mil cinco.

excluir a 817 tarjeta habientes del beneficio de la póliza conforme éstos llegaban a 65 años. Pese al supuesto error, cuando se resuelve el recurso, el recurrente no había sido incluido nuevamente en la póliza de vida, con lo cual, en criterio de la Sala, se da una violación al principio de igualdad, que amerita estimar el recurso³⁹.

En otros casos, la persona es sujeto de crédito y paga puntualmente la póliza de vida que le han obligado a suscribir, esta cubre el pago del crédito en caso de fallecimiento del deudor o si éste sufre una incapacidad que le impida seguir laborando. Tiempo después descubre que tiene un cáncer de próstata terminal, en estado avanzado, incurable e intratable que le impide laborar. Solicita que la entidad aseguradora asuma las deudas, pero ésta se niega diciendo que sólo le cubre la cobertura por muerte, debido a su edad, y que, en estos casos, lo que procede es devolverle las primas, aunque el banco lo asegurara por los dos temas. El INS aduce que estamos en presencia de una persona que no era susceptible de ser asegurada por razones imputables a su edad y que el

³⁹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N. 2006-04766, a las doce horas treinta minutos del uno de marzo de dos mil seis.

banco incurrió en un lamentable error al permitirle firmar la póliza y enviarla a la entidad aseguradora⁴⁰.

Los casos expuestos tienen en común, la visión de la entidad aseguradora de las personas adultas mayores, que son tratados como una población catastrófica, pues de acuerdo con la “hipótesis actuariales” y la “tablas de mortalidad” el nivel de fallecimientos de este sector es un fenómeno relativamente estable para ciertos rangos de edad, por ello, asegurar a una persona de más de 65 años tendrían una consecuencia negativa en la rentabilidad del plan. Sostienen que estos créditos son calificados por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (acuerdo SUGEF-1-95) en la categoría E lo cual implica que son de dudosa recuperación⁴¹. Por ello, es obligación de los Contratantes (banco) garantizar que las personas que figuren en el reporte de póliza de seguros, pertenezcan al grupo asegurable. Esta situación en criterio del INS no es controlable por la Sala Constitucional porque, es una relación privada entre asegurado-asegurador, una relación contractual en virtud de un convenio regido por la póliza, el

⁴⁰ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N. 2008-06306, a las doce horas veintiocho minutos del dieciocho de abril de dos mil ocho.

⁴¹ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N. 2006-04748, a las doce horas doce minutos del treinta y uno de marzo de dos mil seis.

derecho de seguros y el derecho comercial por lo que no se está en presencia de una relación de servicio público.

Este argumento de excluir a las personas por razones de edad, basado en criterios de selección de riesgo adoptados con fundamento en estudios de carácter técnico, no ha sido admitido, en los últimos años, por la Sala Constitucional.

En primer lugar porque, hemos reconocido que el principio de igualdad garantiza un tratamiento igual a aquellos que se encuentran objetivamente en situaciones iguales, y desigual para los desiguales, pero también hemos hecho énfasis, en “... que para autorizar un trato diferenciado hay que determinar si el motivo que la produce es razonable, pues el juicio acerca de la razonabilidad es lo que permite decidir si se esta o no frente a una violación constitucional”.⁴² Este es el criterio operativo clave para determinar si la negativa de vender o de responder por la venta del seguro, resulta irrazonable y discriminatoria.

En segundo lugar, porque reiteradamente al analizar la razonabilidad, de los límites etarios en materia de seguros,

⁴² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N. 2006-04748, a las doce horas doce minutos del treinta y uno de marzo de dos mil seis.

nos ha llevado a concluir, que tratándose de una institución de servicios de seguros, en este caso estatal y la única autorizada para asegurar, es contrario al principio de igualdad y desde luego implica una discriminación etaria, que se perciba a las personas de la tercera edad como poblaciones "catastróficas" o de más alto riesgo, cuya atención les representa altos costos. Esta desigualdad es más que evidente cuando se da preferencia a los sectores más jóvenes de la población porque se consideran más rentables. En el tratamiento de las personas mayores, en unos casos, elevan las condiciones y las primas, en otros, incluso, rehúsan asegurarlos. Son por ello desplazados por considerarse un grupo poblacional que requiere costos recientes para la institución aseguradora.

En tercer lugar, la Sala ha procedido, de conformidad con los principios de solidaridad social y de no discriminación etaria, a reafirmar que no es legítimo que a una persona se le niegue el derecho a contar con un seguro de vida, en razón de que excede la edad prefijada por la entidad aseguradora, sobre todo, tratándose de un adulto mayor. En consecuencia, en los casos sometidos a estudio se ha procedido a la eliminación de las cláusulas excluyentes establecidas por las instituciones

prestadoras del servicio de seguros, pues llevan impreso un efecto ostensiblemente discriminatorio sobre los adultos mayores⁴³.

Ciertamente, para parte de la doctrina, podría parecerle extraño, la forma en que hacemos emerger el respeto de este grupo etario y su no discriminación, y cómo se utiliza como parámetro del control de constitucionalidad, el Principio del Estado Social de Derecho en su enfoque de derechos prestacionales relativos a la protección del anciano (artículos 33 y 51 de la Constitución Política). El cual, hemos entendido que no se limita al Estado sino que se extiende a toda la comunidad nacional. Todos tenemos la obligación de respetar y hacer respetar la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. En consecuencia, como reiteradamente los sostenemos en nuestras sentencias, “...el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualquier motivo y el respeto a la dignidad humana son elementos de nuestro orden

⁴³ Véase SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N. 2005-009776, a las nueve horas nueve minutos del veintisiete de julio de dos mil cinco, en igual sentido, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 005683-2006, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintiocho de abril del dos mil seis.

constitucional que coexisten pacíficamente, cuya tutela y fomento no solo le corresponde al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad.⁴⁴”

6.- Conclusión

En la actualidad más que nunca, los instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen a los ancianos, se enfrentan a una cruda realidad: el presupuesto estatal no es suficiente para atender los derechos “programáticos”. La realidad económica, en tiempo de crisis, selecciona. El poder económico es la sombra tras las decisiones que inciden en las políticas públicas que afectan este grupo etario. Sin lugar a dudas es una lucha desigual, en especial, cuando se sabe que la víctima no puede defenderse.

Por ello, no debe sorprender que, en muchos casos, los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, al igual que las políticas aprobadas internacionalmente, se conviertan en una justicia social de papel, de dudosa e

⁴⁴ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 2005-13205, a las quince horas trece minutos del veintisiete de septiembre del dos mil cinco. Ver también, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, Res. N° 2008- 06306, a las doce horas veintiocho minutos del dieciocho de abril del dos mil ocho.

inexistente efectividad práctica. Invisible por naturaleza, que vive en las cátedras y en los seminarios nacionales e internacionales de los que sueñan con un mundo más digno y equitativo, al fin y al cabo la vejez es una realidad que nos afecta a todos. De nosotros depende con cuanta dignidad seremos tratados cuando llegue el momento.

Desde luego, el Estado y el poder económico, reclaman de los Tribunales y Salas Constitucionales autocontención, pues al fin y al cabo como se distribuye el dinero de los contribuyentes es un problema de finanzas del Estado. Criterio, que no compartimos, la dignidad y el principio transversal de la no discriminación por razones etarias es una norma jurídica que se impone, con luces y sombras, lo social como derecho emergente todavía sobrevive al poder económico.